

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE MINAS GERAIS
Programa de Pós-Graduação em Direito

Cybele Rennó Leite

**A EFICÁCIA HORIZONTAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NO CONTRATO DE
EMPREGO**

Belo Horizonte
2013

Cybele Rennó Leite

**A EFICÁCIA HORIZONTAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NO CONTRATO DE
EMPREGO**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós- Graduação em
Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais,
como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em
Direito.

Orientador: Professor Doutor José Roberto Freire Pimenta.

Belo Horizonte
2013

FICHA CATALOGRÁFICA

Elaborada pela Biblioteca da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais

L533e Leite, Cybele Rennó
A eficácia horizontal dos direitos fundamentais no contrato de emprego /
Cybele Rennó Leite. Belo Horizonte, 2013.
157f.

Orientador: José Roberto Freire Pimenta
Dissertação (Mestrado) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais.
Programa de Pós-Graduação em Direito.

1. Direitos fundamentais. 2. Contrato de trabalho. 3. Eficácia e validade do
direito. 4. Obrigação tributária. I. Pimenta, José Roberto Freire. II. Pontifícia
Universidade Católica de Minas Gerais. Programa de Pós-Graduação em Direito.
III. Título.

SIB PUC MINAS

CDU: 342.7

Cybele Rennó Leite

A EFICÁCIA HORIZONTAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NO CONTRATO DE EMPREGO

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito.

Professor Doutor José Roberto Freire Pimenta (Orientador) - PUC Minas

Professor Doutor Márcio Túlio Viana - PUC Minas

Professora Doutora Martha Halfeld Furtado de Mendonça Schmidt - Centro
Universitário UNA

Belo Horizonte, 03 de maio de 2013.

Ao meu pai, minha fonte inesgotável de amor.

AGRADECIMENTOS

Ao meu pai, a quem devo todas as minhas conquistas profissionais. Por seu amor incondicional e por sempre acreditar em mim.

À Cynara, pelo apoio incessante e pela amizade sincera.

À Laura, pelo ouvido atento, pelas conversas reais, pelos dias - de alegrias ou de angústias - compartilhados.

À Priscila, pela profunda amabilidade, pela preocupação, por estender a mão nos momentos mais difíceis.

Ao Matheus, pelo amor, pela doçura, pelo amparo. Por viver, ao meu lado, a verdadeira arte do encontro.

À Giselle e à Fabiana, preciosidades que o Mestrado trouxe para minha vida, pelo carinho, pela sensibilidade, pelo companheirismo, pelo incentivo.

À Raquel, pela força, pela ajuda e pela solicitude. Por seu exemplo de luta, disciplina e comprometimento.

Ao meu Orientador, José Roberto Freire Pimenta, pela confiança, pela paciência e pela dedicação. Por dividir seus valiosos conhecimentos e por compartilhar o desejo sincero por um mundo mais justo e humano.

Aos professores Márcio Túlio Viana e Gabriela Neves Delgado, os grandes responsáveis por despertar o meu amor pelo Direito do Trabalho.

A Deus, pela vida e por todas as maravilhosas oportunidades colocadas em meu caminho.

A história humana não se desenrola apenas nos campos de batalha e nos gabinetes presidenciais. Ela se desenrola também nos quintais, entre plantas e galinhas, nas ruas de subúrbios, nas casas de jogo, nos prostíbulos, nos colégios, nas ruínas, nos namoros de esquina. Disso quis eu fazer a minha poesia, dessa matéria humilde e humilhada, dessa vida obscura e injustiçada, porque o canto não pode ser uma traição à vida, e só é justo cantar se o nosso canto arrasta consigo as pessoas e as coisas que não têm voz. (GULLAR, 1999).

RESUMO

Esta dissertação tem como objeto a pesquisa sobre a aplicação da teoria da eficácia horizontal dos direitos fundamentais na relação de emprego. Inicialmente, sob o paradigma do Estado Liberal, os direitos fundamentais foram concebidos apenas como direitos de proteção dos indivíduos contra a onipotência estatal. Nesse contexto, os direitos fundamentais eram aplicáveis somente nas relações entre cidadão e Estado, admitindo-se exclusivamente a sua eficácia vertical. Contudo, com as profundas transformações estruturais das sociedades contemporâneas, fez-se necessária a ampliação do espectro de incidência dos direitos fundamentais. Ao se constatar que o poder e a opressão poderiam provir de toda a sociedade e não apenas do Estado, reconheceu-se a eficácia horizontal dos direitos fundamentais, os quais passaram a ser aplicados, também, nas relações estabelecidas entre os particulares, como forma de proteger o indivíduo nos diversos âmbitos de sua existência e de eliminar ou, ao menos, minorar a desigualdade real entre os sujeitos. Nesse contexto, tendo em vista a acentuada assimetria de poder que caracteriza a relação de emprego, bem como as frequentes ofensas aos direitos fundamentais do empregado - a parte mais vulnerável desta relação - o âmbito do contrato empregatício mostrou-se extremamente propício à aplicação da teoria da eficácia horizontal dos direitos fundamentais. Entretanto, uma vez que nas relações privadas todas as partes são titulares de direitos fundamentais, não raras vezes os direitos fundamentais do empregado irão colidir com os direitos fundamentais do empregador, devendo ambos se sujeitar a limites dialética e reciprocamente impostos. Assim, este trabalho tem como escopo apresentar a teoria da eficácia horizontal dos direitos fundamentais como instrumento apto a proporcionar o equilíbrio entre os direitos fundamentais do empregado e do empregador, promovendo, desse modo, maior igualdade substancial entre os sujeitos que compõem a relação laboral.

Palavras-chave: Direitos fundamentais. Eficácia horizontal. Relações privadas. Contrato de emprego.

ABSTRACT

The object of this dissertation is the research about the application of the horizontal effect of fundamental rights theory in the employment relationship. Initially, under the paradigm of Liberal rule, fundamental rights were designed only as protection of individuals against the state omnipotence. In this context, fundamental rights were applicable only in the relationship between citizen and state, admitting only their vertical effectiveness. However, with profound structural transformations that occurred in contemporary societies, it became necessary to expand the spectrum of incidence of the fundamental rights. Since power and oppression could come from the whole society and not just from the State, the horizontal effect of fundamental rights was recognized, which began to be applied also in the relations between individuals as a way to protect them in various spheres of their existence and to eliminate or at least lessen the inequality between subjects. In this context, acknowledging the accentuated asymmetry that characterizes the employment relationship, as well as the frequent offenses fundamental rights of the employee - the most vulnerable part of this relationship - the scope of the employment contract was extremely conducive to the application of the horizontal effect of fundamental rights theory. However, since that in private affairs all individuals have fundamental rights, often the fundamental rights of the employee will collide with the fundamental rights of the employer, and both should subdue to reciprocal limits imposed dialectically. This work has the objective to present the theory of horizontal effect of fundamental rights as a tool able to provide a balance between the fundamental rights of the employee and the employer, promoting, thereby, substantially greater equality between subjects that make up the relationship.

Keywords: Fundamental Rights. Efficacy horizontal. Private relations. Employment contract.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	10
1.1 Apresentação do tema	10
1.2 Plano de trabalho	13
 2 A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO	15
2.1 Introdução	15
2.2 A força normativa da Constituição	16
2.3 O pós-positivismo e o reposicionamento dos princípios na hermenêutica jurídica	20
2.4 Regras e princípios: uma breve distinção	22
2.4.1 A trajetória da matéria na doutrina	22
2.4.2 Ronald Dworkin	25
2.4.3 Robert Alexy	27
2.4.3.1 Princípios como mandamentos de otimização	27
2.4.3.2 Conflitos entre regras	28
2.4.3.3 Colisões entre princípios	29
2.4.4 A importância das regras e dos princípios na Constituição	30
2.4.5 Observações finais	31
2.5 A Constitucionalização do Direito Privado	32
2.5.1 A Constituição como o novo centro do Direito Civil	33
2.5.2 O intercâmbio entre a Constituição e o Direito do Trabalho	38
 3 DIREITOS FUNDAMENTAIS	41
3.1 Delimitação terminológica e conceitual	41
3.1.1 Distinção entre direitos humanos e direitos fundamentais	42
3.1.2 Conceito	44
3.2 Origem histórica, evolução e gerações	46
3.2.1 Origem	46
3.2.2 Evolução e gerações	52
3.2.2.1 Direitos fundamentais de primeira geração	53
3.2.2.2 Direitos fundamentais de segunda geração - direitos econômicos, sociais e culturais	53
3.2.2.3 Direitos fundamentais de terceira geração – direitos de solidariedade e fraternidade	56
3.2.2.4 Direitos fundamentais de quarta e quinta gerações	57
3.2.2.5 Considerações finais e análise das críticas às gerações de direitos fundamentais	59
3.3 Os direitos fundamentais na Constituição de 1988	60
3.4 A dimensão objetiva dos direitos fundamentais	65
3.4.1 A eficácia irradiante dos direitos fundamentais	69
3.4.2 A eficácia irradiante dos direitos fundamentais no direito do trabalho	70
3.4.3 Eficácia irradiante e eficácia horizontal dos direitos fundamentais	72
 4 A EFICÁCIA HORIZONTAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS	74
4.1 Introdução	74
4.2 As teorias sobre a eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas	76

4.2.1 Notas introdutórias	76
4.2.2 A doutrina da “State Action”	77
4.2.3 A teoria da convergência estatista (Schwabe)	83
4.2.4 A teoria da eficácia horizontal indireta/ mediata dos direitos fundamentais	86
4.2.5 A teoria da eficácia horizontal direta/ imediata dos direitos fundamentais	90
4.2.5.1 Matizações teóricas.....	94
4.2.5.2 Críticas e contrapontos	95
4.3 Posicionamento doutrinário e jurisprudencial no Brasil	99
4.3.1 Doutrina brasileira.....	99
4.3.2 Jurisprudência brasileira.....	103
4.4 Conclusão	109
 5 A EFICÁCIA HORIZONTAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NO CONTRATO DE EMPREGO	112
5.1 O transporte do tema para a seara laboral.....	112
5.2 A colisão de direitos fundamentais no contrato de emprego e a sua concordância prática pela técnica da ponderação	119
5.2.1 Reconhecendo os direitos fundamentais do empregador, como contraponto dos direitos fundamentais de seus empregados	119
5.2.2 A autonomia privada na relação de emprego	122
5.2.3 A técnica da ponderação na colisão dos direitos fundamentais envolvidos na relação de emprego	125
5.3 Análise de casos concretos. O tratamento do tema pela jurisprudência brasileira	131
5.3.1 A jurisprudência trabalhista sobre o tema.....	131
5.3.2 Análise do caso “vigilantes do peso”.....	139
 6 CONCLUSÃO	144
 REFERÊNCIAS.....	148

1 INTRODUÇÃO

Não há condições de vida às quais um homem não consiga se acostumar, principalmente se todos que o rodeiam as aceitam. (TOLSTÓI, 1877)

1.1 Apresentação do tema

Na atual quadra da história ocidental, é inconteste que os direitos fundamentais já se encontram consagrados no âmbito do direito internacional e constitucional, integrando-se de maneira definitiva ao patrimônio comum da humanidade. Hoje, praticamente não há Estado que não tenha aderido a algum pacto internacional de direitos humanos ou, ao menos, reconhecido um núcleo de direitos fundamentais em sua Constituição. (SARLET, 2009, p. 21).

Do ponto de vista doutrinário, os direitos fundamentais também ocupam sólida posição de destaque, sendo incontáveis os estudos relativos a essa espécie de direitos. Só no Brasil, há centenas (senão milhares) de trabalhos dedicados ao assunto.

Diante desse cenário, seria natural pensar que os direitos fundamentais constituem matéria definitivamente esgotada, à qual nada ou muito pouco poderia se acrescentar. Não é, contudo, o que sinaliza a realidade.

Embora sejam notáveis os avanços dos direitos fundamentais no tocante à sua positivação, à evolução do seu conteúdo, bem como à destacada posição que alcançaram no âmbito doutrinário, ainda permanecem gritantes os problemas relacionados à sua eficácia e à sua efetivação.

Para os que se interessam e, de fato, acreditam na força e no potencial dos direitos fundamentais como verdadeiros instrumentos de justiça social, o grande desafio que a atualidade impõe consiste em garantir o gozo concreto desses direitos por toda a população mundial, buscando a inclusão da imensa parcela que vive à margem do pacto social. (SARMENTO, 2008, p. xxiii).

No limiar do terceiro milênio, é de causar perplexidade o quadro social que se delineia ao redor do globo. No mesmo mundo em que se multiplicam incríveis descobertas, criações e inovações no âmbito da ciência e da tecnologia (a maioria capaz de oferecer o máximo de conforto e de bem estar a qualquer ser humano), ainda é possível ver pessoas sofrendo por problemas existenciais fundamentais, tais

como a fome, o desemprego, a educação deficiente, a falta de moradia, a ausência de condições de saúde e de saneamento básico, dentre outros tantos.

Especialmente nos países periféricos, o abismo que separa a extrema riqueza da extrema pobreza ainda está longe de ser superado. A desigualdade, a miséria e a opressão social fazem com que o - muitas vezes extenso - rol de direitos fundamentais, formalmente consagrado nas Constituições, não passe de uma bela quimera. A própria Declaração Universal dos Direitos Humanos da ONU, proclamada em 1948, ainda constitui mais esperança que realidade para a maior parte dos seres humanos. (SARLET, 2009, p. 22).

No Brasil, esse panorama revela-se particularmente pernicioso. Apesar de possuir valiosos recursos naturais e ocupar o posto da 7ª maior economia mundial, o país não consegue se ver livre da manifesta e profunda injustiça social que o assola, causada, sobretudo, por uma das maiores concentrações de renda do planeta. (SARMENTO, 2008, p. xxiii).

Ademais, após a década de 1970 (no Brasil, principalmente nas décadas de 1980 e 1990), a hegemonia do neoliberalismo e seu receituário esterilizante do potencial de atuação do Estado¹ acabaram por incentivar a substituição do poder público (ineficiente e burocrático na visão ultraliberal) pela atuação privada (esta, sim, ágil e eficiente para os neoliberais).

Desse modo, a fragilização do aparato estatal, aliada ao intenso processo de globalização econômica, além de obstaculizar significativamente a implementação de políticas públicas de proteção aos direitos fundamentais, significou a transferência de importante parcela de poder às instituições particulares. Para Daniel Sarmento, o enfraquecimento do Estado "[...] desamarra os poderes sociais privados, que, por estarem mais livres, tornam-se um risco ainda mais ameaçador para a liberdade e a dignidade dos despossuídos." (SARMENTO, 2008, p. xxiii).

Neste contexto, volta a assumir especial relevo a discussão em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais, chamada teoria da eficácia horizontal dos direitos fundamentais.

Se tais espécies de direitos foram concebidas, inicialmente, como direitos de proteção do cidadão em face da onipotência do Estado, sendo dirigidos, portanto, apenas à atividade estatal, no mundo contemporâneo não restam dúvidas quanto à

¹ A expressão é de Maurício Godinho Delgado (2006, p. 92).

necessidade de ampliação do seu espectro de incidência.

Constatado o fato de que o poder e a opressão não estão concentrados exclusivamente na figura do Estado, mas, sim, disseminados por toda a sociedade, os direitos fundamentais passam a ser invocados também nas relações travadas no âmbito privado, como forma de proteger o homem em todos os quadrantes da sua vida. (SARMENTO, 2008, p. xxv).

Centrada na promoção da dignidade da pessoa humana e na construção de uma sociedade mais justa, a teoria da eficácia horizontal dos direitos fundamentais tem como finalidade precípua erradicar ou, ao menos, reduzir a desigualdade real, escondida, muitas vezes, sob o rótulo de uma igualdade jurídica meramente formal.

Neste sentido, o âmbito laboral mostrou-se extremamente propício ao fenômeno da horizontalização dos direitos fundamentais, uma vez que as relações de trabalho, em especial a relação de emprego, têm como principal característica a acentuada assimetria de poder entre os particulares nela envolvidos.

A convivência entre os direitos da pessoa do trabalhador, de um lado, e os poderes do empregador, de outro, revela-se muitas vezes difícil e tormentosa, tornando a relação de emprego um ambiente permanentemente sujeito a conflitos e bastante propícia à ofensa aos direitos fundamentais da parte mais vulnerável da relação, que é o empregado.

Sob os argumentos do exercício do direito de propriedade, da livre iniciativa e da autonomia da vontade, tornou-se frequente o abusivo e desmedido exercício do poder empregatício, com a submissão do trabalhador às mais diversas formas de humilhações e violências em seu ambiente laboral.

Assim, nesse cenário de manifesto aviltamento à dignidade da pessoa do trabalhador é que se faz extremamente necessária a aplicação da teoria da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, como forma de criar efetivas limitações à ação empresarial e de garantir a proteção não apenas do direito fundamental ao trabalho mas, sobretudo, do direito fundamental ao trabalho digno.

O objetivo central desta dissertação, portanto, é apresentar a teoria da eficácia horizontal dos direitos fundamentais como o instrumento capaz de equilibrar o exercício dos direitos fundamentais do trabalhador com as exigências que derivam do próprio vínculo empregatício.

Inserido num quadro social marcado pela desigualdade, exclusão e predomínio de um poder econômico cada vez mais forte e opressor, o tema em

análise apresenta grande importância para a realização de uma reflexão sócio-jurídica que aponte novas ferramentas para que os direitos fundamentais consagrados pela Carta Magna de 1988 deixem de ser letra morta e encontrem real efetividade.

No presente trabalho, a busca pela cidadania plena e igualitária e pela proteção efetiva da dignidade da pessoa do trabalhador, valores fundamentais do Estado Democrático de Direito, serão o norte que guiará todo e qualquer esforço para se compreender a incidência dos direitos fundamentais no contrato de emprego.

Ademais, a interdisciplinaridade exigida pelo estudo da eficácia horizontal das normas fundamentais na relação de emprego tem o condão de enriquecer sobremaneira o âmbito juslaboral, contribuindo para a preservação e para o fortalecimento do Direito do Trabalho, a concretização do Estado Democrático de Direito e, sobretudo, para a promoção da dignidade do ser humano em seu máximo grau.

1.2 Plano de trabalho

O presente estudo terá como ponto de partida, no Capítulo 2, a análise do processo de constitucionalização do Direito, como um todo, e do Direito Privado, em particular. Buscar-se-á demonstrar, em primeiro lugar, a importância do reconhecimento da força normativa da Constituição e do reposicionamento dos princípios na hermenêutica jurídica, sob o paradigma do pós-positivismo jurídico. Em seguida, será estabelecida a conexão entre os referidos fenômenos e a constitucionalização do Direito Privado, demonstrando o processo de ascensão da Constituição como o novo centro gravitacional da ordem privada. Ao final, ainda no contexto da constitucionalização do Direito Privado, será brevemente apreciado o intercâmbio e a interação havidos entre a Constituição e o Direito do Trabalho.

No Capítulo 3, passar-se-á ao estudo de alguns aspectos dos direitos fundamentais, tais como a sua delimitação terminológica e conceitual, sua origem histórica e a sua evolução, sistematizada no clássico esquema das diferentes gerações de direitos. Na sequência, será realizado um breve exame da posição ocupada pelos direitos fundamentais na Constituição brasileira de 1988 para, ao final, analisar-se o reconhecimento da dimensão objetiva dos direitos fundamentais

e, conseqüentemente, das teorias da eficácia irradiante e da eficácia horizontal dessa espécie de direitos.

No Capítulo 4, serão delineadas as principais teorias sobre a eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas e a sua recepção no Direito Comparado. Serão abordadas as teses que negam esta eficácia, como a doutrina da *State Action*, nos Estados Unidos, e a teoria da convergência estatista, defendida pelo jurista alemão Jürgen Schwabe. Prosseguir-se-á com a análise das teorias da eficácia horizontal indireta/mediata e a da eficácia horizontal direta/imediata dos direitos fundamentais. Ao final, será apresentado o posicionamento doutrinário e jurisprudencial acerca do tema no Brasil.

Finalmente, no capítulo 5, com o suporte de todas as premissas abordadas nas seções anteriores, buscar-se-á demonstrar a importância do transporte do tema para o universo das relações laborais, em especial para o contrato de emprego. Será analisada a colisão dos direitos fundamentais envolvidos na relação de emprego e a sua concordância prática pela técnica da ponderação. Com os objetivos de enriquecer a exposição e de oferecer parâmetros mais concretos para o estudo teórico, serão apresentados alguns casos ilustrativos, já enfrentados pela jurisprudência laboral brasileira. Ao final, será apreciado um caso ainda em tramitação no Tribunal Superior do Trabalho, o qual configura verdadeiro caso de fronteira ou de difícil solução, buscando, dessa forma, oferecer um posicionamento pessoal acerca do objeto central do presente estudo e sustentar a aplicação da teoria que se considera constitucionalmente mais adequada e mais coerente com a realidade brasileira.

2 A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO

2.1 Introdução

Para o cidadão brasileiro contemporâneo, em especial para aquele nascido no processo de redemocratização do país, falar sobre a força normativa da Constituição talvez pareça falar sobre o óbvio. Entretanto, o que hoje já pode ser considerado patente pela doutrina, especialmente pelos constitucionalistas, é fruto de uma trajetória marcada por uma verdadeira luta pela ampliação do espaço constitucional no ordenamento jurídico e, conseqüentemente, pela elevação da Constituição à posição de centro gravitacional² do direito como um todo. É o que se convencionou chamar de *constitucionalização do direito*.

Muito além de reforçar a já consolidada ideia de um ordenamento jurídico hierarquizado e em cujo topo figura o documento constitucional escrito, o processo de *constitucionalização do direito* significa o reconhecimento da Constituição como norma jurídica efetiva, e, principalmente, o reconhecimento da irradiação dos efeitos das normas ou valores constitucionais aos demais ramos do direito.

O objeto central do presente trabalho perpassa exatamente pela investigação de um aspecto específico dessa irradiação da Constituição aos outros segmentos do Direito, qual seja, a vinculação das relações entre particulares aos direitos fundamentais, também chamada de eficácia horizontal dos direitos fundamentais.

Essencial, portanto, examinar determinadas premissas teóricas para que seja possível a compreensão do fenômeno em sua inteireza. Para tanto, será traçada, inicialmente, a trajetória que culminou na consolidação do entendimento que atribuiu efetiva normatividade à Lei Fundamental, seguida da análise da superação do Positivismo Jurídico, da ascensão do novo paradigma denominado Pós-Positivismo e do conseqüente reposicionamento dos princípios na hermenêutica jurídica. Após, será apresentada a distinção entre as regras e os princípios e, finalmente, será examinada a elevação da Constituição como o novo vetor conformador do direito privado, em especial do Direito do Trabalho, o que denominaremos de *Constitucionalização do Direito do Trabalho*.

² A expressão é de Daniel Sarmento (2008, p. 49).

2.2 A força normativa da Constituição

Atribuir força normativa à Constituição significa compreender o texto constitucional como “norma jurídica, dotada de caráter imperativo, cujos comandos podem ser tutelados em juízo quando não forem espontaneamente respeitados” (SARMENTO, 2008, p. 50). Não obstante esse seja, hodiernamente, um entendimento com ampla aceitação e difusão pela doutrina, por muito tempo se sustentou uma noção diametralmente oposta a esta, qual seja:

[...] a idéia de que a Constituição conteria uma proclamação de princípios políticos, que dependeriam sempre do legislador para a produção dos efeitos concretos. Ela dirigir-se-ia aos poderes constituídos e, em especial ao Executivo e ao Legislativo, mas não seria acessível ao juiz, nem muito menos ao cidadão. (SARMENTO, 2008, p. 50).

As próprias declarações de direitos incorporadas às Cartas Constitucionais eram vistas como documentos de conteúdo estritamente moral, sem qualquer eficácia jurídica. Os direitos fundamentais só seriam válidos nos limites impostos pelas leis que os reconhecessem, sendo impossível a invocação direta da Constituição pelos cidadãos que buscassem a jurisdição.

Contudo, ao longo do Século XX, com a passagem do Estado de Direito para o Estado Constitucional, uma nova concepção passa a ganhar contornos mais sólidos. Sustentando a afirmação prática do valor jurídico e da superioridade normativa da Constituição, o novo paradigma estatal abrigava, em seu bojo, a inovadora perspectiva da subordinação da lei ao estrato mais elevado do direito, determinado pela Constituição.

Paralelo a esse movimento, desencadeou-se, ainda, outro processo, vinculado à emergência do Estado Social. De uma concepção liberal, na qual a Constituição se limitava à organização do Estado e à garantia de direitos individuais, passou-se a uma noção de Carta Magna que consagrava os direitos sociais e econômicos, bem como indicava “caminhos, metas e objetivos, a serem perseguidos pelos poderes públicos no afã de transformar a sociedade.” (SARMENTO, 2008, p. 51).

Porém, a mudança que se operava no pensamento constitucional hegemônico não foi suficiente para atribuir caráter vinculante a toda a Constituição. Muito embora a transição do paradigma do Estado Liberal para o Estado Social

tenha ensejado um aumento da projeção da Constituição na ordem civil, prevalecia, ainda, a concepção de que as normas constitucionais que atingiam a esfera jurídico-privada seriam “meros programas políticos, desvestidos de eficácia jurídica imediata, que careciam sempre da mediação do legislador para produção dos seus efeitos.” (SARMENTO, 2008, p. 49).

Com flagrante inspiração na doutrina norte-americana, as normas constitucionais passaram a ser divididas em normas constitucionais de eficácia plena e normas constitucionais não autoexecutáveis. De um lado, estavam as regras dotadas de incidência imediata; do outro, as regras desprovidas de aplicação imediata, que dependeriam de legislação infraconstitucional para a deflagração de seus efeitos. (COSTA, 2010, p. 22).

Em geral, as normas que apenas reafirmavam o *status quo* da burguesia eram classificadas como de eficácia plena, autoaplicáveis, ao passo em que aquelas que exigiam posturas que implicassem transformações sociais, por meio de políticas públicas, enquadravam-se na categoria de “normas programáticas”, despojadas de aplicabilidade imediata e eficácia social. “Tais normas tornavam-se dependentes do legislador ordinário, cuja inércia ou timidez frustrava as potencialidades transformadoras da Constituição, relegando-a a um papel meramente simbólico.” (SARMENTO, 2008, p. 52).

Paradoxalmente, a ampliação da norma constitucional no Estado Social trouxe consigo o que Paulo Bonavides denomina de *crise de juridicidade*. Explica o autor:

A tarefa medular do Estado social contemporâneo nos sistemas políticos instáveis não é unicamente fazer a Constituição, mas cumpri-la, depois reconhecer-lhe a legitimidade. Constituição carente de legitimidade é Constituição que colide com as exigências e imperativos da ordem econômica, política e social, Constituição desatualizada com a sociedade, *ipso facto* Constituição sem “juridicidade”, Constituição do texto e não da realidade, da forma e não do Direito. (BONAVIDES, 2011, p. 186).

Prevalentemente amparada em argumentação ideológica, em detrimento da jurídica, essa doutrina dominou o Direito Constitucional por grande parte do século XX e pode-se dizer que ainda não foi eliminada por completo do pensamento dos operadores contemporâneos do Direito.

Sem embargo, uma forte corrente se insurgiu contra essa tradicional doutrina. No Brasil, essa reação é representada pelas lições de autores como José Horácio

Meirelles Teixeira (1991), José Afonso da Silva (2002), Luís Roberto Barroso (2010), dentre outros³. Não obstante as diversas propostas classificatórias e terminologias empregadas com relação às normas constitucionais, pode-se dizer que se chegou a um consenso: o da inexistência de normas constitucionais completamente destituídas de capacidade de operar efeitos no mundo dos fatos. De fato, os diversos autores

[...] vão estar de acordo na pregação de que, embora existam gradações entre os efeitos dos preceitos constitucionais, todos eles possuem pelo menos uma eficácia mínima, já que influenciam na interpretação e integração do ordenamento jurídico, vinculam negativamente o legislador e a administração, que não podem agir de modo contrário à norma, e acarretam a não-recepção do direito anterior incompatível. (SARMENTO, 2008, p. 52).

Nesse contexto, é verdade que não se pode negligenciar a importância da dimensão simbólica de uma Constituição, sob a qual se compreende que a Carta Maior é portadora de um apelo emotivo e unificador, agregando valores responsáveis por uma coesão social e representando a bandeira de determinadas lutas e ideias, estimadas pela cultura e pela história de um povo. (SARMENTO, 2008, p.53) O que não é aceitável é se atribuir excessivo destaque às funções simbólicas de uma Constituição em detrimento de sua efetiva normatividade, prevalecendo o sentimento de que a Constituição não passa de “letra morta”, ou seja, não vale como norma, sendo possível descumprir impunemente os seus comandos. Daniel Sarmiento sintetiza as nefastas consequências que essa perspectiva acarreta no seio da sociedade:

De fato, quando os textos constitucionais acenam no sentido de mudanças profundas e contemplam promessas generosas, mas seus comandos não logram nenhuma eficácia social, cria-se um profundo abismo entre o mundo do “dever ser” e a realidade, que corrói a crença na Constituição como norma. Ela passa a ser vista pelos seus destinatários como um repositório de utopias e de proclamações políticas, de pouca valia prática. No imaginário social dá-se uma completa inversão de valores: mais do que a Constituição, vale a lei, e ainda mais do que esta, a portaria do Ministro. (SARMENTO, 2008. p. 53).

³ TEIXEIRA, José Horácio Meirelles. **Curso de direito constitucional**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991. SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 22 ed. São Paulo: Malheiros, 2002. BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

No plano internacional, o nome de Konrad Hesse se destaca como o expoente da concepção que atribui efetiva vocação normativa ao texto constitucional. Hesse desenvolveu sua teoria em contraposição tanto ao sociologismo de Ferdinand Lassale, que negava qualquer valor à lei constitucional, bem como ao normativismo de Hans Kelsen, que isolava a Constituição da realidade social.⁴

Hesse sustenta que a Constituição realiza a síntese dialética entre o mundo do ser e do dever ser, os quais devem ser observados conjuntamente. Partindo do pressuposto de que a Constituição só pode ser aplicada pelo próprio ser humano, o qual carrega consigo os mais diversos valores e tradições da comunidade em que se encontra inserido, o autor entende que a realidade social influencia, de fato, a norma constitucional. Entretanto, há na Carta Magna uma pretensão de eficácia, uma vez que se busca ordenar o fato social e exercer influência sobre ele, não se limitando, portanto, a ser simplesmente um reflexo das relações de poder existentes. (HESSE, 1992, p. 57-58)

No contexto do Estado Democrático de Direito, permeado pela incessante busca pela promoção da justiça substantiva e da emancipação social, torna-se essencial o reconhecimento da força normativa da Constituição, em especial no ordenamento jurídico brasileiro, em cujo alicerce encontra-se uma Carta Maior expressamente comprometida com a dignidade do ser humano e com a construção de uma sociedade livre, justa e solidária.

Ao movimento que representou a ascensão da concepção de Constituição que se pretendeu expor no presente tópico dá-se o nome de *neoconstitucionalismo*, desenvolvido na Europa desde o segundo pós-guerra e, no Brasil, a partir da promulgação da Constituição de 1988. Enquanto o constitucionalismo representou uma doutrina de contenção do poder estatal, o neoconstitucionalismo significa o reconhecimento da Constituição como norma jurídica dotada de real efetividade, do fortalecimento da jurisdição constitucional e da irradiação dos seus princípios e valores aos demais segmentos do Direito. Significa, sobretudo, o ardente desejo de “fecundar o direito positivo com os ideais humanitários presentes nas constituições contemporâneas.” (SARMENTO, 2008, p. 57).

⁴ HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1991. LASSALLE, Ferdinand. **A essência da Constituição**. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1998.

Assim, a constitucionalização do Direito Privado irá traduzir o “movimento necessário para quem aspire pautar as relações privadas por parâmetros normativos substancialmente mais justos.” (SARMENTO, 2008, p. 57) Desse modo, é de grande relevância que não se olvide o imperativo princípio da supremacia da norma constitucional, segundo o qual todos os atos normativos infraconstitucionais devem se compatibilizar com o Texto Maior.

Nesse sentido, a Constituição passa a assumir a posição de *topos* hermenêutico, conformando a interpretação jurídica e alastrando sua axiologia transformadora a todo o ordenamento jurídico. Para tanto, é preciso uma nova metodologia constitucional, que permita “extrair dos princípios constitucionais toda a sua eficácia jurídica transformadora.” (SARMENTO, 2008, p. 57).

2.3 O pós-positivismo e o reposicionamento dos princípios na hermenêutica jurídica

Imbricada ao reconhecimento da força normativa da Constituição, encontra-se uma das principais características do Direito Constitucional contemporâneo: a importância central atribuída aos princípios, cuja normatividade também passa a ser reconhecida. Assinalando o atributo principal da atual fase chamada de pós-positivismo, os princípios assumem posição hegemônica na hermenêutica constitucional, sendo “convertidos em pedestal normativo sobre o qual assenta todo o edifício jurídico dos novos sistemas constitucionais”. (BONAVIDES, 2011, p. 264)

O novo movimento de elevação dos princípios ao centro do ordenamento jurídico toma consistência no período do segundo pós-guerra, no qual as ideias centrais do positivismo jurídico passam a sofrer severas críticas, ensejando uma verdadeira crise do referido paradigma.

Em breves linhas, pode-se afirmar que a doutrina positivista se alicerçava na pretensão de se estabelecer uma teoria pura do direito, com a exclusão de qualquer possibilidade de ponderações de caráter axiológico na interpretação/aplicação da lei, bem como na concepção que reduzia o direito a um conjunto composto unicamente por regras, desconsiderando, portanto, a força normativa dos princípios. Como o grande símbolo do positivismo jurídico cita-se o nome de Hans Kelsen e a sua breve explicação do que cunhou como “Teoria Pura do Direito”:

Quando a si própria se designa como “pura” teoria do Direito, isto significa que ela se propõe garantir um conhecimento apenas dirigido ao Direito e excluir deste conhecimento tudo quanto não pertença ao seu objeto, tudo quando não se possa, rigorosamente, determinar como Direito. Quer isto dizer que ela pretende libertar a ciência jurídica de todos os elementos que lhe são estranhos. Esse é o seu princípio metodológico fundamental. (KELSEN, 2003, p. 1)

Sob essa concepção, portanto, o Direito estaria reduzido ao disposto pela lei, sendo a atividade do intérprete limitada apenas a uma suposta busca da real vontade do legislador. Em síntese, a doutrina positivista tem como principais traços:

[...] i) aproximação quase plena entre direito e norma; ii) a afirmação da estatalidade do Direito: a ordem jurídica é una e emanada do Estado; iii) a completude do ordenamento jurídico, que contém conceitos e instrumentos suficientes e adequados para solução de qualquer caso, inexistindo lacunas; iv) o formalismo: a validade da norma decorre do procedimento seguido para a sua criação, independentemente do conteúdo. Também aqui se insere o dogma da subsunção (a aplicação do direito consistiria em um processo lógico-dedutivo de submissão à lei – premissa maior – da relação de fato – premissa menor – produzindo uma conclusão natural e óbvia, meramente declarada pelo intérprete, que não desempenharia qualquer papel criativo), herdado do formalismo alemão. (BARROSO, 2008, p. 25).

Contudo, toda essa concepção tornou-se insustentável depois da experiência nacional-socialista e de se constatar que a lei positiva poderia legitimar barbaridades provenientes do próprio Estado. Luís Roberto Barroso nos esclarece:

[...] a decadência do positivismo é emblematicamente associada à derrota do fascismo na Itália e do nazismo na Alemanha. Esses movimentos políticos e militares ascenderam ao poder dentro do quadro de legalidade vigente e promoveram a barbárie em nome da lei. Os principais acusados de Nuremberg invocaram o cumprimento da lei e a obediência a ordens emanadas da autoridade competente. Ao fim da Segunda Guerra Mundial, a ideia de um ordenamento jurídico indiferente a valores éticos e da lei como uma estrutura meramente formal, uma embalagem para qualquer produto, já não tinha mais aceitação no pensamento esclarecido. (BARROSO, 2010, p. 351).

É nesse contexto, portanto, que se abriu o caminho para reflexões mais consistentes acerca do Direito, sua função social e sua interpretação, culminando no que se convencionou chamar de *Pós-Positivismo*. Sob esse novo paradigma, instituiu-se a denominada *nova hermenêutica* constitucional, por meio da qual se busca definir as relações entre valores, princípios e regras, bem como a teoria dos direitos fundamentais, alicerçada sobre o fundamento da dignidade humana.

Relegados, pelos positivistas, a uma função meramente subsidiária e supletiva na ordem jurídica, sob a nova ótica pós-positivista os princípios passam a ser amplamente valorizados, incorporados (implícita ou explicitamente) pelos textos constitucionais e reconhecidos como normas jurídicas. Emergem como verdadeiras pontes de reaproximação entre o Direito e a ética, uma vez que “constituem eles expressão primeira dos valores fundamentais expressos pelo ordenamento jurídico, informando materialmente as demais normas.” (SARMENTO, 2008, p. 58)

Se, no âmbito do Direito Constitucional, eram inseridos na categoria das normas constitucionais não autoaplicáveis, desvestidas de valor jurídico, agora os princípios passam a funcionar como verdadeiros modelos impositivos (deônticos) e, principalmente, como vetores conformadores da ordem infraconstitucional. (COSTA, 2010, p. 25) Nota-se, portanto, a estreita conexão entre o reconhecimento da normatividade dos princípios e a atribuição de eficácia jurídica a todas as normas constitucionais.

Com o objetivo de se aumentar a compreensão acerca da posição ocupada pelos princípios no interior do ordenamento jurídico sob a perspectiva pós-positivista, parte-se para o exame das teorias que se prestam a diferenciar as duas grandes categorias de normas jurídicas: as regras e os princípios.

2.4 Regras e princípios: uma breve distinção

2.4.1 A trajetória da matéria na doutrina

Princípios e regras são concebidos pela dogmática moderna como as duas grandes categorias das normas jurídicas. Não obstante este ser um entendimento dominante e incontroverso na atualidade, os princípios nem sempre ocuparam esse *status* normativo. Para alcançar a posição central no sistema, eles percorreram uma trajetória marcada pela superação da “[...] crença de que teriam uma dimensão puramente axiológica, ética, sem eficácia jurídica ou aplicabilidade direta e imediata” (BARROSO, 2010, p. 352). Nessa mesma esteira de raciocínio expõe Robert Alexy:

Tanto regras quanto princípios são normas, porque ambos dizem o que deve ser. Ambos podem ser formulados por meio das expressões deônticas básicas do dever, da permissão e da proibição. Princípios são, tanto quanto as regras, razões para juízos concretos de dever-ser, ainda que de espécie

muito diferente. A distinção entre regras e princípios é, portanto, uma distinção entre duas espécies de norma. (ALEXY, 2006, p. 87).

No Brasil, a discussão acerca dos princípios jurídicos passou a ocupar um lugar mais destacado na doutrina com a promulgação da Constituição da República de 1988. No início, antes de construir uma teoria mais aprimorada sobre a matéria, os estudiosos do tema lançavam mão de uma metodologia apenas classificatória, com o estabelecimento de tipologias dos princípios à luz do novo texto constitucional. (SILVA, 2005, p. 30). Segundo essas classificações, os princípios se distinguiam, primordialmente, pelos critérios de importância, especialidade ou matéria. Conforme leciona Virgílio Afonso da Silva, “Havia quase sempre os princípios mais fundamentais e os princípios menos fundamentais, os princípios gerais e os princípios especiais, dentre outras composições”. (SILVA, 2005, p. 30).

Com o passar do tempo, teorias elaboradas por autores estrangeiros ganharam expressão no cenário internacional, passando a ser incorporadas, também, pela doutrina nacional. Os grandes expoentes da nova perspectiva que emergia foram Ronald Dworkin e Robert Alexy. Em contraposição ao positivismo jurídico, eles propuseram um novo olhar acerca da diferenciação entre as regras e os princípios, com a aplicação de um critério qualitativo-estrutural, que não levava em conta aspectos materiais como a fundamentalidade, a generalidade e a abstração, mas apenas a estrutura lógica da norma.

Não obstante a teoria de Alexy ter sido assimilada quase que unanimemente pela doutrina pátria, “a tendência inicial, de classificar princípios a partir de critérios materiais, principalmente segundo a sua fundamentalidade não cessou. Ao contrário: ambas as tendências passaram a conviver ‘harmoniosamente’”, alerta Virgílio Afonso da Silva, para o qual essa harmonia não parece possível:

[...] A razão é simples: o critério que Alexy utiliza para distinguir princípios de regras é um critério estrutural, que não leva em consideração nem fundamentalidade, nem generalidade, nem abstração, nem outros critérios materiais, imprescindíveis nas classificações acima mencionadas. Como consequência, muito do que é tradicionalmente considerado como princípio fundamentalíssimo - a anterioridade da lei penal é um exemplo esclarecedor - é, segundo os critérios propostos por Alexy, uma regra e não um princípio. (SILVA, 2005, p. 30).

Ante a variedade de critérios existentes na doutrina, é possível, em resumo, classificar as teorias que se prestam à diferenciação entre as regras e os princípios

em três grandes grupos, quais sejam:

- a) teorias que propõem uma distinção forte;
- b) teorias que propõem uma distinção fraca;
- c) teorias que negam a possibilidade de distinção. (SILVA, 2005, p. 30-31).

Como representantes do primeiro grupo, Ronald Dworkin e Robert Alexy defendem o entendimento de que estas espécies normativas não se separam por uma diferença gradual, mas segundo o critério qualitativo ou estrutural, uma vez que possuem estruturas lógicas diversas. (SILVA, 2003, p. 609). O segundo grupo, cujo entendimento foi mais difundido no Brasil, defende que a diferença entre as figuras normativas reside apenas no grau de generalidade, de abstração ou de fundamentalidade de cada uma delas.⁵ Por fim, aqueles que integram o terceiro grupo sustentam que:

[...] todas as qualidades lógico-deônticas presentes nos princípios estão presentes também nas regras. Por isso, ou são princípios e regras absolutamente idênticos, ou o grau de semelhança é tão grande que uma diferenciação definitiva se torna impossível. (SILVA, 2005, p. 31)⁶

Nesse ponto, é preciso deixar claro que, em que pesem a validade e a importância das demais teorias que tratam da distinção entre as regras e os princípios, com seus respectivos critérios, adotar-se-á, por uma opção metodológica, a teoria desenvolvida por Ronald Dworkin (2002) e Robert Alexy (2008).

Após esta sucinta exposição, parte-se para uma análise mais detida sobre as teses de Dworkin e Alexy, no que tange à contraposição entre as regras e os princípios.

⁵ Virgílio Afonso da Silva aponta, como exemplos de autores integrantes desse grupo: RAZ, Joseph. ***Practical Reason and Norms***. Oxford. Oxford University Press, 1975; ÁVILA, H. B. A distincao entre principios e regras e a redefinicao do dever de proporcionalidade. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro n. 215, p. 151-179, jan./mar. 1999.

⁶ Também mencionado por Virgílio Afonso da Silva, cita-se, como representante dessa corrente doutrinária, AARNIO, Aulus. "Taking Rules Seriously". **ARSP**, Beiheft, n. 42, p. 180-192, 1989.

2.4.2 Ronald Dworkin

Não há como discorrer sobre regras e princípios sem a menção ao jurista norte americano Ronald Dworkin. Grande crítico do positivismo jurídico, em especial da obra de Herbert Lionel Adolphus Hart, seu antecessor em Oxford, Dworkin entende que essa vertente teórica, por entender o direito como um sistema composto unicamente por regras, é insuficiente para a fundamentação de decisões de casos complexos, nos quais o julgador não consegue identificar nenhuma regra jurídica aplicável. (SILVA, 2003, p. 610)

Dworkin, portanto, alicerça sua teoria na negação de que o Direito seja simplesmente um sistema lógico de regras especiais. Muito mais que um conjunto de regras que podem ser havidas como jurídicas em razão da existência de outra regra que assim as qualifique, o autor entende que há também nos ordenamentos jurídicos, de modo geral, a figura normativa denominada *princípio*.

Para distinguir regras e princípios, Dworkin propõe que, quando se argumentar a respeito da existência ou não de obrigações e direitos, leve-se em consideração outro critério, o qual se evidencia com clareza nos chamados *casos difíceis*, ou seja, casos controversos em que o exame imediato do texto legal não é conclusivo ou mesmo em que não há regra expressa que trate da matéria em litígio. (DWORKIN, 2002, p. 37)

Para sustentar sua tese, Dworkin cita um famoso precedente jurisprudencial norte-americano, o caso *Riggs vs. Palmer*, no qual um neto era o único herdeiro do testamento de seu avô e dele tudo herdaria. Contudo, este mesmo neto fora o assassino do próprio avô. Nesse contexto, o exame imediato das regras jurídicas não determinava qual a obrigação jurídica ou direito a ser aplicado ao caso.

