

UNIVERSIDADE CATÓLICA DE PERNAMBUCO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
PROGRAMA DE MESTRADO

Chafic Krauss Daher

APLICABILIDADE E EFICÁCIA DOS DIREITOS
FUNDAMENTAIS SOCIAIS TRABALHISTAS

A Eficácia Horizontal nas Relações de Trabalho

Recife (PE)
2011

UNIVERSIDADE CATÓLICA DE PERNAMBUCO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
PROGRAMA DE MESTRADO

Chafic Krauss Daher

APLICABILIDADE E EFICÁCIA DOS DIREITOS
FUNDAMENTAIS SOCIAIS TRABALHISTAS:

A Eficácia Horizontal nas Relações de Trabalho

Dissertação apresentada no Curso de Pós-Graduação em Direito, Programa de Mestrado, do Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Católica de Pernambuco, como requisito parcial à obtenção do título de Mestre, sob a orientação do professor Jayme Benvenuto Lima Júnior

Recife (PE)
2011

Chafic Krauss Daher

APLICABILIDADE E EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS TRABALHISTAS

A Eficácia Horizontal nas Relações de Trabalho

Dissertação apresentada no Curso de Pós-Graduação em Direito, Programa de Mestrado, do Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Católica de Pernambuco, como requisito parcial à obtenção do título de Mestre.

Orientador:

Prof. Dr. Jayme Benvenuto Lima Júnior (UNICAP)
Membro titular

Prof. Dr. Walber Moura Agra (UNICAP)
Membro titular

Prof. Dra. Eneida Melo Correia de Araújo (UFPE)
Membro titular

Prof. Dra. Marília Montenegro Pessoa de Mello (UNICAP)
Membro suplente

Prof. Dr. André Régis de Carvalho (UFPE)
Membro suplente

Aos meus pais, sempre incentivadores e possibilitadores da realização dos sonhos por mim acalentados.

Ao Pluto, fiel e inseparável companheiro, sempre deitado ao meu lado durante as infindáveis horas dedicadas à realização deste singelo e humilde trabalho.

RESUMO

A eficácia dos direitos fundamentais entre as partes contratantes das relações de trabalho, enquanto relação jurídico-privada, apresenta-se como relevante tema a ser analisado em função da dinâmica atual das relações subordinativas entre empregadores e empregados. Tal cenário revela-se bastante propício a sérias violações aos direitos fundamentais das partes envolvidas, sobretudo dos trabalhadores por serem a parte mais vulnerável de tais relações. Em busca da efetividade máxima que demandam, os direitos fundamentais dos empregadores e dos trabalhadores ocasionam conflitos ou colisões, assumindo função precípua a verificação da incidência dos direitos fundamentais em tais relações. A evolução hermenêutica fundamentada na força normativa da Constituição e a conseqüente constitucionalização do Direito Privado, inclusive do Direito do Trabalho, produziram significativas repercussões no campo dos direitos sociais trabalhistas. A partir da análise doutrinária e jurisprudencial, exploram-se questões como a delimitação conceitual e a fundamentalidade formal e material dos direitos fundamentais, adotando-se uma classificação para esses direitos. Estudam-se, ainda, os necessários limites aos direitos fundamentais, uma vez que não sendo direitos absolutos estão sujeitos a limitações ou restrições em benefício de outros bens ou direitos igualmente protegidos por normas constitucionais. Abordando-se o sistema de direitos fundamentais instituído pelo catálogo da Constituição Federal de 1988, estuda-se a aplicabilidade e eficácia dos direitos fundamentais no âmbito das relações jurídico-privadas, notadamente das relações de emprego. Após breves considerações a respeito da denominada eficácia vertical, compreendida como a vinculação dos poderes públicos em respeitar, proteger e promover os direitos fundamentais, procede-se à análise da eficácia horizontal dos referidos direitos, termo utilizado para designar a incidência desses direitos no seio das relações interprivadas. Assim como em quaisquer relações interprivadas, os direitos e liberdades públicas asseguradas aos cidadãos são integralmente mantidos nas relações de trabalho porventura celebradas. Embora existam correntes doutrinárias que negam aplicação aos direitos fundamentais nas relações mantidas entre sujeitos privados, ou, mesmo, correntes que a admitindo, somente a reconhecem de modo indireto ou mediato, nas relações privadas trabalhistas apenas a aceitação da eficácia direta ou imediata como regra geral possibilitará uma proteção efetiva aos direitos fundamentais dos trabalhadores. Consequentemente, referidos direitos poderão entrar em conflitos ou colisões com outros direitos, bens e valores também tutelados constitucionalmente, restando ao Poder Judiciário, solucioná-los. Para o desenvolvimento de tal função, assume importância a utilização de determinados instrumentos harmonizadores dos pontos de tensão existentes no ordenamento jurídico, como o princípio da proporcionalidade ou razoabilidade e a técnica da ponderação ou sopesamento na colisão de direitos fundamentais nas relações trabalhistas.

PALAVRAS CHAVES

DIREITOS FUNDAMENTAIS EFICÁCIA RELAÇÕES DE TRABALHO

ABSTRACT

The effectiveness of fundamental rights between the contracting parties of labor relations, while the legal and private, is presented as a relevant issue to be considered in the light of the current dynamics of subordinating relations between employers and employees. Such a scenario seems highly conducive to serious violations of fundamental rights of the parties involved, especially the workers because they are the most vulnerable part of such relationships. In search of maximum effectiveness they demand, the fundamental rights of employers and workers cause conflicts or collisions, assuming primary function of the review of the effects of fundamental rights in such relationships. The evolution hermeneutics grounded in normative force of the Constitution and the subsequent constitutionalization of private law, including the Labor Law, produced significant effects in the field of social labor. From the analysis of doctrine and jurisprudence, explores issues such as the conceptual delimitation and the fundamental procedural and substantive fundamental rights, adopting a classification for these duties. Study it was also necessary limits to fundamental rights, since no absolute rights and are subject to limitations or restrictions for the benefit of other property or rights equally protected by constitutional norms. Addressing to the system of fundamental rights established by the catalog of the Constitution of 1988, we study the applicability and effectiveness of fundamental rights within the legal and private relations, especially relations of employment. After some brief remarks about the so-called vertical efficiency, understood as the commitment of governments to respect, protect and promote fundamental rights, proceeds to the horizontal analysis of the effectiveness of such duties, a term used to describe the incidence of these rights within the interprivadas relations. As in any relationship interprivadas, the rights and liberties guaranteed to citizens are fully maintained in working relationships perhaps celebrated. Although there are doctrinal trends which deny fundamental rights application in the relationships between private persons, or even admitting that the current, only an indirect way to recognize or mediate in private labor relations only accepting direct or immediate effectiveness as a general rule enable effective protection of fundamental rights of workers. Consequently, these rights may come into conflict or collision with other rights, property values and also constitutionally protected, leaving the Judiciary to fix them. To develop such a function, the more important the use of certain instruments arrangers of the tension points in the existing law, the principle of proportionality or reasonableness and technical or weighing up the balance in the collision of fundamental rights in labor relations.

KEYWORDS

FUNDAMENTAL RIGHTS EFFECTIVE LABOR RELATIONS

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	09
1. DIREITOS FUNDAMENTAIS – ASPECTOS GERAIS.....	12
1.1. Origem e evolução histórica.....	12
1.2. As dimensões dos direitos fundamentais.....	16
1.3. Delimitação conceitual dos direitos fundamentais.....	21
1.3.1. Fundamentalidade formal e material na Constituição Federal de 1988: o conceito material aberto dos direitos fundamentais.....	25
1.4. Classificação dos direitos fundamentais.....	30
1.5. Limites dos direitos fundamentais.....	33
2. O SISTEMA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS: A FUNDAMENTALIDADE DOS DIREITOS SOCIAIS E LABORAIS.....	37
2.1 O catálogo dos direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988: O sistema de direitos fundamentais..	37
2.2. Os direitos sociais e os direitos fundamentais dos trabalhadores.....	42
2.2.1. O sistema internacional de proteção dos direitos sociais da Organização Internacional do Trabalho – OIT	45
2.2.2. A questão da fundamentalidade dos direitos sociais e laborais.....	48
2.3. O Poder Constituinte Reformador e os direitos fundamentais como cláusulas pétreas	50
2.3.1. Os direitos fundamentais sociais como cláusulas pétreas.....	53
2.4. A proibição de retrocesso no âmbito dos direitos fundamentais: Princípios e Fundamentos.....	57
2.4.1. Os efeitos da proibição de retrocesso nos direitos sociais.....	61
3. APLICABILIDADE E EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	64
3.1. A força normativa da Constituição.....	64
3.1.1. As reflexões ou teses constitucionais: Os fatores reais de poder da Constituição real de Ferdinand Lassalle X A força normativa da Constituição de Konrad Hesse.	64
3.1.2. A força normativa a partir da Constituição como centro unificador do Direito Privado.....	70
3.2. Superação da hermenêutica positivista clássica: As normas-princípios como vetores da interpretação constitucional pós-positivista.....	75
3.3. A dimensão objetiva dos direitos fundamentais: A eficácia irradiante e seus reflexos	

nas relações trabalhistas.....	83
3.4. A eficácia dos direitos fundamentais.....	85
3.4.1. A plena eficácia e aplicabilidade direta ou imediata das normas definidoras dos direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988.....	87
3.4.2. A eficácia vertical.....	92
3.4.3. A eficácia horizontal.....	94
3.4.3.1. As teorias da eficácia horizontal dos direitos fundamentais.....	98
3.4.3.1.1. A teoria da negação da eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas.....	99
3.4.3.1.2. A teoria da eficácia indireta ou mediata dos direitos fundamentais nas relações privadas.....	101
3.4.3.1.3. A teoria da eficácia direta ou imediata dos direitos fundamentais nas relações privadas.....	103
3.4.3.1.4. As teorias alternativas sobre a incidência dos direitos fundamentais nas relações privadas.....	108
4. APLICAÇÃO E EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELACÕES DE TRABALHO.....	113
4.1. A aplicação dos direitos fundamentais nas relações trabalhistas: A eficácia horizontal.....	113
4.2. A forma de incidência dos direitos fundamentais nas relações trabalhistas: A eficácia direta ou imediata.....	116
4.3. O princípio da proporcionalidade ou razoabilidade e sua utilização diante da colisão de direitos fundamentais no Direito do Trabalho.....	120
4.4. A técnica da ponderação ou sopesamento na colisão de direitos fundamentais nas relações trabalhistas.....	127
4.5. A eficácia direta ou imediata dos direitos fundamentais laborais específicos.....	131
4.6. A eficácia direta ou imediata dos direitos fundamentais laborais inespecíficos ou direitos da personalidade.....	134
CONCLUSÃO.....	139
REFERÊNCIAS.....	143

INTRODUÇÃO

Com o incessante avanço tecnológico nos sistemas de produção e na gestão empresarial, o cenário das relações de trabalho mostrou-se como bastante propício a sérias violações aos direitos fundamentais das partes envolvidas, sobretudo dos trabalhadores por serem a parte mais vulnerável de tais relações.

Inegavelmente, diante da efetividade que demandam, os direitos fundamentais dos empregadores e dos trabalhadores poderão ocasionar colisões. Para solução de tais demandas, assume função precípua a verificação da incidência dos direitos fundamentais no âmbito das relações jurídico-privadas, entre as quais está inserta a relação trabalhista.

Há de se destacar a evolução hermenêutica voltada para a força normativa da Constituição e a conseqüente constitucionalização do Direito Privado, inclusive do Direito do Trabalho. Evidencia-se que tais fatos produziram significativas repercussões no campo dos direitos sociais trabalhistas, tornando imprescindível a análise pormenorizada acerca da forma de incidência dos direitos fundamentais nas relações empregatícias – eficácia horizontal dos direitos fundamentais. Esse é o objetivo do presente estudo.

Para tanto, faz-se necessária a prévia exposição a respeito dos relevantes temas que envolvem os direitos fundamentais, desde sua origem até a concepção hodierna de tais direitos com a interpretação constitucional principiológica do pós-positivismo.

No capítulo primeiro, abordam-se aspectos gerais dos direitos fundamentais, iniciando-se por uma breve exposição histórica desde sua origem, contemplando-se os mais relevantes documentos consagradores de tais direitos, inclusive o estudo sobre as diversas dimensões dos direitos fundamentais, desde os assegurados na fase do liberalismo até os da época contemporânea. Apresenta-se, também, sua delimitação conceitual, explorando-se os aspectos da fundamentalidade formal e material, e adotando-se uma classificação para esses direitos. Apontam-se, ainda, os limites aos direitos fundamentais, pois apesar de sua extrema relevância no ordenamento jurídico, não se mostram como absolutos, comportando as restrições ou limitações necessárias.

No segundo capítulo, apresentam-se aspectos atinentes à questão da fundamentalidade dos direitos sociais e laborais, abordando-se o sistema de direitos fundamentais instituído diante do catálogo da Constituição Federal de 1988. Dando prosseguimento ao estudo, faz-se uma breve exposição sobre o sistema internacional de proteção dos direitos sociais da

Organização Internacional do Trabalho – OIT. Analisam-se, ainda, os direitos fundamentais, dentre eles os sociais trabalhistas, na condição de cláusulas pétreas e a consequente proibição de retrocesso aí incidente.

Dando prosseguimento ao estudo, inicia-se o capítulo terceiro a partir da denominada força normativa da Constituição, apontando-se as diversas reflexões ou teses sobre o documento máximo dos Estados – a Constituição e as concepções históricas dos fatores reais de poder de Ferdinand Lassalle *versus* a força normativa da Constituição de Konrad Hesse.

No mesmo capítulo, trata-se da força normativa a partir da Constituição como novo centro unificador do Direito Privado em substituição ao tradicional Código Civil, o que propiciou a superação da hermenêutica positivista clássica pela principiologia pós-positivista, isto é, as normas-princípios como vetores da nova interpretação constitucional.

Parte-se, então, para uma abordagem a respeito da aplicabilidade e eficácia dos direitos fundamentais no âmbito das diversas relações sócio-jurídicas, seja nas jurídico-públicas, seja nas contraídas entre sujeitos particulares. Inicialmente, são tecidas breves considerações sobre a dimensão objetiva dos direitos fundamentais com a sua eficácia irradiante e seus reflexos nas relações trabalhistas. Na sequência, analisa-se o que se denominou de eficácia vertical, assim com a vinculação positiva dos poderes públicos aos direitos dos cidadãos. Posteriormente, procede-se à análise da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, termo utilizado para designar a incidência desses direitos no seio das relações interprivadas, estudando-se detidamente as várias teorias sobre o tema, inclusive a que nega eficácia a esses direitos nas relações particulares.

Por fim, o capítulo quarto versa sobre a aplicação e eficácia dos direitos fundamentais na seara específica das relações de trabalho desenvolvidas sob subordinação jurídica – relações de emprego, assim como a sua forma de incidência nestas relações: direta ou imediata, independente de atuação estatal superveniente; ou indireta ou mediata, estando na dependência da intervenção do Estado, notadamente do legislador para sua plena eficácia.

Como em quaisquer relações interprivadas, os direitos e liberdades públicas asseguradas aos cidadãos são integralmente mantidos nas relações de trabalho porventura celebradas. Consequentemente, referidos direitos poderão entrar em conflito ou colisão com outros direitos, bens e valores também tutelados constitucionalmente, seja da coletividade, de outros trabalhadores ou suas entidades representativas ou dos empregadores.

Nesse contexto, os direitos fundamentais assegurados aos empregadores ou aos empregados não são absolutos, motivo pela qual, em determinadas situações, estarão sujeitos

a limitações ou restrições em benefício de outros bens ou direitos igualmente protegidos por normas constitucionais.

Tais contendas, submetidas ao crivo do Poder Judiciário, encontrarão solução através da utilização de determinados instrumentos, que se bem utilizados, revelam sua importância como mecanismos harmonizadores dos pontos de tensão existentes no ordenamento jurídico, como o princípio da proporcionalidade ou razoabilidade e a técnica da ponderação ou sopesamento na colisão de direitos fundamentais nas relações trabalhistas.

1. DIREITOS FUNDAMENTAIS – ASPECTOS GERAIS

1.1. Origem e evolução histórica

Embora já na época remota da cultura greco-romana, existisse uma discreta consideração atribuída aos direitos humanos, entendidos como direitos inerentes a todo ser humano, o reconhecimento amplo aos direitos fundamentais evidencia-se como fenômeno recente na história humana.

Outrossim, o próprio cristianismo, baseado na unidade da filiação, pela qual todos os seres humanos seriam filhos de um único Deus e dotados de um eminente valor, reconheceu a igualdade de todas as pessoas, servindo como supedâneo para uma futura e posterior elaboração de uma doutrina de defesa dos direitos humanos. Na concepção jusracionalista, todos os homens são livres por natureza, sendo portadores de determinados direitos natos quando passam a conviver em sociedade (MIRANDA, 1998, p. 20).

No início do processo de positivação e constitucionalização dos direitos dos cidadãos, apenas algumas garantias aos direitos fundamentais de determinados membros foram objeto de reconhecimento na sociedade ocidental.

Destacam-se, nesse âmbito, alguns documentos considerados como precursores das posteriores declarações de direitos fundamentais: a Constituição de João Sem-Terra de 1215, o *Petition of Rights* de 1628, o *Habeas Corpus Act* de 1679 e o *Bill of Rights* de 1689.

Saliente-se que referidos documentos, tidos como precursores do futuro reconhecimento dos direitos humanos, serviram apenas como declarações preconizadoras de parâmetros limitadores aos detentores do poder (Estado), não se vislumbrando, em sua aceção formal, um nítido e amplo reconhecimento de direitos fundamentais aos indivíduos.

Decorrentes das inúmeras revoluções ocorridas, a exemplo da Revolução Francesa, surgem as primeiras declarações dotadas de coercitividade jurídica com objetivo primordial de limitações das prerrogativas do Estado e impondo a este o dever de respeito e proteção aos direitos dos cidadãos.

Conseqüentemente, surgem nas diversas sociedades mundiais, inúmeros documentos preconizadores dos direitos dos cidadãos diante do Estado. A Declaração dos Direitos da Virgínia de 1776 reconheceu direitos aos seus cidadãos, estabelecendo a liberdade e

independência dos mesmos, assim como prevendo certos direitos inerentes ao seres humanos (JELLINEK, 2003, p. 193).

Da mesma forma, a Declaração de Independência dos Estados Unidos da América, datada de 4 de julho de 1776, foi responsável pela limitação do poder estatal, assumindo extrema importância no subsequente reconhecimento dos direitos fundamentais.

Em agosto de 1789, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, na França, reconhece os denominados direitos naturais, inalienáveis e sagrados do ser humano, mencionado a dignidade do homem e estabelecendo a liberdade e igualdade de direitos entre os homens (JELLINEK, 2003, p. 197).

Paulo Bonavides (2000, p. 516), comentando a Declaração francesa mencionada, entende que foi em decorrência deste documento que ocorreu a generalização dos direitos de liberdade e dignidade da pessoa humana como direito inerente, salientando a seguinte constatação:

[...] as declarações antecedentes de ingleses e americanos podia talvez ganhar em concretude, mas perdiam em espaço de abrangência, portanto de dirigiam a uma camada social privilegiada (os barões feudais), quando muito a um povo ou a uma sociedade que se libertava politicamente, conforme era o caso das antigas colônias americanas, ao passo que a Declaração francesa de 1789 tinha por destinatário o gênero humano. Por isso mesmo, e pelas condições da época, foi a mais abstrata de todas as formulações solenes já feitas acerca da liberdade.

Posteriormente, em 1791, com a Constituição Francesa e em busca de maior amplitude da liberdade e igualdade de direitos, assegurou aos cidadãos direitos com acesso ao emprego, liberdade de ir e vir, liberdade de expressão e de reunião, direito de petição e outros (FIORAVANTI, 2003, p. 143-144).

Com o advento da Constituição dos Estados Unidos da América, a *Bill of Rights* de 1791, reconheceu-se diversos direitos aos cidadãos, entre os quais: a liberdade religiosa, a liberdade de expressão, o direito de reunião, o direito de petição, o direito de portar armas para a própria segurança, a inviolabilidade do domicílio, a instituição do Tribunal do Júri, o reconhecimento do princípio do juiz natural, o direito de permanecer em silêncio em juízo criminal, o devido processo legal, a imparcialidade do órgão julgador, a proibição de penas cruéis e outros inúmeros (FIORAVANTI, 2003, p. 149-150).

A Constituição Francesa de 1793 abrangeu de forma explícita a existência dos direitos fundamentais dos indivíduos ao preconizar os direitos naturais e imprescritíveis de liberdade, igualdade, segurança e propriedade e o estabelecimento da igualdade legal entre todos os homens (FIORAVANTI, 2003, p. 145-148).

Embora a Inglaterra, a França e os Estados Unidos tenham sido as nações pioneiras no reconhecimento dos direitos fundamentais dos indivíduos, inspirado nos ideais liberais, gradativamente ocorreu tal fenômeno em diversas outras nações, ainda que com restrições iniciais a determinados direitos. É o caso da Espanha com a Constituição de Cádiz de 1812¹ e de Portugal com a Constituição Política da Monarquia Portuguesa de 1822², que limitaram o direito de liberdade de religião ao preconizar que a religião oficial seria a católica.

Significativo avanço sob o âmbito histórico para os direitos fundamentais foi o obtido pela Constituição da Bélgica de 1831³, compreendida como um documento vanguardista na medida em que reconheceu, de forma explícita, a liberdade de expressão, a liberdade religiosa, a liberdade de associação e de reunião, entre outros direitos.

Do mesmo modo, a Constituição Alemã de 1848 estabeleceu os denominados direitos fundamentais dos cidadãos. Saliente-se que daí decorre a origem da expressão “*direitos fundamentais*” tão utilizada hodiernamente. Como destaca Cristina Queiroz (2002, p. 26): “[...] a expressão utilizada, porém, não tinha por finalidade a criação de novos direitos, mas apenas o reconhecimento dos direitos já existentes. Isso já demonstraria o caráter pré-estatal e de indisponibilidade de tais direitos.”

Somente a partir do século XX, os textos constitucionais apresentaram previsão acerca dos direitos sociais, reconhecendo-os a todos os cidadãos. Nessa direção, o instrumento pioneiro foi a Constituição de Querétaro (México), na qual o Estado demonstrou maior interesse e preocupação sobre os direitos sociais, abandonando a concepção liberal da não-intervenção estatal (CAUPERS, 1985, p. 29-30)

Com efeito, a Constituição Política do México, datada de 1917⁴, representou significativo avanço na medida em que reconheceu diversos direitos fundamentais, assegurando o direito à educação, à liberdade de trabalho e à liberdade religiosa. Inovou, ainda, ao reconhecer, de forma expressa, alguns direitos dos trabalhadores, como a jornada laboral diária de oito horas, o direito de greve, a liberdade de organização e associação sindical, entre outros inúmeros.

¹ Cf. Biblioteca virtual Miguel de Cervantes. *Constituciones Hispano-americanas*. Constituição de Cádiz de 1812. Disponível na Internet: <<http://www.cervantesvirtual.com>> Acesso em: 27 out. 2010.

² Cf. Assembléia da República. *Constituição da Monarquia Portuguesa de 1822*. Disponível na Internet: <<http://www.parlamento.pt>> Acesso em: 13 dez. 2010.

³ Cf. Embaixada da Bélgica em Brasília (Brasil). *Informação geral*. Disponível na Internet: <<http://diplomatie.br/Brasília>>. Acesso em: 05 out. 2010.

⁴ Cf. Presidência da República. *Constituição Política dos Estados Unidos Mexicanos de 1917*. Disponível na Internet: <<http://constitucion.presidencia.gob.mx>> Acesso em: 25 set. 2010.

Apesar do inédito reconhecimento dos direitos sociais dos cidadãos, entende-se que apenas com a Constituição de Weimar de 1919, ocorreria o avanço do constitucionalismo liberal, que se preocupava tão somente com a questão da autonomia do indivíduo perante o Estado, para o constitucionalismo social, pelo qual o Estado passaria a intervir no domínio dos direitos fundamentais, inclusive os sociais, com fins solidários e de justiça social (ABRANTES, 2005, p. 218).

A referida Constituição de Weimar de 1919⁵ reconheceu inúmeros direitos e deveres fundamentais aos cidadãos, inclusive direitos sociais e econômicos, bem como garantido a plena liberdade de crença religiosa e consciência.

Em 1917, fruto da revolução de 1917, surge a Declaração Soviética dos Direitos do Povo Trabalhador e Explorado, objetivando a supressão da exploração do homem pelo próprio homem, instaurando o socialismo e abolindo a propriedade privada. Posteriormente, com a Constituição Soviética de 1918, reconheceu-se o princípio da igualdade, assegurando-se certa prestação de assistência aos mais necessitados, a fim de promover a igualdade (MORAES, 2003, p. 23).

A Carta do Trabalho da Itália, de 1927 contribuiu também significativamente para o avanço dos direitos sociais dos trabalhadores, assegurando a estes inúmeros direitos, como a liberdade sindical, contratos coletivos de trabalho, remuneração condizente com o trabalho, adicional noturno, férias, repouso semanal remunerado, previdência social, garantias indenizatória na dispensa sem justa causa ou arbitrária, entre outros (MORAES, 2003, p. 23).

Por fim, em 1948, um dos documentos de maior relevância na história dos direitos fundamentais, qual seja a Declaração Universal dos Direitos do Homem, da Organização das Nações Unidas (ONU), reconhece como fundamentos da liberdade, da justiça e da paz mundial, a dignidade humana e a igualdade de direitos entre os homens⁶.

Hodiernamente, as normas constitucionais das diversas nações têm promovido, de maneira sempre constante, o reconhecimento e garantia dos direitos fundamentais, à medida que avançam e evoluem as relações sócio-jurídicas travadas entre os indivíduos. Tal fato, obviamente, é percebido, sobretudo, no âmbito das relações laborais.

⁵ Cf. Facultad de Derecho de la Universidad de Valladolid. *Constituição do Império Alemão de 1919*. Disponível na Internet: <http://der.uva.es/constitucional/verdugo/Constitucion_Weimar.pdf> Acesso em: 27 out. 2010.

⁶ *Declaração Universal dos Direitos do Homem*. Disponível na Internet: <<http://www.un.org/spanish/aboutun/hrights.htm>>. Acesso em: 23 set. 2010.

1.2. As dimensões dos direitos fundamentais

Na concepção liberal-burguesa, os direitos fundamentais eram compreendidos como direitos de defesa dos cidadãos diante da interferência do Estado na sua liberdade e propriedade. Tais direitos, oriundos das revoluções liberais do século XVIII, impuseram ao Estado o dever de abstenção de quaisquer interferências na vida social e econômica dos indivíduos. Os direitos fundamentais eram visualizados como liberdades ou como garantias com fins a assegurar a não intervenção estatal no domínio particular. Portanto, direitos de defesa dos indivíduos perante o Estado.

Com a inevitável evolução das relações sociais e as conseqüentes transformações estatais, os direitos fundamentais passaram a ser visualizados como direitos a prestações, passando a contemplar, a partir do século XX, os direitos econômicos, sociais e culturais a todos os cidadãos.

Os valores ínsitos à Revolução Francesa, expressos pela famosa tríade da liberdade, igualdade e fraternidade, responsáveis pelas subseqüentes diferentes dimensões dos direitos fundamentais, serviriam como sustentáculos para a elaboração da teoria dos direitos fundamentais. Ingo Sarlet (2009, p. 45-51) acrescenta, ainda, mais dois conceitos para completar a tríade, qual seja o direito à vida e o princípio fundamental da dignidade da pessoa humana.

Com efeito, a evolução histórica dos direitos fundamentais acompanha a modernização estatal representada pela consagração do contemporâneo Estado Constitucional proveniente do processo de transição do Estado Liberal para o atual Estado Social e Democrático de Direito. Nesse contexto, assume especial importância a democracia enquanto garantia da liberdade do homem e dos direitos fundamentais.

Os direitos fundamentais nascem como expressão da própria condição humana, sendo compreendidos como direitos naturais e inalienáveis do homem, baseados na concepção jusnaturalista dos séculos XVII e XVIII. Somente a partir da Declaração dos Direitos Humanos da ONU tem início a fase da universalidade abstrata e concreta dos direitos fundamentais através da sua gradativa positivação pelo Direito Internacional.

O processo evolutivo dos direitos fundamentais é dividido em três etapas por K. Stern (1988 apud SARLET, 2009, p. 44 e ss.): a pré-história, até o século XVI; a fase intermediária, de afirmação dos direitos naturais do homem e da elaboração da doutrina jusnaturalista; e, por

fim, a fase da constitucionalização a partir de 1776 com as sucessivas declarações de direitos dos novos Estados americanos.

Desse modo, o surgimento e evolução dos direitos fundamentais despontam como conquista das lutas históricas travadas com o objetivo de defesa da liberdade das camadas sociais oprimidas e em busca da dignidade da pessoa humana.

Karel Vasak, em 1979, apresentou uma classificação dos direitos fundamentais em três gerações ou dimensões ⁷, adotada até os tempos atuais, baseando-se nas diversas fases de seu reconhecimento e evolução histórica.

Saliente-se que a denominada classificação dos direitos fundamentais em gerações ou dimensões representa mera sistematização didática, pelo simples fato de que os direitos fundamentais são dotados das características da universalidade, indivisibilidade e interdependência, internacionalização ou transnacionalidade, historicidade e unidade (ROMITA, 2009, p. 78-93).

Assim sendo, o fato de um determinado direito estar catalogado numa determinada dimensão não impede que o mesmo esteja diretamente envolvido com direitos de outras dimensões. É o caso do direito à paz, visualizado por Paulo Bonavides (2008, p. 82 e ss.), como um direito de quinta dimensão a partir da sua transladação da terceira dimensão. Ou seja, o direito à paz, compreendido não apenas como a ausência de guerra civil ou entre as nações, mas em todo sentido que possa assumir, é condição para a democracia, o desenvolvimento e o progresso social, econômico e cultural. Sendo pressuposto para a efetividade dos direitos fundamentais, reclama inserção em uma dimensão nova e autônoma.

A primeira dimensão, provenientes das revoluções burguesas dos séculos XVII e XVIII, assegurando o direito de liberdade; a segunda, fruto das revoluções sociais democratas, assegurando a igualdade; a terceira dimensão, buscando a proteção dos direitos de fraternidade.

Nesse contexto, cabe salientar que a doutrina contemporânea já reconhece a existência das quarta e quinta dimensões de direitos fundamentais, a exemplo de Paulo Bonavides (2008, p. 570-572), assim como da sexta dimensão (AGRA, 2010, p. 156-157).

Os direitos fundamentais de primeira dimensão caracterizam-se pelo caráter individualista proveniente da concepção liberal-burguesa do século XVIII, inspirada na

⁷ A utilização do termo “geração” tem sido objeto de crítica pela doutrina, por supor a substituição ou sucessão de uma geração por outra de acordo com a evolução histórica. Devido à característica da complementariedade dos direitos fundamentais, pela qual as novas concepções desses direitos somam-se às anteriores, a doutrina contemporânea tem utilizado o termo “dimensões” dos direitos fundamentais para designar o conteúdo de cada “geração” destes direitos. Cf. SARLET (2009, p. 45-46).

doutrina iluminista e jusnaturalista. Inicia-se a positivação das reivindicações burguesas nas Constituições ocidentais.

Nesta etapa, asseguram-se os direitos do indivíduo perante o Estado, configurando-se, basicamente, em direitos de defesa, prevalecendo a autonomia individual e limitando a intervenção estatal. São direitos considerados de cunho “negativo”, uma vez que não exigem uma ação positiva do Estado, mas sim uma abstenção, sendo reconhecidos como direitos de resistência ou de oposição diante do Estado, dividindo-se em direitos civis e políticos.

Estão compreendidos nesta primeira dimensão os direitos à vida, à liberdade, à propriedade e à igualdade perante a lei. Em um segundo momento, são incluídas as liberdades de expressão coletiva, incluindo-se a liberdade de expressão, de imprensa, de manifestação e de associação, assim como os direitos de participação política (voto), completando o rol dos direitos civis e políticos.

No século XIX, com a deflagração de inúmeros problemas de cunho social e econômico decorrentes do acentuado processo de industrialização e da organização dos movimentos da classe trabalhadora, passou-se a exigir do Estado uma participação mais ativa no reconhecimento dos direitos fundamentais. Trata-se do surgimento progressivo dos direitos de segunda dimensão. Por tal motivo, são direitos considerados de cunho “positivo”, vez que passaram a demandar do ente estatal uma maior intervenção assecuratória do que se denominou de direitos sociais, econômicos e culturais, superado-se a concepção anterior do individualismo e abrangendo a ideia de justiça social.

Os direitos de segunda dimensão caracterizam-se em direitos de prestações sociais pelo Estado, destacando-se a assistência social, saúde, educação, trabalho, entre outros. Além destes direitos de natureza prestacional ou “positiva”, reconheceu-se os direitos fundamentais dos trabalhadores, englobando-se salário mínimo, férias, descanso semanal remunerado, jornada de trabalho limitada, entre outros. Asseguraram-se, também, nesta fase, as liberdades sociais, das quais são exemplos a liberdade de sindicalização e o direito de greve.

Esta segunda dimensão abrangeu os direitos de natureza prestacional pelo Estado, os direitos sociais, econômicos e culturais, bem como os direitos coletivos ou das coletividades (BONAVIDES, 2008 p. 565).

Como bem salienta Ingo Sarlet (2009, p. 48):

[...] a exemplo dos direitos da primeira dimensão, também os direitos sociais (tomados no sentido amplo ora referido) se reportam à pessoa individual, não podendo ser confundidos com os direitos coletivos e/ou difusos da terceira dimensão. A utilização da expressão “social” encontra justificativa, entre outros aspectos que não nos cabe aprofundar neste momento, na circunstância de que 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 de extrema desigualdade que caracterizava (e, de certa forma, ainda caracteriza) as relações com a classe empregadora, notadamente detentora de um maior ou menor grau de poder econômico.

O ideal de compensar a desigualdade coincide com os princípios basilares inspiradores do Direito do Trabalho, notadamente o Princípio da Proteção, ao instituir instrumentos redutores da ínsita desigualdade presente nas relações laborais.

Prosseguindo na evolução histórica dos direitos fundamentais, surgidos em decorrência da revolução tecnológica e das novas necessidades sociais, exsurtem os direitos de terceira dimensão, com o traço característico da titularidade coletiva ou difusa, podendo ser até mesmo indefinida e indeterminada ou indeterminável, como costuma acontecer.

Ao contrário dos direitos da primeira e da segunda dimensão, que se referem ao ser humano individualmente considerado, os direitos de terceira dimensão destinam-se à proteção da coletividade, entendida como povo ou nação. Por isso, denominados de direitos de fraternidade ou de solidariedade, dos quais são exemplos os direitos à paz, à comunicação, à conservação do patrimônio histórico-cultural, à autodeterminação dos povos, ao meio ambiente equilibrado e à qualidade de vida.

Decorrente do processo de globalização dos direitos fundamentais, o Prof. Paulo Bonavides (2008, p. 577-593) defende a existência dos direitos de quarta dimensão: “A globalização política na esfera da normatividade jurídica introduz os direitos de quarta geração, que, aliás, correspondem à derradeira fase de institucionalização do Estado Social.” Elenca como exemplos dessa dimensão, os direitos à democracia – direito à Constituição, à informação – direito de acesso a todo e qualquer elemento que contenha registros sobre a pessoa e liberdade dos meios de comunicação e, por fim, ao pluralismo – possibilidade de constituição de associações de natureza política e de interesse geral social.

Walber de Moura Agra (2010, p. 155-156) designa como direitos de quarta dimensão a participação política efetiva, a garantia de institutos da democracia participativa, a liberdade ampla de informação, a pluralidade de informação, o aprimoramento do regime democrático, incluindo, também, a liberdade de mudança de sexo.

Interessante salientar que a maior parte dos direitos fundamentais de terceira e quarta dimensões ainda não se encontram devidamente positivados nos ordenamentos constitucionais hodiernos.

Os direitos de quinta dimensão, por sua vez, caracterizam-se pelas implicações éticas decorrentes das pesquisas científicas na seara da engenharia e manipulação genéticas – bioética. Representam uma reflexão acerca dos efeitos das intervenções científicas do homem sobre os seres vivos, com o desiderato de fixação de parâmetros éticos e normativos disciplinadores da conduta humana.

Por fim, os direitos de sexta dimensão referem-se aos direitos dos animais. Na disciplina do antigo Código Civil de 1916, os animais foram enquadrados como coisas e, por consequência, inadmissíveis em juízo como titulares de direito. O Código Civil de 2002⁸, no capítulo atinente à capacidade e personalidade, substituiu a palavra ‘homem’ pela palavra ‘pessoa’, removendo o principal obstáculo apontado pelos civilistas para o reconhecimento da personalidade jurídica dos seres irracionais. Dessa forma, separados os conceitos de pessoa natural e ser humano, assegura-se aos seres animais a possibilidade de serem titulares de direitos (GORDILHO, 2009, p. 32-33).

Sobre o processo de reconhecimento dos direitos fundamentais Ingo Sarlet (2010, p. 58 e ss.) afirma ser dinâmico e dialético, passando por avanços e retrocessos históricos, na medida em que alguns clássicos direitos de primeira e segunda dimensão estão sendo atualmente revigorados devido às formas de violação a estes valores tradicionais já incorporados ao patrimônio jurídico da humanidade.

Embora amplamente adotada a classificação ou divisão doutrinária dos direitos fundamentais em gerações históricas, há de se destacar a sua importância meramente didática, uma vez que referidos direitos destacam-se por suas características de unidade e indivisibilidade, regidos que são pelo princípio da indivisibilidade dos direitos humanos.

A respeito da classificação geracional dos direitos humanos, Jayme Benvenuto Lima Júnior (2007, p. 177-183), após criticá-la devido à limitação prática demonstrada pela incapacidade de estabelecer distinções claras entre tais direitos, adverte sobre a possibilidade de sua utilização para dificultar a plena efetividade de determinados direitos fundamentais, postergando sua validade a um futuro incerto.

É o que ocorre com a classificação referente à capacidade de aplicação imediata dos direitos fundamentais, pela qual os direitos civis e políticos, exigíveis pelos indivíduos contra o Estado, possuiriam validação imediata, ao passo que os direitos econômicos, sociais e culturais, ao demandarem ações de política públicas, somente seriam validados progressivamente a depender do desenvolvimento dos Estados.

⁸ “Art. 1º Toda pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem civil.” (Código Civil, 2002).

Contudo, tal distinção não subsiste diante da simples constatação de direitos trabalhistas exigíveis de imediato, diante da existência de uma adequada legislação.

Embora se reconheça a existência de determinadas diferenças entre os direitos fundamentais, incluindo-se as peculiaridades no que tange aos instrumentos de exigibilidade e efetividade, destaca-se através de sua característica da indivisibilidade, a impossibilidade de segregação desses direitos em compartimentos estanques. Sobretudo pela interdependência existente entre os direitos fundamentais, característica que exige o mínimo respeito a todos os direitos fundamentais para a sua plena efetividade, independentemente da classificação atribuída ao direito fundamental específico que se pretende ter materializado.

Apesar da cizânia doutrinária acerca da classificação geracional dos direitos fundamentais, inevitável a constatação de que possuem como sustentáculo os ideais de liberdade, igualdade e fraternidade ou solidariedade, somando-se o direito à vida e o supra princípio ou “superprincípio constitucional” (PIOVESAN, 2003, p. 393) da dignidade da pessoa humana, erigido pela Constituição de 1988⁹ como fundamento da República Federativa do Brasil, já que de certo modo, se sobrepõe aos demais princípios que dele derivam, servindo de fundamento maior para a elaboração da teoria dos direitos fundamentais.

1.3. Delimitação conceitual dos direitos fundamentais

Inicialmente, há de se ressaltar que a doutrina costuma utilizar diversas expressões de forma sinônima para designar a categoria dos direitos atribuídos às pessoas pelo mero fato de sua existência: *direitos fundamentais*, *direitos humanos*, *direitos morais*, *direitos naturais*, *liberdades públicas*, *direitos das pessoas*, *direitos subjetivos públicos*, entre outras.

Indubitavelmente, a cizânia maior tem se concentrado sobre a eventual distinção das expressões *direitos humanos* e *direitos fundamentais*.

Gomes Canotilho (2003, p. 393-394) afirma que as expressões ‘*direitos do homem*’ e ‘*direitos fundamentais*’ são frequentemente utilizadas como sinônimas. Sustenta, porém, que segundo a origem e significado poder-se-ia distingui-las da seguinte forma: ‘*direitos do homem*’ são direitos válidos para todos os povos e em todos os tempos, numa nítida dimensão jusnaturalista-universalista, ao passo que ‘*direitos fundamentais*’ são os direitos do homem,

⁹ Neste sentido, a Constituição brasileira dispõe que a República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito, tendo como fundamentos: [...] III- a dignidade da pessoa humana (CRFB/1988, art. 1º).

jurídico-institucionalmente garantidos e limitados espaço-temporalmente. Ressalta, ainda, que os denominados ‘*direitos do homem*’ arrancariam da própria natureza humana e daí o seu caráter inviolável, intemporal e universal; já os chamados ‘*direitos fundamentais*’ seriam os direitos objetivamente vigentes numa determinada ordem jurídico-concreta.

José Afonso da Silva (1996, p. 175-177) sustenta que, apesar da utilização frequente da expressão *direitos humanos* em declarações e convenções internacionais, a designação mais adequada seria *direitos fundamentais do homem*, considerando-se que além de referir-se a princípios que resumem a concepção do mundo e informar a ideologia política de cada ordenamento jurídico, é reservada para designar, no âmbito do direito positivo, as prerrogativas e instituições que ele concretiza em garantias de uma convivência digna, livre e igual para todos.

