

UNIVERSIDADE FEDERAL DE UBERLÂNDIA
FACULDADE DE DIREITO “PROF. JACY DE ASSIS”
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
CURSO DE MESTRADO ACADÊMICO

Michel Evangelista Luz

O DIREITO FUNDAMENTAL AO LAZER NA RELAÇÃO EMPREGATÍCIA: a
reparabilidade do dano extrapatrimonial

UBERLÂNDIA

2019

UNIVERSIDADE FEDERAL DE UBERLÂNDIA
FACULDADE DE DIREITO “PROF. JACY DE ASSIS”
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
CURSO DE MESTRADO ACADÊMICO

Michel Evangelista Luz

O DIREITO FUNDAMENTAL AO LAZER NA RELAÇÃO EMPREGATÍCIA: a
reparabilidade do dano extrapatrimonial

Dissertação apresentada à banca examinadora do Programa de Pós-Graduação em Direito, curso de Mestrado Acadêmico, da Universidade Federal de Uberlândia - UFU (Área de concentração: Direitos e Garantias Fundamentais. Linha de pesquisa: Sociedade, Sustentabilidade e Direitos Fundamentais) sob a orientação do Dr. Luis Carlos Goiabeira Rosa e coorientação do Dr. Fernando Rodrigues Martins, como requisito parcial para a obtenção do título de mestre em Direito.

UBERLÂNDIA

2019

E sem o seu trabalho
O homem não tem honra
E sem a sua honra
Se morre, se mata
Não dá pra ser feliz
Não dá pra ser feliz
(Gonzaguinha)

AGRADECIMENTOS

Dois anos se passaram e muitos desafios foram superados. Hoje, comemoro mais esta vitória, mas, sozinho, não teria conseguido. Aproveito então para agradecer a todos que, de forma direta ou indireta, me ajudaram nessa caminhada. Gostaria de agradecer, em primeiro lugar, a Deus, a oportunidade de realizar mais um sonho. Agradeço meus amados pais, que me acompanharam nessa trajetória, me apoiando e incentivando. Agradeço aos professores do curso de mestrado da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Uberlândia tanto pela atenção como pelo incentivo durante esses anos de estudo. De um modo especial, agradeço meus orientadores, Dr. Fernando Rodrigues Martins e Dr. Luiz Carlos Goiabeira Rosa, pelo auxílio incansável no desenvolvimento da minha pesquisa. Do mesmo modo, também agradeço à Dra. Juliane Caravieri Martins e ao Dr. Ronaldo Lima dos Santos, por gentilmente terem aceitado o convite para compor a banca de avaliadores da minha dissertação. Outrossim, agradeço a minha namorada, pelo companheirismo e compreensão durante essa trajetória, bem como a todos os novos amigos que conquistei. Ademais, deixo claro que quero aprender sempre mais, não por vaidade, nem só para agradar aos meus familiares e professores, mas para ser útil a mim mesmo, a minha família, à minha pátria e a Deus sobre todas as coisas.

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
Sistema de Bibliotecas da UFU, MG, Brasil.

L979d Luz, Michel Evangelista, 1991-
2019 O direito fundamental ao lazer na relação empregatícia [recurso eletrônico] : a reparabilidade do dano extrapatrimonial / Michel Evangelista Luz. - 2019.

Orientador: Luis Carlos Goiabeira Rosa.

Coorientador: Fernando Rodrigues Martins.

Dissertação (mestrado) - Universidade Federal de Uberlândia,
Programa de Pós-Graduação em Direito.

Modo de acesso: Internet.

Disponível em: <http://dx.doi.org/10.14393/ufu.di.2019.688>

Inclui bibliografia.

1. Direito. 2. Trabalhadores - Direitos fundamentais - Brasil. 3. Brasil. [Consolidação das leis do trabalho (1943)] - Reforma. 4. Lazer e trabalho. I. Rosa, Luis Carlos Goiabeira, 1974- (Orient.). II. Martins, Fernando Rodrigues, 1964- (Coorient.). III. Universidade Federal de Uberlândia. Programa de Pós-Graduação em Direito. IV. Título.