A argumentação da Suprema Corte se baseou num tipo de padrão que não era autoevidente mas que, segundo ela, emanava do ordenamento jurídico em seu sentido sistemático. Entendeu-se que havia um padrão a determinar que “ninguém deve se beneficiar de seu próprio ato ilícito”. Tal padrão é claramente diverso daquilo que se toma por *regras jurídicas*; ele não opera no mesmo sentido de uma norma como aquela do Artigo 121 do Código Penal Brasileiro, que dispõe: “Matar alguém: pena - 6 (seis) a 20 (vinte) anos”. (BRASIL, 1940).

A diferença é, portanto, de natureza lógica. Embora os dois padrões normativos constituam uma enunciação de um direito ou, em um caso concreto, uma

especificação de obrigações jurídicas, as regras funcionam no modelo “tudo ou nada”. (DWORKIN, 2002, p. 39) Assim, perante um determinado caso, elas se aplicam ou não. Em relação à sua existência e aptidão à produção de feitos, caso encontrem uma norma que, em abstrato, entre em conflito com seu conteúdo, apenas uma delas poderá ser tida como válida.

As regras, portanto, ou são aplicadas ao caso e têm validade, ou simplesmente não contribuem para a solução do caso e/ou não possuem validade no ordenamento jurídico em apreço. Além disto, as regras possuem outra característica importante, que é exatamente o fato de elas comportarem exceções. Isto quer dizer que a norma explicitadora do homicídio comporta exceções do tipo “legítima defesa”, que fundamentam sua não aplicação ao caso concreto.

Contudo, estas exceções não são óbices à existência específica de uma determinada regra mas, antes, fazem parte de seu conteúdo. Em teoria, como adverte Dworkin, as regras (e não simplesmente a parte delas que é explicitada por um determinado texto legal) devem ter em seus enunciados as exceções. Quanto mais completas forem as exceções elencadas, mais próximos estaremos do verdadeiro conteúdo da regra *sub examine*. (DWORKIN, 2002, p. 40)

Por outro lado, o padrão normativo denominado por Dworkin como *princípio* segue uma lógica bastante diversa. Este não é um enunciado de aplicação direta, isto é, de sua estrutura não é possível se retirar automaticamente uma obrigação relativa ao caso concreto.

Dworkin entende que a enunciação do princípio não tem o sentido de limitar ou descrever as condições factuais que dão azo à sua aplicação. Com natureza diversa, ele simplesmente “enuncia uma razão que conduz o argumento em uma certa direção, mas [ainda assim] necessita de uma decisão particular”. (DWORKIN, 2002, p. 41)

Está presente a ideia de que os princípios são razões que inclinam as decisões num determinado sentido, fazendo com que, em um determinado caso, possam conviver ou incidir conjuntamente uma série de princípios. A ideia é que, em confronto com outros princípios, um deles basicamente oferecerá razões que façam pender a decisão para um lado. Caso ele não seja o mais relevante para aquele caso concreto, não deixará de existir e nem perderá sua validade.

Retomando ao exame do princípio de que ninguém deverá beneficiar-se de seu próprio ato ilícito, verifica-se que nele não há a enunciação de uma obrigação

específica que sempre será aplicada quando se fizer presente uma situação fática determinada e hipoteticamente prevista. São inúmeras as situações que, no direito brasileiro e no direito americano, por exemplo, permitem que o praticante do ilícito se beneficie dele. Nesse sentido, a usucapião seria a expressão concreta disto. Aqui também se aplica o princípio analisado, mas outras razões há e princípios outros existem que fazem com que a decisão de uma controvérsia que o tenha por objeto penda para o lado da não invalidação da usucapião. Nem por isso, contudo, deixa de existir o princípio de que ninguém, *a priori*, deverá beneficiar-se de ilícito próprio. O princípio, com efeito, não compele a uma obrigação determinada, mas apenas oferece razões.

A consequência desta característica dos princípios é que se torna possível pensá-los e aplicá-los, ou não, em razão de sua importância, ou de seu peso para o caso concreto. As regras em colisão não possuem tal caráter. Elas não têm importância relativa umas com as outras, ou, pelo menos, este termo não pode ser operacionalizado num padrão de comparação entre elas. As regras em contraponto possuem a lógica da sua aplicação ou da sua não aplicação, jamais a do *peso*, como os princípios.

2.4.3 Robert Alexy

Ao lado de Dworkin, Alexy também construiu sua teoria sob o pressuposto de que a diferença entre princípios e regras é qualitativa e não de grau. As particularidades do desenvolvimento dado pelo autor alemão ao tema residem na definição de algumas premissas básicas dessa ideia e, primordialmente, da noção de princípios como *mandamentos de otimização*.

2.4.3.1 Princípios como mandamentos de otimização

O conceito de *mandamentos de otimização* foi, sem dúvida, a grande contribuição trazida por Robert Alexy à teoria da distinção forte entre regras e princípios. Para ele, “O ponto decisivo na distinção entre regras e princípios é que *princípios* são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes”, sendo que a realização completa de um princípio pode ser (e quase sempre o é) obstada pela

realização de outro princípio também aplicável à mesma situação fática. (ALEXY, 2008, p. 90).

Já as regras são normas que devem sempre ser aplicadas e realizadas por completo, ou seja, devem ser sempre satisfeitas ou não. “Se uma regra vale, então, deve se fazer exatamente aquilo que ela exige; nem mais, nem menos. Regras contêm, portanto, *determinações* no âmbito daquilo que é fática e juridicamente possível” (ALEXY, 2008, p. 91), ao passo que os princípios podem ser aplicados e realizados em variados graus, em especial quando houver outros princípios que imponham a realização de outro direito ou dever que se choque com aquele exigido pelo primeiro. (SILVA, 2005, p. 32)

A distinção entre os conteúdos do dever-ser das regras e dos princípios enseja uma diferente forma de aplicação para cada figura normativa. Para tornar clara essa noção, Alexy lança mão das figuras da colisão entre princípios e dos conflitos entre regras, as quais, embora se deem de formas distintas, possuem um elemento em comum: “o fato de que duas normas, se isoladamente aplicadas, levariam a resultados inconciliáveis entre si, ou seja, a dois juízos concretos de dever-ser jurídico contraditórios. E elas se distinguem pela forma de solução do conflito.” (ALEXY, 2008, p. 92). Nos tópicos seguintes, buscar-se-á delinear as características de cada modalidade de embate normativo.

2.4.3.2 Conflitos entre regras

As regras configuram proposições normativas aplicáveis sob o modo “tudo ou nada” (*all or nothing*), no qual, se os fatos por elas previstos ocorrerem, incidirão de forma direta e automática e produzirão efeitos. “Uma regra somente deixará de incidir sobre a hipótese de fato que contempla se for inválida, se houver outra mais específica ou se não estiver em vigor. Sua aplicação se dá, predominantemente, mediante *subsunção*.” (BARROSO, 2010, p. 356).

Para Alexy, o conflito entre regras só pode ser solucionado mediante a inserção, em uma das regras, de uma cláusula de exceção que elimine o conflito ou se for declarada a invalidade de pelo menos uma delas, a qual deve ser extirpada do ordenamento jurídico. Uma vez que o conceito de validade jurídica não é graduável, ou a regra será válida ou não, bem como a sua consequência jurídica. Desse modo, é impossível a coexistência, no mesmo ordenamento jurídico, de duas regras que

prevejam consequências jurídicas diferentes para o mesmo suporte fático. Para esse determinado sistema, fatalmente uma delas será inválida.

Nessa direção, Alexy aponta fórmulas capazes de solucionar o conflito entre regras, quais sejam: *Lex posterior derogat legi priori* (lei posterior derroga lei anterior) e *Lex specialis derogat legi generali* (lei especial derroga lei geral). O autor indica, também, a possibilidade de se proceder conforme a importância de cada regra em conflito, mas alerta em tom conclusivo: “O fundamental é: a decisão é uma decisão sobre validade.” (ALEXY, 2008, p. 93)

2.4.3.3 Colisões entre princípios

A seu turno, a solução de uma colisão entre princípios se dá em sentido diametralmente oposto ao exposto anteriormente. Se dois princípios se chocam, é preciso que um deles tenha que ceder, mas isto se dará apenas naquele caso concreto, o que não ensejará a invalidação do princípio cedente e nem que um princípio institua uma exceção ao outro.

Para Alexy, desse tipo de colisão emerge a definição de *relações condicionadas de precedência*, segundo a qual, diante do caso concreto, deverá ser realizado um sopesamento entre os princípios colidentes para que se infira qual deles prevalecerá, enquanto precedência condicionada, apenas para aquela determinada circunstância concreta. Nas palavras do autor alemão:

Na verdade, o que ocorre é que um dos princípios tem precedência em face do outro sob determinadas condições. Sob outras condições a questão da precedência pode ser resolvida de forma oposta. Isso é o que se quer dizer quando se afirma que, nos casos concretos, os princípios têm pesos diferentes e que os princípios com o maior peso têm precedência. Conflitos entre regras ocorrem na dimensão da validade, enquanto as colisões entre princípios – visto que só princípios válidos podem colidir – ocorrem, para além dessa dimensão, na dimensão do peso. (ALEXY, 2008, p. 93,94)

Perante o choque entre princípios, o que se busca é um resultado ótimo, o qual irá sempre depender das variáveis do caso concreto. Assim, conforme a aceção de Alexy, não é possível uma relação de precedência absoluta entre os princípios. Para explicitar esse entendimento, o doutrinador desenvolveu uma fórmula, denominada de “*lei de colisão*”:

Se o princípio P1 tem precedência em face do princípio P2 sob as condições C: (P1PP2)C, e se do princípio P1, sob as condições C, decorre a consequência jurídica R, então, vale uma regra que tem C como suporte fático e R como consequência jurídica: $C \rightarrow R$. (ALEXY, 2008, p. 99)

Não obstante o singular aspecto da fórmula elaborada por Alexy, é sobre ela que se sustenta toda a sua teoria dos princípios, uma vez que seus termos refletem a natureza dos princípios como mandamentos de otimização, verdadeira pedra de toque da obra do autor e uma das premissas fundamentais para o desenvolvimento do tema central desta dissertação.

2.4.4 A importância das regras e dos princípios na Constituição

Após a breve exposição sobre a diferença entre as regras e os princípios, cabe ressaltar a importância da inserção de ambas as espécies normativas no interior da norma constitucional. Os princípios notoriamente conferem maior plasticidade e flexibilidade à Constituição, permitindo sua maior adaptação às mudanças sociais. Ademais, por se conectarem amplamente com a axiologia, permitem a aproximação da Carta Maior com a ética, “abrindo-a para conteúdos morais substantivos.” (SARMENTO, 2008, p. 66) Resta claro, portanto, que não seria possível, em especial no Estado Democrático de Direito, que uma Constituição se baseasse apenas em regras. Nas palavras de Daniel Sarmento, “ter-se-ia um sistema cerrado, incapaz de adaptar-se às mutações de uma sociedade cambiante, fechado tanto para o mundo da vida, como para o universo dos valores.” (SARMENTO, 2008, p. 66).

De outro lado, também é impossível imaginar-se um texto constitucional composto exclusivamente por princípios. É indeclinável a necessidade de que a Constituição também contenha regras em seu interior. Caso contrário, se “carrearia ao sistema uma dose inaceitável de incerteza e insegurança, já que a aplicação dos princípios opera-se de modo mais fluido e imprevisível do que a das regras.” (SARMENTO, 2000, p. 52).

Diante da Constituição da República de 1988, tais reflexões revelam-se perfeitamente válidas, uma vez que a referida Carta Constitucional claramente se alicerça sobre valiosíssimos princípios, como os da dignidade da pessoa humana, do Estado Democrático de Direito, da moralidade administrativa, dentre outros

tantos. Por outro ângulo, nota-se, também, a presença de grande quantidade de regras de alta densidade normativa na CRFB/88, as quais podem ser aplicadas direta e quase que automaticamente. (BRASIL, 1988).

Contudo, um alerta há de ser feito: muito embora a espinha dorsal da Constituição seja exatamente os diversos princípios constitucionais, estes muitas vezes vêm sendo praticamente desprezados pelo Judiciário brasileiro, cuja decisões ainda se encontram impregnadas pela tradição do formalismo e do legalismo. O constitucionalista americano Bruce Ackerman, citado por Daniel Sarmento, observou com extrema acuidade esse fenômeno, concluindo que “[...] a relutância do Tribunal Constitucional em interpretar a Constituição de 1988 como uma constituição de princípios leva os advogados a duvidarem se a Constituição brasileira é de fato um recomeço”. (SARMENTO, 2008, p. 66).

2.4.5 Observações finais

Por fim, cabe salientar que a distinção qualitativa entre regras e princípios revela-se indispensável para um aporte teórico capaz de oferecer efetivos subsídios conceituais para o aprofundamento no exame da constitucionalização do Direito e da eficácia horizontal dos direitos fundamentais nas relações privadas. Por intermédio da lição de Robert Alexy, justifica-se a investigação do tema:

Essa distinção é a base da teoria da fundamentação no âmbito dos direitos fundamentais e uma chave para a solução de problemas centrais da dogmática dos direitos fundamentais. Sem ela não pode haver nem uma teoria adequada sobre as restrições a direitos fundamentais, nem uma doutrina suficiente sobre o papel dos direitos fundamentais no sistema jurídico. (ALEXY, 2008, p. 85)

Compreender a diferença entre as duas categorias de normas jurídicas é de grande relevância para que se alcancem “[...] a possibilidade e os limites da racionalidade no âmbito dos direitos fundamentais”. (ALEXY, 2008, p. 85). Em outras palavras, entender a diferença entre uma regra e um princípio, do ponto de vista da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, significa oferecer parâmetros para a aplicação efetiva dessa espécie de direitos no âmbito das relações entre particulares. Só a partir dessa distinção é que “será possível divisar melhor as ideias de restrição a direitos fundamentais e colisão entre princípios, bem como o

mecanismo para se definir a prevalência de um deles na solução de determinado caso concreto”, conforme se verá adiante (COSTA, 2010, p. 30).

A visão relativa à força normativa das regras e dos princípios, ratificada por Dworkin e Alexy, revela-se como um pressuposto fundamental à construção e à compreensão do problema central desse trabalho, na medida em que considera que ambas as figuras normativas “[...] têm o condão para o disciplinamento de condutas e fundamentação de decisões judiciais, porque essas também podem ser ‘formuladas por meio de expressões deônticas básicas do dever, da permissão e da proibição’” (COSTA, 2010, p. 30).

Entretanto, é principalmente por meio da dinâmica apresentada pelos princípios que o Direito Privado (aqui tratado sob a ótica específica e particular do Direito do Trabalho) será alvo do processo de constitucionalização. A primazia axiológica das normas-princípio e o seu efeito irradiante serão os elementos responsáveis por sua penetração no Direito Privado, imprimindo mudanças e novas interpretações a institutos tradicionais. Daniel Sarmento conclui:

Assim, os princípios constitucionais vão conferir abertura não só à própria Constituição, mas também ao ordenamento privado, que, através deles, vai receber os influxos de novos valores sociais em permanente evolução. Tais princípios vão fecundar o Direito Privado com seus ideais solidarísticos, imprimindo-lhe feições inteiramente novas. (SARMENTO, 2008, p. 67).

Passa-se, agora, ao exame do referido processo de constitucionalização do Direito Privado em geral e, especialmente, no âmbito específico do Direito do Trabalho.

2.5 A Constitucionalização do Direito Privado

Assim como o Direito Civil clássico, o Direito do Trabalho, ao lado de outros ramos do Direito (inclusive processuais), também sofreu os efeitos do referido processo de constitucionalização no qual, sob o paradigma do Estado Democrático de Direito, a Constituição passou a assumir a posição de centro conformador do referido ramo, atuando como verdadeiro eixo unificador do ramo juslaboral.

Em outras palavras, os clássicos institutos de direito material e processual do trabalho passaram a ser interpretados e aplicados conforme a Constituição, em um movimento de cima para baixo, projetando efeitos hermenêuticos e condicionando a

leitura da legislação infraconstitucional aos comandos normativos enunciados pela Carta Maior.

Antes, porém de se aprofundar no estudo do intercâmbio normativo entre o Direito Constitucional e o Direito do Trabalho, com o intuito de se alargar o entendimento acerca da comunhão entre o constitucionalismo e as relações privadas, faremos, como ponto de partida, uma breve reflexão sobre o processo de constitucionalização do ramo jurídico privado por excelência: o Direito Civil.

2.5.1 A Constituição como o novo centro do Direito Civil

Para se compreender melhor a constitucionalização do Direito Privado, como gênero, e a do Direito do Trabalho, como espécie, revela-se indispensável o exame da mudança ocorrida na hermenêutica civilista a partir da reinterpretação do Direito Civil sob a perspectiva constitucional.

Nesse sentido, necessário se faz compreender, em primeiro lugar, o que significou o movimento de codificação que, em estreita relação com a implantação do Estado Liberal, desenvolveu-se na Europa no século XIX e teve como maior representante o Código de Napoleão de 1804.

Buscando sintetizar e concretizar os ideais racionalizadores do Iluminismo, a instituição dos códigos significou a busca por um direito com bases seguras e unitárias, as quais, com o fim dos privilégios estamentais, garantiriam a existência de um direito único para todos, marcado, primordialmente, pela generalidade e pela abstração, características incindíveis da noção de igualdade na concepção jurídica liberal. (SARMENTO, 2008, p. 67)

Com a intenção de pôr fim às inúmeras normas esparsas do Antigo Regime, a codificação engendrava esforços no sentido de regular, de modo completo e exaustivo, todas as relações particulares, “[...] fundando o Direito sobre regras simples e harmônicas, derivadas de uma hipotética razão universal, de forma a garantir a segurança jurídica e adaptar o direito às necessidades de uma economia capitalista em processo de expansão.” (SARMENTO, 2008, p. 68)

Amparados pelo pressuposto do “direito natural” que se baseava na ideia da autonomia da vontade dos indivíduos, igualizados pela norma abstrata e geral, os códigos acabaram por encampar os interesses da burguesia, encabeçados pela proteção da propriedade privada e da autonomia contratual.

Sob a primazia da segurança jurídica, característica essencial para o desenvolvimento do capitalismo, a codificação focou-se, sobretudo, na elevação da figura do típico burguês (proprietário, sujeito de direito e pai de família). Nas palavras de Daniel Sarmento:

Embora todos fossem iguais e autônomos perante o Código, dentro do modelo de produção capitalista só o burguês possuía bens para proteger e comprometer através de contrato, e era ele, portanto, o típico sujeito de direito mirado pela codificação. Era o modelo do individualismo possessivo, em que prevalecia o ter sobre o ser. (SARMENTO, 2008, p. 69)

Ademais, longe de se preocupar com as classes desfavorecidas, o ordenamento jurídico liberal excluía a esmagadora maioria da população dos processos políticos. Hasteando as bandeiras da propriedade e do contrato, o Direito apenas cumpria o papel de garantir as regras do jogo e estabilizar as relações econômicas. Consequentemente, o indivíduo que era reconhecido pelo Código Civil

[...] não era um ser concreto, portador de necessidades materiais específicas, mas uma abstração conceitual, um sujeito de direito, em hipotética paridade com outros sujeitos de direito presentes no mercado e na sociedade civil. A ordem jurídica cerrava os seus olhos para a desigualdade de fato, que dominava o espaço privado, e com a sua aparente neutralidade, cancelava a opressão. (SARMENTO, 2008, p. 69).

Outra característica marcante do modelo de codificação do Estado Liberal residia na rígida separação entre o Direito Público e o Direito Privado. Enquanto o primeiro regulava as relações desiguais entre os cidadãos e o Estado, sobre as quais incidia a Constituição, no ramo jurídico privado o centro normativo era ocupado pelo Código Civil, responsável por regular as relações entre iguais na sociedade e no mercado. “Neste quadro, o Código Civil desempenhava o papel correspondente ao de uma Constituição das relações privadas e da sociedade civil” (SARMENTO, 2008, p. 70), cujos pilares consistiam na propriedade privada e no contrato.

A detalhada disciplina dos códigos sobre todas as condutas humanas juridicamente relevantes gerou implicações, ainda, na atividade do Juiz. O método judicial deveria se realizar através de simples silogismo. Sob a primazia do princípio da separação dos poderes, o poder quase que absoluto do legislativo se combinava com a submissão do judiciário, que deveria aplicar apenas o que a lei estabelecesse

explicitamente. Nesse contexto, não restava espaço para a aplicação dos princípios, praticamente desprezados no processo de atuação do intérprete. Na lição de Gustavo Tepedino, “Insculpiu-se na cultura jurídica [...] a convicção de que sem regulamentação específica de cada situação subjetiva, com a definição exata dos poderes do titular, não há bom direito.” (TEPEDINO, 2000, p. 2).

Com a passagem do Estado Liberal para o Estado Social (o que será examinado mais detidamente no Capítulo 2 deste trabalho), a hegemonia dos códigos na regulação das relações particulares sofreu abalos significativos. Neste contexto, o surgimento do Direito do Trabalho teve grande influência para a mudança da qualidade das relações travadas entre os particulares. Regido por princípios intervencionistas e solidaristas diametralmente opostos à dinâmica civilista, o Direito do Trabalho vai subtrair do âmbito do Direito Civil a regulamentação das relações de trabalho, até então disciplinadas sob a ótica contratualista, através do contrato de locação de serviços.

Passa-se a se reconhecer, portanto, o brutal desequilíbrio entre as partes integrantes da relação de trabalho, abandonando, neste aspecto, a notória cegueira que acometia o Direito Civil quando este, com extremada confiança na autonomia da vontade, simplesmente desconsiderava os fatos reais e presumia a igualdade entre patrão e empregado. O referido movimento, ocorrido ao longo do século XIX, teve seu ápice no primeiro Pós-Guerra, sendo que, no Brasil, desencadeou-se apenas a partir da década de 1930.⁷

⁷ Maurício Godinho Delgado descreve o processo de desenvolvimento e implantação do Direito do Trabalho em quatro diferentes fases históricas, quais sejam, (1) manifestações incipientes, ou esparsas; (2) sistematização e consolidação; (3) institucionalização do Direito do Trabalho; (4) a crise e transição do Direito do Trabalho. Segundo Delgado, a primeira fase, que teve como marco inicial o *Peel's Act* em 1802, caracterizou-se pela existência de leis assistemáticas, de caráter humanitário, que tinham como objetivo a redução da violência advinda da superexploração empresarial sobre mulheres e crianças. O conjunto de normas trabalhistas dispersas, contudo, não constituiu um ramo jurídico autônomo, o que só ocorreu na segunda fase. Estendendo-se de 1948 até o primeiro Pós-Guerra, essa fase teve como marcos iniciais o Manifesto Comunista, o movimento cartista e a Revolução Francesa de 1948. Nesse período, os movimentos revolucionários operários se fortaleceram, em oposição à classe dominante, “[...] de modo a insculpir no universo das condições de contratação da força de trabalho e no universo jurídico mais amplo da sociedade o vigor de sua palavra e de seus interesses coletivos”. (DELGADO, 2006, p. 95). A terceira fase, de oficialização do Direito do Trabalho, inicia-se no segundo Pós-Guerra, em 1919, com a criação da OIT e da promulgação da Constituição de Weimar. Conforme leciona Delgado, essa fase se caracteriza pelo aprofundamento do processo de Constitucionalização do Direito do Trabalho e da hegemonia do Estado de Bem-Estar Social. Nas palavras do autor: “As Cartas democráticas pós-1945, da França, da Itália e da Alemanha em um primeiro momento (segunda metade da década de 40), e depois, de Portugal e da Espanha (década de 70), não só incorporariam normas justralhistas, mas principalmente diretrizes gerais de valorização do trabalho e do ser que labora empregaticamente para outrem. Mais: incorporariam princípios, constitucionalizando-os, além de fixar princípios gerais

Entretanto, a autonomização do ramo juslaboral não foi a única causa do declínio dos grandes códigos. A partir da Primeira Guerra Mundial os países europeus passaram a vivenciar uma significativa mudança na legislação civil. Intensificou-se, também em seu âmbito, a intervenção estatal e multiplicaram-se as leis especiais, culminando na edição dos chamados estatutos, que tratavam de forma completa e específica determinadas matérias antes por aqueles disciplinadas, abrangendo, além dos preceitos de Direito Civil, normas administrativas, econômicas e até penais. Nas palavras de Daniel Sarmento:

A quantidade de normas especiais se avolumava, disciplinando novos institutos do Direito Privado, surgidos com a evolução econômica, ou subtraindo outros âmbitos do Código Civil, para submetê-los à nova disciplina, mais consentânea com as necessidades de uma sociedade que se industrializava e de um Estado que mudava de feições, tornando-se social. (SARMENTO, 2008, p. 73).

Os novos estatutos valiam-se de cláusulas gerais e diretrizes hermenêuticas, além de serem elaborados, em sua maioria, por decorrência de ampla negociação entre os setores interessados na sua edição, com debates e concessões mútuas. Nesse sentido, pode-se dizer que a lei se aproximou da figura do contrato e o legislador do negociador. (TEPEDINO, 2000, p. 10).

Por outro lado, as novas leis deixaram para trás a generalidade e a abstração características centrais das antigas codificações, passando a visar objetivos substantivos, relacionados a um sujeito mais concreto, situado e integrado a determinado grupo ou estamento como, por exemplo, o trabalhador e o locatário de imóvel urbano, dentre outros. (SARMENTO, 2008, p. 73).

de clara influencia na área laborativa (como os da dignidade humana e da justiça social, por exemplo)." (DELGADO, 2006, p. 97). Por fim, Delgado reconhece uma quarta fase, iniciada em meados da década de 1970, na qual, em razão de fatores como a crise econômica, a "revolução tecnológica", o acentuado processo de globalização e o acirramento da competição capitalista, o Direito do Trabalho passou a enfrentar significativa crise e transformação. Nesse contexto, com a hegemonia político-cultural do pensamento neoliberal, ganharam força as propostas de desregulamentação das políticas sociais e das regras jurídicas limitadoras do mercado econômico, em especial das normas trabalhistas. Como consequência, houve uma acentuada informalização e desorganização do mercado de trabalho, principalmente nos países semiperiféricos ao capitalismo central, como o Brasil. Embora um certo pessimismo em relação aos rumos do Direito do Trabalho tenha predominado nesta fase, Maurício Godinho Delgado aponta que, passadas mais de duas décadas do início da crise do ramo juslaboral, não se concretizaram as "[...] catastróficas predições de uma sociedade sem trabalho", nem mesmo as "[...] predições de uma sociedade capitalista com intensas relações laborativas subordinadas e pessoais, mas sem algo como o Direito do Trabalho." E assim o autor conclui: "No fundo, o que despontara, no início, para alguns, como crise para a ruptura final do ramo trabalhista, tem-se afirmado, cada dia mais, como essencialmente uma transição para um Direito do Trabalho renovado." (DELGADO, 2006, p. 99).

A todo esse processo convencionou-se denominar, também, de *descodificação do Direito Privado*, caracterizado pelo deslocamento do centro de gravidade do direito privado, com o advento de microssistemas legislativos independentes do Código Civil e inspirados em princípios, valores e objetivos muito diferentes do genérico ideal codificador liberal. (TEPEDINO, 2000, p. 4). É nesse contexto de fragmentação do Direito Civil, portanto, que a Constituição, sob a égide do Estado Social, passará a disciplinar as relações econômicas e privadas, tornando-se verdadeiro centro unificador do ordenamento civil. Pietro Perlingeri, assim leciona:

O código Civil certamente perdeu a centralidade de outrora. O papel unificador do sistema, tanto nos seus aspectos mais tradicionalmente civilísticos quanto naqueles de relevância publicista, é desempenhado de maneira cada vez mais incisiva pelo Texto Constitucional. Falar de descodificação relativamente ao Código vigente não implica absolutamente a perda do fundamento unitário do ordenamento, de modo a propor a sua fragmentação em diversos microordenamentos e em diversos microssistemas, com ausência de um desenho global [...]. O respeito aos valores e aos princípios fundamentais da República representa a passagem essencial para estabelecer uma correta e rigorosa relação de poder do Estado e poder dos grupos, entre maioria e minoria, entre poder econômico e os direitos dos marginalizados, dos mais desfavorecidos. (PERLINGERI apud SARMENTO, 2008, p. 75)

Todo esse fenômeno cuida não apenas da inclusão de matérias próprias de outros domínios na Lei Maior, mas, principalmente, da releitura dos mais diversos institutos jurídicos à luz da norma constitucional. As figuras centrais do Direito Civil (propriedade, posse, contrato, empresa, família, etc.) passam a ser redefinidas em harmonia com os princípios solidarísticos inscritos na Carta Maior, o que evidencia verdadeira busca por uma maior humanização do Direito Privado. Nesse sentido, valiosa a lição de Gustavo Tepedino:

Cuida-se, afinal, de uma tomada de posição do legislador constituinte, que delineou a tábua axiológica definidora do sistema e, por conseguinte, da atividade econômica privada. Daí a necessidade de uma reelaboração dogmática, de molde a subordinar a lógica patrimonial àquela existencial, estremando, de um lado, as categorias da empresa, informadas pela ótica do mercado e da otimização dos lucros, e, de outro, as categorias atinentes à pessoa humana, cuja dignidade é o princípio basilar posto ao vértice hierárquico do ordenamento. (TEPEDINO, 2004, p. 55).

Conforme salienta Luís Roberto Barroso, “A Constituição passou a funcionar como uma lente, o filtro através do qual se deve olhar o Direito como um todo.”

(BARROSO apud GOMES, 2010, p. xv), o que acabou repercutindo nas relações entre os três poderes com os particulares e, principalmente, nas relações dos particulares entre si. É nessa esteira de raciocínio, portanto, que se insere também o Direito do Trabalho e o seu peculiar processo de constitucionalização, o qual será examinado no tópico a seguir.

2.5.2 O intercâmbio entre a Constituição e o Direito do Trabalho

Como visto anteriormente, a autonomia do Direito do Trabalho no século XIX foi um dos grandes elementos que contribuíram para o processo de constitucionalização do Direito Civil, através do qual a hegemonia do Código Civil cedeu lugar para a supremacia da Constituição.

Entretanto, a relação entre o ramo juslaboral e a constitucionalização do Direito não se limitou à simples influência das normas trabalhistas para a adoção de uma nova visão das relações privadas. A nova hermenêutica, que busca firmar na Carta Constitucional o centro axiológico de todo o ordenamento jurídico, não poderia, por óbvio, limitar-se apenas ao clássico Direito Civil. Ao lado de outros domínios jurídicos, o próprio Direito do Trabalho passa, também, por intenso processo (ainda que mais tardio) de colonização constitucional. “Uma colonização sem dominadores ou dominados, uma vez que se cuida apenas de fazer com que cada manifestação específica do Direito expresse os valores fundantes do Estado brasileiro, estabelecidos na Constituição.” (BARROSO, 2010, p. xvi).

A princípio, tratar de uma atual “restauração axiológica”⁸ do Direito do Trabalho no Brasil pode parecer algo desnecessário, principalmente diante da positivação, pela própria Constituição de 1988, do valor *trabalho humano* nos seus artigos 1º, inciso IV, 170, caput, e 193, além do farto rol de direitos trabalhistas consagrados em seu artigo 7º. (BRASIL, 1988). Fábio Rodrigues Gomes nos explica:

Sendo assim, chega a ser compreensível que, diferentemente do direito civil (onde já existem diversos autores se aprofundando sobre este assunto), a temática da *constitucionalização do direito* tenha ecoado tão pouco pelas sendas do direito do trabalho, pois que tamanha generosidade do

⁸ Expressão utilizada por: GOMES, Fábio Rodrigues. Constitucionalização do direito do trabalho: a crônica de um encontro anunciado. In: GOMES, Fábio Rodrigues. (Coord.). **Direito constitucional do trabalho: o que há de novo?** Rio Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 141-176.

constituinte acabou por desenvolver uma certa “miopia doutrinária”, isto é, proporcionou uma visão bastante acurada sobre a proteção normativa que estava logo à mão, ao passo que embaçou os demais potenciais emancipatórios localizados em espaços constitucionais relativamente distantes daquele ocupado pelos direitos dos trabalhadores. (GOMES, 2010, p. 150).

É preciso ficar claro, portanto, que a investigação central desta dissertação toca exatamente nesses outros potenciais emancipatórios oferecidos pela Lei Fundamental. Isto porque o Direito Laboral traz, em sua essência, características que o tornam um espaço de transformação especialmente importante,

Não apenas pelo fato de a Constituição trazer uma série de dispositivos específicos relacionados à matéria, mas, também e sobretudo pela importância das relações de trabalho para a formação da dignidade, seja pela contribuição individual ao esforço social coletivo, seja pela obtenção autônoma das condições materiais necessárias ao desenvolvimento da personalidade. Ademais, o ambiente de trabalho e suas relações assimétricas, em parte inerentes ao poder de direção do empregador, colocam dificuldades adicionais para a aplicação equilibrada dos direitos fundamentais, incluindo os clássicos direitos de liberdade, como a intimidade e a honra. Aí onde *poderes privados* podem florescer e se tornar arbitrários é que a Constituição se faz mais necessária. (BARROSO, 2010, xvi).

Conclui-se, desse modo, que o intercâmbio normativo entre a Constituição e o Direito do Trabalho pode ser estudado sob duas perspectivas distintas: por um lado, estuda-se a socialização do Direito Constitucional, com a incorporação dos direitos laborais ao texto constitucional; de outro, a constitucionalização do ramo juslaboral, com a releitura dos institutos trabalhistas à luz dos valores positivados pela Constituição, ou seja, a partir da elevação da Carta Maior como novo centro unificador do Direito do Trabalho. Sob esta ótica, os clássicos institutos de direito material e processual do trabalho passam a ser alvo da técnica da interpretação conforme a Constituição, que atua como “filtro de retenção de impurezas e sintoniza, na mesma melodia constitucional, a norma que comporta espaço para tanto.” (CASSAR, 2010, p. 242).

O aprofundamento em cada uma dessas perspectivas, contudo, será realizado nos capítulos que se seguem. A inserção dos direitos trabalhistas na norma constitucional será analisada no estudo do desenvolvimento histórico dos direitos fundamentais, em especial quando se tratar da passagem do Estado Liberal para o Estado Social e dos direitos fundamentais de 2ª geração.

Quanto à segunda perspectiva, referente à aplicação da nova hermenêutica que eleva a Constituição à posição de centro conformador de todo o Direito do Trabalho, é importante frisar que ela constitui o cerne desta dissertação. Quando se busca compreender quando e de que maneira é possível que se apliquem os direitos fundamentais nas relações de trabalho, trata-se exatamente de se realizar a reinterpretação do Direito do Trabalho sob os valores e normas da Lei Maior.

3 DIREITOS FUNDAMENTAIS

3.1 Delimitação terminológica e conceitual

Ao se adentrar na sistemática acerca dos direitos fundamentais, é preciso, inicialmente, que se alcance o significado da expressão objeto do presente estudo, tendo em vista a utilização ampla e indistinta de diversos outros termos ambíguos e de conteúdo semântico diferenciado, tais como “direitos humanos”, “direitos do homem”, “direitos subjetivos públicos”, “liberdades públicas”, “direitos individuais”, “liberdades fundamentais” e “direitos humanos fundamentais”. (SARLET, 2009, p. 27).

A própria Constituição da República de 1988 apresenta diferentes expressões ao se referir aos direitos fundamentais como, por exemplo, o art. 4º, II, que contém a expressão “direitos humanos”, bem como a epígrafe do Título II e o art. 5º, § 1º, que se referem a “direitos e garantias fundamentais”. Já no inciso LXXI do mesmo art. 5º, encontra-se a expressão “direitos e liberdades constitucionais”, ao passo em que o art. 60, § 4º, IV, fala em “direitos e garantias individuais”. (BRASIL, 1988).

A moderna doutrina constitucional, entretanto, tem dado preferência à expressão “direitos fundamentais” por dois grandes motivos: primeiro, por decorrer do próprio direito positivo; segundo, porque os demais termos não expressam com completeza o seu significado, sendo vinculados a determinadas categorias específicas dos direitos fundamentais e insuficientes para representar de maneira adequada e completa o gênero como um todo. (SANTOS JÚNIOR, 2010, p. 22).

Em verdade, diante da natureza multiforme dos direitos fundamentais, é de grande dificuldade o estabelecimento de uma conceituação lógica e sistemática da expressão. Desse modo, não obstante a falta de consenso doutrinário quanto à nomenclatura, conceito e significado dos “direitos fundamentais”, buscar-se-ão apontar os principais entendimentos quanto a um critério unificador capaz de determinar um termo e conceitos genéricos, constitucionalmente adequados e que possam abranger diferentes espécies de direitos. (SARLET, 2009, p. 29).

3.1.1 Distinção entre direitos humanos e direitos fundamentais

Embora seja possível estabelecer variados paralelos entre as diversas expressões supramencionadas, na busca por uma precisa delimitação terminológica e conceitual, a questão será analisada, inicialmente, sob o enfoque da distinção doutrinária entre as expressões “direitos humanos” e “direitos fundamentais”, largamente utilizadas como sinônimos.

Para tanto, a doutrina tem fixado o critério distintivo baseado no plano de positivação do direito, ou seja, o critério da concreção positiva de cada tipo de direito. Nesse sentido, Ingo Wolfgang Sarlet conceitua direitos fundamentais como aqueles direitos do ser humano, reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional positivo de determinado Estado, enquanto os direitos humanos seriam os atributos reconhecidos ao ser humano como tal, através de documentos internacionais. Independentes do Direito Constitucional de qualquer Estado específico, os direitos humanos “[...] aspiram à validade universal, para todos os povos e tempos, de tal sorte que revelam um inequívoco carácter supranacional (internacional).” (SARLET, 2009, p.29)

Também nessa esteira de raciocínio, Joaquim José Gomes Canotilho demonstra a diferenciação entre direitos fundamentais e os chamados, pelo autor português, de direitos do homem:

[...] direitos do homem são direitos válidos para todos os povos e em todos os tempos (dimensão jusnaturalista - universalista); direitos fundamentais são os direitos do homem, jurídico - institucionalmente garantidos e limitados espacio - temporalmente. Os direitos do homem arrancariam da própria natureza humana e daí o seu carácter inviolável, intemporal e universal; os direitos fundamentais seriam os direitos objectivamente vigentes numa ordem jurídica concreta. (CANOTILHO, 1988, p. 391)

Por sua vez, o jurista espanhol Perez Luño, conceitua “direitos fundamentais” como

[...] o conjunto de direitos e liberdades institucionalmente reconhecidos e garantidos pelo direito positivo de determinado Estado, tratando-se, portanto, de direitos delimitados espacial e temporalmente, cuja denominação se deve ao seu carácter básico e fundamentador do sistema jurídico do Estado de Direito. (LUÑO apud SARLET, 2009, p. 31).

Ao contrário dos direitos humanos, que são reconhecidos a qualquer ser humano, independentemente de uma ordem jurídica estatal, os direitos fundamentais se abrigam em uma ordem constitucional específica, compondo o núcleo de uma Constituição. De fato, todo direito fundamental é também um direito humano, eis que o seu titular será sempre o ser humano. Todavia, nem todos os direitos humanos serão reconhecidos como direitos fundamentais, pois, positivados no plano internacional, são reconhecidos a todas as pessoas e transcendem o direito estatal interno. (SANTOS JÚNIOR, 2010, p. 23).

Para Jorge Miranda, deve-se evitar, inclusive, a utilização da expressão “direitos humanos” como sinônimo da expressão “direitos do homem”. (MIRANDA, 1993, p. 50), eis que os primeiros configuram direitos positivados na esfera do direito internacional, enquanto os direitos do homem referem-se aos direitos naturais não positivados no sistema jurídico. Nesse mesmo sentido, tem-se a lição de Ingo Wolfgang Sarlet:

[...] cumpre traçar uma distinção, ainda que de cunho predominantemente didático, entre as expressões “direitos do homem” (no sentido de direitos naturais não, ou ainda não positivados), “direitos humanos” (positivados na esfera do direito internacional) e “direitos fundamentais” (direitos reconhecidos ou outorgados e protegidos pelo direito constitucional interno de cada Estado). (SARLET, 2009, p. 30).

Nota-se, portanto, que, uma vez que os direitos fundamentais nascem e acabam com as Constituições, a expressão “direitos humanos” revela-se dotada de sentido bem mais amplo e impreciso, uma vez que essa espécie de direitos é desprovida da fundamentalidade formal própria dos direitos fundamentais (VILALLON apud SARLET, 2009, p. 31). Segundo Jorge Miranda, “direitos humanos” são direitos inerentes à humanidade ou ao gênero humano, sem pertinência a cada pessoa concreta, cujos direitos poderiam, assim, ser desrespeitados. (MIRANDA, 1998, p. 51).

Por outro lado, embora se reconheça que as referidas expressões não são idênticas e que possuem amplitude e significado distintos, não há como negar a estreita relação entre os direitos humanos e os direitos fundamentais. Nas palavras de Sarlet,

[...] não se cuida de termos reciprocamente excludentes ou incompatíveis, mas, sim, de dimensões íntimas e cada vez mais inter-relacionadas, o que

não afasta a circunstância de se cuidar de expressões reportadas a esferas distintas de posituação, cujas consequências práticas não podem ser desconsideradas. (SARLET, 2009, p. 34)

Cumpre ressaltar que a própria Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, bem como os diversos tratados internacionais regionais que tratam da mesma temática foram as grandes fontes que inspiraram a incorporação desses direitos humanos como direitos fundamentais nas constituições do segundo pós-guerra.

3.1.2 Conceito

Superada a dicotomia mais comum no âmbito doutrinário no que concerne aos direitos humanos e direitos fundamentais, faz-se necessário o aprofundamento na conceituação dessa espécie jurídica. Longe de se pretender o esgotamento da imensa variedade de abordagens e perspectivas apresentadas pela doutrina, mas com o objetivo de identificar de um possível denominador comum no que tange à essência dos direitos fundamentais, serão apresentadas algumas construções elaboradas por diferentes autores que se prestaram a investigar o tema.

Perez Luño, definiu os direitos fundamentais como o conjunto de faculdades e instituições que, em cada momento histórico, concretiza as exigências de dignidade, liberdade e igualdade humanas. (LUÑO apud SILVA, 2002, p. 179).

Por sua vez, Konrad Hesse, estabelece que os direitos fundamentais são direitos que pretendem criar e manter os pressupostos de uma vida na liberdade e na dignidade humana. (HESSE apud BONAVIDES, 2011, p. 572). Para Bonavides, ao lado dessa concepção ampla e de natureza material apresentada por Hesse, há, ainda, uma concepção mais específica, formal e normativa dos direitos fundamentais, que podem ser definidos como “[...] aqueles direitos que o direito vigente qualifica como tais.” (BONAVIDES, 2011, p. 560). A seu turno, Robert Alexy apresenta uma definição voltada para a efetividade desses direitos, decorrente de sua posituação:

[...] os direitos fundamentais são substancialmente direitos do homem transformados em direito positivo. Tais direitos exigem a sua institucionalização. Se existem direitos do homem, não há somente um direito à vida, mas também um direito do homem a um Estado que realize

este direito. E a institucionalização inclui necessariamente a sua acionabilidade. (ALEXI apud FACCHINI NETO, 2006, p. 39).

Por fim, tem-se a definição de Arion Sayão Romita:

Pode-se definir direitos fundamentais como os que, em dado momento histórico, fundados no reconhecimento da dignidade da pessoa humana, asseguram a cada homem as garantias de liberdade, igualdade, solidariedade, cidadania e justiça. Este é o núcleo essencial da noção de direitos fundamentais, aquilo que identifica a fundamentalidade dos direitos. Poderiam ser acrescentadas as notas acidentais de exigência do respeito a essas garantias por parte dos demais homens, dos grupos e do Estado e bem assim a possibilidade de postular a efetiva proteção do Estado em caso de ofensa. (ROMITA, 2007, p. 45)

É possível se notar, portanto, que os direitos fundamentais podem ser conceituados sob diferentes perspectivas. Do ponto de vista material, eles variam conforme os aspectos ideológicos, os valores e os princípios que, em um determinado tempo, um Estado consagra em sua Constituição, o que justifica a existência de diferentes direitos fundamentais em cada sociedade.

Por fim, do ponto de vista formal, impende salientar que, no Brasil, os direitos fundamentais estão previstos pelo Título II da Constituição da República de 1988, sob a epígrafe de “Direitos e Garantias Fundamentais” e em outros dispositivos esparsos pela Carta Maior. (BRASIL, 1988).

Cabe destacar que a referida expressão utilizada no Título II da Constituição de 1988, de cunho genérico, abrange todas as demais espécies ou categorias de direitos fundamentais, quais sejam: direitos e deveres individuais e coletivos (Capítulo I); direitos sociais (Capítulo II); direitos de nacionalidade (Capítulo III); direitos políticos (Capítulo IV) e o regramento dos partidos políticos (Capítulo V). (SARLET, 2009, p. 28). Qualquer proposta de aboli-los é considerada ilegítima, conforme as cláusulas pétreas dispostas pelo artigo 60, § 4º, da mesma Lei Fundamental.