Desse modo, há uma propensão doutrinária no sentido de utilização da expressão *direitos fundamentais* para designação dos direitos positivados no ordenamento jurídico interno de cada nação; já a expressão *direitos humanos* restaria reservada para designação dos direitos naturais constantes das declarações e convenções internacionais, bem como a alguns dispositivos atinentes à dignidade, liberdade e igualdade do ser humano que ainda não constam positivados em algum estatuto jurídico-positivo.

Apesar de serem expressões distintas e com amplitudes diferentes, os direitos humanos e os direitos fundamentais estão intimamente ligados, já que as Constituições das diversas nações buscam inspiração nas declarações e tratados internacionais, notadamente na Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948.

Comumente, os direitos fundamentais reconhecidos por um determinado Estado não contemplam todo o elenco de direitos humanos reconhecidos no âmbito internacional. Em contrapartida, os direitos fundamentais assegurados poderão ir além desses direitos humanos, como ocorreu na Constituição brasileira de 1988 com os direitos sociais.

Em suma, a expressão *direitos humanos* é comumente utilizada para a designação dos direitos inerentes à existência humana enquanto pairam no âmbito supranacional ou internacional. Ao serem recepcionados no âmbito interno nacional e positivados no respectivo ordenamento jurídico seriam designados pela expressão *direitos fundamentais*.

Convém invocar a nomenclatura ‘direitos humanos fundamentais’ utilizada por Manoel Gonçalves Ferreira Filho (1996, p. 33) sob o argumento de que tal expressão ressaltaria, simultaneamente, a unidade entre as categoria ‘direitos humanos’ e ‘direitos fundamentais’, destacando, por outro lado, a principal distinção entre ambas, qual seja o âmbito de vigência.

Ingo Sarlet (2009, p. 28-29) ao defender a adoção da nomenclatura ‘direitos fundamentais’, posto que a Constituição de 1988 utilizou tal terminologia na epígrafe do Título II – “Direitos e Garantias Fundamentais”, ainda enfatiza que:

[...] a moderna doutrina constitucional, ressalvadas algumas exceções, vem rechaçando progressivamente a utilização de termos como “liberdades públicas”, “liberdades fundamentais”, “direitos individuais” e “direitos públicos subjetivos”, “direitos naturais”, “direitos civis”, assim como as suas variações, porquanto – ao menos como termos genéricos – anacrônicos e, de certa forma, divorciados do estágio atual da evolução dos direitos fundamentais no âmbito de um Estado (democrático e social) de Direito, até mesmo em nível do direito internacional, além de revelarem, com maior ou menor intensidade, uma flagrante insuficiência no que concerne à sua abrangência, visto que atrelados a categorias específicas do gênero direitos fundamentais [...]

Sobre essa discussão o eminente jurista Paulo Bonavides (2003, p. 560) ressalta que as designações *direitos humanos* ou *direitos do homem* são utilizadas frequentemente no âmbito da doutrina anglo-saxônica e latina, enquanto a expressão *direitos fundamentais* é típica da doutrina alemã.

Considerando-se que a Constituição brasileira de 1988 adotou como fundamento da República Federativa a dignidade da pessoa humana, sustentáculo principal da teoria dos direitos ora em estudo, bem como os demais argumentos expostos, adotar-se-á a expressão ‘*direitos fundamentais*’.

Exposta a celeuma doutrinária acerca das diversas designações utilizadas para nominar os direitos em estudo, com a conseqüente adoção da denominação a ser utilizada, resta a apresentação de um conceito do que vem a ser os direitos fundamentais.

De início, há uma convergência no sentido de serem os direitos fundamentais concebidos como aqueles atribuídos a todos os seres humanos, como os direitos mais básicos ou essenciais e importantes das pessoas, adotando-se o homem ou pessoa humana como foco central e destinatário de tais direitos.

Utilizando-se do aspecto puramente formal ou teórico, Luigi Ferrajoli (2004, p. 37) considera como direitos fundamentais aqueles direitos subjetivos que correspondam universalmente a todos os seres humanos enquanto dotados de *status* de pessoas, de cidadãos ou sujeitos com capacidade de agir, entendendo-se por direitos subjetivos a expectativa positiva – faculdade de agir – ou negativa – suscetibilidade de sofrer lesão – atribuída a um sujeito por meio de norma jurídica.

No entendimento de Perez Luño (2004, p. 20) a categoria dos direitos fundamentais mostra-se como a principal garantia à disposição dos cidadãos de um determinado Estado

Democrático de Direito, tendo em vista que o sistema jurídico-político deve orientar-se no sentido de respeitar e proteger a pessoa humana, seja em sua dimensão individual – Estado Liberal de Direito – seja em sua dimensão solidária, consequência da vida humana em grupo ou em sociedade – Estado Social de Direito.

Ainda de acordo com o jurista hispânico supracitado, o critério mais adequado para determinar a diferenciação entre ambas as categorias é o da concreção positiva, uma vez que o termo ‘direitos humanos’ se revelou conceito de contornos mais amplos e imprecisos que a noção de direitos fundamentais, de tal sorte que estes possuem sentido mais preciso e restrito na medida em que constituem 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 caráter básico e fundamentador do sistema jurídico do Estado de Direito (2004, p. 55 e ss. apud Ingo Sarlet, 2009, p. 31).

Na lição de Pedro C. Villalon (1989, p. 40-41 apud SARLET, 2010, p. 31), os ‘direitos fundamentais’ nascem e acabam com as Constituições, ao passo que a expressão ‘direitos humanos’ denota sentido mais amplo e impreciso, pois carentes de fundamentalidade formal típica dos direitos fundamentais, impedindo sua plena eficácia e efetividade, o que fica na dependência da homologação dos Estados.

Sob o aspecto subjetivo, os direitos fundamentais representam o estatuto jurídico dos cidadãos nas suas relações com o Estado e com os demais particulares. Embora concebidos originariamente como instrumento de defesa dos cidadãos frente ao Estado, tais direitos tendem a proteger a liberdade e segurança das pessoas diante dos outros membros do âmbito social.

Nos primórdios, não se vislumbrava razão para aplicação dos direitos fundamentais nas relações travadas entre os particulares, diante da existência de uma igualdade, ao menos formal, entre as pessoas do meio social. Apesar de tal igualdade formal, as relações jurídico-sociais mantidas entre os atores sociais comportam situações nas quais há nítida ausência de igualdade material, motivo pelo qual, desde a concepção do Estado Social de Direito, houve significativa mudança em tal entendimento com a corolária aplicação dos direitos fundamentais a todos os âmbitos do ordenamento jurídico-social.

Por conseguinte, os direitos fundamentais são concebidos como atributos naturais inerentes ao ser humano, correspondentes, em essência, aos valores maiores e supremos da dignidade, liberdade e igualdade, sendo devidamente tutelados pelo ordenamento jurídico-

positivo e atribuindo, via de consequência, o dever do Estado em garanti-los, respeitá-los e promovê-los.

1.3.1. Fundamentalidade formal e material na Constituição Federal de 1988: o conceito material aberto dos direitos fundamentais

Inerente ao conceito dos direitos fundamentais, está a nota característica da fundamentalidade, indicando a corolária distinção de tais direitos num sentido formal e num sentido material.

No direito alemão, Robert Alexy (2008, p. 67-69) elaborou a distinção, segundo os aspectos material e formal, das disposições de direitos fundamentais. Conforme tal concepção, o critério material expressaria o fundamento do próprio Estado, e por causa disso alcançaria o *status* fundamental. O aspecto estrutural ou formal, por sua vez, significaria tão somente a positivação no texto constitucional.

No direito pátrio, semelhante distinção foi construída, pela qual exsurgiu as concepções de fundamentalidade forma e material.

A ideia da fundamentalidade formal está intrínseca ao direito constitucional positivo, de modo que assim considera-se revestido da fundamentalidade formal aqueles direitos cuja previsão consta no ordenamento constitucional positivado.

Ingo Wolfgang Sarlet (2009, p. 74-75) destaca que a fundamentalidade formal resulta dos seguintes aspectos no direito constitucional pátrio: a) como parte integrante da Constituição escrita, os direitos fundamentais estão no ápice de todo o ordenamento jurídico, de modo que se trata de direitos de natureza supralegal; b) na qualidade de normas constitucionais, estão submetidos aos limites formais – em termos de procedimentos, e aos limites materiais – cláusulas pétreas da reforma constitucional (art. 60 da CF/88). Nesse aspecto, pelo fato de os direitos fundamentais constituírem “cláusulas pétreas”, a fundamentalidade formal assume uma dimensão simultaneamente material. É que o aspecto formal relaciona-se com a proteção do texto constitucional, onde estão positivados os direitos, contra uma supressão pelo poder reformador. A proteção, contudo, é outorgada pela fundamentalidade material dos valores protegidos; por fim, c) trata-se de normas diretamente

aplicáveis e vinculantes, de modo imediato, em relação aos entes públicos e privados, pela dicção do art. 5º, § 1º da CF/88.

Prosseguindo, o autor acima mencionado, destaca que a fundamentalidade material provém do fato de serem os direitos fundamentais elemento constitutivo da Constituição material, documento cujo conteúdo define a estrutura básica do Estado e da sociedade como um todo.

Assim, através do direito constitucional positivado, a ideia da fundamentalidade material possibilita a abertura da Constituição a outros direitos fundamentais não constantes expressamente de seu texto e, por conseguinte, apenas materialmente fundamentais, bem como a direitos fundamentais situados fora do catálogo positivado, mas integrantes da Constituição formal.

Considerando que a Carta Magna brasileira de 1988¹⁰ admite expressamente a existência de outros direitos fundamentais que não os já constantes do catálogo do Título II, seja com previsão ou não na Constituição, torna-se clarividente que uma conceituação meramente formal, entendendo-se como fundamentais apenas aqueles direitos assim reconhecidos pela Constituição, é insuficiente.

No que diz respeito ao aspecto da fundamentalidade, saliente-se que apenas através da análise de seu conteúdo, é possível verificar a denominada fundamentalidade material, uma vez que a mera análise formal nada revela sobre o conteúdo ou matéria do direito fundamental.

Com efeito, a conceituação dos direitos fundamentais, envolvendo o aspecto da fundamentalidade material, de forma abstrata e universal conduzirá, inexoravelmente, a uma certa dissociação com a relação a cada ordem jurídico-constitucional. Nesse ínterim, para uma devida conceituação, indispensável se faz a consideração da ordem constitucional concreta.

Nesse sentido, Javier Campo (1999, p. 19) sustenta que a conceituação de direitos fundamentais, com vinculação indispensável a um determinado ordenamento constitucional, abrange uma determinação hermenêutica, bem como dogmática com vinculação ao texto constitucional positivado.

¹⁰ Assim dispõe a CRFB/88 ao inaugurar o Título II- Dos Direitos e Garantias Fundamentais: “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] § 1º - As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata. § 2º - Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte. § 3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.”

Sendo notável a diferença de valoração conferida aos bens pelos inúmeros Estados, segundo suas necessidades, é nítido também o reconhecimento de determinados valores universais no que tange ao aspecto da fundamentalidade, a exemplo da vida, liberdade, igualdade e da própria dignidade humana.

Com efeito, numa dada ordem jurídico-constitucional, um determinado direito é considerado fundamental não apenas pela relevância do bem ou valor jurídico tutelado, mas pela importância atribuída conforme as opções eleitas pelo Constituinte. Tal assertiva se confirma através do tratamento conferido pela Constituição de 1988 aos direitos sociais dos trabalhadores, tendo revestido-os de fundamentalidade, o que não ocorreu nos ordenamentos constitucionais de outros países.

Todavia, não significa seja plausível a redução da ideia de direitos fundamentais a um conceito meramente formal ou nominal, entendidos assim apenas aqueles consagrados como tais de modo expreso, o que conduz à interpretação no sentido do conceito materialmente aberto do catálogo de direitos fundamentais no direito constitucional positivo brasileiro, mormente por expressa dicção do art. 5º, § 2º da CF/88.

Desse modo, a construção de um conceito do que vem a ser um direito fundamental deve tomar em consideração não apenas o aspecto formal – fundamentalidade formal, mas também o aspecto material – fundamentalidade de conteúdo ou material, que independe de sua previsão expressa ou implícita no sistema constitucional. Imperiosa, portanto, uma conceituação de cunho genérico e universal, propositalmente aberta, possibilitando sua constante adaptação diante do direito constitucional positivo.

Tendo em vista a distinção considerada sobre a terminologia ‘direitos humanos’ e ‘direitos fundamentais’, há de se ressaltar o fato de que uma conceituação de direitos humanos, enquanto posições jurídicas reconhecidas a todos os homens de todos os lugares indistintamente, no âmbito internacional, deve ter um caráter universal, desvinculado, a princípio, do direito constitucional positivo de determinado Estado, ainda que a este seja, parcial ou integralmente, aplicável diante da possível coincidência entre o catálogo dos direitos humanos e o dos direitos fundamentais, ou do reconhecimento pela ordem constitucional do Estado, de sua vigência e conseqüente eficácia no plano da ordem jurídica interna.

Por conseguinte, com base no conceito de Robert Alexy, e sem desprezo a abertura material consagrada expressamente pelo ordenamento constitucional positivo pátrio, os direitos fundamentais podem ser conceituados como todas aquelas posições jurídicas concernentes às pessoas, que, do ponto de vista do direito constitucional positivo, foram, por

seu conteúdo e importância (fundamentalidade material), integradas ao texto da Constituição e, portanto, retiradas da esfera de disponibilidade dos poderes constituídos (fundamentalidade formal), bem como as que, pelo seu objeto e significado, possam lhes ser equiparadas, agregando-se à Constituição material, tendo, ou não, assento na Constituição formal (SARLET, 2009, p. 77).

Para Robert Alexy (1994, p. 407) os direitos fundamentais podem ser definidos como aquelas posições que, do ponto de vista do direito constitucional, são tão relevantes, que seu reconhecimento ou não reconhecimento não pode ser deixado à livre disposição do legislador ordinário.

Nesse sentido, Jorge Miranda (2000, p. 07-09) distingue entre direitos fundamentais em sentido formal e em sentido material, sustentando que por direitos fundamentais entende-se os direitos ou as posições jurídicas ativas das pessoas enquanto tais, individual ou institucionalmente consideradas, assentes na Constituição, seja na Constituição formal, seja na Constituição material, daí exsurgindo direitos fundamentais em sentido formal e direitos fundamentais em sentido material.

Compartilhando do mesmo raciocínio, Vieira de Andrade (2001, p. 73) defende a existência de direitos fundamentais em sentido material que não o são formalmente, uma vez que não inclusos no catálogo previsto constitucionalmente.

Pelo exposto, é possível distinguir os direitos fundamentais entre aqueles positivados ou escritos - constantes no catálogo do Título II da Constituição Federal de 1988 ou mesmo dispersos no texto constitucional, assim como os decorrentes dos tratados internacionais dos quais o Brasil seja signatário, nos termos do art. 5º, § 2º da CF/88 e os direitos fundamentais não positivados ou escritos, grupo que abrange os direitos fundamentais implícitos e os decorrentes do regime e dos princípios adotados pela Constituição brasileira.

Inexoravelmente, o art. 5º, § 2º da CF/88 encerra uma cláusula aberta quanto ao conteúdo material, possibilitando o reconhecimento de direitos fundamentais que não se encontram positivados no texto constitucional, de modo que os direitos fundamentais não constituem um sistema fechado e isolado no corpo da Constituição. Como bem definiu Ingo Sarlet (2009, p. 78-80) trata-se de norma geral inclusiva já existente no sistema constitucional brasileiro desde 1891 que não apenas autoriza, mas impõe o reconhecimento dos direitos fundamentais que não constem expressamente do catálogo.

No âmbito dos direitos sociais, o art. 7º da Constituição de 1988¹¹ traz ínsita também uma cláusula de abertura no que tange aos direitos dos trabalhadores, já que dispõe de forma expressa que são direitos dos trabalhadores os que ali se encontram catalogados, além de outros que visem à melhoria de sua condição social (SARLET, 2009, p.93-96).

Assim, apesar de não reconhecido expressa e formalmente pelo texto constitucional, é possível a constatação da fundamentalidade material de um determinado direito, que se torna reconhecido como um autêntico direito fundamental, conforme permitido pelo art. 5º, § 2º da CF/88. Tais direitos implícitos, reconhecidos como fundamentais, possuem como sustentáculo os direitos fundamentais já existentes, que encerram verdadeiros princípios decorrentes do princípio maior da dignidade da pessoa humana.

Como exemplos de direitos fundamentais implícitos, entendidos como aqueles que não se encontram expressos no Título II da Constituição, pode-se elencar: o direito ao meio ambiente, o sigilo fiscal e bancário, o princípio da proporcionalidade, o direito à razoável duração do processo (reconhecido como direito fundamental expresso após a inclusão, pela Emenda Constitucional n. 45/2004) do inciso LXXVIII ao art. 5º da CF¹² e ao duplo grau de jurisdição, entre outros.

Dada à dificuldade de apresentação de um conceito definido e fechado dos direitos fundamentais, imperiosa se faz a adoção de um conceito aberto e flexível, que acompanhe naturalmente a evolução das relações sociais e do próprio direito constitucional positivo.

Em suma, a princípio, são duas as espécies de direitos fundamentais: os formal e materialmente fundamentais por estarem previstos expressamente no catálogo constitucional – Título II da CF/88 – e os apenas materialmente fundamentais, por não se encontrarem reconhecidos sob o aspecto formal. Doutrinadores existem, a exemplo de Vieira de Andrade (2004, p. 386 apud SARLET, 2009, p. 78 e ss.), que defendem a existência de uma terceira categoria: a dos direitos fundamentais reconhecidos apenas no plano formal, mas carentes da fundamentalidade de conteúdo ou material.

Portanto, a elaboração de um conceito dos direitos fundamentais deve tomar em consideração não apenas o aspecto formal – fundamentalidade formal, como também o aspecto material – fundamentalidade material, que será ditada pelo reconhecimento do constituinte ao grau de importância do bem ou valor jurídico tutelado.

¹¹ “Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: [...]”

¹² “Art. 5º [...]: LXXVIII a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.”

1.4. Classificação dos direitos fundamentais

A classificação dos direitos fundamentais não é apresentada na doutrina com uniformidade, havendo uma variedade das classificações conforme os critérios considerados por cada autor. Desse modo, serão abordadas as classificações mais utilizadas e preponderantes.

Sob a perspectiva do direito constitucional positivo brasileiro, a classificação dos direitos fundamentais tem-se demonstrado problemática não apenas devido à dificuldade de seleção dos inúmeros critérios existentes na doutrina ao esbarrarem nas peculiaridades do direito positivo, mas, sobretudo pela precária técnica legislativa do texto constitucional:

[...] Basta, contudo, um breve olhar sobre o texto constitucional, para que se percebam algumas das dificuldades apontadas. Assim, por exemplo, é possível perceber que, no âmbito dos direitos sociais (arts. 6º a 11 da CF), se encontram tanto direitos a prestações, quanto concretizações dos direitos de liberdade e igualdade, com estrutura jurídica diversa. Ainda no capítulo dos direitos sociais, há que registrar a existência de direitos com titulares diversos, de vez que os direitos e garantias dos arts. 7º a 11 são outorgados apenas aos trabalhadores, ao passo que os direitos sociais do art. 6º são, em princípio, direitos de todos. Além disso, constata-se que no capítulo dos direitos individuais e coletivos é possível encontrar até mesmo normas de conteúdo eminentemente positivo (normas-tarefa ou normas-programa), como demonstra o exemplo da proteção do consumidor (art. 5º, inc. XXXII), contendo, ainda, típicas garantias institucionais fundamentais, como é o caso da instituição do Tribunal do Júri (art. 5º, inc. XXXVIII). (SARLET, 2009, p. 160).

A Constituição de 1988 apresenta os direitos fundamentais elencados em quatro categorias no Título II: 1. Os direitos e deveres individuais e coletivos; 2. Os direitos sociais; 3. Os direitos da nacionalidade; 4. Os direitos políticos.

De início, cabe salientar divergência a respeito do regime jurídico atribuído aos grupos de direitos fundamentais expressos na Constituição. A controvérsia ocorre, sobretudo, em virtude da redação do art. 60, § 4º, IV, da CF/88¹³, ao prever que apenas os direitos e garantias individuais estão protegidos em face do poder reformador do constituinte.

Todavia, adotando-se uma interpretação sistemática e teleológica, não há como deixar de considerar que todos os direitos e garantias fundamentais da Constituição, incluindo-se os

¹³ “Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta: [...] § 4º - Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: I - a forma federativa de Estado; II - o voto direto, secreto, universal e periódico; III - a separação dos Poderes; IV - os direitos e garantias individuais.”

que estão fora do catálogo, são considerados cláusulas pétreas, constituindo-se em limites materiais à reforma constitucional, abrangendo não apenas os direitos e garantias individuais, mas também os direitos sociais, nos quais estão inclusos os direitos dos trabalhadores, os direitos da nacionalidade e, por fim os direitos políticos, estando todos revestidos de maior proteção face ao poder reformador.

Nesse ínterim, cumpre salientar que o Constituinte de 1988 contemplou a todos os direitos fundamentais com a mesma força jurídica e fundamentalidade, pelo que, em tese, todos os direitos fundamentais estão sujeitos ao mesmo regime jurídico.

Conforme já abordado acima, a classificação mais usual é a que distingue os direitos fundamentais em: escritos ou expressamente positivados na Constituição ou nos tratados internacionais dos quais o Brasil seja membro signatário; não-escritos, implícitos ou decorrentes do regime e dos princípios adotados. Cuida-se de classificação embasada no direito constitucional positivo pátrio, notadamente no art. 5º, § 2º da CF/88.

Um critério bastante utilizado para classificar os direitos fundamentais é o que os considera em seus aspectos formal e material: direitos fundamentais no sentido material e formal, compreendendo os direitos positivados no texto constitucional, bem como os não-escritos; e os direitos apenas materialmente fundamentais, compreendendo os direitos previstos em tratados internacionais. Tal distinção, todavia, demonstra relevância tão somente no caso de considerar-se que os direitos apenas materialmente fundamentais sujeitam-se a regime jurídico diferenciado, seja pelo fato de não terem a mesma hierarquia das normas constitucionais, ou tendo-a, não estarem abrangidos pelas cláusulas pétreas (SARLET, 2009, p. 159-161).

Outra classificação relevante é a elaborada pelo publicista alemão Georg Jellinek (1994 apud SARLET, 2009, p. 156-157) complementada posteriormente por Robert Alexy (2008, p. 175 e ss.) e adotada por Ingo Sarlet (2009, p. 166-167).

Segundo os autores supracitados, os direitos fundamentais podem ser classificados em dois grandes gêneros: 1. Os direitos de defesa; 2. Os direitos a prestações ou prestacionais (de natureza fática e jurídica).

Os direitos de defesa são os direitos a ações negativas diante do Estado, isto é, são os direitos dos cidadãos em face do Estado. Dividem-se em três grupos: direitos para que o Estado não impossibilite ou dificulte as ações do titular do direito; direitos para que o Estado não alcance determinadas características ou situações do titular do direito; e direitos para que o Estado não elimine determinadas posições jurídicas do titular do direito.

Canotilho (2003, p. 398 e ss.) considera os direitos de defesa como direitos “negativos”, estabelecendo um dever de abstenção dirigido aos destinatários passivos, sejam entes públicos ou privados.

Os direitos a prestações, por sua vez, são divididos em prestações em sentido amplo, abrangendo-se os direitos à proteção, à participação na organização e procedimento; e direitos a prestações em sentido estrito, representados pelos direitos a prestações materiais sociais, de natureza positiva, que demandam postura ativa do Estado.

A Constituição de 1988 preconiza como direitos de defesa os clássicos direitos de liberdade, representados pelos direitos individuais e coletivos. Como direitos a prestações, preconiza os direitos econômicos, sociais e culturais, dos quais são exemplos educação, saúde, segurança social, entre outros.

Saliente-se, contudo, a existência de direitos sociais que, paralelamente aos direitos sociais prestacionais, são classificados como direitos de defesa. Trata-se dos direitos sociais negativos ou liberdades sociais, dos quais são exemplos os direitos dos trabalhadores preconizados nos arts. 7º a 11 da CF/88.

Imperioso concluir-se que nem todos os direitos sociais revestem-se de natureza prestacional, pelo que referidos direitos podem caracterizar-se em direitos prestacionais de natureza positiva ou em direitos de defesa de cunho negativo, conforme exposto (SARLET, 2009, p. 162-168).

Joaquim José Gomes Canotilho (2003, p. 408 e ss.) visualiza, sob uma perspectiva dupla, os direitos fundamentais enquanto exercentes da função de direitos de defesa dos cidadãos. Num primeiro aspecto, constituem-se em normas de competência negativa para os poderes públicos, preconizando vedações ao Estado na interferência do plano jurídico individual; num segundo aspecto, possibilitam o exercício dos direitos fundamentais – liberdade positiva - , assim como de exigir omissões dos poderes públicos, evitando lesões – liberdade negativa.

Como exemplos de direitos de defesa previstos na Constituição de 1988, pode-se elencar: o direito de greve (art. 9º), a limitação da jornada de trabalho (art. 7º, XIII e XIV), o prazo prescricional (art. 7º, XXIX), as convenções e acordos coletivos de trabalho (art. 7º, XXVI), a proibição da discriminação e o princípio da isonomia salarial entre os trabalhadores (art. 7º, XXX), a vedação e proteção ao trabalho do menor (art. 7º, XXXIII), a liberdade de constituição e associação sindical (art. 8º), entre outros inúmeros (SARLET, 2009, p. 174).

Por conseguinte, os direitos de defesa, considerados direitos fundamentais de primeira dimensão, típicos do Estado Liberal, exigem abstenção por parte do Estado; ao passo que os

direitos a prestações ou de participação demandam uma atuação direta do ente estatal, impondo uma postura ativa com o objetivo de proporcionar aos cidadãos prestações de natureza jurídica e material. Trata-se dos denominados direitos fundamentais de segunda dimensão, provenientes da evolução do Estado Liberal-Burguês para o Estado Democrático e Social de Direito.

1.5. Limites dos direitos fundamentais

Uma das questões mais debatidas no âmbito doutrinário versa sobre a possibilidade de imposição de limites ou restrições aos direitos fundamentais.

Luís Aguiar de Luque (1993, p.10) define o termo ‘limite’ aos direitos fundamentais como toda “[...] ação jurídica que entranhe ou faça possível uma restrição das faculdades que, enquanto direitos subjetivos, constituem o conteúdo dos mencionados direitos.”

De início, incumbe salientar que devem ser considerados os limites jurídicos impostos aos direitos e não os limites de fato, entendidos como fatores sociais e econômicos representados pela escassez de recursos que se erige como obstáculo ao pleno exercício dos direitos assegurados, do qual é exemplo o exercício do direito ao trabalho no caso de escassez de empregos (PECES-BARBA MARTINEZ, 2004, p. 314-315).

Assim, tais limites podem ser definidos como ações ou omissões dos poderes públicos, seja do Executivo, Legislativo ou Judiciário, ou mesmo de particulares que dificultem, reduzam ou eliminem o acesso ao bem jurídico protegido, afetando o seu exercício – aspecto subjetivo – e/ou reduzindo deveres estatais de garantia e promoção – aspecto objetivo – resultantes dos direitos fundamentais (NOVAIS, 2003, p. 155-157).

Nesse ínterim, incumbe destacar que nem toda disciplina normativa acerca dos direitos fundamentais constitui limitação aos mesmos, visto que a não raramente a atividade normativa destina-se ao detalhamento ou regulamentação dos referidos direitos a fim de possibilitar seu respectivo exercício, e, portanto, servindo como instrumento de concretização dos próprios direitos fundamentais.

Situação distinta ocorre com as limitações dos direitos fundamentais, que objetivam reduzir o alcance de conteúdo através da imposição de “cargas coativas” (CANOTILHO, 2006, p. 346).

Sobre tais limitações, há de se diferenciar, ainda, as normas que limitam bens jurídicos protegidos *prima facie* ou limitações propriamente ditas, consistentes em mandados ou proibições dirigidos aos titulares dos direitos fundamentais; e as normas que determinam a competência estatal para estabelecer tais limitações, denominadas de reservas legais, que se caracterizam em autorizações constitucionais que possibilitam ao legislador impor restrições aos direitos fundamentais, não configurando limitações na acepção mais restrita do termo (ALEXY, 2008, p. 272-273).

As limitações aos direitos fundamentais devem possuir supedâneo constitucional, seja direto ou indireto, de forma que se pode visualizar três espécies de limitações: 1. Por expressa disposição constitucional; 2. Por norma legal promulgada com fundamento na Constituição; 3. Por força de colisões entre os próprios direitos fundamentais em cotejo.

Quanto a ultima espécie, dada a impossibilidade de o Constituinte e o legislador ordinário preverem e regularem todos os casos de eventuais colisões de direitos fundamentais, uma vez que estes caracterizam-se como posições jurídicas *prima facie*, a solução deverá ser buscada de modo casuístico. Ou seja, diante de cada situação concreta, através do juízo de ponderação, buscando a concretização de um dos direitos em detrimento do outro. A respeito:

[...] A solução desse impasse, como é corrente, não poderá dar-se com recurso à ideia de uma ordem hierárquica abstrata dos valores constitucionais, não sendo lícito, por outro lado, sacrificar pura e simplesmente um desses valores ou bens em favor do outro. Com efeito, a solução amplamente preconizada afirma a necessidade de se respeitar a proteção constitucional dos diferentes direitos no quadro da unidade da Constituição, buscando harmonizar preceitos que apontam para resultados diferentes, muitas vezes contraditórios. (SARLET, 2009, p. 394).

Ainda sobre as restrições dos direitos fundamentais que se produzem através dos limites jurídicos, a doutrina se concentra em torno de duas teorias: a absoluta e a relativa.

A teoria absoluta toma em consideração o pressuposto de que todo direito fundamental é integrado por uma parte nuclear, consubstanciada em seu conteúdo essencial, e por uma parte periférica, representada por um conteúdo acessório do referido direito.

Nesse diapasão, tal parte nuclear do direito fundamental é intangível, uma vez que o conteúdo essencial do direito não poderia sofrer restrição pelo legislador ordinário. Já a parte periférica poderia ser atingida por algum tipo de regulação.

A teoria relativa, do mesmo modo, admite que a parte periférica possa ser objeto de regulação pelo legislador ordinário, mas com a condição de que tais restrições sejam devidamente justificadas e com supedâneo explícito ou implícito no âmbito constitucional, através de um permissivo do legislador constituinte e não por vontade do legislador ordinário.

Em contraposição, destaque-se a doutrina de Duran Ribera (2002, p. 185-186 apud AMARAL, 2007, p. 48-49), que discorda da afirmação de que a expressão ‘conteúdo essencial’ assumo o sentido de que cada direito fundamental detenha um conteúdo nuclear e outro periférico, desacreditando o entendimento de que a esfera vedada ao legislador ordinário seja a primeira e não a segunda. Critica, ainda, que tal entendimento acarretaria sérios problemas hermenêuticos, argumentando que a proteção que brinda a Constituição aos direitos fundamentais não é absoluta, mas relativa, uma vez que exposta a determinados limites.

Para Aguilar de Luque (1993, p. 12-13) os direitos fundamentais, a princípio, não estão submetidos a limites e restrições, incidindo estes apenas diante da indispensável articulação com os direitos dos demais cidadãos.

Confrontando as teorias relativa e absoluta de limites aos direitos fundamentais, Prieto Sanchís (2003, p. 233) conjuga ambos os entendimentos, criando uma dupla barreira protetora:

[...] toda espécie de limitação de um direito fundamental somente pode ocorrer de forma perfeitamente justificada, e, além disso, deve respeitar o conteúdo essencial, ou, dito de outra maneira, ainda quando uma disposição limitadora conte em seu favor com boas razões, há de ser reputada ilegítima se chega a causar danos ao conteúdo mínimo ou essencial do direito fundamental.

A par das controvérsias doutrinárias, a limitação aos direitos fundamentais se justifica diante da premente necessidade de preservação de outros bens ou direitos constitucionais também relevantes, o que se dá através da ponderação de bens ou valores – princípio da proporcionalidade.

Com efeito, as regulamentações aos direitos fundamentais se mostram possíveis e necessárias com fim a preservação da paz social, tendo em vista a impossibilidade de o Estado assegurar ao indivíduo o gozo absoluto de seus direitos sem que tal exercício pleno implique violações aos direitos dos demais cidadãos.

Tais regulamentações, todavia, devem ocorrer segundo critérios de razoabilidade e proporcionalidade aos bens ou valores que se intenta proteger, uma vez que a força abrasiva que os caracteriza impede a implantação de obstáculos sem uma finalidade objetiva constitucionalmente aceita (HINES, 2005, p. 40-41).

Depreende-se, então que os direitos fundamentais podem ser alvo de limitações ou restrições, desde que embasadas em justificativas plausíveis e após o juízo de ponderação entre os direitos aparentemente conflitantes.

Por conseguinte, os direitos fundamentais não podem ser reputados como direitos absolutos, posto que seu exercício ilimitado por parte de um determinado indivíduo poderia representar afronta ou violação aos direitos dos demais cidadãos, comprometendo o objetivo primordial de todo o ordenamento jurídico, qual seja a paz social.

2. O SISTEMA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS: A FUNDAMENTALIDADE DOS DIREITOS SOCIAIS E LABORAIS

2.1. O catálogo dos direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988: O sistema de direitos fundamentais

A Constituição de 1988 representou importante marco no âmbito dos direitos fundamentais, concedendo aos mesmos relevância até então despercebida pela evolução constitucional brasileira.

Nesse ínterim, interessante salientar que a Constituição Brasileira de 1988, fruto do processo de redemocratização, apresenta três características notáveis e extensivas aos direitos fundamentais: “seu caráter analítico, seu pluralismo e seu forte cunho programático e dirigente.” (SARLET, 2009, p. 64).

Indubitavelmente, a Carta de 1988 denota seu caráter analítico devido ao amplo número de dispositivos legais, caracterizando-se como uma Constituição analítica. Tal fato, além de demonstrar o fim de salvaguardar as conquistas obtidas contra eventual supressão pelos Poderes constituídos, revela certa desconfiança em relação ao legislador infraconstitucional, devida, em parte, a fase ditatorial vivida anteriormente com intensas restrições das liberdades fundamentais (ROMITA, 1988, p. 70 e ss.).

O pluralismo decorre da assunção de compromissos e reivindicações nem sempre harmônicas entre si, provenientes das diversas tendências políticas no processo da Constituinte. Na seara dos direitos fundamentais, depreende-se tal característica pelo elenco de dispositivos atinentes aos direitos sociais, que passaram a ter previsão constitucional ao lado dos já previstos clássicos direitos de liberdade.

O cunho programático e dirigente, por sua vez, resta em evidência pelo significativo número de dispositivos constitucionais dependentes de posterior regulamentação legislativa, preconizando programas, diretrizes e imposições legiferantes a serem perseguidos e implementados pelos poderes constituídos. Apesar da redação do art. 5º, § 1º da CF/88, que preconiza a aplicabilidade imediata das normas referentes aos direitos fundamentais, é

possível, igualmente, a percepção de aspectos diretivos e programáticos no que tange aos direitos fundamentais.

A questão atinente a aplicabilidade e eficácia dos direitos fundamentais será analisada em capítulo próprio.

No direito constitucional positivo, o sistema de direitos fundamentais foi objeto de inovações desde a sua localização topográfica, como bem ressalta Ingo Sarlet (2009, p. 66):

[...] assume posição de destaque a situação topográfica dos direitos fundamentais, positivados no início da Constituição, logo após o Preâmbulo e os princípios fundamentais, o que, além de traduzir maior rigor lógico, na medida em que os direitos fundamentais constituem parâmetro hermenêutico e valores superiores de toda a ordem constitucional e jurídica, também vai ao encontro da melhor tradição do constitucionalismo na esfera dos direitos fundamentais.

Do mesmo modo, inovou a Constituição de 1988 na utilização da terminologia “direitos e garantias fundamentais” ao invés da arcaica expressão “direitos e garantias individuais” de suas antecessoras, demonstrando a evolução constitucional pátria.

Contudo, inovação de destaque ocorreu no âmbito dos direitos sociais. É que enquanto nas Cartas anteriores, os direitos sociais tinham lugar no capítulo da ordem econômica e social e, em sua maioria, revestidos de caráter programático, na Carta de 1988, referidos direitos ganharam capítulo próprio inserto no catálogo dos direitos fundamentais. Com isso, salvaguardou-se, seu reconhecimento como legítimos direitos fundamentais.

Como já salientado, significativo avanço constitucional ocorreu através do disposto no art. 5º, § 1º da CF/88, pelo qual as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais detêm aplicabilidade imediata.

A maior preocupação do Constituinte de 1988 no tocante à proteção dos direitos fundamentais fez-se demonstrar, igualmente, através da inserção destes nas denominadas cláusulas pétreas, previstas no art. 60, § 4º.

Todavia, a ausência de uma técnica legislativa apropriada é um dos aspectos negativos do catálogo dos direitos fundamentais, que frequentemente, acarreta problemas de cunho hermenêutico na aplicação dos referidos dispositivos.

Note-se, por exemplo, a redação do caput do art. 5º, bem como do art. 6º, que elenca, de forma genérica, os direitos sociais básicos, sem detalhar o seu conteúdo, que somente restou explicitado nos capítulos da ordem econômica e social. Tal atecnia enseja problemas quanto aos dispositivos situados fora do Título II que, de fato, integram os direitos fundamentais sociais.

Nesse diapasão, cumpre ressaltar, com fundamento na lição de José Carlos Vieira de Andrade (1987, p. 94-95), que as normas constitucionais que tratam sobre a organização econômica, social e política podem ser consideradas, simultaneamente, garantias e condições de efetivação dos direitos fundamentais, sem que com estes, contudo, venham a se confundir, pois que uma diluição dos direitos fundamentais na organização estatal implicaria em desvirtuar o seu sentido. Outrossim, tal conclusão não afasta a possibilidade de identificação de normas consagradoras de direitos fundamentais fora do catálogo, inclusive na parte organizatória da Constituição, como sói ocorrer no direito constitucional pátrio.

Por outro lado, há de ressaltar a existência de diversos preceitos elencados no Título II que não se caracterizam, pelo menos sob o aspecto material, como direitos fundamentais. Antes, caracterizam-se como normas organizacionais e que, portanto, poderiam ter sido deixados para ser objeto de regulação infraconstitucional. É o caso dos incisos XLII e XLIII do art. 5º, dos arts. 12 a 17, dos incisos I a IV do § 3º e do § 4º ao 8º do art. 14, entre outros.

Não obstante, é imperioso o reconhecimento, a referidos dispositivos, da fundamentalidade, ao menos, formal, uma vez que eventual divergência, no caso, deve cingir-se ao âmbito da fundamentalidade material.

A ausência de sistematização também surge evidente no que tange à localização topográfica dos dispositivos que preveem a aplicabilidade direta dos direitos fundamentais (art. 5º, § 1º) e a cláusula de abertura para outros direitos fundamentais não expressos no texto da Constituição (art. 5º, § 2º). Apesar de sua indiscutível importância, ambos encontram-se previstos apenas no final do art. 5º e antes dos demais direitos fundamentais que integram o Título II.

A despeito da amplitude de direitos previstos no rol do Título II, o Constituinte foi omissivo com relação à previsão de restrições ou limites aos direitos fundamentais. Sobre a matéria:

A proteção do núcleo essencial (*Wesensgehalt*) 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. 69).

Com efeito, a existência das atenuações mencionadas na técnica legislativa da Constituição Federal de 1988, ao disciplinar os direitos fundamentais, não inviabiliza a

identificação de um verdadeiro sistema de direitos fundamentais, de suma importância diante dos efeitos produzidos pela hermenêutica a ser utilizada.

A controvérsia a respeito da aplicação da noção de sistema ao conjunto dos direitos fundamentais tem origem na doutrina germânica, possuindo como seu maior defensor o jurista alemão Günter Dürig, para quem a Lei Fundamental consagrou um sistema de direitos fundamentais abrangente e completo, sem a existência de lacunas, com base no princípio da dignidade da pessoa humana, responsável pela concretização dos referidos direitos (DÜRIG, 1956, p. 119 e ss. apud SARLET, 2009, p. 70).

Em contraposição à aplicação da ideia de um sistema autônomo e fechado integrado pelos direitos fundamentais, exsurge a doutrina de Konrad Hesse, para quem os direitos fundamentais, embora agrupados em um catálogo e apresentando determinadas similitudes de conteúdo, representam garantias pontuais destinadas à proteção de determinados bens e posições jurídicas passíveis de ameaças. A dispersão dos direitos fundamentais no texto constitucional, a ausência de fundamentação direta de todos os direitos fundamentais no princípio da dignidade da pessoa humana, assim como a estreita vinculação dos referidos direitos com as demais normas constitucionais são fatores impeditivos da constatação da existência de um sistema autônomo e fechado, livre de lacunas (HESSE, 1995, p. 136).

Na doutrina pátria, a ideia de sistema de direitos fundamentais é defendida, igualmente, com supedâneo no princípio fundamental da dignidade da pessoa humana, consubstanciado no art. 1º, III, sob o argumento de que os direitos fundamentais são concretizações do referido princípio, que confere unidade a todo o sistema (FARIAS, 1996, p. 54-55).

Contudo, diante do método e forma utilizados pela técnica legislativa da Constituição Federal de 1988, não há como identificar-se um sistema independente de direitos fundamentais fechado e isolado do demais dispositivos constitucionais. É que por dicção expressa do art. 5º, § 2º, preconizou-se o conceito materialmente aberto dos direitos fundamentais, indicando a existência de direitos fundamentais positivados em outras partes dispersas do texto constitucional e nos tratados internacionais dos quais o Brasil seja signatário, bem como os não-escritos ou implícitos nas normas constantes do catálogo e os decorrentes do regime e dos princípios da Constituição.

Acresça-se, ainda, a ausência de identidade de conteúdo no catálogo dos direitos fundamentais, dada a diversidade das matérias abrangidas, inviabilizando o estabelecimento de uma relação de generalidade e especialidade, pressuposto para a caracterização do que se

denomina sistema. Além disso, também não é possível afirmar-se que todos os direitos fundamentais originam-se, de forma direta, do princípio da dignidade da pessoa humana.