CDU: 340

Gerlaine Araújo Silva - CRB-6/1408



UNIVERSIDADE FEDERAL DE UBERLÂNDIA

ATA DE DEFESA

Programa de Pós-Graduação em:	Direito				
Defesa de:	Dissertação de Mestrado Acadêmico, número 121, PPGDI				
Data:	Vinte e dois de março de dois mil e dezenove	Hora de início:	14:00	Hora de encerramento:	16:00
Matrícula do Discente:	11712DIR009				
Nome do Discente:	Michel Evangelista Luz				
Título do Trabalho:	O DIREITO FUNDAMENTAL AO LAZER NA RELAÇÃO EMPREGATÍCIA: A REPARABILIDADE DO DANO EXTRAPATRIMONIAL				
Área de concentração:	Direitos e Garantias Fundamentais				
Linha de pesquisa:	Sociedade, Sustentabilidade e Direitos Fundamentais				
Projeto de Pesquisa de vinculação:	Direitos e Deveres na Sociedade de Risco				

Reuniu-se no Anfiteatro/sala ESAJUP, bloco 5V, Campus Santa Mônica, da Universidade Federal de Uberlândia, a Banca Examinadora, designada pelo Colegiado do Programa de Pós-graduação em Direito, assim composta: Professores Doutores: Ronaldo Lima dos Santos - USP; Juliane Caravieri Martins - UFU; Luiz Carlos Goiabeira Rosa - UFU orientador(a) do(a) candidato(a).

Iniciando os trabalhos o(a) presidente da mesa, Dr(a). Luiz Carlos Goiabeira Rosa, apresentou a Comissão Examinadora e o candidato(a), agradeceu a presença do público, e concedeu ao Discente a palavra para a exposição do seu trabalho. A duração da apresentação do Discente e o tempo de arguição e resposta foram conforme as normas do Programa.

A seguir o senhor(a) presidente concedeu a palavra, pela ordem sucessivamente, aos(às) examinadores(as), que passaram a arguir o(a) candidato(a). Ultimada a arguição, que se desenvolveu dentro dos termos regimentais, a Banca, em sessão secreta, atribuiu o resultado final, considerando o (a) candidato(a):

Aprovado(a).

Esta defesa faz parte dos requisitos necessários à obtenção do título de Mestre.

O competente diploma será expedido após cumprimento dos demais requisitos, conforme as normas do Programa, a legislação pertinente e a regulamentação interna da UFU.

Nada mais havendo a tratar foram encerrados os trabalhos. Foi lavrada a presente ata que após lida e achada conforme foi assinada pela Banca Examinadora.



Documento assinado eletronicamente por **Luiz Carlos Goiabeira Rosa, Professor(a) do Magistério Superior**, em 22/03/2019, às 11:00, conforme horário oficial de Brasília, com fundamento no art. 6º, § 1º, do [Decreto nº 8.539, de 8 de outubro de 2015](#).



Documento assinado eletronicamente por **Juliane Caravieri Martins, Professor(a) do Magistério Superior**, em 28/03/2019, às 12:01, conforme horário oficial de Brasília, com fundamento no art. 6º, § 1º, do [Decreto nº 8.539, de 8 de outubro de 2015](#).



Documento assinado eletronicamente por **ronaldo lima dos santos, Usuário Externo**, em 04/04/2019, às 20:52, conforme horário oficial de Brasília, com fundamento no art. 6º, § 1º, do [Decreto nº 8.539, de 8 de outubro de 2015](#).



A autenticidade deste documento pode ser conferida no site https://www.sei.ufu.br/sei/controlador_externo.php?acao=documento_conferir&id_orgao_acesso_externo=0, informando o código verificador **1104575** e o código CRC **B963FAA9**.

RESUMO

A presente dissertação discorre sobre a problemática da fundamentalidade do direito ao lazer na relação empregatícia, especialmente em relação a duração do trabalho, as novas regulamentações contratuais e os novos parâmetros da responsabilidade civil extrapatrimonial a fim de demonstrar que a reforma trabalhista relativizou inconstitucionalmente o mencionado direito. Para cumprir com esse objetivo o presente trabalho aborda os direitos fundamentais e sua correlação com o Direito do Trabalho e a Teoria Geral dos Contratos utilizando como marco teórico a eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas (Drittwirkung), o método de abordagem complexo e dialético, o método de procedimento comparativo e a técnica de pesquisa de documentação indireta.