3.2 Origem histórica, evolução e gerações

3.2.1 Origem

Muito embora seja uma missão com inúmeras possibilidades e grande complexidade, é de grande relevância a análise, ainda que sucinta, dos direitos fundamentais sob a sua perspectiva histórica ou genética. Isso se justifica não apenas pelo fato de que o estudo do ponto de vista histórico constitui, em si mesmo, um eficiente mecanismo hermenêutico, mas, especialmente, por ser possível se constatar que a história dos direitos fundamentais culmina no próprio Estado Constitucional moderno, “[...] cuja essência e razão de ser residem justamente no reconhecimento e na proteção da dignidade da pessoa humana e dos direitos fundamentais do homem.” (SARLET, 2009, p. 36).

De modo a auxiliar o trajeto a ser percorrido, tomar-se-ão como referência as três etapas destacadas pelo autor alemão K. Stern, relativas ao devenir histórico dos direitos fundamentais, até o seu reconhecimento nas primeiras Constituições escritas (STERN apud SARLET, 2009). As fases destacadas dividem-se em:

a) uma pré-história, que se estende até o século XVI; b) uma fase intermediária, que corresponde ao período de elaboração da doutrina jusnaturalista e da afirmação dos direitos naturais do homem; c) a fase de constitucionalização, iniciada em 1776, com as sucessivas declarações de direitos dos novos Estados americanos. (SARLET, 2009, p. 37)

De antemão, é preciso salientar que a problemática das chamadas “gerações” (ou dimensões) dos direitos fundamentais só irá assumir relevo especial a partir do reconhecimento e da consagração desses direitos nas primeiras Constituições, o que justifica a abordagem apartada desta questão posteriormente.

Nessa etapa, portanto, cuida-se de investigar alguns períodos, conceitos e institutos que antecederam e influenciaram o reconhecimento e a positivação constitucional dos direitos fundamentais no final do século XVIII, não se olvidando, porém, o que leciona Perez Luño:

[...] não se deve perder de vista a circunstância de que a positivação dos direitos fundamentais é o produto de uma dialética constante entre o progressivo desenvolvimento das técnicas de seu reconhecimento na esfera do direito positivo e a paulatina afirmação, no terreno ideológico, das ideias da liberdade e da dignidade humana. (LUÑO apud SARLET, 2009, p. 37).

O estudo da gênese dos direitos fundamentais tem como ponto de partida a fase comumente denominada “pré-história”, constituída pelo pensamento desenvolvido na antiguidade, por meio da religião e da filosofia. Embora não tenha sido nesse período que a noção de direitos fundamentais tenha efetivamente surgido, pode-se afirmar que foi nessa época que emergiram no ocidente algumas ideias-chave que, posteriormente, iriam influenciar de forma direta a doutrina jusnaturalista, que concebia o ser humano, pelo simples fato de existir, como titular de direitos naturais e inalienáveis. (SARLET, 2009, p. 38)

É especialmente na filosofia clássica greco-romana e no pensamento cristão que os valores da dignidade da pessoa humana, da liberdade e da igualdade entre os homens encontram suas raízes. A democracia ateniense tinha como fundamento o homem livre e provido de individualidade, ao passo em que o Antigo Testamento deixou como seu maior legado a ideia de que o homem, feito à imagem e semelhança de Deus, representa o ponto mais alto da criação divina. Por sua vez, a doutrina estoica greco-romana e o cristianismo foram responsáveis pelo desenvolvimento das teses da unidade da humanidade e da igualdade de dignidade entre todos os homens. (SARLET, 2009, p. 38)

Alguns autores, como Jorge Miranda, apontam o cristianismo como o antecedente básico dos direitos humanos. Nesse sentido, destaca-se a filosofia de Tomás de Aquino (1225-1274), o qual, além de professar a já referida concepção cristã de igualdade dos homens perante Deus, defendia a existência de duas ordens distintas, compostas por um direito natural, como expressão da natureza racional do homem, e um direito positivo. Ele defendia, inclusive, que, se houvesse discrepância entre essas ordens, o súdito teria seu direito de resistência e desobediência em relação ao Estado autorizados. (MIRANDA, 1993, p. 17).

Richard Tarnas ensina que, para Tomás de Aquino, “[...] Deus desejava que cada criatura se movimentasse segundo sua própria natureza”, tendo o homem recebido “[...] o maior grau de autonomia em virtude de sua inteligência racional.” Na visão de Tomás, o mundo natural e o espiritual estavam intimamente ligados entre si, sendo o próprio homem o fator central desses dois mundos. “A Natureza tinha valor, como o homem, precisamente porque Deus lhe dera existência.” Para o teólogo, “[...] a Razão e a liberdade humana tinham valor em si” e “[...] sua efetivação serviria para maior glória do Criador.” (TARNAS, 2011, p. 203-204) Ainda nas palavras do professor suíço,

Influenciado pelo conceito teleológico de Aristóteles quanto à relação da Natureza com a Forma sublime e pela interpretação neoplatônica de Um onipresente, Tomás apresentou nova base para a dignidade e o potencial do Homem: segundo disposição divina, a natureza humana pode chegar à perfeita comunhão com o substrato infinito de sua existência – Deus, fonte de todo aperfeiçoamento da Natureza. Mesmo a linguagem humana encarnava sabedoria divina e, portanto, era instrumento digno, capaz de interpretar e elaborar os mistérios da criação. (TARNAS, 2011, p. 204)

Nota-se, portanto, que foi no pensamento de Tomás de Aquino que o valor fundamental da dignidade humana assumiu especial relevo, sendo incorporado, posteriormente, pelas correntes jusnaturalistas. Baseado nas construções tomistas, o filósofo renascentista Pico della Mirandola (1463-1494) sustentou o conceito de personalidade humana como algo que se caracteriza “[...] por ter um valor próprio, inato, expresso justamente na ideia de sua dignidade de ser humano, que nasce na qualidade de valor natural, inalienável e incondicionado, como cerne da personalidade do homem.” (SARLET, 2009, p. 38)

Da fase “pré-histórica” passa-se, então, para a chamada “fase intermediária”, na qual se destaca a elaboração da doutrina jusnaturalista (principalmente a partir do século XVI) e a afirmação dos direitos naturais do homem, marcos históricos de extrema relevância para o reconhecimento posterior dos direitos fundamentais nas revoluções do século XVIII.

Não obstante seja possível se reportar os primórdios de uma Teoria do direito natural à própria antiguidade clássica, foi a partir do século XVI, por meio das teorias contratualistas, que a doutrina jusnaturalista efetivamente se desenvolveu, encontrando seu ápice nos séculos XVII e XVIII. Nesse mesmo período o direito natural passou a se dissociar dos elementos religiosos, atingindo seu apogeu no iluminismo, de inspiração jusracionalista. (SARLET, 2009, p. 39).

Em apertada síntese, o jusnaturalismo se caracteriza por afirmar a vigência, a validade e a eficácia do direito natural como superior a todo e qualquer direito positivo. (GUSMÃO, 2005, p. 379). Para Norberto Bobbio,

A doutrina dos direitos do homem nasceu da filosofia jusnaturalista, a qual – para justificar a existência de direitos pertencentes ao homem enquanto tal, independentemente do Estado – partira da hipótese de um estado de natureza, onde os direitos do homem são poucos e essenciais: o direito à vida e à sobrevivência, que inclui também o direito à propriedade; e o direito de liberdade, que compreende algumas liberdades essencialmente negativas. (BOBBIO, 1992, p. 73)

Foram diversos os juristas que se afiliaram ao pensamento jusnaturalista, formando variadas correntes doutrinárias, cada qual revelando concepções divergentes sobre o alcance, a dimensão e a própria natureza do direito natural. Conforme leciona Paulo Dourado de Gusmão,

A constante redefinição e a divergência que impera entre os jusnaturalistas a respeito do que seja e do que prescreve o direito natural impedem a formação de uma “escola” bem definida, apesar de ter florescido, nos séculos XVII e XVIII, a *Escola do Direito Natural*, que concebeu o “jusnaturalismo” como forma de “jusracionalismo”. (GUSMÃO 2005, p. 379)

Longe da pretensão de se exaurir o extenso rol de autores jusnaturalistas, citar-se-á apenas alguns de seus expoentes, como o holandês Hugo Grócio (1583-1645), a quem se deve a laicização do direito natural, o qual seria ditado pela razão e não mais pela divindade⁹, além de ser caracterizado como universal, absoluto e imutável. Por outro lado, tem-se o jurista alemão Samuel Freiherr Pufendorf (1632-1694), que também defendeu a ideia do direito natural prescrito pela razão, tendo por fonte a natureza humana, da qual a razão deveria deduzir a sua norma fundamental, por ele assim enunciada: “[...] cada homem deve, enquanto depender dele, manter e proteger as relações sociais”. Para Pufendorf, os princípios fundamentais do direito natural seriam não causar dano a ninguém, respeitar os compromissos contraídos e a dignidade humana, bem como assegurar tratamento jurídico igual para todos. (GUSMÃO, 2005, p. 379)

Imperioso mencionar, ainda, os ingleses John Milton (1608-1674) e Thomas Hobbes (1588-1679). Enquanto Milton reivindicou o reconhecimento dos direitos de autodeterminação do homem, de tolerância religiosa, da liberdade de manifestação oral e de imprensa, bem como a supressão da censura, Hobbes atribuiu ao homem a titularidade de determinados direitos naturais que, entretanto, alcançavam validade apenas no estado de natureza, encontrando-se, no mais, à disposição do soberano. (SARLET, 2009, p. 39)

A concepção contratualista da sociedade e a ideia de direitos naturais do homem assumiram particular relevância exatamente na Inglaterra do século XVII,

⁹ Conforme a lição de Paulo Nader, o pensamento jusnaturalista esteve, por muito tempo, intrincado com o pensamento religioso, concebendo os direitos naturais como de origem divina ou seja, como uma revelação feita por Deus aos homens. Considerado o ‘pai do direito natural’ e responsável pela laicização desse direito, Hugo Grócio assim afirmava: “O Direito Natural existiria mesmo que Deus não existisse ou que, existindo, não cuidasse dos assuntos humanos.” (GRÓCIO apud NADER, 2003, P. 368).

transcendendo o plano teórico para ganhar corpo nas diversas Cartas de Direitos assinadas pelos reis da época. Desse período, merece menção o juiz e parlamentar inglês Lord Edward Coke (1552-1634), o qual sustentou a existência de direitos fundamentais dos cidadãos ingleses, dando ênfase para a proteção da sua liberdade pessoal contra a prisão arbitrária e o reconhecimento do direito de propriedade, o que inspirou a tríade que se incorporaria, posteriormente, ao patrimônio do pensamento individualista burguês: vida, liberdade e propriedade. (SARLET, 2009, p. 40).

Por fim, mas não menos importante, deve-se citar a contribuição doutrinária de John Locke (1632-1704), o qual, baseado no contrato social, foi o primeiro a reconhecer aos direitos naturais e inalienáveis do homem uma eficácia oponível até mesmo aos governantes, podendo os cidadãos (proprietários) valer-se do direito de resistência, “[...] sendo verdadeiros sujeitos e não meros objetos do governo” (SARLET, 2009, p. 40). Ainda sobre Locke, Ingo Wolfgang Sarlet leciona:

Cumpre salientar, neste contexto, que Locke, assim como já o havia feito Hobbes, desenvolveu ainda mais a concepção contratualista de que os homens tem o poder de organizar o Estado e a sociedade de acordo com sua razão e vontade, demonstrando que a relação autoridade - liberdade se funda na autovinculação dos governados, lançando, assim, as bases do pensamento individualista e do jusnaturalismo iluminista do século XVIII, que, por sua vez, desaguou no constitucionalismo e no reconhecimento de direitos de liberdade dos indivíduos considerados como limites ao poder estatal. (SARLET, 2009, p. 40)

No âmbito do iluminismo de inspiração jusnaturalista, pensadores como Rousseau (1712-1778), Tomas Paine (1737-1809) e Immanuel Kant (1724-1804) foram os principais responsáveis pelo ápice da elaboração doutrinária do contratualismo e da teoria dos direitos naturais do indivíduo. Norberto Bobbio afirma que é possível considerar o pensamento kantiano como a conclusão do que ele denominou de primeira fase da história dos direitos do homem, a qual

[...] culmina nas primeiras Declarações dos Direitos não mais enunciadas por filósofos, e portanto *sine imperio*, mas por detentores do poder de governo, e portanto *cum imperio* -, o homem natural tem um único direito, o direito de liberdade, entendida a liberdade como “independência em face de todo constrangimento imposto pela vontade de outro”, já que todos os demais direitos, incluído o direito à igualdade, estão compreendidos nele. (BOBBIO, 1992, p. 73-74)

Para encerrar a investigação acerca da origem dos direitos fundamentais, passa-se para a análise do gradativo processo de reconhecimento desses direitos na esfera do direito positivo. Partir-se-á do estudo dos direitos estamentais para se chegar, finalmente, aos direitos fundamentais constitucionais do século XVIII.

Na lição de Perez Luño, o processo de elaboração dos direitos fundamentais, tais como reconhecidos nas primeiras declarações do século XVIII, foi acompanhado por uma progressiva recepção, pela ordem positiva, de direitos, liberdades e deveres individuais, os quais podem ser considerados os antecedentes dos direitos fundamentais. (LUÑO apud SARELT, 2009, p. 41).

É, contudo, na Inglaterra da Idade Média do século XIII que foi produzido o documento de maior relevo para o estudo da evolução dos direitos humanos: a *Magna Charta Libertatum*. Firmada em 1215 pelo Rei João Sem-Terra e pelos bispos e barões ingleses, sua importância se justifica pelo fato de ter se tornado ponto de referência para certos direitos e liberdades civis clássicos, como o *habeas corpus*, o devido processo legal e a garantia da propriedade. A doutrina destaca, de modo especial, o seu art. 39¹⁰, atribuindo a ele a origem dos direitos fundamentais, eis que, a partir do reconhecimento do direito à liberdade de locomoção e à proteção contra a prisão arbitrária, tem-se os pressupostos necessários ao exercício das demais liberdades, tais como a liberdade de culto e de religião. (SARLET, 2009, p. 41-42).

Também de grande relevância no processo de afirmação dos direitos fundamentais foi a Reforma Protestante, que propiciou o gradativo reconhecimento da liberdade de opção religiosa e de culto em vários países da Europa, além de ter contribuído para a consolidação dos Estados Nacionais modernos e do absolutismo monárquico, condições essenciais para que pudessem se deflagrar as revoluções burguesas do século XVIII. (SARLET, 2009, p. 42).

Nesse processo, é preciso destacar a importância das declarações de direitos inglesas do século XVII (*Petition of Rights*, *Habeas Corpus Act*, *Bill of Rights* e *Establishment Act*), que reconheceram direitos e liberdades aos cidadãos ingleses, tais como o princípio da legalidade penal, a proibição de prisões arbitrárias, o *habeas corpus*, o direito de petição e uma relativa liberdade de expressão. Elas

¹⁰ O referido artigo 39, traduzido livremente, assim dispõe: "Nenhum homem livre será preso, aprisionado ou privado de uma propriedade, ou tornado fora-da-lei, ou exilado, ou de maneira alguma destruído, nem agiremos contra ele ou mandaremos alguém contra ele, a não ser por julgamento legal dos seus pares, ou pela lei da terra."

significaram a evolução das liberdades e privilégios estamentais medievais para liberdades genéricas no plano do direito público, ampliando expressivamente tanto o conteúdo das liberdades reconhecidas, quanto a extensão da sua titularidade à totalidade dos cidadãos ingleses. (SARLET, 2009, p. 43).

Entretanto, as referidas declarações inglesas não reconheceram os direitos e liberdades fundamentais no plano constitucional, o que veio a ocorrer apenas com a Declaração de Direitos do povo da Virgínia, de 1776, nos Estados Unidos, e, posteriormente, com a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, na França. De fato, são essas duas declarações, de profunda inspiração jusnaturalista, o marco de transição responsável pela afirmação dos direitos fundamentais constitucionais, isto é, consagrados em normas positivadas, tais como concebidos na atualidade, “[...] reconhecendo ao ser humano direitos naturais, inalienáveis, invioláveis e imprescritíveis, direitos de todos os homens, e não apenas de uma casta ou estamento.” (SARLET, 2009, p. 44).

Por fim, cumpre ressaltar que o processo de positivação dos direitos fundamentais, traçado de forma sintética no presente trabalho, desaguou exatamente na afirmação do Estado de Direito, em sua concepção liberal-burguesa, a qual, por sua vez, foi determinante para a concepção clássica dos direitos fundamentais, caracterizadora do que se denominou de primeira dimensão ou geração desta espécie de direitos. (SARLET, 2009, p. 44).

3.2.2 Evolução e gerações

Embora o estudo realizado previamente tenha se prestado a delimitar o marco inicial donde se originaram os direitos fundamentais, seria de total incorreção acreditar-se que eles tenham surgido de forma unitária e simultânea. O constitucionalista José Afonso da Silva leciona que foi de maneira gradual que as normas fundamentais foram se despontando ao longo da história, como reflexos das condições históricas e filosóficas de cada período. (SILVA, 2002, p. 172)

Desde o seu reconhecimento nas primeiras Constituições, os direitos fundamentais passaram por diversas transformações no seu conteúdo, titularidade, eficácia e efetivação. Diante desse contexto de mutação histórica, a doutrina costuma apontar a existência de diferentes gerações de direitos fundamentais, correlacionadas às diferentes fases de reconhecimento dos direitos humanos, cuja

análise será realizada de maneira mais detida a seguir.¹¹

3.2.2.1 Direitos fundamentais de primeira geração

Fruto do pensamento liberal-burguês do Século XVIII, os direitos fundamentais reconhecidos pelas primeiras Constituições escritas apresentam forte cunho individualista e são caracterizados pela não intervenção do poder estatal frente à autonomia individual. São denominados direitos de defesa, “negativos” ou de abstenção estatal, marcados pela resistência ou pela oposição do cidadão perante o Estado.

Dentre eles, destacam-se os direitos à vida, à liberdade, à propriedade e à igualdade perante a lei (igualdade formal e garantias processuais). Posteriormente, como complemento a esse rol inicial, foram reconhecidas variadas “liberdades” (liberdade de expressão, imprensa, manifestação, reunião, associação, etc.) e os direitos de participação política (voto, capacidade eleitoral passiva).

Como leciona Paulo Bonavides, cuida-se dos chamados direitos civis e políticos que, em sua maioria, correspondem à fase inicial do constitucionalismo ocidental, mas que continuam a integrar os catálogos das constituições no limiar do terceiro milênio, ainda que lhes tenha sido atribuído, por vezes, conteúdo e significado diferenciado. Segundo o autor, os direitos fundamentais de primeira geração valorizam o homem singular, das liberdades abstratas, da sociedade mecanicista que compõe a chamada sociedade civil. (BONAVIDES, 2011, p. 517).

3.2.2.2 Direitos fundamentais de segunda geração - direitos econômicos, sociais e culturais

Inseridos em um contexto de uma industrialização intensa e de graves problemas sociais e econômicos que a acompanharam, os direitos fundamentais de segunda geração são marcados pela exigência de um comportamento ativo do Estado na realização da justiça social, diante da constatação de que a consagração apenas formal de liberdade e igualdade não gerava a garantia do seu efetivo gozo.

¹¹ O primeiro doutrinador a classificar os direitos fundamentais em diferentes gerações foi Karel Vasak, em 1979. VASAK, Karel. **As dimensões internacionais dos direitos do homem**: manual destinado ao ensino dos direitos do homem nas universidades. Lisboa: Livros Técnicos e Científicos, 1978.

(SARLET, 2009, p. 47)

Este cenário propício para a afirmação dos direitos econômicos e sociais pode ser explicado pela lição de Fábio Konder Comparato, que ensina que a ascensão do indivíduo na História foi acompanhada também da perda da proteção familiar, estamental ou religiosa, o que o tornou muito mais vulnerável às contingências da vida. Em troca, a sociedade liberal ofereceu-lhe, a segurança da legalidade, com a garantia da isonomia de todos perante a lei, igualdade essa que, especialmente diante das novas relações de trabalho que se estabeleciam, revelou-se extremamente inútil para a grande massa de trabalhadores que se formava. (COMPARATO, 2010, p. 65). Fábio Comparato assim descreve esse cenário social marcado por contradições:

Patrões e operários eram considerados, pela majestade da lei, como contratantes perfeitamente iguais em direitos, com inteira liberdade para estipular o salário e as demais condições de trabalho. Fora da relação de emprego assalariado, a lei assegurava imparcialmente a todos, ricos e pobres, jovens e anciãos, homens e mulheres, a possibilidade jurídica de prover livremente à sua subsistência e enfrentar as adversidades da vida, mediante um comportamento disciplinado e o hábito da poupança. (COMPARATO, 2010, p. 65-66)

O resultado não poderia ser outro: as massas proletárias foram se empobrecendo vertiginosamente já no século XIX, o que suscitou a indignação de muitos, bem como a organização da classe trabalhadora, fatores essenciais para o surgimento e a afirmação dos mencionados direitos fundamentais sociais. Nesse sentido,

Os direitos humanos de proteção do trabalhador são, portanto, fundamentalmente anticapitalistas, e, por isso mesmo, só puderam prosperar a partir do momento histórico em que os donos do capital foram obrigados a se compor com os trabalhadores. (COMPARATO, 2010, p. 67)

Embora a Constituição francesa de 1848 tenha reconhecido algumas exigências econômicas e sociais, foram as Constituições mexicana de 1917 e de Weimar de 1919 que reconheceram e positivaram efetivamente essa nova classe de direitos fundamentais.

Ingo Wolfgang Sarlet aponta que o que distingue os direitos fundamentais de segunda geração dos direitos até então consagrados é sua dimensão positiva, uma vez que a preocupação não era apenas de evitar a intervenção do Estado na esfera

da liberdade individual mas, também, permitir um direito à participação do cidadão no bem-estar social. Para ele, “Não se cuida mais, portanto, de liberdade do e perante o Estado, mas sim, [...] de liberdade por intermédio do Estado.” (SARLET, 2009, p. 47)

Tratam-se, portanto, os direitos de segunda geração de direitos a prestações sociais positivas do Estado, como educação, saúde, previdência social, cultura e acesso à Justiça. Tais direitos objetivam a efetivação do princípio da igualdade em seu sentido material, visando à redução da desigualdade social.

Há de se ressaltar, contudo, que os direitos de segunda geração englobam não apenas direitos de cunho positivo, mas também as chamadas “liberdades sociais”, como a liberdade de sindicalização, o direito de greve, bem como os direitos fundamentais dos trabalhadores (férias, repouso semanal remunerado, garantia do salário mínimo, limitação da jornada de trabalho, etc.), que devem ser prestados não pelo Estado, mas sim por particulares – os seus empregadores (daí o reconhecimento da chamada eficácia horizontal dos direitos fundamentais). Embora esses direitos sejam denominados “direitos sociais”, assim como os direitos de primeira geração, eles também se reportam, nas palavras de Ingo Wolfgang Sarlet, “[...] à pessoa individual, não podendo ser confundidos com os direitos coletivos e difusos da terceira dimensão.” (SARLET, 2009, p. 47) Continua o autor:

[...] os direitos da segunda dimensão podem ser considerados uma densificação do princípio da justiça social, além de corresponderem às reivindicações das classes menos favorecidas, de modo especial da classe operária, a título de compensação, em virtude da extrema desigualdade que caracterizava (e, de certa forma, ainda caracteriza) as relações com a classe empregadora, notadamente detentora de um maior ou menor grau econômico. (SARLET, 2009, p. 47)

Resta claro, portanto, que os direitos fundamentais de segunda geração surgem na história como uma resposta à insatisfatória experiência proporcionada pelo Estado Liberal, notadamente no âmbito das relações de trabalho mantidas entre o proletariado e os detentores do capital, donde se extrai a íntima relação existente entre o reconhecimento desses direitos que compõem a segunda geração de normas fundamentais e o próprio surgimento do Direito do Trabalho, como ramo autônomo e independente no ordenamento jurídico.

3.2.2.3 Direitos fundamentais de terceira geração – direitos de solidariedade e fraternidade

Reconhecidos a partir das décadas de 1960 e 1970, os direitos fundamentais de 3ª geração têm como nota distintiva a sua titularidade coletiva ou difusa, muitas vezes indefinida e indeterminável. (SARLET, 2009, p. 49).

Tais direitos destinam-se à proteção da sociedade como um todo e não somente do homem individual ou de determinados grupos sociais. Diante de sua implicação universal ou transindividual e exigindo esforços até mesmo em escala global para sua proteção, são usualmente denominados como direitos de solidariedade ou fraternidade. (SARLET, 2009, p. 48).

Conforme leciona Paulo Bonavides, esses direitos surgem em um contexto de massificação da sociedade mundial, diversificada em graus de desenvolvimento e marcada pelo fenômeno da globalização, motivo pelo qual são dotados de uma alta carga de humanismo e universalidade. (BONAVIDES, 2011, p. 569).

Nesse mesmo sentido, José Roberto Freire Pimenta e Lorena Vasconcelos Porto ensinam que o fenômeno da massificação se estendeu aos comportamentos e às relações sociais,

[...] ocasionando o surgimento de situações novas, em que os interesses a serem protegidos pelo Direito dizem respeito não a um indivíduo determinado ou na condição de integrante de um grupo, mas a titulares indeterminados. Por isso são ditos difusos, pois que, ao mesmo tempo em que pertencem a todos, são insuscetíveis de apropriação individual, formando a denominada terceira geração dos direitos fundamentais. (PIMENTA; PORTO, 2006, p. 115).

Como principais exemplos dos direitos de terceira geração, cumpre citar os direitos à paz, à autodeterminação dos povos, ao desenvolvimento, ao meio ambiente saudável e ao patrimônio histórico e cultural. Eles revelam reivindicações fundamentais do homem, impulsionadas “[...] pelo impacto tecnológico, pelo estado crônico de beligerância, bem como pelo processo de descolonização do segundo pós-guerra e suas contundentes consequências”, conforme leciona Ingo Wolfgang Sarlet. (SARLET, 2009, p. 49).

Por fim, Rubens Fernando Clamer dos Santos Júnior ensina que grande parte desses direitos de terceira geração ainda não foi reconhecida pela ordem constitucional, cujos quadros vêm gradualmente sofrendo alterações, especialmente

diante da consagração desses temas no cenário internacional, por meio de tratados frequentemente celebrados, visando, sempre, à melhores condições de vida para o ser humano. (SANTOS JÚNIOR, 2010, p. 29).

3.2.2.4 Direitos fundamentais de quarta e quinta gerações

Não obstante a divergência doutrinária quanto à existência de uma quarta e quinta gerações de direitos fundamentais, para um estudo mais completo e abrangente do percurso histórico desses direitos, optou-se pela apresentação da corrente que as defende, representada pelo constitucionalista Paulo Bonavides.

Para o referido constitucionalista, são direitos de quarta geração o direito à democracia (direta), o direito à informação e o direito ao pluralismo, os quais configurariam uma reação ao momento de globalização da teoria neoliberal, com vistas à universalização dos direitos fundamentais no plano institucional, correspondendo, assim, à derradeira fase de institucionalização do Estado Social. (BONAVIDES apud SARLET, 2009, p. 50). Posicionando-se favoravelmente à doutrina de Paulo Bonavides, Ingo Wolfgang Sarlet entende que:

A proposta do Prof. Bonavides, comparada com as posições que arrolam os direitos contra a manipulação genética, mudança de sexo, etc., como integrando uma quarta geração, oferece a nítida vantagem de constituir, de fato, uma nova fase no reconhecimento dos direitos fundamentais, qualitativamente diversa das anteriores, já que não se cuida apenas de vestir com roupagem nova reivindicações deduzidas, em sua maior parte, dos clássicos direitos de liberdade. (SARLET, 2009, p. 51)

Entretanto, assim como os direitos de terceira geração, os direitos de quarta geração também não se encontram positivados no ordenamento constitucional, representando, ainda, um ideal, uma esperança de futuro melhor para os povos, uma vez que, como defende Bonavides, somente com a sua efetiva implementação é que será possível a globalização política (democracia globalizada) e a liberdade de todos os povos. (BONAVIDES apud SARLET, 2009, p. 51).

O constitucionalista cearense sustenta, ainda, a existência de uma quinta geração de direitos fundamentais, composta, basicamente pelo direito fundamental à paz. Para tanto, Paulo Bonavides critica a classificação dos direitos fundamentais feita por Karel Vasak, na medida em que este, ao seu ver, posicionou o direito à paz na terceira geração “de modo incompleto, teoricamente lacunoso”, deixando de

desenvolver as razões que a elevam à categoria de norma. Para ele, a “[...] dignidade jurídica da paz deriva do reconhecimento universal que lhe deve enquanto pressuposto qualitativo da convivência humana, elemento de conservação da espécie, reino de segurança dos direitos”. (BONAVIDES apud SARLET, 2009, p. 51).

Importante destacar, contudo, que alguns doutrinadores criticam duramente o reconhecimento de uma quarta e de uma quinta gerações de direitos fundamentais, questionando a utilidade teórica e prática de todo esse esforço classificatório. Para Norberto Bobbio, se nem mesmo os direitos fundamentais já reconhecidos e positivados nas ordens nacionais e internacionais conseguiram sair efetivamente do papel (para o autor, os direitos de primeira e de segunda gerações),

O que dizer dos direitos de terceira e quarta geração? A única coisa que até agora se pode dizer é que são expressão a aspirações ideais, às quais o nome de “direitos” serve unicamente para atribuir um título de nobreza. [...] Mas uma coisa é proclamar esse direito, outra é desfrutá-lo efetivamente. A linguagem dos direitos tem indubitavelmente uma grande função prática, que é emprestar uma força particular às reivindicações dos movimentos que demandam para si e para os outros a satisfação de novos carecimentos materiais e morais; mas ela se torna enganadora se obscurecer ou ocultar a diferença entre o direito reivindicado e o direito reconhecido e protegido. (BOBBIO, 1992, p. 9-10).

Também temeroso em relação ao reconhecimento desses novos direitos fundamentais, Perez Luño, aponta para o risco de uma degradação dos direitos fundamentais, colocando em perigo o seu “*status* jurídico e científico”, além do desprestígio de sua própria “fundamentalidade”. Para o autor, é preciso que sejam observados critérios rígidos e que se tenha o máximo de cuidado para se preservar a efetiva relevância e prestígio dessas reivindicações e que estas, de fato, sejam correspondentes aos valores fundamentais consensualmente reconhecidos no âmbito de determinada sociedade ou mesmo no plano universal. (LUÑO apud SARLET, 2009, p. 53-54).

Com efeito, basta uma simples observação da realidade para que se conclua que o problema da efetividade atinge a todas as dimensões de direitos fundamentais. Como afirma Ingo Wolfgang Sarlet, “A vida, a dignidade da pessoa humana, as liberdades mais elementares continuam sendo espezinhadas, mesmo que disponhamos [...] de todo um arcabouço de instrumentos jurídico-processuais e garantias constitucionais.” (SARLET, 2009, p. 55). Por essa razão é que se encara

com resistência o reconhecimento de novas e doutrinariamente elaboradas gerações de direitos fundamentais sem que antes sejam outorgadas às três primeiras gerações a sua eficácia jurídica e social plenas.

3.2.2.5 Considerações finais e análise das críticas às gerações de direitos fundamentais

A classificação dos direitos fundamentais por meio do critério das gerações recebeu diversas críticas, tendo parte da doutrina sugerido a substituição do termo “gerações” por “dimensões” na designação dos direitos fundamentais, uma vez que a nova expressão denotaria com maior precisão a ideia de coexistência das diversas categorias de direitos reconhecidas através dos tempos e não de mera sucessão ou substituição.

Embora se reconheça grande validade à proposta doutrinária de modificação da terminologia relativa às diferentes fases na evolução dos direitos fundamentais, no presente trabalho optou-se pela utilização do já consagrado termo “gerações”. Ao se adequar à linguagem mais utilizada e difundida entre os doutrinadores do tema, entende-se que, além de proporcionar maior compreensão ao texto, não se perde de vista a ideia de que o surgimento de novas categorias de direitos fundamentais implica não a substituição de umas em detrimento de outras, mas demonstra um processo evolutivo de cumulação de conquistas fundamentais do cidadão.

De fato, não há como negar que qualquer das tipologias já elaboradas em relação aos direitos fundamentais não se demonstra hábil a, “[...] por si só, explicar de modo satisfatório toda a complexidade do processo de formação histórica e social dos direitos”, como leciona Ingo Wolfgang Sarlet em alusão à crítica lançada por Paulo de Tarso Brandão. (SARLET, 2009, p. 52). Não obstante, acredita-se que o estudo dos direitos fundamentais sob a perspectiva de suas gerações ou dimensões, ainda que de forma sintética, não se furta a revelar

[...] que o seu processo de reconhecimento é de cunho essencialmente dinâmico e dialético, marcado por avanços, retrocessos e contradições, ressaltando, dentre outros aspectos, a dimensão histórica e relativa dos direitos fundamentais, que se desprenderam – no mínimo, e em grande parte – de sua concepção inicial jusnaturalista. (SARLET, 2009, p. 52).

As diferentes gerações ou dimensões que marcaram o processo de reconhecimento e afirmação dos direitos fundamentais demonstram o que Norberto Bobbio enunciara, no sentido de que esses direitos “[...] são o produto não da natureza, mas da civilização humana; enquanto direitos históricos, eles são mutáveis, ou seja, suscetíveis de transformação e ampliação.” (BOBBIO, 1992, p. 32), devendo o estudioso estar sempre atento ao fato de que, como dito alhures, nenhuma tipologia isolada é capaz de reproduzir “[...] o devir histórico dialético e dinâmico que marca a formação e reconstrução dos direitos e deveres fundamentais ao longo dos tempos.” (SARLET, 2009, p. 57).

Embora deva se admitir a grande importância das variadas críticas direcionadas a uma possível supervalorização da classificação histórica dos direitos fundamentais, é preciso que não se perca o foco no que realmente merece destaque ao se aprofundar no estudo desses direitos, pois, utilizando-se das palavras de Sarlet,

[...] o mais importante segue sendo a adoção de uma postura ativa e responsável de todos, governantes e governados, no que concerne à afirmação e à efetivação dos direitos fundamentais de todas as dimensões, numa ambiência necessariamente heterogênea e multicultural, pois apenas assim estar-se-á dando passos indispensáveis à afirmação de um direito constitucional genuinamente “altruísta” e “fraterno”. (SARLET, 2009, p. 57)

3.3 Os direitos fundamentais na Constituição de 1988

Após o estudo do trajeto percorrido pelos direitos fundamentais ao longo da história ocidental, passa-se a um breve exame da posição ocupada pelos direitos fundamentais na Constituição brasileira de 1988. Diante das variadas perspectivas que podem ser objeto de longa e minuciosa análise e em respeito aos limites propostos por essa dissertação, optou-se pelo registro genérico dos principais aspectos atribuídos aos direitos fundamentais no contexto constitucional pátrio, com vistas a facilitar a compreensão da importância e do significado desses direitos na Constituição vigente.

Quanto aos direitos fundamentais, a Carta Constitucional de 1988 revela, de plano, significativas inovações em relação ao direito constitucional positivo anterior. Para Ingo Wolfgang Sarlet, foi a primeira vez em que a matéria foi tratada com a merecida relevância, sendo “[...] inédita a outorga aos direitos fundamentais, pelo

direito constitucional vigente, do *status* jurídico que lhes é devido e que não obteve merecido reconhecimento ao longo da evolução constitucional.” (SARLET, 2009, p. 63).

Destarte, para que seja possível se saber em que medida a Constituição de 1988 representou, de fato, uma novidade dentro do ordenamento jurídico brasileiro, é preciso, antes de tudo, reportar-se ao processo de sua elaboração, ao final da década de 1980. Tal processo encontra-se intrinsecamente vinculado à formatação do catálogo dos direitos fundamentais na nova ordem constitucional, na medida em que a nova Carta Maior configurou o “[...] resultado de um amplo processo de discussão oportunizado com a redemocratização do País após mais de vinte anos de ditadura militar.” (SARLET, 2009, p. 63).

Nesse sentido, há de se ressaltar o fato de a Lei Maior de 1988 ter sido precedida por um período de intenso autoritarismo, característica central do período ditatorial que perdurou no Brasil por 21 anos. Desse modo, a proeminência dos direitos fundamentais no ordenamento constitucional e o reforço do seu regime jurídico, bem como a configuração do seu conteúdo são, sem embargo, “[...] frutos da reação do Constituinte, e das forças sociais e políticas nele representadas, ao regime de restrição e até mesmo de aniquilação das liberdades fundamentais.” (SARLET, 2009, p. 66).

As eleições livres de fevereiro de 1987, que deram origem à Assembleia Nacional Constituinte, ensejaram intensa discussão acerca do que viria a ser o conteúdo da Constituição vigente. Presidida pelo Deputado Ulysses Guimarães, a referida Assembleia desenvolveu um trabalho de dimensões gigantescas, promovendo um debate jamais visto em toda a história nacional. Foi, portanto, sob esse contexto de acirrada discussão nacional e de resposta ao autoritarismo do período histórico anterior que foi possível se deflagrar o processo de reconhecimento dos direitos econômicos, sociais e culturais e sua positivação pela ordem constitucional brasileira. (SARLET, 2009, p. 63,64).

Seguindo a lição de Ingo Wolfgang Sarlet, é possível se afirmar que determinadas características atribuídas à Constituição de 1988 podem ser consideradas, ainda que em parte, como extensivas ao título dos direitos fundamentais. São elas: o seu caráter analítico, seu pluralismo e seu forte cunho programático e dirigente. A Constituição de 1988 é considerada analítica e regulamentista devido ao grande número de dispositivos legais que a compõem. Tal

característica acaba por se refletir em seu Título II (dos Direitos e Garantias Fundamentais), composto por sete artigos, seis parágrafos e cento e nove incisos, além dos demais direitos fundamentais espalhados ao longo do texto constitucional. Para Sarlet, a opção por um procedimento analítico do Constituinte tem como causa uma certa desconfiança em relação ao legislador infraconstitucional e o notório objetivo de se proteger a plêiade de reivindicações e conquistas dos setores populares mobilizados pela Assembleia Nacional Constituinte contra uma possível corrosão ou supressão pelos Poderes constituídos. (SARLET, 2009, p. 64,65).

Já o pluralismo da Constituição decorre de seu caráter compromissário e harmonizador das diversas forças políticas, o que se observa pelo acolhimento e pela conciliação, em seu texto, de posições e reivindicações muitas vezes opostas entre si, retrato das pressões políticas exercidas pelos diferentes atores que influenciaram o processo constituinte. Aplicado ao título dos direitos fundamentais, o pluralismo se revela ao passo em que são reunidos dispositivos que reconhecem, lado a lado, os direitos sociais, os direitos fundamentais clássicos, os novos direitos de liberdade e os direitos políticos, dentre outros, o que demonstra que o Constituinte “[...] não aderiu nem se restringiu a apenas uma teoria sobre os direitos fundamentais, o que teve profundos reflexos na formatação do catálogo constitucional destes.” (SARLET, 2009, p. 65).

Por outro lado, tem-se que o cunho programático e dirigente da Lei Maior brasileira resulta da acentuada quantidade de disposições constitucionais dependentes de regulamentação legislativa, com o estabelecimento de fins, programas e diretrizes que devem ser perseguidos, implementados e assegurados pelos poderes públicos.¹² Ainda que a redação do artigo 5º, §1º, do documento constitucional estabeleça a aplicabilidade imediata das normas definidoras dos direitos fundamentais, subsistem neste campo certos elementos programáticos, bem como uma certa dimensão diretiva, como, por exemplo, na norma do art. 5º, inciso

¹² No que tange ao problema da eficácia das normas constitucionais, em que pese a variedade de classificações elaboradas pelos constitucionalistas pátrios, é unânime o entendimento de que inexistente norma constitucional completamente destituída de eficácia. Todas as propostas reconhecem, contudo, que algumas normas constitucionais não possuem normatividade suficiente e, dessa forma, não podem gerar seus principais efeitos de modo imediato, dependendo, para tanto, de uma ação concretizadora por parte do legislador infraconstitucional (normas de eficácia limitada ou reduzida). Portanto, quando aqui se fala do caráter programático de determinadas normas de direitos fundamentais, não se pretende negar-lhes a sua eficácia, mas, sim, destacar que, para que essas normas possam gerar seus efeitos principais e obter o seu máximo alcance prático, é necessária uma interposição do legislador ordinário (*interpositio legislatoris*). (SARLET, 2009, p. 251).

XXXII, que, embora esteja incluída no Título dos direitos fundamentais, constitui, na verdade, uma norma definidora de uma finalidade a ser implementada pelo Estado (a proteção do consumidor). Do mesmo modo, verificam-se no Título da Ordem Econômica e Social, que abriga diversos direitos fundamentais fora do catálogo, normas também de caráter programático. A título de exemplo, cita-se o artigo 205 que, embora trate do direito fundamental à educação, foi positivado mediante uma técnica de feição nitidamente programática. Por outro lado, é possível se identificar, também, direitos fundamentais que constituem verdadeiras normas impositivas, com ordens concretas de legislar, a exemplo do dispositivo que prevê a participação dos trabalhadores nos lucros da empresa (art. 7º, XI, CRFB/88). (SARLET, 2009, p. 65; 258).

Sem a pretensão de se esgotar as inúmeras questões que poderiam ser suscitadas no estudo dos direitos fundamentais no contexto da Constituição de 1988, conclui-se o presente tópico com a enumeração de algumas inovações positivas que podem ser observadas a partir de uma leitura inicial do título dos direitos fundamentais, questões que, na lição de Ingo Wolfgang Sarlet, “[...] caracterizam o sistema dos direitos fundamentais no direito constitucional positivo vigente, além de traçarem a distinção relativamente à tradição anterior nesta seara.” (SARLET, 2009, p. 66).

Comparando a Constituição de 1988 com suas antecessoras, o aspecto topográfico se revela como a primeira inovação da Lei Maior vigente no tocante aos direitos fundamentais, cuja positivação ocorre já no princípio do texto constitucional, logo após o preâmbulo e os princípios fundamentais, demonstrando maior precisão lógica, uma vez que os direitos fundamentais configuram o parâmetro hermenêutico e os valores superiores de toda a ordem constitucional e jurídica. Outra novidade reside na própria adoção da tipologia “direitos e garantias fundamentais” em contraposição à já superada e anacrônica denominação utilizada pelas Constituições anteriores: “direitos e garantias individuais”¹³. Destaca-se, ainda, a originalidade da Carta Maior de 1988 ao incluir os direitos fundamentais sociais em capítulo apartado mas também no catálogo dos direitos fundamentais, o que ressalta, de modo irrefutável, a sua condição de autênticos direitos fundamentais, ao contrário do que

¹³ Importante se observar, entretanto, que a Constituição de 1988, para se referir aos direitos fundamentais, também utiliza, em outros dispositivos, expressões diversas, tais como “direitos e garantias individuais”, como no seu artigo 60, § 4º, inciso IV. (BRASIL, 1988).

ocorria nas Cartas predecessoras, nas quais esses direitos eram consagrados apenas no capítulo da ordem econômica e social e apresentando, em sua maioria, caráter meramente programático. (SARLET, 2009, p. 66).

Merece especial destaque a inovação trazida pelo artigo 5º, § 1º, da Constituição de 1988, que representou a exclusão da natureza meramente programática das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais, atribuindo-se-lhes aplicabilidade imediata, o que contribuiu para reforçar e diferenciar o *status* jurídico dos direitos fundamentais na Lei Maior vigente. Além disso, a inclusão desses direitos entre as cláusulas pétreas do artigo 60, § 4º, da CRFB também intensifica a sua proteção pela ordem constitucional, uma vez que o Poder Constituinte derivado fica impedido de qualquer tentativa de supressão ou erosão dos preceitos relativos aos direitos fundamentais. (SARLET, 2009, p. 66).

Finalmente, há de se considerar a amplitude do rol dos direitos fundamentais positivados pela Carta de 1988 como outra característica inovadora prevalentemente positiva, embora parte da doutrina direcione algumas críticas a este catálogo, considerando-o demasiado extenso. Entretanto, sob a perspectiva mais otimista, não há como negar que a Constituição vigente contempla, acertadamente, os direitos fundamentais das diversas dimensões, evidenciando grande sintonia com a Declaração Universal de 1948, bem como com os principais pactos internacionais sobre direitos humanos. (SARLET, 2009, p. 67).