Nesse contexto, cumpre ressaltar o entendimento de Pères Luño (1995, p. 153), posto que perfeitamente aplicável à Constituição brasileira, no sentido de que se admitindo a existência de um sistema dos direitos fundamentais, é insustentável reconhecê-lo como um autêntico sistema autônomo e autossuficiente, mas um sistema aberto e flexível a novos conteúdos e integrado ao restante de toda a ordem constitucional, compreendida como um sistema aberto de regras e princípios.

Assim, admitindo-se a existência de um sistema dos direitos fundamentais, com supedâneo no princípio da dignidade da pessoa humana, admite-se a noção de coerência interna, inerente a ideia de sistema, que no plano do direito constitucional positivo, se traduz através da unidade axiológico-normativa. Referida unidade é embasada não apenas pela vinculação estabelecida com os valores e princípios fundamentais, mas em outros aspectos evidenciados pelo direito constitucional positivo, notadamente pelo princípio da aplicabilidade direta e imediata dos direitos e garantias fundamentais consagrado no art. 5º, § 1º da CF/88.

Em consonância com o acima exposto, cumpre ressaltar entendimento de Guilherme Braga Peña de Moraes (1997, p. 89-90), para quem o princípio da dignidade da pessoa humana, consubstanciado no art. 1º, III, da Carta Magna, constitui fundamento da unidade absoluta, sendo conceituado com uma das proposições diretoras que deverão ser consideradas pela atuação estatal, que por sua vez, deverá ser pautada pela identidade da pessoa humana, pelos direitos fundamentais por esta titularizados, pela sua dimensão e função social. Corresponde à base, à finalidade da sociedade e do próprio Estado, sendo através do princípio da dignidade da pessoa humana que o Direito Constitucional pátrio reconhece a pessoa humana como detentora de dignidade própria e de um valor em si mesma, insuscetível de sacrifício por um interesse coletivo.

Tais aspectos permitem reconhecer à categoria das normas constitucionais preconizadoras dos direitos fundamentais características comuns e distintivas, diferenciando-as das demais normas constitucionais, ainda que não existam normas constitucionais desprovidas de um mínimo de eficácia jurídica.

Como elemento reforçador da existência de um sistema de direitos fundamentais, destaca-se, ainda, a característica da proteção diferenciada atribuída aos referidos direitos, pois que o Constituinte de 1988 inseriu nas denominadas cláusulas pétreas (art. 60, § 4º, IV da

CF/88) os direitos e garantias fundamentais, impondo-os como limites materiais à reforma constitucional.

Por conseguinte, no direito constitucional pátrio, ainda que exista uma identidade apenas relativa de conteúdo, outros elementos distintivos há, a exemplo do princípio da aplicabilidade direta e imediata e da blindagem especial através das cláusulas pétreas, que permitem identificar a existência de um sistema dos direitos fundamentais, desde que compreendido como um sistema aberto, flexível e com autonomia ou independência apenas relativa em relação a um sistema maior com o qual se relaciona, qual seja o sistema constitucional do qual é parte integrante.

Embora inexista diferença de hierarquia entre as diversas normas constitucionais, imperioso se faz reconhecer a posição privilegiada dos direitos fundamentais na Constituição, servindo como parâmetros para uma interpretação conforme das demais normas constitucionais e infraconstitucionais.

Tal posição privilegiada dos direitos fundamentais em relação aos demais dispositivos da ordem constitucional, contudo, deve ser compreendida tomando-se em consideração o princípio da unidade da Constituição, solucionando-se os eventuais conflitos através do instrumento da ponderação dos direitos ou princípios envolvidos, adotando-se a interpretação sistemática, e dando preeminência a determinados valores em detrimento temporário de outros diante do caso concreto, sem que isso signifique a eliminação de tal valor preterido do ordenamento jurídico.

2.2 Os direitos sociais e os direitos fundamentais dos trabalhadores

O surgimento gradual das diversas dimensões dos direitos fundamentais mantém conexão direta com a evolução social e histórica das sociedades.

Os Direitos do Homem são direitos históricos nascidos em determinadas circunstâncias que se caracterizam por lutas em defesa de novas liberdades contra velhos poderes, e nascidos de forma gradual, não todos de uma vez, nem de uma vez por todas (BOBBIO, 1992, p. 100).

Tais direitos fundamentais originam-se devido à busca por maiores liberdades sociais. Na seara dos direitos sociais, notadamente por conta da organização e crescimento dos

movimentos dos trabalhadores, e em busca de uma valorização maior do trabalho, enquanto ordem social, em detrimento do capital, compreendido como ordem econômica.

A inclusão dos direitos sociais nas Constituições contemporâneas demonstra a necessidade de proteção da dignidade da pessoa humana do trabalhador ao consignar, de forma expressa, os direitos do cidadão trabalhador.

A Constituição Francesa de 1793 consignou formalmente o direito ao trabalho. Prosseguindo com o avanço, a Constituição de 1848, com nítida preocupação de combate ao desemprego, foi o primeiro texto constitucional a reconhecer os direitos fundamentais dos trabalhadores através da previsão dos direitos de formação profissional, de igualdade entre empregadores e empregado, de intervenção estatal com a finalidade de combate ao desemprego, entre outros (ANDRADE, 2009, p. 57 e ss.).

A Constituição do México de 1917, da mesma forma, inseriu em seu texto os direitos sociais, tutelando a dignidade da pessoa humana, ao estabelecer determinados direitos, como a jornada diária de oito horas, jornada reduzida para o trabalho noturno, proibição do trabalho infantil, proteção à maternidade, proibição da dispensa imotivada, mediante pagamento indenizatório, garantia da liberdade de sindicalização e negociação coletiva, direitos de greve, seguro social, salário mínimo e equiparação salarial para a mesma função, meio ambiente de trabalho digno, entre outros.

A Constituição de Weimar (Alemanha) de 1919 trouxe a previsão de inúmeros direitos sociais num elenco meramente exemplificativo e não taxativo, estabelecendo verdadeiros princípios destinados à preservação da dignidade do trabalhador, assegurando o direito ao trabalho, o seguro social, o contrato coletivo de trabalho, a participação dos empregados no conselho de administração da empresa, liberdade sindical, e outros.

Como bem frisou José Carlos Vieira de Andrade (2001, p. 57), a inserção dos direitos sociais nas Constituições, enquanto direitos fundamentais dos trabalhadores, ocorreu de forma pioneira, no Ocidente, nas Constituições do México de 1917 e da República de Weimar de 1919, embora logo nos primeiros diplomas constitucionais houvesse algumas referências a tais direitos, como nos arts. 21 e 22 da Declaração de Direitos de 1773.

As Constituições de Portugal (de 1976) e da Espanha também demonstraram significativo avanço no tratamento dos direitos sociais, ambas influenciadas pela Constituição de Weimar.

No Brasil, o maior avanço se deu com a Constituição de 1988, que em consonância com as demais Constituições do período pós-Segunda Guerra Mundial, consagrou o Estado Democrático de Direito, com concepção de um Estado Social, almejando a concretização do

valor da dignidade humana, ocasionando como consequência a constitucionalização inédita dos direitos fundamentais, inclusive com a inclusão dos direitos sociais em seu elenco.

Aliás, segundo ensinamento valioso de Norberto Bobbio (1992, p. 100 e ss.), os denominados Direitos do Homem constituem-se em elementos imprescindíveis para a existência e sustentabilidade da democracia, desenvolvendo os direitos fundamentais a função instrumental para a efetivação do princípio democrático.

O Constituinte de 1988, diante da necessidade de conceder maior proteção aos direitos fundamentais, elegeu-os como princípio fundamental da Constituição. No intuito de fornecer ao cidadão brasileiro os direitos fundamentais como autênticas garantias inerentes a sua existência, elencou nos cinco capítulos do Título II – “Dos Direitos e Garantias Fundamentais”: os “Direitos e Deveres Individuais e Coletivos” (Capítulo I, art. 5º); os “Direitos Sociais” (Capítulo II, arts. 6º ao 11); os direitos “Da Nacionalidade” (Capítulo III, arts. 12 e 13); “Dos Direitos Políticos” (Capítulo IV, arts. 14, 15 e 16); e, por fim, “Dos Partidos Políticos” (Capítulo V, art. 17).

Nesse ínterim, conforme já salientado, cumpre destacar que o catálogo de direitos fundamentais acima mencionado não é exaustivo, até mesmo por expressa dicção do art. 5º, § 2º.

A partir de 1988, os direitos fundamentais ganham nova dimensão constitucional com a previsão de tais direitos para além da primeira dimensão, consagrando-se também os direitos de segunda dimensão ou sociais, entre os quais se incluem os direitos laborais. A bem da verdade, há de se compreender que os direitos de primeira dimensão desempenham também a importante função de proteção dos direitos sociais.

O Estado constitucional, no intuito de organização do poder político e limitação de sua respectiva atuação, reconhece os direitos fundamentais dos cidadãos, de forma a delimitar a atuação estatal diante do respeito aos direitos, seja individuais ou coletivos.

No campo das relações sociais do trabalho, esse tratamento é refletido através da previsão constitucional expressa dos direitos fundamentais do homem trabalhador. Desse modo, a Carta de 1988 instituiu os direitos do trabalhador, direitos fundamentais de segunda dimensão, no art. 7º e seus incisos, bem como os direitos fundamentais coletivos nos arts. 8º e seus incisos e 9º, referentes, respectivamente à organização e associação sindicais e ao direito de greve.

Cumpre explicitar que quando a Constituição garante, no art. 6º, o direito ao trabalho, está se referindo a toda e qualquer relação de trabalho, compreendendo-se como tal todos os cidadãos que possam vir a desenvolver uma atividade produtiva. Por outro lado quando a

Constituição elenca, em seu art. 7º, os direitos dos trabalhadores, refere-se ao cidadão trabalhador inserido numa relação de emprego, na qual está ínsita a subordinação jurídica (LOBATO, 2006, p.57).

2.2.1. O sistema internacional de proteção dos direitos sociais da Organização Internacional do Trabalho – OIT

Com o objetivo de promover padrões internacionais de condições de trabalho, fundase através do Tratado de Paz de 1919, no período pós Primeira Guerra Mundial, a Organização Internacional do Trabalho – OIT, organismo internacional com personalidade jurídica de direito público.

A Organização Internacional do Trabalho foi criada para exercer a função primordial de regular as condições dos trabalhadores no âmbito mundial. Os Estados foram encorajados a não apenas elaborar e aceitar as Convenções Internacionais, instrumentos normativos da OIT referentes a inúmeras matérias trabalhistas, mas também a cumprir e efetivar estas novas obrigações internacionais (CASSESE, 1990, p.172 apud PIOVESAN, 2010, p. 117).

Em 1946, reconheceu-se na sua Constituição, a denominada Declaração de Filadélfia, ser a OIT o primeiro organismo internacional especializado das Nações Unidas a reconhecer responsabilidade pelas questões atinentes aos direitos sociais e trabalhistas.

A Organização Internacional do Trabalho é organização tripartite, integrada por representantes dos governos, dos trabalhadores e dos empregadores dos seus Estados-membros, destinada a promoção da constante melhoria das condições de trabalho e da justiça social, possuindo funções normativas e de colaboração técnica.

Na esteira da lição fornecida por Arnaldo Süssekind (2000, p. 21), com a Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948, os direitos fundamentais passaram a ser considerados fonte de máxima hierarquia no mundo jurídico.

Com base no princípio fundamental da dignidade da pessoa humana, a OIT toma em consideração a pessoa humana trabalhadora não apenas numa perspectiva individual, mas também coletiva ou institucional, assegurando o direito de livre organização sindical e de greve com o desiderato de garantir o pleno e efetivo exercício das liberdades públicas pelo cidadão trabalhador.

Tendo em vista que a finalidade maior da OIT, e supedâneo para sua criação, é garantir a promoção e efetivação de um trabalho humanitário e digno por parte de todos os Estados, o preâmbulo da Constituição da OIT já aponta os instrumentos para o alcance de tal desiderato: o combate ao desemprego, a regulamentação da jornada de trabalho, a proteção dos trabalhadores contra acidentes de trabalho, a seguridade social através das aposentadorias, a liberdade sindical e outros.

A OIT desempenha, como já salientado, funções normativas, através, sobretudo, de suas inúmeras convenções e recomendações sobre as mais diversas matérias trabalhistas e sociais, assim como a função técnico-operacional de cooperação para com os Estados-Membros, através do dever de colaboração da própria Organização para com estes, seja por mecanismos técnicos, seja por propiciar condições efetivas para a ratificação ou observância de suas normas.

Assim, a partir da década de 90, com o processo de globalização econômica, enfatizando o capital em detrimento do valor social do trabalho, a OIT intensificou suas atividades visando o fortalecimento e modernização do seu sistema normativo.

Com o objetivo de promover a proteção dos direitos fundamentais voltados para o trabalho, em 1994, a OIT juntamente com a Organização Mundial do Comércio – OMC, apresentou um conjunto de cláusulas sociais com aplicação de sanções, cujo objeto era garantir direitos mínimos de abrangência internacional. Diante disso, todas as nações-membros da OMC estariam obrigadas a obedecer aos princípios constantes das cláusulas sociais da OIT.

Em 1995, o Conselho de Administração da OIT definiu sete convenções que passaram a ser consideradas como direitos fundamentais dos trabalhadores, iniciando intensa campanha de adesão junto aos países membros ¹⁴.

As sete convenções referidas são: Convenção 87 – Liberdade Sindical e Proteção do Direito de Sindicalização; Convenção 98 – Proteção contra atos anti-sindicais e Direitos à Negociação Coletiva; Convenções 29 e 105 – Proteção contra o Trabalho Escravo; Convenção 100 – Igualdade e Equiparação Salarial; Convenção 111 – Discriminação e, por fim, Convenção 138 – Proteção contra o Trabalho Infantil.

Em 2000, com a vigência da Convenção 182, sobre as piores formas de trabalho infantil, a mesma passou e a integrar o rol das convenções fundamentais.

¹⁴ REUNIÃO DO CONSELHO DE ADMINISTRAÇÃO DA COMISSÃO DE EXPERTOS EM APLICAÇÃO DE CONVENÇÕES E RECOMENDAÇÕES, 279ª, 2000, Genebra, Suíça. Informe III GB. 279/LILS/4. Genebra: OIT, p. 17.

Em 1998, a Conferência Internacional do Trabalho estabeleceu a “Declaração dos Princípios e Direitos Fundamentais do Trabalho” (OIT, SUÍÇA, 2001), que preconiza:

[...] Os Estados-Membros, incluídos os que não tenham ratificado as convenções mencionadas a seguir, têm a obrigação, pelo único motivo de pertencerem à Organização, de respeitar, promover e implementar os princípios relativos aos direitos fundamentais: a liberdade de associação e a liberdade sindical e o direito à negociação coletiva; a eliminação de toda forma de trabalho infantil; a eliminação da discriminação em matéria de emprego e de ocupação.

A Declaração dos Princípios e Direitos Fundamentais do Trabalho, destinada a conferir maior proteção aos direitos fundamentais do cidadão trabalhador sob a ótica dos direitos sociais, caracteriza-se pelo seu forte cunho principiológico, sem, no entanto, possuir um caráter meramente programático, uma vez que se impõe a observância imediata do preceito de suas normas.

Estabelece logo, em seu art. 1º, que seus princípios e direitos devem se desenvolver sob a forma de direitos e obrigações específicos nas convenções que foram reconhecidas como fundamentais, seja dentro ou fora da Organização, demonstrando, nitidamente, que a observância dos referidos princípios vai além do âmbito interno, alcançando o plano internacional e extrapolando as relações de Estados, atingindo todas as relações horizontais, como instrumento de proteção dos direitos fundamentais do cidadão trabalhador (LOBATO, 2006, p. 112).

No art. 2º, declara o compromisso de todos os Membros pelo fato de pertencerem à Organização, ainda que não tenham ratificado as convenções referidas, no sentido de respeitarem e promoverem, conforme a Constituição, os princípios relativos aos direitos fundamentais constantes das convenções que tratam da liberdade sindical e negociação coletiva, da eliminação de todas as formas de trabalho forçado ou obrigatório, abolição do trabalho infantil e eliminação da discriminação em matéria de emprego.

Saliente que o referido artigo 2º é emblemático ao preconizar a internacionalização como instrumento eficaz e universal para a internalização através da proteção dos direitos fundamentais dos trabalhadores, sendo autêntica norma internacional de aplicação imediata.

Destarte, a OIT tem-se revelado como relevante órgão de promoção e defesa dos direitos sociais dos trabalhadores no cenário mundial, gozando referidos princípios constantes das convenções abrangidas pela Declaração dos Princípios e Direitos Fundamentais do Trabalho do status de patrimônio da humanidade, não sendo, inclusive, passível de revisão.

Expostos alguns aspectos atinentes aos direitos fundamentais dos trabalhadores, autênticos direitos sociais, cumpre abordar a problemática referente a sua fundamentalidade.

2.2.2. A questão da fundamentalidade dos direitos sociais e laborais

No Estado Social e Democrático de Direito, os direitos fundamentais assumem função de extrema relevância na ordem jurídico-constitucional, revelando-se como um dos instrumentos mais eficazes para a implementação desse modelo de Estado.

Inobstante a Constituição Brasileira de 1988 prever, em seu art. 1º, que o País constitui-se em Estado Democrático de Direito, imperioso o reconhecimento de que a concepção de Estado Social está ínsita no contexto da Carta Magna. Tal assertiva é justificada, entre outros motivos, pela previsão expressa e conseqüente relevância atribuída aos direitos sociais, inclusive com a previsão inédita, no texto da Constituição, de inúmeros direitos fundamentais aos trabalhadores.

Com efeito, se a tradição das Constituições dos séculos XVIII e XIX era contemplar apenas os denominados direitos fundamentais de liberdade, nas Constituições do século XX, além da previsão de referidos direitos, passou-se a consagrar também os direitos sociais, econômicos e culturais.

A concepção moderna consiste em considerar os direitos fundamentais com um dos instrumentos de realização de um autêntico Estado Democrático e Social de Direito, buscando a concretização do princípio da dignidade da pessoa humana, bem como dos valores de igualdade, liberdade e justiça (SAMPAIO, 2004, p.233).

A busca incessante da efetividade dos direitos fundamentais apóia-se no fundamento maior representado pelo princípio da dignidade da pessoa humana, consubstanciado na dignidade de todas as pessoas e que serve de fonte ética para os direitos de liberdade, assim como para os direitos sociais, econômicos e culturais. O sistema dos direitos fundamentais adota como unidade de valor a dignidade da pessoa humana, compreendendo-se a pessoa humana como fundamento e fim da sociedade e de próprio Estado (MIRANDA, 1998, p. 166-167).

A Constituição de 1988, intitulada de Constituição-cidadã, dada a preocupação em garantir a dignidade plena do cidadão brasileiro, demonstrou significativo avanço em não se

contentar apenas com a previsão dos direitos fundamentais de primeira dimensão, indo além destes para prever os direitos de segunda dimensão, entre os quais estão inseridos os direitos sociais.

São, justamente, os direitos sociais que se destacam como um dos mais relevantes instrumentos de realização do princípio da dignidade da pessoa humana, parâmetro indispensável para a aplicação, interpretação e integração dos direitos fundamentais na ordem jurídico-constitucional.

No direito constitucional positivo, os direitos sociais desfrutam da fundamentalidade material, aferida sob o exame do conteúdo, como também da fundamentalidade formal, uma vez que expressamente preconizados no Título II da Constituição Federal de 1988, denotando-se a maior proteção jurídica atribuída pelo Constituinte de 1988.

Conforme já explanado anteriormente, sob o aspecto material, a fundamentalidade baseia-se na relevância atribuída ao bem ou valor jurídico pela sociedade, que, posteriormente, poderá ser objeto de reconhecimento pelo constituinte no plano formal, através da normatização de um determinado direito fundamental na seara constitucional, o que representa a atribuição, desta feita, pelo constituinte, da importância daquele determinado bem ou valor jurídico.

No tocante aos direitos sociais, como já afirmado, houve o reconhecimento expresso de sua fundamentalidade formal no extenso catálogo dos direitos fundamentais da Carta de 1988 (Título II), não havendo o que se contestar sobre a sua fundamentalidade material, pois que já amplamente debatida e reconhecida pelo Poder Constituinte Originário, a quem a sociedade delegou poderes para a elaboração da Constituição, inclusive para estabelecer os direitos fundamentais (SARLET, 2009, p. 63 e ss.).

Interessante salientar que a Constituição Federal de 1988 estabeleceu a República Federativa do Brasil como um Estado social e democrático de Direito com fundamento nos princípios da dignidade da pessoa humana, dos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa (art. 1º), com objetivos fundamentais de construção de uma sociedade livre, justa e solidária e erradicação da pobreza e marginalidade, bem como redução das desigualdades sociais (art. 3º).

Destarte, com base nas premissas expostas pelo próprio Constituinte, vislumbra-se não apenas seu dever de fazer incluir os direitos sociais no catálogo dos direitos fundamentais, como fornecer instrumentos de implementação dos direitos fundamentais assegurados, possibilitando ao Estado constituído a realização do seu dever de concretizar os objetivos traçados.

Com base nestes fundamentos, resta plenamente justificada a inclusão e conseqüente reconhecimento dos direitos sociais, inclusive dos laborais, no rol dos direitos formal e materialmente fundamentais. Esta a posição predominante na doutrina nacional, a exemplo de Ingo Sarlet (2009, p. 137 e ss.) e Paulo Bonavides (2008, p. 554 e ss.).

Nesse diapasão, Jorge Miranda (1998, p. 168-169) defende a existência da presunção de ser materialmente fundamental um determinado direito fundamental formal, pelo simples fato de sua inclusão, pelo constituinte, no rol dos direitos fundamentais, sendo despicienda a demonstração de sua fundamentalidade material. Somente para os direitos que restaram fora do catálogo constitucional demonstra-se necessária a averiguação de sua fundamentalidade material, pela inteligência do disposto no art. 5º, § 2º da CF/88.

Com efeito, sabiamente, o Constituinte de 1988 elencou como direitos fundamentais os direitos sociais, pois que preconizados no Título II (art. 7º), que disciplina os direitos e garantias fundamentais, no que representou significativa evolução constitucional, como já salientado, uma vez que nas Cartas precedentes os direitos sociais estavam dispostos nos capítulos da ordem econômica e social, sendo reputados como meras normas programáticas dirigidas ao legislador ordinário, e, por conseguinte, com eficácia limitada.

Pelo exposto, fica reservada ao plano meramente teórico, qualquer discussão doutrinária tendente à exclusão dos direitos sociais do sistema dos direitos fundamentais ao argumento de não serem referidos direitos materialmente fundamentais ou naturais do homem.

Contra tal entendimento, há de se ressaltar que o constituinte deve considerar como fundamentais não apenas os direitos naturais do homem, mas também levar em consideração a evolução dos direitos fundamentais representada pela suas diversas dimensões, que guardam compatibilidade com o momento histórico vivenciado pela sociedade.

2.3. O Poder Constituinte Reformador e os direitos fundamentais como cláusulas pétreas

Em virtude da sua fundamentalidade formal e material, os direitos fundamentais gozam da indispensável proteção outorgada pelo próprio sistema constitucional positivo, com

o fim de que referidos direitos sejam salvaguardados diante do Poder Constituinte Reformador, e tutelando-se, em última instância, a própria identidade da Constituição.

Um dos mecanismos da sobredita proteção constitucional foi a inclusão dos direitos fundamentais no rol das denominadas cláusulas pétreas, nos moldes do art. 60, § 4º, IV da Constituição Federal de 1988, pelo qual se estabeleceu limites materiais para a reforma dos referidos direitos.

Com efeito, se ao Poder Constituinte Originário são concedidos poderes ditos ilimitados para a criação da nova ordem constitucional, ao Poder Constituinte Reformador são impostos determinados limites preestabelecidos pelo Poder Constituinte Originário, vinculado que está aquele Poder às normas de competência, organização e procedimento preconizados na Constituição com o desiderato de manutenção da identidade da ordem jurídico-constitucional vigente.

Assim, com o intuito de conferir proteção aos direitos fundamentais, a Constituição de 1988 impôs uma série de limitações de ordem temporal, formal e material ao legislador.

No que tange a limitação de ordem temporal, que se caracteriza por vedar a ação do órgão revisor em relação às emendas constitucionais durante um determinado lapso de tempo, pode-se afirmar que a Carta de 1988, genericamente, não a impôs¹⁵.

Por outro lado, adotou limitações rígidas de ordem formal no tocante à iniciativa, deliberação e aprovação das emendas constitucionais, como se verifica pelo disposto no art. 60, incisos I, II e III e nos § 2º e 3º. Trata-se da denominada rigidez constitucional para a alteração de suas normas.

Já os limites materiais, expostos também no art. 60, objetivam a proteção do conteúdo constitucional, ou seja, dos seus princípios e fundamentos, com a consequente manutenção do núcleo essencial da Constituição instituído pelo Poder Originário. Desse modo, é vedado ao legislador constitucional reformar o conteúdo essencial da Constituição, exceto em flagrante desconexão da norma com a realidade sócio-política que tenha implicado na perda de sua força normativa.

¹⁵ A exceção fica por conta do art. 60, § 1º e § 5º:

“Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta: I - de um terço, no mínimo, dos membros da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal; II - do Presidente da República; III - de mais da metade das Assembleias Legislativas das unidades da Federação, manifestando-se, cada uma delas, pela maioria relativa de seus membros. § 1º - A Constituição não poderá ser emendada na vigência de intervenção federal, de estado de defesa ou de estado de sítio. § 2º - A proposta será discutida e votada em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, considerando-se aprovada se obtiver, em ambos, três quintos dos votos dos respectivos membros. § 3º - A emenda à Constituição será promulgada pelas Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, com o respectivo número de ordem. § 4º - Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: I - a forma federativa de Estado; II - o voto direto, secreto, universal e periódico; III - a separação dos Poderes; IV - os direitos e garantias individuais. § 5º - A matéria constante de proposta de emenda rejeitada ou havida por prejudicada não pode ser objeto de nova proposta na mesma sessão legislativa.”

Neste contexto, com base na doutrina clássica de Carl Schmitt (1928 apud MENDES, 1994, p. 250-251), defende-se, na doutrina pátria, que uma eventual reforma constitucional não poderá jamais ameaçar a identidade e continuidade da Constituição, de tal modo que a existência dos limites materiais expressos exerce a relevante função de cunho protetivo, impedindo a destruição da ordem constitucional, e mais, vedando a reforma dos seus elementos essenciais.

Via de regra, os limites materiais são caracterizados como cláusulas pétreas com o fim de garantir a manutenção dos princípios, dos direitos fundamentais e das formas de Estado e de governo instituídos pelo Poder Constituinte Originário, obstaculizando alterações por emendas constitucionais ou por normas infraconstitucionais e o seu consequente esvaziamento por ação do Poder Constituinte Reformador.

A existência destes limites materiais expressos na Constituição, comumente denominados de “cláusulas pétreas” ou “garantias de eternidade” não exclui outras limitações não expressas no texto constitucional. São os denominados limites materiais implícitos ou não-escritos segundo nos expõe Nelson de Souza Sampaio (1954, p. 92 e ss.).

José Joaquim Gomes Canotilho (1992 apud SARLET, 2010, p. 424) enfatiza bem a função das cláusulas pétreas: “[...] as Constituições, via de regra, possuem as chamadas cláusulas pétreas, sob pena de se transformarem em Constituições provisórias, ao estar sujeito seu conteúdo, a qualquer momento e mediante regras simples, a modificações pelo poder reformador.”

Incumbe ainda salientar, com base em doutrina capitaneada por Paulo Bonavides (2008, p. 202 e ss.), a existência dos limites materiais implícitos ou tácitos à mudança constitucional, além dos já expressamente preconizados na Constituição. Tais limites dizem respeito à extensão da norma, à modificação do processo propriamente dito de revisão e a uma possível substituição do Poder Constituinte Derivado pelo Originário. Por consequência, não se admite ao Poder Constituinte Derivado a reforma dos princípios fundamentais da Constituição, sob pena de desfigurá-la em sua própria identidade.

A fixação dos limites implícitos à reforma constitucional deve ser pautada à luz do direito constitucional positivo, ou seja, as limitações implícitas devem ser deduzidas diretamente da Constituição e levando-se em consideração os princípios cuja restrição ou supressão implicaria a ruptura da ordem constitucional.

Desse modo, os princípios fundamentais do Título I (art. 1º ao 4º da CF/88) constituem limites materiais implícitos à reforma constitucional, salientando-se que a maior parte destes princípios foi incluída no rol das cláusulas pétreas (art. 60, § 4º). Da mesma forma, as normas

sobre o Poder Constituinte e sobre a reforma da própria Constituição também se constituem em limites tácitos (SARLET, 2010, p. 417).

Nesse ínterim, cumpre destacar a impossibilidade de alteração ou supressão das normas estabeledoras de requisitos e limites à reforma constitucional (normas estabeledoras dos limites materiais – art. 60 da CF/88) pelo Poder Constituinte Reformador. É que admitir tal possibilidade significaria comprometer a identidade da Constituição, uma vez que permitiria inclusive a alteração e/ou até a supressão das cláusulas pétreas.

Assim, o Poder Constituinte Derivado deve ficar limitado aos poderes concedidos pelo Poder Constituinte Originário, não podendo avocar para si poderes que não lhe foram deferidos por quem de direito.

2.3.1. Os direitos fundamentais sociais como cláusulas pétreas

O sistema constitucional vigente estabeleceu instrumentos de cunho formal para a proteção dos direitos fundamentais, consagrando-os como cláusulas pétreas (art. 60, § 4º, inc. IV da CF/88) e preconizando a sua aplicabilidade imediata (art. 5º, § 1º da CF/88), que será objeto de estudo no próximo capítulo.

Entretanto, relevante cizânia doutrinária emerge a partir da análise do art. 60, § 4º, inc. IV da Constituição, que versa sobre os limites materiais expressos à reforma constitucional. É que referido dispositivo, ao fixar as denominadas cláusulas pétreas, faz referência expressa apenas as direitos e garantias individuais.

Exsurge, a partir de tal redação, dúvida a respeito do alcance de tal norma para abranger também os demais direitos fundamentais, inclusive os direitos sociais. A doutrina não guarda uniformidade na interpretação desse dispositivo por conta das distinções entre as categorias nas quais se classificam os direitos fundamentais, notadamente as que os separam entre direitos fundamentais de defesa e direitos fundamentais prestacionais.

Verificam-se, no âmbito doutrinário, três segmentos principais que se diferenciam quanto à fixação da amplitude ou alcance das cláusulas pétreas no que tange aos diversos direitos fundamentais.

A primeira corrente, utilizando-se de uma interpretação meramente literal, defende a aplicação do alcance restrito do art. 60, § 4º, inc. IV, estando protegidos com o *status* de

cláusulas pétreas apenas os direitos individuais previstos no art. 5º da Constituição, ficando à míngua de proteção os direitos sociais, os direitos políticos, os direitos de nacionalidade e os direitos coletivos dispostos no art. 5º.

A segunda corrente defende a posição de cláusulas pétreas apenas para os direitos materialmente fundamentais, deixando ao livre arbítrio do legislador e do julgador a fixação de um determinado direito como fundamental.

O terceiro segmento doutrinário, por sua vez, defende um alcance máximo do dispositivo em comento, para abrangar todos os direitos fundamentais como cláusulas pétreas. Estão abrangidos não apenas os direitos fundamentais previstos no Título II da Constituição, como também os que se encontram dispersos ao longo do texto constitucional.

Particularmente, com relação aos direitos sociais, há no direito pátrio, entendimento que defende a exclusão dos direitos sociais do manto protetivo das cláusulas pétreas e até mesmo da própria Constituição.

Otávio Bueno Magano (1994, p. 110 e ss.) justifica seu posicionamento pelo fato de não poderem os direitos sociais, ao menos na condição de prestações, ser equiparados aos direitos de liberdade preconizados no art. 5º da CF. Além do mais, argumenta que se houvesse a intenção por parte do Legislador Constituinte de gravar os direitos sociais com a cláusula de intangibilidade o teria feito de forma expressa e não fazendo uso da expressão restritiva “direitos e garantias *individuais*” (destaque meu).

Tal entendimento restritivo, todavia, esbarra nos seguintes argumentos: a Constituição brasileira não traçou qualquer distinção entre os direitos de liberdade ou de defesa e os direitos sociais, na existindo primazia ou hierarquia entres os mesmos; os adeptos da exclusão dos direitos sociais do rol da cláusula da intangibilidade apoiam-se na premissa de que todos os direitos sociais podem se conceituados como direitos a prestações materiais exigíveis ao Estado, quando, em verdade, grande parte dos direitos sociais (as liberdades sociais ou direitos sociais não-prestacionais) equiparam-se a direitos de defesa, e, portanto, estariam, ao menos em tese, ao abrigo das cláusulas pétreas.

Assim, diante da ausência de um regime jurídico diferenciado expressamente previsto na Constituição pátria, não há qualquer embasamento no direito constitucional positivo que possibilite uma distinção em relação à fundamentalidade dos direitos sociais.

Destarte, com o intuito de assegurar-se o mesmo regime jurídico a todos os direitos fundamentais, a interpretação puramente literal do dispositivo em estudo é inadequada, uma vez que inúmeros direitos com nítida materialidade fundamental restariam excluídos. Nessa esteira de entendimento, Paulo Bonavides (2008, p. 655-657), após criticar a interpretação

puramente literal para abranger apenas os direitos e garantias do ideário clássico-liberal, entende ser equivocada a utilização de tal técnica hermenêutica para a interpretação do inciso IV do § 4º do art. 60 da CF/88, defendendo ser mais coerente o entendimento esposado pela terceira corrente doutrinária, que baseado numa interpretação sistemática, inclui como cláusulas pétreas os demais direitos fundamentais, inclusive os direitos sociais.

Nesse diapasão, sustentando a interpretação sistemática com a consequente inclusão dos direitos sociais como cláusulas pétreas, leciona Ingo Sarlet (2010, p. 424):

Como a inclusão dos direitos sociais (e demais direitos fundamentais) no rol das “cláusulas pétreas” pode ser justificada à luz do direito constitucional positivo é questão que merece análise um pouco mais detida. Já no preâmbulo de nossa Constituição encontramos referência expressa no sentido de que as garantias dos direitos individuais e sociais, da igualdade e da justiça constitui objetivo permanente de nosso Estado. Além disso, não há como negligência o fato de que nossa Constituição consagra a ideia de que constituímos um Estado democrático e social de Direito, o que transparece claramente em boa parte dos princípios fundamentais, especialmente nos arts. 1º, incs. I a III, e 3º, incs. I, III e IV. Com base nestas breves considerações, verifica-se, desde já, a íntima vinculação dos direitos fundamentais sociais com a concepção de Estado da nossa Constituição. Não resta qualquer dúvida de que o princípio do Estado Social, bem como dos direitos fundamentais sociais, integram os elementos sociais, isto é, a identidade de nossa Constituição, razão pela qual já se sustentou que os direitos sociais (assim como os princípios fundamentais) poderiam ser considerados – mesmo não estando previstos expressamente no rol das “cláusulas pétreas” – autênticos limites materiais implícitos à reforma constitucional. Poder-se-á argumentar, ainda, que a expressa previsão de um extenso rol de direitos sociais no título dos direitos fundamentais seria, na verdade, destituída de sentido, caso o Constituinte, ao mesmo tempo, tivesse outorgado a estes direitos proteção jurídica diminuída.

Verifica-se que todos os direitos fundamentais consagrados na Constituição são considerados direitos de titularidade individual, ainda que alguns denotem expressão coletiva. Afinal, é o cidadão o verdadeiro titular e detentor do exercício de tais direitos.

Por conseguinte, a expressão “direitos e garantias individuais” utilizada na redação do art. 60, § 4º, inc. IV da Lei Fundamental de 1988 contempla também os direitos sociais, os direitos da nacionalidade e os direitos políticos na condição de cláusulas pétreas. Esta a interpretação condizente com o Estado democrático e social de Direito idealizado pela nossa Carta Magna e com os seus princípios fundamentais dos arts. 1º, 3º e 170.

Interessante salientar, ainda, os termos da expressão “direitos e garantias individuais” utilizados pelo Constituinte de 1988 na redação do art. 60, § 4º, inc. IV, já que não se verifica o uso de referidos termos em nenhum outro dispositivo ao longo do texto constitucional, pelo que não se pode vislumbrar coincidência alguma entre a mencionada expressão e os direitos individuais e coletivos dispostos no art. 5º do mesmo documento (SARLET, 2010, p. 429).

Em suma, os direitos fundamentais, compreendendo-se aí os direitos individuais e coletivos, sociais, políticos e de nacionalidade, erigidos a posição de cláusulas pétreas (art. 60, § 4º, inc. IV), estão imunes a eventuais supressões por emendas constitucionais do Poder Constituinte Reformador.

Todavia, tal proteção não é absoluta, uma vez que se veda a abolição de referidos direitos. O núcleo essencial do direito fundamental é que não pode ser abolido sequer parcialmente, sob pena de afetar a sua própria fundamentalidade. Não sendo absoluto o direito fundamental, devem ser buscados critérios concretos e objetivos para sua eventual restrição, sendo a Constituição Federal de 1988 omissa neste particular.

Assim, diante da inexistência de regras abstratas para análise das emendas constitucionais eventualmente propostas tendentes a reformas no âmbito dos direitos fundamentais, a verificação deverá ocorrer casuisticamente, isto é, diante de cada caso concreto, tomando-se em consideração, desde já, a impossibilidade da abolição do direito fundamental.

Conforme bem expôs o autor português Jorge Miranda (2005, p. 414) a função do poder de revisão constitucional não é fazer constituições, mas justamente o inverso, isto é, guardá-las e defendê-las, reconhecendo a existência de limites expressos e implícitos ou tácitos para referidas mudanças constitucionais.

Quando o Constituinte de 1988 utilizou, na redação do § 4º do art. 60, a expressão “tendente a abolir” manifestou sua intenção em preservar o núcleo essencial de cada direito fundamental, independentemente de posterior análise de seu conteúdo ou de sua fundamentalidade material com o fim de eventual supressão, de forma que é descabida qualquer verificação nesse sentido. Afinal, referidos direitos encontram-se revestidos também pela fundamentalidade formal.

Portanto, ainda que parte da doutrina defenda a existência de direitos fundamentais consagrados no catálogo da Carta Fundamental que seriam assim considerados apenas sob o aspecto formal – fundamentalidade meramente formal, conforme anteriormente mencionado, não é possível ao Poder Constituinte Reformador aboli-los ou suprimi-los, já que não detém poderes de alteração das cláusulas pétreas estabelecidas pelo Poder Constituinte Originário. Este sim o detentor de poderes para criar uma nova Constituição, inclusive com inovações nas referidas cláusulas pétreas se assim permitir o cenário político-social.

2.4. A proibição de retrocesso no âmbito dos direitos fundamentais: Princípios e Fundamentos

Com o intuito de conceder maior proteção aos direitos fundamentais assegurados no ordenamento constitucional, instituiu-se, no âmbito doutrinário¹⁶, como decorrência dos princípios e fundamentos do sistema constitucional pátrio, sobretudo o da segurança jurídica, o instrumento denominado princípio da proibição ou vedação de retrocesso.

Trata-se de princípio, dirigido ao legislador, impeditivo de eventual derrogação ou redução dos direitos econômicos, sociais e culturais já reconhecidos aos cidadãos.

Nesse sentido, e utilizando-se da noção de progressividade em contraposição à de regressividade, a Convenção Americana de Direitos Humanos – Pacto de San José da Costa Rica, de novembro de 1969, em seu art. 26¹⁷, prevê o compromisso dos Estados Partes na adoção de providências, tanto no âmbito interno como no internacional, por meio de cooperação econômica e técnica, destinadas à progressão da plena efetividade dos direitos econômicos, sociais e culturais.

A segurança jurídica, direito fundamental do cidadão, visa garantir a estabilidade das relações sócio-jurídicas, possuindo íntima conexão com o valor da dignidade da pessoa humana, de forma que “[...] a proteção dos direitos fundamentais, pelo menos no que concerne ao seu núcleo essencial e/ou ao seu conteúdo em dignidade, evidentemente apenas será possível onde estiver assegurado um mínimo em segurança jurídica.” (SARLET, 2010, p. 434).

A concepção de segurança jurídica está relacionada diretamente com a de vedação de retrocesso, que, por sua vez, configura-se na possibilidade jurídica de se obstaculizar o Poder Público, como um todo, com o desiderato de impedir o retrocesso social em relação aos direitos fundamentais assegurados no ordenamento magno.

¹⁶ A respeito do assunto ora abordado ver a obra multicitada de Ingo Wolfgang Sarlet (2010, p. 433-458), entre outros autores.

¹⁷ “DIREITOS ECONÔMICOS, SOCIAIS E CULTURAIS

Artigo 26º - Desenvolvimento progressivo

Os Estados Partes comprometem-se a adotar providências, tanto no âmbito interno como mediante cooperação internacional, especialmente econômica e técnica, a fim de conseguir progressivamente a plena efetividade dos direitos que decorrem das normas econômicas, sociais e sobre educação, ciência e cultura, constantes da Carta da Organização dos Estados Americanos, reformada pelo Protocolo de Buenos Aires, na medida dos recursos disponíveis, por via legislativa ou por outros meios apropriados.”

Alcançado um determinado nível de proteção social através da garantia constitucional dos direitos fundamentais, todo e qualquer retrocesso está, a princípio, proibido, em homenagem ao princípio da progressividade dos direitos fundamentais, implicando em restrições a determinadas atuações estatais, notadamente do legislador.