Palavras-chave: Direitos Fundamentais; Direito do Trabalho; Responsabilidade Civil Extrapatrimonial.

ABSTRACT

This dissertation discusses the fundamental issue of the right to leisure in the employment relationship, especially in relation to working time, new contractual regulations and the new parameters of off-balance civil liability in order to demonstrate that labor reform has unconstitutionally relativized said right. To fulfill this objective, the present work deals with fundamental rights and their correlation with Labor Law and the General Theory of Contracts, using as a theoretical framework the effectiveness of fundamental rights in private relations (Drittwirkung), the method of complex and dialectical approach, the comparative procedure method and the indirect documentation research technique.

Keywords: Fundamental Rights; Labor Law; Off-balance-sheet civil liability.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
1 DIREITOS FUNDAMENTAIS E DIREITO DO TRABALHO	
1.1 A fundamentalidade dos direitos sociais	18
1.2 A perspectiva objetiva e subjetiva dos direitos fundamentais	31
1.3 A eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas	34
1.4 A restrição e os limites dos direitos fundamentais	73
1.5 A interpretação constitucional e as teorias dos direitos fundamentais	83
1.6 A colisão de direitos fundamentais	105
1.7 O mínimo e o máximo existencial	114
1.8 Os direitos fundamentais dos trabalhadores e a reforma trabalhista	120
2 TRABALHO E LAZER	
2.1 A proteção do trabalho humano e os repousos remunerados	132
2.2 O ócio criativo	152
2.3 O direito à desconexão.....	164
2.4 A duração do trabalho e o direito fundamental ao lazer na relação empregatícia.....	165
3 CONTRATO E DIREITO DO TRABALHO	
3.1 O contrato de trabalho entre ideologia e existencialidade.....	176
3.2 Autonomia privada, função-social e boa-fé objetiva no contrato de trabalho.....	180
3.3 A responsabilidade civil do empregador por excesso de trabalho frente a reforma trabalhista.....	206
CONSIDERAÇÕES FINAIS	220
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	223

INTRODUÇÃO

A doutrina mais antiga ensina que o trabalho é penoso exatamente pelo fato de proporcionar a fadiga do trabalhador. Por outro lado, as teorias mais modernas se insurgem contra essa concepção não por considerar o trabalho como fonte de alegria, mas por considerá-lo como algo que possa redimir o trabalhador da penosidade do trabalho para de alguma forma convertê-lo em alegria. A penosidade depende das condições históricas em que o trabalho é desenvolvido, de modo que ao se modificarem essas condições o trabalho pode vir a ser libertado do peso que o agrava. Essas são as conclusões de todos os socialistas, utopistas ou científicos, como os desejem denominar¹.

Desconsiderada a concepção do trabalho como fonte de alegria *per si*, a fadiga inerente ao trabalho passa a ser estudada sob o ponto de vista da fisiologia e da psicologia a fim de eliminar os obstáculos para o desenvolvimento pessoal que a penosidade engendra. É evidente que o esforço físico exaure as reservas de energia dos músculos ao mesmo tempo que empenha a capacidade nervosa. Do mesmo modo, o esforço intelectual, empenhando o sistema nervoso, também resulta em alterações musculares precisas, levando a produção de efeitos fisiopsíquicos complexos conforme a natureza do trabalho desenvolvido. De todo modo, os estudos apontam que o trabalho intelectual também permite ao corpo humano produzir substâncias nocivas, como o ácido láctico e o ácido carbônico, que ao se acumularem produzem os fenômenos relacionados à fadiga, por essa razão, conseqüentemente, quando ocorre o excesso de trabalho o limite fisiológico é ultrapassado e o trabalhador adoece².