Com efeito, quanto aos direitos fundamentais, nem só de acertos o texto constitucional foi construído, sendo possível, também, apontar-lhe variadas críticas e a necessidade de possíveis ajustes pontuais.¹⁴ Entretanto, optou-se, aqui, por

¹⁴ Para Ingo Wolfgang Sarlet, uma das principais fraquezas do catálogo de direitos fundamentais da CRFB/1988 reside na falta de rigor científico e de uma técnica legislativa adequada, especialmente quanto à terminologia adotada, revelando contradições, falta de tratamento lógico na matéria e ensejando problemas de ordem hermenêutica. Outro problema indicado por Sarlet consiste na ausência de sistematização, reflexo, talvez, de uma “[...] acomodação apressada das matérias, desacompanhada da necessária reflexão, gerada, entre outros fatores, pela pressão exercida sobre os Constituintes na época da elaboração da nossa Lei Fundamental.” Por outro lado, Sarlet destaca que a amplitude do catálogo, embora seja um aspecto eminentemente positivo, possui, também, uma faceta negativa, “[...] porquanto no rol dos direitos fundamentais foram incluídas diversas posições jurídicas de ‘fundamentalidade’ ao menos discutível, conduzindo [...] a um desprestígio do especial *status* gozado pelos direitos fundamentais.” Por fim, o autor demonstra que algumas importantes lacunas foram deixadas pelo Constituinte, como, por exemplo, “[...] a ausência de previsão de normas genéricas expressas sobre restrições aos direitos fundamentais”, ao contrário do que ocorreu com as Constituições alemã (1949), portuguesa (1976) e espanhola (1978). Para Sarlet, “A proteção do núcleo essencial [...] dos direitos fundamentais, o princípio da proporcionalidade, a reserva legislativa (restrições somente mediante leis no sentido formal) teriam sido categorias que, uma vez tendo recebido roupagem nacional, se revelariam extremamente benéficas, servindo como elementos para um tratamento científico e uniforme da matéria.” (SARLET, 2009, p.68- 69).

ressaltar apenas os aspectos positivos trazidos pela atual Constituição, pois se acredita, assim como o professor Ingo Wolfgang Sarlet, que

[...] os direitos fundamentais estão vivenciando o seu melhor momento na história do constitucionalismo pátrio, ao menos no que diz com seu reconhecimento pela ordem jurídica positiva interna e pelo instrumentário que se colocou à disposição dos operadores do Direito, inclusive no que concerne às possibilidades de efetivação sem precedentes no ordenamento nacional. (SARLET, 2009, p. 69).

É justamente sob esta perspectiva otimista que o tema central desta dissertação se justifica, uma vez que a busca por uma maior efetividade das normas de direitos fundamentais, estendendo sua eficácia às relações entre os particulares, representa o esforço, ainda que pontual, para que esse momento de fortalecimento das normas fundamentais “[...] continue a integrar o nosso presente e não se torne mais outra mera lembrança, com sabor de ilusão”, como sabiamente pontua Ingo Wolfgang Sarlet. (SARLET, 2009, p. 69).

3.4 A dimensão objetiva dos direitos fundamentais

Conforme se extrai do percurso histórico aqui traçado, tem-se que os direitos fundamentais eram concebidos, inicialmente, pela teoria liberal, como limites impostos ao poder do Estado, sendo a este atribuído, em relação a cada direito fundamental, um respectivo dever jurídico de abstenção em relação ao cidadão dele titular.

Com o advento do Estado Social, os direitos fundamentais passaram por uma profunda mudança em sua significação. Além da positivação de novos direitos, foi atribuída nova leitura aos antigos direitos liberais, sendo deixada de lado a exclusividade da perspectiva subjetiva sob a qual, na lição de Daniel Sarmento, “[...] cuidava-se apenas de identificar quais pretensões o indivíduo poderia exigir do Estado em razão de um direito positivado na sua ordem jurídica.” (SARMENTO, 2008, p. 105).

Com o surgimento de uma nova realidade política e social e, conseqüentemente, de uma nova ordem chamada “sociedade técnica de massas”, tornou-se necessário o abandono da ideia de que a garantia da liberdade individual e social seria o valor de maior importância ou até mesmo exclusivo em uma

comunidade política. (ANDRADE, 2006, p. 275). O jurista português José Carlos Vieira de Andrade explicita quais os fatores que corroboraram e contextualizaram a necessidade de ampliação da incidência das normas fundamentais para além da relação vertical cidadão - Estado:

A regra formal da liberdade não é suficiente para garantir a felicidade dos indivíduos e a prosperidade das nações e serviu por vezes para aumentar a agressividade e acirrar os antagonismos, agravar as formas de opressão e instalar as diferenças injustas. A paz social, o bem-estar colectivo, a justiça e a própria liberdade não podem realizar-se espontaneamente numa sociedade economicamente desenvolvida, complexa, dividida, dissimétrica e conflitual. É necessário que o Estado regule os mecanismos económicos, proteja os fracos e desfavorecidos e promova as medidas necessárias à transformação da sociedade numa perspectiva comunitariamente assumida de progresso, de justiça e de bem estar. (ANDRADE, 2006, p. 275).

Diante dessas constatações, atribuiu-se uma nova faceta a tais direitos, cunhada pelos doutrinadores como a *dimensão objetiva dos direitos fundamentais*, a qual, segundo Daniel Sarmento,

[...] liga-se ao reconhecimento de que tais direitos, além de imporem certas prestações aos poderes estatais, consagram também os valores mais importantes em uma comunidade política, constituindo, como afirmou Konrad Hesse, “as bases da ordem jurídica da coletividade”. Nesta linha, quando se afirma a existência desta dimensão objetiva pretende-se, como registrou Vieira de Andrade “fazer ver que os direitos fundamentais não podem ser pensados apenas do ponto de vista dos indivíduos, enquanto faculdades ou poderes de que estes são titulares, antes valem juridicamente também do ponto de vista da comunidade, como valores ou fins que esta se propõe a prosseguir”. (SARMENTO, 2008, p. 105)

Continua o autor:

Na verdade, o que nos parece é que a dimensão objetiva constitui corolário necessário de uma visão não individualista dos direitos fundamentais, centrada não no homem abstrato e impalpável do Estado Liberal, mas na pessoa humana e concreta situada. Tal compreensão é a mais adequada diante da realidade do mundo contemporâneo, onde não basta garantir formalmente a liberdade humana, diante da necessidade de remoção dos obstáculos materiais impeditivos do seu gozo, imposto por uma sociedade desigual e opressiva. (SARMENTO, 2008, p. 124).

Sarmiento também identifica outras implicações da atribuição dessa nova dimensão aos direitos fundamentais. Primeiramente, ressalta que “[...] os valores que tais direitos encarnam devem se irradiar por todos os campos do ordenamento jurídico, impulsionando e orientando a atuação do Legislativo, do Executivo e do

Judiciário.” (SARMENTO, 2008, p. 106). Os direitos fundamentais passam, portanto, a configurar o norte da atuação estatal e não mera limitação a esta.

Outro aspecto ressaltado é a conexão da dimensão objetiva a uma perspectiva comunitária dos direitos fundamentais, o que demonstra a necessidade da defesa desses direitos não só pelo Estado, como também pela sociedade, tendo em vista que tais direitos, por condensarem os valores mais relevantes para determinada comunidade política, constituem a garantia desses valores morais coletivos. (SARMENTO, 2008, p. 106).

É nesse sentido, portanto, que a doutrina contemporânea vem reconhecendo a existência de uma dupla dimensão dos direitos fundamentais, uma vez que “[...] estes constituem, simultaneamente, fonte de direitos subjetivos que podem ser reclamados em juízo e as bases fundamentais da ordem jurídica, que se expandem para todo o direito positivo.” (SARMENTO, 2008, p. 107). Sob essa nova perspectiva, exige-se que o Estado não apenas se abstenha de violar tais direitos como também os proteja ativamente contra violações provindas de terceiros e, ainda, promova “[...] condições materiais mínimas para o exercício efetivo das liberdades constitucionais, sem as quais tais direitos, para os despossuídos, não passariam de promessas vãs.” (SARMENTO, 2008, p. 107).

Para Wilson Steinmetz, a teoria da dupla dimensão dos foi a construção doutrinária de maior importância na dogmática dos direitos fundamentais do segundo pós-guerra, uma vez que, é a partir desta teoria que

[...] fundamentam-se o efeito irradiante dos direitos fundamentais, os direitos fundamentais como direitos à proteção do indivíduo e deveres de proteção do Estado (mandamentos de atuação estatal), a vinculação positiva do legislador aos direitos fundamentais e a vinculação dos particulares a direitos fundamentais. (STEINMETZ, 2004, p. 105).

Nessa esteira de raciocínio, pode-se afirmar que a dimensão objetiva amplia a incidência dos direitos fundamentais para o âmbito das relações entre particulares, “[...] permitindo que estes transcendam o domínio das relações entre cidadão e Estado, às quais estavam confinados pela teoria liberal clássica.” (SARMENTO, 2008, p. 107).

Desse modo, a importância de se atribuir uma dimensão objetiva aos direitos fundamentais justifica-se na medida em que ela abriga, em seu bojo, a preocupação central do estudo relacionado a essa espécie de direitos, qual seja, a questão da sua

eficácia material, da efetiva concretização dos direitos fundamentais de todos os cidadãos. Nas palavras de Daniel Sarmento, pode-se concluir que a afirmação da dimensão objetiva dos direitos fundamentais traz, em si, a ideia de que

[...] a realização efetiva da dignidade da pessoa humana, no quadro de uma sociedade complexa, onde o poder não repousa apenas nas mãos do Estado, mas antes se dilui por múltiplas instâncias sociais capilares, depende da existência de políticas públicas, de procedimentos e de instituições adequadas, sem as quais as promessas emancipatórias dos direitos fundamentais não passarão de mera retórica. (SARMENTO, 2008, p. 107).

É nesse contexto, portanto, que se torna possível invocar o objeto central do presente estudo: a eficácia horizontal dos direitos fundamentais, expressão utilizada para

[...] sublinhar o fato de que tais direitos não regulam apenas as relações verticais de poder que se estabelecem entre Estado e cidadão, mas incidem também sobre relações mantidas entre pessoas e entidades não estatais, que se encontram em posição de igualdade formal. (SARMENTO, 2008, p. xxvii).

Para Marcelo Freire Sampaio Costa, o reconhecimento da extensão da eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas “[...] nada mais é também do que a aceitação da configuração do caráter objetivo desses direitos”, o que, para o autor, revela “[...] a implicação e complementaridade entre esses dois temas”. (COSTA, 2010, p. 55). O autor ressalta que a dimensão objetiva em destaque reforça, inegavelmente, a proteção e a efetivação dos direitos fundamentais, promovendo a expansão desses reflexos às relações privadas, “[...] permitindo desbordar os domínios das relações entre cidadãos e Estados.” (COSTA, 2010, p. 56).

Dessa teoria, extraem-se dois conceitos grandes de grande relevância: o da eficácia irradiante dos direitos fundamentais e o da construção da Constituição como ordem de valores. No presente trabalho, optou-se pela explicitação apenas do primeiro conceito, eis que o segundo representa um aspecto mais teórico e relacionado à filosofia constitucional, cujo desenvolvimento ultrapassaria os limites desta dissertação.

Cabe ressaltar que a ideia ora estudada é também desdobramento das premissas apontadas no capítulo anterior deste trabalho, quais sejam, o

reconhecimento da força normativa da Constituição e do seu reposicionamento como novo eixo unificador da ordem jurídica, devendo a ordem infraconstitucional ser lida e interpretada sempre em conformidade com o Texto Maior.

3.4.1 A eficácia irradiante dos direitos fundamentais

É possível se afirmar que o reconhecimento da dimensão objetiva dos direitos fundamentais teve como principal consequência o que os doutrinadores convencionaram chamar de *eficácia irradiante* dessa espécie de direitos. Falar em eficácia irradiante significa dizer que os valores, justificadores da referida dimensão objetiva, irradiam-se por todo o ordenamento jurídico, como verdadeiros vetores interpretativos e também conformadores do ordenamento jurídico, vinculando, inclusive, a atuação dos agentes políticos (legislador, administrador e Poder Judiciário). Para Daniel Sarmento,

A eficácia irradiante, neste sentido, enseja a “humanização” da ordem jurídica, ao exigir que todas as suas normas sejam, no momento de aplicação, reexaminadas pelo operador do direito com novas lentes, que terão as cores da dignidade humana, da igualdade substantiva e da justiça social, impressas no tecido constitucional. (SARMENTO, 2008, p. 124)

Partindo-se da premissa de que os direitos fundamentais constituem o centro axiológico da ordem jurídica, tem-se que a sua eficácia irradiante impõe uma nova leitura de todo o direito positivo. É por meio dela que “[...] os direitos fundamentais deixam de ser concebidos como meros limites para o ordenamento, e se convertem no norte do direito positivo, no seu verdadeiro eixo gravitacional.” (SARMENTO, 2008, p. 125).

Por essa razão, a eficácia irradiante constitui um conceito essencial para o processo de constitucionalização do direito infraconstitucional, sendo responsável pela incidência sobre toda a ordem jurídica dos valores substanciais emancipatórios adotados pela Constituição, especialmente no ordenamento brasileiro, em que a Constituição de 1988, dotada de uma riqueza axiológica ímpar, “[...] conferiu absoluta centralidade e primazia aos direitos fundamentais”, além de ser “[...] fortemente impregnada por valores solidarísticos, de marcada inspiração humanitária.” (SARMENTO, 2008, p. 125).

Desse modo, passa-se a se exigir do aplicador do direito uma nova postura, direcionada à promoção dos valores constitucionais em toda a ordem infraconstitucional, desenvolvendo uma releitura de leis editadas, muitas vezes, em contexto axiológico diferente, de caráter mais individualista ou mais totalitário. É o que Daniel Sarmento, em alusão à obra de Paulo Ricardo Schier, denominou de *filtragem constitucional* (SCHIER apud SARMENTO, 2008, p. 125), processo que, conforme destaca Luís Roberto Barroso, também citado por Sarmento, “[...] não identifica apenas a inclusão na Lei Maior de normas próprias de outros domínios, mas, sobretudo, a reinterpretação dos seus institutos sob uma ótica constitucional.” (BARROSO apud SARMENTO, 2008, p. 125).

Com efeito, toda essa discussão ganha ainda mais sentido diante da constatação de que o ordenamento jurídico, com o advento do Estado Social, passou a “[...] assumir feições caóticas em razão da produção avassaladora e desordenada de normas, distanciando-se daquela imagem parnasiana de um direito objetivo harmônico e coerente, cultivada pelos positivistas”. (SARMENTO, 2008, p. 126). Com a teoria da eficácia irradiante dos direitos fundamentais e a técnica da filtragem constitucional, a Constituição, concebida como o novo centro unificador da ordem jurídica, passa a deter não apenas uma supremacia formal mas, também, uma superioridade material, vez que condensa, especialmente na positivação dos direitos fundamentais, os princípios e valores básicos da comunidade política. (SARMENTO, 2008, p. 126).

3.4.2 A eficácia irradiante dos direitos fundamentais no direito do trabalho

Embora o estudo da aplicação dos direitos fundamentais na seara juslaboral seja alvo de exame mais detido no derradeiro capítulo dessa dissertação, entendeu-se pela pertinência de já se pontuar, em caráter propedêutico, a relação travada entre a eficácia irradiante dos direitos fundamentais e o Direito do Trabalho.

Marcelo Freire Sampaio Costa entende que, na aplicação da legislação trabalhista infraconstitucional, o operador jurídico deve ter sempre em mente pelo menos três grandes princípios constitucionais: a dignidade da pessoa humana, o valor social do trabalho e o solidarismo. (COSTA, 2010, p. 58).

Em seu artigo 1º, inciso III, a Constituição de 1988 reconheceu expressamente a proteção da dignidade da pessoa humana, princípio que constitui,

na lição de Uadi Lammêgo Bulos, citado por Costa, “[...] o valor constitucional supremo que agrega em torno de si a unanimidade dos demais direitos e garantias fundamentais do homem, expressos nessa Constituição.” (COSTA, 2010, p. 58).

Já no inciso IV, do mesmo artigo 1º, bem como em seu artigo 170, a Carta Maior brasileira consagrou o princípio do valor social do trabalho, reforçando a noção do labor como elemento dignificante para o ser humano.

Por fim, dentre os objetivos da República Federativa do Brasil (artigo 3º), a Constituição de 1988 elenca a construção de uma sociedade “[...] livre, justa e solidária”, além de estabelecer outros fins a serem alcançados, tais como a erradicação da pobreza e da marginalização social e a redução das desigualdades sociais e regionais. Trata-se da validação constitucional do princípio do solidarismo, com o reconhecimento da importância e da necessidade de se proteger a coexistência humana. (COSTA, 2010, p. 59).

Por outro lado, tem-se o ensinamento de Maurício Godinho Delgado e Gabriela Neves Delgado, para os quais o Direito do Trabalho contemporâneo deve ser interpretado a partir dos direitos fundamentais da pessoa humana e do Estado Democrático de Direito pois, conforme os autores,

[...] no paradigma do Estado Democrático de Direito ganha especial ênfase o *valor trabalho*, compreendido como instrumento decisivo para a realização do projeto constitucional de afirmação da dignidade da pessoa humana, democratização da sociedade política e da sociedade civil e alcance da justiça social – o que transforma os princípios e regras do Direito do Trabalho em parte integrante do núcleo principal da Constituição da República.

Além disso, desconhecer-se o *status* constitucional do segmento trabalhista significa, em outra medida, esvaziar o próprio conteúdo social da Constituição de 1988.

Aliás, é o conteúdo imprimido pela Constituição Federal de 1988 que eleva o trabalho à condição de princípio fundamental da República Federativa do Brasil (art. 1º, IV) e direito fundamental do ser humano (art.6º, *caput*). (DELGADO; DELGADO, 2012, p. 9).

Não obstante o caráter sintético e preambular do presente tópico, as ideias aqui assinaladas são lançadas inicialmente como sustentação à temática central desse trabalho, uma vez que não há como se compreender a incidência dos direitos fundamentais nas relações de emprego sem antes se analisar quais são os valores constitucionais que irão nortear a atuação do aplicador do Direito do Trabalho.

3.4.3 Eficácia irradiante e eficácia horizontal dos direitos fundamentais

A esta altura do trabalho, embora ainda não se tenha adentrado, propriamente, no tema da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, faz-se necessário o estabelecimento da relação entre os dois efeitos que dão título ao presente tópico. Para tanto, utilizar-se-á a construção elaborada por Wilson Steinmetz (2004).

Embora Steinmetz reconheça a relevância dogmática, a pertinência e a utilidade do chamado efeito de irradiação dos direitos fundamentais, entende o autor que essa construção “[...] pouco ou nada diz sobre o conteúdo, a forma e o alcance dessa irradiação dos direitos fundamentais sobre os diferentes âmbitos do direito positivo.” (STEINMETZ, 2004, p. 124). Isto porque o conceito do efeito de irradiação das normas de direitos fundamentais a todos os ramos do ordenamento jurídico abriga, em si, os diversos modos de eficácia que as normas constitucionais (no caso os direitos fundamentais) produzem sobre esses ramos, tais como as eficácias em sentido estrito (eficácia direta e eficácia indireta), em sentido amplo (eficácia interpretativa, eficácia integradora, eficácia informadora e eficácia corroboradora), bem como as eficácias ab-rogatória e invalidatória, as quais ora constituem manifestações da eficácia direta, ora da indireta.¹⁵ Desse modo, conclui-se que o conceito de eficácia irradiante representa uma construção dogmática aberta, que

¹⁵ Vale destacar as definições dos diferentes tipos de eficácia das normas constitucionais apresentadas por Wilson Steinmetz. (STEINMETZ, 2004, p. 126-128). Veja-se: **(1) Eficácia direta:** propriedade que as normas constitucionais têm de ser aplicáveis imediatamente (diretamente) às normas veiculadas por emenda constitucional e infraconstitucionais, aos atos administrativos, às decisões judiciais e aos casos concretos a elas (normas constitucionais) subsumíveis diretamente. **(2) Eficácia indireta:** propriedade que as normas constitucionais têm de ser aplicáveis mediante desenvolvimento legislativo (*interpositio legislatoris*) aos atos administrativos, às decisões judiciais e aos casos concretos. **(3) Eficácia ab-rogatória:** propriedade que as normas constitucionais têm de revogar, expressa ou tacitamente, as normas pré-constitucionais (direito anterior) que com elas (normas constitucionais) são contraditórias ou incompatíveis. **(4) Eficácia invalidatória:** propriedade que as normas constitucionais têm de predicar a invalidez das normas infraconstitucionais – introduzidas no ordenamento jurídico após o início da vigência da Constituição – com elas (normas constitucionais) contraditórias ou incompatíveis. **(5) Eficácia interpretativa:** propriedade que as normas constitucionais – como normas-regra e, principalmente, como normas-princípio – têm de serem pauta, diretriz, referência e balizamento da interpretação infraconstitucional. **(6) Eficácia integradora:** propriedade que as normas constitucionais têm de, na qualidade de normas-regra e, em especial, de normas princípio, integrar ou colmatar as lacunas do ordenamento jurídico. **(7) Eficácia informadora:** propriedade de informar e orientar a criação legislativa de normas infraconstitucionais, até mesmo nas hipóteses em que é mais ampla a liberdade de configuração do legislador. **(7) Eficácia corroboradora (nova terminologia introduzida por Steinmetz):** propriedade pela qual as normas constitucionais, em virtude do postulado da continuidade da ordem jurídica, preservam (corroboram) a vigência e a eficácia da legislação criada sob a ordem constitucional anterior – evidentemente desde que não contraditória (legislação anterior) com a nova ordem constitucional.

abrange múltiplos tipos ou modalidades de efeitos jurídicos. (STEINMETZ, 2004, p. 124 - 128).

De tal conclusão decorre, portanto, a relação entre a eficácia irradiante e a eficácia horizontal dos direitos fundamentais. Considerando que o núcleo do estudo da eficácia horizontal dos direitos fundamentais reside exatamente na investigação quanto à possibilidade da incidência de uma eficácia direta (imediata) ou indireta (mediata) desses direitos nas relações entre particulares e que estas hipóteses de eficácia são modos de manifestação do efeito de irradiação, tem-se, assim, que a eficácia horizontal dos direitos fundamentais “[...] é um problema dogmático inserido no âmbito do efeito de irradiação.” Pelas palavras de Böckenförde, citado por Steinmetz, conclui-se que “a denominada *eficácia frente a terceiros dos direitos fundamentais* é a filha legítima do efeito de irradiação, no fundo nada mais do que uma tentativa de elaborá-lo dogmaticamente.” (BÖCKENFÖRDE apud STEINMETZ, 2004, p. 128).

Compreendida a relação entre os referidos modos de eficácia atribuídos às normas de direitos fundamentais, pode-se, nesse momento, passar ao estudo específico da eficácia horizontal dos direitos fundamentais nas relações privadas e das principais teorias elaboradas a seu respeito.

4 A EFICÁCIA HORIZONTAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

4.1 Introdução

Para se chegar à presente quadra deste trabalho, foram abordadas, nos capítulos anteriores, algumas premissas teóricas que se reputam essenciais à compreensão do seu objeto central. Nesta seção, iniciar-se-á o estudo específico do tema da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, a partir de um plano mais genérico, que culminará, no derradeiro capítulo, na análise da sua interface com o Direito do Trabalho, no âmbito da relação de emprego.

No percurso até então traçado, foram consolidados os conceitos que compõem o processo de constitucionalização do Direito, a partir do qual a Constituição teve sua força normativa reconhecida, passando a ocupar a posição de centro unificador de todo o ordenamento jurídico e subordinando, à sua orientação, os demais ramos jurídicos, especialmente o direito privado.

Prosseguiu-se no estudo com o aprofundamento acerca dos direitos fundamentais do ponto de vista histórico-genético, consolidando a noção da importância central desses direitos no contexto do Estado Democrático de Direito. Tal noção se constituiu mediante o reconhecimento de que, muito além da sua função originária de instrumentos de defesa do indivíduo contra a ingerência estatal em sua liberdade (dimensão subjetiva), os direitos fundamentais também são elementos da ordem jurídica objetiva, integrando um sistema axiológico que atua como fundamento material de todo o ordenamento jurídico (dimensão objetiva).

É, portanto, do reconhecimento da dimensão objetiva dos direitos fundamentais que decorre toda a problemática da sua eficácia no âmbito das relações jurídicas privadas, ou perante terceiros que não o Estado. O processo de constitucionalização do direito trouxe, em seu bojo, a superação da tradicional visão de que somente o Estado poderia ameaçar os direitos fundamentais dos cidadãos. Passou-se a se admitir que, no contexto de uma sociedade marcada pela desigualdade, já não basta que o Estado se abstenha de violar os direitos fundamentais, mas que ele aja concretamente para protegê-los de agressões e ameaças de terceiros, inclusive daquelas provenientes da multiplicidade de atores privados, presentes em esferas tais como o mercado, a família, a sociedade civil e a empresa.

Firmadas essas premissas, é preciso que se avance na investigação, a fim de se equacionar as duas grandes questões que direcionam o estudo da incidência dos direitos fundamentais nas relações privadas, quais sejam, o modo (o “como”) e em que medida (alcance, extensão) os particulares se vinculam a esses direitos.

À primeira vista, pode parecer que tais questões são facilmente solucionáveis. Ora, se os direitos fundamentais ocupam posição central perante a ordem jurídica, onde reside a celeuma quanto à incidência desses direitos nas relações entre particulares? Daniel Sarmento oferece uma clara explicação:

[...] não seria correto simplesmente transplantar o particular para a posição de sujeito passivo do direito fundamental, equiparando seu regime jurídico ao dos Poderes Públicos, pois o indivíduo, diversamente do Estado, é titular de direitos fundamentais, e está investido pela própria Constituição em um poder de autodeterminação dos seus interesses privados. (SARMENTO, 2008, p. 185).

Nesse mesmo sentido é complementar a lição de Virgílio Afonso da Silva, referindo-se à equiparação do poder de corporações privadas ao poder estatal:

Essa equiparação não é, contudo, tão simples como parece, já que, ao contrário do que ocorre com o Estado, que é somente *destinatário* dos direitos fundamentais, isto é, seu sujeito passivo, mas não é *titular* desses mesmos direitos, qualquer relação entre particulares significa uma relação entre dois titulares dos mesmos direitos. (SILVA, 2005, p. 53).

Conclui-se, portanto, que a importância do estudo da eficácia horizontal se justifica na medida em que as relações entre particulares são compostas por sujeitos necessariamente titulares de direitos fundamentais. Tais direitos irão, muitas vezes, confrontar-se, sem que haja qualquer enunciado normativo específico no documento constitucional que determine se há, “[...] no mundo das relações jurídicas interprivadas (intersubjetivas e plurisubjetivas) uma zona de exclusão de direitos fundamentais.” (STEINMETZ, 2004, p. 36). Dessa maneira, ao se constatar que as relações entre particulares não são “território livre de direitos fundamentais”, a presente investigação se concentra exatamente na verificação de “[...] quais, como e em que medida os direitos fundamentais vinculam os partícipes dessas relações” (STEINMETZ, 2004, p. 36). Desse ponto central decorrem as demais questões que circulam o referido tema, que, nas palavras de Daniel Sarmento, constituem-se em:

Como e com que intensidade incidem os direitos fundamentais nas relações travadas entre particulares? Qual a proteção constitucional que merece, neste contexto, a autonomia privada? Que papel cabe ao Estado na proteção dos direitos fundamentais diante das agressões e ameaças vindas de particulares? A quem compete precipuamente a tutela dos direitos humanos nas relações privadas, ao Legislativo ou ao Judiciário? Como compatibilizar a extensão dos direitos humanos à esfera privada com a segurança e a previsibilidade necessárias ao tráfico jurídico? (SARMENTO, 2008, p. 186).

Destarte, é sobre tais questões que se pretende alcançar possíveis soluções com as reflexões que se seguem.

4.2 As teorias sobre a eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas

4.2.1 Notas introdutórias

É possível se afirmar que o ponto central da teoria da eficácia horizontal dos direitos fundamentais reside, justamente, na busca de um modelo de compatibilização entre, de um lado, uma tutela efetiva dos direitos fundamentais, em um contexto no qual as ameaças e as agressões podem provir não apenas do Estado mas, também, dos diversos setores da sociedade, e, de outro, o resguardo da autonomia privada. Na busca por essa conciliação, diversas foram as correntes que se posicionaram sobre o assunto, cada qual priorizando um dos mencionados aspectos.

Dando primazia à efetividade da tutela dos direitos fundamentais, firmaram-se as posições tendentes à defesa de uma eficácia mais ampla desses direitos entre os particulares. Em sentido contrário, foram adotadas posições que, conferindo maior peso à autonomia privada, defenderam as teses que mitigam de maneira marcante tal incidência. (SARMENTO, 2008, p. 186).

Não se pode olvidar, ainda, que a teoria ora estudada também se revela controversa no que diz respeito à possibilidade de concretização dos direitos fundamentais pelos Poderes Legislativo e Judiciário, o que acabou por influenciar as diferentes correntes que se firmaram sobre o assunto. De um lado, há os que defendem um ativismo judicial maior, sustentando uma aplicação mais ampla e direta dos direitos fundamentais na esfera privada. De outro, os defensores de um papel mais modesto para o Judiciário alinharam-se às correntes que consideram mínimas as possibilidades de aplicação direta dos direitos fundamentais nas

relações entre particulares. (SARMENTO, 2008, p. 186).

O referido debate teve seu marco inicial na Alemanha, na década de 1950, donde se originaram as teorias da eficácia direta (imediata) e da eficácia indireta (mediata) dos direitos fundamentais entre terceiros, as quais serão pormenorizadamente analisadas adiante. A discussão, em seguida, foi adotada por outros países de tradição romano-germânica, como Espanha e Portugal, onde, até os dias de hoje, são debatidas exaustivamente, tanto na academia quanto nos tribunais. (SARMENTO, 2008, p. 186).

No estudo da teoria em comento, cabe ressaltar a contribuição da doutrina norte americana, não obstante esta tenha tratado o tema de maneira essencialmente distinta da sua matriz germânica. Nos Estados Unidos predominou o entendimento de que as normas constitucionais vinculam apenas o Estado, com exceção da 13ª Emenda, que contém a proibição da escravidão. Lá, a discussão gira em torno da possibilidade de a conduta de um particular ser, de alguma forma, equiparada a uma conduta estatal, uma vez que seria somente por meio desta imputação que se poderia obrigar este particular a respeitar os direitos fundamentais constitucionalmente consagrados. (SARMENTO, 2008, p. 187).

Reconhecendo-se, desde logo, a existência de grande variedade de correntes que tratam do fenômeno da incidência dos direitos fundamentais nas relações privadas (ora negando-a, ora afirmando-a), serão analisadas, neste capítulo, apenas as principais teorias que se estabeleceram a esse respeito e a respectiva aceitação que tiveram no Direito Comparado. Para tanto, apenas por motivos didáticos, partir-se-á das teorias que não reconhecem a eficácia horizontal dos direitos fundamentais (“State Action Doctrine” e teoria da convergência estatista) para, após, examinar-se as teorias que aceitam a incidência dos direitos fundamentais nas relações entre particulares (teorias da eficácia direta e indireta).

4.2.2 A doutrina da “State Action”

Apoiada na preocupação exacerbada com a autonomia privada e na literalidade do texto constitucional estadunidense, o qual se refere apenas aos Poderes Públicos como destinatários da grande maioria das normas de direitos fundamentais, a doutrina da “State Action” ou “State Act”, desenvolvida nos Estados Unidos, revela o traço marcante de uma cultura jurídica e política profundamente

liberal. (UBILLOS, 2006, p. 321).

Para se compreender o paradigma sob o qual a teoria do “State Act” se desenvolveu, é preciso remeter à concepção liberal tradicional que marcou o período da elaboração da Constituição norte-americana e, dessa forma, acabou por influir de maneira decisiva na própria noção de direitos fundamentais daquele país. Na lição de José Carlos Vieira de Andrade, sob o marco liberal, não é de se admirar que os direitos fundamentais pudessem ser e fossem exclusivamente concebidos como direitos do indivíduo contra o Estado, uma vez que se tratava de uma época

[...] em que o indivíduo era concebido isoladamente no espaço social e político e a Sociedade e o Estado eram considerados dois mundos separados e estanques, cada um governado por uma lógica de interesse própria e obedecendo, por isso, respectivamente, ao direito privado ou ao direito público[...] (ANDRADE, 2006, p. 274)

Imbuídos, ainda, de uma visão de mundo individualista e de separação estanque entre os universos público e privado, os defensores da teoria do “State Act” entendem que os direitos fundamentais previstos no “Bill of Rights” da Constituição americana impõem limitações apenas aos Poderes Públicos e, dessa forma, não podem ser invocados nas relações entre particulares, com exceção da 13ª Emenda, que proíbe expressamente a escravidão. (SARMENTO, 2008, p. 189).

Outro argumento em que se baseiam os adeptos da “State Action Doctrine” reside no próprio pacto federativo americano, de modo que, com a aplicação da teoria em comento, preservar-se-ia a autonomia dos Estados da federação, competentes para legislar sobre Direito Privado naquele país. (SARMENTO, 2008, p. 189).

Nessa linha, defendeu-se que a proteção dos direitos fundamentais, nas relações entre particulares, seria realizada apenas por meio da lei, conforme as manifestações do juiz norte americano Woods e do doutrinador J. S. Williams, respectivamente:

“[...] a única forma pela qual uma pessoa privada pode privar a outra da igual proteção das leis é por meio da prática de alguma ofensa contra as leis que protegem os direitos individuais”. (WOODS apud STEINMETZ, 2004, p. 178)

[...] a liberdade, em termos constitucionais, não consiste habitualmente na liberdade individual ante as intromissões dos outros cidadãos particulares. Frente a este tipo de extralimitações dos particulares, protegemos a

liberdade com leis que tipificam certas condutas como delitos [...] (WILLIAMS apud STEINMETZ, 2004, p. 178).

Em síntese, nos primeiros julgamentos em que se invocou a teoria do “State Act”, assentaram-se duas premissas. São elas, nas palavras de Daniel Sarmento:

(a) Os direitos fundamentais estabelecidos na Constituição americana vinculam apenas os Poderes Públicos e não os particulares; e (b) o Congresso Nacional não tem poderes para editar normas protegendo os direitos fundamentais nas relações privadas, pois a competência para disciplinar estas relações é exclusiva do legislador estadual. (SARMENTO, 2008, p. 190)

Enquanto a segunda premissa já foi revista pela jurisprudência norte-americana, que hoje admite a competência da União para legislar sobre direitos humanos, a primeira permanece inalterada, não obstante tenha sido atenuada e relativizada ao longo do tempo. (SARMENTO, 2008, p. 190).

Tal relativização se iniciou em meados do século XX, e, desde então, a Suprema Corte dos Estados Unidos, seguindo vias distintas, desenvolveu meios para ampliar, em caráter excepcional, o raio de ação das garantias constitucionais para além da exclusiva atuação do Estado (UBILLOS, 2006, p. 320). Isto não significou, contudo, uma efetiva negação da doutrina da “State Action”, mas, sim, a sua modulação. Em linhas sintéticas, Juan María Bilbao Ubillos descreve os casos em que se deu essa ampliação:

[...] por um lado, aqueles relacionados a atividades que envolvam materialmente o exercício de uma “função pública”, e por outro, aqueles em que se detecta uma “conexão” ou “implicação” estatal significativa na ação impugnada pelo demandante. (UBILLOS, 2006, p. 320, tradução nossa)¹⁶

Na primeira hipótese a Corte Constitucional passou a adotar a denominada “Public Function Theory”, segundo a qual os particulares também estariam sujeitos às limitações constitucionais ao exercerem atividades de natureza tipicamente estatal.

Para Daniel Sarmento, o caso mais emblemático desta teoria foi o de “Marsh v. Alabama” (1946), no qual se discutiu se uma empresa privada, detentora de terras dentro das quais se estabeleciam ruas, residências, comércios, etc., poderia ou não

¹⁶ [...] por un lado, los relacionados con actividades que entrañan materialmente el ejercicio de una “función pública”, y por otro, aquéllos en los que se detecta una “conexión” o “implicación” estatal significativa en la acción impugnada por el demandante.

determinar a proibição da pregação de Testemunhas de Jeová no interior de sua propriedade. Considerando que a empresa, ao manter uma “cidade privada”, equiparava-se ao Estado, a Suprema Corte declarou inválida a proibição, sujeitando-a à 1ª Emenda da Constituição norte-americana, que protege a liberdade de culto. (SARMENTO, 2008, p. 191).

Em sentido contrário, porém, a Suprema Corte negou a equiparação estatal aos “shoppings centers” privados, bem como a uma fornecedora privada de energia elétrica, entendendo, neste último caso, que a empresa não tinha de respeitar o devido processo legal para cortar o fornecimento de um cliente individual, ao argumento de que ela não exercia função tipicamente pública, ainda que essa atividade deva ser licenciada pelo governo norte-americano. (SARMENTO, 2008, p. 191).

Por outro lado, na segunda hipótese aventada por Bilbao Ubillos, o direito norte-americano admite a vinculação dos particulares aos direitos fundamentais consagrados pela Constituição quando for possível se estabelecer uma conexão mais profunda entre a conduta do ente privado e alguma entidade governamental.

Sob esse aspecto, Sarmento destaca a relevância do famoso caso “Shelley v. Kraemer”, no qual se discutiu se uma convenção privada poderia vincular os proprietários de imóveis com a proibição de aliená-los a pessoas integrantes de minorias raciais. Quando um dos proprietários vendeu seu imóvel a um negro, os demais coobrigados pela tal convenção se opuseram à venda e ajuizaram uma ação, a qual chegou à apreciação da Suprema Corte. Esta, por sua vez, entendeu que, se o Judiciário tutelasse o suposto direito dos autores com base na aludida convenção, ele estaria emprestando sua força e autoridade a uma discriminação contrária à Constituição. Dessa forma, a ação foi rejeitada, uma vez que se reconheceu a presença de “state action” no caso concreto. (SARMENTO, 2008, p. 192).

O mesmo não ocorreu, contudo, no caso “San Francisco Arts & Athletics Inc. v. United States Olympic Comitê”, também citado por Sarmento (2008, p. 192). Nesta hipótese, a Corte Suprema rejeitou a vinculação do Comitê Olímpico norte-americano aos direitos fundamentais, considerando que o mencionado Comitê não agiu de forma discriminatória ao negar autorização para que organizadores de um evento atlético homossexual usassem a palavra “olímpico” em sua designação. A perplexidade que tal decisão causa se acentua ao se constatar, ainda, que o uso

exclusivo da palavra “olímpico” é atribuído à referida entidade privada pelo próprio Estado, por meio de lei federal.

Ainda que, em alguns casos (por meio de uma construção artificial), a doutrina do “State Act” permita a vinculação das relações entre os particulares aos direitos fundamentais, é possível se afirmar que, por negar que um ato privado possa, por si só, ofender tais direitos, ela se furta a reconhecer expressamente a sua eficácia horizontal.¹⁷

¹⁷ Virgílio Afonso da Silva critica a classificação postulada por Daniel Sarmento, quando este considera a teoria do “State Act” como uma não aceitação de efeitos dos direitos fundamentais nas relações entre particulares. Para Silva, “Sarmiento parece confundir os *fundamentos* da doutrina com seus *efeitos*”. Ele entende que, embora com a doutrina do “State Act” se queira, aparentemente, negar a vinculação de entidades não estatais aos direitos fundamentais, não é isso que acontece de fato. Para o professor, “[...] o casuísmo da Suprema Corte norte-americana **sempre** encontra uma forma, por *mais artificial que seja*, de igualar o ato privado questionado a um ato estatal **quando se quer** coibir alguma violação a direitos fundamentais por parte de pessoas privadas.” (SILVA, 2005, p. 100, grifamos). Mais à frente, Virgílio Afonso da Silva também se baseia em uma análise quantitativa da Jurisprudência da Corte norte-americana para mostrar que esta, “[...] **quando pretende** coibir um ato privado violador de direitos fundamentais, encontra algum artifício para equipará-lo a um ato público.” E assim conclui: “[...] com exceção de dois casos, em **todas as decisões em que se equiparou uma conduta privada a uma ação estatal** houve, ao mesmo tempo, o reconhecimento de violações a direitos fundamentais.” (SILVA, 2005, p. 102, grifo nosso.).

Guardadas as devidas vênias, não podemos concordar com o posicionamento de Silva. Embora não acreditemos no poder e na validade absolutos de classificações rígidas e estanques, não há como se afirmar que a “State Act Doctrine” pode ser colocada ao lado das teorias que admitem a vinculação dos particulares aos direitos fundamentais. Sob diferentes aspectos, os argumentos sobre os quais Silva (2005) se ampara devem ser encarados com parcimônia.

Em primeiro lugar, é preciso observar que a análise de Silva (2005), para afirmar que a “State action” não nega a eficácia horizontal dos direitos fundamentais, prioriza os **efeitos práticos** que podem ser gerados pelas diferentes doutrinas que explicam a vinculação dos particulares aos direitos fundamentais. Do ponto de vista metodológico e dogmático, não nos parece a escolha mais acertada. Segundo todo o percurso traçado até então, temos que a análise (bem como a elaboração de uma possível classificação) das mencionadas teorias tem como ponto nevrálgico o reconhecimento da dimensão objetiva dos direitos fundamentais e a decorrente concepção de que tais direitos não se limitam apenas às relações estabelecidas entre o cidadão e o Estado, sendo destinados também aos entes particulares, nas relações entre si. Nesse sentido, ainda que a Corte Suprema dos EUA se esforce para estabelecer mecanismos de responsabilização do particular quando este violar ou restringir direito fundamental alheio, não há como se esquecer de que todo esse esforço se origina na e se norteia pela concepção liberal de que os direitos fundamentais previstos pela Carta Magna se destinam apenas ao Estado (salvo a 13ª Emenda). Em outras palavras, a aplicação do “State Act” significa, do ponto de vista dogmático, que não se aceita a vinculação dos particulares a direitos fundamentais mas, sim, a vinculação somente do Estado a esses direitos, mesmo que, em alguns casos, ele se manifeste pela ação de um ente particular.

Por outro lado, sob uma ótica empírica e filosófica/ ideológica, parece-nos arriscada a afirmação de Silva no sentido de que a Corte Suprema **sempre** encontra uma forma de igualar o ato privado a um ato estatal **quando se quer** coibir alguma violação a direitos fundamentais por entes privados. Empiricamente, refuta-se tal afirmação com base nos diversos julgados da referida Corte, apresentados detalhadamente por Sarmento (2008, p.189/197), os quais demonstram que a Suprema Corte nem sempre desenvolveu esforços para igualar o ato privado ao ato estatal e, dessa forma, coibir a violação a direitos fundamentais. Daí decorre a perspectiva filosófica/ ideológica da oposição aventada à tese de Silva. Ao utilizar, em mais de um momento, expressões que denotam uma certa condição da vontade do Judiciário [**“quando pretende** coibir um ato privado violador de direitos fundamentais” (p. 102) e **“quando se quer** coibir alguma violação a direitos fundamentais por parte das pessoas privadas” (SARMENTO, p. 100;102)], também nos parece frágil a construção de Silva. Não há como utilizar tal critério (“quando se quer”) para se afirmar que a “State Act”, de modo

Embora ainda se posicione de maneira vacilante, a doutrina e a jurisprudência norte-americana demonstram que não houve a superação da concepção liberal de direitos fundamentais ao exigir que haja a participação do Estado (ainda que pelas vias indiretas anteriormente mencionadas) na aplicação desses direitos.

O professor americano Erwin Chemerinsky demonstra a falha da doutrina da “State Action”, observando que, “[...] cada vez que se reconhece a liberdade de alguém para violar um direito fundamental de terceiro, ocorre uma restrição do direito dessa vítima.” Assim, para ele “[...] a “State Action” só promove a liberdade se se considerar que a liberdade de violar a Constituição é sempre mais importante do que os direitos individuais que são infringidos”. (CHEMERINSKY apud SARMENTO, 2008, p. 195).

Seguindo a linha de objeções à “State Act Doctrine”, considera-se de grande lucidez a crítica feita por Daniel Sarmento à referida doutrina liberal americana. Pede-se vênia, aqui, para transcrevê-la em sua literalidade:

Enfim, parece-nos que a doutrina do *state action*, apesar dos erráticos temperamentos que a jurisprudência lhe introduziu, não proporciona um tratamento adequado aos direitos fundamentais, diante do fato de que os maiores perigos e ameaças a estes não provêm apenas do Estado, mas também de grupos, pessoas e organizações privadas. Ademais, ela não foi capaz de construir *Standards* minimamente seguros e confiáveis na jurisdição constitucional norte-americana. Tal teoria está profundamente associada ao radical individualismo que caracteriza a Constituição dos Estados Unidos. Nesta questão, diversamente do que ocorreu em tantas outras, o direito constitucional norte-americano não se beneficiou dos sopros renovadores da jurisprudência e da doutrina, tão necessários para adaptar o bicentenário texto magno daquele país às necessidades de um mundo que é inteiramente diverso daquele em que viveram os *Founding Fathers*. (SARMENTO, 2008, p. 197).