De forma genérica, a concepção da vedação de retrocesso, pode ser vislumbrada no ordenamento constitucional vigente. Com efeito, a Carta de 1988 estabelece diversos instrumentos assecuratórios dessa garantia, como os dispositivos legais preconizadores de restrições legislativas para modificação dos direitos fundamentais, assim como os limites materiais para eventual reforma constitucional. A título de exemplo, pode-se citar o art. 5º, inc. XXXVI¹⁸, ao deixar imune a novas leis o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada.

Nesse ínterim, qualquer retrocesso com relação ao âmbito de proteção alcançando por meio dos direitos fundamentais, presume-se, em tese, inconstitucional, à exceção do caso no qual restem demonstradas razões justificadoras. É que a vedação de retrocesso também está sujeita a limites, e a estabilidade jurídica já alcançada na seara dos direitos fundamentais necessita ser harmonizada com a liberdade de conformação do legislador no cumprimento de seu mister constitucional, sujeita igualmente a limites.

Assim, na existência de dispositivo constitucional continente de ordem de legislar concreta e exequível, a margem de liberdade do legislador para retroceder no nível de proteção já atingido é necessariamente mínima, uma vez que tal atuação estará limitada à medida que a pretendida alteração legislativa não venha configurar uma inconstitucionalidade por omissão do mesmo legislador.

Embora inovadora, a doutrina da proibição de retrocesso social tem sido objeto de amplo estudo na doutrina e jurisprudência pátrias e internacionais, tendo sido consagrada sua aplicação em todas as categorias de direitos fundamentais e não apenas quanto aos direitos sociais, já que inexistente hierarquia ou supremacia entre as variadas espécies dos direitos fundamentais.

Com efeito, é como princípio implícito que a proibição de retrocesso foi consagrada no direito constitucional brasileiro. A propósito, Luís Roberto Barroso (1996, p. 158) arrazoou:

¹⁸ “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] XXXVI - a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada.”

[...] por este princípio, que não é expresso, mas decorre do sistema jurídico-constitucional, entende-se que se uma lei, ao regulamentar um mandamento constitucional, instituir determinado direito, ele se incorpora ao patrimônio jurídico da cidadania e não pode ser absolutamente suprimido.

Nesse diapasão, valiosa lição de Gomes Canotilho e Vital Moreira (1991, p.31), para quem as normas constitucionais preconizadoras de direitos sociais de caráter positivo implicam uma proibição de retrocesso, uma vez que satisfeito o direito, transforma-se em direito negativo ou direito de defesa, exigindo abstenção estatal direcionada a reduzi-lo ou suprimi-lo.

No âmbito doutrinário do direito constitucional brasileiro, o notável autor Ingo Sarlet (2010, p.444-450), sustenta o princípio implícito da proibição de retrocesso, justificando-o como decorrente dos seguintes argumentos e princípios de matriz constitucional:

- a) Princípio do Estado Democrático e Social de Direito: Impõe um patamar mínimo de segurança jurídica abrangente da manutenção de um nível mínimo de continuidade da ordem jurídica, além da segurança contra medidas e atos retrocessivos de uma forma geral;
- b) Princípio da dignidade da pessoa humana: Exige prestações positivas dirigidas ao Estado que assegurem uma vida digna a todos os cidadãos através da manutenção e implementação dos direitos sociais fundamentais. Trata-se do reconhecimento do princípio da progressividade dos direitos sociais, já que no Estado Social exige-se deste a obrigação de realização dos direitos sociais;
- c) Princípio da máxima eficácia e efetividade das normas definidoras dos direitos fundamentais (art. 5º, § 1º da CF): Assecuratório da máxima proteção e implementação dos direitos fundamentais (otimização da eficácia e efetividade), assim como proteção contra medidas de cunho retrocessivo (princípio da segurança jurídica);
- d) Medidas de proteção dos direitos adquiridos, da coisa julgada e do ato jurídico perfeito, constantes no nosso ordenamento constitucional são insuficientes para assegurar o ideal mais amplo de segurança jurídica contida no art. 5º, *caput* e no próprio Princípio do Estado Democrático e Social de Direito;
- e) Princípio da Proteção da Confiança: Intimamente em conexão com a ideia de segurança jurídica e Estado de Direito, impõe ao Poder Público boa-fé nas relações

com os particulares, em respeito à confiança depositada pelos indivíduos em relação a uma certa estabilidade e continuidade da ordem jurídica;

- f) Princípio da Segurança Jurídica: Os órgãos estatais estão vinculados aos ditames constitucionais impostos no âmbito da sua concretização no plano infraconstitucional, assim como se vinculam, também, aos atos anteriores estabelecidos pelo legislador constituinte ordinário;
- g) Negar reconhecimento ao princípio da proibição de retrocesso representaria possibilitar ao poder constituinte reformador dispor livremente da sua vontade, ainda quando em contrariedade aos direitos fundamentais e às normas constitucionais aos quais está indiscutivelmente vinculado, o que é inadmissível. Na esteira da ponderação de Luís Roberto Barroso (1996, p. 158-159) mediante o reconhecimento da proibição de retrocesso impede-se a frustração da efetividade constitucional;
- h) Por fim, um fundamento com sede no direito internacional vem robustecer a vedação implícita de retrocesso em relação aos direitos fundamentais já concretizados, já que o sistema de proteção internacional impõe a progressiva implementação efetiva da proteção social por parte das Nações.

E conclui o supracitado autor:

[...] Por via de consequência, o artigo 5º, § 1º da nossa Constituição, impõe a proteção efetiva dos direitos fundamentais não apenas contra a atuação do poder de reforma constitucional (em combinação com o artigo 60, que dispõe a respeito dos limites formais e matérias às emendas constitucionais), mas também contra o legislador ordinário e os demais órgãos estatais (já que as medidas administrativas e decisões jurisdicionais também podem atentar contra a segurança jurídica e a proteção de confiança), que, portanto, além de estarem incumbidos de um dever permanente de desenvolvimento e concretização eficiente dos direitos fundamentais (inclusive e, no âmbito da temática versada, de modo particular os direitos sociais) não pode – em qualquer hipótese – suprimir pura e simplesmente ou restringir de modo a invadir o núcleo essencial do direito fundamental ou atentar, de outro modo, contra as exigências da proporcionalidade. (2010, p. 448).

Em síntese, o princípio da proibição de retrocesso visa proteger o núcleo essencial da norma constitucional assecuratória do direito fundamental, que guarda íntima conexão com a dignidade da pessoa humana.

A proibição do retrocesso social operará nos casos em que se pretenda atingir o núcleo essencial da existência mínima inerente ao respeito pela dignidade da pessoa humana, isto é,

quando se pretenda a revogação ou supressão desse núcleo essencial sem a necessária criação de outros dispositivos compensatórios.

Evidentemente a proteção obtida pelo princípio da proibição de retrocesso reveste-se do aspecto da relatividade, não assumindo caráter absoluto. Com efeito, a aplicação da proibição de retrocesso, como já afirmado, está intimamente conectada ao princípio da dignidade da pessoa humana, na implementação do conjunto das prestações materiais mínimas assecuratórias de uma vida digna, sobretudo em se tratando dos direitos sociais prestacionais (SARLET, 2010, p. 452).

Diante do exposto, eventual alteração redutora ou supressora do núcleo essencial da norma magna garantidora do respectivo direito fundamental, afigura-se, a princípio, inconstitucional por violação à proibição de retrocesso.

2.4.1. Os efeitos da proibição de retrocesso nos direitos sociais

O princípio da proibição de retrocesso possui como fundamento maior os mesmos pressupostos sustentadores do Estado Social e Democrático de Direito, com a corolária imposição a este do dever de realização e implementação progressiva dos direitos sociais.

José Joaquim Gomes Canotilho (2004, p. 339-340) defende que a doutrina da proibição de retrocesso social decorre do princípio da democracia econômica e social, o qual impõe ao Estado o dever de promover atividades econômicas e sociais para o implemento da justiça social. Obtidos os direitos sociais e econômicos, incluindo-se os direitos dos trabalhadores, passam a constituir garantia constitucional e direito subjetivo, limitando a reversibilidade dos direitos já adquiridos.

Conforme explanado, a vedação de retrocesso está diretamente associada à segurança jurídica que deve permear as relações sociais, o que reflete na seara dos direitos sociais com fim a garantir a segurança social, notadamente no contemporâneo panorama político e social marcado pela evidente incapacidade prestacional do Estado no que refere aos referidos direitos.

Nesse contexto, Flávia Piovesan (*In SARLET (org.)*, 2003, p. 247) sustenta que, diante do Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, ratificado pelos Estados-Partes, dentre eles o Brasil, no livre exercício de sua soberania, há que se observar o princípio

da aplicação progressiva dos direitos sociais, o que por si só, implica no princípio da proibição do retrocesso social.

Os princípios e objetivos fundamentais preconizados na Carta de 1988 pela busca de uma sociedade livre, justa e solidária com a consequente erradicação da pobreza e da marginalidade social, com a redução das desigualdades sociais e regionais, assim como a preservação da dignidade da pessoa humana e do valor social do trabalho e da livre iniciativa (art. 1º, incs. III e IV e art. 3º, incs. I e III) podem ser sintetizados no princípio fundamental da justiça social, cujo conceito é apresentado por SCHULTE (*In SARLET (org.), 2003, p. 247*): “Justiça Social quer dizer que cada pessoa deve ter o direito e a efetiva possibilidade de criar um fundamento econômico e cultural adequado para a sua existência.”

Para a efetiva implementação desses princípios, deverão ser mantidos, no mínimo, os direitos sociais já conquistados, admitindo-se, por via de consequência, a ampliação destes direitos, não havendo que se cogitar sobre eventual redução ou supressão.

Sobre os parâmetros para verificação da regressividade, Christian Courtis (2006, p. 40-42) defende, por analogia, os critérios do Direito do Trabalho, partindo-se da primazia da norma mais favorável ao trabalhador, inclusive sugerindo a aplicação doutrinária das teorias juslaboralistas da cumulação e do conglobamento no caso de eventual conflito entre dois dispositivos normativos, com o fim de se verificar a progressividade ou regressividade de uma determinada norma, e daí, a proibição ou vedação do retrocesso social.

Destarte, os direitos fundamentais sociais, após concretização no plano infraconstitucional, são considerados direitos subjetivos a determinadas prestações estatais, não podendo ser alvo de eventuais reduções ou supressões em respeito aos princípios fundamentais do Estado Social e Democrático de Direito.

Ao revés, havendo revogação de algum direito fundamental pelo legislador, ainda que meramente tendencial, configurada estará a incidência do princípio da proibição de retrocesso, devendo ser reconhecida a inconstitucionalidade. Este mesmo raciocínio é aplicável no caso de alguma tentativa de diminuição do próprio conteúdo do direito fundamental social concretizado pelo legislador.

Nesse diapasão, não há como se acolher posição doutrinária defendida por corrente minoritária, a exemplo de Roger Stifelman Leal¹⁹, no sentido de que diante da incapacidade prestacional do poder público, no âmbito dos limites impostos pela reserva do possível,

¹⁹ Cf. o artigo *Direitos sociais e a vulgarização da noção de direitos fundamentais*. Disponível na Internet: <<http://orion.ufrgs.br/mestradir/doutrina/leal2.htm>. Acesso em: 23 fev. 2011.

admite-se a possibilidade de total supressão de uma determinada legislação concretizadora de direitos sociais ou políticas públicas nesta seara.

Como bem leciona Ingo Sarlet (2010, p. 444):

Com efeito, em se admitindo uma ausência de vinculação mínima do legislador (assim como dos órgãos estatais em geral) ao núcleo essencial já concretizado na esfera dos direitos sociais e das imposições constitucionais em matéria de justiça social, estar-se-ia chancelando uma fraude à Constituição, pois o legislador – que ao legislar em matéria de proteção social apenas está a cumprir um mandamento do Constituinte – poderia pura e simplesmente desfazer o que fez no estrito cumprimento da Constituição. [...] Além disso, mediante a supressão pura e simples do próprio núcleo essencial legislativamente concretizado de determinado direito social (especialmente dos direitos sociais vinculados ao mínimo existencial) estará sendo afetada, em muitos casos, a própria dignidade da pessoa, o que desde logo se revela inadmissível, ainda mais em se considerando que na seara das prestações mínimas (que constituem o núcleo essencial mínimo judicialmente exigível dos direitos a prestações) para uma vida condigna não poderá prevalecer até mesmo a objeção da reserva do possível e a alegação de uma eventual ofensa ao princípio democrático e da separação dos poderes.

Jorge Miranda (1993, p. 397 e ss.), ainda que admitindo uma proibição apenas relativa de retrocesso, esclarece que o legislador não poderá simplesmente eliminar as normas legais concretizadoras de direitos sociais, posto que equivaleria à subtração da eficácia jurídica das normas constitucionais, uma vez que o cumprimento de um comando constitucional converte-se em uma vedação de destruir a situação instaurada pelo legislador. Não sendo assim, estar-se-ia admitindo-se o inevitável esvaziamento do próprio direito social.

Por conseguinte, a construção doutrinária e jurisprudencial do princípio da proibição de retrocesso, a despeito de previsão expressa no ordenamento constitucional de diversos países, dentre os quais o Brasil, é dominante no cenário jurídico contemporâneo.

3. APLICABILIDADE E EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

3.1. A força normativa da Constituição

Contraopondo-se à ideia desenvolvida por Ferdinand Lassalle de que a Constituição seria mera folha de papel, a teoria da força normativa da Constituição desenvolvida e exposta por Konrad Hesse em 1959 teve por objetivo demonstrar que o embate entre os denominados fatores reais de Poder e a Constituição não deve culminar, inevitavelmente, em desfavor dessa.

Através da força normativa da Constituição, defende-se a existência de pressupostos no texto da Constituição, que em caso de eventual confronto, permitem assegurar a sua força normativa, impedindo que as questões jurídicas sejam convertidas em meras questões de poder.

Desse modo, considerando as influências históricas, políticas e sociais para a força normativa da Constituição, Hesse atribui especial relevância à denominada *vontade da Constituição*, ressaltando que a Constituição deve transformar-se em força ativa caso os principais responsáveis pela ordem constitucional orientem suas respectivas condutas na ordem ali estabelecida, inculcando na consciência geral não apenas a vontade de poder, mas também a vontade de Constituição.

A seguir, serão tecidas algumas considerações sobre as duas principais reflexões ou teses constitucionais.

3.1.1. As reflexões ou teses constitucionais: Os fatores reais de poder da Constituição real de Ferdinand Lassalle X A força normativa da Constituição de Konrad Hesse

Em 1862, Ferdinand Lassalle desenvolveu sua tese constitucional fundamental de que as questões constitucionais não são questões puramente jurídicas, mas questões fundamentalmente políticas.

É que a Constituição de um país expressa as relações dos diversos poderes nele dominantes e a conjugação de tais fatores reais de poder resultariam em relações fáticas, que por sua vez, constituiriam a força ativa determinante das leis e das instituições da sociedade, fazendo com que estas expressem unicamente a correlação de forças resultante daqueles fatores reais de poder.

Tais fatores reais de poder formariam a Constituição real do país e a Constituição jurídica de uma nação seria mero pedaço de papel, destituído de maior força normativa, estando sua capacidade de normatização limitada à compatibilidade com a Constituição real.

Não sendo assim, seria inevitável um conflito cujo desfecho dar-se-ia em desfavor da Constituição escrita, que sucumbiria diante dos fatores reais de poder dominantes.

Verifica-se, por conseguinte, que as questões constitucionais não são meras questões jurídicas, mas, sobretudo políticas, denotando-se que as forças políticas possuem leis próprias apartadas das jurídicas.

A concepção sustentada por Lassalle baseia-se na realidade empírica e na experiência histórica, que têm demonstrado a supremacia do poder da força em detrimento da força das normas jurídicas (normatividade) na resolução das questões constitucionais.

A dominância das relações fáticas sobre a realidade normativa significa que a eficácia da Constituição jurídica condiciona-se através da coincidência entre a realidade e a norma. É que entre o mundo estático da norma jurídica e o mundo dinâmico da realidade social há insita uma constante tensão, havendo uma imanente situação de conflito, cuja solução redonda sempre na sucumbência da Constituição jurídica em benefício da Constituição real.

Assim, o Direito Constitucional cumpriria a mísera função de justificar as relações de poder dominantes, o que negaria a sua própria essência de ciência jurídica, e em última instância, a sua descaracterização enquanto ciência normativa.

Todavia, caso se admita a força normativa da Constituição, enquanto fator determinante e ordenador da vida do Estado e da Sociedade, tal doutrina defendida por Lassalle, com o devido respeito que merece, restaria desprovida de fundamento. Afinal, o reconhecimento inevitável da força normativa da Constituição pressupõe uma força determinante da Ciência da Constituição ou do Direito Constitucional paralela ao poder determinante das relações fáticas representadas pela forças políticas e sociais.

Com efeito, ambos os aspectos da ordenação jurídica, bem como da realidade política e social devem ser analisadas em conjunto, posto que integrantes de um contexto indissociável. A dissolução radical e extrema, no plano constitucional, entre realidade e norma, isto é, entre o ser e o dever ser não conduz a nenhuma conclusão satisfatória, tal como ocorreu com o positivismo jurídico, em que a norma assumiu uma importância demasiada, desprezando-se o contexto específico da realidade social em que aplicada.

Por conseguinte, com fins a evitar a produção de uma norma descomprometida com a realidade vigente ou de uma realidade esvaziada de algum elemento normativo, é imprescindível a adoção de uma posição que considere ambos os aspectos do tema: de um polo, o desprezo relativo da normatividade em favor do domínio das relações fáticas; de outro polo, a normatividade despida de qualquer elemento da realidade.

Não se pode menosprezar o fato de que a norma constitucional não possui existência autônoma diante da realidade, uma vez que:

[...] a sua essência reside na sua vigência, ou seja, a situação por ela regulada pretende ser concretizada na realidade. Essa pretensão de eficácia (*Geltungsanspruch*) não pode ser separada das condições históricas de sua realização, que estão, de diferentes formas, numa relação de interdependência, criando regras próprias que não podem ser desconsideradas. Devem ser contempladas aqui as condições naturais, técnicas, econômicas e sociais. A pretensão de eficácia da norma jurídica somente será realizada se levar em conta essas condições [...] A Constituição não configura, portanto, apenas expressão de um ser, mas também de um dever ser; ela significa mais do que o simples reflexo das condições fáticas de sua vigência, particularmente as forças sociais e políticas. (HESSE, 1991, p. 14 e 15).

É justamente por conta dessa pretensão de eficácia que a Constituição imprime ordem e conformação à realidade política e social, regulando-a.

Portanto, há uma nítida e inevitável interação recíproca entre a força condicionante da realidade e a normatividade da Constituição, já que esta desempenha a dupla função de, simultaneamente, ser determinada pela realidade social e ser determinante em relação a ela, sendo forçosa a conclusão de que há uma relação de coordenação e interdependência entre os aspectos fáticos e normativos.

Partindo dessa pretensão de eficácia da Constituição, Konrad Hesse elaborou a tese da força normativa da Constituição.

Interessante salientar que para a aquisição de força normativa no plano fático, uma Constituição deve considerar em sua gênese a situação histórica concreta do povo o qual pretende imprimir a sua eficácia, assim como aspectos culturais, sociais, políticos e

econômicos imperantes, pena de a ordem constitucional não lograr êxito em sua força vital concretizadora.

Como destaca Hesse (1991, p. 19):

[...] A norma constitucional somente logra atuar se procura construir o futuro com base na natureza singular do presente. [...] Em outras palavras, a força vital e a eficácia da Constituição assentam-se na sua vinculação às forças espontâneas e às tendências dominantes do seu tempo, o que possibilita o seu desenvolvimento e a sua ordenação objetiva.

Assim, a Constituição detém força ativa para a realização das tarefas a que se propõe se existir a consciência geral de orientação da própria conduta segundo a ordem estabelecida, identificando-se nesta a vontade de Constituição concreta e efetiva.

Tal vontade de Constituição provém de três aspectos diversos. Tem por fundamento a compreensão da necessidade e do valor de uma ordem normativa inquebrantável, com fins à proteção do Estado diante do arbítrio. Baseia-se, igualmente, na compreensão de que a referida ordem constituída é mais do que uma simples ordem legitimada pelos fatos, estando em constante processo de legitimação, assim como apoia-se numa consciência de que tal ordem não pode ser devidamente eficaz sem o concurso da vontade humana.

Nesse sentido, as reflexões de Pablo Lucas Verdú, para quem o ato de formação de uma comunidade na forma jurídico-política (Constituição) é fruto de uma decisão, produto da vontade, sentida, desejada e compartilhada pelos atores sociais. Logo, verificar-se-á se a Constituição suscita ou não a adesão que acarreta o sentimento constitucional, isto é, se o desejo de *ter e estar* em Constituição sobrevive com a razão conforme a Constituição:

A princípio, o sentimento constitucional consiste na adesão interna às normas e instituições fundamentais de um país, experimentada com intensidade mais ou menos consciente porque estima-se (sem que seja necessário um conhecimento exato de suas peculiaridades e funcionamento) que são boas e convenientes para a integração, manutenção e desenvolvimento de uma justa convivência (2006, p. 75).

No tocante aos pressupostos de eficácia da Constituição, estes desenvolvem função de suma importância, já que permitem à Constituição desenvolver sua força normativa de um modo otimizado, pois como salienta Hesse: “A força que constitui a essência e a eficácia da Constituição reside na natureza das coisas, impulsionando-a, conduzindo-a e transformando-se, assim, em força ativa.” (HESSE, 1991, p. 20).

Com efeito, como adverte o autor multicitado quanto maior for a correspondência entre o conteúdo de uma Constituição e a natureza singular da realidade presente a qual se

dirige, maior será o desenvolvimento de sua força normativa, desde que tome em consideração não apenas as peculiaridades sociais, políticas, culturais e econômicas, mas também o estado espiritual do seu tempo.

Um ótimo desenvolvimento da força normativa da Constituição depende não apenas do seu conteúdo, mas também de sua *práxis*.

Assim sendo, é imprescindível que a Constituição esteja dotada de uma determinada flexibilidade para adaptar-se a eventuais mudanças, limitando-se à previsão de alguns poucos princípios fundamentais, cujo conteúdo específico possa ser desenvolvido acompanhando as mutações sócio-políticas. E isto porque uma eventual e constante revisão constitucional, com fins a constitucionalização de novos direitos, provocaria inevitavelmente a desvalorização da força normativa da Constituição.

Por conseguinte, para a preservação da força normativa dos seus princípios fundamentais, não deverá haver a concretização de alguns desses mesmos princípios de forma absoluta e unilateral, posto que se assim fosse ultrapassar-se-ia os limites de sua força normativa, ocasionando, por via de consequência, a derrogação de tais princípios normativos.

No que tange à realização normativa da Constituição no âmbito da *práxis*, ressalta-se a necessidade de todos os partícipes da vida constitucional partilharem a denominada vontade de Constituição, com o devido respeito à ordem constitucional estabelecida.

Outro aspecto de suma importância para a consolidação da força normativa da Constituição é a interpretação constitucional, que deve ficar jungida ao princípio da ótima concretização da norma.

Isso significa que a interpretação constitucional há de considerar os fatos concretos da vida, estabelecendo uma correlação com as proposições normativas da Constituição. Afinal, como salienta Hesse: “[...] A interpretação adequada é aquela que consegue concretizar, de forma excelente, o sentido (*Sinn*) da proposição normativa dentro das condições reais dominantes numa determinada situação.” (1991, p. 22 e 23).

Consequentemente, uma eventual mudança das relações fáticas pode promover mudanças na interpretação constitucional. Paralelamente, a proposição normativa fixa o limite da interpretação, e por consequência, o limite das mutações normativas. A princípio, uma proposição normativa da Constituição não deve ser abalada por qualquer mera mudança fática, devendo-se adotar uma interpretação construtiva dinâmica como condição fundamental da força normativa e da estabilidade da Constituição. Todavia, se o desiderato de tal proposição normativa não pode mais ser alcançado, a correspondente revisão constitucional faz-se imprescindível.

Depreende-se, então, que devido ao reconhecimento da força normativa, a Constituição jurídica ordena a realidade fática, imprimindo as modificações necessárias à conformação desta, ao mesmo tempo, em que os próprios limites da força normativa da Constituição resultam da correspondência entre ser (*Sein*) e dever ser (*Sollen*).

Assim, devido à força inerente na própria natureza das coisas, a Constituição jurídica adquire força ativa, determinando a realidade dos fatos, sendo tal força dotada de maior efetividade à medida que a Constituição for reputada inviolável.

Destarte, “[...] a intensidade da força normativa da Constituição apresenta-se, em primeiro plano, como uma questão de vontade normativa, de vontade de Constituição (*Wille zur Verfassung*).” (HESSE, 1991, p. 24).

Contudo, quando a normatividade constitucional não mais se fundamenta na realidade fática contemporânea, verificam-se os limites da força normativa da Constituição, por mais intensa que seja a consciência geral imbuída da denominada vontade de Constituição. É que esta não é dotada de capacidade para superar os limites impostos pelos fatores naturais da realidade empírica.

A princípio, a solução encontrada é a conformação da Constituição jurídica a esses limites.

A respeito disso, ensina-nos Konrad Hesse:

[...] Se os pressupostos da força normativa encontrarem correspondência na Constituição, se as forças em condições de violá-la ou de alterá-la mostrarem-se dispostas a render-lhe homenagem, se, também, em tempos difíceis, a Constituição logra preservar a sua força normativa então ela configura verdadeira força viva capaz de proteger a vida do Estado contra as desmedidas investidas do arbítrio. Não, é, portanto, em tempos tranquilos e felizes que a Constituição normativa vê-se submetida à sua prova de força. Em verdade, esta prova dá-se nas situações de emergência, nos tempos de necessidade. (1991, p. 25).

Denota-se, portanto, que importante é analisar, em tempos de estado de necessidade, a superioridade do enunciado normativo sobre a realidade fática.

A partir dessas disposições, é possível constatar que a Constituição jurídica não representa mero pedaço de papel, como pretendeu Lassalle, já que não se demonstra impotente diante das novas realidades fáticas. Antes, verifica-se no corpo do texto constitucional pressupostos realizáveis, que atuam com força ativa nos casos de eventuais conflitos, assegurando a força normativa da Constituição.

Como acima salientado, apenas quando referidos pressupostos não puderem ser satisfeitos, ocorrerá a conversão das questões constitucionais em questões de poder, ocasionando a sucumbência da Constituição jurídica diante da Constituição real.

No Estado Moderno, o significado da Constituição normativa manifesta-se na competência da Cortes Constitucionais, que têm a atribuição preeminente de proferir a última palavra a respeito dos conflitos constitucionais, desempenhando, por conseguinte, especial função no reconhecimento da força normativa da Constituição nas questões essenciais à vida do Estado Democrático e Constitucional de Direito.

A força normativa da Constituição, como já referido, depende da satisfação de certos pressupostos referentes ao *conteúdo* da Constituição e à *práxis*.

Para o atendimento a esses pressupostos, é necessária uma Carta Fundamental devidamente consolidada na consciência geral e em consonância com a realidade sócio-política da nação a que se destina.

É que a segregação entre o Direito Constitucional estabelecido e a realidade fática põe em risco o rol de princípios fundamentais da Lei Fundamental, notadamente no contexto contemporâneo, em que as mutações sociais, políticas e econômicas da era industrial ocorrem com demasiada frequência.

Portanto, a ciência do Direito Constitucional possui a relevante atribuição de preservar a vontade de Constituição, que constitui a maior garantia de sua força normativa, com fins à promoção da maior eficácia possível das normas constitucionais.

3.1.2. A força normativa a partir da Constituição como centro unificador do Direito Privado

Até a metade do século XX, predominou a tradicional classificação das normas constitucionais de eficácia plena ou autoexecutáveis, com incidência imediata, e as normas constitucionais programáticas, desprovidas de aplicação imediata e dependentes de posterior legislação infraconstitucional para consecução de seus efeitos.

Via de regra, as normas assecuratórias dos interesses da burguesia, classe então dominante, desfrutavam da eficácia plena, ao passo que as normas imbuídas de força social

transformadora eram despidas de eficácia imediata. Depreende-se, por conseguinte, a clássica prevalência da concepção argumentativa ideológica em detrimento da jurídica.

O conseqüente e posterior reconhecimento da força normativa da Constituição permite a acepção desta como norma jurídica imperativa, cujos dispositivos podem ser tutelados judicialmente em caso de violação. Com isso, origina-se uma jurisdição constitucional, superando-se a noção de que a Constituição dirigir-se-ia apenas aos poderes constituídos, entenda-se Executivo e Legislativo, mas inacessível ao Judiciário e aos cidadãos eventualmente lesados.

Um grande instrumento, no decorrer do século XX, que contribuiu significativamente para o reconhecimento da superioridade da força normativa da Constituição foi o controle de constitucionalidade, o qual representou a passagem do Estado de Direito para o Estado Constitucional, conceituado por Gustavo Zagrebelsky (*apud* SARMENTO, 2004, p. 71) como aquele no qual “a lei [...] pela primeira vez na época moderna, é posta numa relação de conformidade e por isto subordinada a um estrato mais elevado do direito, estabelecido pela Constituição.”

Dessa maneira, enquanto no Estado Liberal, a Constituição limitava-se a estabelecer dispositivos a respeito da organização do Estado e a garantir direitos individuais, após o novo paradigma do Estado Social, passou a consagrar também direitos sociais e econômicos.

Diante da nova realidade jurídico-constitucional, o pensamento constitucional dominante passou a reconhecer força normativa aos dispositivos que tratavam da organização estatal e aos que consagravam os direitos liberais e políticos. Os demais mandamentos constitucionais eram desprovidos de força vinculativa, representando meras normas programáticas, desprovidas de aplicabilidade e eficácia imediatas, e, via de consequência, dependentes da intervenção legislativa para a produção de seus efeitos.

Como leciona Daniel Sarmento (2004, p. 72):

Tal doutrina, que dominou o Direito Constitucional durante boa parte do século XX, e que, apesar do seu anacronismo, ainda não foi definitivamente destronada, pelo seu enraizamento no imaginário dos operadores jurídicos, acabava neutralizando os avanços das constituições sociais e dos seus princípios e valores da justiça distributiva. Ela reconhecia plena eficácia jurídica à parte da Constituição que garantia o *status quo*, mas negava qualquer aplicabilidade às normas que impunham transformações e representavam riscos para os interesses das classes hegemônicas. 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.

Com efeito, a doutrina antes dominante, que conferia falta de efetividade às normas constitucionais, afetava de forma contundente a própria credibilidade da Constituição, comprometendo o próprio sentimento constitucional.

Foi nesse panorama político-jurídico estabelecido que exsurgiu a teoria alemã cética de Ferdinand Lassale, em 1985, com a obra *A Essência da Constituição*, negando qualquer valor e eficácia à Carta Constitucional, definida por ele como mero “pedaço de papel”. Pregava tal autor que a Constituição de um Estado consistiria exclusivamente nos “fatores reais de poder” regentes de uma Nação, reduzindo a eficácia da norma constitucional à correspondência com esses fatores reais de poder.

Apesar da predominância de tal doutrina, surgem fortes reações no âmbito doutrinário internacional e mesmo no Brasil, a exemplo de José Afonso da Silva (1998, p. 35 e ss.) e Luís Roberto Barroso (1996, p. 75 e ss.), no sentido de que, embora existam gradações no que tange à aplicabilidade e efeitos das normas constitucionais, todas possuem uma determinada eficácia mínima, uma vez que influenciam na interpretação e integração do ordenamento jurídico, inclusive vinculando negativamente o legislador e o administrador, que ficam impedidos de agir de forma contrária à norma.

Não se pode olvidar que quando os comandos constitucionais, a despeito das respectivas previsões de avanços e mudanças, não logram obter a devida eficácia social, constrói-se um abismo intransponível entre os mundos do ser e do dever ser, podendo comprometer a própria força normativa da Constituição (BARROSO, 1996, p. 75 e ss.).

Atualmente, predomina o consenso doutrinário da inexistência de normas constitucionais completamente desprovidas da capacidade de surtir efeitos no mundo fático-jurídico, ocorrendo, tão somente, variação da denominada “carga eficaz” em razão da “ausência de normatividade” de alguns dispositivos dependentes de integração legislativa posterior (SARLET, 2009, p. 273 e ss.).

Conforme anteriormente explanado, em contraposição ao pensamento de Lassale, surge a teoria da força normativa da Constituição de Konrad Hesse, para quem a Constituição deve servir como uma espécie de elo de conexão entre os mundos do ser e do dever ser, elementos que não podem ser vislumbrados isoladamente, uma vez que entre a realidade social e a Constituição – ou eficácia constitucional – há uma influência recíproca.

Para o reconhecimento da força normativa da Constituição, é imprescindível não apenas sua vinculação com os elementos materiais, sociais, econômicos e espirituais de sua época, como também o elemento essencial denominado por Hesse de “vontade de Constituição”, ou seja, a vontade e consciência geral da sociedade para a realização concreta

da Constituição. Quanto maior for tal sentimento constitucional, mais facilmente serão superados os limites impostos pela realidade fática.

No Estado Liberal, o modelo de codificação caracterizava-se por uma rígida separação entre o Direito Público e o Privado. Na seara do Direito Público, que disciplinava as relações desiguais entre o cidadão e o Estado, incidia a Constituição, ao passo que no campo do Direito Privado, que regulava as relações entre iguais no seio social, centrava-se o Código Civil.

Neste panorama, o Código Civil desempenhava a função correspondente a de uma verdadeira Constituição das relações privadas no âmbito social, ou seja, de autêntico “diploma básico de toda a ordem jurídica”. (VARELA, 1984, p. 454).

O Estado Social do século XX representou uma verdadeira interveniência estatal em searas até então intangíveis pela concepção liberal anterior, acarretando o enfraquecimento da clássica antinomia entre o Direito Público e o Privado.

O novel modelo de concepção estatal foi responsável pelo rompimento de diversos paradigmas típicos do liberalismo, dentre os quais o fim da denominada “plenipotenciariade” (STRECK, 2006, p. 02) dos códigos nas relações privadas.

Se na concepção do Estado Liberal, predominava a disciplina das relações privadas em torno do Código Civil, com fins a preservação dos interesses da burguesia, com o advento do Estado Social, o legislador passou a imiscuir-se no campo das relações privadas, editando normas de ordem pública limitadoras da autonomia da vontade individual dos sujeitos em prol dos interesses coletivos.

Para tanto, seria necessária a superação do paradigma que vislumbrava as normas constitucionais que disciplinavam interesses privados como meros princípios políticos e desprovidos de eficácia jurídica imediata, carecendo, por isso mesmo, da intervenção do legislador infraconstitucional para a plena produção dos seus efeitos.

Somente a superação desse paradigma, através do reconhecimento da força normativa da Constituição, sobretudo dos seus princípios, é que possibilitará a concepção do ordenamento como uma unidade, na qual a Lei Fundamental representará o norte de atuação do legislador infraconstitucional.

Tal como ocorreu com o Direito Civil, o Direito do Trabalho, bem como outros ramos do Direito, passaram pelo fenômeno da constitucionalização, surgindo um novo eixo centrípeto: a Constituição. A partir de então, toda a legislação infraconstitucional deverá ser interpretada conforme os valores e princípios emanados da Lei Maior, novo centro unificador de todo o ordenamento jurídico.

A progressiva transformação do Estado Liberal em Estado Social significou séria ameaça na até então hegemonia do Código Civil na disciplina das relações privadas.

Saliente-se a autonomização do Direito do Trabalho, regido por princípios intervencionistas e solidaristas, totalmente diversos dos prevalecentes no Direito Civil. O cenário social da revolta contra a exploração do trabalhador decorrente da Revolução Industrial, a democratização do Poder Legislativo com a universalização dos direitos políticos, as influências do socialismo utópico, do marxismo e da doutrina social da Igreja representaram fatos decisivos para o advento do Direito do Trabalho.

As relações de trabalho, até então regulamentadas pelo direito contratual sob a forma de locação de serviços, foram subtraídas dos domínios do Direito Civil. Se nesta seara do Direito, presumia-se a igualdade entre as partes contratantes nas relações empregatícias, com nítido desprezo à realidade dos fatos e valorização excessiva da autonomia das vontades, com intervenções excepcionais nas relações laborais, o Direito do Trabalho evolui através do reconhecimento do evidente desequilíbrio entre as partes. Diante de tal cenário, assume a proteção do juridicamente hipossuficiente com o estabelecimento de normas cogentes e relativização da autonomia das vontades através da restrição das liberdades contratuais.

Apesar da esparsa legislação social do século XIX, após a Primeira Guerra Mundial, intensifica-se a previsão de direitos trabalhistas nas novas Constituições paralelamente ao fortalecimento da legislação ordinária preconizadora de dispositivos atinentes às relações de trabalho. A respeito, pertinente a observação de Daniel Sarmiento (2004, p. 94-95):

Mas a decadência do Código Civil não se esgotou no surgimento do Direito do Trabalho. Na verdade, também a partir da Primeira Guerra Mundial começa a operar-se na Europa uma significativa mudança no panorama da legislação civil, com a intensificação do intervencionismo estatal, e a multiplicação das leis especiais, que criam novos microssistemas legislativos, regidos por princípios e valores que se afastavam daqueles consagrados nos códigos. Manifesta-se, na legislação, uma tendência centrífuga, de afastamento do Código Civil. De fato, enquanto este se mantinha fiel ao ideário liberal, na legislação extravagante já se infiltrava a preocupação com o social e com a tutela de interesses da coletividade, ampliando-se o universo de normas de ordem pública, limitadoras da autonomia da vontade das partes.

Com o advento dos microssistemas legislativos independentes do Código Civil, já que inspirados em valores e princípios distintos e à margem da codificação do Direito Privado, torna-se inviável a consideração do tradicional Código Civil como lei geral, ocasionando a fragmentação do sistema do Direito Privado.

Nesse contexto, a Constituição, que no Estado Social passara a disciplinar as relações privadas, converte-se em centro unificador de todo o ordenamento jurídico. O clássico Código

Civil perde a centralidade de que desfrutara até então, cedendo espaço para a Constituição, que passa a desempenhar a relevante função de norma unificadora de todo o sistema.

A posição de supremacia hierárquica da Constituição, enquanto sistema normativo aberto, inclusive disciplinando as relações privadas, permite sua concepção como Lei Maior e novo centro unificador do Direito Privado.

Hodiernamente, o princípio constitucional dominante é o da supremacia da norma constitucional, pelo qual se atribui a esta superioridade hierárquica no sistema legislativo, restando em plano inferior as demais normas infraconstitucionais. Como bem preleciona Jorge Miranda (2003, p, 292): “[...] não é a Constituição que deve ser interpretada em conformidade com a lei, mas sim a lei que deve ser interpretada em conformidade com a Constituição.”

Com a nova importância atribuída, os textos constitucionais passaram a ser visualizados como normas fundamentais situadas no topo do ordenamento jurídico e não mais como dispositivos meramente políticos e de baixa densidade normativa, operando efeitos diretos nas relações sócio-jurídicas e norteando a interpretação da legislação infraconstitucional. “[...] Esta tarefa, no entanto supõe uma nova metodologia constitucional, que saiba extrair dos princípios constitucionais toda a sua eficácia jurídica transformadora.” (SARMENTO, 2004, p. 78).

Dessa maneira, com base em uma nova interpretação constitucional, sobretudo no Brasil, onde a Constituição possui um capítulo especialmente dedicado aos direitos fundamentais, a força normativa da Constituição assume função de extrema relevância para a consecução dos seus princípios e valores.

Por conseguinte, concebe-se a Constituição como norma dotada de supremacia hierárquica, a partir da qual deverá ser pautada toda a interpretação infraconstitucional, baseada na pauta axiológica da Lei Maior. Nessa concepção, a eficácia dos princípios constitucionais desempenha importante papel.

3.2. Superação da hermenêutica positivista clássica: As normas-princípios como vetores da interpretação constitucional pós-positivista

No pensamento positivista clássico, que teve como seu principal defensor Hans Kelsen, pretendeu-se a idealização de uma ciência pura do direito, através da qual ficaria excluída qualquer postura tendente a ponderações de cunho axiológico ou valorativo na interpretação e subsequente aplicação das normas legais. Pelo método positivista, o direito estaria reduzido a um conjunto integrado apenas pelas denominadas normas-regras, de modo que estariam excluídos os princípios e sua força normativa.

Embora o positivismo tenha se apresentado como fenômeno multifacetário, há de se destacar como primordial a teoria kelseniana, segundo a qual o direito estaria limitado ao que dispõe a lei, privilegiando a interpretação meramente literal, e, via de consequência, reduzindo-se a vontade do intérprete à busca da real “vontade do legislador” (ZAGREBELSKY, 2008, p. 33), como se fosse objeto de fácil delimitação.

Pela teoria pura do direito de Hans Kelsen, a ciência do Direito seria baseada num conhecimento apenas dirigido ao Direito, excluindo tudo o mais que não pertença ao seu objeto e que não seja determinável como direito. Pregava-se, como princípio metodológico fundamental, a libertação da ciência jurídica de todos os elementos que lhe são estranhos (KELSEN, 2006, p. 1 e ss.).

A propósito, Luís Roberto Barroso (2008, p. 25) elenca as características principais do positivismo jurídico:

[...] i) aproximação quase plena entre direito e norma; ii) a afirmação da estabilidade do Direito: a ordem jurídica é una e emanada do Estado; iii) a completude do ordenamento jurídico, que contém conceitos e instrumentos suficientes para solução de qualquer caso, inexistindo lacunas; iv) o formalismo: a validade da norma decorre do procedimento seguido para 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.

Decorrente do movimento inovador de combate aos ideais positivistas liderado por Ronald Dworkin, Robert Alexy, Gustavo Zagrebelsky, e na doutrina pátria, por Paulo Bonavides, exsurge a nova fase da hermenêutica constitucional, denominada pós-positivismo ou não positivista, pela qual a força normativa atribuída aos princípios constitucionais assume função precípua, uma vez que “convertidos em pedestal normativo sobre o qual assenta todo o edifício jurídico dos novos sistemas constitucionais” (BONAVIDES, 1998, p. 237).