Essa situação é extremamente grave, pois o desenvolvimento da personalidade se revela justamente em virtude do equilíbrio entre trabalho e lazer. Por isso, a busca pelo mencionado equilíbrio traz à tona novas reflexões para além da matriz filosófica do ócio criativo, pois com a reforma trabalhista, instituída pela Lei 13.467/2017, os valores do capitalismo flexível³ foram

¹ BATTAGLIA, Felice. **Filosofia do Trabalho**. Trad. Luís Washington Vita e Antônio D'elia. São Paulo: Saraiva, 1958, p. 258 e ss.

² *Ibidem*, p. 267 e ss.

³ Enquanto no capitalismo moderno existia uma linearidade em vários aspectos da vida pessoal, as conquistas eram cumulativas, os empregos duráveis em decorrência principalmente da atuação dos sindicatos, a aposentadoria era certa, bem como o valor do pecúlio a ser recebido, havia uma rotina determinada no dia a dia, a luta era por melhores condições de trabalho, havia verdadeiros planos de carreiras nas empresas (hierarquias piramidais), bem como tempo para a família, no capitalismo flexível, não existe uma rotina bem determinada, a luta é por empregos e por isso as mudanças são constantes, as empresas são organizadas em redes, há uma maior assunção de riscos seja no aspecto financeiro ou emocional frente a ausência de tempo para o trabalhador se desenvolver. Cf. SENNETT, Richard. **A corrosão do caráter**: conseqüências pessoais do trabalho no novo capitalismo. São Paulo: Record, 2011, p. 9 e ss. Em outras palavras, a dualidade do trabalho aspira e ascende à espiritualidade do

assimilados e positivados, regulamentando novas modalidades contratuais (*fattispecie*), como o trabalho intermitente e o teletrabalho. Outrossim, a reforma trabalhista também promoveu alterações significativas em relação à duração do trabalho e a responsabilidade civil extrapatrimonial, que por sua vez demanda do intérprete uma análise mais detalhada desses institutos à luz dos direitos fundamentais e dos princípios, bem como dos métodos de interpretação e integração jurídica.

Por essa razão, o problema de pesquisa da presente dissertação consiste na análise da reparabilidade do direito fundamental ao lazer na relação empregatícia, tendo em vista às alterações na Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), realizadas por meio da Lei 13.467/2017, especialmente no que se refere à duração do trabalho, as novas modalidades contratuais (trabalho intermitente e teletrabalho) e os novos parâmetros de responsabilidade civil extrapatrimonial, inseridos no Título II-A da CLT, a fim de responder ao seguinte questionamento: a reforma trabalhista relativizou inconstitucionalmente o direito fundamental ao lazer do empregado?

Para tanto, são utilizadas as seguintes hipóteses de trabalho: a) se o contrato de trabalho obriga o empregado a trabalhar durante o seu descanso há uma violação a seu direito fundamental ao lazer; b) se a consecução do contrato é uma relação obrigacional sinalagmática, privar o lazer do empregado, implica em uma violação de direitos fundamentais; c) se os novos parâmetros de responsabilidade civil extrapatrimonial, além de instituir a tarifação do dano extrapatrimonial, retoma a responsabilidade subjetiva do empregador, então não há prevenção a prática de condutas ilícitas, por parte do empregador, que obstem a violação do direito fundamental ao lazer do empregado.

Outrossim, para se atingir o objetivo geral, isto é, demonstrar que a reforma trabalhista relativizou inconstitucionalmente o direito fundamental ao lazer do empregado, são utilizados como objetivos específicos: a) a eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas; b) o direito fundamental ao lazer na relação empregatícia; c) o contrato de trabalho como contrato ideológico-existencial; d) a autonomia privada como limite a restrição de direitos fundamentais no âmbito da relação empregatícia.

trabalhador, que, sem embargo, submete-se a todas as perturbações e decadências. BATTAGLIA, Felice. **Filosofia do Trabalho**, op. cit., p. 276 e ss.

Esses objetivos se justificam porque os Direitos Sociais não se restringem à mera dimensão prestacional, abrangendo igualmente o que se pode denominar de um *status negativus socialis* ou *status libertatis socialis*, constituído pelas liberdades sociais, pelo princípio da isonomia e da proibição de discriminações e vedação ao retrocesso. Nesse sentido, o fato de nem todos os direitos sociais, ao menos no Brasil, ter como destinatário o Estado, o que se aplica principalmente aos direitos dos trabalhadores, não obsta que esses possam ser considerados como inequívoca expressão de um Estado Democrático e Social de Direito, pois a Constituição Federal de 1988 acolhe essa ideologia ao prever como fundamentos do Estado Democrático de Direito os valores sociais do trabalho e a livre iniciativa (Art.1º, IV) e como princípios da ordem econômica e financeira a valorização do trabalho humano e da livre iniciativa (Art. 170, caput).