Uma vez que não abre mão do pressuposto que nega a vinculação dos particulares aos direitos fundamentais, a doutrina do “State Act” revela-se

positivo, busca sempre igualar a atividade do particular à atividade estatal e, dessa forma (somente “quando quer?”), proteger o direito fundamental de um particular de uma violação proveniente de outro particular. Concordar com as afirmações de Silva significaria analisar o fenômeno sob apenas uma perspectiva: a responsabilização dos atores privados quando estes interviessem na esfera de direitos privados de outros particulares somente seria possível quando houvesse, de fato, uma intenção do aplicador do direito de proteger o direito fundamental lesado, o que acabaria esbarrando, de modo prejudicial, na restrição da questão às questões filosóficas e ideológicas que norteiam a atuação e as escolhas dos juízes. Estar-se-ia concordando com a própria inconsistência que a “State Act Doctrine” apresenta, justamente por não apresentar critérios minimamente objetivos e sólidos (como, por exemplo, a aplicação dos princípios consagrados pela ordem jurídica) para que os direitos fundamentais possam ser protegidos em qualquer contexto, seja quando for possível (ou quando a Suprema Corte “quiser” que seja possível) uma equiparação do ato privado ao ato estatal, seja quando a relação se der, exclusivamente, sob os parâmetros das relações privadas.

extremamente inconsistente. Diante de determinadas situações nas quais se faz imprescindível tal vinculação, ela acaba lançando mão de argumentos forçados para equiparar os particulares ao Poder Público, a fim de impedir que ofensas a direitos fundamentais ocorram no âmbito privado. Justamente por se valer de recursos artificiais, essa estratégia não foi capaz de estabelecer, de forma coerente, um critério mais uniforme que possa alcançar todos os casos em que há, de fato, a violação de direitos fundamentais de cidadãos por outros cidadãos. Assim, sob os moldes da teoria da “State Action”, são mantidos “vastos espaços da vida humana ao abrigo da incidência da Constituição dos EUA.” (SARMENTO, 2008, p. 192).

Por fim, conforme a lição de Wilson Steinmetz, vale ressaltar que o “State Act”, por se tratar “[...] de uma teoria construída engenhosamente no marco de uma Constituição que é a mais genuína expressão do paradigma constitucional liberal”, não encontra referibilidade no marco das constituições elaboradas sob os paradigmas do constitucionalismo social e do constitucionalismo democrático.

Em outras palavras, sob o marco da Constituição de 1988, a “State Action Doctrine” não representa uma teoria constitucionalmente adequada sobre a vinculação dos particulares a direitos fundamentais, pois “[...] a CF é uma Constituição que, além de normatizar as relações entre indivíduo e Estado, tem a pretensão de modelar, em questões fundamentais, as relações sociais.” (STEINMETZ, 2004, p. 181).

4.2.3 A teoria da convergência estatista (Schwabe)

Semelhante, em certos aspectos, à teoria da “State Action”¹⁸, tem-se a

¹⁸ Seguindo a linha defendida por Gilmar Ferreira Mendes e Thiago Sombra, entendemos que a orientação de Schwabe se assemelha à doutrina americana do ‘state action’ na medida em que “As premissas relativas à *state action* são extremamente semelhantes àsquelas utilizadas por Schwabe no seu desenvolvimento do seu posicionamento” (MENDES; SOMBRA apud SARMENTO, 2008, p. 222). Nesse aspecto, ousamos discordar de Sarmiento, para quem a doutrina de Schwabe, ao contrário da “State Action”, apoia-se em premissas equivocadas, o que acaba por conduzir a “resultados práticos bastante favoráveis à aplicação dos direitos fundamentais nas relações privadas.” (SARMENTO, 2008, p. 222). Parece-nos que a divergência aqui suscitada repousa justamente na delimitação de quais são as premissas sobre as quais as mencionadas teorias se sustentam, sendo necessário não se confundir premissas com os mecanismos propostos ou com os resultados gerados por cada doutrina. Tomando o termo “premissa” como o “Fato ou princípio que serve de base à conclusão de um raciocínio” (FERREIRA, 1999), temos que tanto a “State Action” quanto a doutrina de Schwabe assentam-se na premissa liberal de que os direitos fundamentais, embora sejam titularizados pelos cidadãos, têm como único destinatário o Estado (dimensão subjetiva dos direitos fundamentais). Esse é o princípio que irá nortear as referidas teorias e as construções dogmáticas e jurisprudenciais que

chamada “teoria da convergência estatista”, desenvolvida pelo jurista Jürgen Schwabe, em obra publicada em 1971, no contexto da República Federal da Alemanha.

Amparando-se no marco teórico liberal que tinha os direitos fundamentais apenas como direitos de defesa do cidadão contra a ingerência estatal (direitos subjetivos), Schwabe entende que é sempre o Estado o responsável último pelas lesões a esses direitos nas relações interprivadas. Desse modo, para o autor alemão, o problema da vinculação dos particulares a direitos fundamentais não passaria de um problema aparente. (SARMENTO, 2008, p. 221).

Para Schwabe, toda ofensa a direito fundamental entre sujeitos privados deve ser imputada ao Estado, uma vez que decorre de uma prévia autorização explícita ou implícita da ordem jurídica estatal (SCHWABE apud SARMENTO, 2008, p. 221) ou, em outras palavras, resulta de uma permissão ou de uma não proibição estatal. (STEINMETZ, 2004, p. 176). Daniel Sarmento explica o raciocínio desenvolvido pelo jurista germânico:

[...] segundo Schwabe, quando um ator privado viola um direito fundamental, o ato poderá ser imputado também ao Estado, seja porque não proibiu, através do legislador, aquele comportamento individual lesivo a direitos alheios, seja porque não impediu o ato, através da atividade administrativa ou da prestação jurisdicional. Afirmar Schwabe que, na medida em que o Estado disciplina e tutela as relações privadas, ele se torna responsável pelos atentados aos direitos fundamentais cometidos por particulares contra particulares sempre que não os impedir. Para ele, quando o Poder Público não proíbe, ele permite um comportamento, e se este lesar direitos fundamentais, a responsabilidade caberá também ao Estado. (SARMENTO, 2008, p. 221).

Adotando como referência o processo de constitucionalização do direito, do qual decorre a afirmação da dupla dimensão (subjetiva e objetiva) dos direitos fundamentais e, principalmente, da necessidade de se tomá-los a sério em todos os âmbitos do ordenamento jurídico, resta claro que a tese advogada por Schwabe, como resposta ao problema da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais, revela-se facilmente refutável. (STEINMETZ, 2004, p. 176).

Seguindo a lição de Wilson Steinmetz, é possível contestar a teoria elaborada por Schwabe por quatro aspectos distintos. O primeiro, relacionado à perspectiva empírica, leva à conclusão de que atribuir a participação e a responsabilidade por

delas advieram. De outro lado, diferentes serão os resultados por elas produzidos, uma vez que se valem de mecanismos diferentes para realizar a proteção dos direitos fundamentais dos cidadãos.

todas as lesões a direitos fundamentais perpetradas por particulares somente ao Estado constitui uma notória ficção. Considerar o Estado como o agente universal, participante e responsável por tudo o que acontece entre os sujeitos de direito, em decorrência da inexistência de mandamentos proibitivos, é, empiricamente, um “ficcionalismo”, “[...] porque a ocorrência de restrições ou violações, unilaterais ou recíprocas, de direitos fundamentais nas relações entre particulares é um dado da experiência social identificável pela observação direta.” (STEINMETZ, 2004, p. 177).

Em segundo lugar, Steinmetz aponta que, se levada às últimas consequências, a teoria de Schwabe representaria uma total irresponsabilidade dos entes privados ante os direitos fundamentais. Nessa perspectiva, nas hipóteses em que não houvesse mandamentos de proibição (hipóteses essas, permitidas pelo Estado, portanto), se os particulares interviessem nos direitos fundamentais de outrem, jamais seriam responsabilizados juridicamente. (STEINMETZ, 2004, p. 177). Em outros termos, a responsabilização exclusiva do Estado acaba por gerar uma situação sócio-juridicamente inaceitável, livrando o particular de responder pelas violações ou restrições que ele mesmo perpetrar em relação a direito fundamental alheio.

Em terceiro lugar, ao se considerar o pressuposto de que a teoria de Schwabe se dirige precipuamente ao legislador (pela necessidade de criação de mandamentos de proibição), o professor gaúcho conclui que, sob tal perspectiva, os direitos fundamentais só poderiam ser efetivamente garantidos por meio de uma acentuada “inflação legislativa”. (STEINMETZ, 2004, p. 177).

Tal cenário, a nosso ver, vai de encontro com o próprio paradigma pós-positivista, o qual, abandonando a ideia de que o ordenamento jurídico seria composto apenas por regras, passa a colocar os princípios em posição privilegiada na ordem jurídica. Dessa forma, revela-se desnecessária a edição de número exagerado de diplomas legais para que as diversas relações jurídicas (em especial as que envolvem direitos fundamentais) possam ser efetivamente protegidas pelo direito, bastando, para tanto, a invocação dos princípios consagrados na ordem constitucional.

Por último, apoiando-se na objeção de Ingo Sarlet, Steinmetz entende que a teoria de Schwabe não poderia ser aplicada de forma correta no âmbito das relações negociais. O equívoco seria evidente diante de uma relação contratual, por exemplo, em que um particular, ao exercer sua autonomia privada, sofresse restrição a algum

direito fundamental seu. Ora, se o Estado permite e garante aos particulares o exercício de sua autonomia privada e de seu direito geral de liberdade nas relações negociais, como atribuir ao primeiro a participação e imputá-lo pela restrição ou violação do direito fundamental? Sem mais a acrescentar a esse respeito, conclui-se, desse modo, que a teoria de Schwabe não se compatibiliza com os princípios da autonomia privada e da liberdade, os quais, embora não representem o eixo central para o paradigma do Estado Democrático de Direito, permanecem com sua importância e a proteção por ele garantida. (STEINMETZ, 2004, p. 178).

4.2.4 A teoria da eficácia horizontal indireta/ mediata dos direitos fundamentais

A teoria da eficácia indireta ou mediata (*mittelbare Drittwirkung*) dos direitos fundamentais na esfera privada foi elaborada, inicialmente, pelo jurista alemão Günter Dürig, em obra publicada em 1956. Em 1958, a tese recebeu notável impulso ao ser adotada pela Corte Constitucional alemã no famoso *Caso Lüth*¹⁹.

Desde então, a teoria da eficácia mediata tornou-se a concepção dominante na Alemanha, sendo adotada majoritariamente pelos juristas e pela Corte Constitucional daquele país até os dias atuais. (SARMENTO, 2008, p. 197).

Ocupando uma posição intermediária entre as teorias que negam a vinculação dos particulares aos direitos fundamentais e as que postulam a incidência direta destes direitos no âmbito privado, a teoria da eficácia indireta, embora defendida sob diferentes matizes, manteve o seu núcleo de sentido intacto ao longo dos tempos. (STEINMETZ, 2004, p. 136).

Para essa teoria, os direitos fundamentais não estão aptos a ingressar na esfera privada como direitos subjetivos, aos quais se possam socorrer diretamente da Constituição, mas sim como normas objetivas de princípios ou ordem objetiva de

¹⁹ Lüth foi um cidadão alemão que, em 1950, incentivou o boicote a um filme que considerava ser antissemita, eis que filmado por um diretor de grande destaque no período nazista. O Tribunal Distrital de Hamburgo apreciou o caso e decidiu que Lüth não poderia promover qualquer boicote ao filme, sob pena de violação do art. 826 do Código Civil alemão, que veda a ofensa aos bons costumes. O Tribunal argumentou que o boicote deveria ser considerado uma ação contrária à política pública e às convicções de direito e da moral do povo alemão. Entretanto, após a apresentação do recurso constitucional de Lüth, a sentença foi reformada pelo Tribunal Constitucional Federal alemão, o qual considerou a incitação ao boicote protegida pelo direito de liberdade de expressão, garantido pelo art. 5º da Lei Fundamental. O Tribunal Federal alemão entendeu que, no balanceamento entre os princípios constitucionais colidentes, deveria ser dada prioridade ao princípio da liberdade de expressão. Deste modo, o direito de liberdade de opinião prevaleceu em relação às regras de Direito Civil, sendo cassada a sentença proferida pelo Tribunal de Hamburgo.

valores.²⁰ (STEINMETZ, 2004, p. 138). Em outras palavras, os partidários desta tese entendem que a Constituição não atribui direitos subjetivos privados aos particulares, mas “contém normas objetivas, cujo efeito de irradiação leva à impregnação das leis civis por valores constitucionais.” (SARMENTO, 2008, p. 199). Vale destacar a adoção expressa de tal entendimento pela Corte Constitucional alemã no já citado *Caso Lüth* (1958):

Esse sistema de valores, que tem seu centro no livre desenvolvimento da personalidade humana e sua dignidade no interior da comunidade social, deve reger como decisão constitucional básica em todos os âmbitos do direito; dele recebem diretrizes e impulsos a legislação, a administração e a jurisdição. Dessa forma, influi evidentemente também sobre o direito civil; nenhuma disposição jurídico-civil deve estar em contradição com ele e todas elas devem interpretar-se conforme ao seu espírito. (BVERFGE 7, 198, apud STEINMETZ, 2004, p. 139).

É possível se concluir que os defensores da teoria mediata não ignoram a necessidade de se submeter o direito privado aos valores consagrados pela Constituição. O que os distingue da teoria da eficácia imediata é o entendimento quanto à forma pela qual os direitos fundamentais devem incidir nas relações entre particulares. Sob a perspectiva da eficácia indireta, os direitos fundamentais produzem efeitos nas relações privadas somente por meio dos parâmetros dogmáticos, interpretativos e aplicativos próprios do direito privado. Diante do caso concreto, a interpretação-aplicação das normas de direitos fundamentais não se dá de modo *ex constitutione*, com mecanismos próprios do direito constitucional, mas através das normas e parâmetros dogmáticos hermenêuticos-aplicativos próprios do direito privado. (STEINMETZ, 2004, p. 136).

Os adeptos dessa corrente entendem que é por meio das cláusulas gerais e dos conceitos jurídicos indeterminados²¹ estabelecidos pelo legislador que o direito

²⁰ Quanto a esse aspecto, vale destacar a interpretação crítica de Giorgio Lombardi: “[...] a consequência é no sentido de que, neste modo, os direitos fundamentais, no campo das relações privatísticas, não operariam como tais, isto é, na qualidade de direitos subjetivos, mas desprenderiam uma eficácia não somente *indireta*, mas, menos ainda, somente na medida em que exprimem um *princípio geral de valor*. Portanto, o direito fundamental não operaria nas relações privatísticas, mas operaria o princípio do qual extrai sua justificação.” (LOMBARDI apud STEINMETZ, 2004, p. 139).

²¹ São exemplos de cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados: “boa-fé”, “ordem pública”, “bons costumes”, “abuso de direito”, “moral” dentre outros. Segundo Nelson Rosendal, as cláusulas gerais se diferenciam dos conceitos jurídicos indeterminados na medida em que as primeiras “[...] não prescrevem condutas, mas apenas exprimem valores, suas amplas diretrizes permitem ao juiz conceder ao caso a solução mais adequada à sua concretização”, enquanto os segundos não deixariam para o juiz qualquer possibilidade de criação de resultados diversos, uma vez que a lei que

privado deve se conectar à Constituição, devendo esse ser interpretado e aplicado sempre em conformidade com a ordem de valores subjacentes aos direitos fundamentais. (SARMENTO, 2008, p. 198). Nesse sentido, válida a lição de José Carlos Vieira de Andrade:

Quanto muito, os preceitos constitucionais serviriam como *princípios de interpretação* das cláusulas gerais e conceitos indeterminados susceptíveis de concretização, clarificando-os (*Wertverdeutlichung*), acentuando ou desacentuando determinados elementos do seu conteúdo (*Wertakzentuierung*), ou, em casos extremos, colmatando as lacunas (*Wertschutzlückenschliessung*), mas sempre dentro do <<espírito>> do direito privado.” (ANDRADE, 2006, p. 278).

Desse modo, a força jurídica dos preceitos fundamentais estender-se-ia aos particulares apenas de forma mediata, estando condicionada, no primeiro plano, à mediação concretizadora do legislador de direito privado, ao qual caberia a criação de regulações normativas específicas que delimitassem o conteúdo desses direitos nas relações particulares. (STEINMETZ, 2004, p. 138).

Assim, para essa teoria, a proteção dos direitos fundamentais na esfera privada compete, antes de tudo, ao legislador privado, o qual, sem abrir mão da tutela da autonomia da vontade, deve estabelecer uma disciplina das relações particulares compatível com os princípios materiais positivados nas normas constitucionais de direitos, liberdades e garantias fundamentais. (SARMENTO, 2008, p. 200).

Seguindo esse raciocínio, conforme leciona Daniel Sarmento, caberia ao Legislativo realizar “[...] uma ponderação entre os interesses constitucionais em conflito, na qual lhe é concedida certa liberdade para acomodar os valores contrastantes, em consonância com a consciência social de cada época.” Assim, seria competência da lei a missão de estabelecer o grau de cedência recíproca entre cada um dos bens jurídicos em conflito. (SARMENTO, 2008, p. 200).

Como se vê, a teoria da eficácia indireta confere notória primazia do legislador em detrimento do juiz na conformação dos direitos fundamentais nas relações privadas. Isto se justificaria pelo fato de que esta técnica concederia maior segurança ao tráfico jurídico, além de se coadunar de modo mais satisfatório com os princípios da democracia e da separação dos poderes, reduzindo a

enuncia o conceito indeterminado já estabelece as consequências daí advindas. (ROSENVALD, 2005, p. 170).

discricionariedade dos magistrados e aumentando a uniformidade das decisões judiciais na aplicação dos preceitos constitucionais nas relações privadas. (SARMENTO, 2008, p. 200).

Já em um segundo plano, ante a ausência de desenvolvimento legislativo específico, sobraria ao Judiciário o papel de aplicar, interpretar e preencher as cláusulas indeterminadas criadas pelo legislador privado, conformando-as com os valores objetivos que servem de fundamento para os direitos fundamentais ou com os valores que emanam desses direitos. Desse modo,

As cláusulas gerais – por terem a função de oportunizar e legitimar a introdução judicial de juízos valorativos, jurídicos (intra-sistêmicos) e metajurídicos (metasistêmicos), limitativos do princípio da autonomia privada e do exercício de direitos ou interesses subjetivos legais – serviriam como cláusula de abertura para a “influência” ou “irradiação” dos direitos fundamentais no direito privado. (STEINMETZ, 2004, p. 138).

Nos países como Alemanha, Espanha e Itália, que adotam o controle de constitucionalidade concentrado, a tarefa acima descrita estaria restrita às suas respectivas Cortes Constitucionais. Somente em último caso, quando não houvesse cláusula geral ou conceito indeterminado que pudesse ser preenchido conforme os valores constitucionais, é que seria possível ao juiz a aplicação direta dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, independentemente da mediação do legislador. (SARMENTO, 2008, p. 201).

Para os seus defensores, a teoria da eficácia indireta seria a mais adequada, por diversas razões. Primeiro, porque ela considera e preserva a autonomia privada como princípio que decorre do direito geral de liberdade. Segundo, porque assegura a identidade, a autonomia e a função do direito privado, especialmente do Direito Civil. Terceiro, pois, como já dito alhures, responde de modo mais satisfatório ao postulado da segurança jurídica, uma vez que, ao contrário das normas de direitos fundamentais, muitas vezes veiculadas em textos fragmentados, ambíguos e vagos, as normas de direito privado revelam-se mais específicas e detalhadas. (STEINMETZ, 2004, p. 139). Por fim, a teoria mediata teria o efeito de evitar a chamada “panconstitucionalização” do ordenamento jurídico, fenômeno que acarretaria prejuízos tanto para o direito privado quanto para o direito constitucional, pelos seguintes motivos:

(a) Implicaria a trivialização da Constituição e dos direitos fundamentais, (b) converteria, em grande escala, casos jurídico-privados em casos jurídico-constitucionais e, por consequência, (c) sobrecarregaria a jurisdição constitucional. (STEINMETZ, 2004, p. 140).

Em sentido contrário aos argumentos em sua defesa, diversas foram as críticas direcionadas à teoria da eficácia mediata. Por um lado, os que negam por completo a eficácia horizontal das normas definidoras de direitos fundamentais entendem que a impregnação do Direito Privado por valores constitucionais pode levar o princípio da legalidade à ruína, estabelecendo a indeterminação e a insegurança na aplicação das normas de direito privado.²²

De outro lado, há os que são desfavoráveis à tese por a considerarem insuficiente para proporcionar uma tutela integral e satisfatória dos direitos fundamentais no plano privado, deixando-o sujeito aos “incertos humores do legislador ordinário.” (SARMENTO, 2008, p. 204). Há, ainda, os críticos que apontam o caráter supérfluo dessa corrente, pois ela representaria nada mais do que a já estabelecida noção da interpretação conforme a constituição.²³ (SARMENTO, 2008, p. 204).

4.2.5 A teoria da eficácia horizontal direta/ imediata dos direitos fundamentais

Igualmente com raízes no direito alemão, a teoria da eficácia direta e imediata (*unmittelbare Drittwirkung*) dos direitos fundamentais nas relações privadas originou-se no início da década de 1950, tendo Hans Carl Nipperdey como seu precursor. Embora ela não tenha logrado grande aceitação na Alemanha, firmou-se em diversos outros países como Portugal, Espanha, Itália e Argentina, onde vem recebendo novos desenvolvimentos e exercendo crescente influência. (STEINMETZ, 2004, p. 164).

Esta teoria reconhece a ampla oponibilidade (*erga omnes*) dos direitos fundamentais nas relações privadas, independentemente de qualquer mediação por parte do legislador. Para tanto, partiu-se da constatação de que a violação aos

²² Vale lembrar que tal crítica também se dirigiu à teoria da eficácia direta, como se verá adiante.

²³ Segundo Luís Roberto Barroso, a técnica hermenêutica da interpretação conforme a Constituição pode significar, sinteticamente, "(i) a leitura da norma infraconstitucional da forma que melhor realize o sentido e o alcance dos valores e fins constitucionais a ela subjacentes; (ii) a declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução do texto, que consiste na exclusão de uma determinada interpretação possível da norma – geralmente a mais óbvia – e a afirmação de uma interpretação alternativa, compatível com a Constituição." (BARROSO, 2005, p. 28).

direitos fundamentais, no mundo contemporâneo, provém não apenas do Estado, mas também dos grupos sociais que detêm, nas palavras de José Carlos Vieira de Andrade, “[...] uma parcela cada vez maior do poder social e *económico*, um poder real que se impõe aos indivíduos de várias maneiras e que é capaz de *afectar* intensamente zonas e aspectos relevantes da sua vida e da sua personalidade.”, (ANDRADE, 2006, p. 278).

Ainda na lição do autor português, para a teoria da eficácia imediata dos direitos fundamentais “[...] a dignidade humana continua a ser o ponto de partida, mas não como liberdade do indivíduo isolado e, sim, como livre desenvolvimento da personalidade de homens solidários integrados numa sociedade e responsáveis perante ela.” (ANDRADE, 2006, p. 279).

Ao se remeter à obra de Nipperdey é possível verificar que o autor se afasta de modo explícito da teoria da eficácia mediata de Dürig e do Tribunal Constitucional alemão, uma vez que considera que os valores consagrados pela Constituição, sobretudo em seu catálogo de direitos fundamentais, não dependem de nenhuma “porta de entrada” (cláusulas gerais) para se “irradiar” no direito civil. Nas palavras do próprio autor, citado por Virgílio Afonso da Silva, extrai-se o eixo central da teoria por ele preconizada:

Na verdade, o ordenamento jurídico é uma unidade; todo o direito somente é válido com base na constituição e dentro dos limites por ela impostos. Também o direito civil, sobretudo o código civil, somente é válido [...] desde que não contrarie a constituição. Para a validade dos direitos fundamentais como normas objetivas aplicáveis ao direito privado não é necessária nenhuma ‘mediação’, nenhum ‘ponto de rompimento’, que seriam, na opinião de Dürig, as cláusulas gerais [...]. **O efeito jurídico [dos direitos fundamentais no direito privado] é na verdade direto e normativo e modifica as normas de direito privado existentes.** (SILVA, 2005, p. 90, grifo nosso).

Para o jurista alemão, há, portanto, certas normas de direitos fundamentais que não se limitam à proteção da liberdade do indivíduo perante o Estado, mas que também conferem a esse indivíduo, especialmente nas relações em que os “poderes sociais” participam, uma posição jurídica (*status socialis*) perante os demais sujeitos particulares. Contudo, vale salientar que a eficácia direta não se restringe às situações em que há desigualdade entre os particulares, pois os direitos fundamentais são posições jurídicas que a Constituição confere aos sujeitos privados nas relações travadas com outros particulares, independentemente de

haver, de fato, um poder ou influência sobre os demais. (STEINMETZ, 2004, p. 165).

Em relevante observação, Virgílio Afonso da Silva ressalta que o modelo de aplicabilidade direta dos direitos fundamentais nas relações privadas não implica que todo direito fundamental seja necessariamente aplicável a tais relações. Ao contrário do que se costuma imaginar, a proposta da teoria da eficácia direta leva em consideração a existência de certas restrições, reconhecendo que há direitos fundamentais que só podem ser aplicados nas relações Estado-cidadãos²⁴. (SILVA, 2005, p. 91).

Daniel Sarmiento destaca, ainda, que a teoria da eficácia imediata dos direitos fundamentais não desconsidera que haja especificidades nesta incidência, nem a necessidade de se realizar uma ponderação do direito fundamental em jogo com a autonomia privada dos entes particulares envolvidos no caso. “Não se trata, portanto, de uma doutrina radical, que possa conduzir a resultados liberticidas, ao contrário do que sustentam seus opositores, pois ela não prega a desconsideração da liberdade individual no tráfico jurídico-privado.” (SARMENTO, 2008, p. 205).

No âmbito da jurisprudência alemã, a teoria da eficácia imediata encontrou abrigo em importantes decisões do Tribunal Federal do Trabalho. Em decisão de 1957, o Tribunal²⁵ reconheceu, baseado apenas em preceitos constitucionais, sem invocar qualquer norma da legislação trabalhista ordinária, a invalidade de cláusula contratual que determinava a extinção do contrato de trabalho de enfermeiras de um hospital privado, caso estas viessem a se casar.

Em 1989, o Tribunal proferiu outro julgado emblemático, dando ganho de causa a um químico que foi demitido por ter se recusado a participar de uma pesquisa, conduzida pela instituição particular que o empregava, relacionada ao desenvolvimento de um medicamento que serviria ao combate de náuseas de militares que, porventura, estivessem envolvidos em uma guerra nuclear. Amparada na liberdade de consciência, a tese do trabalhador foi acatada pelo Tribunal Federal do Trabalho, que, dessa maneira, decidiu a questão invocando diretamente um direito fundamental. (SARMENTO, 2008, p. 205).

Seguindo essa mesma linha, o referido Tribunal assim se posicionou em outras duas decisões:

²⁴ Direitos do preso, por exemplo.

²⁵ Nesse período, o Tribunal Federal do Trabalho alemão era presidido pelo próprio Nipperdey.

[...] em verdade, nem todos, mas uma série de direitos fundamentais destinam-se não apenas a garantir os direitos de liberdade em face do Estado, mas também a estabelecer as bases essenciais da vida social. Isso significa que **as disposições relacionadas com os direitos fundamentais devem ter aplicação direta nas relações privadas entre os indivíduos**. Assim, os acordos de direitos privado, os negócios e os atos jurídicos não podem contrariar aquilo que se convencionou chamar ordem básica ou ordem pública. (STEINMETZ, 2004, p. 166, grifo nosso).

[...] nem todos, mas, de qualquer modo, toda uma série de importantes direitos fundamentais da Constituição não devem somente garantir os direitos de liberdade nos confrontos com o poder do Estado, mas constituem antes princípios para a organização da vida social que têm, em uma medida que deverá ser especificada sobre a base do [*de cada*] direito fundamental, uma **relevância imediata também para as relações jurídicas entre os cidadãos**. (STEINMETZ, 2004, p. 166, grifo nosso).

Contudo, como dito anteriormente, a teoria da eficácia direta não obteve grande adesão na Alemanha, país onde foi concebida, embora em outros países, como Itália, Portugal, Argentina e, sobretudo, na Espanha, ela tenha sido adotada majoritariamente, recebendo novos impulsos e contribuições por parte da doutrina e da jurisprudência.²⁶ (STEINMETZ, 2004, p. 166)

Na síntese de Naranjo de La Cruz, a teoria da eficácia imediata determina que os direitos fundamentais, em sua dupla dimensão (objetiva e subjetiva),

[...] constituem o fundamento de todo o ordenamento jurídico e são aplicáveis em todos os âmbitos de atuação humana de maneira imediata, sem intermediação do legislador. Por isso, as normas de direitos fundamentais contidas na Constituição geram, conforme a sua natureza e teor literal, direitos subjetivos dos cidadãos oponíveis tanto aos poderes públicos como aos particulares. (CRUZ apud STEINMETZ, 2004, p. 167).

Assim como a teoria da eficácia mediata, a teoria da eficácia imediata reconhece a dupla dimensão dos direitos fundamentais e uma eficácia irradiante desses direitos por todo o ordenamento jurídico. Porém, o ponto de divergência entre essas correntes reside no fato de que, enquanto a primeira entende ser necessária a mediação da atividade legislativa para que os direitos fundamentais possam operar efeitos nas relações entre particulares, a segunda propõe a aplicação direta das normas de direitos fundamentais nessas relações, sem

²⁶ Apenas a título ilustrativo, citar-se-ão os principais adeptos dessa corrente. Na Espanha, Tomás Quadra-Salcedo, Juan María Bilbao Ubillos, Pedro de Vega Garcia, Antonio-Enrique Perez Luño e Rafael Naranjo de La Cruz. Em Portugal, J. J. Gomes Canotilho, Vital Moreira e Ana Prata. Na Itália, Vezio Crisafulli, Alessandro Pace e Pietro Perlingeri. Cabe salientar que Daniel Sarmento apresenta de forma mais detalhada o entendimento dos principais autores em cada um desses países. (SARMENTO, 2008, p. 206 a 216).

condicionar sua eficácia à mediação concretizadora dos poderes públicos. Em outras palavras, para os adeptos da teoria da eficácia imediata, os direitos e obrigações nas relações privadas podem e devem ser deduzidos diretamente das normas constitucionais de direitos fundamentais. (STEINMETZ, 2004, p. 167-168).

4.2.5.1 Matizações teóricas

Não obstante a teoria ora estudada tenha mantido intacta a sua essência ao longo dos tempos, é possível se identificar, sob a lição de Wilson Steinmetz, algumas variações teóricas sob as quais ela se apresentou. Com base em uma leitura reconstrutiva, Steinmetz sugere a distinção em três possíveis variações: uma versão "forte", uma "fraca" e uma "intermediária". (STEINMETZ, 2004, p. 169).

Atribuída a Nipperdey, a versão "forte" sustenta uma eficácia geral, plena e indiferenciada, ou seja, uma eficácia absoluta dos direitos fundamentais nas relações entre entes privados. Já os partidários da versão "fraca" entendem que os direitos fundamentais vinculam-se de forma direta nas relações privadas apenas quando houver uma desigualdade de fato entre os sujeitos, isto é, quando, de um lado, estiver um particular em posição de inferioridade ou subordinação e, de outro, um particular em posição de supremacia econômica e/ou social. Por fim, para o que seria uma versão "intermediária", a eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares se daria de forma imediata, mas não ilimitada, incondicionada e indiferenciada. Sob essa perspectiva, para a solução dos conflitos entre os direitos fundamentais envolvidos nas relações privadas, é preciso que haja a aplicação do princípio da proporcionalidade, valendo-se da técnica da ponderação de bens. (STEINMETZ, 2004, p. 169).

Para Steinmetz, os melhores argumentos correm a favor da versão "intermediária". Levando em consideração que o problema da eficácia de normas de direitos fundamentais entre particulares é uma questão de colisão de direitos fundamentais e que a autonomia privada é um princípio fundamental do direito privado, também protegido pela Constituição, essa perspectiva intermediária entende que o alcance da eficácia direta em cada caso concreto deve se determinar a partir de uma justa ponderação dos direitos, interesses ou bens em jogo. Além disso, essa matização da eficácia imediata concilia-se de modo mais satisfatório com as modernas tendências que destacam a necessidade de se superar a dicotomia

entre as teorias da eficácia direta e indireta para que se possam alcançar soluções diferenciadas.²⁷ (STEINMETZ, 2004, p. 171).

4.2.5.2 Críticas e contrapontos

Assim como as demais teorias que trataram da incidência dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, a teoria da eficácia direta ou imediata foi alvo de variadas objeções, dentre as quais destacam-se as elaboradas pelos adeptos da teoria mediata ou indireta.²⁸

Em primeiro lugar, foram lançadas críticas apontando que não há texto constitucional expresso capaz de dar suporte à teoria da eficácia direta. Assim, se a Constituição prescreve de forma expressa a vinculação imediata dos poderes públicos aos direitos fundamentais, mas permanece silente quanto à vinculação dos particulares, deduzir-se-ia que o Poder Constituinte não intencionou que se operasse esta última forma de vinculação. (STEINMETZ, 2004, p. 171-172). Nesse sentido, os direitos fundamentais estariam aptos a vincular os particulares apenas de maneira mediata, como princípios constitucionais objetivos. (STEINMETZ, 2004, p. 154).

Em segundo lugar, os críticos da teoria da eficácia direta afirmam que, na esfera dos direitos fundamentais, esta corrente iguala, erroneamente, a relação vertical particular-Estado à relação horizontal particular-particular e, desta forma, ignora que na relação entre particulares os direitos fundamentais de cada sujeito gozam de igual proteção. Para os opositores dessa teoria, há que se considerar que as relações negociais entre particulares se submetem, precipuamente, ao princípio da autonomia privada. Seguindo esse raciocínio, o jurista espanhol Alfaro Aguilera-Real, citado por Steinmetz, conclui que a eficácia imediata "[...] é um instrumento demasiado simples para resolver problemas práticos tão variados e complexos como os relativos à vigência social dos direitos fundamentais." E continua: "[...] o que se discute é quais são e de que modo hão de lograr-se esses efeitos, e a simples

²⁷ Joaquim José Gomes Canotilho posiciona-se, em sua obra, a favor da superação da dicotomia entre as teorias da eficácia mediata e imediata dos direitos fundamentais nas relações interprivadas, preferindo a utilização do que denominou de "soluções diferenciadas", que devem levar em consideração a especificidade do direito privado, de um lado, e o significado dos direitos fundamentais na ordem jurídica global, por outro. (CANOTILHO, 1988, p. 1289-1290).

²⁸ Jane Reis Gonçalves Pereira, citada por Marcelo Freire Sampaio Costa, afirma que a teoria da eficácia mediata ou indireta baseia-se essencialmente em críticas à teoria da eficácia imediata. (COSTA, 2010, p. 71).

afirmação de que alguns direitos fundamentais têm *Drittwirkung* [eficácia imediata contra terceiros] *não proporciona critério algum* para a sua delimitação." (AGUILA-REAL apud STEINMETZ, 2004, p. 172).

Uma terceira crítica, na mesma linha da objeção anterior, fundamenta-se na própria identidade do direito privado. Wilson Steinmetz descreve que, para Konrad Hesse, recorrer-se de forma imediata aos direitos fundamentais no âmbito de conflitos jurídico-civis configuraria uma ameaça à identidade do direito privado, pois implicaria a interferência do Estado-juiz na esfera de regulação material própria desse ramo do ordenamento jurídico e seu desenvolvimento posterior. Além disso, Hesse entendia que "[...] se as pessoas em suas relações recíprocas não pudessem renunciar às normas de direitos fundamentais que são indisponíveis para a ação estatal", colocar-se-ia em risco a autonomia privada, princípio fundamental do direito privado. (HESSE apud STEINMETZ, 2004, p. 172).

Outras duas consequências negativas que a teoria da eficácia imediata poderia gerar, ainda na opinião de Hesse, estariam relacionadas (i) com uma possível conversão de conflitos de caráter jurídico-civil em conflitos jurídico-constitucionais, o que transformaria o Tribunal Constitucional em um supremo tribunal de conflitos jurídico-civis, papel a ele não atribuído pela Constituição; (ii) com uma inflação dos direitos fundamentais, inflação esta totalmente prejudicial ao direito privado e aos próprios direitos fundamentais. (HESSE apud STEINMETZ, 2004, p. 173).

Também se criticou a teoria da eficácia imediata sob o fundamento dos princípios da segurança jurídica, da democracia e da separação de poderes. Aqui, porém, as objeções se fizeram no sentido de que a segurança jurídica é melhor observada quando os direitos fundamentais se projetam nas relações privadas por meio da mediação do Poder Legislativo em primeiro plano, e, apenas subsidiariamente, do Poder Judiciário, ou seja, pelas normas e parâmetros interpretativos e aplicativos do direito privado. Afirma-se que a competência para se decidir se há ou não a vinculação dos direitos fundamentais nas relações entre particulares é do legislador e não do juiz e que, ainda que haja o "preenchimento" de cláusulas gerais pela atividade judicial, esta irá decorrer de uma decisão legislativa prévia, eis que essas cláusulas são nada mais que uma técnica legislativa. (STEINMETZ, 2004, p. 174).

Além disso, aqueles que se opuseram à incidência direta dos direitos fundamentais nas relações privadas, como Konrad Hesse, argumentaram que "[...] os tribunais não devem corrigir as decisões e ponderações do legislador em intervenção sobre direitos fundamentais ou com apoio em suas próprias ponderações." (HESSE, apud STEINMETZ, 2004, p. 174).

Da perspectiva constitucional, não há como concordar com a primeira objeção supracitada. De fato, não é possível identificar uma norma constitucional expressa que prescreva a vinculação imediata dos entes privados aos particulares.²⁹ Porém, também não há qualquer texto de norma que a proíba ou que prescreva de forma expressa a vinculação mediata. Segundo aponta Steinmetz, "O Poder Constituinte, em regra, sequer se pronunciou sobre a vinculação, quanto mais sobre o modo, a intensidade e a extensão. São questões jurídico-constitucionais em aberto, dependentes de construção dogmática." (STEINMETZ, 2004, p. 155).

Também não merece prosperar a segunda crítica aventada. Primeiro, porque, ao contrário do que alegam os seus opositores, a teoria da eficácia imediata não tenta igualar as relações interprivadas à relação Estado-particular. Ela muito menos ignora que, no âmbito privado, ocorre a colisão de direitos fundamentais em decorrência do fato de que todos os sujeitos são titulares de direitos fundamentais igualmente protegidos constitucionalmente.

O que se reconhece é que não apenas o Estado pode violar ou restringir direitos fundamentais dos seus cidadãos, mas também um particular pode fazê-lo em relação a outro particular, sendo necessário, para a proteção da dignidade desse indivíduo, que se extraiam e se apliquem os direitos fundamentais vulnerados pela conduta de outro particular diretamente do diploma que os consagra: a Constituição, a fim de se os tutelar.

Isso não significa, contudo, que, para a teoria da eficácia direta, não haja qualquer critério e diferenciação, caso a caso, na aplicação dos direitos fundamentais. Como destaca Steinmetz, "[...] postular a eficácia imediata de direitos fundamentais entre particulares não é postular a eficácia ilimitada, incondicionada e indiferenciada." (STEINMETZ, 2004, p. 155). Também nessa linha, tem-se, pelas

²⁹ Este não é, contudo, o caso de Portugal, cuja Constituição é expressa em proclamar que tanto o Estado quanto os particulares estão diretamente vinculados e submetidos aos direitos fundamentais nela consagrados. Veja-se a literalidade do art. 18.1 da Constituição Portuguesa de 1976: "Os preceitos constitucionais respeitantes aos direitos, liberdades e garantias são diretamente aplicáveis e vinculam as entidades públicas e privadas." (SARMENTO, 2008, p. 208).

palavras de Marcelo Freire Sampaio Costa, que:

[...] a concepção da incidência direta dos direitos fundamentais nas relações privadas não conduz necessariamente à ideia de invasão absoluta e irrestrita desses direitos na esfera privada, por consequência, o total aniquilamento da autonomia das relações privadas, mas tão somente a necessidade de o intérprete, ante o caso concreto, modular, por intermédio de juízo de ponderação, a extensão desses direitos fundamentais em confronto com a "proteção constitucional da autonomia privada". (COSTA, 2010, p. 77).

Nesse sentido, igualmente inócuas as críticas de Konrad Hesse, ao alegar que a teoria da eficácia direta colocaria em risco a autonomia da vontade, fazendo com que o direito privado perdesse sua identidade, independência e função. Desse modo, também são inconsistentes os alertas para os perigos de uma "superinflação" de direitos fundamentais prejudicial ao direito civil.

Não parece crível supor que o direito privado possa ter suas competências e âmbitos materiais de regulação subtraídos e transferidos para as normas de direitos fundamentais e demais normas constitucionais. "A Constituição não deve ter a pretensão de substituir, materialmente, o direito privado. A relação entre direito constitucional e direito privado não é de exclusão, mas de complementação." (STEINMETZ, 2004, p. 154). Para exemplificar seus argumentos, Wilson Steinmetz descreve exemplos de institutos do direito civil que, mesmo depois de se tornarem institutos protegidos constitucionalmente, não perderam a qualidade de institutos típicos de direito privado. Segundo o autor,

Houve, sim, um *plus* qualitativo, com o qual o legislador ordinário está obrigado a desenvolvê-los e deles não pode dispor livremente a ponto de desfigurá-los ou mesmo eliminá-los. Está autorizado a dispor deles para restrição no limite da proteção do conteúdo essencial e do princípio da proporcionalidade. (STEINMETZ, 2004, p. 154).

Por fim, em contraponto ao argumento crítico que sustenta a incompatibilidade da eficácia imediata com os princípios democrático e da separação de poderes, é preciso que se façam duas considerações.

Primeiro: nos casos em que o legislador ordinário não criar regulações normativas que instituem pressupostos fáticos específicos e consequências jurídicas determinadas para que se delimitem e se harmonizem os "espaços jusfundamentais" no âmbito privado, não seria possível a solução pretendida pelos adeptos da eficácia

mediata, baseada na utilização, pelo legislador infraconstitucional, das cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados. Daí, segundo a lição de Steinmetz, restariam apenas duas alternativas: ou se rejeitaria a eficácia, sem mais, ou se admitiria a eficácia imediata. Desse modo, coloca-se em cheque a própria teoria da eficácia indireta, "[...] porque assim ela pode ser caracterizada como uma 'negação dissimulada' da eficácia de normas de direitos fundamentais entre particulares." (STEINMETZ, 2004, p 174)

Segundo: ao se afirmar que os direitos fundamentais operam efeitos diretos nas relações interprivadas, não se pretende propor que as ponderações dos juízes devam se sobrepor às decisões do legislador democraticamente legitimado. Exatamente no sentido contrário, os adeptos da teoria da eficácia imediata entendem que, havendo desenvolvimento legislativo específico quanto aos direitos fundamentais e se este desenvolvimento está conformado ao texto constitucional, então a atividade judicial não poderá se colocar acima dele ou ignorá-lo, sob pena, de, aí sim, violarem-se os princípios democrático e da separação dos poderes. (STEINMETZ, 2004, p 175).

4.3 Posicionamento doutrinário e jurisprudencial no Brasil

4.3.1 Doutrina brasileira

Embora com algumas pequenas variações, os juristas brasileiros têm se mostrado bastante favoráveis à aceitação da eficácia horizontal dos direitos fundamentais. É possível notar, ainda, uma nítida preferência pela tese da eficácia direta e imediata dos direitos fundamentais no âmbito privado.

Ingo Wolfgang Sarlet destaca que é forte o consenso quanto à existência, no âmbito das relações interprivadas, de situações de desigualdade geradas pelo exercício de um maior ou menor poder social, donde decorrem agressões à liberdade individual que atentam contra o princípio da dignidade da pessoa humana, motivo pelo qual já não há mais dúvidas quanto à vinculação dos entes privados aos direitos fundamentais. (SARLET, 2009, p. 379).

Sarlet também se revela favorável à eficácia imediata dos direitos fundamentais na seara privada, reconhecendo, contudo, que, diante da peculiaridade de cada caso concreto, essa incidência ocorrerá por meio do

mecanismo da ponderação dos interesses contrapostos, devendo o intérprete/aplicador sempre levar em consideração o princípio da autonomia da vontade e da liberdade negocial. (SARLET, 2009, p. 382).

Para Daniel Sarmento, igualmente, é inquestionável a possibilidade da incidência dos direitos fundamentais nas relações interprivadas no contexto constitucional brasileiro. Da sua obra, extrai-se um trecho que revela a premissa (baseada na Constituição de 1988) pela qual o autor sustenta esse entendimento:

Com efeito, qualquer posição que se adote em relação à controvérsia em questão não pode se descuidar da moldura axiológica delineada pela Constituição de 1988, e do sistema de direitos fundamentais por ela hospedado. Não há dúvida, neste ponto, que a Carta de 1988 é intervencionista e social, como seu generoso elenco de direitos sociais e econômicos (arts. 6º e 7º, CF) revela com eloquência. Trata-se de uma Constituição que indica, como objetivo fundamental da República, 'construir uma sociedade livre, justa e solidária (art. 3º, I, CF) e que não se ilude com a miragem liberal de que é o Estado o único adversário dos direitos humanos. Nossa Constituição, apesar da irresignação de alguns, consagra um modelo de Estado Social, voltado para a promoção da igualdade substantiva, o que projeta inevitáveis reflexos sobre a temática ora versada. Ela não se baseia nos mesmos pressupostos ideológicos que sustentaram a separação rígida entre Estado e sociedade civil, e que serviriam, historicamente, para fundamentar a exclusão dos direitos fundamentais no campo das relações entre particulares. (SARMENTO, 2008, p. 237).