A valorização normativa dos princípios representou a superação do positivismo legalista, baseado na redução do Direito a um sistema hermético de normas positivadas, com

total desprezo aos valores sociais materiais, aos quais somente ao legislador caberia atender, menosprezando e reduzindo, por via de consequência, o poder do aplicador do Direito.

O reconhecimento da força normativa dos princípios representou, igualmente, a retomada da argumentação e da racionalidade prática do Direito, rejeitadas pelo positivismo e pela normatividade de Kelsen. De fato, o positivismo clássico defendia a aplicação do direito por mera subsunção, na qual a atividade do intérprete e aplicador do Direito era desprovida de maior relevância, já que simplesmente declaratória.

Pelo pensamento positivista, não havia margem para a argumentação jurídica, sendo o aplicador da norma verdadeiro autômato, jungido que estava ao puro texto da lei, a qual representa a vontade de um legislador onipotente e infalível.

Em verdade, o positivismo não negava por completo os princípios. Todavia, atribuía aos mesmos uma função subsidiária e supletiva no ordenamento jurídico, uma vez que eram compreendidos como meros princípios gerais do Direito, não se lhes reconhecendo força jurídico-normativa alguma, sendo visualizados como simples instrumentos de integração do Direito, cuja aplicação, portanto, restaria restrita aos casos lacunosos.

A teoria principiológica contemporânea busca, por conseguinte, uma moderna hermenêutica constitucional baseada na inserção da aplicação do direito no âmbito da retomada da argumentação racional prática.

Considerando-se que, na seara constitucionalista, o positivismo entendia os princípios como normas constitucionais desprovidas de autoaplicabilidade, resta evidenciada íntima conexão entre o reconhecimento da normatividade dos princípios e o entendimento de que todas as normas constitucionais possuem uma determinada eficácia jurídica, ainda que em gradações diferenciadas.

Com base no exposto, o entendimento hodierno é no sentido de que as normas jurídicas dividem-se em duas categorias: as normas-regras e as normas-princípios, corroborando a ideia de que os princípios são normas jurídicas.

Os princípios constitucionais, implícitos ou explícitos, representam a síntese dos valores acobertados pelo ordenamento jurídico, espelhando os postulados sociais e desempenhando importantes funções: condensar valores, conferir unidade ao sistema e condicionar a atividade do intérprete.

Outrossim, os princípios conferem unidade e harmonia ao sistema jurídico, integrando-o em suas diferenças e atenuando, consequentemente, suas tensões normativas.

Servem, ainda, como instrumento norteador para o intérprete, cuja atuação deve reger-se pela identificação do princípio maior diante do caso concreto, descendo do mais genérico ao mais específico com fins à obtenção da regra concreta que vai reger o caso.

Como preleciona Luís Roberto Barroso (2003, p. 30):

Na trajetória que os conduziu ao centro do sistema, os princípios tiveram de conquistar o *status* de norma jurídica, superando a crença de que teriam uma dimensão puramente axiológica, ética, sem eficácia jurídica ou aplicabilidade direta e imediata [...] A distinção qualitativa entre regra e princípio é um dos pilares da moderna dogmática constitucional, indispensável para a superação do positivismo legalista, onde as normas se cingiam a regras jurídicas. A Constituição passa a ser encarada como um sistema aberto de princípios e regras, permeável a valores jurídicos supra positivos, no qual as ideias de justiça e de realização dos direitos fundamentais desempenham um papel central.

Nesse diapasão, Canotilho (1998, p. 1034-1035) elenca os principais critérios distintivos entre princípios e regras: os princípios possuem um elevado grau de abstração, ao passo que as regras têm abstração reduzida, motivo pelo qual somente as normas-regras admitem subsunção e as normas principiológicas demandam um certo labor interpretativo; os princípios são vagos e indeterminados, enquanto as regras são suscetíveis de aplicação direta; os princípios possuem hierarquia superior enquanto fontes do direito; os princípios são ‘*standards*’ juridicamente vinculantes e as regras podem ser normas vinculativas com mero conteúdo funcional; os princípios possuem natureza normogénica fundamentante, ou seja, são fundamentos de regras.

Precursor da distinção qualitativa entre regras e princípios Ronald Dworkin (2007, p. 35 e ss.), os diferencia, de forma lógica, no tocante ao seu modo de incidência: as regras são comandos de aplicação disjuntiva, obedecendo ao tudo ou nada, isto é, identificados os pressupostos para aplicação da regra jurídica, ou esta é aplicada ou é definitivamente afastada pela incidência de outra regra. Aqui, diante de um conflito de regras, utilizam-se os critérios clássicos, seja o hierárquico, o cronológico ou o da especialidade. Quanto aos princípios, existe uma dimensão de peso, inexistente nas regras, através da qual a solução dos conflitos entre princípios dar-se-á não no plano da validade, como ocorre com as normas-regras, mas por intermédio de um juízo de ponderação.

Os princípios, portanto, são dotados de dimensão de peso, a qual:

[...] revela-se quando dois princípios diferentes incidem sobre determinado caso concreto entrando em colisão. Nesta hipótese, o conflito é solucionado levando em consideração o peso relativo assumido por cada princípio dentro das circunstâncias concretas presentes no caso, a fim de que se possa precisar em que medida cada um cederá espaço ao outro. (SARMENTO, 2000, p. 45).

Depreende-se, conseguintemente, que a colisão entre princípios encontra solução através do juízo de ponderação, mediante o qual o reconhecimento da preponderância de um determinado princípio diante de um caso concreto não significa a completa derrogação do princípio preterido, o qual, por sua vez, em outra determinada situação, poderá ter plena aplicação preponderante sobre os outros princípios. Trata-se da força acomodativa ou elasticidade plástica de que são dotadas as normas principiológicas.

Robert Alexy (1993, p. 85-87), embora se contraponha em diversos aspectos da construção doutrinária de Ronald Dworkin, retomou tal distinção qualitativa entre princípios e regras jurídicas, esclarecendo que o conflito entre regras resolve-se de forma diversa da estabelecida para os princípios. A resolução de conflitos entre regras dá-se no âmbito da validade, mediante o reconhecimento da invalidade de umas das regras em questão ou pela aplicação de uma cláusula de exceção, em que predomina a regra especial em prejuízo da geral. Já no caso de colisão entre princípios, a resolução está focada na dimensão do peso, isto é, resolve-se através de uma ponderação no caso concreto, mediante a qual um princípio cede, temporariamente, espaço ao outro, sem, no entanto, perder sua vigência, respeitando-se o princípio da proporcionalidade.

É justamente neste aspecto que a posição de Alexy diferencia-se da postura de Dworkin. Este visualizava o juiz como um ser ideal e onisciente, a quem caberia pronunciar a resposta correta diante do caso concreto, realizando uma espécie de reconstrução do direito vigente com base nos princípios, os quais pela sua abrangência e maleabilidade possibilitariam a atualização permanente da Constituição aos novos clamores sociais.

Para Alexy, o caráter argumentativo e a sujeição da prática jurídica à racionalidade não implica que os processos argumentativos estejam submetidos exclusivamente às regras da lógica dedutiva.

Entendendo-se a atividade da argumentação jurídica como um simples processo de adequação às regras da lógica formal, a tarefa judicial limitar-se-ia a realizar um mero *silogismo judicial*, ou seja, a produção de uma decisão lógica a partir da aplicação de uma norma ou conjunto de normas – premissa maior – após a subsunção dos fatos relevantes – premissa menor.

Alexy destaca que tal ação de escolha demanda, necessariamente, uma valoração, que conduz, em última instância, à ruptura do método lógico-dedutivo.

A teoria da argumentação jurídica elaborada por Alexy, sustentada na Teoria do Discurso Racional como teoria da justificação jurídica, conectou o discurso jurídico com o

discurso prático geral, fundamentando as formas e regras da argumentação racional em uma teoria procedimental da verdade, de cunho analítico-procedimental, que adota como ponto fundamental o aspecto de que a problemática da justificação de afirmações normativas deve partir da consideração de que “uma teoria do discurso prático precisa providenciar regras e formas segundo as quais se possa testar a correção das regras morais por trás delas.” (Alexy, 2001, p. 114).

Contudo, o discurso jurídico, enquanto exigência da racionalidade prática, embora apresente a necessidade de ultrapassar o mero discurso prático geral, com fins a resolução das questões práticas, encontra limites, já que uma solução racional alcançada através de suas regras não significa uma garantia de que referidas regras, em cada caso, proporcionem uma única resposta correta.

Assim, diante de um mesmo caso, as regras do discurso jurídico possibilitam que se obtenha soluções racionais discursivas incompatíveis entre si. É que a pretensão que se propõe no discurso jurídico é limitada, já que concretizada sob as exigências determinadas pela lei, pela dogmática e pelos precedentes, e relativa, uma vez que o resultado obtido é dependente também dos participantes do discurso, sem se olvidar do momento temporal e da impossibilidade de realização prática do procedimento.

Na ótica de Alexy, tais dificuldades, todavia, não invalidam a teoria do discurso, pois o fato de existirem múltiplas respostas diferentes discursivamente não significa que todas sejam efetivamente possíveis. Igualmente, o autor citado não defende a possibilidade de uma única resposta correta, pois neste caso haveria necessidade premente de uma teoria forte dos princípios “que contivesse, além de todos os princípios do sistema jurídico em questão, todas as relações de prioridade abstratas e concretas entre eles, e por isso determinasse univocamente a decisão em cada um dos casos.” (ALEXY, 1988 *apud* ATIENZA, 2006, p. 180).

Nesse ínterim, as normas jurídicas seriam um gênero, do qual são espécies a norma-regra, dotada de um campo de alcance delimitado e específico e de aplicação disjuntiva, com a conseqüente exclusão de uma das normas em conflito; e a norma principiológica, dotada de uma maior elasticidade e plasticidade, por meio das quais uma relativa preponderância de um princípio sobre outro em um caso determinado não significaria a exclusão absoluta do princípio preterido.

Alexy prega a diferença entre regras e princípios como algo conceitual:

As regras são normas que exigem um cumprimento pleno e, nessa medida, podem apenas ser cumpridas ou descumpridas. Se uma regra é válida, então é obrigatório

fazer precisamente o que ela ordena, nem mais nem menos. As regras contêm, por isso, determinações no campo do que é fática e juridicamente possível [...] Os princípios são normas que ordenam a realização de algo na maior medida possível, relativamente às possibilidades jurídicas e fáticas. Os princípios são, por conseguinte, mandados de otimização que se caracterizam por poderem ser cumpridos em diversos graus. (ALEXY, 1988 *apud* ATIENZA, 2006, p. 181).

Por conseguinte, a forma característica de aplicação das regras é a subsunção, ao passo que os princípios adotam como forma característica de aplicação a ponderação.

Como esclarece o professor Manuel Atienza (2006, p. 182), essa ordem flexível compõe-se de três elementos: 1) Um sistema de condições de prioridade, que fazem com que a resolução das colisões entre princípios, num caso concreto, também tenham importância para novos casos; 2) Um sistema de estruturas de ponderação que derivam da consideração dos princípios como mandados de otimização, com relação às possibilidades fáticas e jurídicas, sendo estas correspondentes ao princípio da proporcionalidade, o qual preconiza que quanto mais alto for o grau de descumprimento de um princípio, maior deverá ser a importância do cumprimento do outro; 3) Um sistema de prioridades *prima facie*: a prioridade estabelecida de um princípio sobre outro pode ceder no futuro.

O modelo de Direito como sistema de normas (regras e princípios) e de procedimentos não permite alcançar inexoravelmente uma única resposta correta para cada caso, mas conduz a um maior grau de racionalidade prática no Estado democrático e constitucional:

A questão decisiva aqui é que os respectivos participantes de um discurso jurídico, se suas afirmações e fundamentações hão de ter um sentido pleno, devem, independentemente de se existe ou não uma resposta correta, elevar a pretensão de que sua resposta é a única correta. Isso significa que eles devem pressupor a única resposta correta como ideia reguladora. A ideia reguladora da única resposta correta não pressupõe que exista, para cada caso, uma única resposta correta. Só pressupõe que, em alguns casos, se pode dar uma única resposta correta e que não se sabe em que casos é assim, de maneira que vale a pena procurar encontrar, em cada caso, a única resposta correta. (ALEXY, 1988 *apud* ATIENZA, 2006, p. 183).

Alexy, divergindo da posição de Dworkin, defende o estabelecimento de procedimentos racionais intersubjetivos em busca da solução judicial adequada, possibilitando um controle social a respeito da argumentação jurídica apresentada pelo juiz.

Evidentemente, a hermenêutica constitucional de Alexy prega o diálogo em substituição ao monólogo, o que remete para a participação aberta a toda a comunidade de intérpretes da Constituição. Neste aspecto, em muito se aproxima da hermenêutica constitucional da sociedade aberta ou pluralista defendida por Peter Häberle, através da qual todo aquele que vive a Constituição é um seu legítimo intérprete. Sob essa ótica, a

interpretação constitucional dos juízes não deve ser a única, assumindo relevante participação os cidadãos, os órgãos públicos e a opinião pública como forças produtivas de interpretação, atuando como pré-intérpretes do complexo normativo constitucional:

[...] A interpretação constitucional é, em realidade, mais um elemento da sociedade aberta. Todas as potências públicas, participantes materiais do processo social, estão nela envolvidas, senda ela, a um só tempo, elemento resultante da sociedade aberta e um elemento formador ou constituinte dessa sociedade [...] Os critérios de interpretação constitucional hão de ser tanto mais abertos quanto mais pluralista for a sociedade. (2002, p. 13).

Com efeito, embora a resolução de conflitos entre princípios através do juízo de ponderação possa ocasionar certo decisionismo judicial, possibilita-se através de tal instrumento, a harmonização de dispositivos normativos divergentes.

A técnica da ponderação “consiste, portanto, em uma técnica de decisão jurídica aplicável a casos difíceis, em relação aos quais a subsunção se mostrou insuficiente, especialmente quando uma situação concreta da ensejo à aplicação de normas de mesma hierarquia que indicam soluções diferenciadas.” (BARROSO e BARCELOS *in* Silva (org.), 2005, p. 287).

Desse modo, cabe ao intérprete, diante da casuística apresentada, buscar um ponto de equilíbrio que harmonize a tensão existente entre os princípios, sacrificando o mínimo possível o núcleo essencial dos interesses salvaguardados pelos princípios em confronto, através da proporcionalidade.

No que tange à insegurança ocasionada pelo decisionismo da ponderação, pode-se reduzi-la a patamares aceitáveis através da especial valorização da argumentação jurídica, possibilitando-se o controle social sobre a fundamentação apresentada pelas decisões judiciais.

Assim, a aceitação de normas-regras e normas-princípios, confere um desenvolvimento equilibrado da Constituição, uma vez que os princípios, dotados de plasticidade e flexibilidade, possibilitam a atualização e adequação da Carta Constitucional às mutações sociais. As regras, por sua vez, com seu sistema fechado, proporcionariam a dose de segurança necessária ao sistema sócio-jurídico.

Fato inegável é que a distinção qualitativa entre regras e princípios constitui-se num dos pilares edificantes da teoria dos direitos fundamentais, possibilitando a solução de conflitos a partir da colisão entre princípios e evidenciando a função normativa desempenhada por regras e princípios na regulação de condutas.

Enfim, por ser o sistema constitucional necessariamente aberto, torna-se imprescindível a coexistência de regras e princípios, permitindo um equilíbrio entre segurança jurídica e mutações sócio-jurídicas, a fim de que a abertura inerente ao sistema constitucional não destrua a sua necessária estabilidade.

3.3. A dimensão objetiva dos direitos fundamentais: A eficácia irradiante e seus reflexos nas relações trabalhistas

Diante da teoria contemporânea dos direitos fundamentais, a denominada dimensão objetiva de tais direitos exsurge a partir do reconhecimento de sua dupla natureza. A primeira, de dimensão subjetiva, diz respeito às posições subjetivas dos cidadãos em face do poder estatal, sendo direitos subjetivos preconizados no ordenamento jurídico, oponíveis ao Estado e reclamáveis em juízo; a segunda, de dimensão objetiva, refere-se aos valores condensados no seio da vida social e norteadores das ações positivas dos poderes estatais.

Proveniente da doutrina e jurisprudência alemãs, a concepção objetiva surge a partir da Lei Fundamental de Bonn de 1949, promulgada no cenário pós 2ª Guerra Mundial e com intuito voltado à proteção dos direitos fundamentais duramente violados durante o Holocausto.

Além da clássica dimensão subjetiva da garantia de direitos fundamentais diante do Estado, a concepção objetiva consagra um conjunto de valores imperantes numa determinada sociedade, vencendo o paradigma liberal dos direitos fundamentais antes visualizados apenas como deveres de abstenções e não intervenções dirigidos ao Estado, que deveria respeitar os direitos subjetivos assegurados aos indivíduos (dimensão subjetiva).

Diante do reconhecimento da segunda dimensão dos direitos fundamentais, assegura-se a existência de valores conformadores da ordem social e jurídica, compondo uma verdadeira pauta axiológica destinada a conformar toda a ordem jurídica positivada. Diante de tal perspectiva inovadora, esses valores constituem, como afirmou Konrad Hesse (1998, p. 239), “as bases da ordem jurídica da coletividade.”

Sob esse aspecto, compreende-se que não basta a abstenção dos Poderes Públicos de violar tais direitos, exigindo-se que eles os protejam ativamente diante das agressões oriundas de terceiros (SARLET, 2009, p. 146).

Há de se ressaltar que ambas as dimensões, subjetiva e objetiva, devem ser compreendidas como complementares, uma vez que a dimensão objetiva, além de produzir efeitos jurídicos, atua como fonte suplementar da dimensão subjetiva na medida em que possibilita a extração de efeitos dos dispositivos constitucionais.

A dimensão objetiva, desse modo, atua como fonte irradiadora de valores, conformando a ordem sócio-jurídica, com bem destacou José Carlos Vieira de Andrade (2009, p. 110): “(...) A dimensão objetiva reforçaria, assim, a imperatividade desses direitos e alargaria a sua influência normativa no ordenamento jurídico e na vida da sociedade”.

A compreensão da Constituição como ordem de valores a nortear a conduta dos atores sociais na ordem jurídica possibilitou o desenvolvimento da denominada eficácia irradiante dos direitos fundamentais, pela qual os valores consagrados projetam e irradiam seus efeitos por todo o ordenamento jurídico, atuando como vetores interpretativos e conformadores, inclusive vinculando os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário.

Em verdade, a concepção da eficácia irradiante dos direitos fundamentais supera os resquícios do ideal liberalista da mera abstenção estatal para possibilitar uma nova interpretação do direito positivo ordinário a partir dos direitos fundamentais.

Nesse diapasão, a dimensão objetiva permite a expansão dos direitos fundamentais para o âmbito das relações privadas, possibilitando que estes transcendam as relações entre cidadãos e Estado, inerentes à fase liberal clássica. Tal entendimento conduz, por conseguinte ao reconhecimento de que os direitos fundamentais limitam a autonomia dos atores sociais privados, protegendo os indivíduos titulares de tais direitos das violações acarretadas pelos poderes sociais não estatais ou particulares.

Através da dimensão objetiva, assegura-se a produção de efetivos jurídicos concretos inclusive às normas consagradoras de direitos fundamentais, que por sua natureza, necessitam de posterior integração legislativa com o fito de permitir a plena fruição do respectivo direito subjetivo. É que referidas normas produzirão efeitos hermenêuticos, condicionando a interpretação e integração do ordenamento jurídico e, ainda, vinculando o legislador.

Na seara específica das relações trabalhistas, a eficácia irradiante revela-se através de três princípios fundamentais insculpidos no texto constitucional pátrio, quais sejam: a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III), o valor social do trabalho (arts. 1º, IV e 170) e o solidarismo (art. 3º, I e III).

Com efeito, o princípio da dignidade da pessoa humana unifica todo o sistema pátrio de direitos fundamentais e “representa o epicentro axiológico da ordem constitucional, irradiando efeitos sobre todo o ordenamento jurídico e balizando não apenas os atos estatais,

mas também toda a miríade de relações privadas que se desenvolvem no seio da sociedade civil e no mercado.” (SARMENTO, 2000, p. 59-60).

O valor social do trabalho, erigido como princípio fundamental do Estado Democrático de Direito, dignifica a existência do ser humano.

Vislumbra-se, portanto, que o Direito Privado contemporâneo centra-se na pessoa humana e nos seus valores, representando a superação do paradigma individualista e concebendo a pessoa como um ser social, titular de direitos, mas também vinculado perante seus semelhantes. Como bem destacou Fachin (2001, p.50): “(...) a solidariedade adquire valor jurídico (...). A pessoa tem o dever social de colaborar com o bem do qual também participa, ou seja, deve colaborar com a realização dos demais integrantes da comunidade.”.

O princípio jurídico do solidarismo representa não uma mera diretriz política desprovida de eficácia normativa, mas, apesar de sua abertura e indeterminação, possui algum grau de eficácia imediata, atuando, ao menos, como vetor de interpretação da ordem jurídica. Nesse sentido, cumpre transcrever valiosas palavras de Maria Celina Bodin de Moraes (2001, p. 169):

[...] a expressa referência à solidariedade, feita pelo legislador constituinte, longe de representar um vago programa político ou algum tipo de retoricismo, estabelece um princípio jurídico inovador em nosso ordenamento, a ser levado em conta não só no momento da elaboração da legislação ordinária e na execução das políticas públicas, mas também nos momentos de interpretação-aplicação do Direito.

Portanto, tais princípios fundamentais, ao irradiarem seus efeitos, produzem importantes reflexos na interpretação dos dispositivos aplicáveis às relações laborais, desempenhando relevante função na solução dos conflitos surgidos nessa seara especializada do Direito, especialmente na denominada eficácia horizontal ou entre particulares dos direitos fundamentais, objeto de estudo do capítulo seguinte.

3.4. A eficácia dos direitos fundamentais

Conforme anteriormente mencionado, a doutrina hodierna considera que todo e qualquer dispositivo constitucional possui um determinado grau de eficácia jurídica, mesmo as normas de cunho meramente programático.

Com a Carta Constituinte de 1988, um dispositivo inovador foi inserido no texto constitucional, qual seja o parágrafo primeiro do art. 5º, dispondo sobre a aplicabilidade imediata das normas definidoras de direitos fundamentais, o que ocasionou uma atenção especial por parte dos doutrinadores ao problema específico da eficácia dos direitos fundamentais e ao alcance daquele preceito constitucional, como será explanado adiante.

De início, saliente-se que as normas definidoras de direitos fundamentais não constituem um simples sistema uniforme, mas assim como as normas constitucionais, assumem facetas distintas de acordo com a técnica de positivação adotada.

A propósito, Luís Roberto Barroso (1996, p. 91 e ss.) sobre o sistema constitucional brasileiro, distingue três tipos de normas:

[...] as normas de organização (que, por sua vez, englobam as normas que veiculam decisões políticas fundamentais, as normas definidoras de competências, as normas que criam órgãos públicos e normas que estabelecem processos e procedimentos), as normas definidoras de direitos (de modo especial os direitos fundamentais) e as normas programáticas.

Desse modo, considerando-se o extenso rol de direitos fundamentais consagrados na Constituição Brasileira de 1988, facilmente se depreende por diversas gradações de positivação desses dispositivos constitucionais. De fato, inegável a existência de uma conexão entre a técnica utilizada de positivação e a eficácia jurídica da norma definidora do direito fundamental, sem desconsiderar a posição jurídica outorgada aos particulares, enquanto titulares do direito subjetivo. A respeito do tema:

[...] Assim, por demais evidente que a carga eficaz será diversa em se tratando de norma de natureza programática (ou- se preferirmos – de cunho impositivo), ou em se tratando de forma de positivação que permita, desde logo, o reconhecimento de direito subjetivo ao particular titular do direito fundamental, circunstância, que, aliás, não passou despercebida a alguns de nossos mais ilustres representantes da doutrina constitucional, ainda que estes não tenham estabelecido – ao menos não de forma explícita- esta vinculação direta entre a diversidade das técnicas de positivação dos direitos fundamentais e as posições jurídicas igualmente distintas delas decorrentes. (SARLET, 2009, pág. 260).

Cumprido destacar que a doutrina constitucional classifica os direitos fundamentais, considerando o critério de sua multifuncionalidade, em dois grupos básicos, quais sejam: os direitos de defesa, entre os quais se incluem os direitos de liberdade, igualdade, direitos políticos e alguns direitos sociais, e os direitos a prestações, compreendidos pelos direitos a

prestações em sentido amplo, bem com pelos direitos a prestações em sentido estrito ou direitos sociais de natureza prestacional.

No que tange aos direitos de defesa, saliente-se que estes assumem feição de direitos subjetivos exigindo abstenção por parte do Estado, não suscitando maiores discussões quanto a sua aplicabilidade imediata. Já com os direitos prestacionais, por demandarem uma posição ativa dos destinatários, suscitam controvérsias em torno de sua aplicação, motivo pelo qual grande parte da doutrina nega-lhes aplicabilidade imediata, e, por conseguinte, sua plena eficácia.

Nesse aspecto, a problemática em torno da aplicabilidade e eficácia dos direitos fundamentais deve considerar sua função precípua, seja de direito de defesa ou de direito prestacional, assim como sua forma de positivação no texto constitucional, uma vez que ambos representam fatores determinantes do grau dessa aplicabilidade e eficácia dos direitos fundamentais.

Conseqüentemente, a depender do alcance que se reconheça à denominada aplicabilidade imediata das normas consagradoras de direitos e garantias fundamentais, não há como se negar a existência de diferentes cargas eficaciais das diversas categorias de direitos fundamentais.

3.4.1. A plena eficácia e aplicabilidade direta ou imediata das normas definidoras dos direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988

O § 1º do art.5º da Constituição Federal de 1988 dispõe que as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais são dotadas de aplicação imediata.

Atente-se para o fato de que tal dispositivo encontra-se inserido no título atinente aos direitos fundamentais, o que fez despontar uma cizânia doutrinária no tangente à abrangência ou alcance da norma, ou seja, se abrangeria todos os direitos fundamentais, estejam previstos dentro do referido título ou fora dele, ou estaria restrita aos direitos fundamentais expressamente preconizados no referido art. 5º da Carta de 1988.

Embora o dispositivo esteja topograficamente situado dentro do título atinente aos direitos fundamentais, a mera interpretação literal propicia a ideia de que tal disposição alcança os direitos e garantias fundamentais como um todo (SARLET, 2010, p. 262). Há,

contudo, posições doutrinárias que segregam o alcance e a eficácia da norma, atribuindo a esta interpretação extensiva e àquela interpretação restritiva sob o argumento de que o Constituinte teria dito mais do que o pretendido, contrariando a mera interpretação literal (GEGRAN NETO, 2002, p. 153 e ss.).

Todavia, com supedâneo numa interpretação sistemática e teleológica, torna-se evidente que o Constituinte de 1988 não pretendeu deixar à margem do sistema de aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais, os direitos políticos, de nacionalidade e os direitos sociais que se encontram, topograficamente, fora do rol do art.5º da Constituição Federal de 1988.

Sem embargos de opiniões divergentes, o fato é que há de se distinguir entre os planos da aplicabilidade e da eficácia das normas, reconhecendo-se a aplicabilidade imediata a todas as normas definidoras de direitos fundamentais, reservando-se a análise quanto à eficácia para um segundo momento. Por estes motivos, a aplicabilidade imediata preconizada no parágrafo primeiro do art. 5º da CF é extensiva não apenas ao rol de todos os direitos fundamentais dos arts. 5º ao 17, como também aos previstos em todo o corpo do texto constitucional, sem se olvidar dos estabelecidos nos tratados internacionais, que passaram a ser objeto de disposição constitucional expressa após a Emenda Constitucional n. 45/2004.

Nesse mesmo sentido, Flávia Piovesan (1995, p. 90 e ss.) e Ingo Sarlet (2010, p. 261 e ss.), para quem é perfeitamente possível uma interpretação extensiva da norma consagrada da aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais.

Com efeito, tal posicionamento harmoniza-se com o sistema material aberto dos direitos fundamentais consubstanciado no § 2º do art. 5º, possibilitando uma extensão do regime material da plena aplicabilidade aos demais direitos fundamentais espalhados fora do art. 5º.

Quanto à questão do alcance e significado do § 1º do art. 5º da CF de 1988, notadamente no que diz respeito à sua eficácia e aplicabilidade para as diversas categorias de direitos fundamentais, não se verifica, igualmente, um consenso doutrinário.

Uma concepção mais restrita sustenta que o dispositivo em comento deve respeitar a natureza das coisas, de tal modo que alguns direitos fundamentais alcançam sua eficácia dentro do campo de possibilidades da realização legislativa (FERREIRA FILHO, 1988, p. 35 e ss.). Por sua vez, concepção doutrinária mais ampla defende que, até mesmo as normas de conteúdo programático, por conta da plena aplicabilidade possibilitam a concretização do direito subjetivo independentemente da concretização legislativa (GRAU, 1997, p. 322 e ss. e RUSCHEL, 1993, p. 294 e ss.).

A princípio, saliente-se que o legislador Constituinte fez constar tal dispositivo expressamente, como um meio de evitar o esvaziamento dos direitos fundamentais. A celeuma que se estabelece é quanto à aplicação desse dispositivo, no sentido de ter alcance para abranger todos os direitos fundamentais e reconhecê-los como normas imediatamente aplicáveis e com plena eficácia, especificamente quanto àqueles destituídos de carga normativa apta a proporcionar sua pronta aplicação, demandando, para tanto, intervenção legislativa posterior. A concepção mais restritiva de aplicação dos direitos fundamentais apóia-se neste fundamento.

Por outro lado, a concepção mais ampla de aplicação dos direitos fundamentais defende que “a norma contida no art. 5º, § 1º, da CF não teria o condão de impedir que as normas de direitos fundamentais carentes de concretização venham a alcançar sua plena eficácia tão-somente após uma *interpositio legislatoris*, não gerando, antes que tal ocorra, direito subjetivo para o titular” (SARLET, 2009, p. 264).

Convém ressaltar que a própria Constituição prevê, também, instrumentos processuais assecuratórios dos direitos fundamentais, a exemplo do Mandado de Injunção e da ação direta de inconstitucionalidade por omissão. Tais mecanismos, visualizados como instrumentos para a busca da efetividade das normas constitucionais, por si sós, são suficientes para fundamentar a concepção de que há normas na Constituição que demandam para sua plena aplicação e eficácia intervenção legislativa tal como ocorre com as normas programáticas.

Acrescente-se, ainda, que a Constituição, enquanto complexo de normas integrado por regras e princípios, conforme examinado no tópico anterior, mormente em se tratando de uma Constituição social, como a de 1988, está impregnada de normas programáticas, que demandam uma atuação concreta dos órgãos estatais, notadamente do legislador. Trata-se de uma espécie normativa inerente ao Estado Social de Direito, na medida em que preceitua programas e finalidades a serem implementadas pelos órgãos públicos, dirigidas especialmente ao legislador.

Todavia, tal aspecto não implica, necessariamente, na negativa total da aplicabilidade imediata das normas definidoras dos direitos fundamentais.

Desse modo, sendo as normas programáticas verdadeiros compromissos políticos e sociais do Constituinte com os diversos grupos sociais, não há como deixar de reconhecer sua incidência no que pertine a alguns preceitos de direitos fundamentais. No entanto, não se pode desprezar o fato de todas as normas constitucionais, incluindo-se as programáticas, possuírem um determinado grau de aplicabilidade e eficácia, ainda que mínimo.

Outro aspecto que merece atenção, quanto à problemática da aplicabilidade dos direitos fundamentais, é o histórico, já que quando da formulação da doutrina clássica, pregadora da aplicabilidade imediata, não existia, à época, os direitos prestacionais, isto é, os sociais, econômicos e culturais, típicos das Constituições hodiernas inspiradoras do Estado Social. Por conseguinte, consideravam-se normas autoaplicáveis ou autoexecutáveis as normas definidoras de direitos fundamentais, sendo certo que estas se referiam apenas aos clássicos direitos de liberdade e igualdade.

A Constituição de 1988 considerou todas as normas de direitos fundamentais como normas de aplicabilidade imediata, incluindo-se aí os direitos sociais, dentre os quais grande parte se enquadra como direitos de defesa. Todavia, direitos fundamentais existem, mesmo entre os direitos sociais, dependentes de concretização legislativa, caracterizando-se em verdadeiras normas de baixa densidade normativa. Desse modo, ainda que dotados de aplicabilidade imediata, tais direitos fundamentais carecem de uma aplicação diferenciada do art. 5º, § 1º da CF quando em cotejo com a aplicação de tal dispositivo aos direitos de defesa.

Indubitavelmente, o art. 5º, § 1º da CF deve ter seu significado e alcance definidos de modo a abranger somente e todos os direitos fundamentais e não todas as normas constitucionais, sob pena de equipararem-se os direitos fundamentais e as demais normas constitucionais. Depreende-se que tal dispositivo estabelece um dever dirigido aos órgãos estatais, notadamente ao Poder Judiciário, no sentido de maximizar a eficácia dos direitos fundamentais, ressaltando o caráter dirigente e vinculante da norma.

Por outro ângulo, há de se acatar com a devida cautela o posicionamento bastante amplo de que o art. 5º, § 1º da CF preconiza uma aplicabilidade direta e imediata a todos os direitos fundamentais, independentemente de qualquer ato concretizador posterior.

Ao Judiciário, que não pode omitir-se do pronunciamento final, cabe a atividade de preenchimento no caso de lacunas legais. Todavia, há de serem respeitados os limites impostos a tal atividade, como uma eventual colisão com outros direitos fundamentais ou mesmo a cláusula da reserva do possível.

Por conseguinte, no âmbito dos direitos fundamentais, é possível distinguir-se dois grupos de normas: as dotadas de insuficiência normativa e, portanto, incapazes de gerar a plenitude de seus efeitos independentemente de uma interposição legislativa; e as dotadas de suficiente normatividade, que alcançam a plena eficácia de seus efeitos sem a necessidade de intermediação legislativa posterior.

Nesse ínterim, a norma contida no art. 5º, § 1º da CF encerra um postulado normativo principiológico, constituindo-se num mandado de otimização ou maximização, pelo qual se

impõe aos órgãos estatais o dever de reconhecerem a maior eficácia possível aos direitos fundamentais. Conseqüentemente, a aplicabilidade imediata não poderá ser exercitada pelo raciocínio do tudo ou nada, tal como sói ocorrer com as normas-regras, mas pelo raciocínio da norma-princípio, pelo qual o alcance da norma de direito fundamental em análise fica a depender das premissas do caso concreto.

Assim, a aplicabilidade imediata e eficácia plena dos direitos fundamentais constituem verdadeira regra geral a ser observada na concretização de tais direitos, sendo a norma disposta no art. 5º, § 1º da CF mero complemento reforçador de tal aplicabilidade:

[...] Assim, para além da aplicabilidade e eficácia imediata de toda a Constituição, na condição de ordem-jurídico normativa, percebe-se- na esteira de García de Enterría- que o art. 5º, § 1º, de nossa Lei Fundamental constitui, na verdade, um *plus* agregado às normas definidoras de direitos fundamentais, que tem por finalidade justamente a de ressaltar sua aplicabilidade imediata independentemente de qualquer medida concretizadora. (ENTERRÍA, 1994 *apud* SARLET, 2009, p. 271).

No mesmo sentido, leciona Flávia Piovesan (2010, p. 35-36):

[...] no intuito de reforçar a imperatividade das normas que traduzem direitos e garantias fundamentais, a Constituição de 1988 institui o princípio da aplicabilidade imediata dessas normas, nos termos do art. 5º, § 1º. Esse princípio realça a força normativa de todos os preceitos constitucionais referentes a direitos, liberdades e garantias fundamentais, prevendo um regime jurídico específico endereçado a tais direitos. Vale dizer, cabe aos Poderes Públicos conferir eficácia máxima e imediata a todo e qualquer preceito definidor de direito e garantia fundamental. Tal princípio intenta assegurar a força dirigente e vinculante dos direitos e garantias de cunho fundamental, ou seja, objetiva tornar tais direitos prerrogativas diretamente aplicáveis pelos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário [...]

Logo, os direitos fundamentais, por sua relevância na Constituição e em decorrência de sua própria fundamentalidade, possuem uma espécie de força jurídica reforçada no âmbito constitucional brasileiro, função bem desempenhada pelo art. 5º, § 1º da CF de 1988.

Conseqüentemente, a depender do alcance que se reconheça à denominada aplicabilidade imediata das normas consagradoras de direitos e garantias fundamentais, não há como se negar a existência de diferentes cargas eficaciais das diversas categorias de direitos fundamentais.

Especificamente, no que se refere à denominada eficácia vertical e eficácia horizontal dos direitos fundamentais, sua análise está intrinsecamente relacionada à verificação dos sujeitos vinculados ou obrigados por esses direitos, assim como a argumentação jurídica empreendida para tal vinculação e de que forma esta ocorre, o que será abordado a seguir.

3.4.2. A eficácia vertical

Desde a concepção da doutrina liberal, na qual o Estado era considerado o maior ameaçador dos direitos e liberdades dos indivíduos, os direitos fundamentais exsurtem como meios de defesa dos cidadãos diante do Estado, de modo que a aplicação de tais direitos às relações jurídico-públicas, entendidas como as relações travadas entre os cidadãos e os poderes públicos, não tem ensejado maiores controvérsias doutrinárias.

A eficácia vertical dos direitos fundamentais refere-se justamente à vinculação dos poderes públicos a essa categoria de direitos.

Nesse contexto, trata-se de relações jurídicas entre os particulares – sujeito ativo, titular do direito - e as autoridades públicas – sujeito passivo, vinculado à observância do conteúdo do direito.

O objeto da referida vinculação, portanto, são os atos das autoridades públicas, ou seja, do ente Estado, considerando em sua acepção mais ampla, sendo “todas aquelas pessoas que dispõem da força pública, em virtude de circunstâncias, legais ou de fato, e que, pelo mesmo, estejam na possibilidade de agir como indivíduos que exerçam atos públicos, pelo fato de ser pública a força de que dispõem.” (CARBONELL, 2004, p. 132-133).

Com a natural evolução das relações sociais, a concepção dos direitos fundamentais como meros direitos de defesa do cidadão perante o Estado, típicas do ideário liberal, mostrou-se incapaz de atender às novas necessidades sociais.

A simples não-intervenção dos poderes públicos no âmbito da liberdade dos cidadãos já não era suficiente para garantir o respeito que demandavam os direitos fundamentais, sendo imprescindível uma postura pró-ativa do Estado com o objetivo de intervir para a preservação dos referidos direitos (doutrina do Estado Social).

Originava-se a denominada vinculação positiva dos poderes públicos aos direitos fundamentais, através da qual se assegura aos cidadãos, além da clássica não-intervenção estatal na seara da liberdade individual (doutrina do Estado Liberal), a segurança da utilização da intervenção estatal, quando necessária, para a plena realização dos direitos assegurados no ordenamento jurídico.

Nessa esteira de entendimento, a vinculação positiva dos poderes públicos aos direitos fundamentais deve ser compreendida como uma espécie de dever jurídico de observância às

normas definidoras de direitos fundamentais, com o objetivo de remover e ultrapassar eventuais obstáculos impeditivos de sua plena efetividade e, com isso, proporcionando ao sujeito titular dos direitos fundamentais o seu conteúdo essencial.

Por esse viés, mostra-se insuficiente o mero reconhecimento dos direitos fundamentais no ordenamento jurídico positivado, sendo indispensável uma efetiva promoção por parte do Estado no sentido de proporcionar o desenvolvimento do conteúdo objetivo de referidos direitos aos seus respectivos titulares.

Como bem salienta Robert Alexy (1993, p. 436) a partir do reconhecimento dos deveres de proteção é possível extrair direitos subjetivos individuais à proteção, oponíveis em face do Estado, que assume a obrigação de salvaguardar os indivíduos das violações porventura ocasionadas por atuação de terceiros, seja por meio de providências normativas, administrativas ou materiais. Tais direitos à proteção, portanto, constituem direitos à prestações *lato sensu*, uma vez que demandam uma postura ativa dos Poderes Públicos, transcendendo a simples abstenção estatal.

Depreende-se, por conseguinte, que o dever de proteção e promoção dos direitos fundamentais é imposto ao Estado em sua mais ampla acepção, abrangendo os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário.

Nesse ínterim, embora o Executivo, através da implementação de políticas públicas dos direitos dos cidadãos, e o Judiciário, com o exercício de sua relevante atividade jurisdicional promotora da eficácia de tais direitos, desempenhem funções de extrema relevância para a proteção dos direitos fundamentais, é o Legislativo, por sua atividade típica, o maior incumbido do dever de proteção desses direitos (vinculação positiva do legislador aos direitos fundamentais).

Considerando-se que os direitos fundamentais, não raramente, são elencados nos corpos das Constituições como declarações de direitos, ditando ao legislador ordinário apenas diretrizes gerais para o seu regime jurídico, estando a sua plena eficácia na dependência de tal atividade legislativa, torna-se inevitável a intervenção legislativa na seara das liberdades públicas dos cidadãos (PRIETO SANCHÍS, 2003, p. 140).

Desse modo, o Poder Legislativo, por meio de sua função normativa típica, desempenha a relevante atividade de disciplinar normativamente os direitos fundamentais assegurados na Constituição, inclusive impondo eventuais limitações ao seu inadequado exercício, conforme já tratado em tópico anterior.

Como decorrência da vinculação dos poderes públicos aos direitos fundamentais, e sendo estes elementos essenciais do ordenamento constitucional, evidentemente não poderá

haver a supressão ou eliminação de tais direitos em suas eventuais relações com outros bens ou direitos constitucionais, bem como as restrições porventura impostas deverão ocorrer na exata medida necessária, de forma a impor a menor restrição ou limitação possível para alcançar o objetivo almejado.

Assim, visando propiciar aos cidadãos o pleno exercício dos direitos fundamentais, impõe-se ao Estado o dever constitucional não apenas de proteção, como também, e principalmente, de promoção do efetivo exercício dos direitos fundamentais.