Os métodos de abordagem utilizados nessa pesquisa são o método complexo e método dialético. O método complexo, devido à própria natureza da pesquisa, na qual se procede a análise das alterações na Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), realizadas por meio da Lei 13.647/2017, especialmente no que se refere o Título II-A, que passou a tratar de forma equânime, situações e conceitos jurídicos diferentes. Tal método se baseia nas obras de Edgar Morin (2004) sobre a “Teoria da Complexidade”, na qual um novo conceito revolucionário de se pensar, entender e modificar o mundo acontece em um nível mais profundo do que nunca em virtude de novos espaços cognitivos para se pensar a realidade, na qual “tudo interfere em tudo”, de forma que não se pode pensar um conhecimento sozinho e específico, é preciso pensá-lo no mundo. Ou seja, segundo este método não mais se pensa um tema sob apenas um viés, é preciso uma interdisciplinaridade que só enriquece os resultados⁴. Daí, compreender que construir uma análise do Direito baseada em fundamentos mais éticos é também lançar as bases para uma sociedade mais justa e mais igualitária entre os homens, na qual os direitos fundamentais de cada ser humano possam ser devidamente observados. Já o método dialético

⁴ João Miguel da Luz Rivero, doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, em um artigo científico intitulado “O método complexo aplicado no ensino do Direito” afirma que “Considerando que a prática do Direito é o justo meio, ou a pacificação, o pensamento complexo, ou o método complexo abre o caminho para compreender melhor os problemas do mundo, os problemas humanos. Ademais, valendo-se do que diz Edgar Morin, evidentemente traduzido em outras palavras, o ensino do direito tem se caracterizado por um ensino parcelar, compartimentado, mecânico, disjuntivo, reducionista, o que quebra o complexo do mundo, produz fragmentos, fraciona os problemas, separa o que é ligado, uni e dimensionaliza o multidimensional. Trata-se de um ensino ao mesmo tempo míope, presbíte, daltônico. Enfim, resta ao ensino do Direito a missão de quebrar os paradigmas atuais e imergir no pensamento totalizante, complexo, capaz de alentar um caminho profícuo rumo as estruturas complexas do conhecimento real e verdadeiro.” Cf. RIVERO, João Miguel da Luz; BUENO, Douglas Aparecido. **O método complexo aplicado no ensino do Direito**. In *Diritto & Diritti*. 2009, p. 12 - 13. Disponível em: www.diritto.it/pdf/28364.pdf.

porque consiste em separar fatos, dividir as ideias, de tal modo que se possa penetrar em novos conhecimentos diante de um processo racional pautado em movimentos históricos. Portanto, o método dialético se concretizará na comparação entre a proteção ao direito fundamental ao lazer na relação empregatícia, em contraposição à privação deste ora exercida pela reforma trabalhista em relação a duração do trabalho, as novas modalidades contratuais (trabalho intermitente e teletrabalho), bem como os novos parâmetros de responsabilidade civil extrapatrimonial.

Destarte, o método de procedimento adotado é o comparativo, que consiste na realização de comparações com a finalidade de explicar semelhanças e diferenças, neste aspecto o método se justifica na medida em que a própria essência da pesquisa se fundamenta na análise dos novos parâmetros de responsabilidade civil extrapatrimonial inseridos na Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) por meio da reforma trabalhista implementada pela Lei 13.467/2017. Para o desenvolvimento da presente dissertação, também são adotadas as técnicas de análise textual, temática e interpretativa, por meio de documentação indireta, a partir da pesquisa bibliográfica pertinente à temática dos direitos humanos, direitos fundamentais e do direito privado por meio de uma abordagem hermenêutica centrada no diálogo das fontes.