Daniel Sarmento contesta a clássica objeção que os críticos costumam direcionar à teoria da eficácia imediata, quando afirmam que esta restringe excessivamente o princípio da autonomia privada. Para o referido autor, tal princípio não constitui um valor absoluto e, desse modo, pode ser ponderado com outros direitos e interesses constitucionais. Será por meio da atividade da ponderação que a abrangência dessa autonomia será delimitada, se for o caso. (SARMENTO, 2008, p. 240). Tal entendimento pode ser verificado no seguinte trecho da obra de Sarmento:

No Brasil, considerando a moldura axiológica da Constituição de 88, é indubitoso que a eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas é direta e imediata, ressalvados aqueles direitos que, pela sua própria natureza, só podem produzir efeitos perante o Estado (e.g., direitos do preso). A Carta de 88 não cancelou a clivagem absoluta entre o público e o privado, na qual se assentam as teses que buscam negar ou minimizar a incidência da Constituição e dos direitos fundamentais nas relações entre particulares.

[...]

O reconhecimento da eficácia direta dos direitos fundamentais nas relações privadas não importa em amesquinamento do papel do legislador nesta seara. Cabe ao legislador, num primeiro momento, concretizar os direitos

fundamentais na esfera privada, empreendendo a ponderação de interesses necessária com a autonomia individual dos particulares. As ponderações do legislador, em princípio, devem ser respeitadas pelo Judiciário, diante da presunção de constitucionalidade das leis, que deriva do reconhecimento da sua intrínseca legitimidade democrática. Porém, em face da ausência de norma adequada, ou quando a que tiver sido editada pelo legislador afasta-se dos parâmetros axiológicos extraídos da Constituição, deverá o Judiciário aplicar diretamente os direitos fundamentais na resolução dos litígios privados. (SARMENTO, 2008, p. 328-329)

Nesse mesmo sentido encontra-se o posicionamento de Wilson Steinmetz, para quem a vinculação de particulares a direitos fundamentais é imediata, “[...] fundamentando-se no princípio da supremacia da Constituição, na posição preferente dos direitos fundamentais na ordem constitucional e no princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III).” (STEINMETZ, 2004, p. 25).

Contudo, o autor sustenta que, embora direta, a vinculação deve ser “[...] ‘matizada’ (‘modulada’ ou ‘graduada’) por estruturas de ponderação (ordenadas no princípio da proporcionalidade e seus elementos) que, no caso concreto, tomem em consideração os direitos e/ou princípios fundamentais em colisão e as circunstâncias relevantes.” (STEINMETZ, 2004, p. 295).

Steinmetz destacou, ainda, que, quando houver concretização específica conforme a Constituição estabelecida pelo legislador privado, o Judiciário, “[...] em virtude dos princípios democráticos e da separação dos poderes, não deve, de plano e sem a apresentação de razões jurídico-constitucionais de peso (ônus da argumentação), afastar-se da solução legislativa.” (STEINMETZ, 2004, p. 296).

Semelhante ponto de vista também é defendido por Jane Reis Gonçalves Pereira. Para essa jurista, a despeito de não haver uniformidade e incondicionalidade na aplicação direta dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, tal concepção significa “[...] consequência natural e lógica da adoção de um modelo hermenêutico comprometido com o caráter normativo da Constituição.” (PEREIRA, 2003, p. 188-190). A autora destaca, porém, que a extensão dessa incidência direta deve ser modulada pelo intérprete por meio da ponderação, levando em consideração, também, a proteção constitucional da autonomia privada (princípio da liberdade).

Inspirado no modelo de Robert Alexy, Virgílio Afonso da Silva propôs um novo modelo que, para ele, seria mais flexível do que os até então propostos, uma vez que, como o próprio autor esclarece, pretende “[...] romper com a dicotomia entre efeitos diretos e indiretos, conciliando-os na mesma construção teórica.” (SILVA,

2005, p. 28). Tal modelo parte do pressuposto de que, sempre que haja a possibilidade, os efeitos dos direitos fundamentais nas relações privadas serão diretos, por meio da mediação do legislador. Quando isso não for possível, por omissão ou insuficiência legislativa, os efeitos poderão se dar de forma imediata. Contudo, convém salientar que esse entendimento, na verdade, não constitui uma terceira posição mas, sim, uma clara opção pela eficácia direta dos direitos fundamentais nas relações entre particulares.

A partir da perspectiva do Direito Civil Constitucional, Gustavo Tepedino defende também a aplicação imediata dos direitos fundamentais nas relações privadas, como instrumento de humanização e solidarização do Direito Civil. A principal ferramenta para tal seria a cláusula geral da dignidade da pessoa humana, representando um valor máximo do nosso ordenamento jurídico e ponto de referência para a defesa da pessoa. (TEPEDINO, 2000, p. 49).

No mesmo sentido manifestou-se Luiz Edson Fachin, afirmando que a aplicação direta e imediata dos direitos fundamentais às relações particulares é derivada da própria natureza intrínseca da dignidade da pessoa humana, como princípio fundamental que promove a integração normativa do ordenamento jurídico. (FACHIN, 2005, p. 51-70).

Por fim, deve ser ainda citado o ilustre constitucionalista Luís Roberto Barroso, que também endossa a tese da eficácia imediata, considerando-a a mais adequada à realidade brasileira. O autor defende, ainda, a necessidade de uma atividade de ponderação entre o direito fundamental em jogo e o princípio da autonomia privada, destacando a relevância dos seguintes fatores no processo ponderativo: igualdade ou desigualdade material entre os particulares; manifesta injustiça ou falta de razoabilidade de critério; preferência pelos valores existenciais sobre os patrimoniais; e risco para a dignidade da pessoa humana. (BARROSO, 2005, p. 49).

Observa-se, portanto, que a doutrina pátria é adepta, em sua grande maioria, da corrente da eficácia imediata dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, tendo como fundamento principal a dignidade da pessoa humana, prevista como princípio fundamental da República Federativa do Brasil no inciso III do art. 1º da Constituição de 1988. Defende-se, também, o critério de ponderação com o princípio da autonomia privada, desde que, nas circunstâncias de cada caso concreto, não haja violação dos valores elencados pelo diploma constitucional.

4.3.2 Jurisprudência brasileira

Em consonância com o posicionamento majoritário da doutrina brasileira, a jurisprudência nacional tem utilizado diretamente os direitos fundamentais para dirimir conflitos de ordem privada, embora não entre, na maior parte das vezes, na discussão das teorias jurídicas sobre a forma de vinculação de particulares.

Destacar-se-á, de forma sintética, alguns julgados que caracterizam o acolhimento da referida tese pelos tribunais pátrios, iniciando-se com um precedente do Superior Tribunal de Justiça, cuja decisão foi proferida pela 4ª Turma em junho do ano de 2000, no Habeas Corpus nº 12.547-DF, *in verbis*:

HABEAS CORPUS. Prisão civil. Alienação fiduciária em garantia. Princípio constitucional da dignidade da pessoa humana. Direitos fundamentais de igualdade e liberdade. Cláusula geral dos bons costumes e regra de interpretação da lei segundo seus fins sociais. Decreto de prisão civil da devedora que deixou de pagar dívida bancária assumida com a compra de um automóvel-táxi, que se elevou, em menos de 24 meses, de R\$ 18.700,00 para R\$ 80.858,24, a exigir que o total da remuneração da devedora, pelo resto do tempo provável de vida, seja consumido com o pagamento dos juros. **Ofensa ao princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, aos direitos de liberdade de locomoção e de igualdade contratual e aos dispositivos da LICC sobre o fim social da aplicação da lei e obediência aos bons costumes.** Arts. 1º, III, 3º, I, e 5º, caput, da CR. Arts. 5º e 17 da LICC. DL 911/67. Ordem deferida. (BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, HC 12.547-DF, Rel. Ministro Ruy Rosado de Aguiar, 2001, p. 115, grifo nosso).

No corpo do referido acórdão, embora o Ministro relator apresente breve apanhado em relação às teorias da eficácia mediata e imediata dos direitos fundamentais nas relações privadas, ele aponta a eficácia direta como a mais adequada para a solução do caso concreto, nos seguintes termos:

Não me parece que a eficácia na relação de direito privado seja somente indireta, pois bem pode acontecer que o caso concreto exija a aplicação imediata do preceito constitucional, quando inexistir norma intraconstitucional que admita interpretação de acordo com a diretiva constitucional, ou faltar cláusula geral aplicável naquela situação, muito embora esteja patente a violação ao direito fundamental. Cumpre atentar para a advertência de Robert Alexy: "Se algumas normas da Constituição não devem ser tomadas a sério, afigura-se difícil fundamentar, porque outras devem ser consideradas quando surgir alguma dificuldade. Há uma ameaça de dissolução da Constituição. **Assim, a decisão fundamental sobre os direitos fundamentais há de ser em favor de uma completa vinculação jurídica no contexto da possibilidade de sua judicialização**" [...].No caso dos autos, porém, a distinção entre eficácia direta e indireta frente a terceiros é irrelevante. Tanto seria possível aplicar diretamente o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, como a cláusula

geral do art. 17 da Lei de Introdução ao Código Civil, sobre ordem pública e bons costumes, cuja similar alemã é usada em casos tais, além do emprego da norma de hermenêutica que condiciona a aplicação da lei aos fins sociais a que ela se dirige (art. 5º da LICC). (BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, HC 12.547-DF, Rel. Ministro Ruy Rosado de Aguiar, 2001, p. 115, grifo nosso).

Quanto às decisões do Supremo Tribunal Federal, optou-se por elencar alguns julgados em ordem cronológica. Em 1996, configurou-se um precedente que tratou da exclusão de um associado de uma cooperativa em que não houve a observância do devido processo legal. Embora a decisão não tenha enfrentado de modo direto a questão da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, reconheceu-se a aplicação direta do mencionado princípio para a solução da questão. Veja-se:

DEFESA - DEVIDO PROCESSO LEGAL - INCISO LV DO ROL DAS GARANTIAS CONSTITUCIONAIS - EXAME - LEGISLAÇÃO COMUM. A intangibilidade do preceito constitucional assegurador do devido processo legal direciona ao exame da legislação comum. Daí a insubsistência da óptica segundo a qual a violência à Carta Política da República, suficiente a ensejar o conhecimento de extraordinário, há de ser direta e frontal. Caso a caso, compete ao Supremo Tribunal Federal exercer crivo sobre a matéria, distinguindo os recursos protelatórios daqueles em que versada, com procedência, a transgressão a texto constitucional, muito embora torne-se necessário, até mesmo, partir-se do que previsto na legislação comum. Entendimento diverso implica relegar à inocuidade dois princípios básicos em um Estado Democrático de Direito - o da legalidade e do devido processo legal, com a garantia da ampla defesa, sempre a pressuporem a consideração de normas estritamente legais. COOPERATIVA - EXCLUSÃO DE ASSOCIADO - CARÁTER PUNITIVO - DEVIDO PROCESSO LEGAL. Na hipótese de exclusão de associado decorrente de conduta contrária aos estatutos, impõe-se a observância ao devido processo legal, viabilizado o exercício amplo da defesa. Simples desafio do associado à assembléia geral, no que toca à exclusão, não é de molde a atrair adoção de processo sumário. Observância obrigatória do próprio estatuto da cooperativa. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal, RE, 158215/RS, Rel. Ministro Marco Aurélio 1996, p. 757).

No mesmo ano, a 2ª Turma do STF, no Recurso Extraordinário nº 161.243-6/DF, proferiu outra decisão que versava sobre a eficácia horizontal dos direitos fundamentais. Trata-se de hipótese em que o trabalhador brasileiro, empregado em empresa estrangeira, pretendia ver reconhecidos, em seu favor, os direitos trabalhistas assegurados no Estatuto do Pessoal da Empresa que, a princípio, só beneficiariam os empregados da nacionalidade do país sede da empresa. Embora não tenha obtido sucesso no âmbito do Tribunal Superior do Trabalho, a pretensão do trabalhador foi acolhida pelo STF:

CONSTITUCIONAL. TRABALHO. PRINCÍPIO DA IGUALDADE. TRABALHADOR BRASILEIRO EMPREGADO DE EMPRESA ESTRANGEIRA: ESTATUTOS DO PESSOAL DESTA: APLICABILIDADE AO TRABALHADOR ESTRANGEIRO E AO TRABALHADOR BRASILEIRO. CF, 1967, art. 153, § 1º, CF, 1988, art. 5º, *caput*.

I – Ao recorrente, por não ser francês, não obstante trabalhar para empresa francesa, no Brasil, não foi aplicado o Estatuto do Pessoal da Empresa, que concede vantagens aos empregados, cuja aplicabilidade seria restrita ao empregado de nacionalidade francesa. **Ofensa ao princípio da igualdade:** (C.F., 1967, 153, § 1º, CF, 1988, art. 5º, *caput*.) II – A discriminação que se baseia em atributo, qualidade, nota intrínseca ou extrínseca do indivíduo, como o sexo, a raça, a nacionalidade, o credo religioso, etc., é inconstitucional. Precedentes do STF: Ag 110.846 (AgRg) – PR, Célio Borja, RTJ 119/465 III. - Fatores que autorizariam a desigualização não ocorrentes no caso. IV. - R.E. conhecido e provido. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal, RE, 161.243-6/DF, Rel. Ministro Carlos Velloso, 1997, p. 57, grifo nosso).

Em 2001, aquela Corte Suprema, no RE 251.445/GO, decidiu que a proibição constitucional de prova ilícita também alcança, no processo penal, as provas resultantes de ato ilícito realizado por particular em que o Estado não tenha tido nenhuma participação. O relator Ministro Celso de Mello entendeu que, se

[...] a prova penal incriminadora resultar de ato ilícito praticado por particular, e a *res furtiva*, por efeito de investigação criminal promovida por agentes públicos, for por estes apreendida, também aqui, mesmo não sendo imputável ao Poder Público o gesto de desrespeito ao ordenamento jurídico [...], remanescerá caracterizada a situação configuradora da ilicitude da prova. (MELLO apud SARMENTO, 2008, p. 251).

Já em 2003, o STF julgou o chamado "caso Siegfried", apreciando, além dos seus aspectos penais, o conflito de direitos fundamentais entre particulares. De um lado, o direito fundamental da liberdade de expressão; de outro, os limites a serem impostos a essa liberdade, tendo em vista a prevalência da proteção à dignidade da pessoa humana. *In verbis*:

HABEAS-CORPUS. PUBLICAÇÃO DE LIVROS: ANTI-SEMITISMO. RACISMO. CRIME IMPRESCRITÍVEL. CONCEITUAÇÃO. ABRANGÊNCIA CONSTITUCIONAL. LIBERDADE DE EXPRESSÃO. LIMITES. ORDEM DENEGADA. 1. Escrever, editar, divulgar e comerciar livros "fazendo apologia de idéias preconceituosas e discriminatórias" contra a comunidade judaica (Lei 7716/89, artigo 20, na redação dada pela Lei 8081/90) constitui crime de racismo sujeito às cláusulas de inafiançabilidade e imprescritibilidade (CF, artigo 5º, XLII). 2. Aplicação do princípio da prescritibilidade geral dos crimes: se os judeus não são uma raça, segue-se que contra eles não pode haver discriminação capaz de ensejar a exceção constitucional de imprescritibilidade. Inconsistência da premissa. 3. Raça humana. Subdivisão. Inexistência. Com a definição e o mapeamento do genoma humano, cientificamente não existem distinções entre os homens, seja pela segmentação da pele, formato dos olhos, altura, pêlos ou por

quaisquer outras características físicas, visto que todos se qualificam como espécie humana. Não há diferenças biológicas entre os seres humanos. Na essência são todos iguais. 4. Raça e racismo. A divisão dos seres humanos em raças resulta de um processo de conteúdo meramente político-social. Desse pressuposto origina-se o racismo que, por sua vez, gera a discriminação e o preconceito segregacionista. 5. Fundamento do núcleo do pensamento do nacional-socialismo de que os judeus e os arianos formam raças distintas. Os primeiros seriam raça inferior, nefasta e infecta, características suficientes para justificar a segregação e o extermínio: inconciliabilidade com os padrões éticos e morais definidos na Carta Política do Brasil e do mundo contemporâneo, sob os quais se ergue e se harmoniza o estado democrático. Estigmas que por si só evidenciam crime de racismo. Concepção atentatória dos princípios nos quais se erige e se organiza a sociedade humana, baseada na respeitabilidade e dignidade do ser humano e de sua pacífica convivência no meio social. Condutas e evocações aéticas e imorais que implicam repulsiva ação estatal por se revestirem de densa intolerabilidade, de sorte a afrontar o ordenamento infraconstitucional e constitucional do País. 6. Adesão do Brasil a tratados e acordos multilaterais, que energicamente repudiam quaisquer discriminações raciais, aí compreendidas as distinções entre os homens por restrições ou preferências oriundas de raça, cor, credo, descendência ou origem nacional ou étnica, inspiradas na pretensa superioridade de um povo sobre outro, de que são exemplos a xenofobia, "negrofobia", "islamafobia" e o anti-semitismo. 7. A Constituição Federal de 1988 impôs aos agentes de delitos dessa natureza, pela gravidade e repulsividade da ofensa, a cláusula de imprescritibilidade, para que fique, *ad perpetuam rei memoriam*, verberado o repúdio e a abjeção da sociedade nacional à sua prática. 8. Racismo. Abrangência. Compatibilização dos conceitos etimológicos, etnológicos, sociológicos, antropológicos ou biológicos, de modo a construir a definição jurídico-constitucional do termo. Interpretação teleológica e sistêmica da Constituição Federal, conjugando fatores e circunstâncias históricas, políticas e sociais que regeram sua formação e aplicação, a fim de obter-se o real sentido e alcance da norma. 9. Direito comparado. A exemplo do Brasil as legislações de países organizados sob a égide do estado moderno de direito democrático igualmente adotam em seu ordenamento legal punições para delitos que estimulem e propaguem segregação racial. Manifestações da Suprema Corte Norte-Americana, da Câmara dos Lordes da Inglaterra e da Corte de Apelação da Califórnia nos Estados Unidos que consagraram entendimento que aplica sanções àqueles que transgridem as regras de boa convivência social com grupos humanos que simbolizem a prática de racismo. 10. A edição e publicação de obras escritas veiculando idéias anti-semitas, que buscam resgatar e dar credibilidade à concepção racial definida pelo regime nazista, negadoras e subversoras de fatos históricos incontroversos como o holocausto, consubstanciadas na pretensa inferioridade e desqualificação do povo judeu, equivalem à incitação ao *discrímén* com acentuado conteúdo racista, reforçadas pelas conseqüências históricas dos atos em que se baseiam. 11. Explícita conduta do agente responsável pelo agravo revelador de manifesto dolo, baseada na equivocada premissa de que os judeus não só são uma raça, mas, mais do que isso, um segmento racial atávica e geneticamente menor e pernicioso. 12. Discriminação que, no caso, se evidencia como deliberada e dirigida especificamente aos judeus, que configura ato ilícito de prática de racismo, com as conseqüências gravosas que o acompanham. **13. Liberdade de expressão. Garantia constitucional que não se tem como absoluta. Limites morais e jurídicos. O direito à livre expressão não pode abrigar, em sua abrangência, manifestações de conteúdo imoral que implicam ilicitude penal.** 14. **As liberdades públicas não são incondicionais, por isso devem ser exercidas de maneira harmônica, observados os limites definidos na própria Constituição Federal (CF, artigo 5º, § 2º, primeira parte). O preceito fundamental de liberdade de**

expressão não consagra o "direito à incitação ao racismo", dado que um direito individual não pode constituir-se em salvaguarda de condutas ilícitas, como sucede com os delitos contra a honra. Prevalência dos princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade jurídica. 15. "Existe um nexó estreito entre a imprescritibilidade, este tempo jurídico que se escoia sem encontrar termo, e a memória, apelo do passado à disposição dos vivos, triunfo da lembrança sobre o esquecimento". No estado de direito democrático devem ser intransigentemente respeitados os princípios que garantem a prevalência dos direitos humanos. Jamais podem se apagar da memória dos povos que se pretendam justos os atos repulsivos do passado que permitiram e incentivaram o ódio entre iguais por motivos raciais de torpeza inominável. 16. A ausência de prescrição nos crimes de racismo justifica-se como alerta grave para as gerações de hoje e de amanhã, para que se impeça a reinstauração de velhos e ultrapassados conceitos que a consciência jurídica e histórica não mais admitem. Ordem denegada. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal, HC. 82424/RS, Rel. Ministro Maurício Corrêa, 2004, p. 524).

Cumprе salientar a similaridade dos valores em colisão nesse julgado com aqueles envolvidos no já citado caso *Lüth*. Aqui, cabe salientar que são inúmeras as decisões nos tribunais brasileiros em que se aplica diretamente a Constituição em ações de responsabilidade civil por dano moral e material, resultante de abusos no exercício da liberdade de expressão. Na lição de Daniel Sarmento,

Freqüentemente, as decisões invocam os incisos V e X do art. 5º da Constituição Federal, que de fato parecem voltados precipuamente para a disciplina de relações jurídico-privadas. Em outros casos, é empregado, como contraponto, o art. 5º, inciso IV, que consagra a liberdade de expressão, de forma que a resolução do litígio privado acaba decorrendo de uma autêntica ponderação judicial entre interesses constitucionais conflitantes, prescindindo-se da aplicação das regras ordinárias do Direito Civil. (SARMENTO, 2008, p. 255).

Por fim, a doutrina vem destacando, como "leading case" da temática relativa à eficácia horizontal dos direitos fundamentais, o precedente citado a seguir. Pela primeira vez o STF problematizou a questão (tanto na ementa quanto na própria fundamentação) de forma expressa, consignando a incidência direta dos direitos fundamentais nas relações interprivadas e não apenas naquelas em que haja a participação do Estado. Veja-se:

SOCIEDADE CIVIL SEM FINS LUCRATIVOS. UNIÃO BRASILEIRA DE COMPOSITORES. EXCLUSÃO DE SÓCIO SEM GARANTIA DA AMPLA DEFESA E DO CONTRADITÓRIO. EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS. RECURSO DESPROVIDO. I. EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS. As violações a direitos fundamentais não ocorrem somente no âmbito das relações entre o cidadão e o Estado, mas

igualmente nas relações travadas entre pessoas físicas e jurídicas de direito privado. Assim, os direitos fundamentais assegurados pela Constituição vinculam diretamente não apenas os poderes públicos, estando direcionados também à proteção dos particulares em face dos poderes privados.

II. OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS COMO LIMITES À AUTONOMIA PRIVADA DAS ASSOCIAÇÕES. A ordem jurídico-constitucional brasileira não conferiu a qualquer associação civil a possibilidade de agir à revelia dos princípios inscritos nas leis e, em especial, dos postulados que têm por fundamento direto o próprio texto da Constituição da República, notadamente em tema de proteção às liberdades e garantias fundamentais. **O espaço de autonomia privada garantido pela Constituição às associações não está imune à incidência dos princípios constitucionais que asseguram o respeito aos direitos fundamentais de seus associados.** A autonomia privada, que encontra claras limitações de ordem jurídica, não pode ser exercida em detrimento ou com desrespeito aos direitos e garantias de terceiros, especialmente aqueles positivados em sede constitucional, pois **a autonomia da vontade não confere aos particulares, no domínio de sua incidência e atuação, o poder de transgredir ou de ignorar as restrições postas e definidas pela própria Constituição, cuja eficácia e força normativa também se impõem, aos particulares, no âmbito de suas relações privadas, em tema de liberdades fundamentais.**

III. SOCIEDADE CIVIL SEM FINS LUCRATIVOS. ENTIDADE QUE INTEGRA ESPAÇO PÚBLICO, AINDA QUE NÃO-ESTATAL. ATIVIDADE DE CARÁTER PÚBLICO. EXCLUSÃO DE SÓCIO SEM GARANTIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. APLICAÇÃO DIRETA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS À AMPLA DEFESA E AO CONTRADITÓRIO. As associações privadas que exercem função predominante em determinado âmbito econômico e/ou social, mantendo seus associados em relações de dependência econômica e/ou social, integram o que se pode denominar de espaço público, ainda que não-estatal. A União Brasileira de Compositores - UBC, sociedade civil sem fins lucrativos, integra a estrutura do ECAD e, portanto, assume posição privilegiada para determinar a extensão do gozo e fruição dos direitos autorais de seus associados. A exclusão de sócio do quadro social da UBC, sem qualquer garantia de ampla defesa, do contraditório, ou do devido processo constitucional, onera consideravelmente o recorrido, o qual fica impossibilitado de perceber os direitos autorais relativos à execução de suas obras. A vedação das garantias constitucionais do devido processo legal acaba por restringir a própria liberdade de exercício profissional do sócio. O caráter público da atividade exercida pela sociedade e a dependência do vínculo associativo para o exercício profissional de seus sócios legitimam, no caso concreto, a aplicação direta dos direitos fundamentais concernentes ao devido processo legal, ao contraditório e à ampla defesa (art. 5º, LIV e LV, CF/88). IV. RECURSO EXTRAORDINÁRIO DESPROVIDO. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal, RE 201.819/RJ, Rel. Ministro Gilmar Mendes, 2006, p. 577, grifo nosso).

Importante se observar que, no julgado supracitado, realçou-se aspecto de grande relevância, especialmente aplicável aos direitos fundamentais nas relações laborais (o que será objeto do último capítulo), qual seja, a força do poder social de um ente privado que desequilibra as relações interprivadas, gerando situações em que é notória a desigualdade de fato entre os envolvidos na relação particular.

Diante de todas as decisões elencadas, é possível inferir-se que, de modo geral, a jurisprudência brasileira tem aceito a aplicação direta de direitos fundamentais consagrados na Constituição para a resolução de conflitos entre particulares, independentemente da mediação do legislador infraconstitucional.

4.4 Conclusão

Conforme o que restou até aqui apresentado, é possível verificar que prevalece na teoria constitucional moderna a aceitação (embora sob diferentes modulações) da teoria da eficácia direta dos direitos fundamentais nas relações entre particulares. Deste modo, optou-se por concluir o presente capítulo com uma breve síntese dos principais argumentos que se consideram aptos para se admitir que a referida teoria constitui-se como a via mais adequada para a resolução dos conflitos jurídicos entre particulares nos quais haja restrições ou violações a direitos fundamentais.

Primeiramente, destaca-se a premissa da força normativa do texto constitucional. Embora ainda seja passível de discussão o grau de incidência de direitos fundamentais nas relações interprivadas, não é possível que se refute a capacidade de regulação direta dos conflitos sociais pela Constituição- não sob o paradigma de um Estado Democrático de Direito, comprometido com a promoção da dignidade da pessoa humana e da justiça social. De modo contrário, estar-se-ia relegando o texto constitucional à posição de mera folha de papel fugidia.³⁰

Dessa forma, o compromisso de um modelo hermenêutico impregnado pela noção da força normativa do texto constitucional implicará a aceitação da incidência de direitos fundamentais nas relações entre particulares, ainda que se admita a necessidade de que o intérprete, perante o caso concreto e se valendo de balizamentos, deva modular a extensão e os limites dessa incidência, bem como deva definir qual o direito fundamental irá prevalecer, especialmente nos casos em que se constatar a desigualdade de poder entre os envolvidos no conflito. (COSTA, 2010, p. 88).

É preciso salientar que, como destaca José Carlos Vieira de Andrade (2006, p. 197), falar em aplicabilidade direta não significa necessariamente dizer

³⁰ Expressão de Juan María Bilbao Ubillos (2006, p. 325).

"exequibilidade imediata" e completa dos dispositivos constitucionais. Também não se pretende afirmar que a norma constitucional tenha natureza meramente programática, sem qualquer eficácia, pois, "[...] quando menos, caberá ao intérprete manejar a legislação infraconstitucional em conformidade [...] com esse dispositivo, bem como ao legislador ordinário caberá o dever de respeitar o conteúdo desse texto." (COSTA, 2010, p. 88).

Nesse sentido, é preciso que se remeta, em certo aspecto, ao raciocínio especificamente adotado pelos defensores da teoria da eficácia mediata quanto à necessidade de se construir pontes capazes de conectar o direito privado ao direito constitucional, de modo que

[...] o intérprete, quando enfrentar dificuldades para aplicar diretamente determinada norma constitucional à solução de um caso concreto, considere a possível falta de exequibilidade daquele dispositivo e se utilize das modernas ferramentas do atual Código Civil, tais como as cláusulas gerais [...], bem como confira obrigatoriamente interpretação dessa legislação infraconstitucional conforme a Constituição. (COSTA, 2010, p. 89).

Considerando o contexto social brasileiro, não se pode olvidar, ainda, de elemento fático de assaz relevância para o presente estudo: a constatação da notável desigualdade e da consequente assimetria de poder que permeiam as mais diversas relações sociais que se estabelecem no país. O intérprete deve sempre levar em consideração a triste e cruel realidade que se revela ao seu redor, lembrando sempre que "Somos o país do 'elevador de serviço' para pobres e pretos; do 'sabe com quem está falando?'; dos quartos de empregada sem ventilação, do tamanho de armários, nos apartamentos da classe média, reprodução contemporânea do espírito 'casa grande e senzala'." , como brilhantemente sintetizou Daniel Sarmiento (SARMENTO, 2008, p. 239).

A verificação dessa assimetria constitui o fundamento de um dos mais fortes argumentos a favor da eficácia horizontal imediata, ou seja, o reconhecimento da existência dos poderes privados ou sociais, responsáveis pela existência de incontestável desigualdade nas relações em que tais poderes se inserem. Além disso, como ensina Marcelo Freire Sampaio Costa, "[...] há certas instâncias privadas que atuam como se fossem uma *longa manus* do poder estatal, daí porque, também nessas situações, configura-se uma posição de desigualdade merecedora da devida guarida dos direitos fundamentais." (COSTA, 2010, p. 89).

Ao se admitir a incidência imediata dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, não se pretende ignorar ou depreciar absolutamente o princípio da autonomia privada, "[...] nem muito menos malbaratar o reconhecimento de uma esfera imune dos indivíduos à ação do Estado." (COSTA, 2010, p. 90). O que se defende, porém, é que essa autonomia seja sopesada, valorada e, até mesmo, desconsiderada, caso seja necessária a prevalência de outros princípios constitucionais que com ela se choquem. Em outras palavras, quando se tratar de relações em que se constate que os indivíduos gozam de igualdade, deve-se consagrar a liberdade, desde que esta "[...] não prejudique intoleravelmente a ideia da dignidade da pessoa humana." (ANDRADE, 2006, p. 259).

Entretanto, não há como defender a prevalência da autonomia da vontade quando se revelar patente a assimetria de poderes entre as partes da relação jurídica travada pois, nesse caso, nas palavras de Marcelo Costa "[...] a liberdade seria uma ilusão à parte mais vulnerável dessa relação. A autonomia do mais forte acaba por converter-se em opressão sobre o mais fraco." (COSTA, 2010, p. 90). Fica claro, portanto, que o ponto nevrálgico da questão situa-se no juízo de ponderação que será realizado pelo intérprete em cada caso concreto, quando estiver diante da colisão de dois ou mais princípios constitucionalmente protegidos.

Destarte, é chegado o momento de se transportar toda a temática até então estudada para o âmbito das relações laborais. De antemão, lançam-se as questões cujas respostas pretende-se alcançar no derradeiro capítulo deste trabalho:

- a) Está o ajuste realizado entre o empregado e o empregador sujeito às mesmas controvérsias teóricas e dogmáticas que se estabeleceram a partir da construção da doutrina da eficácia horizontal dos direitos fundamentais?
- b) Há alguma peculiaridade para o tratamento do tema no contexto da relação de emprego, ou ele deve seguir no mesmo sentido já apresentado?

5 A EFICÁCIA HORIZONTAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NO CONTRATO DE EMPREGO

5.1 O transporte do tema para a seara laboral

Como visto nos capítulos anteriores, o desenvolvimento da teoria da eficácia horizontal dos direitos fundamentais foi fruto, essencialmente, do abandono da tradicional concepção liberal que considerava tais direitos apenas como direitos de defesa do indivíduo, oponíveis unicamente ao Estado.

Com a passagem do Estado liberal para o Estado social, a noção de direitos fundamentais passou a compreender, também, prestações positivas estatais, impondo certas condutas em benefício dos cidadãos. Além disso, aliado ao processo de constitucionalização do Direito, reconheceu-se uma outra dimensão aos direitos fundamentais: a chamada dimensão objetiva.

Sob essa dimensão, os direitos fundamentais passaram a ser concebidos, não apenas em sua dimensão subjetiva, como direitos subjetivos do cidadão, mas também como elementos de uma ordem objetiva de valores, um sistema axiológico que deve se espalhar por todos os ramos do direito.

Desse modo, o espectro de incidência dos direitos fundamentais ampliou-se sobremaneira, irradiando-se a todos os setores do ordenamento jurídico, inclusive no âmbito das relações privadas, por meio da chamada eficácia horizontal dos direitos fundamentais. Tal eficácia passou a ser reconhecida especialmente para eliminar ou reduzir as desigualdades sociais, buscando estabelecer não apenas a igualdade formal mas, sobretudo, a igualdade material entre os sujeitos. (SIMM, 2005, p. 1293).

Nesse sentido, destaca-se o ensino de Salvador del Rey Guanter, para quem o processo de horizontalização dos direitos fundamentais representa um fenômeno histórico, correspondendo a uma etapa da evolução do ordenamento jurídico em geral e do constitucionalismo em particular. Guanter leciona que a teoria da eficácia horizontal dos direitos fundamentais surgiu da necessidade de se manter a coerência interna do ordenamento e de se estabelecer o equilíbrio e a igualdade entre os sujeitos, minimizando o impacto dos poderes econômicos e sociais fácticos, que, muitas vezes, "[...] são mais implacáveis que o próprio Estado na violação dos direitos fundamentais." (GUANTER apud SIMM, 2005, p. 1293).

Com efeito, diante da enorme multiplicação dos centros privados de poder e da imensa magnitude que alguns deles alcançaram, tornou-se evidente que o poder não se encontra concentrado exclusivamente no aparato estatal, mas sim, disperso, disseminado na sociedade³¹. (UBILLOS, 2006, p. 303).

Como consequência, viu-se o aumento da polarização das relações travadas entre particulares, figurando, de um lado, os detentores do poder e, de outro, os que a estes se submetem. A crescente oposição que se estabeleceu no interior das relações privadas acabou por gerar situações de desigualdade real³² e, conseqüentemente, uma verdadeira ameaça às liberdades das partes mais frágeis.

Nesse sentido, vale destacar a lição de Juan María Bilbao Ubillos, que afirma que o direito privado "[...] também conhece o fenômeno da autoridade, do poder, como capacidade de condicionar, juridicamente ou de fato, as decisões dos particulares, influenciando no seu comportamento ou impondo a sua própria vontade." (UBILLOS, 2006, p. 303).

Do ponto de vista das relações contratuais, Ubillos aponta a existência de situações de "sujeição virtual", nas quais as partes contratantes não possuem realmente a mesma liberdade para ajustar e determinar o conteúdo final das cláusulas "pactuadas", nem mesmo de exigir o seu cumprimento, embora se trate de uma relação que se presume voluntária. Neste caso, uma das partes não possui alternativa, restando-lhe apenas aceitar a proposta e as condições ditadas unilateralmente. (UBILLOS, 2006, p. 303).

É exatamente nesse panorama que se insere o contrato de emprego. Ubillos destaca que o estado de dependência econômica do assalariado o obriga, muitas

³¹ Vale lembrar que foi sobre os poderes sociais que o filósofo Michel Foucault assentou grande parte de seus estudos. Referenciado por Boaventura Sousa Santos, Foucault afirma que "[...] desde o século XVIII, a forma mais importante de poder que circula na sociedade é produzida pela própria sociedade, e não pelo Estado, segundo regras, princípios e mecanismos totalmente autônomos do Estado." (FOUCAULT apud SANTOS, 2002, p. 264). Com efeito, o pensamento desenvolvido pelo filósofo francês contribuiu de forma inestimável para a compreensão do poder nas sociedades contemporâneas. O aprofundamento em suas construções teóricas, contudo, extrapolaria os limites dessa dissertação, bastando mencionar que o raciocínio de Foucault baseou-se na noção de que toda relação humana é, a um certo grau, uma relação de poder. Para o autor, citado por Ernandes Reis Marinho, "Nós evoluímos num mundo de relações estratégicas perpétuas. Qualquer relação de poder não é má em si mesma, mas isto é um fato que comporta sempre perigos." (FOUCAULT apud MARINHO, 2008, p. 16).

³² Na visão de Boaventura Sousa Santos, o próprio conceito de poder carrega, em si, a noção da desigualdade. Para o sociólogo português, "[...] o poder é qualquer relação social regulada por uma troca desigual." (SANTOS, 2002, p. 266). Ao elucidar o que seriam essas trocas, Santos explica que elas "[...] podem abranger virtualmente todas as condições que determinam a acção e a vida, os projectos e as trajectórias pessoais e sociais, tais como bens, serviços, meios, recursos, símbolos, valores, identidade, capacidades, oportunidades, aptidões e interesses." (SANTOS, 2002, p. 267).

vezes, a aceitar as condições impostas pelo empregador no contrato individual de trabalho, casos em que a desigualdade se converte em verdadeira falta de liberdade. (UBILLOS, 2006, p. 303).

De fato, a relação de emprego configura uma relação jurídica diferenciada, pois, a ela, é inerente a existência do poder empregatício e correlata a subordinação jurídica do empregado. Tais elementos colocam o trabalhador em uma posição jurídica desigual em relação a seu empregador e, assim, tornam a relação empregatícia um exemplo típico de sujeição ao poder concentrado nas mãos de uma das partes (privadas) envolvidas.

É preciso salientar que tal sujeição ocorre mesmo quando o trabalhador é altamente qualificado, pois "[...] ele estará sempre submetido às diretrizes de organização, ao poder de fiscalização e às normas disciplinares estabelecidas pelo empregador. Em suma: estará sempre *juridicamente subordinado*." (SARMENTO; GOMES, 2011, p. 88).

Além disso, a natural proeminência do empregador sobre a atividade do empregado, assim como a sujeição deste ao poder empregatício, ocorre não somente ao longo da execução do contrato, mas também na fase pré-contratual, no momento da admissão do trabalhador, o qual, na grande maioria das vezes, luta para conquistar um espaço no mercado de trabalho e, assim, poder viver em dignidade. (SARMENTO; GOMES, 2011, p. 89).

Por outro lado, é preciso levar em consideração que, nas relações laborais, diferentemente de outras cujo objeto é eminentemente patrimonial, o trabalhador emprega suas energias, sua saúde e sua vida para cumprir as suas obrigações. O trabalho acaba por se confundir com o próprio homem (COSTA, 2010, p. 92), motivo pelo qual os direitos fundamentais do trabalhador, no contexto da relação de emprego, devem permanecer como alvo de máxima proteção pelo ordenamento jurídico. Sobre essa questão, importante destacar a lição de Luiz Otávio Linhares Renault e Isabela Márcia de Alcântara Fabiano, que entendem ser necessária a superação do

[...] paradigma econômico que insiste em tratar a energia despendida pelo empregado como mero objeto do contrato de trabalho, simples mercadoria, totalmente desvinculado da pessoa que o produziu, como se fosse possível separar os membros superiores e/ou inferiores do trabalhador do restante do seu corpo, para não dizer de sua mente e seus sentimentos. Na pessoa humana não há apenas o eu; há o eu e o ser... (RENAULT; FABIANO, 2011, p. 222).

Nesse viés, também se faz necessário ressaltar que o trabalho, sob a sua perspectiva filosófica, constitui valor humano, capaz de determinar a emancipação do sujeito trabalhador, além de lhe permitir construir a sua identidade social e coletiva. (DELGADO; DELGADO, 2012, p. 59).

Destarte, no contexto do Estado Democrático de Direito, cujo fundamento maior reside na afirmação e na promoção da dignidade da pessoa humana, o trabalho, também protegido constitucionalmente como fundamento da República Federativa do Brasil, configura uma das categorias de maior relevância social, responsável por transformar simultaneamente sujeito e sociedade (DELGADO; DELGADO, 2012, p. 58).

Não obstante, para que esse trabalho possa, de fato, revelar o homem em sua dimensão maior de ser humano, devem ser asseguradas condições mínimas para que ele possa ser exercido com dignidade. (DELGADO; DELGADO, 2012, p. 61). Sobre esse aspecto, Aldacy Rachid Coutinho alerta:

O trabalho é salário, mas salário não é tudo: trabalho sempre será um processo de identificação dos momentos de reprodução social, reinventada a cada momento e a conquista de condições dignas de vida expressas em direitos. (COUTINHO, 2006, p. 170).

Daí a extrema relevância de transportar à seara juslaboral o debate acerca dos direitos fundamentais do trabalhador e, principalmente, de reconhecer a sua eficácia horizontal. Afirmar a incidência dos direitos fundamentais nas relações laborais significa ampliar as condições de dignidade oferecidas ao trabalhador em sua atividade. Desse modo, conforme ensina Gabriela Neves Delgado, promove-se a compreensão e a ressignificação do trabalhador como um ser livre ou um fim em si mesmo, impedindo sua instrumentalização e sua dependência desmesurada, com total supressão de si mesmo, em relação ao empregador. (DELGADO; DELGADO, 2012, p. 61).

A importância da referida teoria se revela ainda mais acentuada após a crise que o Direito do Trabalho enfrenta desde meados da década de 1970. Com o advento do neoliberalismo e de suas propostas de retração do Estado em diversos setores, especialmente na regulação trabalhista, por meio da flexibilização das normas laborais, o que se testemunhou foi a precarização das condições de trabalho e a tentativa incansável de esfumar o Direito do Trabalho, principalmente nos

países capitalistas periféricos como o Brasil. (COUTINHO, 2006, p. 169).

Alice Monteiro de Barros sinaliza que, em um período em que os imperativos econômicos do mercado, consequência da hegemonia do pensamento liberal, questionam os dogmas do Direito do Trabalho, assume especial relevância o vigor dos direitos fundamentais dos trabalhadores, enquanto cidadãos inseridos na relação de trabalho. (BARROS, 2006, p. 614).

Nesse viés, é de grande pertinência a análise crítica de Aldacy Coutinho, especialmente no que tange ao âmbito juslaboral brasileiro:

No espaço consolidado da democratização do país, especialmente com o despertar constitucional, o aviltamento da condição humana que se vê expropriada do direito de sobreviver com o fruto de seu trabalho, nesta sociedade em que coabita o regime escravocrata com o trabalho livre na casa da sociedade pós-industrial, **encontra os olhos de quem percebe a emergência de uma eficácia dos direitos fundamentais como resposta ao descabro.** Só que falar de direitos fundamentais [...] significa tratar de uma dignidade da pessoa humana ameaçada e violada, sobretudo por medidas de ajuste econômico estrutural que se propagam pela ideologia da competitividade e da eficiência e que precisa ser recuperada, inclusive na sua auto-estima. (COUTINHO, 2006, p. 169, grifo nosso).

Nessa mesma direção, Miguel Rodriguez-Piñero, afirma que a eficácia dos direitos fundamentais na relação de emprego atua como um "[...] antídoto para emancipar o contrato de trabalho de sua excessiva subordinação à economia, permitindo que essa disciplina recupere seu papel de assegurar a auto-realização, a autodeterminação do empregado como cidadão." (RODRIGUEZ-PIÑERO apud BARROS, 2006, p. 614).

Por todas as questões expostas, resta claro que as relações laborais revelam-se ambiente bastante propício à aplicação da teoria da eficácia horizontal dos direitos fundamentais. Como assevera Bilbao Ubillos, não foi por acaso que o âmbito das relações de trabalho tenha abrigado a gênese e o desenvolvimento mais fecundo desta teoria (UBILLOS, 2006, p. 304).

Ademais, a própria realidade cotidiana demonstra a necessidade de se discutir acerca da eficácia dos direitos fundamentais no âmbito laboral. Como ensinam Luiz Otávio Renault e Isabela Márcia Fabiano, o contrato de emprego tem se revelado "[...] campo fértil para o desrespeito aos direitos fundamentais, porque as empresas, na qualidade de titulares de centros poder privados, não raras vezes vilipendiam valores intrínsecos à personalidade humana". (RENAULT; FABIANO,

2011, p. 222).

São sobre essas circunstâncias que, na seara laboral, a aplicação da doutrina da eficácia horizontal dos direitos fundamentais se faz mais necessária. Em socorro da dignidade da pessoa humana do trabalhador, ela busca estancar ou ao menos reduzir as variadas formas de abusos, violências e humilhações perpetradas no ambiente laboral, bem como erradicar as intervenções indevidas na vida privada do empregado, as quais se operam, muitas vezes, sob o argumento "[...] de que a sobrevivência do empreendimento depende de organização e disciplina intensas." (RENAULT; FABIANO, 2011, p. 222).