3.4.3. A eficácia horizontal

Considerando-se que os direitos fundamentais, conforme já mencionado, originaram-se como autênticos direitos de defesa do cidadão perante o Estado, sua aplicação no âmbito das relações jurídico-privadas suscitou acirrada discussão doutrinária.

A concepção liberal do Estado como único destinatário dos direitos fundamentais revelou-se como forte óbice à incidência desses direitos nas relações entre sujeitos particulares. Basicamente, apoiava-se nos seguintes fundamentos: a suposta ideia de igualdade formal entre os atores sociais privados nas relações entre si, admitindo-se as limitações dos direitos fundamentais apenas nas relações destes com o Estado, tido como principal violador desses direitos; a rígida segregação entre o direito público e o privado, enquanto sistemas isolados com regras próprias e distintas; por fim, a proeminência da lei em detrimento da força normativa da Carta Maior (COSTA, 2010, p.63).

Com a natural e gradativa evolução das relações sociais e jurídicas, as relações privadas, entendidas como aquelas estabelecidas entre os particulares e sem intervenção estatal imediata, passaram a experimentar relações de poder, representando uma nova ameaça às liberdades dos indivíduos, principais destinatários dos direitos fundamentais até então preconizados.

Tal ameaça de liberdade, antes representada apenas pelas imposições estatais, teve seu espectro de atuação descentralizado e ampliado, ocasionando a incidência da tirania e do abuso de poderio nas relações privadas, tal como já ocorria nas relações entre Estado (dominante) e cidadãos (dominados).

No campo jurídico, que não pode e não deve ficar inerte às constantes mutações e transformações sociais, passou-se a cogitar, além da já conhecida aplicação vertical dos direitos fundamentais - de incidência nas relações entre Estado e particulares, da aplicação horizontal dos direitos fundamentais, que representou o reconhecimento da aplicabilidade dos direitos fundamentais às relações privadas.

Para tanto, necessário se fez a adoção do entendimento de que a Constituição deixara de representar apenas um estatuto do poder público ou uma carta política destinada às diretrizes maiores de organização do Estado para representar um ordenamento jurídico regulador de toda a sociedade à qual se dirige.

A vinculação dos particulares a essa categoria de direitos, denominada de eficácia horizontal dos direitos fundamentais, teve sua origem na doutrina jurídica alemã, tendo sido utilizada a expressão *Drrittwirkung der Grundrechte*.

Ressalte-se que a expressão *eficácia horizontal* foi adotada com o intuito de demonstrar a produção de efeitos dos direitos fundamentais nas relações privadas, em nítida oposição à *eficácia vertical*, que produz seus efeitos nas relações entre particulares e entes públicos.

Como afirmado anteriormente, foi no período pós-Segunda Guerra Mundial que se desenvolveu maiores reflexões a respeito da dimensão objetiva dos direitos fundamentais, e a partir daí, a sua eficácia horizontal.

Há de se enfatizar que o reconhecimento da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, ainda que de forma mediata, guarda sua origem na sentença do famoso caso *Lüth*, em 1958, versando sobre o direito à liberdade de expressão, no qual a jurisprudência constitucional alemã reconheceu violação a tal direito utilizando-se de forma pioneira da ideia de dimensão objetiva dos direitos fundamentais (ABRANTES, 2005, p. 75-77).

Objetivando a concessão de plenos efeitos às normas constitucionais e almejando maior desenvolvimento da teoria do *Drrittwirkung der Grundrechte*, Hans Carl Nipperdey, Presidente do Tribunal Federal do Trabalho Alemão, publicou em 1950, sua obra a respeito da igualdade salarial da mulher, abordando pela primeira vez, a temática da eficácia horizontal dos direitos fundamentais nas relações de trabalho através da aplicação do princípio da igualdade (AMARAL, 2007, p. 58).

Com efeito, o desenvolvimento da eficácia horizontal dos direitos fundamentais parte do pressuposto de que, no grau de organização em que se encontram as sociedades contemporâneas, há determinados indivíduos ou grupos detentores de grande influência na

esfera social e econômica e, conseqüentemente, com força potencial para provocar violações e lesões aos direitos fundamentais de outros cidadãos no desenvolver de suas relações jurídicas.

Trata-se do que Pedro de Veja García (1996, p. 270) denominou de “autênticos poderes privados”, denotando a existência de relações jurídicas desiguais ou verticais entre particulares.

Diante do natural desequilíbrio existente em tais relações sócio-jurídicas, o reconhecimento da eficácia horizontal, para além da clássica antítese cidadão-Estado, atua como instrumento compensatório, servindo como fator de equilíbrio nas relações entre particulares, nas quais, não raramente, há nítida proeminência de uma parte sobre a outra, como sói ocorrer nas relações de trabalho.

Com efeito, há de se distinguir na Lei Fundamental direitos que vinculam precipuamente o Estado, a exemplo da inviolabilidade do domicílio e da liberdade de ir e vir; porém, outros direitos fundamentais atuam como garantias dos indivíduos na esfera da liberdade constitucionalmente assegurada diante dos denominados socialmente potentes. Dentre estes, pode-se citar a liberdade de expressão e de associação, a dignidade humana, a vedação de discriminação, entre outros.

Adotada em diversos países da Europa, assim como no Japão e África do Sul, a teoria de reconhecimento da eficácia horizontal dos direitos fundamentais demonstrou a constitucionalização do Direito Privado, enfatizando a supremacia da Constituição. Reconhece-se, igualmente, a subordinação do Direito Civil ao conteúdo delineado pela Carta Magna, vinculando-se, por conseguinte os poderes públicos, assim como os particulares aos direitos fundamentais.

Maior relevância assume tal doutrina diante do atual Estado neoliberal, calcado na intervenção mínima do Estado e na crescente privatização de atividades antes reconhecidas como atividades típicas de Estado.

Por conseguinte, a evolução na interpretação e aplicação dos preceitos legais não podia restar imune a essas significativas transformações sociais.

Constata-se, então, que o Poder Público não é o único ente capaz de ocasionar danos aos direitos assegurados aos cidadãos, havendo, da mesma forma, outros entes sociais com aptidão para produzir violações a tais direitos. Como afirma Peces-Barba Martinez (2004, p. 339) “[...] a vida, a integridade física, as condições de trabalho, a liberdade de ensino, o direitos de reunião e de manifestação à liberdade pessoal, a inviolabilidade do domicílio e das comunicações, não são direitos que devam temer principalmente o Poder político em uma sociedade democrática.”.

Todavia, há de se mencionar relevante traço distintivo quanto à forma de vinculação dos poderes públicos e dos particulares no que se refere aos direitos fundamentais. É que os entes estatais estão vinculados de forma negativa – dever de abster-se na esfera privada dos indivíduos – e de forma positiva – incumbência do dever de proteção e promoção dos referidos direitos. Já quanto aos particulares, há uma vinculação eminentemente negativa aos direitos fundamentais.

Nesse sentido o autor espanhol Francisco Batista Freijedo (2004, p. 190) adverte para o fato de que os particulares não são os destinatários de um dever de proteção dos direitos fundamentais, proveniente de sua dimensão objetiva, uma vez que a obrigação de proteção desses direitos é dirigida ao Estado, notadamente ao legislador, que ao exercer sua atividade legiferante, deve dotar de eficácia os direitos fundamentais nas relações entre particulares.

O paradigma liberal baseado na ideia dos direitos fundamentais como meras limitações impostas ao Estado, enquanto dever de abstenção ou não-intervenção nas relações entre particulares, e na rígida dicotomia entre direito público e privado restou completamente superado por essa nova perspectiva dos direitos fundamentais.

Diante do reconhecimento de que podem ser sujeitos ameaçadores dos direitos em estudo não apenas o Estado, mas também os próprios entes privados, a evolução doutrinária e jurisprudencial segue no sentido do reconhecimento da sobredita eficácia horizontal a partir da concepção da dimensão objetiva desses direitos.

Por consequência, os conflitos na esfera privada passam a ser resolvidos com aplicação não apenas do Direito Privado (Civil), mas também dos direitos fundamentais (Direito Constitucional).

Ao defender a aplicação da doutrina da eficácia horizontal dos direitos fundamentais no Brasil, Daniel Sarmento (2004, pág. 338) salienta:

Assim, é possível afirmar que quando a Constituição estabelece como um dos objetivos fundamentais da República brasileira “construir uma sociedade justa, livre e solidária”, ela não está apenas enunciando uma diretriz política desvestida de qualquer eficácia normativa. Pelo contrário, ela expressa um princípio jurídico, que, apesar da sua abertura e indeterminação semântica, é dotado de algum grau de eficácia imediata e que pode atuar, no mínimo, como vetor interpretativo da ordem jurídica como um todo.

Logo, estava legitimado o reconhecimento da força normativa da Constituição, capaz de irradiar seus efeitos a toda sociedade destinatária da referida norma, sendo forçoso o reconhecimento da supremacia da Constituição preconizada por Konrad Hesse.

Hodiernamente, estando superada a controvérsia acerca da aplicabilidade dos direitos fundamentais nas relações entre os particulares, uma vez reconhecido que esses direitos podem ser objeto de violação em tais relações, assim como ocorre nas relações jurídico-públicas, devem os mesmos ser alvo de proteção nesse âmbito.

Postas estas considerações, a questão primordial que se impõe diz respeito à forma de incidência dos direitos fundamentais nessas relações privadas, analisando-se as diversas teorias relativas à vinculação dos particulares aos direitos fundamentais diante da autonomia da vontade assegurada aos indivíduos.

3.4.3.1. As teorias da eficácia horizontal dos direitos fundamentais

Conforme explicitado anteriormente, os direitos fundamentais originaram-se como direitos de defesa dos cidadãos perante o Estado, tendo sido este visualizado como o maior ameaçador das garantias e liberdades dos indivíduos.

Com a natural e inevitável evolução das relações sócio-jurídicas, tal concepção inicial dos direitos em estudo mostrou-se insuficiente, cedendo espaço para a nova concepção da eficácia horizontal ou entre particulares dos direitos fundamentais, já que os entes privados também poderiam ser potenciais ofensores dos direitos fundamentais de outros indivíduos.

Superada a grande celeuma doutrinária a respeito da aplicabilidade dos direitos fundamentais nas relações particulares, já que apenas uma corrente minoritária nega a vigência de tais direitos nessas relações, há de se ressaltar a questão suscitadora de maiores divergências doutrinárias, qual seja a forma de incidência dos direitos fundamentais nas relações privadas, o que ocasionou o surgimento de diversas teorias conforme será examinado nos tópicos seguintes.

Quanto à aplicação de referidos direitos nas relações entre sujeitos privados, Daniel Sarmento (2004, p. 223) apresenta relevante consideração:

[...] não seria correto simplesmente transplantar o particular para a posição de sujeito passivo do direito fundamental, equiparando o 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.

Por conseguinte, o maior óbice imposto pela corrente minoritária que nega a eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas reside na reconhecida autonomia privada da pessoa humana, que por sua vez, deverá ser compatibilizada com a defesa efetiva dos referidos direitos, como se verá adiante.

Desse modo, serão apresentadas, inicialmente, algumas considerações sobre a corrente minoritária que nega a eficácia dos direitos fundamentais entre os sujeitos privados e, posteriormente, as principais correntes que reconhecem tal eficácia, embora com formas de incidência distintas: a teoria defensora da aplicação direta ou imediata, a teoria da aplicação indireta ou mediata, e algumas teorias alternativas que não lograram maior êxito, a exemplo da teoria dos deveres de proteção e da teoria da convergência estatista.

3.4.3.1.1. A teoria da negação da eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas

De início, incumbe salientar que se trata de teoria praticamente esvaziada, já que conforme explanado, resta ultrapassada a cizânia doutrinária acerca da eficácia horizontal dos direitos fundamentais nas relações entre particulares. Na Alemanha e em diversos outros países, atualmente, impera um consenso a respeito da incidência dos direitos fundamentais em tais relações, como observa Juan Maria Bilbao Ubillos (*apud* SARLET, 2006, p. 278 e ss.).

Os argumentos apresentados por essa vertente são fundamentados principalmente pela violação da autonomia privada dos agentes particulares provenientes de sua vinculação aos direitos fundamentais.

Por esse raciocínio, sustenta-se que as eventuais lesões às garantias e liberdades dos indivíduos oriundas de terceiros particulares localizam-se na seara das leis civis ou penais, e não no âmbito constitucional.

Dessa forma, a admissão da eficácia horizontal representaria grave afronta à autonomia privada individual, eliminando-a e, por conseguinte, comprometendo a própria identidade do Direito Privado, que restaria completamente absorvido pelo Direito Constitucional. Tal fato geraria, ainda, um significativo acréscimo de poder aos juízes em detrimento do legislador.

Como precursores desta corrente, surgida na Alemanha, os autores Ernst Forsthoff e Mangoldt (1975 *apud* SARMENTO, 2004, p. 226 e ss.) defendem que os direitos fundamentais foram concebidos com a finalidade protetora dos cidadãos frente ao Estado, não tendo sido, em nenhum momento, demonstrada a necessidade social embasada pela conveniência de proteger o indivíduo frente a grupos sociais alheios ao Estado. Em se admitindo a aplicação da eficácia horizontal entre os particulares, ocorreria um inevitável rebaixamento da Constituição de norma para uma mera ordem de valores.

Ainda segundo os autores supracitados, a aceitação da eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre os sujeitos privados representaria, sob o ponto de vista da política constitucional, uma verdadeira transformação de tais direitos em autênticas vinculações a deveres socialmente determinados já em sua essência, com a inexorável supressão do seu conteúdo liberal.

Embora tal posicionamento esteja superado nas doutrinas europeias e latino-americanas, foi no direito norte-americano que surgiu a mais expressiva teoria defensora da negação da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, a denominada doutrina da “*State Action*”, pela qual os direitos fundamentais previstos na Carta Maior, com exceção das emendas referentes à proibição do trabalho escravo e a instituidora do princípio do devido processo legal, impõem limitações tão somente ao Estado e não nas relações dos particulares entre si.

A doutrina da “*State Action*”, imperante nos Estados Unidos da América, ainda nos dias atuais, apoia-se em três fundamentos: na interpretação meramente literal dos dispositivos constitucionais que tratam dos direitos fundamentais como limites ao Estado, na supervalorização da autonomia privada e na preservação da competência legislativa na seara do direito privado aos Estados e não à União.

Todavia, a própria jurisprudência da Suprema Corte daquele país vem afastando a incidência da doutrina da “*State Action*”, baseada na *public function theory*, pela qual, nos casos em que os particulares agirem no exercício de atividades típicas do Estado estarão igualmente sujeitos aos limites constitucionais (SARMENTO, 2004, p. 229 e 230).

Como já afirmado, a doutrina da negação dos direitos fundamentais praticamente sucumbiu, já que a eficácia horizontal dos direitos fundamentais tem sido reiteradamente aplicada pela jurisprudência constitucional estadunidense e europeia, prosperando, inclusive em outros países, entre os quais, o Brasil.

3.4.3.1.2. A teoria da eficácia indireta ou mediata dos direitos fundamentais nas relações privadas

A teoria da eficácia indireta ou mediata na esfera das relações jurídicas entre sujeitos privados (*Mittelbare Drittwirkung*) foi desenvolvida na Alemanha, tendo com precursor Günter Dürig, sendo a teoria ainda dominante no ordenamento jurídico alemão.

Trata-se de elaboração doutrinária que apregoa um posicionamento intermediário entre a radical teoria da negação da eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre os particulares e a teoria defensora da eficácia direta ou imediata dos direitos fundamentais nas sobreditas relações.

Pela teoria ora em comento, defende-se a possibilidade de eventuais renúncias dos direitos fundamentais no âmbito das relações jurídicas contraídas entre os sujeitos particulares, contrariamente ao que ocorre na seara das relações entre cidadãos e Estado. Assume relevância, portanto, a autonomia privada individual enquanto bem tutelado constitucionalmente. Diante disso, há atos reputados inválidos nas relações jurídico-públicas que seriam perfeitamente válidos em se tratando de relações jurídico-privadas (DÜRIG apud SARMENTO, 2004, p. 238).

Desse modo, a partir da ideia da autonomia da vontade privada enquanto valor tutelado constitucionalmente, nega-se a eficácia direta ou imediata das normas definidoras de direitos fundamentais nas relações jurídico-privadas, restando esta forma de incidência limitada às relações entre os cidadãos e o ente estatal.

Ademais, admitir-se a incidência direta dos direitos fundamentais nas relações entre particulares significaria transformá-los em deveres, desvirtuando a finalidade para a qual foram criados, já que se trata de direitos de defesa dos cidadãos diante do Estado numa nítida relação de desigualdade de partes, o que inexistente nas relações privadas.

Saliente-se que a teoria da eficácia horizontal indireta ou mediata não nega por completo a incidência dos direitos fundamentais nas relações jurídicas entre sujeitos privados. Todavia, tal forma de incidência não ocorre de forma direta, uma vez que não gera direitos subjetivos imediatos aos cidadãos. Nega-se, por consequência, a aplicação direta da própria Constituição no âmbito das relações privadas, sendo indispensável a intervenção posterior do legislador para a incidência dos direitos fundamentais nestas relações.

Com efeito, a partir da sentença do caso *Lüth*, no qual o Supremo Tribunal Federal alemão reconheceu a incidência indireta ou mediata dos direitos fundamentais nas relações privadas, passou-se a reconhecer que a resolução dos litígios de direito privado deveria nortear-se não mais pela aplicação exclusiva das normas do Direito Civil, devendo considerar-se também a incidência das normas definidoras de direitos fundamentais em tais contendas.

Diante de tal premissa, constrói-se uma autêntica ordem objetiva de valores válida para todas as searas do Direito e de observância obrigatória na interpretação e aplicação das normas de direito privado por parte do órgão julgador, nas quais a influência dar-se-ia notadamente por meio de seus conceitos indeterminados e cláusulas gerais.

Assim, em respeito aos princípios fundamentais do direito privado, sobretudo o da autonomia da vontade privada, assim como ao valor constitucional da liberdade, já que no âmbito das relações privadas confere-se um certo poder de disposição aos sujeitos, Vieira de Andrade (2009, p. 251) observa que a admissão da incidência dos direitos fundamentais de modo direto em tais relações acarretaria um aumento intolerável do poder do Estado, erigido que seria em verdadeiro fiscal dos ‘deveres’ dos indivíduos, invadindo todo o domínio da atividade privada e, conseqüentemente, esfacelando a sua própria autonomia.

E mais, alegam os defensores desta vertente que, dada a indeterminação das normas constitucionais definidoras dos direitos fundamentais, a aceitação da incidência direta provocaria a concessão de um enorme poder ao Judiciário, uma vez que a resolução das contendas entre particulares, nas quais estivessem em discussão os direitos fundamentais, estaria jungida a pura interpretação dos órgãos julgadores.

Em suma, os adeptos da eficácia mediata, entendem que a Constituição não concede diretamente aos particulares direitos subjetivos privados, mas suas disposições normativas erigem uma ordem objetiva de valores que irradia seus efeitos inclusive para a interpretação das normas de direito privado.

Embora seja a teoria ainda dominante no âmbito da doutrina alemã, não mais prevalece no Brasil, onde a teoria da eficácia direta ou imediata dos direitos fundamentais nas relações privadas foi adotada amplamente pela doutrina, como se exporá adiante.

3.4.3.1.3. A teoria da eficácia direta ou imediata dos direitos fundamentais nas relações privadas

A teoria defensora da eficácia direta ou imediata dos direitos fundamentais nas relações entre particulares (*direkte Drittwirkung*) surgiu na década de 1950, na Alemanha, onde Hans Carl Nipperdey publicou obra sobre a aplicação do princípio da igualdade nas relações trabalhistas, defendendo a igualdade salarial da mulher.

Como já mencionado, a teoria do autor alemão parte do pressuposto da existência de determinados indivíduos ou grupos, no âmbito social, dotados de grande poderio na esfera sócio-econômica, e, por consequência, com potencial aptidão para violar os direitos fundamentais de terceiros nas relações jurídicas com estes mantidas.

José Carlos Vieira de Andrade (2009, p. 238) ao defender a eficácia direta dos direitos fundamentais nas relações entre sujeitos particulares, alerta para a existência de agentes particulares que atuam como verdadeiros poderes privados, “[...] ou mesmo indivíduos que disponham, nas relações com outros, de uma situação real de poder que possa equiparar-se, nesse ponto concreto, à supremacia do Estado.”.

Por essa teoria, os dispositivos constitucionais de direitos fundamentais incidem de forma direta ou imediata nas relações jurídicas entre sujeitos privados, dispensando qualquer intervenção do legislador e atuando como autênticos direitos subjetivos oponíveis não apenas ao Estado, mas também a terceiros particulares.

Nesse diapasão, a vinculação direta dos particulares aos direitos fundamentais nas relações mantidas entre si baseia-se no princípio da unidade do ordenamento jurídico, assim como na força normativa da Constituição.

Tais relações são alcançadas por valores expressos pelas normas de direitos fundamentais, que atingem todo o sistema jurídico uno, impedindo que o Direito Privado seja tratado à margem da Constituição e dos próprios direitos fundamentais. Trata-se da já estudada eficácia irradiante dos direitos fundamentais, construída a partir da visualização da dimensão objetiva desses direitos, que espraiam sua gama de valores para todo o ordenamento jurídico.

Desse modo, conforme a respectiva natureza da norma constitucional, o direito fundamental preconizado constitui-se em direito subjetivo assegurado aos cidadãos, dispensando, em sua maioria, qualquer intervenção legislativa posterior. E, ainda, a par do

caráter normativo da Constituição e sua incidência tanto nas relações públicas, como privadas, os defensores de tal corrente pregam a existência de verdadeiros “direitos subjetivos privados” (ALEXY, 2008, p. 530).

Pela teoria defendida por Nipperdey, os direitos fundamentais também influenciariam o direito privado. Entretanto, não apenas como mero instrumento de interpretação, mas como geradores de direitos subjetivos privados para seus titulares, acarretando a incidência imediata ou direta de tais dispositivos constitucionais nas relações privadas, sejam civis ou trabalhistas.

Assim, além dos direitos fundamentais serem reconhecidos como direitos públicos subjetivos oponíveis ao ente estatal, a inovação da teoria imediata reside no reconhecimento destes como verdadeiras normas subjetivas aptas a reger os conflitos emergentes das relações privadas, não se admitindo a restrição imposta à ideia de irradiação dos efeitos dos direitos fundamentais nestas relações apenas por intermédio das cláusulas gerais e dos conceitos jurídicos indeterminados do direito privado (PEREIRA, 2008, p. 466).

Não obstante a grande aceitação da teoria da eficácia direta pela doutrina estrangeira e pátria, vale mencionar os argumentos contrários apresentados pelos adeptos de outras teorias.

Ferreres Comella (2001, p. 09 e ss.), adepto da teoria da eficácia direta, refuta as quatro principais objeções apontadas pela doutrina contrária: a natureza da Constituição, assimetria nos riscos de erro, a segurança jurídica e o risco para a liberdade individual.

No tocante à natureza da Constituição, embora esta discipline a organização do Estado e as suas relações com os particulares, a vinculação dos agentes privados aos direitos fundamentais não desnatura a Constituição, já que esta expressa os valores maiores compartilhados pela sociedade que regula.

Quanto a assimetria nos riscos de erro, somente há de se incorporar à Constituição normas disciplinadoras de matérias sobre as quais existam razões para pensar que o legislador terá uma certa tendência ao erro, o que se produz, ressalte-se, quando o legislador regula as relações entre indivíduo e Estado e não quando disciplina as relações entre indivíduos. Ademais, tal questão pode ser resolvida pela instituição de mecanismos de controle das decisões judiciais, o que já existe na maior parte dos ordenamentos jurídicos.

A crítica atinente à segurança jurídica revela-se no seu comprometimento diante da interpretação do juiz nas relações de direito privado, uma vez que frequentemente haverá colisões de direitos constitucionais de ambas as partes litigantes, o que resultaria em inevitável insegurança jurídica. Todavia, a resolução de tais conflitos através dos princípios da ponderação e da proporcionalidade tem-se demonstrado eficiente em tais casos.

O argumento no sentido do deslocamento da decisão final sobre a ponderação dos interesses em conflito para o Judiciário não deve servir de sustentáculo para obstar a eficácia direta dos direitos fundamentais nas relações privadas, embora seja questão que demande cautela redobrada. É que a par da previsão constitucional expressa da aplicabilidade direta e imediata das normas definidoras de direitos fundamentais, há de se admitir que na seara da vinculação dos agentes particulares, os eventuais conflitos entre esses direitos e o princípio da autonomia privada exigem uma interpretação tópico-sistemática, tomando-se em consideração as especificidades do caso concreto, tal como costuma ocorrer nas hipóteses de colisão entre direitos fundamentais de diversos titulares, almejando-se uma solução através da ponderação e concordância prática dos valores em conflito, evitando-se o sacrifício completo de um dos direitos fundamentais, e conseqüentemente, preservando-se a essência de cada um.

Ademais, a existência de conflitos positivos entre princípios constitucionais não é particularidade da aplicação dos direitos fundamentais nas relações privadas, se apresentado o mesmo problema em diversos outros campos, sem, no entanto, excluir a possibilidade de resolução judicial dos conflitos (SARLET, 2000, p. 143).

Nesse mesmo sentido, transcrevem-se valiosos ensinamentos de Daniel Sarmento (2004, p. 286):

Por outro lado, existem várias formas e fórmulas para reduzir a incerteza decorrente da aplicação judicial de normas constitucionais abertas, como as que consagram os direitos fundamentais. Muito importante, neste particular, é o paulatino estabelecimento de *standards* para aplicação de cada direito fundamental nas relações privadas, com o identificação dos casos em que a sua incidência deve prevalecer sobre a autonomia privada dos particulares, bem como aqueles onde deve ocorrer o contrário. São as chamadas “relações de precedência condicionada entre princípios” a que aludiu Robert Alexy, ao tratar da ponderação de interesses, que a doutrina e jurisprudência, na ausência de lei, vão consolidando, reduzindo com isso as margens residuais de subjetividade nas futuras decisões sobre questões semelhantes. A evolução da argumentação jurídica e da racionalidade prática neste campo, sob a atenta fiscalização da “comunidade de intérpretes” da Constituição, servirá para balizar caminhos e reduzir os decisionismos, fortalecendo a segurança jurídica.

A última e mais importante das objeções diz respeito à ameaça que a eficácia direta dos direitos fundamentais nas relações privadas pode representar para a autonomia privada individual, que restaria seriamente abalada a partir do momento em que a Constituição além de proteger os direitos dos cidadãos perante o Estado, imporá também aos particulares o dever de respeito aos direitos dos outros cidadãos.

Entretanto, conforme já explicitado nos capítulos anteriores, é perfeitamente possível compatibilizar-se a eficácia direta das normas instituidoras de direitos fundamentais nas

relações entre particulares com a autonomia privada individual, desde que respeitado o conteúdo essencial de cada direito fundamental em tais relações.

Portanto, nenhuma das objeções apresentadas constitui-se em verdadeiros óbices à teoria da eficácia direta dos direitos fundamentais nas relações jurídicas privadas, sendo esta a teoria adotada pela doutrina majoritária.

Especificamente no ordenamento jurídico brasileiro, a teoria da eficácia direta é a que mais se coaduna com a pauta axiológica delineada pela Constituição de 1988, revestida do caráter intervencionista e social, como se depreende pela simples leitura do vasto elenco de direitos sociais e econômicos preconizados em seus artigos 6º e 7º. A propósito:

Trata-se de uma Constituição que indica, como primeiro objetivo fundamental da República, “construir uma sociedade livre, justa e solidária” (art. 3º, I, CF) e que não se ilude com a imagem liberal de que é o Estado o único adversário dos direitos humanos. Nossa Constituição, apesar da irrisignação 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 sociedade civil, e que serviram, historicamente, para fundamentar a exclusão dos direitos fundamentais do campo das relações entre particulares. (SARMENTO, 2004, p. 279).

Como se percebe, a autonomia privada individual não constitui um valor absoluto, como pretendiam os defensores da teoria mediata ou indireta, estando sujeita ao exercício da ponderação, que irá delimitar a sua abrangência.

Nesse mesmo sentido, Ingo Wolfgang Sarlet (2010, p. 381 e 382) referindo-se aos sujeitos da vinculação dos direitos fundamentais na seara privada, destaca duas possibilidades distintas: as relações estabelecidas em patamar de nítida desigualdade entre o indivíduo e os detentores de poder social e as relações entre os particulares de um modo geral, caracterizadas por suposta igualdade, uma vez que situadas fora das relações de poder.

Prosseguindo, adverte que nas relações desiguais de poder, similares às estabelecidas entre os agentes particulares e os poderes públicos, prevalece “relativo consenso a respeito da possibilidade de se transportarem diretamente os princípios relativos à eficácia vinculante dos direitos fundamentais para a esfera privada [...]”.

Já no que tange às relações igualitárias, após apontar a existência de determinada controvérsia nesta questão específica, defende a existência de certo consenso, reconhecendo sob o aspecto da perspectiva jurídico-objetiva dos direitos fundamentais, que todos, Estados e agentes particulares encontram-se a estes vinculados por um dever geral de respeito. Em se tratando de relações entre particulares em condições de relativa igualdade, prevalecerá, em

regra, o princípio da liberdade, incidindo a eficácia direta dos direitos fundamentais na seara privada apenas nos casos em que a dignidade da pessoa humana estiver ameaçada.

Arremata o multicitado autor lembrando que:

[...] no concernente aos limites da autonomia privada, a incidência direta da dignidade da pessoa humana nas relações entre particulares atua também como fundamento de uma proteção da pessoa contra si mesma, já que a ninguém é facultada a possibilidade de usar sua liberdade para violar a própria dignidade, de tal sorte que a dignidade da pessoa humana assume a condição de limite material à renúncia e autolimitação de direitos fundamentais [...] (SARLET, 2010, p. 381-382).

Quando nas relações entre particulares, umas das partes for detentora de significativo poderio social – poder privado autônomo – haverá a incidência direta da eficácia horizontal dos direitos fundamentais. Ao revés, quando se tratar de relações estabelecidas entre particulares situados em determinado patamar de igualdade, há de se reconhecer prevalência à liberdade humana – autonomia privada individual.

À luz do direito constitucional positivo brasileiro, portanto, predomina o entendimento defendido por Ingo Sarlet (2010, p. 382-383) e Canotilho (2000, p. 107 e ss.) pela vinculação direta ou imediata *prima facie* também dos particulares aos direitos fundamentais, admitindo-se, contudo, que o modo de incidência dessa categoria de direitos nas relações jurídicas entre particulares não é uniforme, demandando soluções diferenciadas.

Partilhando do mesmo entendimento doutrinário, o Supremo Tribunal Federal reconheceu a incidência dos direitos fundamentais nas relações interprivadas, assim como sua incidência direta, conforme se depreende da ementa do RE 201819/RJ abaixo transcrita:

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, 2006). (destaques próprios)

Mencione-se, ainda, que nas relações entre particulares, não sendo a hipótese de incidência direta das normas definidoras de direitos fundamentais, é crível sustentar-se ao menos uma eficácia mediata ou indireta de tais normas, através da qual as normas de direito privado não podem contrariar o conteúdo dos direitos fundamentais, impondo-se uma interpretação das normas infraconstitucionais conforme o quadro axiológico das normas de direitos fundamentais, o que sói ocorrer quando se trata da aplicação de conceitos indeterminados e cláusulas gerais do direito privado. Trata-se da já estudada eficácia irradiante dos direitos fundamentais, visualizada a partir de sua dimensão objetiva, implicando no seu reconhecimento como normas principiológicas conformadoras da ordem jurídica.

3.4.3.1.4. As teorias alternativas sobre a incidência dos direitos fundamentais nas relações privadas

Em que pese a maior concentração dos debates doutrinários acerca das teorias da eficácia direta ou imediata e indireta ou mediata, outras teorias surgiram a respeito da incidência dos direitos fundamentais nas relações privadas.

A teoria dos deveres de proteção do Estado é baseada na distinção doutrinária quanto à visualização dos direitos fundamentais como direitos de defesa ou proibição de intervenção dos poderes públicos, por um lado; e por outro, como deveres de proteção ou tutela impostos ao Estado diante das potenciais violações de que podem ser objeto, inclusive por parte de agentes privados.

Significativa parcela da doutrina alemã, a exemplo de autores como Joseph Isensee, Stefan Oeter, Klaus Stern e Claus-Wilhelm Canaris, sustentam a teoria dos deveres de proteção como o método mais apropriado para a incidência dos direitos fundamentais nas relações privadas. É que desse modo estaria salvaguardada a autonomia privada individual, evitando-se também a exagerada interferência judicial (SARMENTO, 2004, p.259).

A teoria ora em estudo avança para além da clássica concepção dos direitos fundamentais como direitos de defesa em face da intervenção estatal na esfera privada do cidadão, adotando a concepção de tais direitos como deveres de proteção ou imperativos de tutela que impõem ao Estado a efetiva proteção dos direitos fundamentais dos indivíduos com o objetivo de evitar lesões, inclusive impondo abstenções a terceiros particulares.

Segundo essa vertente doutrinária, o Estado não deve limitar-se a respeitar os direitos dos cidadãos diante das potenciais violações praticadas pelos seus órgãos, tendo, além disso, o dever de garantir o exercício dos direitos fundamentais perante eventuais lesões provenientes de sujeitos particulares. Dessa forma, os direitos fundamentais passam a ser compreendidos também como deveres de proteção, e não mais apenas como direitos de defesa, tendo o Estado como ente encarregado de proteger e resguardar tais direitos.

Conforme leciona Vieira de Andrade (2004, p. 256 e ss.), o dever de proteção que incumbe ao Estado revela-se como uma espécie de dever geral decorrente do princípio do Estado de Direito, bem com devido ao monopólio estatal da utilização da autoridade e da força legítima, já que apenas excepcionalmente os agentes particulares estão autorizados a proceder na defesa dos seus direitos com a utilização de instrumentos próprios quando das violações praticadas por outros sujeitos privados. Para tanto, é de incumbência do Poder Estatal a proibição, prevenção e repressão de tais eventuais agressões.

Para Claus-Wilhelm Canaris (1999 apud SARMENTO, 2004, p. 259 e 260), enquanto defensor da teoria dos deveres de proteção do Estado como a melhor forma de aplicação dos direitos fundamentais nas relações privadas, salienta que o legislador privado, como órgão do Estado, está plenamente vinculado à observância dos direitos fundamentais. Por isso, não pode atentar contra os mesmos, sob pena de inconstitucionalidade de suas próprias normas, tendo, ainda, o dever de defendê-los. Já os particulares, no exercício de sua autonomia

privada, não se sujeitariam a referida vinculação, uma vez que as relações jurídico-privadas contraídas entre os mesmos não se sujeitariam diretamente aos direitos fundamentais, pelo que caberia ao legislador a disciplina de tais relações.

Por essa ótica, os atos emanados de particulares não teriam de se conformar aos direitos fundamentais e sua respectiva pauta axiológica estabelecida na Constituição, mas tão somente aos parâmetros fixados pelo legislador, que poderia optar pela introdução dos direitos fundamentais na seara das relações privadas de forma mais incisiva, por meio de regras com alto grau de densificação, ou valendo-se de cláusulas gerais, deixando um espaço de valoração mais amplo para o Judiciário.

Como bem assevera Daniel Sarmiento (2004, p. 261):

Na verdade, a teoria dos deveres de proteção baseia-se na ideia de que a conciliação entre a autonomia privada e os direitos fundamentais deve incumbir ao legislador e não ao Judiciário. Ela resguarda, no entanto, a possibilidade de intervenção do Judiciário, através do controle de constitucionalidade das normas do Direito Privado, quando o legislador não proteger adequadamente o direito fundamental em jogo, bem como quando ele, agindo de modo inverso, não conferir o devido peso à proteção da autonomia privada dos particulares.

Quanto aos efeitos, a teoria dos deveres de proteção do Estado aproxima-se da teoria da eficácia indireta ou mediata dos direitos fundamentais nas relações privadas, que também demanda a intervenção do legislador para a plena incidência de tais direitos.

Portanto, segundo a teoria ora em comento, o Estado, através do Poder Legislativo, possui não apenas o dever de evitar intervenções indevidas na esfera privada dos cidadãos, como também o dever de proteção dos cidadãos diante das violações passíveis de ocorrerem no âmbito das relações privadas por eles mantidas.

Todavia, a teoria dos deveres de proteção foi alvo de severas críticas no sentido de que conferia demasiados poderes ao juiz constitucional, aumentando a insegurança jurídica, além de excluir os particulares, notadamente os detentores de poderio social, da posição de destinatários dos direitos fundamentais. Ademais, relega para a esfera de arbítrio do legislador a proteção dos direitos fundamentais na seara das relações privadas, o que se revela incompatível com a própria natureza desses direitos.

Ainda como teoria alternativa, desenvolvida por Jürgen Schwabe em obra publicada em 1971, na Alemanha, aponta-se a teoria da convergência estatista, pela qual é sempre o Estado o responsável, em última instância, pelas violações praticadas contra os direitos fundamentais dos cidadãos nas relações privadas. Por esse motivo, nega qualquer importância prática na discussão doutrinária e jurisprudencial em torno da eficácia horizontal direta ou

indireta (*Drittwirkung*) dos direitos fundamentais (SCHWABE apud SARMENTO, 2004. p. 262).

Segundo Schwabe, toda e qualquer atividade desenvolvida pelos particulares no exercício de sua autonomia privada é sempre imputável ao Estado, pois decorrente de prévia autorização implícita ou explícita deste. Portanto, quando ocorrer violação aos direitos fundamentais por conta de ato praticados pelos agentes privados, é perfeitamente possível a imputação de responsabilidade por tal ato também ao Estado, seja pela ausência de proibição legal a condutas lesivas aos direitos fundamentais alheios, seja por não ter impedido a ocorrência desses atos através das suas atividades administrativas ou judiciárias. Nota-se, no que tange à aplicação dos direitos fundamentais, não haver relevância a distinção entre os âmbitos público e privado, uma vez que o ente estatal será sempre responsabilizado, seja por ação ou omissão.

Para esta vertente, na medida em que o Estado assume para si o monopólio da prestação de algumas atividades, inclusive disciplinando e ordenando as relações privadas, torna-se responsável pelas lesões porventura praticadas contra os direitos fundamentais nas relações entre sujeitos particulares, já que foi incapaz de impedi-las. Afinal, se o Estado admite ou não proíbe uma determinada conduta lesiva aos direitos fundamentais, por ela será responsabilizado também.

Como se depreende, Schwabe visualiza os direitos fundamentais como direitos públicos subjetivos, tal como o pensamento liberal clássico, atribuindo ao Estado, paralelamente, a responsabilidade pelos comportamentos particulares violadores dos referidos direitos.

Todavia, pelos seus fundamentos frágeis, a teoria da convergência estatista não prosperou no mundo jurídico. Inicialmente, pelo fato de ser baseada no ideal totalitário de compreensão da autonomia privada como decorrência de autorização estatal.

Ademais, afigura-se desarrazoado imputar ao Estado quaisquer condutas humanas violadoras dos direitos fundamentais, uma vez que significaria atribuir ao Poder Público toda e qualquer ação não vedada em lei, ao passo em que despreza e ignora o dever de vinculação dos particulares a esses direitos.

Nesse sentido, valiosa lição de Rafael Naranjo de La Cruz (2000, p. 184-185), para quem “não se mostra demasiado coerente a afirmação da ausência de eficácia dos direitos fundamentais no âmbito privado e a imputação, ao mesmo tempo, ao Estado de sua lesão em virtude de um defeito em sua proteção.”. Alerta, ainda, para a insegurança jurídica ocasionada pela aceitação de tal vertente, ressaltando que a intervenção estatal não pode ser reduzida

apenas em delegações ou autorizações de suas incumbências aos particulares, não havendo se falar em outorga da autonomia da vontade.

Conseqüentemente, os defensores da teoria da convergência estatista pretenderam imputar ao Estado a integral responsabilidade pelas violações e lesões porventura praticadas aos direitos fundamentais pelos sujeitos particulares no âmbito das relações jurídicas por estes contraídas, sob o argumento da assunção dos riscos pelos poderes públicos ao falharem em suas atividades de estabelecer normas proibitivas ou impeditivas desses atos lesivos.

Tal raciocínio não se sustenta diante da quase unanimidade dos ordenamentos jurídicos contemporâneos, já que consagradores da liberdade privada como valor fundamental. Não há, portanto, como se admitir que os sujeitos particulares agem sempre por delegação ou autorização dos poderes públicos, pelo que não há, da mesma maneira, como afastar suas respectivas responsabilidades pelos atos praticados no exercício de sua autonomia privada individual.

4. APLICAÇÃO E EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELACÕES DE TRABALHO

4.1. A aplicação dos direitos fundamentais nas relações trabalhistas: A eficácia horizontal

Definida a plena aplicação, assim como a eficácia direta ou imediata como regra geral dos direitos fundamentais nas relações interprivadas, resta a análise de sua incidência nas relações entre empregadores e empregados, já que embora se trate de contratos de natureza privada, evidenciam-se características próprias que os distinguem dos demais liames contraídos pelos sujeitos particulares.

Consoante já exposto, a concepção liberal da mera igualdade formal e da não intervenção estatal nas relações interprivadas para compor a desigualdade real existente propiciou o surgimento de entes privados detentores de poderio social antes exclusivo do Estado. Tal poderio produz “uma relação social regulada por uma troca desigual” (SANTOS, 2000, p. 269), pelo que as relações estabelecidas entre os sujeitos particulares verticalizam-se, ou seja, não podem ser classificadas como horizontais em função do patamar de desigualdade existente.

As relações estabelecidas no âmbito do Direito do Trabalho têm-se demonstrado como cenário propício para graves violações aos direitos fundamentais constitucionalmente tutelados de um ou de ambos os sujeitos particulares envolvidos. Geralmente, a parte mais vulnerável ou hipossuficiente, que costuma ser o empregado é alvo de lesões em seus direitos fundamentais, sujeito que se encontra à subordinação jurídica, e não raramente, econômica exercida pelo seu empregador.

A teoria da *Drittwirkung der Grundrechte* com plena aplicação nas relações jurídico-privadas, como já analisada, possui plena incidência nos contratos de trabalho por se tratarem de típicos vínculos de natureza privada contraídos entre uma necessária pessoa física em um dos polos da relação e, no outro, uma pessoa física ou jurídica, via de regra, um ente empresarial, visualizado como um potencial agente violador dos direitos fundamentais dos seus trabalhadores, dado o poderio social, e muitas vezes econômico, do qual é detentor.

José João Abrantes (2005, p. 25 e ss.) ressalta a naturalidade da aplicação dos direitos fundamentais nas relações de trabalho, em função do poder de direção exercido pelo empregador, que representa verdadeira ameaça a plena eficácia dos direitos fundamentais dos trabalhadores, motivo pelo qual há uma dimensão negativa, ou seja, limitadora ou restritiva do poder diretivo do empregador com o desiderato de assegurar o exercício desses direitos pelos trabalhadores.

Partindo das premissas constitucionais, inegável se torna a aplicação dos direitos fundamentais no âmbito da relação empregatícia, uma vez que não há como expurgar a incidência dos dispositivos constitucionais assecuratórios desses direitos em tais relações. Como bem salienta Escribano Gutiérrez (2001, p. 85-86) “a Constituição não poderia ficar às portas da fábrica, mas, pelo contrário, haveria de estar presente também nas relações entre empresários e trabalhadores.”.

Decerto, entre os componentes básicos do Direito do Trabalho, estão inseridos os direitos fundamentais, considerando-se as características inerentes à relação jurídica empregatícia, notadamente a subordinação jurídico-econômica a que se encontra sujeito o trabalhador em face do poder social exercido pelo seu empregador.

A simples análise estrutural do contrato de trabalho deixa clarividente a indispensabilidade da incidência dos direitos fundamentais, uma vez que celebrado está o trabalhador vinculado a empreender sua força de trabalho à disposição do empregador em troca da contraprestação financeira, evidenciando aí uma relação de dependência. Nesta, está insita uma série de limitações ou restrições à liberdade pessoal do trabalhador.

No atual estágio da sociedade contemporânea, com as inúmeras inovações tecnológicas utilizadas pelos empreendimentos empresariais almejando o incessante aumento da produtividade, ampliaram-se de forma considerável as prerrogativas do empregador e seu poderio ou autoridade no curso das relações de trabalho.

Nesse aspecto, assume especial relevância a tutela aos direitos da pessoa do trabalhador, notadamente os direitos de liberdade, privacidade e dignidade da pessoa humana. Afinal, não se pode olvidar que as relações de emprego se desenvolvem tendo em um de seus pólos a pessoa humana trabalhadora hipossuficiente e, via de regra, dependente economicamente.

Em diversas consultas a Corte Interamericana de Direitos Humanos se manifestou pela plena aplicação dos direitos fundamentais nas relações trabalhistas. A Opinião Consultiva n. 18 de 17 de setembro de 2003 assim dispõe em seus parágrafos n. 140 e 147:

[...] em uma relação trabalhista regida pelo direito privado, deve-se ter em conta que existe uma obrigação de respeito aos direitos humanos entre particulares. Isto é, da obrigação positiva de assegurar a efetividade dos direitos humanos protegidos, que existe na cabeça dos Estados, derivam-se efeitos em relação a terceiros ('erga omnes'). Essa obrigação foi desenvolvida pela doutrina jurídica e, particularmente, pela teoria da 'Drittwirkung', segundo a qual os direitos fundamentais devem ser respeitados tanto pelos poderes públicos como pelos particulares em relação com outros particulares. [...]

[...] a obrigação de respeito e garantia dos direitos humanos, que normalmente tem seus efeitos nas relações entre os Estados e os indivíduos submetidos à sua jurisdição, também projetam seus efeitos nas relações interindividuais. [...] Esses efeitos de obrigação de respeito dos direitos humanos nas relações entre particulares, especificam-se no marco da relação trabalhista privada, na qual o empregador deve respeitar os direitos humanos de seus trabalhadores (COSTA RICA, 2003).

Depreende-se que o Direito do Trabalho não está imune aos efeitos decorrentes da constitucionalização ocorrida no Direito Privado. De fato, com a consequente constitucionalização ocorrida também nos domínios do Direito do Trabalho, o trabalhador passa a ser compreendido sob uma nova perspectiva de proteção, que almeja evitar a concepção do homem-trabalhador como mercadoria, assumindo relevo o enfoque da pessoa trabalhadora, conferindo-lhe o mesmo tratamento constitucional dispensado aos demais sujeitos, ou seja, como cidadão e não mais mero trabalhador que aliena sua força de trabalho em troca de sua subsistência.

Desse modo, o trabalhador deixa de ser considerado como mero sujeito que cede sua força de trabalho através de um negócio jurídico de natureza privada – contrato de trabalho –, passando a ser tutelado como trabalhador-cidadão com todos os direitos assegurados aos demais cidadãos na Constituição.

Se na primeira fase da constitucionalização do Direito do Trabalho, objetivou-se a proteção dos direitos fundamentais específicos dos trabalhadores, na segunda e contemporânea fase de tal processo, a ênfase recai sobre os denominados direitos fundamentais laborais inespecíficos ou direitos da personalidade, consubstanciados pelos direitos gerais do cidadão e seu exercício na seara da relação empregatícia não apenas como trabalhadores, mas notadamente como cidadãos, no que José João Abrantes (2005, p. 107) denominou de “cidadania na empresa”.

Esclarece, ainda, o autor supracitado que na seara dos direitos fundamentais dos trabalhadores, ultrapassa-se o aspecto meramente contratual, atingido-se o da pessoa de cada trabalhador, pois a celebração de um contrato de trabalho não resulta na cessão ou privação dos direitos dos trabalhadores assegurados na Constituição. Afinal, no âmbito da empresa, o trabalhador mantém todos os direitos dos quais são titulares os demais cidadãos.

Nesse diapasão, a celebração de um contrato de trabalho não pode implicar na privação extrema dos direitos assegurados constitucionalmente a uma das partes, em especial ao trabalhador hipossuficiente. Aliás, é por esse motivo que a Consolidação das Leis do Trabalho - CLT está permeada de dispositivos preconizadores da irrenunciabilidade de direitos por parte do trabalhador, que pela condição na qual se encontra ao celebrar um vínculo contratual trabalhista não estaria apto a renunciá-los. O próprio Direito do Trabalho adota como sustentáculos os Princípios da Proteção, da Irrenunciabilidade ou Indisponibilidade dos direitos trabalhistas e da Imperatividade de suas normas.

É bom salientar que a aplicação de tais princípios como regra geral, notadamente no Brasil, onde a maioria das relações trabalhistas desenvolve-se de forma precária, não significa o seu uso de modo absoluto e indiscriminado. Como em toda aplicação principiológica, há de se atentar para o bom senso e a razoabilidade diante das circunstâncias do caso concreto, verificando-se o nível de hipossuficiência do trabalhador, pelo que a conseqüente incidência dos princípios basilares do Direito do Trabalho, sobretudo dos Princípios da Proteção e da Irrenunciabilidade dos Direitos Trabalhistas, pode ser relativizada. É o caso dos denominados altos executivos ou dos exercentes de cargos que demandam alta e especializada qualificação técnica.

As corporações empresariais não devem ser compreendidas como espaços isolados e estanques das demais searas sociais. Tampouco a liberdade da empresa e o fato de possuir trabalhadores que lhe prestam serviços sob sua direção e dependência autorizam a violação dos direitos fundamentais dos sujeitos que se encontram sob sua subordinação.

Verifica-se, então, que no campo das relações trabalhistas, dado o estado de subordinação e sujeição de uma das partes contratuais, os direitos fundamentais, sobretudo do trabalhador-cidadão, estão em situação de vulnerabilidade e, portanto, mais suscetíveis de se tornarem objeto de grave violação.

4.2. A forma de incidência dos direitos fundamentais nas relações trabalhistas: A eficácia direta ou imediata

Verificada a admissão da eficácia dos direitos fundamentais nas relações jurídico-privadas – eficácia horizontal –, bem como nas relações trabalhistas, cumpre averiguar a

forma de incidência de tais direitos nessas relações caracterizadas pela desigualdade e ausência de equilíbrio.

Com efeito, na seara trabalhista, a empresa enquanto agente dotado de poderio social confere uma série de faculdades e prerrogativas ao empregador. Por via de consequência, revela-se, tal com o ente Estado, dotada de potencialidade lesiva ao pleno exercício dos direitos fundamentais dos trabalhadores, já que em clarividência a desigualdade presente entre as partes de uma relação contratual trabalhista.

Devido a tais aspectos, faz-se necessária uma efetiva atuação dos direitos fundamentais nas relações trabalhistas, com o desiderato de restabelecer ou atenuar o flagrante desequilíbrio entre as partes.

Assim como nas relações jurídico-privadas em geral, a maior parte da doutrina e da jurisprudência defende a incidência direta ou imediata dos direitos fundamentais no âmbito das relações jurídico-trabalhistas, servindo como instrumento destinado a conferir efetiva proteção dos direitos e liberdades dos trabalhadores.

João José Abrantes (2005, p. 131), ao defender a incidência direta ou imediata dos direitos fundamentais no âmbito das relações contratuais trabalhistas, aponta como motivos justificadores a irrenunciabilidade e intangibilidade do conteúdo essencial dos direitos fundamentais dos trabalhadores, aliadas a clarividente desigualdade de partes inerente às relações trabalhistas diante da concentração de poder na figura do empregador, ocasionando um natural e inevitável desequilíbrio em tais relações.

A jurisprudência pátria perfilha o mesmo entendimento. O Supremo Tribunal Federal Brasileiro, após reconhecer a plena eficácia direta ou imediata dos direitos fundamentais nas relações privadas, incluindo-se aí, com muito mais razão, as trabalhistas, determinou a incidência do princípio da igualdade nestas relações no julgamento do Recurso Extraordinário n. 161.243/DF, de 29 de dezembro de 1996. O caso em comento versava sobre um trabalhador brasileiro empregado em companhia aérea nacional para exercer suas funções em território internacional (França). Pleiteavam-se direitos previstos no regulamento da empresa, que somente conferia determinados direitos aos trabalhadores franceses. Decidiu-se que a empresa havia fixado um critério diferenciador ilegítimo – nacionalidade do trabalhador – apesar da identidade das funções exercidas:

CONSTITUCIONAL. TRABALHO. PRINCÍPIO DA IGUALDADE. TRABALHADOR BRASILEIRO EMPREGADO DE EMPRESA ESTRANGEIRA: ESTATUTOS DO PESSOAL DESTA: APLICABILIDADE AO TRABALHADOR ESTRANGEIRO E AO TRABALHADOR BRASILEIRO. C.F., 1967, art. 153, § 1º; C.F., 1988, art. 5º, caput. I. - Ao recorrente, por não ser francês,

não obstante trabalhar para a 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, art. 153, § 1º; C.F., 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. Precedente 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, 1996).

No Tribunal Superior do Trabalho, órgão de cúpula do Judiciário Trabalhista, embora o tema tenha sido pouco explorado nos seus julgados, é possível visualizar entendimento pela plena aplicabilidade dos direitos fundamentais nas relações trabalhistas, bem como pela incidência direta ou imediata desses direitos:

Recurso de Revista. Dispensa Discriminatória por Idade. Nulidade. Abuso de Direito.Reintegração. Se das premissas fáticas emergiu que a empresa se utiliza da prática de dispensar seus funcionários quando estes completam 60 anos, imperioso se impõe ao julgador coibir tais procedimentos irregulares, efetivados sob o manto do "poder potestativo", para que as dispensas não se efetivem sob a pecha discriminatória da maior idade. Embora o caso vertente não tivesse à época de sua ocorrência previsão legal especial (a Lei 9.029 que trata da proibição de práticas discriminatórias foi editada em 13.04.1995 e a dispensa do reclamante ocorreu anteriormente), cabe ao prolator da decisão o dever de valer-se dos princípios gerais do direito, da analogia e dos costumes, para solucionar os conflitos a ele impostos, sendo esse, aliás, o entendimento consagrado pelo art. 8º, da CLT, que admite que a aplicação da norma jurídica em cada caso concreto, não desenvolve apenas o dispositivo imediatamente específico para o caso, ou o vazio de que se ressente, mas sim, todo o universo de normas vigentes, os precedentes, a evolução da sociedade, os princípios, ainda que não haja omissão na norma. Se a realidade do ordenamento jurídico trabalhista contempla o direito potestativo da rescisão unilateral do contrato de trabalho, é verdade que o exercício deste direito guarda parâmetros éticos e sociais como forma de preservar a dignidade do cidadão trabalhador. A despedida levada a efeito pela reclamada, embora cunhada no seu direito potestativo de rescisão contratual, estava prenhe de mácula pelo seu conteúdo discriminatório, sendo nula de pleno direito, em face da expressa disposição do art. 9º da CLT, não gerando qualquer efeito, tendo como consequência jurídica a continuidade da relação de emprego, que se efetiva através da reintegração. **Efetivamente, é a aplicação da regra do § 1º do art. 5º da Constituição Federal, que impõe a aplicação imediata das normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais, pois, como apontando pelo v. acórdão, a prática da dispensa discriminatória por idade confrontou o princípio da igualdade contemplado no caput do art. 5º da Constituição Federal.** Inocorrência de vulneração ao princípio da legalidade e não configurada divergência jurisprudencial. Recurso de Revista não conhecido relativamente ao tema. (TST, RR n. 462888/1998-0, Rel. Juiz convocado André Luís de Oliveira). (destaques próprios)

E, recentemente, apesar de reconhecer a nulidade de contrato de trabalho de servidor público admitido sem o devido concurso, salvaguardou o direito à reparação por danos morais e materiais decorrentes de ato ilícito praticado em face do trabalhador coagido por seu

empregador a contrair empréstimos bancários para o financiamento dos seus próprios salários e demais verbas trabalhistas:

CONTRATO NULO. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. O fato de ter-se reconhecido a nulidade da contratação por ausência de concurso público, diante da comprovada afronta ao artigo 37, II, da Constituição da República, não exime o ente público da responsabilidade por eventuais lesões ocasionadas ao reclamante. Ao causar prejuízos morais ou materiais ao trabalhador pela prática de ato ilícito, a reclamada, beneficiária dos serviços no curso do contrato nulo, deve indenizá-lo, independentemente da validade da relação jurídica firmada entre as partes. Embora o entendimento consagrado na Súmula n.º 363 deste Tribunal Superior oriente-se no sentido de negar à contratação nula os efeitos próprios do contrato de trabalho, deve-se resguardar aqueles direitos que extrapolem a esfera tipicamente trabalhista, conquanto advenham do vínculo laboral nulo. Não há falar, portanto, em nulidade da condenação ao pagamento de indenização por danos morais, mesmo quando reputado nulo o contrato de emprego. Recurso de revista de que não se conhece. (TST, RR n. 208400-64.2006.5.15.0099, Min.Rel. Lélío Bentes Corrêa)

Ainda que de forma tímida e sem menção expressa, em verdade o julgado acima se baseou na plena incidência dos direitos fundamentais nas relações de trabalho.

Pelo exposto, nota-se que a autonomia privada, enquanto direito assegurado constitucionalmente, não pode ser exercida de maneira absoluta e descompromissada com uma realidade social permeada de poderes privados, tratando-se de valor que pode ser relativizado diante de colisões ou conflitos com outros direitos igualmente fundamentais.

É que a maioria dos ordenamentos jurídicos, inclusive o brasileiro, consagra valores sociais supremos e intangíveis, como a liberdade e dignidade dos indivíduos, pelo que a autonomia privada da vontade deve ter seu espectro de atuação norteado e limitado por tais valores, objetivando a preservação do seu conteúdo mínimo essencial, inclusive nas relações laborais entre empregador e empregado.

Nesse contexto, o contrato de trabalho, conquanto inserido no campo das relações jurídicas de natureza privada e, como tal, sujeito às normas e princípios desta seara, não deve conter cláusulas violadoras dos direitos fundamentais dos cidadãos-trabalhadores, sob pena de serem reputadas nulas de pleno direito e, conseqüentemente, incapazes de produzirem efeitos no mundo jurídico. Como exemplos, podem-se elencar as cláusulas que preveem renúncia do trabalhador aos típicos direitos trabalhistas – direito de greve, de associação e filiação sindicais, entre outros; ou mesmo aos denominados direitos inespecíficos trabalhistas – direitos da personalidade, como a liberdade de expressão, de consciência, de crença, etc.

Interessante salientar valiosa observação de Tereza Moreira Coelho (2004, p. 60), autora portuguesa, para quem:

[...] a relação estabelecida entre os trabalhadores e empregadores é um dos exemplos mais claros de uma situação de poder real de um dos sujeitos contratuais sobre o outro e, por este fato, a vinculação das entidades privadas prevalece sobre a autonomia privada, pelo que não se pode admitir que os poderes atribuídos ao empregador não estejam sujeitos à referência dos preceitos constitucionais.

Mesmo para os adeptos da teoria da incidência indireta ou mediata dos direitos fundamentais nas relações interprivadas, torna-se imperioso admitir a aplicação excepcional de forma direta ou imediata dos direitos e liberdades preconizados na Constituição quando restar evidenciada uma situação de desigualdade ou desequilíbrio, como sói ocorrer nas relações empregatícias (CAUPERS, 1985, p. 171).

É que apenas através da incidência direta ou imediata dos direitos fundamentais nas relações trabalhistas confere-se a efetiva proteção que demandam tais direitos, revestidos pelo manto da intangibilidade em seu conteúdo essencial.

Conseqüentemente, diante da utilização inadequada do conjunto de direitos e prerrogativas atribuídos ao empregador, tornando-o detentor de poderio sócio-econômico e, por consequência, potencial violador dos direitos fundamentais de seus subordinados, a teoria da incidência imediata dos direitos fundamentais revela-se como poderoso instrumento no restabelecimento do equilíbrio relacional ou, ao menos, sua relativização.

Defendida a incidência direta ou imediata dos direitos fundamentais nas relações trabalhistas, integrantes das relações jurídico-privadas, urge eleger e analisar os principais critérios orientadores para solução dos eventuais conflitos ou colisões entre bens e direitos constitucionalmente tutelados para ambos os sujeitos particulares da relação empregatícia, quais sejam empregador e empregado. Por isso, a seguir serão tecidas algumas considerações sobre os princípios da proporcionalidade e da ponderação e suas respectivas aplicações no campo específico do Direito do Trabalho.

4.3. O princípio da proporcionalidade ou razoabilidade²⁰ e sua utilização diante da colisão de direitos fundamentais no Direito do Trabalho

²⁰ Dada à proximidade de conceitos entre os dois termos, proporcionalidade e razoabilidade serão utilizados como expressões sinônimas. Nesse mesmo sentido, Ana Paula Barcellos (2008, p. 362-363) e Fábio Corrêa Souza de Oliveira (2003, p. 81 e ss.). Em sentido contrário, explicitando conceitos diversos para proporcionalidade e razoabilidade, estão Humberto Ávila (2003, p.150 e ss.) e Luís Virgílio Afonso da Silva (2002, p. 23).

Na dinâmica relação contratual trabalhista, é comum a ocorrência de colisões ou conflitos entre direitos e bens tutelados constitucionalmente a ambas as partes contratuais. Embora a violação dos direitos fundamentais seja mais usual e frequente por parte dos empregadores em face de seus empregados, é possível que ocorra exatamente o contrário, sendo o empregado o agente violador dos direitos fundamentais de seu empregador.

Conforme explanado em capítulo anterior, os direitos fundamentais não podem ser considerados como absolutos, pelo que estão sujeitos a limitações ou restrições. Contudo, se por um lado, as normas definidoras de direitos fundamentais não se revestem de caráter absoluto, por outro, há de se admitir que as normas impositivas de limitações ou restrições a tais direitos também não podem, do mesmo modo, ser reputadas como absolutas.

Sobre essa questão específica o eminente autor espanhol Rafael Naranjo de la Cruz (2000, p. 98) menciona que “tanto as normas que regulam os direitos fundamentais como aquelas que estabelecem suas limitações são igualmente vinculantes, razão pela qual, a força expansiva das primeiras restringe, por sua vez, o alcance dos limites que incidem sobre elas.”.

Existe, portanto, um regime de concorrência normativa e não de exclusão, de tal forma que as normas definidoras dos direitos fundamentais assim como as que estabelecem limites ao seu exercício são igualmente vinculantes e atuam reciprocamente. Daí, a própria força expansiva de todo direito fundamental restringe o alcance das normas limitadoras que incidem sobre o mesmo, o que demanda a necessidade de interpretação dos limites dos direitos fundamentais com critérios restritivos e no sentido mais favorável à eficácia desses direitos.

Nesse contexto, as intervenções com vistas à limitação dos direitos fundamentais ocorrerão, sobretudo, pela aplicação do princípio da proporcionalidade, que deve ser compreendido com um critério para controlar a extensão e o alcance das limitações estabelecidas aos direitos e liberdades constitucionais, com o objetivo de assegurar o respeito ao conteúdo essencial do direito fundamental objeto da restrição.

Tais limitações porventura impostas ao exercício dos direitos fundamentais não podem revelar um caráter meramente subjetivo, devendo necessariamente resultar da análise das circunstâncias objetivas presentes no caso concreto.

Rafael Naranjo de la Cruz (2000, p. 99) adverte que a justificativa da respectiva restrição deve estar presente em norma constitucional, tendo em vista se tratar de condição *sine qua non* que tal diminuição ocorra como consequência objetivamente perceptível do conflito do direito fundamental em restrição com outros bens ou direitos igualmente assegurados na Constituição.

Nota-se, portanto, que o princípio da proporcionalidade atua essencialmente como um critério de interpretação diante das circunstâncias do caso concreto, buscando a eventual e temporária prevalência de um determinado direito fundamental em face de outro, que, entretanto, mantém preservado seu núcleo e conteúdo essenciais. Persegue-se, com isso, um motivo plausível e justificador da restrição imposta ao direito fundamental temporariamente preterido, que cede espaço a atuação de outro também tutelado constitucionalmente.

Assim, diante da constatação de que os direitos fundamentais não possuem caráter absoluto, podendo sofrer restrições ou limitações diante da possível colisão com outros bens ou direitos constitucionais, o princípio da proporcionalidade assume a relevante função de servir como critério para resolução da tensão existente entre os direitos em conflito. Em outros termos, o princípio ora em estudo possui a finalidade de verificação da maneira ou forma pela qual se realiza uma eventual limitação a determinado direito fundamental.

Para sua adequada compreensão, é imprescindível uma análise, ainda que superficial, do seu conteúdo jurídico. Antes, importa ressaltar não apenas sua atuação como instrumento verificador da legitimidade das eventuais intervenções nos direitos fundamentais decorrentes dos poderes públicos, como também sua incidência como critério orientador para a resolução dos conflitos entre os direitos fundamentais decorrentes das relações interprivadas, dentre as quais a relação empregatícia.

Dessa forma, diante das circunstâncias do caso concreto, a utilização do princípio da proporcionalidade deve observar determinados requisitos indispensáveis a sua incidência. Trata-se do que a doutrina vem denominando de subprincípios integrantes do princípio ora em comento, quais sejam: a) princípio da adequação; b) princípio da necessidade; e, c) princípio da proporcionalidade em sentido estrito.

Tais subprincípios representam uma sequência de fases pelas quais, inexoravelmente, deverá passar a análise das circunstâncias peculiares do caso concreto, para que assim o princípio da proporcionalidade cumpra sua atuação.

O princípio da adequação exige que a medida restritiva do direito fundamental seja apta ou adequada para a proteção do outro direito ou bem assegurado igualmente no âmbito constitucional. Ou seja, o meio utilizado (limitação ou restrição imposta ao direito fundamental preterido) deve ser apropriado para alcançar a finalidade, qual seja a efetiva proteção do direito fundamental proeminente ou preferido.

Assim, o meio será adequado na medida em que a sua utilização contribua para o alcance da finalidade proposta. No exame da adequação da medida, não se exige que deva alcançar completamente, mas apenas parcialmente a realização do objetivo pretendido.

Nesse diapasão, os direitos fundamentais assegurados na Constituição não são absolutos, estando sujeitos a limitações ou restrições, as quais, por sua vez, serão toleráveis sempre que proporcionadas. Uma vez adequadas, contribuirão para a consecução do fim constitucionalmente legítimo a que se propõe.

Pela via inversa, uma medida restritiva será considerada desproporcional e, por isso, inadequada quando for inservível para o alcance do fim pretendido, qual seja a devida proteção do direito fundamental assegurado.

Carlos Bernal Pulido (2006, p. 16) nomina o princípio da adequação como “princípio da idoneidade”, de forma que toda ingerência nos direitos fundamentais deve ser idônea para fomentar um objetivo constitucionalmente legítimo, tratando-se de duas exigências em foco: a legitimidade constitucional do objetivo e a idoneidade da medida examinada.

Por conseguinte, qualquer medida que imponha uma limitação ou restrição a um direito fundamental deverá ser adequada tecnicamente para a efetiva proteção de outro direito igualmente tutelado pela Constituição, sendo suficiente que a medida utilizada seja apta para conseguir, mesmo que parcialmente, o objetivo pretendido.

O princípio da necessidade, segundo critério integrante do princípio da proporcionalidade, impõe que a medida restritiva ou limitadora ao direito fundamental seja indispensável para o alcance da finalidade almejada, diante da inexistência de outro instrumento ou meio com a mesma eficácia, sendo a medida adotada a menos gravosa para o direito fundamental a ser limitado em seu exercício.

Ao se proceder à limitação de um determinado direito fundamental, há de se adotar, dentre o elenco de medidas possíveis e igualmente eficazes ao fim que se propõem, a menos gravosa. Sendo assim, entre os vários meios postos à disposição para a consecução do fim pretendido, dever-se-á optar pelo que, com o mesmo grau de eficácia, seja menos gravoso ao direito objeto da restrição.

Portanto, a necessidade revela-se como algo relativo, somente sendo admissível a limitação ao pleno exercício dos direitos fundamentais quando houver justificação suficiente para tanto, sendo inaceitáveis limitações arbitrárias.

Com isso, na hipótese de serem os direitos fundamentais objeto de limitação com intensidade maior que a exigida pelo fim constitucionalmente protegido da restrição, tal limitação, no que resultar em excesso, mostra-se injustificada e inconstitucional.

Por fim, o princípio da proporcionalidade em sentido estrito demanda a ocorrência de um determinado equilíbrio entre os efeitos benéficos obtidos pela proteção de um direito

fundamental em detrimento de outro e os efeitos prejudiciais porventura impostos a esse direito preterido.

A análise da proporcionalidade em sentido estrito exige uma determinação da importância relativa dos direitos ou bens constitucionais envolvidos no conflito, com o desiderato de aferir se o sacrifício imposto a um dos direitos em colisão encontra-se em uma relação razoável ou proporcionada com a importância do direito objeto da proteção, sob pena de inconstitucionalidade. Fixa-se, com isso, a proibição de excesso, com o que a restrição imposta deve ser a menor impossível em função da finalidade a ser alcançada.

O princípio da proporcionalidade em sentido estrito impõe que o sacrifício de um determinado direito se encontre numa relação de razoabilidade com a finalidade que se pretende alcançar. Diferentemente dos critérios da adequação e necessidade, que têm sua análise orientada de forma técnica, na proporcionalidade em sentido estrito a análise é valorativa (NARANJO DE LA CRUZ, 2000, p. 109 e ss.).

Interessante mencionar que os bens ou direitos em colisão e sujeitos à análise da proporcionalidade em sentido estrito devem estar no mesmo patamar constitucional. Pois somente assim será admissível a imposição de limitações ou restrições a um dos direitos fundamentais em conflito, sob pena de não se admitir a intervenção no âmbito desses direitos. É que um bem ou direito não fundamentado em norma constitucional não se encontra no mesmo nível de proteção dos direitos fundamentais, acarretando a perda da legitimidade justificadora da referida intervenção. Nestes casos, dever-se-á utilizar outros instrumentos ou princípios distintos da proporcionalidade.

Como se depreende, a identidade de patamar constitucional entre os direitos em colisão é requisito prévio e indispensável para a utilização adequada do princípio da proporcionalidade. Não estando presente este requisito, há de se proceder à utilização de outros mecanismos para solução do conflito.

Resta em evidência, portanto, que o princípio da proporcionalidade em sentido estrito tem por finalidade a análise valorativa e não mais apenas técnica das limitações ou restrições impostas aos direitos fundamentais, sendo imprescindível a existência de equilíbrio entre os benefícios que se pretende obter em relação aos prejuízos eventuais decorrentes da limitação ao direito fundamental ora preterido.

No âmbito do Direito do Trabalho, são inegáveis as transformações ocorridas nos últimos tempos por conta de um sistema de produção em constantes mudanças para fazer face a um mercado econômico altamente competitivo.

Tal fato produz consequências inevitáveis no campo da organização do trabalho acarretando a expansão dos poderes e prerrogativas empresariais e, por vezes, a flexibilização das normas incidentes sobre o contrato de trabalho.

Nesse cenário, são inseridos os direitos fundamentais dos trabalhadores, integrados não apenas pelos direitos fundamentais trabalhistas específicos, compreendidos como aqueles que possuem um conteúdo especificamente trabalhista, como também pelos direitos fundamentais trabalhistas inespecíficos, entendidos como aqueles pertencentes ao trabalhador na qualidade de pessoa ou cidadão, e como tal, igualmente exercitados no seio da relação trabalhista.

Na busca incessante pelo aumento da produção, o pólo empresarial da relação trabalhista exercita seu poder de direção sobre os seus subordinados, configurando a existência de um autêntico e notável poderio social privado e, nessa condição, potencial violador dos direitos fundamentais dos trabalhadores.

A par de tal situação, a legislação trabalhista específica é omissa, não contendo dispositivos expressos disciplinadores dos direitos fundamentais dos trabalhadores. Desse modo, recai sobre os intérpretes a árdua tarefa de buscar um método hermenêutico para adequação desses direitos à normativa infraconstitucional reguladora do contrato de trabalho.

Na aplicação dos direitos fundamentais trabalhistas, há de se salientar que a colisão existente centra-se entre os direitos assegurados pelas normas constitucionais aos trabalhadores, assim como aos empregadores. Se por um lado, não se deve descuidar da proteção da pessoa do trabalhador e da incidência do valor social da dignidade da pessoa humana, por outro, há os direitos dos empregadores, também tutelados pela Constituição.

Com efeito, sejam direitos fundamentais assegurados ao empregador ou ao empregado, não há como reconhecê-los em caráter absoluto, o que demanda um método hermenêutico para o deslinde da colisão, função bem desempenhada pelo princípio da proporcionalidade.

As limitações ao exercício dos direitos fundamentais nas relações empregatícias, devidamente justificadas, devem ocorrer na exata medida necessária para alcançar a sua finalidade, eis que deve guardar uma relação de proporcionalidade entre o objetivo a atingir e o nível de restrição imposto.

Dessa forma, assegura-se a plena efetividade dos direitos fundamentais do trabalhador no seio da relação trabalhista, não podendo esta implicar na extrema privação ou mesmo na restrição de tais direitos. É que os entes empresariais, enquanto sujeitos de direito privado, não estão excluídos da observância dos direitos e princípios constitucionais incidentes sobre as

relações de trabalho, seja no seu âmbito individual ou coletivo (direito de greve, sindicalização, negociação coletiva, entre outros).

Conseqüentemente, o exercício de tais direitos está propenso a limitações ou restrições na exata medida em que propicia sua adaptação e equilíbrio com outros direitos igualmente constitucionais garantidos ao polo empresarial da relação laboral.

O desenvolvimento da relação trabalhista propicia, então, o exercício de direitos fundamentais por ambas as partes. Todavia, trata-se de direitos que interagem com limitações recíprocas, sujeitando, do mesmo modo, os poderes diretivos empresariais, que têm seu campo de atuação limitado pelos direitos fundamentais dos trabalhadores.

Assim, eventuais limitações impostas a esses direitos por conta das prerrogativas empresarias somente encontram justificativas plausíveis quando a própria natureza do trabalho implicar a restrição do direito, ou no caso de uma efetiva necessidade empresarial devidamente embasada. Jamais o exercício das faculdades asseguradas ao empregador, de âmbito limitado ao contrato de trabalho, pode conduzir a violações injustificadas aos direitos fundamentais do trabalhador, sob pena de inconstitucionalidade.

Cite-se como exemplo a impossibilidade do trabalhador fixar sua própria jornada de trabalho com o intuito de exercer seu direito de liberdade religiosa, mesmo existindo limitação ao poder diretivo empresarial diante dos direitos fundamentais do trabalhador. Note-se que, no caso em tela, não houve qualquer conduta patronal coercitiva e impeditiva da prática religiosa, mas tão somente exigiu-se o cumprimento da jornada de trabalho no regime estabelecido, pelo que resta íntegro o núcleo essencial do direito fundamental a liberdade e prática religiosas.

Diante do exposto, nas diversas manifestações do poderes assegurados ao empregador para aplicação no curso da relação empregatícia – poder diretivo, fiscalizatório e disciplinar –, susceptíveis que são de limitar os direitos fundamentais dos trabalhadores, deve incidir o princípio da proporcionalidade.

Conseqüentemente, embora o empregado seja a parte nitidamente mais vulnerável da relação de trabalho, a eficácia horizontal dos seus direitos fundamentais não é absoluta, comportando limitações. Ínsita está a colisão com outros bens ou direitos assegurados pela Constituição, demandando a utilização de métodos e técnicas peculiares aos conflitos entre normas de direitos fundamentais, notadamente a técnica da ponderação, objeto de estudo do próximo tópico.

4.4. A técnica da ponderação ou sopesamento na colisão de direitos fundamentais nas relações trabalhistas

Pela dogmática pós-positivista, conforme já explanado em capítulo anterior, o sistema jurídico é composto por duas categorias normativas: as normas- regras e as normas-princípios. Enquanto as primeiras demandam uma simples subsunção disjuntiva – premissa fática menor sob premissa normativa maior, pela qual a validade de uma regra implicará na invalidade da outra –; as normas principiológicas, dotadas de uma dimensão de peso, ausente nas regras, demandam a utilização do juízo de ponderação com o fim de solucionar as tensões normativas existentes entre princípios igualmente válidos e de mesma hierarquia normativa, porém em colisão.

A técnica da ponderação foi desenvolvida a partir da necessidade de parâmetros norteadores da atuação jurisdicional nos denominados “casos difíceis ou duvidosos (*hard cases*)” (ALEXY, 2009, p. 89), que envolvem a contraposição de princípios, exigindo do intérprete a construção de argumentação jurídica racional para solução do conflito.

Havendo conflitos principiológicos, insita estará a necessidade do mecanismo da ponderação, uma vez que tal técnica deve ser utilizada quando existem razões opostas que, tomadas individualmente, constituem boas razões para uma decisão e só não levam de imediato a uma decisão definitiva porque existe outra razão que exige outra decisão distinta (ALEXY, 2009, p. 87 e ss.). Em suma, cada princípio envolvido e em contraposição justificaria decisões diversas, a depender da dimensão de peso de cada um.

Ocorre que nos casos da mera aplicação das normas-regras tem-se um contexto delineado pela incidência de uma única premissa maior – a norma – sobre a premissa menor – os fatos através do exercício da subsunção. Já no contexto das normas-principiológicas, há várias e diversas premissas maiores – conflito de princípios – a incidir sobre apenas uma premissa menor, como no caso típico da liberdade de imprensa e de expressão em contraposição aos direitos da intimidade e privacidade.

Por força do princípio instrumental da unidade da Constituição, não seria admissível a singela opção por umas das normas principiológicas em conflito, pois que inexistente hierarquia entre as mesmas. Inservível, portanto, a técnica da simples subsunção para solução de tais casos difíceis, os quais demandam um raciocínio mais complexo com o objetivo de

produzir a regra concreta a incidir no caso concreto, devendo o intérprete buscar a harmonização dos espaços em tensão.

Como bem leciona Ana Paula de Barcellos (2008, p. 345-346):

[...] Como consequência, a interpretação constitucional viu-se na contingência de desenvolver técnicas capazes de lidar com o fato de que a Constituição é um documento dialético – que tutela valores e interesses potencialmente conflitantes – e que princípios nelas consagrados frequentemente entram em rota de colisão. [...] A ponderação consiste, portanto, em uma técnica de decisão jurídica aplicável a casos difíceis, em relação aos quais a subsunção se mostrou insuficiente, especialmente quando uma situação concreta dá ensejo à aplicação de normas de mesma hierarquia que indicam soluções diferenciadas. A estrutura interna do raciocínio ainda não é bem conhecida, embora esteja sempre associada às noções difusas de balanceamento e sopesamento de interesses, bens, valores ou normas.

Ainda segundo Barcellos (2005, p. 91 e ss.) a ponderação pode ser descrita como um processo composto por três etapas sucessivas.

Na primeira etapa, deverá o intérprete identificar todos os enunciados normativos que se encontram em aparente conflito ou tensão, agrupando-os em função da solução normativa que indicam para o caso concreto, isto é, aqueles que indicam a mesma solução devem formar um conjunto de argumentos.

Humberto Ávila (2003, p. 87 e ss.), após conceber a ponderação também estruturada em três fases, define a primeira delas como sendo uma “preparação da ponderação”, alertando para o relevante aspecto de que norma não pode ser confundida com dispositivo, pois, às vezes, a norma será o resultado da conjugação de mais de um dispositivo, como também pode ocorrer que um dispositivo isoladamente considerado não contenha uma norma, ou, ao revés, abrigue mais de uma.

A segunda etapa é destinada a apuração dos aspectos fáticos relevantes do caso em exame e sua repercussão sobre as diferentes soluções indicadas pelos grupos normativos formados na fase anterior. É a fase que Humberto Ávila denomina de “realização da ponderação”.

Por fim, é na terceira etapa, definida por Ávila como “reconstrução da ponderação” e referente à fase da decisão, que a ponderação irá diferenciar-se da subsunção. A partir do exame conjunto das hipóteses normativas conflitantes e o consequente enquadramento fático em tais premissas normativas, serão apurados os pesos que devem ser atribuídos aos distintos elementos em disputa e, portanto, o grupo de normas que deve preponderar no caso. Tendo em vista, que os princípios, por sua própria natureza, podem ser aplicados em diversos graus

de intensidade, torna-se necessário, ainda, definir com que intensidade esse grupo normativo preponderante prevalecerá em detrimento dos demais.

Barcellos (2008, p. 347-348) destaca que “[...] Todo esse processo intelectual tem com fio condutor o princípio instrumental da proporcionalidade ou razoabilidade.”, demonstrando a intrínseca relação entre este princípio e a técnica ou método da ponderação.

Nesse contexto, interessante mencionar divergência doutrinária a respeito do instituto da ponderação, havendo quem a situe como um componente integrante do princípio mais abrangente da proporcionalidade, posição defendida por Robert Alexy (2008, p. 60 e ss.), assim como aqueles que a visualizam como um autêntico princípio autônomo, o princípio da ponderação, a exemplo de Ricardo Lobo Torres (2000 p. 643 e ss.).

A jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho parece ter adotado a ponderação como técnica integrante do princípio da proporcionalidade, como se depreende dos julgados abaixo transcritos:

[...] Considerando-se o ora decidido, cujo entendimento tem respaldo na Constituição Federal, não que se falar em violação dos artigos constitucionais explicitados pelo recorrente, porquanto na antinomia entre normas constitucionais adota-se o princípio da proporcionalidade, ou seja, na ponderação de interesses entre os direitos fundamentais envolvidos, dá-se maior preponderância para um deles, sem que o outro seja excluído (TST, AIRR 42/2006. Rel. Ministro Maurício Godinho Delgado).

[...] Todavia, quando há aparente conflito de princípios constitucionais, com sugere o Recorrente, a doutrina recomenda que seja utilizado o princípio da proporcionalidade, feito a partir de uma ponderação de interesses, considerando que não há hierarquia entre os princípios constitucionais. [...] (TST, AIRR 2/2005. Rel. Ministra Maria de Assis Calsing).

A doutrina destaca, ainda, a necessidade da construção de parâmetros gerais e específicos ao exercício da ponderação.

Ana Paula de Barcellos (2005, p. 125 e ss.) apresenta como parâmetros gerais a pretensão de racionalidade ou universalidade do discurso jurídico e a concordância prática das hipóteses normativas em tensão.

O primeiro refere-se à necessidade das decisões judiciais serem devidamente fundamentadas (CF, art. 93, IX), o que deverá ocorrer a partir da argumentação jurídica racional com fim a propiciar a legitimidade das decisões jurisdicionais e possibilitar seu controle pelas partes litigantes e pela sociedade em geral.

A utilização da técnica da ponderação propicia uma margem maior de discricionariedade e voluntarismo nas decisões judiciais, como observa Ana Paula de Barcellos (2008, p. 350):

[...] O risco de tal disfunção, todavia, não a desmerece como técnica de decisão nem priva a doutrina da possibilidade de buscar parâmetros melhor definidos para sua aplicação. No estágio atual, a ponderação ainda não atingiu o padrão desejável de objetividade, dando lugar a ampla discricionariedade judicial. Tal discricionariedade, no entanto, como regra, deverá ficar limitada às hipóteses em que o sistema jurídico não tenha sido capaz de oferecer a solução em tese, elegendo um valor ou interesse que deva prevalecer. A existência de ponderação não é um convite para o exercício indiscriminado de ativismo judicial. O controle de legitimidade das decisões mediante ponderação tem sido feito através do exame da argumentação desenvolvida. [...]

Por óbvio, a adoção de tal instrumento acarreta maior discricionariedade no âmbito da solução dos conflitos de interesses por parte dos órgãos julgadores – ativismo judicial –, motivo pelo qual tais decisões devem ser amparadas pela argumentação jurídica racional, possibilitando o seu controle, como já exposto em capítulo próprio.