Ressalte-se que, ao lado dos direitos fundamentais tipicamente laborais, ou específicos da seara trabalhista, aplicam-se à relação de emprego os chamados "direitos fundamentais inespecíficos" ou direitos do cidadão trabalhador.

Enquanto os primeiros configuram direitos de cunho laboral reconhecidos normativamente em nível constitucional, como, por exemplo, todo o rol de direitos disposto nos artigos 7º, 8º, 9º, 10 e 11 da Lei Fundamental (direito de greve, liberdade sindical, repouso semanal remunerado, descanso interjornada, jornada máxima de trabalho, etc.), os segundos são direitos inerentes à condição de pessoa e cidadão do trabalhador, direitos de personalidade impregnados pela relação laboral, dentre os quais, destacam-se:

a) o que assegura o princípio da igualdade, vedando a discriminação sob suas mais variadas formas; b) os direitos de personalidade (a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem); c) a liberdade de expressão e de informação; d) a liberdade de crença e de ideologia; e) o sigilo de correspondência e de comunicações em geral; f) a proteção à saúde e à integridade física no local de trabalho; g) o acesso ao Judiciário na defesa de seus direitos e interesses. (SIMM, 2005, p. 1296).

Segundo Salvador del Rey Guanter, estes últimos são direitos atribuídos em caráter geral aos cidadãos, mas exercitados no seio da relação jurídica laboral por cidadãos que, ao mesmo tempo, são trabalhadores, motivo pelo qual tais direitos se convertem em verdadeiros direitos laborais. (GUANTER apud SIMM, 2005, p. 1296).

Em outros termos, Fernando Valdés Dal-Ré, leciona que esses direitos laborais inespecíficos são inerentes à pessoa do trabalhador e, embora prévios ao contrato de trabalho e de superior graduação e valor aos que nele pode ter acordado, seu exercício irá repercutir ineludivelmente no próprio contrato empregatício e na organização da empresa em que ele se insere. (DAL-RÉ apud

SIMM, 2005, p. 1293).

O reconhecimento de que, ao lado dos direitos fundamentais sociais tipicamente trabalhistas, os direitos fundamentais individuais da pessoa do trabalhador repercutem direta e intensamente na relação de emprego só se mostrou possível a partir do entendimento de que

[...] la empresa ha dejado de ser zona franca en la que el empresario ejercía una autoridad omnivalente, discrecional y unilateral, con la consiguiente separación entre el *status* general de ciudadanía y el estatuto de trabajador subordinado. De este modo, los derechos fundamentales del trabajador, *uti cives*, se han abierto paso y han entrado en las fábricas. (MOLINA NAVARRETE apud SIMM, 2005, p. 1294).

Ou, ainda, conforme a já consagrada lição de Mantero de San Vicente, que

[...] ningún derecho fundamental se deja como el sombrero a la entrada del lugar de trabajo, porque los derechos fundamentales, como las cabezas, no pueden ser separados de la persona humana en ningún lugar y en ninguna circunstancia. (SAN VICENTE apud SIMM, 2005, p. 1294).

Conforme leciona Zeno Simm, nas últimas três décadas tem-se observado, especialmente nos países europeus, uma luta pelas liberdades individuais na seara trabalhista. Em referência à lição de Fernando Valdés Dal-Ré, o autor aponta as principais causas e ideologias que deram ensejo a esse fenômeno. (SIMM, 2005, p. 1294).

Em primeiro lugar, ele destaca o reencontro do trabalhador com a sua própria individualidade. Se antes ele se ocultava atrás da figura do cidadão, no século XIX, e da classe obreira, no século XX, "[...] agora ele redescobre que é pessoa, ou seja, uma pessoa trabalhadora." (SIMM, 2005, p. 1294). Zeno Simm explica que esta questão revelou um aspecto dual, sendo negativa à medida que significou o ressurgimento de institutos civilistas na seara laboral, tais como o contratualismo individual, mas positiva à medida que

[...] o trabalhador toma consciência de ser respeitado e tratado no contrato com os direitos que esse contrato enseja. Sai a proteção do estado e do sindicato e, como cidadão, adquire o conhecimento de seus direitos individuais, também preenchendo os vazios da lei e do convênio coletivo; fica numa posição pessoal frente ao empresário e necessita de novos instrumentos de proteção, que vai buscar nos direitos fundamentais. (SIMM, 2005, p. 1294).

Outra causa apontada foi a mudança nos modos de produção e na morfologia empresarial. Com o afastamento do modelo fordista pelo surgimento de novas tecnologias e de uma descentralização produtiva, através, principalmente, do fenômeno da terceirização, o que se observou foi o desmembramento da empresa tradicional e a ascensão de grupos empresariais. Segundo Zeno Simm, "Já há empresas vazias de trabalhadores, só têm dirigentes ou projetistas, a produção é feita em outros lugares, em outros países." (SIMM, 2005, p. 1294).

Por outro lado, as novas tecnologias apresentam acentuada capacidade de controlar a atividade laboral e pessoal do indivíduo trabalhador. Por meio de controles eletrônicos, o empregador adentra a privacidade do empregado e, dessa forma, substitui o "velho feudalismo industrial fechado à sociedade civil e sob a autoridade patronal" pelo novo "feudalismo virtual". (SIMM, 2005, p. 1294).

Diante das novas configurações do ambiente laboral, das novas formas de produção, de controle e de ingerência do empregador sobre a esfera pessoal do empregado, os direitos fundamentais garantidos pelas Constituições passam a configurar as maiores armas que o trabalhador pode utilizar em sua defesa.

Portanto, justificada a importância e a necessidade de se transportar a teoria da eficácia horizontal dos direitos fundamentais ao âmbito das relações laborais, passa-se, agora, ao exame dos aspectos e dos problemas suscitados pela colisão dos direitos fundamentais das partes integrantes da relação de emprego e os mecanismos e parâmetros dos quais o julgador deve lançar mão para equacionar os litígios que decorrem deste conflito.

5.2 A colisão de direitos fundamentais no contrato de emprego e a sua concordância prática pela técnica da ponderação

5.2.1 Reconhecendo os direitos fundamentais do empregador, como contraponto dos direitos fundamentais de seus empregados

Como visto preliminarmente, o campo das relações laborais constitui ambiente bastante favorável à horizontalização dos direitos fundamentais, uma vez que, devido à assimetria de poder na qual a relação de emprego se baseia, o empregado acaba abrindo mão de uma parte de suas liberdades, colocando-se a serviço do empregador, subordinado a este e por ele controlado e fiscalizado.

(SIMM, 2005, p. 1293).

Em consequência, não raras vezes mostra-se difícil e conflituosa a coexistência entre os direitos fundamentais do trabalhador, os poderes do empresário e o contrato de emprego. (SIMM, 2005, p. 1293).

Nessas situações, considerando os valores humanitários consagrados pelo Estado Democrático de Direito e a fragilidade do empregado no interior da relação de emprego, acredita-se que os direitos fundamentais do empregado merecem proteção mais enérgica, por meio da adoção da concepção que sustenta a sua eficácia direta e imediata. Somente assim, torna-se possível a promoção de uma efetiva igualdade substancial, e não meramente formal, das partes da relação de emprego.

No momento em que a atuação do empregador exceder os limites do razoável, do aceitável e do necessário ao desenvolvimento das atividades da empresa, os direitos fundamentais do trabalhador poderão ser invocados diretamente, como forma de limitar o poder empresarial, bem como a perda das liberdades do empregado. (SIMM, 2005, p. 1293).

Por outro lado, afirmar a eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas implica reconhecer, também, que ambos os particulares são titulares de direitos, valores e bens igualmente protegidos pela Constituição. Dessa maneira, ao se transportar o referido tema para a relação de emprego, não há como ignorar que o empregador, embora detentor de poder social, também é titular de direitos fundamentais constitucionalmente reconhecidos, como a autonomia privada, a livre iniciativa econômica e o direito de propriedade. Nesse viés, cabe destacar o valioso ensinamento de Ingo Wolfgang Sarlet:

Desde logo, cumpre assinalar que – a despeito do mérito de ampliar as possibilidades de uma vinculação direta dos particulares –também essa concepção não poderá ser aceita de forma ampla e irrestrita, pena de uma simplificação equivocada. Em primeiro lugar, há que levar a sério a objeção de que **não é a existência de uma situação de “poder privado” ou de desigualdade na relação entre particulares que irá alterar o caráter jurídico-privado da relação jurídica em causa, nem afastar a circunstância de que, em última análise, estamos – também aqui – diante de uma relação entre dois titulares de direitos fundamentais, já que, à evidência, também o particular ou entidade detentora de certo grau (por maior que seja) de poder social, não deixa de ser titular de direitos fundamentais.** Assim, também nas relações desse tipo não se poderá deixar de reconhecer a existência de um conflito de direitos fundamentais, tornando-se indispensável uma compatibilização (harmonização) à luz do caso concreto, impedindo um tratamento idêntico

ao das relações particular–poder público. (SARLET, 2005, p. 219, grifo nosso).

Nesse sentido, Daniel Sarmiento e Fábio Rodrigues Gomes chamam a atenção para o fato de que, com exceção de algumas situações específicas, o empregador privado não é inteiramente equiparável ao Estado quanto à vinculação aos direitos fundamentais, mantendo, na sua atuação, um certo grau mais amplo de liberdade do que a dos Poderes Públicos. (SARMENTO; GOMES, 2011).

Ademais, ainda que a relação de emprego seja fortemente regulada por normas estatais de caráter indisponível, não é possível se desconsiderar a sua natureza contratual privada, sendo que o empregado, ao ingressar na empresa, inevitavelmente abre mão de parte da sua liberdade, devendo inserir-se na dinâmica de organização e funcionamento do empregador, submetendo-se ao poder de direção e às regras de caráter disciplinar. (ROCHA, 2010, p. 41).

Assim, se, por um lado, não é possível admitir que os direitos fundamentais do empregador sejam invocados para justificar e validar o exercício abusivo e ilícito do seu poder empregatício, tornando-o um verdadeiro "[...] palco de desmandos e arbitrariedades contra os direitos fundamentais trabalhistas" (RENAULT; FABIANO, 2011, p. 222), por outro também não se pode afirmar que os direitos fundamentais do empregado sejam absolutamente ilimitados e que devam prevalecer sobre os direitos do empregador em qualquer circunstância.

Com o intuito de se evitar posições que pequem pelo exagero, seja em defesa de uma supressão absoluta dos direitos fundamentais do empregado, seja na direção oposta de uma total desconsideração dos direitos fundamentais do empregador, faz-se imperiosa a busca pelo ponto de equilíbrio entre o exercício das liberdades constitucionais do trabalhador e as exigências que derivam do contrato empregatício, ligadas, na maioria das vezes, às necessidades das atividades produtivas em que o obreiro está engajado. (SARMENTO; GOMES, 2011, p. 92).

Para Daniel Sarmiento e Fábio Rodrigues Gomes, é preciso levar em consideração que certas restrições a direitos fundamentais do trabalhador decorrem da própria natureza da relação contratual. Entretanto, os autores advertem que duas posições extremas devem ser evitadas:

[...] a que ignora a participação da vontade do empregado na celebração do contrato de trabalho, assumindo posição excessivamente paternalista; e a

que, em nome da sua autonomia contratual, se revela insensível diante da opressão privada, que pode ocorrer sob a fachada da autonomia contratual, sobretudo no contexto de relações assimétricas, como aquelas travadas entre patrão e empregado. (SARMENTO; GOMES, 2011, p. 93).

Aqui, um ponto merece uma breve digressão. Sarmento e Gomes fazem referência a três distintos elementos que devem ser considerados no balanceamento das limitações dos direitos fundamentais envolvidos na relação de emprego: a natureza contratual da relação empregatícia, a autonomia da vontade do empregado na celebração do contrato e a autonomia contratual do empregador na condução do contrato.

Por entender que se tratam de elementos cuja compreensão se mostra indispensável ao presente estudo, optou-se por realizar uma análise em separado, embora sucinta, de seus contornos. É o que se faz a seguir.

5.2.2 A autonomia privada na relação de emprego

Inicialmente, parte-se da análise crítica elaborada por Aldacy Rachid Coutinho, a qual considera que, embora o instituto do contrato não seja capaz de expressar a real complexidade da relação de emprego, deve-se admitir que a via contratual ainda constitui a melhor explicação jurídica para essa relação, contanto que se supere

[...] a deturpada e ultrapassada concepção da contratualidade como da autonomia da vontade, reconhecendo-se no contrato de trabalho a atuação direta do estado na preservação do interesse público e da constituição da relação jurídica pelo comportamento concludente dos sujeitos ou, se assim optar, das situações jurídicas patrimoniais e existenciais. (COUTINHO, 2006, p. 181).

Pela afirmação de Aldacy Rachid Coutinho, entende-se que a maior celeuma não reside na natureza contratual da relação de emprego, mas na sua tradicional concepção enquanto pura manifestação do princípio da autonomia da vontade.

Arnaldo Süssekind sustenta que, em busca da promoção de uma igualdade real entre as partes contratantes, a autonomia da vontade não pode ser considerada como princípio absoluto, devendo sofrer limitações. Nas palavras do autor:

O que acontece é que a igualdade *jurídica*, pressuposto do princípio da autonomia da vontade, não corresponde, muitas vezes, à situação real dos

contratantes. Daí as restrições impostas a esse princípio. A legislação contemporânea, diante dos problemas surgidos com o desenvolvimento da economia capitalista, tende a regulamentar, de maneira cada vez mais rigorosa, certos contratos, numa luta contra o abuso do poder econômico, cujo aparecimento - na frase de *De Page* - “quebrou o sonho um pouco idílico da igualdade dos contratantes, tal como era concebido cem anos antes”. (SÜSSEKIND, 1995, p. 231).

Quanto à necessária limitação da autonomia da vontade na relação empregatícia, Aldacy Rachid Coutinho vai além. Sob a perspectiva da realização do direito do trabalho e da preservação dos direitos fundamentais na esfera do contrato de emprego, a autora afirma que a autonomia da vontade revela-se absolutamente inadequada, implicando o verdadeiro esvaziamento da teoria dos direitos fundamentais. (COUTINHO, 2006, p. 182).

Sem desconsiderar a importante reflexão que a crítica acima proporciona, não parece possível rechaçar de forma absoluta o princípio da autonomia privada no âmbito da relação de emprego. Para compreender melhor a incidência desse princípio no contexto laboral, é necessário distinguir a autonomia da vontade do empregado da autonomia privada do empregador, uma vez que estas se expressam de maneiras diferentes na relação de emprego.

Talvez, Aldacy Rachid Coutinho tenha pretendido defender a impossibilidade de se invocar o argumento simplista de que, por ser detentor de autonomia da vontade, o empregado é livre para entrar e permanecer ou não na relação de emprego e, por isso, ele deve se sujeitar a qualquer circunstância imposta pelo empregador.

De fato, não é possível sustentar que a autonomia da vontade configure um argumento válido por esse ângulo. Não se pretende, aqui, afirmar que o trabalhador seja sujeito completamente incapaz e absolutamente impossibilitado de se autodeterminar. Entretanto, como sabiamente descreve Márcio Túlio Viana, é fato incontestável que

O mesmo homem que é livre como indivíduo, e é livre como cidadão, não goza de liberdade em seu local de trabalho - exatamente onde passa a maior parte da sua vida. Com frequência, não pode, sequer, escolher o seu empregador [...] (VIANA, 1996, p. 121).

Também não se pode perder de vista a finalidade alimentar que caracteriza o contrato de emprego. A notória hipossuficiência do trabalhador acaba por submetê-

lo a diversas condições impostas pelo empregador, vez que a manutenção de seu labor é essencial para seu sustento e de sua família, motivo suficiente para que o argumento da autonomia da vontade do empregado deva ser tomado de modo restrito ou até mesmo ignorado na seara juslaboral.

Por outro ângulo, não há que se afastar de forma absoluta a autonomia privada do empregador que, neste caso, constitui verdadeiro direito fundamental do empresário. Para tanto, basta verificar o *status* que o princípio da autonomia privada assume no interior da ordem constitucional brasileira.

Embora a Constituição de 1988 revele forte tendência pelo social, ela não abandona o regime capitalista de produção, nos seus pilares essenciais. Nesses moldes, a livre iniciativa é consagrada como fundamento da ordem econômica, a liberdade de empresa é assegurada e a propriedade privada protegida como direito fundamental. (SARMENTO, 2008, p. 175).

Contudo, a autonomia negocial, cujo lastro reside no princípio da livre iniciativa, além de ter sido relativizada pela Carta Magna, em função da preocupação constitucional com a igualdade material e a solidariedade, foi também instrumentalizada, em favor da proteção da dignidade da pessoa humana e da justiça social. (SARMENTO, 2008, p. 182).

Por essa razão, na esteira de Daniel Sarmento, entende-se que, nas questões envolvendo a aplicação dos direitos fundamentais no âmbito privado, para que se possa invocar a autonomia da vontade como forma de limitar a incidência dos demais direitos fundamentais em jogo, é primordial a verificação da existência e do grau da desigualdade fática entre os envolvidos, bem como da essencialidade dos bens em questão. (SARMENTO, 2008, p. 261).

Sob esses parâmetros, quanto maior for a desigualdade, mais intensa será a proteção do direito fundamental em jogo e menor a tutela da autonomia privada. De outro modo, quanto maior a essencialidade do bem da vida perseguido, maior a sua proteção, cedendo a autonomia privada a direitos que se consideram indispensáveis ao exercício satisfatório da personalidade. (SARMENTO, 2008, p. 261).

No contexto da relação de emprego, ante a vulnerabilidade do trabalhador frente à supremacia do empregador, os parâmetros apontados por Sarmento são de grande pertinência, não sendo possível aceitar que a autonomia contratual da parte mais forte seja invocada para encobrir a imposição de posturas heterônomas violadoras de direitos. (SARMENTO; GOMES, 2011, p. 90).

Considerando, ainda, que o trabalho digno constitui valor e elemento de afirmação da própria condição humana, é natural e justificável que os direitos fundamentais do empregado tenham peso maior que a autonomia privada e os demais direitos e faculdades do empregador, pois, "[...] enquanto houver fortes e fracos, incluídos e excluídos, poderosos e sem-poder, os primeiros tenderão a subjugar os segundos, cuja autonomia tornar-se-á fictícia." (SARMENTO, 2008, p. 262).

5.2.3 A técnica da ponderação na colisão dos direitos fundamentais envolvidos na relação de emprego

Equacionadas essas questões preliminares, é preciso prosseguir na análise do mecanismo capaz de operar a concordância prática dos direitos fundamentais envolvidos no contrato de emprego, impondo-lhes os necessários limites e permitindo que a relação empregatícia, embora conflituosa em sua essência, ocorra da forma mais justa e harmônica possível.

Para solucionar o problema da colisão de direitos fundamentais, a doutrina tem apontado a técnica da ponderação como o método mais adequado para a condução do trabalho do intérprete no sentido da construção de uma argumentação jurídica racional. (COSTA, 2010, p. 40).

Segundo a lição de Luís Roberto Barroso, a ponderação consiste em uma técnica de decisão jurídica aplicável aos chamados "hard cases" ou casos difíceis, nos quais se configuram situações concretas que permitem a aplicação de mais de uma norma de mesma hierarquia, cada uma indicando uma solução diferenciada.³³ (BARROSO, 2009, p. 360). Trata-se, portanto, de uma técnica cuja finalidade é resolver de forma equilibrada e justa um conflito jurisdicional menos óbvio, de difícil solução. (COSTA, 2010, p. 42).

Nessas situações, devido à insuficiência do mecanismo tradicional da subsunção, no qual se enquadram os fatos na previsão abstrata e se produz uma conclusão, o aplicador do direito deverá avaliar as peculiaridades e os elementos do caso concreto, sopesar as circunstâncias e, assim, eleger a norma que considerar

³³ Nas palavras de Luís Roberto Barroso, "Do inglês *hard cases*, a expressão identifica situações para as quais não há uma formulação simples e objetiva a ser colhida no ordenamento, sendo necessária a atuação subjetiva do intérprete e a realização de escolhas, com eventual emprego de discricionariedade." (BARROSO, 2009, p. 360).

mais adequada para solucionar a questão.

Reportando-se às premissas teóricas apresentadas no primeiro capítulo desta dissertação, resta claro que a técnica da ponderação é fruto do pensamento pós-positivista, na medida em que decorre diretamente do reconhecimento do caráter normativo dos princípios. A referida técnica surge da necessidade de se desenvolver um raciocínio mais complexo para os casos em que não seja possível a redução de um conflito normativo em apenas uma premissa maior, pelo fato de existirem diversas premissas maiores (princípios) igualmente válidas, vigentes, de mesmo nível hierárquico, porém colidentes entre si. (COSTA, 2010, p. 42).

É preciso salientar, ainda, que a ponderação exige maior protagonismo por parte da jurisdição ou, em outras palavras, maior ativismo judicial³⁴, uma vez que não se trata de mera aplicação subsuntiva dos fatos à lei, mas da criação de uma norma adequada para o caso concreto por meio da decisão judicial. (COSTA, 2010, p. 43). Nesse sentido, interessante a observação de Luís Roberto Barroso, para quem

[...] a ponderação ingressou no universo da interpretação constitucional como uma necessidade antes que como uma opção filosófica ou ideológica. É certo, no entanto, que cada uma das três etapas descritas acima - identificação das normas pertinentes, seleção dos fatos relevantes e atribuição geral de pesos, com a produção de uma conclusão - envolve avaliações de caráter subjetivo, que poderão variar em função das circunstâncias pessoais e o intérprete e de outras tantas influências. (BARROSO, 2009, p. 362).

Embora a ponderação apresente caráter notadamente subjetivo, a sua aplicação não pode se dar desprovida de qualquer balizamento científico e racional. É preciso que sejam estabelecidos certos parâmetros para que a mencionada técnica de decisão não se preste "[...] ao papel de oferecer um rótulo para voluntarismos e soluções *ad hoc*, tanto as bem-inspiradas como as nem tanto." (BARROSO, 2009, p. 363).

Em primeiro lugar, é preciso delimitar as situações em que a ponderação pode ser utilizada. Marcelo Freire Sampaio Costa aponta quatro pressupostos para a sua ocorrência:

³⁴ Maria Cecília Máximo Teodoro define ativismo judicial como a atuação de um juiz que incorpora as vicissitudes do meio social, as conquistas das classes envolvidas, a própria evolução do Poder Judiciário e tem por fim a realização de direitos fundamentais. (TEODORO, 2011, p. 150).

i) presença de pluralidade de direitos, igualmente válidos; ii) impossibilidade do exercício simultâneo e completo desses direitos; iii) presença de enunciados normativos, da modalidade principiológica, abstratamente válidos *a priori* colidentes; iv) necessidade de solução de casos difíceis ou duvidosos, como, por exemplo, ações discutindo a constitucionalidade, em abstrato, de dispositivos legais, em que se mostra necessária a ponderação de valores constitucionais inicialmente contrapostos. (COSTA, 2010, p. 43).

Após a identificação dos pressupostos acima descritos, parte-se para o processo intelectual da ponderação propriamente dito³⁵, que terá como fio condutor o princípio instrumental da proporcionalidade ou da razoabilidade, o qual, para Robert Alexy, trata-se de um postulado genérico que se subdivide nos seguintes critérios parciais:

a) **adequação** (aptidão do meio escolhido ao fim almejado); b) **necessidade** (utilização do meio menos gravoso para o menor sacrifício do direito restringido - esse critério também é conhecido como "menor ingerência possível" ou "proibição de excesso") e c) **proporcionalidade em sentido estrito (avaliação da adequação custo-benefício, sendo que as vantagens** trazidas por uma escolha em detrimento de outra devem superar os ônus impostos no caso concreto. (ALEXY apud RENAULT; FABIANO, 2011, p. 223, grifo nosso).

A utilização judicial dos sub-princípios supra mencionados levará o intérprete a escolher a solução que produza o melhor equilíbrio entre os direitos conflitantes, impondo a menor quantidade de restrição à maior parte dos elementos normativos e fáticos em discussão. Tratam-se de parâmetros gerais que, em homenagem ao princípio da segurança jurídica, "[...] funcionam como instrumentos capazes de controlar as ilimitadas possibilidades do exercício da ponderação, bem como de conferir elementos de verificação da racionalidade do discurso jurídico." (COSTA, 2010, p. 50).

Desempenhando a mesma função dos parâmetros genéricos à ponderação, é possível apontar um parâmetro específico à aplicação dessa técnica aos conflitos jurisdicionais de difícil solução havidos no contrato de emprego, qual seja, a *prevalência da dignidade humana do empregado*.

³⁵ Luís Roberto Barroso descreve a ponderação como um processo que ocorre em três fases diferentes. Na primeira fase, o intérprete deve detectar quais as normas relevantes para a solução do caso, identificando eventuais conflitos entre elas. Na segunda etapa, devem ser examinados os fatos, as circunstâncias concretas do caso e sua interação com os elementos normativos. Já na terceira fase, dedicada à decisão, deve-se analisar, de forma conjunta, os diferentes grupos de normas e a repercussão dos fatos do caso concreto, de modo a apurar os pesos que devem ser atribuídos aos diversos elementos em conflito e, assim, o grupo de normas que deve preponderar no caso. (BARROSO, 2009, p. 360-364.)

Nos casos em que colidirem os direitos fundamentais das partes integrantes da relação de emprego, embora não seja possível determinar, *a priori*, a prevalência absoluta de uma norma de direito fundamental sobre outra de igual natureza, toda e qualquer análise do caso concreto deve se basear no referencial axiológico da dignidade do ser humano. (DELGADO; DELGADO, 2012, p. 61).

A dignidade da pessoa humana, por ser a qualidade intrínseca do ser humano³⁶, irrenunciável e inalienável, constitui o feixe iluminador de todo o ordenamento jurídico, especialmente dos direitos fundamentais, configurando verdadeiro alicerce destes. (MURARI, 2008, p. 103).

Nesse sentido, Daniel Sarmiento aponta que, ao se reconhecer na dignidade da pessoa humana o epicentro axiológico da ordem constitucional, postula-se uma *vis* expansiva para os direitos fundamentais, pois, se a dignidade é um valor absoluto, ela deve condicionar diretamente a todos. (SARMENTO, 2008, p. 245).

Cabe destacar que a Constituição Federal de 1988 a consagrou como o fundamento do Estado Democrático de Direito, reconhecendo que o ser humano é a sua finalidade precípua, e não meio da atividade estatal. Dessa forma, na lição de Ingo Wolfgang Sarlet, é o Estado que existe em função da pessoa humana, e não o contrário. (SARLET apud DELGADO; DELGADO, 2012, p. 63).

De outro modo não poderia ocorrer com a relação de emprego. "Esse entendimento pautado no ser humano enquanto centro convergente de direitos, porque fim em si mesmo, deve orientar inclusive as relações de trabalho e seu correspondente: O Direito do Trabalho." (DELGADO; DELGADO, 2012, p. 63).

Nesse sentido, importa destacar o Enunciado nº 01 aprovado na 1ª Jornada de Direito Material e Processual do Trabalho na Justiça do Trabalho, congresso promovido pela ANAMATRA em novembro de 2007³⁷:

³⁶ O conceito é de Ingo Wolfgang Sarlet, *in verbis*: "Assim sendo, temos por dignidade da pessoa humana a *qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.*" (SARLET apud DELGADO, 2012, p. 62).

³⁷ A título de esclarecimento, importa destacar que os enunciados aprovados em eventos dessa natureza não possuem qualquer valor jurisprudencial, representando, apenas, o entendimento majoritariamente adotado pelos magistrados participantes.

1. DIREITOS FUNDAMENTAIS. INTERPRETAÇÃO E APLICAÇÃO. Os direitos fundamentais devem ser interpretados e aplicados de maneira a preservar a integridade sistêmica da Constituição, a estabilizar as relações sociais e, acima de tudo, a oferecer a devida tutela ao titular do direito fundamental. **No Direito do Trabalho, deve prevalecer o princípio da dignidade da pessoa humana.** (BRASIL, 2007, grifo nosso).

Tal entendimento decorre do próprio fundamento do Direito do Trabalho e da sua correlata disciplina processual, cuja finalidade e razão de ser residem justamente na proteção do hipossuficiente da relação laboral.

Entretanto, uma ressalva merece destaque. Defender que a dignidade da pessoa do trabalhador assume posição de prevalência nas situações em que houver o choque entre os direitos fundamentais das partes envolvidas na relação de emprego não significa que está a se defender um resultado sempre favorável ao trabalhador em qualquer demanda trabalhista. Pretende-se apenas estabelecer um parâmetro preferencial que auxilie o intérprete a construir uma argumentação racional que fundamente a sua decisão nos casos difíceis, nos quais seja inevitável a aplicação do mecanismo da ponderação. (COSTA, 2010, p. 51).

Ao se sustentar que, sob o fundamento da proteção ao hipossuficiente da relação laboral, a dignidade da pessoa humana deve constituir o referencial maior na solução dos conflitos trabalhistas, ao contrário do que asseveram os diversos críticos ao Direito do Trabalho, não se pretende promover soluções simplistas e "paternalistas" em favor do trabalhador mas, sim, assegurar que o trabalho, enquanto valor social protegido constitucionalmente, possa expressar-se, de fato, como verdadeiro elemento de dignidade e emancipação do ser humano.

Nesse sentido, como assinala Gabriela Neves Delgado, no contexto da Constituição de 1988, em que o trabalho se eleva a um patamar normativo e axiológico diferenciado, com acentuado foco em sua concretização, torna-se essencial que "[...] a abstração filosófica que define o sentido de dignidade seja também encarada pelo Direito do Trabalho em termos concretos, de modo a permitir que o trabalho expresse cotidianamente o seu sentido social de proteção." (DELGADO; DELGADO, 2012, p. 65).

Muito além de uma visão maniqueísta acerca da relação entre empregado e empregador ou entre capital e trabalho, é necessário compreender que o objetivo essencial da discussão que aqui se propõe tem como foco a construção de um Estado ético, que se preocupa, primordialmente, em oferecer condições de

igualdade e liberdade reais para que o sujeito possa, de fato, expressar-se na sua dimensão maior de ser humano.

Desse modo, conclui-se que, sob o paradigma do Estado Democrático de Direito, os direitos do empregador encontram seu limite exatamente na dignidade da pessoa humana do trabalhador. Ainda que a definição dos limites aos direitos fundamentais das partes integrantes da relação jurídica só seja possível diante de cada caso concreto, por meio da técnica da ponderação, o eixo teórico aqui defendido adota como premissa fundamental a noção de que a atividade econômica, como expressão e exercício da livre iniciativa, da propriedade privada e da livre disposição de bens, só se torna possível se se conformar ao respeito à dignidade humana e aos direitos fundamentais que a promovam. (GEDIEL, 2006, p. 158).

Na mesma direção, importante destacar as exatas palavras de José João Abrantes:

Ele [o trabalhador] contrata a alienação da sua liberdade, mas essa alienação tem limites.

O primeiro desses limites, óbvio, é, desde logo, o de que ela nunca poderá ser total.

A liberdade de empresa não poderá, nunca, sejam quais forem as circunstâncias, impor sujeições incompatíveis com a dignidade fundamental da pessoa humana.

De fato, há uma parte da liberdade e da dignidade de cada pessoa que é absolutamente indisponível. Essa liberdade e essa dignidade são garantidas pelo "conteúdo essencial" dos direitos fundamentais, daí derivando que esse conteúdo e, com ele, a dignidade da pessoa humana são intangíveis.

Por conseguinte, os poderes do empregador e a liberdade negocial têm por limite intransponível a *intangibilidade do conteúdo essencial* de qualquer dos direitos fundamentais do trabalhador. (ABRANTES apud ROCHA, 2010, p. 42).

A esta altura do presente estudo, reputa-se consolidada, portanto, a noção de que o problema central da eficácia horizontal dos direitos fundamentais trata-se de uma questão de colisão de direitos, solucionável diante de cada caso concreto, por meio da técnica da ponderação de bens e valores. Esta, por sua vez, ao ser aplicada aos conflitos da seara laboral, deve se nortear pelo parâmetro da dignidade da pessoa humana, limite absoluto para qualquer restrição de um direito fundamental do trabalhador.

Assim sendo, como forma de solidificar a compreensão dos variados aspectos doutrinários examinados até então, é de grande relevância analisar como o tema tem se manifestado na realidade. Para tanto, prosseguir-se-á, no tópico seguinte,

com a exposição de diferentes casos concretos e as correspondentes soluções dadas pela jurisprudência trabalhista pátria.

Após, será avaliado um conflito que, sem julgamento definitivo, ainda tramita no Tribunal Superior do Trabalho. Trata-se de verdadeiro "hard cases" sobre o qual buscar-se-á estabelecer uma possível solução, conforme todo o entendimento aqui defendido.

5.3 Análise de casos concretos. O tratamento do tema pela jurisprudência brasileira

5.3.1 A jurisprudência trabalhista sobre o tema

São numerosos os casos concretos que chegam à apreciação do Poder Judiciário brasileiro cuja controvérsia gira em torno da eficácia horizontal dos direitos fundamentais no âmbito do contrato de emprego. Na maioria das vezes, busca-se analisar a licitude ou ilicitude de determinadas condutas do empregador que impeçam ou embarcem o exercício dos direitos fundamentais dos trabalhadores em geral. (RENAULT; FABIANO, 2011, p. 224).

Não obstante a impossibilidade de se esgotar a imensa gama de hipóteses relacionadas ao assunto, serão apresentados alguns julgados que ilustram com bastante clareza os principais elementos dogmáticos da problemática da eficácia dos direitos fundamentais no contrato de emprego. Além disso, as decisões selecionadas demonstram que, ao incorporar a referida teoria em suas fundamentações (ainda que de modo implícito), a maior parte dos magistrados da Justiça do Trabalho tem decidido as controvérsias laborais em plena sintonia com o moderno movimento de constitucionalização do Direito.

Portanto, optou-se pela exposição de decisões proferidas tanto no âmbito nacional, pelo Tribunal Superior do Trabalho, quanto nas esferas regional e local da Justiça do Trabalho. Veja-se.

1) A primeira decisão escolhida foi proferida no âmbito do Tribunal Superior do Trabalho, nos autos do processo 105500-32.2008.5.04.0101, no ano de 2011. Tendo como redatora a Ministra Rosa Maria Weber, hoje integrando o Supremo Tribunal Federal, trata-se de caso em que se confirmou a ordem de reintegração de

empregado dispensado discriminatória e arbitrariamente, por ser portador de esquizofrenia.

Nos termos da fundamentação, o direito potestativo de denúncia vazia do contrato de trabalho não é absoluto e se sujeita a limites impostos pelo princípio da não discriminação, da função social da propriedade e da proteção da relação de emprego contra a dispensa arbitrária.

Quanto ao artigo 7º, I, da Constituição da República de 1988 (BRASIL, 1988), foi firmado o entendimento de que, embora o dispositivo ainda não tenha sido regulamentado, ele possui eficácia normativa. A decisão também se pautou pelas Convenções 111 e 117 e pela Declaração sobre os Princípios e Direitos Fundamentais no Trabalho, de 1988, todas da OIT. Invocou-se, ainda, o artigo 187 do Código Civil de 2002 (BRASIL, 2002), o qual dispõe sobre o abuso de direito, bem como a Lei n. 9.029/95 (BRASIL, 1995), que proíbe qualquer tipo de discriminação que tente inviabilizar a admissão de um empregado ou busque justificar o rompimento arbitrário do contrato de emprego por motivo de sexo, origem, raça, cor, estado civil, situação familiar, idade ou qualquer motivo desprovido de fundamento.

Pelo brilhantismo com o qual a Ministra Rosa Weber costuma conduzir seus entendimentos, vale destacar alguns trechos da mencionada decisão:

O arcabouço jurídico sedimentado em torno da matéria deve ser considerado, outrossim, sob a ótica da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, como limitação negativa da autonomia privada, sob pena de ter esvaziado seu conteúdo deontológico. [...] A dispensa discriminatória, na linha da decisão regional, caracteriza abuso de direito, à luz do art. 187 do Código Civil, a teor do qual o exercício do direito potestativo à denúncia vazia do contrato de trabalho, como o de qualquer outro direito, não pode exceder os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes. 12. Mais que isso, é de se ponderar que o exercício de uma atividade laboral é aspecto relevante no tratamento do paciente portador de doença grave e a manutenção do vínculo empregatício, por parte do empregador, deve ser entendida como expressão da função social da empresa e da propriedade, sendo, até mesmo, prescindível averiguar o animus discriminatório da dispensa (BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho, RR - 105500-32.2008.5.04.0101, Rel: Ministro Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira; Redatora: Ministra: Rosa Maria Weber 2011).

2) O segundo julgado colacionado foi proferido pelo Tribunal Superior do Trabalho no ano de 2012, nos autos do processo RR - 106800-57.2009.5.09.0585, cuja redação coube ao Ministro José Roberto Freire Pimenta. Trata-se de situação

em que ficou consignado que a trabalhadora, cortadora de cana-de-açúcar, trabalhava a céu aberto, sem nenhum local apropriado para refeições e descanso e, inclusive, sem nenhuma condição sanitária. Além disso, ficou comprovado que o empregador não atendia a nenhuma das regras referentes às condições sanitárias estabelecidas pela NR nº 31.

O Ministro Relator entendeu que a atitude patronal de não fornecer banheiros para seus trabalhadores nem local apropriado para a realização das refeições fere diretamente a dignidade da pessoa humana da trabalhadora, violando os seus direitos fundamentais à intimidade e à saúde. Ante a tamanha gravidade da conduta patronal e o excessivo constrangimento a que foi exposta a trabalhadora, o Ministro entendeu-se que o valor indenizatório no valor de R\$1.000,00 revelou-se excessivamente módico e irrisório, razão pela qual determinou a majoração do valor da condenação nesse aspecto.

Diante da notável propriedade com a qual o Ministro Freire Pimenta trata dos assuntos que envolvem a ofensa aos direitos fundamentais dos trabalhadores, cabe transcrever em sua literalidade a ementa publicada:

DANO MORAL. AUSÊNCIA DE INSTALAÇÕES SANITÁRIAS. CORTADORA DE CANA-DE-AÇÚCAR. MAJORAÇÃO DO VALOR DA INDENIZAÇÃO (R\$1.000,00). VALOR EXCESSIVAMENTE MÓDICO. ELEVAÇÃO PARA R\$10.000,00. A sociedade encontra-se em um estágio em que não se admite o desrespeito à figura do ser humano. Vive-se, atualmente, como disse Norberto Bobbio, na era dos direitos. A pessoa humana é objeto de proteção do ordenamento jurídico, sendo detentora de direitos que lhe permitam uma existência digna, própria de um ser humano. Não se vislumbra, na realidade contemporânea, nenhuma brecha sequer para o desrespeito aos direitos mínimos assegurados à pessoa. Immanuel Kant, em sua obra -Fundamentação da Metafísica dos Costumes-, já defendia que, -no reino dos fins, tudo tem ou um preço ou uma dignidade. Quando uma coisa tem preço, pode ser substituída por algo equivalente; por outro lado, a coisa que se acha acima de todo preço, e por isso não admite qualquer equivalência, compreende uma dignidade- (KANT, Immanuel. Fundamentação da Metafísica dos Costumes e Outros Escritos. Tradução Leopoldo Holzbach. São Paulo: Martin Claret, 2004, p. 65). Adotando o pensamento citado, verifica-se que o ser humano é sujeito detentor de dignidade, pois não possui um preço nem pode ser substituído por algo equivalente. Com efeito, não se tolera mais nenhuma forma de tratamento desumano ou degradante ao indivíduo. A Constituição Brasileira de 1988, reconhecida mundialmente pelo seu caráter democrático e garantidor de direitos humanos, consagra o princípio da dignidade da pessoa humana como um fundamento da República Federativa do Brasil. Ademais, institui, no rol dos direitos individuais do cidadão, que ninguém será submetido a tratamento desumano ou degradante. No seu artigo 170, caput, erige o trabalho humano como fundamento da ordem econômica, que tem por fim assegurar a todos existência digna. A doutrina moderna, de maneira pacífica, entende que os direitos individuais consagrados na Constituição não se limitam mais somente à relação entre Estado e cidadão.

Hodiernamente, os direitos fundamentais são dotados de eficácia horizontal, devendo ser observados, também, nas relações privadas. Ora, é de conhecimento de todos as péssimas condições de trabalho a que são submetidos os cortadores de cana-de-açúcar. O artigo 7º da Constituição Federal é de aplicação obrigatória a todos os trabalhadores, sem distinção de nenhum tipo de atividade, sendo norma de natureza cogente, e, salvo expressa dicção em contrário, de aplicação direta e imediata (artigo 5º, § 1º, da Constituição Federal). A NR nº 31, por sua vez, estabelece preceitos a serem observados na organização e no ambiente de trabalho, de forma a tornar compatível o planejamento e o desenvolvimento das atividades da agricultura, pecuária, silvicultura, exploração florestal e aquicultura com a segurança e saúde e meio ambiente de trabalho. O acórdão regional consignou que a reclamante, ora recorrente, trabalhava a céu aberto, sem nenhum local apropriado para refeições e descanso e, inclusive, sem nenhuma condição sanitária. Registrou, também, que o reclamado não atendia a nenhuma das regras referentes às condições sanitárias estabelecidas pela NR nº 31. Com efeito, depreende-se do acórdão regional que a reclamante, que atuava na lavoura, não possuía nenhum local para atender às suas necessidades fisiológicas no curso de sua jornada de trabalho nem para fazer suas refeições. Essa atitude patronal de não fornecer banheiros para seus trabalhadores é ofensiva à dignidade da pessoa humana, pois obrigar uma mulher a realizar suas necessidades no meio da lavoura, a céu aberto, fere a própria intimidade da reclamante, que atuava ao lado de trabalhadores do sexo masculino, cortadores de cana, no mesmo canavial. Ademais, a reclamante não possuía nenhum local para realizar suas refeições, o que fazia também a céu aberto, no meio da lavoura, da poeira e da fuligem resultante das queimadas realizadas nesses terrenos, situação que também afetava sua saúde. Ante todo o exposto, verifica-se que o valor indenizatório, mesmo após ser majorado pelo Regional, no valor de R\$1.000,00, revela-se excessivamente módico e irrisório, ante a tamanha gravidade da conduta patronal e o excessivo constrangimento a que foi exposta a reclamante. É certo que a jurisprudência desta Corte, em regra, não admite a majoração do valor da indenização por danos morais, em virtude da necessidade do revolvimento fático-probatório para tanto. Entretanto, este Tribunal vem entendendo que, nos casos em que a indenização for fixada em valores excessivamente módicos, cabível se torna a majoração desse valor nesta instância extraordinária. Precedentes. Portanto, o Regional, ao fixar o quantum indenizatório em valor excessivamente irrisório (R\$1.000,00), violou o artigo 944 do Código Civil, não observando, fielmente, os parâmetros da proporcionalidade e da razoabilidade, devendo ser fixado o valor de R\$30.000,00, que, sem provocar o enriquecimento indevido da trabalhadora, compense adequadamente o dano moral causado pela conduta antijurídica de seus empregadores, e, principalmente, melhor atenda à gravidade da situação fática nestes autos delineada e à finalidade preventivo-sancionatória que condenações dessa natureza necessariamente devem ter, de modo a inibir a reiteração da conduta lesiva em casos semelhantes. Entretanto, considerando a hipótese dos autos, em que o reclamado é uma pessoa física, tendo em vista sua capacidade econômico-financeira, esta Turma entende que R\$10.000,00 é um valor adequado para cumprir as finalidades inerentes à indenização por dano moral, entre elas a preventivo-pedagógica. Assim, ressalvado o entendimento do Relator, majoro o valor da indenização por danos morais para R\$10.000,00. Recurso de revista conhecido e provido. (BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho, RR - 106800-57.2009.5.09.0585, Rel. Ministro: José Roberto Freire Pimenta, 2012).

3) A terceira decisão elencada foi proferida nos autos do processo AIRR 61640-84.2007.5.23.0004, também no âmbito do TST. Relatada pelo Ministro Maurício Godinho Delgado, a ação teve como objeto o pedido obreiro de reintegração e indenização por danos morais, sob a alegação de que a empresa empregadora, sociedade de economia mista, dispensou o reclamante por motivo de "perseguição política".

Uma vez que, na fase instrutória, restou comprovado que, de fato, somente foram dispensados os empregados que estiveram presentes em audiência pública na Câmara Municipal e que se manifestaram contrariamente à privatização da empresa empregadora, os pedidos postulados foram julgados procedentes pelo Juízo de 1º grau, sendo tal decisão confirmada nas instâncias Regional e Superior.

Destaca-se, aqui, trecho do Acórdão de 2ª instância, citado e mantido na decisão proferida pelo TST:

Como deflui dos depoimentos alhures ressaltados, um grupo de empregados, entre eles o Autor desta Reclamatória, sofreram ameaças, após, foram rebaixados, tendo o Obreiro sido deslocado da função de auxiliar de escritório para a função de serviços gerais e, em seguida, dispensado sem justa causa, simplesmente porque se posicionou em sentido contrário aos interesses da diretoria da Sociedade de Economia Mista Demandada, fazendo-se presente em audiência pública e manifestando-se contrário à privatização da Ré.

A atitude do empregador, materializada por seu preposto, Diretor-Presidente da Reclamada, Sr. José Antônio Rosa, sem margem a dúvidas, mostrou-se ofensiva às garantias constitucionais elementares, tais como, o direito de livre manifestação de pensamento, o direito de acesso à informação, o direito de reunião, esculpidos no art. 5º, incisos IV, XIV e XVI, da CF e, ainda, agrediu o disposto no inciso VIII, do mesmo dispositivo legal, que diz:

'art. 5º, inciso VIII, CF/88 – ninguém será privado de direitos por motivo de crença religiosa ou de convicção filosófica ou política, salvo se as invocar para eximir-se de obrigação legal a todos imposta e recusar-se a cumprir prestação alternativa, fixada em lei.' (g. n.).

Logo, escorreita é a decisão de origem que, sensível à inobservância das garantias constitucionais retromencionadas, reconheceu ser discriminatória a dispensa sem justa causa suportada pelo Autor, ante a perseguição política evidenciada, de maneira que não merece reforma o Julgado hostilizado.

[...]

A condenação da Ré ao pagamento de indenização por danos morais, igualmente, é irretocável, haja vista que, uma vez comprovado o cunho discriminatório da dispensa do obreiro, não há se falar em ausência de prova da lesão à imagem e à honra do Recorrido, porquanto a lesão à dignidade do empregado, nos casos como o que ora se apresenta, é notória e perfeitamente presumível. (BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho, AIRR - 61640-84.2007.5.23.0004, Rel. Ministro Maurício Godinho Delgado, 2011).

4) O quarto caso concreto, apreciado pelo TST no Recurso de Revista nº 28140-17.2004.5.03.092 e também relatado pelo Ministro Maurício Godinho Delgado, tratou do pedido de indenização por danos morais da ex comissária de bordo da companhia aérea American Airlines. Na hipótese, a reclamante postulou seu pedido sob a alegação de que, ao submetê-la ao "detector de mentiras", tanto na admissão quanto na vigência do seu contrato de emprego, a empresa violou seu direito fundamental de privacidade.

Cabe destacar que, durante as entrevistas, eram realizadas as seguintes indagações: você já cometeu crime ou foi presa? Vende ou vendeu narcóticos? Tem antecedentes de desonestidade? Cometeu violações de trânsito? Deve dinheiro para alguém? Quem? Quanto? Já roubou qualquer propriedade do local onde trabalha? Desde o seu último teste, já usou drogas ilegais? Intencionalmente já permitiu que alguém viajasse com documentos falsos? Permitiu que alguém violasse os procedimentos de segurança? Já permitiu contrabando em alguma aeronave?

Embora o Tribunal Regional tenha julgado improcedente o pleito obreiro, o Tribunal Superior do Trabalho reverteu a decisão, entendendo que

A submissão de empregados a testes de polígrafo viola sua intimidade e vida privada, causando danos à sua honra e à imagem, uma vez que a utilização do polígrafo (detector de mentiras) extrapola o exercício do poder diretivo do empregador, por não ser reconhecido pelo ordenamento jurídico brasileiro o mencionado sistema.

Assim, *in casu*, compreende-se que o uso do polígrafo não é indispensável à segurança da atividade aeroportuária, haja vista existirem outros meios, inclusive mais eficazes, de combate ao contrabando, o terrorismo e à corrupção, não podendo o teste de polígrafo ser usado camufladamente sob o pretexto de realização de "teste admissional" rotineiro e adequado.

Além disso, o uso do sistema de polígrafo assemelha-se aos métodos de investigação de crimes, que só poderiam ser usados pela polícia competente, uma vez que, no Brasil, o legítimo detentor do Poder de Polícia é unicamente o Estado. (BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho, RR - 28140-17.2004.5.03.092, Rel. Ministro Maurício Godinho Delgado, 2010).

Vale ressaltar que, em 2004, o Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região apreciou um caso bastante semelhante ao supramencionado, também entendendo que a aplicação do teste do polígrafo extrapola os limites do poder empregatício e constitui ofensa à dignidade dos trabalhadores. Destaca-se, aqui, a ementa do Acórdão relatado pelo Desembargador José Roberto Freire Pimenta, hoje Ministro do Tribunal Superior do Trabalho:

EMENTA: DANO MORAL. TESTE DO POLÍGRAFO (DETECTOR DE MENTIRAS). DIREITO À HONRA E À INTIMIDADE DO TRABALHADOR. O trabalhador, ao ingressar em uma empresa na qualidade de empregado, não se despe dos direitos e garantias fundamentais asseguradas pela Constituição da República a todos os cidadãos, dentre os quais figura com destaque a inviolabilidade de sua intimidade, de sua honra e de sua imagem (artigo 5º, inciso X, do Texto Fundamental). Se é verdade que o empregador detém poderes de direção, fiscalização e disciplinamento em relação àqueles que lhe prestam serviços, não menos certo é que o exercício desse direito potestativo encontra limite em tais direitos e garantias constitucionais. Quando o empregador obriga o seu empregado a se submeter ao teste do polígrafo, equipamento de eficácia duvidosa e não adotado no ordenamento jurídico pátrio, extrapola os limites de atuação do seu poder diretivo e atinge a dignidade desse trabalhador, expondo a honra e intimidade deste e submetendo-o a um constrangimento injustificado, apto a ensejar a reparação pelos danos morais causados por essa conduta. (MINAS GERAIS, Tribunal Regional do Trabalho. 3ª Região, RO - 0031700-98.2003.5.03.0092, Rel. Ministro Des. José Roberto Freire Pimenta, 2004).

5) Agora no âmbito regional da 15ª Região, merece ser mencionada a decisão do RO nº 0101200-02.2009.5.15.0096. Neste caso, o Tribunal manteve a condenação solidária das reclamadas ao pagamento de indenização por danos morais, entendendo que, o ato empresarial de esconder trabalhadores terceirizados quando a empresa tomadora de serviços era visitada por representantes de outras unidades ultrapassa os limites do poder diretivo, além de configurar flagrante tratamento discriminatório e humilhante para os trabalhadores que laboravam em condições idênticas às dos empregados efetivos da empresa cliente. Destaca-se, aqui, o trecho da sentença de primeiro grau proferida pelo magistrado do trabalho Jorge Luiz Souto Maior:

Verifica-se pelas provas dos autos que a conduta adotada pela 2ª reclamada de tentar esconder as suas empregadas terceirizadas dos olhos do mundo, constitui um ato inaceitável que revela que algo de errado está sendo feito, pois se não houvesse irregularidade no trabalho prestado, tudo ficaria às claras. Tal atitude, portanto, é abusiva e viola direito fundamental do ser humano.

Estabelece a Constituição Federal/88 como fundamentos do Estado Democrático de Direito o princípio da dignidade humana e do valor social do trabalho, assim, ambos mandamentos constituem a essência de todo o ordenamento jurídico, e em hipótese alguma podem ser violados.

Importa ressaltar, que a 2ª reclamada por meio dessa conduta, excedeu os limites impostos pelo seu fim econômico e social, além de ferir a boa-fé e os bons costumes inerentes à relação jurídica, causando dano ao trabalhador, cometendo, portanto, ato ilícito, nos termos dos arts. 186 e 187 do Código Civil.

O comportamento da 2ª reclamada ao procurar esconder suas empregadas terceirizadas de todos aqueles que ingressassem em suas dependências, viola não só os direitos desses empregados, como também direitos dos seus clientes, fornecedores e da sociedade como um todo. Verifica-se que a imagem que a 2ª reclamada pretende ver difundida pelo mundo, referente a sua qualidade de serviço, é completamente inversa desta realidade que se

encontra nos presentes autos.

[...]

Como se vê, a 2ª reclamada vende uma imagem à sociedade, mas internamente utiliza-se de outra. Os fatos revelados nos presentes autos demonstram que não há compatibilidade entre o discurso adotado publicamente pela referida empresa e a conduta adotada por ela no ambiente de trabalho dos seus empregados.

Dessa forma, a 2ª reclamada ao causar dano à reclamante, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito, o qual deve ser reparado.

Julgo procedente o pedido de indenização por danos morais e condeno a 2ª reclamada a pagar à reclamante indenização no valor de R\$100.000,00 (cem mil reais). Cumpre esclarecer que o Juiz não fica adstrito ao valor do pedido indenizatório, podendo avaliar livremente as circunstâncias do caso concreto, em especial no que tange à extensão do dano e à condição econômica das partes, com o objetivo de que o ilícito não volte a ser praticado, bem como para possa efetivamente reparar o dano.

Por violação à ordem social como um todo, condeno a reclamada a dar publicidade à presente sentença em seu site, para que a partir daqui se inicie uma nova empresa com propósitos e compromettimentos verdadeiramente sociais, os quais são essenciais para o desenvolvimento de toda a sociedade. (SÃO PAULO. Tribunal Regional do Trabalho - 15ª Região, RO nº 0101200-02.2009.5.15.0096, Des. Rel. Claudinei Zapata Marques, 2011, grifo nosso).

6) Por último, cita-se a sentença proferida pelo juízo da Vara de Ubá/MG, nos autos do processo nº 0001002.10.2010.5.03.0078. O caso apreciado trata-se de conduta empresária que revelou evidente violação aos direitos fundamentais de trabalhadoras que foram obrigadas a abaixar as suas roupas íntimas para que o empregador pudesse verificar qual delas estava no período menstrual e, dessa forma, descobrir qual a responsável por ter sujado o banheiro de sangue.

De fato, como concluiu o Juiz do Trabalho substituto Breno Ortiz Tavares Costa, a "[...] conduta dos proprietários da reclamada foi horrenda, demonstrando um enorme atraso gerencial e, inclusive, moral." O magistrado segue em sua fundamentação:

Muitos afirmam que na Justiça do Trabalho surgiu a denominada "Indústria do Dano Moral". Porém, entendo que, antes de se preocupar com a "indústria do dano moral", deve-se preocupar, primeiramente, com a "indústria do desrespeito à classe trabalhadora".

O que ocorre é que estamos passando por uma fase de transição, na qual, aos poucos, a cultura escravagista (**claramente demonstrada no caso em tela**) da sociedade brasileira cede espaço ao estabelecimento de um patamar civilizatório mínimo de direitos fundamentais que todo trabalhador faz jus, independentemente de classe social.

Nesse passo, é de clareza solar que obrigar uma trabalhadora a abaixar sua calça e sua calcinha para verificar se ela estava menstruada gera prejuízos morais à trabalhadora.

Àqueles que não concordam com este raciocínio, proponho se colocar no lugar da reclamante, ou, então, imaginar sua filha, sua neta, sua sobrinha sujeitando-se a tal procedimento. Entendo que o padecimento sentimental é evidente!

Pelo exposto, reconheço que a reclamada praticou atos que violaram diversos direitos fundamentais da obreira, mormente o direito fundamental ao tratamento digno.

Dessa forma, sendo a dignidade da pessoa humana um dos fundamentos da República Federativa do Brasil (art. 1º, inciso III, da CF/88), mecanismos devem ser buscados para a compensação dos padecimentos sentimentais causados à reclamante. (MINAS GERAIS. Tribunal Regional do Trabalho, Proc. 0001002.10.2010.5.03.0078, Juiz sentenciante: Breno Ortiz Tavares Costa, 2010).

Pela pequena amostra de julgados que tratam do tema dos direitos fundamentais na seara laboral, é possível notar que a Justiça do Trabalho tem se mostrado bastante ativa e favorável à aplicação da teoria da eficácia direta dos direitos fundamentais do trabalhador no contexto do contrato de emprego.

Compensando a ausência de um arcabouço normativo infralegal de efetiva proteção aos direitos da pessoa do trabalhador no Brasil, a jurisprudência trabalhista pátria tem assumido uma posição de acentuado relevo na afirmação da eficácia dos direitos fundamentais nas relações laborais. Desse modo, acaba por contribuir na construção e no fortalecimento do Estado Democrático de Direito, implementando uma sociedade mais ética, democrática e justa, pautada pela finalidade precípua da promoção da dignidade do ser humano.

5.3.2 Análise do caso "*vigilantes do peso*"

No que se refere, ainda, ao tratamento dado pela Jurisprudência laboral brasileira ao tema da eficácia horizontal dos direitos fundamentais no contrato de emprego, destaca-se a recente controvérsia jurídica envolvendo a empresa Vigilantes do Peso Marketing Ltda. e a sua ex-empregada Lourabil Cepera Groke.

Ainda em tramitação no âmbito do Tribunal Superior do Trabalho, trata-se de verdadeiro caso de fronteira, para o qual não há uma solução fácil, de mera subsunção a uma regra específica.

Em sessão realizada em fevereiro de 2012, com transmissão realizada pelo sítio eletrônico do Tribunal Superior do Trabalho, a Segunda Turma do TST iniciou o julgamento do Recurso de Revista interposto por Lourabil Cepera Groke, ex-empregada da empresa reclamada Vigilantes do Peso. (BRASIL, Tribunal Superior do Trabalho. Proc. nº 2462-02.2010.5.02.0000. Rel. Ministro Guilherme Augusto Caputo Bastos, 2012).

Após aproximadamente 20 anos de relação laboral, a empregadora demitiu a empregada por justa causa, alegando que esta, no exercício da função de orientadora de associados, cometeu ato de indisciplina por ter ganhado aproximadamente 20 quilos ao longo da contratualidade e, dessa forma, descumprido a cláusula contratual que ajustou, quando da sua admissão, pela qual se comprometia a manter o próprio peso, acarretando, por consequência, a sua dispensa por justa causa.

A trabalhadora, portanto, ingressou com a ação trabalhista, pleiteando o pagamento das verbas da dispensa sem justa causa, a desconstituição da justa causa e também o pagamento de indenização por danos morais, por discriminação e pela dispensa por justa causa.

Na primeira e na segunda instância, o pleito obreiro não obteve êxito. No TST, porém, seu julgamento encontra-se suspenso e, com a votação empatada em 1x1, aguardando apenas o voto do presidente da Turma, o ministro Renato de Lacerda Paiva.

Perante o voto proferido pelo ministro relator Guilherme Augusto Caputo Bastos, no sentido de não conhecer do recurso de revista da obreira, por considerar plausível a justa causa fundamentada no ato de indisciplina e insubordinação, o Ministro José Roberto Freire Pimenta abriu divergência, questionando a validade da cláusula contratual ajustada e sobre a qual repousa todo o problema, não reconhecendo a justa causa da dispensa da reclamante e, pelo caráter abusivo da conduta da reclamada, condenando-a ao pagamento de indenização por danos morais à empregada.

O ministro José Roberto Freire Pimenta reconheceu que há, de fato, uma relação lógica entre a cláusula contratual e a função desempenhada pela trabalhadora. Contudo, por considerar que se trata de situação que envolve a eficácia horizontal dos direitos fundamentais das relações laborais, o ministro levantou questões de grande pertinência. Veja-se:

Pode o empregador estabelecer uma cláusula dessa natureza? Pode exigir que o empregado se comprometa, sob pena de ser sancionado – esse que é o problema-, a manter o peso ao longo dos anos? Ou, se ele não conseguiu, esse ato foi um ato de conduta dele ou um ato da condição dele? A pessoa engorda por que quer? Foi um ato consciente e deliberado de descumprimento? [...] Em outras palavras, pode o empregador estabelecer uma cláusula como essa que não depende, a meu ver pelo menos, apenas da vontade do empregado?

[...]

Se as pessoas engordam não por decisão consciente, se não há nenhuma alegação da empresa nesse sentido, e ela também não provou, acho, data venia, que essa cláusula foi abusiva. Essa cláusula estabeleceu uma obrigação de cumprimento quase impossível. (BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. 2ª Turma. Proc. nº 2462-02.2010.5.02.0000. Rel. Ministro Guilherme Augusto Caputo Bastos, 2012)

E assim, o ministro concluiu:

Em outras palavras, Sr. Presidente, uma cláusula dessas, mesmo nesta empresa, Vigilantes do Peso – compreendo sua ideia-, mas me parece não ser razoável, não passa pelo princípio da razoabilidade. É uma cláusula que fere, sim, os direitos fundamentais da pessoa humana. [...] Portanto, não havendo razoabilidade nessa cláusula, ela não pode ser cumprida a ferro e fogo, principalmente, numa circunstância desta, em que não se demonstrou que, conscientemente, deliberadamente, a empregada agiu para descumprir, que praticou atos conscientes de descumprimento. Portanto, Sr. Presidente, invoco também aquele princípio de que uma cláusula de objeto impossível não é válida, *ad impossibilia nemo tenetur*, como diz o Latim, ninguém é obrigado ao impossível. Essa é a regra, essa é a parêmia latina. Não consigo enquadrar essa situação fática, claramente delineada no acórdão regional, no art. 482, h, da CLT. Não vejo prática de ato de indisciplina por parte desta empregada. (BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. 2ª Turma. Proc. nº 2462-02.2010.5.02.0000. Rel. Ministro Guilherme Augusto Caputo Bastos, 2012).

Com efeito, não há como negar que, uma vez que o empreendimento da empresa reclamada se relaciona à associação de pessoas que possuem o objetivo de perda de peso, com o oferecimento de um programa de reeducação de hábitos alimentares, seria perfeitamente coerente que a empresa desejasse que seus próprios membros se adequassem a um determinado padrão de saúde e de estética, como forma de demonstrar a eficácia do produto por ela vendido. Essa é a lógica do mercado.

Buscando realizar um paralelo a esta exigência, o Ministro Relator Guilherme Augusto Caputo Bastos, na sessão de julgamento da mencionada lide, afirmou ser perfeitamente plausível que um hospital exija de uma enfermeira a adequação das suas vestimentas para entrar em uma UTI.

Data maxima venia, não parece ser esta uma boa analogia. Ao contrário do que ocorre no exemplo dado pelo ministro, a exigência imposta pela empresa Vigilantes do Peso repousa sobre um aspecto eminentemente existencial, que integra a própria personalidade do empregado.

A perversidade que a lógica capitalista muitas vezes impõe já se encontra tão difundida e aceita como algo absolutamente natural que se chegou ao absurdo de,

em nome das necessidades puramente econômicas ou do chamado “espírito” da empresa, o trabalhador perder a liberdade até mesmo sobre o seu próprio corpo.

Não se pode perder de vista que o corpo constitui o local primeiro de manifestação da identidade do ser humano. Ele integra a personalidade, tanto para construí-la como para expressá-la. É nele e por meio dele que o indivíduo imprime a própria narrativa da sua história de vida.

Desse modo, no contexto do Estado Democrático de Direito, cujo epicentro axiológico reside na dignidade da pessoa humana, deve ser considerada abusiva e ilegal qualquer cláusula do contrato de emprego que viole a liberdade do indivíduo sobre seu corpo, especialmente quando se trate de uma condição que não dependa exclusivamente da vontade desse sujeito

Além de impedir a livre disposição do corpo pelo indivíduo, representando notória ofensa ao direito fundamental ao livre desenvolvimento da personalidade, a cláusula proibitiva tenta limitar, inclusive, as funções orgânicas e involuntárias do corpo humano. Como apontou o ministro Freire Pimenta, é natural que a pessoa ganhe peso com o passar dos anos. Isso é a própria expressão da vida, da história e da natureza da pessoa.

Portanto, proibir o ganho de peso e classificá-lo como ato de insubordinação do empregado representa a tentativa patronal de controlar o incontrollável, de domar o trabalhador para além do universo laboral, em todas as esferas da sua existência.

Tal situação, contudo, não pode ser tolerada no interior de um Estado que se classifica como Democrático de Direito. Relembrando as notáveis colocações realizadas pelo ministro José Roberto Freire Pimenta, é preciso se ter em mente que o trabalhador, quando ingressa no âmbito interno da empresa, “[...] não deixa de ser pessoa, não deixa de ser cidadão” e, por isso, “[...] não deixa de ter os direitos fundamentais de qualquer pessoa humana”. (BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. 2ª Turma. Proc. nº 2462-02.2010.5.02.0000. Rel. Ministro Guilherme Augusto Caputo Bastos, 2012).

Assim, não parece possível que a mencionada cláusula contratual possa permanecer incólume no interior do ordenamento jurídico brasileiro. Por ofender diretamente a dignidade de todos os empregados em cujo contrato de emprego ela vigora, ela deve ser considerada inválida, incapaz de operar qualquer efeito, muito menos de ensejar uma dispensa por justa causa.

No presente caso, entende-se que a autora faz jus ao recebimento de indenização por danos morais, eis que a própria cláusula contratual abusiva e a dispensa por justa causa nela fundamentada constituem violação direta à honra e à intimidade da trabalhadora, direitos fundamentais constitucionalmente protegidos pelos incisos V e X do art. 5º da Carta Maior de 1988. (BRASIL, 1988).

É possível se verificar, portanto, que, neste caso, assim como nos demais casos até então apresentados, é a aplicação da teoria da eficácia horizontal direta dos direitos fundamentais o instrumento mais habilitado para oferecer a solução mais justa e compatível com os valores fundamentais consagrados pela ordem jurídica brasileira.

6 CONCLUSÃO

Enxergar o que está diante do nosso nariz exige um esforço constante. (ORWELL, George)

Não há como se negar que a temática relativa à eficácia dos direitos fundamentais no contrato de emprego, configura, na atualidade, uma das principais matérias que compõem o Direito do Trabalho.

Contudo, o destaque alcançado pelo tema só se tornou possível com a consolidação do paradigma jurídico pós-positivista e do moderno processo de constitucionalização do Direito, no qual se reconheceu a força normativa da Constituição, elevando-a à posição de centro unificador de todo o ordenamento jurídico.

Desse modo, os direitos fundamentais, após o histórico e gradual processo de evolução na esfera do seu conteúdo e da sua positivação na esfera constitucional e internacional, alcançaram seu ápice no contexto do Estado Democrático de Direito. O reconhecimento da dimensão objetiva dos direitos fundamentais foi responsável por uma absoluta elevação no *status* dessa espécie normativa na sistemática dos principais ordenamentos jurídicos.

Representando a superação do paradigma liberal burguês, no qual os direitos fundamentais eram concebidos apenas em sua dimensão subjetiva, como instrumentos de defesa do indivíduo contra a arbitrariedade estatal, a atribuição de uma dimensão objetiva aos direitos fundamentais fez com que estes fossem compreendidos também (e principalmente) como elementos da ordem jurídica objetiva. Assim, estas normas fundamentais passaram a configurar um sistema axiológico mais amplo, com a função de se irradiar aos demais ramos do Direito e atuar como fundamento material de todo o ordenamento jurídico.

É, portanto, do reconhecimento da dimensão objetiva dos direitos fundamentais que decorre a dogmática da eficácia desses direitos no âmbito das relações jurídicas privadas, ou perante terceiros que não o Estado.

Somado a diferentes fatores históricos, sociais e econômicos, o processo de constitucionalização do direito permitiu a superação da tradicional visão de que somente o poder estatal poderia ameaçar os direitos fundamentais dos cidadãos e que, por isso, as normas de direitos fundamentais se dirigiriam única e exclusivamente ao Estado.

No contexto de uma sociedade ainda marcada pela pobreza, pela opressão e pela desigualdade, já não basta que somente o Estado se abstenha de violar os direitos fundamentais, mas que ele aja concretamente para protegê-los de agressões e ameaças de terceiros, principalmente daquelas provenientes da multiplicidade de atores privados, muitas vezes mais implacáveis que o próprio Estado na violação dos direitos fundamentais.

Dessa maneira, em busca da promoção da igualdade material e da dignidade da pessoa humana, a aplicação da teoria da eficácia horizontal dos direitos fundamentais nas relações entre particulares configura uma evolução essencial no amparo social ao cidadão e no próprio modelo estatal.

Aceitar a incidência efetiva dos direitos fundamentais nas relações privadas faz com que o Estado deixe de ser mero espectador para coibir de forma incisiva as infundáveis ofensas que ocorrem, sobretudo, no interior das relações particulares assimétricas de poder.

Nesse sentido, a utilização da teoria da eficácia horizontal dos direitos fundamentais revelou-se altamente compatível com a natureza e o âmbito do contrato de emprego, cuja essência reside na própria desigualdade de poder entre as partes. Uma vez que o empregado renuncia a uma parcela das suas liberdades individuais ao colocar-se num estado de subordinação jurídica aos poderes do empregador, a relação de emprego tem-se mostrado o palco dos mais graves e absurdos violações e abusos aos direitos fundamentais dos trabalhadores.

É nesse panorama, portanto, que se faz premente a invocação e a aplicação direta dos direitos fundamentais, sem a necessidade da intermediação do legislador infraconstitucional, já que estes direitos, nos dias de hoje, necessariamente passam a atuar como elementos de equilíbrio entre as forças assimétricas e desiguais que compõem o contrato de emprego.

Vale lembrar que o trabalhador, ao se investir em sua função dentro da empresa, não abandona sua condição de cidadão e de portador de direitos inerentes à sua personalidade. Ademais, somente se este trabalhador tiver seus direitos fundamentais respeitados é que será possível a existência e a configuração do tão almejado trabalho digno, reconhecido também como valor e direito fundamental.

Portanto, através de uma leitura sistemática da norma constitucional, a aplicação da teoria imediata dos direitos fundamentais no contrato de emprego se mostra perfeitamente compatível com a Constituição de 1988. A ampliação da

incidência dos direitos fundamentais ao âmbito laboral significa a consagração de outros tantos valores protegidos pela Lei Maior, tais como o valor social do trabalho, a igualdade substantiva, a construção de uma sociedade justa, livre e solidária, a promoção do bem de todos os cidadãos, sem discriminações baseadas em origem, raça, sexo, cor, idade e a proibição de quaisquer outras formas de preconceito.

Por outro lado, o presente estudo também enseja a reflexão quanto aos limites do contrato empregatício e quais os poderes empresariais que poderão constar neste novo modelo de relação laboral. Sendo o empregador também detentor de direitos fundamentais, não raras são as colisões dos seus direitos com os de seus empregados, devendo ambos se sujeitar a limites dialética e reciprocamente impostos.

Nesse sentido, o magistrado, diante do caso concreto em que ocorram tais colisões de direitos fundamentais, deverá recorrer à técnica da ponderação, valendo-se dos sub-princípios da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito. Esse processo levará o intérprete a escolher a solução que produza o melhor equilíbrio entre os direitos conflitantes, impondo a menor restrição a cada um deles, considerando os elementos normativos e fáticos em discussão. Além disso, o intérprete deverá sempre se orientar pelo referencial axiológico da dignidade do ser humano, o qual, sob o paradigma do Estado Democrático de Direito, constituirá o limite absoluto para o legítimo exercício dos direitos e poderes do empregador.

Desse modo, não obstante a definição dos limites aos direitos fundamentais das partes integrantes da relação jurídica só seja possível diante de cada caso concreto, por meio da técnica da ponderação, o exercício dos poderes do empregador só será lícito, do ponto de vista constitucional, se estiver adstrito ao respeito à dignidade da pessoa do trabalhador e aos direitos fundamentais que dela decorrem.

Conclui-se, portanto, que a aplicação horizontal dos direitos fundamentais nas relações de emprego tem como objetivo proporcionar maior força aos direitos fundamentais dos trabalhadores, tanto em sua dimensão individual quanto em sua dimensão coletiva, constituindo excelente instrumento de proteção da dignidade da pessoa do trabalhador e, conseqüentemente, de promoção do trabalho digno.

Quando o contrato de emprego for efetivamente concebido, encarado e praticado sob a perspectiva da eficácia horizontal dos direitos fundamentais,

aumentar-se-á a esperança de que as relações de emprego, em nosso país, tornem-se mais democráticas, respeitosas e dignas, ou seja, definitivamente conformadas aos princípios e objetivos consagrados pela Constituição Cidadã de 1988.

Porém, uma observação final se faz necessária.

É certo que não serão somente o Direito e nem mesmo o Poder Judiciário, isoladamente, os únicos responsáveis pela realização do valor da dignidade da pessoa humana em nossa sociedade. É preciso, sobretudo, que as próprias mentalidades individuais se transformem em prol de um mundo mais ético, abandonando, de forma definitiva, posturas acentuadamente materialistas, egoístas e desumanas.

Entretanto, é por se acreditar que o Direito é detentor de valioso potencial transformador da realidade, capaz de oferecer importantes contribuições concretas para a máxima valorização e emancipação do ser humano e para a construção de um mundo menos injusto e excludente, que se pretendeu, com esta dissertação, ainda que alcançando resultados modestos, enfrentar o problema da concretização dos direitos fundamentais para toda a humanidade, em todos os quadrantes da sua existência.

Talvez tudo não passe de um utópico e irreal desejo de alguém que ainda deve muito viver e aprender. Todavia, é preciso que atentemos à sábia advertência do ilustríssimo poeta Mário Quintana:

Se as coisas são inatingíveis... ora!
Não é motivo para não querê-las...
Que tristes os caminhos, se não fora
A presença distante das estrelas!
(QUINTANA, 1997, p. 9).

REFERÊNCIAS

AIRES, Mariella Carvalho de Farias. A eficácia horizontal dos direitos fundamentais no contrato de trabalho a partir da Constituição Federal de 1988. **Revista de Direito do Trabalho**, São Paulo, v. 33, n. 128, p.125-154, out./dez. 2007.

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

ALMEIDA, Renato Rua de. Eficácia dos direitos fundamentais nas relações de trabalho. In: ALMEIDA, Renato Rua de; (Coord.); CALVO, Adriana; ROCHA, Andréa Presas; (Org.). **Direitos fundamentais aplicados ao direito do trabalho**. São Paulo: LTr, 2010, p. 143-149. v.1

AMARAL, Júlio Ricardo de Paula, Os direitos fundamentais e a constitucionalização do Direito do Trabalho. In: MONTESSO, Cláudio José; FREITAS, Marco Antônio de; STERN, Maria de Fátima Coelho Borges (Coord.). **Direitos sociais na Constituição de 1988: uma análise crítica vinte anos depois**. São Paulo: LTr, 2008, p. 249-273.

AMARAL, Júlio Ricardo de Paula. **A eficácia dos direitos fundamentais nas relações trabalhistas**. São Paulo: LTr, 2007.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. Os direitos, liberdades e garantias no âmbito das relações entre particulares. In: SARLET, Ingo Wolfgang. **Constituição, direitos fundamentais e direito privado**. (Org.). 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

AARNIO, Aulis. "Taking Rules Seriously". **ARSP**, Beiheft, n. 42, p. 180-192, 1989.

ÁVILA, H. B. A distincao entre principios e regras e a redefinicao do dever de proporcionalidade. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro n. 215, p. 151-179, , jan./mar. 1999.

BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de direito do trabalho**. 2 ed. São Paulo: LTr, 2006.

BARROSO, Luís Roberto. **A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**. 7 ed. São

Paulo: Saraiva, 2009.

BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito**. 2005. Disponível em < <http://www.luisrobertobarroso.com.br> > Acesso em: 21 jan.2013.

BARROSO, Luís Roberto. Prefácio. In: GOMES, Fábio Rodrigues. (Coord.). **Direito constitucional do trabalho: o que há de novo?** Rio Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. xv a xvii

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 26. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2011.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, 1988. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>> Acesso em: 21 jan.2013.

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. Decreto-lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940: código penal. **Diário Oficial da União**, Rio de Janeiro, 31 dez. 1940. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm > Acesso em: 21 jan.2013.

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Diário Oficial da União**, Brasília, 11 de janeiro de 2002. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm > Acesso em: 05 jan. 2013.

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. Lei n. 9.029, de 13 de abril de 1995. Proíbe a exigência de atestados de gravidez e esterilização, e outras práticas discriminatórias, para efeitos admissionais ou de permanência da relação jurídica de trabalho, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, 17 de abr. 1995. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9029.htm > Acesso em: 05 jan. 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. 2ª Turma. Processo: Recurso Extraordinário, 158215/RS, Rel. Ministro Marco Aurélio. **Diário de Justiça**, Brasília, 07 jun. 1996, p. 757. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=1551869>> Acesso em: 21 jan.2013.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. 2ª Turma, Proc. RR - 106800-57.2009.5.09.0585, Rel. Ministro: José Roberto Freire Pimenta. **Diário Eletrônico da Justiça do Trabalho**, Brasília, 31 ago. 2012. Disponível em: < <https://aplicacao5.tst.jus.br/consultaProcessual/consultaTstNumUnica.do?consulta=Consultar&conscsjt=&numeroTst=106800&digitoTst=57&anoTst=2009&orgaoTst=5&tribunalTst=09&varaTst=0585>> Acesso em: 23 jan. 2013.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. 3ª Turma, Proc. RR - 105500-32.2008.5.04.0101, Rel: Ministro Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira; Redatora: Ministra: Rosa Maria Weber. **Diário Eletrônico da Justiça do Trabalho**, Brasília, 5 ago. 2011. Disponível em: <<https://aplicacao5.tst.jus.br/consultaProcessual/consultaTstNumUnica.do?consulta=Consultar&conscsjt=&numeroTst=105500&digitoTst=32&anoTst=2008&orgaoTst=5&tribunalTst=04&varaTst=0101>> Acesso em: 23 jan. 2013.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. 6ª Turma, Proc. AIRR - 61640-84.2007.5.23.0004, Rel. Ministro Maurício Godinho Delgado. **Diário Eletrônico da Justiça do Trabalho**, Brasília, 18 fev. 2011. Disponível em: <<https://aplicacao5.tst.jus.br/consultaProcessual/consultaTstNumUnica.do?consulta=Consultar&conscsjt=&numeroTst=61640&digitoTst=84&anoTst=2007&orgaoTst=5&tribunalTst=23&varaTst=0004>> Acesso em: 23 jan. 2013.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. 6ª Turma, Proc. RR - 28140-17.2004.5.03.092, Rel. Ministro Maurício Godinho Delgado. **Diário Eletrônico da Justiça do Trabalho**, Brasília, 7 maio. 2010. Disponível em: <[http://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/inteiroTeor.do?action=printInteiroTeor&highlight=true&numeroFormatado=RR - 28140-17.2004.5.03.0092 &base=acórdão &numProclnt=43503&anoProclnt=2005&dataPublicacao=07/05/201007:00:00&query=>](http://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/inteiroTeor.do?action=printInteiroTeor&highlight=true&numeroFormatado=RR-28140-17.2004.5.03.0092&base=acórdão&numProclnt=43503&anoProclnt=2005&dataPublicacao=07/05/201007:00:00&query=>)> Acesso em: 23 jan. 2013.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. 2ª Turma. **Proc. nº 2462-02.2010.5.02.0000**. Rel. Ministro Guilherme Augusto Caputo Bastos. Áudio da sessão de julgamento realizada no dia 08 fev. 2012. Transmissão ao vivo realizada no sítio eletrônico <www.tst.jus.br>.

BRASIL, TST. **Enunciados aprovados na 1ª jornada de direito material e processual na justiça do trabalho**. TST, Brasília, 2007. Disponível em <<http://www.nucleotrabalhistacalvet.com.br>> Acesso em 24/12/2012.

CANOTILHO, Joaquim José Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 3 ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1988.

CASSAR, Vólia Bomfim. **Direito do Trabalho**. 4. ed. Niterói: Impetus, 2010.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 7 ed.

São Paulo: Saraiva, 2010.

COSTA, Marcelo Freire Sampaio. **Eficácia dos direitos fundamentais entre particulares:** juízo de ponderação no processo do trabalho. São Paulo: LTr, 2010.

COUTINHO, Aldacy Rachid. A autonomia privada: em busca da defesa dos direitos fundamentais dos trabalhadores. In: SARLET, Ingo Wolfgang. **Constituição, direitos fundamentais e direito privado.** (Org.). 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

DELGADO, Gabriela Neves. **A centralidade do trabalho digno na vida pós-moderna.** In: HENRIQUE, Carlos Augusto Junqueira et al. (Coord.). Trabalho e movimentos sociais. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

DELGADO, Maurício Godinho. **Capitalismo, trabalho e emprego.** São Paulo: LTr, 2006.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho.** 5 ed. São Paulo: LTr, 2006.

DELGADO, Maurício Godinho; DELGADO, Gabriela Neves. **Constituição da República e direitos fundamentais:** dignidade da pessoa humana, justiça social e direito do trabalho. São Paulo: LTr, 2012.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério.** Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FACCHINI NETO, Eugênio. Reflexões histórico-evolutivas sobre a constitucionalização do direito privado. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Constituição, direitos fundamentais e direito privado.** 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. Dicionário eletrônico Aurélio século XXI. Rio de Janeiro: Editora Nova Fronteira e Lexikon Informática, 1999.

GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. **Direitos fundamentais e relação de emprego.** São Paulo: Método, 2008.

GEDIEL, José Antônio Peres. A irrenunciabilidade a direitos da personalidade pelo trabalhador. In: SARLET, Ingo Wolfgang. **Constituição, direitos fundamentais e direito privado.** (Org.). 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

GEMIGNANI, Tereza Aparecida Asta. **Direitos fundamentais e sua aplicação no mundo do trabalho**: questões controversas. São Paulo: LTr, 2010.

GOMES, Fábio Rodrigues. Constitucionalização do direito do trabalho: a crônica de um encontro anunciado. In: GOMES, Fábio Rodrigues. (Coord.). **Direito constitucional do trabalho**: o que há de novo? Rio Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 141-176.

GULLAR, Ferreira. **Corpo a corpo com a linguagem**. 1999. Disponível em: <<http://www.literal.com.br/ferreira-gullar/por-ele-mesmo/ensaios/corpo-a-corpo-com-a-linguagem/>> Acesso em: 03 fev.2013.

GUSMÃO, Paulo Dourado de. **Introdução ao estudo do direito**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2005.

GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa; DIAS, Maria Tereza Fonseca. **(Re)pensando a pesquisa jurídica**: teoria e prática. 2 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1991.

JUDT, Tony. **O mal ronda a terra**: um tratado sobre as insatisfações do presente. Tradução de Nelson Nogueira. Rio de Janeiro: Editora Objetiva, 2010.

KAPLAN, Luciana. Direitos sociais da Constituição Cidadã e as armadilhas ideológicas que levam à sua inefetividade: uma leitura a partir da teoria crítica. In: MONTESSO, Cláudio José; FREITAS, Marco Antônio de; STERN, Maria de Fátima Coelho Borges (Coord.). **Direitos sociais na Constituição de 1988**: uma análise crítica vinte anos depois. SP: LTr, 2008, p. 274-299.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 6 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

LASSALLE, Ferdinand. **A essência da Constituição**. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1998.

MARINHO, Ernandes Reis. As relações de poder segundo Michel Foucault. **E-Revista Facitec**, v. 2, n. 2, dez., 2008. Disponível em: <<http://www.facitec.br>> Acesso em: 12 dez.2012.

MEIRELES, Edilton. A Constituição do trabalho. In: **Direitos sociais na Constituição de 1988: uma análise crítica vinte anos depois**. MONTESSO,

Cláudio José; FREITAS, Marco Antônio de; STERN, Maria de Fátima Coelho Borges (Coord.). São Paulo: LTr, 2008, p. 50-74.

MINARDI, Fábio Freitas. A aplicação da teoria da eficácia horizontal dos direitos fundamentais nas relações de índole trabalhista. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região**, v.32, n.59, p.419-448, jul./dez. 2007.

MIRANDA, Jorge. Manual de **Direito Constitucional**. Coimbra: Coimbra, 1993. T.4.

MURARI, Marlon Marcelo. **Limites constitucionais ao poder de direção do empregador e os direitos fundamentais do empregado: o equilíbrio está na dignidade da pessoa humana**. São Paulo: LTr, 2008.

NADER, Paulo. **Introdução ao estudo do direito**. 23 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. **Apontamentos sobre a aplicação das normas de direito fundamental nas relações jurídicas entre particulares**. In: BARROSO, Luís Roberto (Org.). *A nova interpretação Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

PIMENTA, José Roberto Freire; PORTO, Lorena Vasconcelos. Instrumentalismo substancial e tutela jurisdicional civil e trabalhista: uma abordagem histórico-jurídica. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região**, Belo Horizonte, v. 43, n. 73, p. 82-122, jan./jul. 2006.

PIOVESAN, Flávia; CARVALHO, Luciana Paula Vaz de. (Coord.) **Direitos humanos e direito do trabalho**. São Paulo: Atlas, 2010.

QUINTANA, Mário. **Sapo amarelo**. 7.ed. Porto Alegre: Mercado Aberto, 1997.

RAZ, Joseph. **Practical Reason and Norms**. Oxford. Oxford University Press, 1975;

RENAULT, Luiz Otávio Linhares; FABIANO, Isabela Márcia de Alcântara. Eficácia horizontal dos direitos fundamentais nas relações de emprego - alguma **verdade**. **Revista do Tribunal Superior do Trabalho**, v. 77, p. 204-230, 2011.

ROCHA, Andréa Presas. A efetividade dos direitos de cidadania nas relações de emprego - em defesa de uma eficácia direta. In: ROCHA, Andréa Presas; CALVO, Adriana; ALMEIDA, Renato Rua de. **Direitos Fundamentais aplicados ao direito do trabalho**. São Paulo: LTr, 2010.

ROMITA, Arion Sayão. **Direitos fundamentais nas relações de trabalho**. 2 ed. São Paulo: LTr, 2007.

ROSENVALD, Nelson. **Dignidade Humana e boa-fé no código civil**. São Paulo: Saraiva, 2005.

SAMPAIO, José Adércio Leite. **Direitos fundamentais: retórica e historicidade**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

SANTOS JÚNIOR, Rubens Fernando Clamer dos. **A eficácia dos direitos fundamentais dos trabalhadores**. São Paulo: LTr, 2010.

SANTOS, Boaventura Sousa Santos. **A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência**. 4 ed. São Paulo: Cortez, 2002.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 10 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais e direito privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais. **Boletim Científico. Escola Superior MPU**, Brasília, v. 4, n.16, p. 193-259 - jul./set. 2005.

SARMENTO, Daniel. **A ponderação de interesses na Constituição Federal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

SARMENTO, Daniel; GOMES, Fábio Rodrigues. A eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares: o caso das relações de trabalho. **Revista do Tribunal Superior do Trabalho**, Porto Alegre, v. 77, p. 60-101, 2011.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 22 ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

SILVA, Virgílio Afonso da. **A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares**. São Paulo: Malheiros, 2005.

SILVA, Virgílio Afonso da. Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção. **Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais**, v. 1, 2003, p.

607-630.

SIMM, Zeno. Os direitos fundamentais nas relações de trabalho. **Revista Ltr: Legislação do Trabalho**, São Paulo, v. 69, n. 11, p. 1287-1303, nov. 2005.

STEINMETZ, Wilson. **A vinculação dos particulares a direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros Editores, 2004.

STRECK, Lênio. **Hermenêutica jurídica em crise**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

SÜSSEKIND, Arnaldo et al. **Instituições de direito do trabalho**. 15. ed. São Paulo: LTr, 1995.

SUSSEKIND, Arnaldo. Direitos constitucionais trabalhistas. In: **Direitos sociais na Constituição de 1988: uma análise crítica vinte anos depois**. MONTESSO, Cláudio José; FREITAS, Marco Antônio de; STERN, Maria de Fátima Coelho Borges (Coord.). São Paulo: LTr, 2008, p. 45-49.

TARNAS, Richard. **A epopéia do pensamento ocidental**. Tradução de Beatriz Sidou. 9. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2011.

TEIXEIRA, José Horácio Meirelles. **Curso de direito constitucional**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991.

TEODORO, Maria Cecília Máximo. **O juiz ativo e os direitos trabalhistas**. São Paulo: LTr, 2011.

TEPEDINO, Gustavo. O código civil, os chamados microssistemas e a Constituição: premissas para uma reforma legislativa. In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). **Problemas de direito civil-constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 1-16.

TEPEDINO, Gustavo. **Temas de direito civil**. 3 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. t. 1.

TEODORO, Maria Cecília Máximo. **O juiz ativo e os direitos trabalhistas**. São Paulo: LTr, 2011.

TOLSTÓI, Liév. **Anna Kariênina**. São Paulo: Cosac Naify, 2005.

UBILLOS, Juan María Bilbao. ¿En qué medida vinculan a los particulares los derechos fundamentales? In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Constituição, direitos fundamentais e direito privado**. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

VASAK, Karel. **As dimensões internacionais dos direitos do homem**: manual destinado ao ensino dos direitos do homem nas universidades. Lisboa: Livros Técnicos e Científicos, 1978.

VIANA, Márcio Túlio. A proteção social do trabalhador no mundo globalizado: o Direito do Trabalho no limiar do século XXI. **Gênesis**, Curitiba, v. 14, n. 79, p.49-69, jul./1999.

VIANA, Márcio Túlio. **Direito de resistência**: possibilidades de autodefesa do empregado em face do empregador. São Paulo: LTr, 1996.