O segundo parâmetro geral é referente à concordância prática das hipóteses normativas em tensão, ou seja, a sua harmonização recíproca, de forma que nenhuma delas tenha sua incidência excluída por completo no caso. A restrição deve ser a menor possível.

Quanto aos parâmetros específicos, serão definidos de acordo com as normas de cada seara do Direito.

No Direito do Trabalho, define-se como parâmetro específico a ser observado no exercício da ponderação a prevalência da dignidade do trabalhador, hipossuficiente nas relações laborais.

A propósito, transcreve-se o Enunciado n. 01 da 1ª Jornada de Direito Material e Processual do Trabalho na Justiça do Trabalho, realizado em novembro de 2007:

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.

Como bem salienta Marcelo Costa (2010, p. 51), não se está, com isso, a defender um resultado sempre favorável ao trabalhador nas demandas laborais, mas tão somente se elegendo um parâmetro específico e preferencial como auxílio na elaboração da argumentação jurídica do órgão jurisdicional nos denominados casos difíceis ou duvidosos.

Conseqüentemente, havendo aparente colisão de princípios igualmente válidos e dada à inexistência de hierarquia entre os mesmos, indispensável se revela o uso da técnica da ponderação para solução de tais conflitos difíceis, devendo prevalecer, via de regra, como parâmetro específico do Direito do Trabalho, o princípio da proteção ao hipossuficiente, representado pela figura do trabalhador na maior parte dos casos.

4.5. A eficácia direta ou imediata dos direitos fundamentais laborais específicos

Definida a incidência da eficácia direta ou imediata dos direitos fundamentais nas relações trabalhistas, cumpre averiguar sua aplicação no que diz respeito aos direitos trabalhistas típicos ou específicos.

Tendo a relação trabalhista características peculiares que a distinguem das demais relações jurídico-privadas, a incidência dos direitos fundamentais em tais relações apresentará também aspectos peculiares, sem, no entanto, comprometer a incidência direta ou imediata já defendida.

A expressão ‘direitos fundamentais trabalhistas específicos’ pode ser compreendida como os direitos trabalhistas reconhecidos no âmbito constitucional, como o elenco normativo disposto nos arts. 7º, 8º, 9º, 10 e 11 do Texto Fundamental de 1988, entre os quais estão assegurados direitos individuais e coletivos, sendo exemplos o direito de greve, de liberdade sindical, de negociação coletiva, salário não inferior ao mínimo, repouso semanal remunerado, intervalos intrajornada e interjornadas, duração da jornada normal de trabalho, proteção contra despedida arbitrária, proibição de trabalho noturno, perigoso ou insalubre aos menores de 18 anos e de qualquer trabalho a menores de 16 anos, salvo como aprendiz a partir dos 14 anos, entre tantos outros.

Como se depreende, em sede constitucional, são assegurados direitos de índole não apenas individual, mas também coletivos. Por consequência, estes estão igualmente sujeitos a graves violações não apenas por parte do polo empregador, como também às macrolesões provocadas pelas entidades associativas, seja representativa dos empregadores ou dos próprios trabalhadores. Dessa forma, a incidência da eficácia direta dos direitos fundamentais nas

relações laborais abrangerá as típicas partes da relação empregatícia – empregado ou tomador dos serviços e empregador – e também as entidades associativas ou sindicatos.

Consoante exposto em tópicos anteriores, as relações laborais têm por objeto contratual a alienação da força de trabalho de uma das partes, através da qual o trabalhador a cede ao empregador em troca da contraprestação financeira. Como facilmente se percebe, o trabalhador busca a sua subsistência e de sua família, denotando, na maior parte dos casos, uma subordinação econômica além da jurídica, inerente aos contratos de trabalho.

Por via consequência, ínsita está, nas referidas relações, uma distribuição desigual de poder e liberdade entre trabalhador e empregador, reclamando naturalmente a incidência da eficácia direta dos direitos fundamentais como mecanismo destinado a tutelar de forma adequada os direitos da parte vulnerável na tentativa de restabelecer o equilíbrio e igualdade reais que devem permear as relações interprivadas.

Justamente por conta da subordinação jurídica de uma das partes em relação a outra, José João Abrantes (2005, p. 17) defende a ideia da eficácia direta dos direitos fundamentais nas relações laborais como “natural”.

Não é demais salientar que a ideia de proteção e tutela à parte mais frágil da relação laboral está intrinsecamente relacionada à própria origem do Direito do Trabalho, fundamentado numa pauta principiológica destinada a restabelecedor o equilíbrio entre as partes contratantes.

Tal proteção deverá ser alcançada não apenas por instrumentos legais pré-estabelecidos, mas também através do exercício da autonomia privada individual e coletiva, seja do próprio empregador, seja das entidades sindicais através das negociações coletivas, enquanto autêntico exercício do poder de autorregulação, ou seja, a elaboração de regras específicas a incidirem nas relações trabalhistas durante determinado lapso de tempo.

Aliás, não é por outra razão que a própria Constituição, em seu art. 8º, inc. VI ²¹ exige a participação obrigatória dos sindicatos nas negociações coletivas de trabalho. Nesse contexto, a legislação brasileira possibilita a celebração das convenções coletivas de trabalho, pactuada entre entes sindicais representativos das categorias patronal e trabalhadora, e dos acordos coletivos de trabalho entre o sindicato representativo da categoria profissional e uma ou mais empresas (CLT, art. 611, caput e § 1º ²²).

²¹ “Art. 8º É livre a associação profissional ou sindical, observado o seguinte: [...] VI - é obrigatória a participação dos sindicatos nas negociações coletivas de trabalho;”

²² “Art. 611 - Convenção Coletiva de Trabalho é o acordo de caráter normativo, pelo qual dois ou mais Sindicatos representativos de categorias econômicas e profissionais estipulam condições de trabalho aplicáveis, no âmbito das respectivas representações, às relações individuais de trabalho. § 1º É facultado aos Sindicatos representativos de categorias profissionais celebrar Acordos Coletivos com uma ou mais empresas da

Note-se que a participação do sindicato da categoria profissional é exigida em quaisquer espécies de negociações, seja com o respectivo sindicato da categoria econômica ou com uma ou mais empresas. Trata-se de instrumento que tem por finalidade a efetiva proteção da parte mais vulnerável das relações laborais como forma de contrapeso indispensável para reequilíbrio de tais relações desiguais.

Como alerta o autor português José João Abrantes (2005, p. 17) em lição perfeitamente aplicável ao cenário jurídico trabalhista brasileiro:

[...] Mais do que qualquer outra, a relação de trabalho gera um complexo de direitos e obrigações com uma aptidão especial para condicionar o exercício dos direitos fundamentais do trabalhador. Nela, todas, ou quase todas, as liberdades e os direitos fundamentais do trabalhador se encontram, ao menos potencialmente, sob ameaça, face à autoridade e direção do empregador.

Relevante mencionar, com fim puramente crítico e de forma superficial, por não seu objeto do presente estudo, os resquícios fascistas ainda existentes no sistema sindical brasileiro, entre os quais a imposição da unicidade sindical²³, o que representou óbice intransponível para a adoção da Convenção n. 87 da Organização Internacional do Trabalho, que versa sobre a proteção da liberdade sindical e institui modelo consagrador da pluralidade sindical.

Pelo exposto, os direitos fundamentais individuais e coletivos dos trabalhadores estão expostos a ser objeto de violação tanto por parte dos empregadores ou tomadores de serviços, como também pelas próprias entidades sindicais, sejam as patronais ou mesmo as representativas da própria categoria profissional ao procederem com exercício abusivo da autonomia privada coletiva legalmente reconhecida. É o caso, por exemplo, da celebração de determinadas cláusulas normativas nitidamente contrárias aos interesses da categoria representada, o que ocasiona, tão comumente, insurgência dos trabalhadores diante da grave lesão aos seus direitos fundamentais laborais.

correspondente categoria econômica, que estipulem condições de trabalho, aplicáveis no âmbito da empresa ou das acordantes respectivas relações de trabalho.”

²³ “Art. 8º É livre a associação profissional ou sindical, observado o seguinte: I - a lei não poderá exigir autorização do Estado para a fundação de sindicato, ressalvado o registro no órgão competente, vedadas ao Poder Público a interferência e a intervenção na organização sindical; **II - é vedada a criação de mais de uma organização sindical, em qualquer grau, representativa de categoria profissional ou econômica, na mesma base territorial, que será definida pelos trabalhadores ou empregadores interessados, não podendo ser inferior à área de um Município;**” (destaque próprio)

Detentor de significativo poderio social e diante do quadro de subordinação jurídica inerente a relação trabalhista, o empregador ou tomador dos serviços, no exercício de sua autonomia privada individual, também representa potencial agente violador dos direitos fundamentais laborais, notadamente por conta das prerrogativas dos poderes de direção, de fiscalização e disciplinar.

Nesse íterim, cumpre citar posição doutrinária defensora da necessidade de limitações ao poder disciplinar do empregador, o qual somente poderia ser exercido através de prévio procedimento no qual se assegure ao empregado o exercício do seu direito de defesa, preservando-se a presunção de inocência do trabalhador, sob pena das penalidades porventura aplicadas serem reputadas ilegais ou arbitrárias (MENEZES, 2009, p. 963 e ss.).

No que concerne à proteção da relação de emprego contra a despedida arbitrária ou sem justa causa (art. 7º, inc. I da CF/88) há de se distinguir as dimensões individual ou coletiva (dispensa em massa) desse direito fundamental.

Em relação à dispensa individual, a proteção à relação de emprego deve ser assegurada pelo controle prévio da dispensa por justa causa, que exige instauração de procedimento interno – inquérito ou sindicância no âmbito da empresa para apuração das condutas porventura faltosas. Procedimentaliza-se, assim, o exercício do poder disciplinar pelo empregador, em razão do princípio constitucional da presunção de inocência do trabalhador (art. 5º, inc. LVII da CF), assegurando-se o direito ao contraditório e a ampla defesa (art. 5º, inc. LV da CF).

Quanto à dispensa em massa ou coletiva, deve ser observado o direito prévio à informação e à negociação coletiva entre a empresa e os trabalhadores ou seus representantes sindicais, sob pena da prática abusiva do direito potestativo de dispensa assegurado ao empregador, inclusive com violação da boa-fé objetiva (arts. 187 e 422 do Código Civil).

Tais situações reclamam a incidência direta dos direitos fundamentais, apta a propiciar uma efetiva proteção ao complexo de direitos assegurados ao trabalhador.

4.6. A eficácia direta ou imediata dos direitos fundamentais laborais inespecíficos ou direitos da personalidade

Os direitos fundamentais trabalhistas inespecíficos, também denominados direitos da personalidade, são referentes ao trabalhador compreendido como pessoa ou cidadão. É que, pelo fato de figurar como a parte subordinada da relação empregatícia, o trabalhador não se despe jamais de sua condição de ser humano, que precede a de trabalhador.

Os direitos de cidadania ou da personalidade, assegurados constitucionalmente, estão relacionados à inviolabilidade da vida privada dos trabalhadores (liberdade de expressão, de opinião e de crença religiosa), da integridade física e moral (proteção contra discriminações, assédios moral e/ou sexual), da intimidade (proteção contra revistas íntimas), proteção de dados pessoais, controle do uso pelo empregador dos meios de vigilância com o fim de monitorar o desempenho profissional do trabalhador, direito ao sigilo das mensagens de correio eletrônico (*e-mail*), embora seja permitido ao empregador fixar regras prévias de utilização desses instrumentos, notadamente em se tratando de *e-mails* corporativos, que envolvem o nome da empresa, dentre outros inúmeros direitos.

Transportando-se o conteúdo de tais direitos para o contexto das relações laborais, facilmente se percebe o estado de vulnerabilidade a que estão sujeitos diante do poderio social representado pela figura do empregador e seus poderes diretivo, fiscalizatório e disciplinar.

A subordinação hierárquica ao empregador ou tomador dos serviços, todavia, não deve implicar na renúncia do trabalhador aos seus atributos de personalidade e cidadania. A propósito, o art. 11 do Código Civil estatui que os direitos da personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo o seu exercício sofrer limitação voluntária.

Nesse contexto, o trabalhador que cede sua força de trabalho em benefício do tomador de serviços e em troca da correspondente contraprestação financeira há de ser compreendido como um cidadão comum. Almeja-se, portanto, a preservação da dignidade da pessoa humana, de onde emanam os denominados direitos da personalidade.

Inevitavelmente, há de se reconhecer ao empregador ou tomador de serviços a prerrogativa da direção empresarial, na qual se inserem o poder diretivo, consubstanciado nas ordens destinadas à organização do trabalho desenvolvido, e seu consectário, o poder disciplinar, representado pelo poder de impor sanções aos atos faltosos dos funcionários.

A par da proteção conferida aos direitos constitucionais e infraconstitucionais assegurados ao trabalhador nas condições irrenunciáveis de ser humano e legítimo cidadão, é imperioso o reconhecimento da limitação da sua autonomia individual face aos vínculos laborais porventura celebrados. A subordinação jurídica e a submissão aos poderes empresariais daí decorrentes deixam em evidência as restrições à liberdade do trabalhador.

Tais limitações, não raramente, chegam a extrapolar o próprio âmbito de desenvolvimento do trabalho para alcançar as searas pessoais do trabalhador, como sói ocorrer com os artistas e atletas profissionais, para quem o direito à imagem, por exemplo, apresenta conotação diferenciada, estando altamente vulnerável a violações dos direitos fundamentais.

Questão hodierna e intimamente ligada à temática do exercício dos direitos fundamentais nas relações laborais é a atinente à possibilidade de monitoramento ou controle empresarial do correio eletrônico ou '*e-mail*' corporativo fornecido ao trabalhador para ser utilizado na execução dos serviços.

Trata-se de demanda de difícil solução, devendo-se considerar as circunstâncias presentes no caso concreto, já que envolvente de princípios em colisão, quais sejam a proteção da livre iniciativa e da propriedade empresarial diante da intimidade e liberdade do trabalhador. A solução deverá ser obtida a partir da aplicação do princípio da proporcionalidade ou razoabilidade, bem como pelo uso da técnica da ponderação.

Todos os aspectos fáticos e jurídicos peculiares ao caso devem ser considerados, como por exemplo, a prévia ciência e advertência ao trabalhador a respeito da utilização adequada das contas corporativas pertencentes à organização empresarial para fins estritamente vinculados ao trabalho desenvolvido.

Outro exemplo que merece destaque é o atinente à revista íntima realizada pelo empregador ou seus prepostos nos funcionários. Trata-se, evidentemente, de nítida colisão entre os direitos fundamentais de ambas as partes da relação empregatícia. Se por um lado, o empregador exerce seu direito constitucional de proteção ao patrimônio – direito a propriedade (art. 5º, XXII); por outro, há o direito igualmente constitucional dos empregados de não terem invadida sua esfera de intimidade e privacidade – inviolabilidade da intimidade, vida privada, honra e imagem (art. 5º, X).

O art. 573-A da Consolidação das Leis do Trabalho²⁴, ao conferir maior proteção ao trabalho da mulher, enumera diversas situações nas quais restam evidenciadas possíveis violações aos direitos fundamentais que podem ser cometidas não apenas no curso da relação de emprego, mas desde a etapa pré-contratual, representada pelas tratativas iniciais e critérios de seleção adotados pelo empregador, alcançando a fase pós-contratual, na qual cabe a análise do real motivo do término do contrato de trabalho, com fim a perquirir sobre uma possível dispensa discriminatória por exemplo.

No tocante ao delicado tema da revista íntima, excepcionalmente esta pode ser admitida desde que devidamente justificada e resguardado o respeito à intimidade do empregado. Quando existirem circunstâncias concretas que a justifiquem, como por exemplo a existência na empresa de bens valiosos e de fácil subtração, a revista será lícita se preencher determinados requisitos: deve ser de caráter geral e impessoal a todos os funcionários, obedecer a critérios objetivos previamente fixados e mediante ajuste prévio com os próprios empregados ou com a entidade sindical. Dessa forma, respeitam-se, ao máximo, os direitos da personalidade.

Por outro viés, o empregador ou tomador dos serviços, pessoa física ou jurídica, também poderá ser alvo de violações em seus direitos fundamentais inespecíficos por parte daqueles que lhe prestam serviços ocasionando danos morais e/ou patrimoniais. É o caso do empregado que expõe dados privados obtidos durante a execução do liame laboral, tais como patrimônio empresarial, nome e reputação da empresa, divulgação de segredo empresarial, e outros.

Por conseguinte, ambas as partes da relação empregatícia, empregado e empregador estão susceptíveis a violações em seus respectivos direitos fundamentais, embora seja mais

²⁴ “Art. 373-A. Ressalvadas as disposições legais destinadas a corrigir as distorções que afetam o acesso da mulher ao mercado de trabalho e certas especificidades estabelecidas nos acordos trabalhistas, é vedado: I - publicar ou fazer publicar anúncio de emprego no qual haja referência ao sexo, à idade, à cor ou situação familiar, salvo quando a natureza da atividade a ser exercida, pública e notoriamente, assim o exigir; II - recusar emprego, promoção ou motivar a dispensa do trabalho em razão de sexo, idade, cor, situação familiar ou estado de gravidez, salvo quando a natureza da atividade seja notória e publicamente incompatível; III - considerar o sexo, a idade, a cor ou situação familiar como variável determinante para fins de remuneração, formação profissional e oportunidades de ascensão profissional; IV - exigir atestado ou exame, de qualquer natureza, para comprovação de esterilidade ou gravidez, na admissão ou permanência no emprego; V - impedir o acesso ou adotar critérios subjetivos para deferimento de inscrição ou aprovação em concursos, em empresas privadas, em razão de sexo, idade, cor, situação familiar ou estado de gravidez; **VI - proceder o empregador ou preposto a revistas íntimas nas empregadas ou funcionárias.** (destaque próprio) Parágrafo único. O disposto neste artigo não obsta a adoção de medidas temporárias que visem ao estabelecimento das políticas de igualdade entre homens e mulheres, em particular as que se destinam a corrigir as distorções que afetam a formação profissional, o acesso ao emprego e as condições gerais de trabalho da mulher.”

comum a lesão aos direitos do trabalhador dado o estado de subordinação e hipossuficiência a que geralmente está sujeito.

Indispensável mencionar que a celebração dos contratos de trabalho não deve jamais representar renúncia aos direitos fundamentais de ambas as partes, não apenas pela completa impossibilidade legal de efetuar-la, mas, sobretudo pela condição de indivíduos e cidadãos que ostentam num Estado Democrático de Direito fundamentado nos princípios da dignidade da pessoa humana e do valor social do trabalho e da livre iniciativa (CF, art. 1º, III e IV).

CONCLUSÃO

Em função da dinâmica atual empreendida às relações de trabalho, os direitos fundamentais dos trabalhadores ou direitos dos cidadãos trabalhadores apresentam-se como tema de extrema relevância na ordem jurídico-trabalhista.

Com as incessantes inovações tecnológicas nos sistemas de produção e na gestão empresarial, o cenário das relações de trabalho mostra-se como bastante propício a sérias violações aos direitos fundamentais dos sujeitos particulares envolvidos, sobretudo dos trabalhadores por serem a parte mais frágil em tais relações.

Diante da constitucionalização do Direito do Trabalho e da efetividade que demandam, os direitos fundamentais dos empregadores e dos trabalhadores frequentemente ocasionam conflitos ou colisões.

Para solução de tais contendas, assume importância a verificação da incidência dos direitos fundamentais no âmbito das relações jurídico-privadas, entre as quais está inserida a relação trabalhista.

Embora existam correntes doutrinárias que negam aplicação aos direitos fundamentais nas relações mantidas entre sujeitos privados, ou, mesmo, correntes que a admitindo, somente a reconhecem de modo indireto ou mediato, nas relações privadas trabalhistas apenas a aceitação da eficácia direta ou imediata como regra geral possibilitará uma proteção efetiva aos direitos fundamentais dos trabalhadores.

Verificou-se que os direitos fundamentais são concebidos como atributos naturais inerentes ao homem, retratando os mais relevantes valores sociais, como a dignidade, liberdade e igualdade, com fundamento no princípio fundante da dignidade da pessoa humana, assegurado constitucionalmente.

Nesse contexto, o Estado, além de reconhecer referidos direitos no ordenamento jurídico constitucional, assume também o dever de respeitá-los, garanti-los e promovê-los, através de postura pró-ativa, compatível com o atual Estado Social e Democrático de Direito.

Assim como em quaisquer relações interprivadas, os direitos e liberdades públicas asseguradas aos cidadãos são integralmente mantidos nas relações de trabalho porventura celebradas. Em consequência, referidos direitos poderão entrar em conflito ou colisão com outros direitos, bens e valores também tutelados constitucionalmente aos empregadores e

empregados. Por não serem absolutos, estarão sujeitos a limitações ou restrições em benefício de outros bens ou direitos igualmente protegidos por normas constitucionais.

Obviamente, se por um lado não se admite o exercício ilimitado dos direitos fundamentais, pois estar-se-ia a admitir a violação dos direitos de um determinado cidadão aos direitos de outrem; por outro lado, as limitações ou restrições porventura impostas devem ser devidamente fundamentadas, tarefa que exige a boa utilização do princípio da proporcionalidade e da técnica da ponderação.

Na vigência do Estado Liberal, preocupado em assegurar apenas a igualdade formal, os direitos fundamentais eram visualizados como simples direitos de defesa dos cidadãos perante o Estado, exigindo-se uma postura de abstenção ou não-intervenção deste nas relações privadas.

Com a evolução das relações sociais, tal concepção deixou de atender aos anseios da sociedade, que passou a demandar uma postura pró-ativa do ente estatal através da maior interferência na esfera de liberdade dos indivíduos com o objetivo de assegurar a igualdade material perseguida pelo ideário do Estado Social.

Pela doutrina do Estado Social, assegura-se aos indivíduos a não-intervenção estatal na sua esfera de liberdade individual, como também, e sobretudo, instrumentos destinados a provocar tal intervenção quando necessária para a remoção de obstáculos impeditivos da plena realização dos direitos fundamentais. Trata-se da vinculação positiva dos poderes públicos aos direitos fundamentais, pela qual o Estado tem o dever constitucional e não mais a mera faculdade de promover tais direitos, além do dever de proteção.

Todavia, com a evolução da doutrina dos direitos fundamentais para atender às novas necessidades sociais, reconheceu-se que não apenas o Estado poderia representar potencial agente violador dos direitos fundamentais, mas também determinados sujeitos particulares detentores de significativo poderio social poderiam representar sérias ameaças aos referidos direitos.

A partir da dimensão objetiva dos direitos fundamentais e de sua eficácia irradiante, concebe-se a eficácia horizontal dos direitos fundamentais, com o desiderato de tutelar esses direitos nas relações jurídicas interprivadas.

Por consequência, além da já reconhecida *eficácia vertical* dos direitos fundamentais, vinculando o Estado à observância de tais direitos nas relações jurídico-públicas – entre cidadãos e Estado, passa-se a admitir a incidência dos direitos fundamentais nas relações jurídico-particulares – entre sujeitos particulares, o que se denominou de *eficácia horizontal*.

Dessa forma, doutrina e jurisprudência foram gradativamente reconhecendo a vulnerabilidade dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, notadamente quando um dos sujeitos envolvidos é detentor de grande poderio social. Diante de tal cenário, faz-se indispensável a proteção desses direitos também nas relações jurídico-privadas tal como já ocorria nas relações jurídico-públicas.

Admitida a incidência dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, a discussão centralizou-se sobre a sua forma de incidência, destacando-se as duas vertentes principais: a corrente doutrinária que sustenta a aplicação indireta ou mediata, que não nega a aplicação dos direitos fundamentais nas relações entre os sujeitos particulares, mas não a admite de forma direta ou imediata, uma vez que estariam na dependência de disposição legislativa posterior para conformar ou adaptar sua aplicação; e a corrente doutrinária defensora da aplicação direta ou imediata dos direitos fundamentais em todas as relações jurídicas, sejam públicas ou privadas, com fundamento no caráter normativo da Constituição e na existência de potenciais agentes violadores dos referidos direitos, representados pelo ente estatal ou por indivíduos ou organizações dotados de significativo poderio sócio-econômico.

Nesse diapasão, as relações de trabalho, enquanto integrantes do gênero relações jurídico-privadas, revelam-se como cenário bastante propício à ameaça ou lesão aos direitos fundamentais. Tal constatação é decorrência do estado de sujeição e subordinação jurídica e, não raramente, econômica em que se encontra a parte mais vulnerável, qual seja o trabalhador, que cede sua força de trabalho em proveito de outrem em troca da contraprestação financeira.

Acrescente-se, ainda, a flagrante e comum desigualdade e assimetria existentes entre as partes da relação empregatícia – empregadores e empregados; as prerrogativas ou poderes assegurados ao empregador como instrumentos da gestão e administração empresariais, dos quais são exemplos o poder diretivo, fiscalizatório e disciplinar, que se utilizados de modo inadequado configuram-se em potenciais instrumentos violadores da liberdade, privacidade e dignidade dos trabalhadores; assim como o caráter de intangibilidade, imperatividade e proteção de que se revestem os dispositivos normativos trabalhistas.

Diante do exposto, ainda que se admita uma graduação da carga eficaz das normas constitucionais, apenas a admissão, como regra geral, da incidência direta ou imediata dos direitos fundamentais nas relações de trabalho subordinado proporcionará a efetiva proteção aos direitos e liberdades públicas dos trabalhadores.

Embora seja mais comum a ocorrência de violações aos direitos fundamentais dos empregados por parte de seus empregadores, não se pode refutar a possibilidade destes terem seus direitos fundamentais violados por quem lhes presta serviços.

É que, como já mencionado, os direitos fundamentais assegurados constitucionalmente não são absolutos e, como tais, comportam limitações ou restrições diante da possibilidade de ocorrências de conflitos ou colisões com outros direitos, bens ou valores também assegurados em sede constitucional, inexistindo hierarquia normativa.

Tais colisões, submetidas ao exame do Poder Judiciário, encontrarão solução através da utilização de determinados instrumentos, que se bem utilizados, revelam sua importância como mecanismos harmonizadores dos pontos de tensão existentes no ordenamento jurídico, como o princípio da proporcionalidade ou razoabilidade e a técnica da ponderação ou sopesamento na colisão de direitos fundamentais nas relações trabalhistas.

REFERÊNCIAS

ABRANTES, João José. *A vinculação das entidades privadas aos direitos fundamentais*. Lisboa: Associação Acadêmica da Faculdade de Direito de Lisboa, 1990.

_____. *Contrato de trabalho e direitos fundamentais*. Coimbra: Almedina, 2005.

AGRA, Walber de Moura. *Curso de Direito Constitucional*. 6ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

AGUIAR DE LUQUE, Luís. *Los limites de los derechos fundamentales*. Revista del Centro de Estudios Constitucionales, n. 14. Madrid: 1993.

ALEXY, Robert. *Conceito e validade do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

_____. *Teoria da Argumentação Jurídica. A teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica*. Trad. Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy, 2001.

_____. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

ALMEIDA, Renato Rua. Eficácia dos direitos fundamentais nas relações de trabalho. In: ALMEIDA, Renato Rua (coord.). *Direitos fundamentais aplicados ao Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2010.

AMARAL, Júlio Ricardo de Paula. *Eficácia dos direitos fundamentais nas relações trabalhistas*. São Paulo: LTr, 2007.

_____. *Teoria de los Derechos Fundamentales*. Tradução de Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*. 4.ed. Coimbra: Almedina, 2009.

ATIENZA, Manuel. *As Razões do Direito- Teorias da Argumentação Jurídica*. 3. ed. São Paulo: Landy, 2006.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

BARCELLOS, Ana Paula de. *Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

BARROSO, Luís Roberto. *O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira*. 6. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

_____; BARCELLOS, Ana Paula de. O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. In: BARROSO, Luís Roberto

(org.) *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BASTIDA FREIJEDO, Francisco. *Teoría general de los derechos fundamentales en la Constitución española de 1978*. Madrid: Tecnos, 2004.

BÉLGICA. Embaixada da Bélgica em Brasília (Brasil). *Informação geral*. Disponível na Internet: <<http://diplomatie.br/Brasília>>. Acesso em: 05 out. 2010.

BERNAL PULIDO, Carlos. *El juicio de la igualdad en la jurisprudência de la corte constitucional colombiana*. Comisión Andina de Juristas / Red de Información Jurídica, Lima, 2006. Disponível na Internet:<<http://www.cajpe.org.pr/rij/bases/nodiscriminacion/BERNAL.PDF>> Acesso em: 05 out. 2010.

BILBAO UBILLOS, Juan María. Em 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.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Editora Campos, 1992.

BONAVIDES, Paulo. *Direito Constitucional*. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal, 2ª Turma. Proc. RE 161.243-6/DF. Rel. Ministro Carlos Velloso. DJ. 19.12.1997, p.57. Disponível na Internet: <<http://www.stf.gov.br>> Acesso em: 19.12.2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal, 2ª Turma. Proc. RE 201819/RJ. Rel. Ministro Gilmar Mendes. DJ. 27.10.2006, p.577. Disponível na Internet: <<http://www.stf.gov.br>> Acesso em: 19.12.2010.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. 6ª Turma. Proc. TST AIRR 42/2006. Rel. Ministro Maurício Godinho Delgado. DJ. 04.09.2009. Disponível na Internet: <<http://www.tst.gov.br>> Acesso em: 09.02.2011.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. 4ª Turma. Proc. TST AIRR 2/2005. Rel. Ministra Maria de Assis Calsing). DJ 26.10.2007. Disponível na Internet: <<http://www.tst.gov.br>> Acesso em: 09.02.2011.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. 5ª Turma. Proc. TST RR n. 462888/1998-0. Rel. Juiz convocado André Luís de Oliveira Julgado em 10.09.2003. DJ de 26.09.2003. Disponível na Internet: <<http://www.tst.gov.br>> Acesso em: 09.02.2011.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. 1ª Turma. Proc. TST RR n. 208500-64.2006.5.15.0099. Min. Rel. Lélío Bentes Corrêa. Julgado em 29.06.2011. Disponível na Internet: <<http://www.tst.gov.br>> Acesso em: 01.09.2011.

CAMPO, Javier Jiménez. *Derechos Fundamentales. Conceptos y Garantías*. Madrid: Trotta, 1999.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. Lisboa: Almedina, 2003.

_____. Dogmática de Direitos Fundamentais e Direito Privado. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*, 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

_____. *Estudos sobre direitos fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2004.

_____; MOREIRA, Vital. *Fundamentos da Constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 1991.

CARBONELL, Miguel. *Los derechos fundamentales en México*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2004.

CAUPERS, João. *Os direitos fundamentais dos trabalhadores e a Constituição*. Coimbra: Almedina, 1985.

COSTA, Marcelo Freire Sampaio. *Eficácia dos direitos fundamentais entre particulares: juízo de ponderação no processo do trabalho*. São Paulo: LTr, 2010.

COSTA RICA. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión Consultiva n. 18, de 17 de setembro de 2003, San José, Costa Rica. Disponível na Internet: <http://www.corteidh.or.cr/serieapdf/seriea_18_esp.pdf> Acesso em: 13 ago. 2010.

COURTIS, Christian. La prohibición de regresividad en matéria de derechos sociales: apuntes introductorios. In: COURTIS, Christian (org.). *Ni um paso atrás: La prohibición de regresividad en matéria de derechos sociales*. Buenos Aires: Del Puerto, 2006.

DURAN RIBERA, Willman Ruperto. *La protección de los derechos fundamentales en la doctrina y jurisprudencia constitucional*. Ius et Praxis, Talca, v. 8, n. 2, 2002. Disponível na Internet: <<http://www.scielo.cl>> Acesso em: 27 out. 2010.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

ESPAÑA. Biblioteca virtual Miguel de Cervantes. Constituciones Hispano-americanas. *Constituição de Cádiz de 1812*. Disponível na Internet: <<http://www.cervantesvirtual.com>> Acesso em: 27 out. 2010.

_____. Facultad de Derecho de la Universidad de Valladolid. *Constituição do Império Alemão de 1919*. Disponível na Internet: <http://der.uva.es/constitucional/verdugo/Constitucion_Weimar.pdf> Acesso em: 27 out. 2010.

FARIAS, Edilsom Pereira de. *Colisão de Direitos. A Honra, a Intimidade, a Vida Privada e a Imagem versus a Liberdade de Expressão e Informação*. Porto Alegre: Fabris, 1996.

FERRAJOLI, Luigi. *Derechos e garantías. La ley del más débil*. 4. ed. Madrid: Editorial Trotta, 2004.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. “A Aplicação Imediata das Normas Definidoras de Direitos e Garantias Fundamentais”. In: *Revista da Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo* n. 29, 1998, p. 35 e ss.

_____. *Direitos humanos fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 1996.

FERRERES COMELLA, Victor. *La eficacia de los derechos constitucionales frente a los particulares*. Seminário em Latinoamérica de Teoria Constitucional y Política, Iquique (Chile), 2001. Disponível na Internet: <<http://Islândia.law.yale.edu/sela/scomella.pdf>> Acesso em: 13 set. 2009.

FIORAVANTI, Maurizio. *Los derechos fundamentales. Apuntes de historia de las constituciones*. 4ª ed. Madrid: Trotta, 2003.

FORSTHOFF, Ernst. *El Estado de la sociedad industrial*. Tradução de Luis López Guerra y Jaime Nicolás Muñiz. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1975.

FRANCO FILHO, Georgenor de Souza. Identificação dos Direitos Humanos. In: SOARES, José Ronald Cavalcante (coord.). *Estudos de Direito Constitucional – Homenagem a Paulo Bonavides*. São Paulo: LTr, 2001.

GARCÍA, Pedro de Veja. Dificuldades y problemas para construcción de un constitucionalismo de la igualdad (en caso de la eficacia horizontal de los derechos fundamentales). In: PEREZ LUÑO, Antonio Enrique (org.). *Constitucionalismo y derechos humanos ante el tercer milenio*. Madrid: Marcial Pons, 1996.

GEBRAN NETO, João Pedro. *A Aplicação Imediata dos Direitos e Garantias – A Busca de uma Exegese Emancipatória*. São Paulo: RT, 2002.

GOMES CANOTILHO, José Joaquim. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

GORDILHO, Heron José de Santana. *Direito Animal: a legitimidade de ser parte*. Carta Forense. Edição n. 70, p. 32-33.

GRAUS, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988 (Interpretação e Crítica)*. 3. ed. São Paulo: Mlaheiros, 1997.

HÄBERLE, Peter. *Hermetica Constitucional. A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição: Contribuição Para a Interpretação Pluralista e “Procedimental” da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, Reimpressão/2002.

HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição (Die normative Kraft der Verfassung)*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

_____. *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*. 20. ed. Heideberg: C.F. Müller, 1995.

HINES, César. Limitaciones de los derechos fundamentales. *Revista de Ciências Jurídicas de la Universidad de Costa Rica*, San José, n. 106, 2005.

JELLINEK, Georg. *La declaración de los derechos del hombre y del ciudadano*. Tradução de Adolfo Posada. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2003.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução de João Batista Machado. 7. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

LASSALLE, Ferdinand. *A Essência da Constituição*. Trad. Walter Stönnnes. Rio de Janeiro: Liber Juris, 1985.

LEAL, Roger Stifelman. Direitos sociais e a vulgarização da noção de direitos fundamentais. Artigo consultado pela página do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do RS. Disponível na Internet: <<http://orion.ufrgs.br/mestradir/doutrina/leal2.htm>>. Acesso em: 23 fev. 2011.

LIMA JÚNIOR, Jayme Benvenuto. “A Crítica à Classificação Geracional dos Direitos Humanos em Função do Princípio da Indivisibilidade dos Direitos Humanos”. In: *[Anais do] III Seminário de Psicologia e Direitos Humanos: Direitos Humanos Pra Quem?* Recife: Edupe, 2007.

LOBATO, Marthius Sávio Cavalcante. *O valor constitucional para a efetividade dos direitos sociais nas relações de trabalho*. São Paulo: LTr, 2006.

MAGANO, Otávio Bueno. “Revisão Constitucional”. In: *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, n. 17 (1994), p. 108 e ss.

MENDES, Gilmar Ferreira. “Limites da Revisão: Cláusulas Pétreas ou Garantias de Eternidade. Possibilidade Jurídica de sua Superação”. In: *Revista da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul (AJURIS)* n. 60, 1994, p. 249 e ss.

MENEZES, Cláudio Armando Couce de et. al. Direitos fundamentais e poderes do empregador – o poder disciplinar e a presunção de inocência do trabalhador. In: *Revista LTr*, ano 73, n.8, agosto de 2009.

MÉXICO. Presidência da República. *Constituição Política dos Estados Unidos Mexicanos de 1917*. Disponível na Internet: <<http://constitucion.presidencia.gob.mx>> Acesso em: 25 set. 2010.

MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. Tomo II – Constituição. 5. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2003.

_____. *Manual de direito constitucional*. Tomo IV – Constituição. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1998.

_____. *Teoria do Estado e da Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

MORAES, Alexandre de. Direito ao silêncio e comissões parlamentares de inquérito. *Revista do Ministério Público Militar*, Brasília, v. 29, n. 19, 2003.

MORAES, Guilherme Braga Peña. *Dos direitos fundamentais: contribuição para uma teoria*. São Paulo: LTr, 1997.

MOREIRA, Teresa Alexandra Coelho. *Da esfera privada do trabalhador e o controlo do empregador*. Coimbra: Coimbra Editora, 2004.

NAÇÕES UNIDAS. *Declaração Universal dos Direitos do Homem*. Disponível na Internet: <<http://www.un.org/spanish/aboutun/hrights.htm>>. Acesso em: 23 set. 2010.

NARANJO DE LA CRUZ, Rafael. *Los límites de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares: la buena fe*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2000.

NOVAIS, Jorge Reis. *Restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizados pela Constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003.

OLIVEIRA, Fábio Corrêa Souza de. *Por uma teoria dos princípios. O princípio constitucional da razoabilidade*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2003.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. *Convenção Americana de Direitos Humanos – Pacto de San José da Costa Rica*. Disponível na Internet: <<http://www.oas.org/pt>> Acesso em: 16 set. 2010.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. *Declaração da OIT sobre os Princípios e Direitos Fundamentais no Trabalho e seu Seguimento – SUÍÇA*, Genebra. 1ª impressão/ ISBN: 92-2-811556-4, 2001.

_____. *Normas internacionais do trabalho: guia de formação sindical*. Brasília, OIT/ACTRAV, Organização Internacional do Trabalho, 1ª ed., 2000.

PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregório. *Lecciones de derechos fundamentales*. Madrid: Dykinson, 2004.

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: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

PÉREZ LUÑO, António-Enrique. *Los derechos fundamentales*. 8. ed. Madrid: Tecnos, 2004.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. *Proteção Judicial contra Omissões Legislativas*. São Paulo: RT, 1995.

_____; VIEIRA, Renato Stanzola. *A força normativa dos princípios constitucionais fundamentais: a dignidade da pessoa humana*. In: PIOVESAN, Flávia (org.). *Temas de direitos humanos*. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 2003.

PORTUGAL. Assembléia da República. *Constituição da Monarquia Portuguesa de 1822*. Disponível na Internet: <<http://www.parlamento.pt>> Acesso em: 13 dez. 2010.

PRIETO SANCHÍS, Luis. *Justicia constitucional y derechos fundamentales*. Madrid: Trotta, 2003.

QUEIROZ, Cristina. *Direitos fundamentais (Teoria geral)*. Coimbra: Coimbra Editora, 2002.

ROMITA, Arion Sayão. *Direitos fundamentais nas relações de trabalho*. 3. ed. São Paulo: LTr, 2009.

_____. “Os Direitos Sociais na Constituição Brasileira”. In: *Revista de Direito do Trabalho* n. 73, 1998, p. 70 e ss.

RUSCHEL, Ruy Ruben. “A Eficácia dos Direitos Sociais”. In: *Revista da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul (AJURIS)*, n. 58, 1993, p. 291 e ss.

SAMPAIO, José Adércio Leite. *Direitos fundamentais: retórica e historicidade*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

SAMPAIO, Nelson de Souza. *O Poder de Reforma Constitucional*. Bahia: Livraria Progresso, 1954.

SANTOS, Boaventura de Souza. *A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência*. São Paulo: Cortez, 2000.

SANTOS JÚNIOR, Rubens Fernando Clamer dos. *A eficácia dos direitos fundamentais dos trabalhadores*. São Paulo: LTr, 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

_____. “Direitos Fundamentais e Direito Privado, algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais”. In SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *A Constituição Concretizada – Construindo Pontes para o Público e o Privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p. 107-163.

_____. *Direitos fundamentais sociais: estudos de direito constitucional, internacional e comparado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

SARMENTO, Daniel. *A Ponderação de Interesses na Constituição Federal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

_____. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

_____. *Curso de direito constitucional positivo*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

SILVA, Luís Virgílio Afonso da. (org.). *Interpretação Constitucional*. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

SILVA, Luís Virgílio Afonso da. “*O proporcional e o razoável*”. In: *Revista dos Tribunais*, n. 798. Rio de Janeiro: Revista dos Tribunais, 2002.

STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: Constituição stituição, hermenêutica e teorias discursivas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

TORRES, Ricardo Lobo. Da ponderação de interesses ao princípio da ponderação. In: ZILLES, Urbano (coord.). *Miguel Reale. Estudos em homenagem a seus 90 anos*. Porto Alegre: Edipucrs, 2000.

VERDÚ, Pablo Lucas. *O Sentimento Constitucional. Aproximação ao Estudo do Sentir Constitucional como Modo de Integração Política*. Trad. Agassiz Almeida Filho. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

VILLALON, Pedro Cruz. “Formación y Evolución de los Derechos Fundamentales”. In: *Revista Española de Derecho Constitucional*, n. 25, 1989, p. 35 e ss.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*. 8. ed. Madrid: Trotta, 2008.