Em relação ao marco teórico adotado pela presente dissertação, destaca-se a eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas, também difundida sob a denominação não tão rigorosa de eficácia em relação a terceiros, *Drittwirkung*⁵ ou eficácia horizontal dos direitos fundamentais⁶. Pois, segundo Canaris, a Lei Fundamental Alemã (art.1.º, n.º3) dispõe que os direitos fundamentais vinculam a legislação, o Poder Executivo e a Jurisdição como direito imediatamente vigente vinculando também às normas de direito privado. Essa fundamentação reside no fato de que para o cidadão, às leis de direito privado também podem ter efeitos ofensivos, pois se uma pessoa é lesada pelo legislador de direito privado, então este está logicamente vinculado aos direitos fundamentais. Nesse sentido, abre-se a oportunidade da propositura de uma queixa constitucional (Art.93.º, n.º1, alínea 4ª da Constituição Alemã) visando sanar a ofensa, tendo em vista que constitui imperativo da lógica normativa a vinculação do direito privado aos direitos fundamentais, segundo o princípio da primazia da *lex superior*⁷. No Brasil, a Constituição Federal de 1988 deixa em aberto a questão relacionada a

⁵ CANARIS, Claus-Wilhelm. **Direitos fundamentais e Direito Privado**. Trad. Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo Mota Pinto. Coimbra: Almedina, 2003, p. 10.

⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 12. ed. rev. atual e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 392.

⁷ CANARIS, Claus-Wilhelm. **Direitos fundamentais e Direito Privado**, op cit., p. 23 - 28.

vinculação dos particulares aos direitos fundamentais, afirmando apenas que os direitos fundamentais vinculam os poderes públicos como direito imediatamente vigente (Art.1º, III e Art.5º, §1º). Contudo, os particulares também se vinculam aos direitos fundamentais porque não existe razão para se vincular apenas os órgãos públicos e não os próprios particulares, pois a liberdade individual não carece de proteção apenas contra os primeiros, mas também contra os mais fortes no âmbito da sociedade, isto é, os detentores do poder social e econômico, tendo em vista que é nesta seara que as liberdades se encontram particularmente ameaçadas, como se evidencia nos deveres de proteção das relações de trabalho e de consumo⁸. Em razão desse raciocínio surge, também no Brasil, a possibilidade de se acionar o Poder Judiciário visando sanar ofensas a direitos fundamentais entre particulares.

Nada obstante, questão diversa é saber como os particulares se vinculam aos direitos fundamentais e nesse aspecto o debate gira em torno da eficácia mediata (indireta) ou imediata (direta) dos direitos fundamentais nas relações privadas. Representante da primeira teoria, Günther Dürig, sustenta uma influência apenas mediata dos direitos fundamentais sobre o direito privado o que para Canaris é algo improvável posto que por razões práticas e de lógica jurídica é impossível controlar a conformidade de uma norma de direito privado com os direitos fundamentais aferindo-a segundo uma outra norma de direito privado porquê ambas possuem o mesmo nível hierárquico, ou seja, nesse processo ou a norma permanece sendo norma de direito ordinário ou é elevada ao nível de norma constitucional, resultando em pura contradição, na medida em que é elevada a um status que não lhe é atribuído na origem⁹. Entretanto, para se compreender a problemática de como os sujeitos de direito privado se vinculam aos direitos fundamentais, Canaris apresenta os seguintes questionamentos: a) quem são os destinatários dos direitos fundamentais, apenas os seus órgãos, ou também os sujeitos de direito privado? b) o objeto de controle dos direitos fundamentais é o comportamento de qual desses sujeitos? c) em qual função são aplicados os direitos fundamentais, proibição de intervenção ou imperativo de tutela?¹⁰

A pergunta relacionada aos destinatários dos direitos fundamentais situa-se na controvérsia entre a eficácia mediata ou imediata dos direitos fundamentais em relação a terceiros que por razões de ordem prática e de lógica normativa vinculam não apenas o Estado, mas também os sujeitos de direito privado em dois sentidos, proibição legal de restrição a direito

⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**, op cit., p. 396 - 397.

⁹ CANARIS, Claus-Wilhelm. **Direitos fundamentais e Direito Privado**, op cit., p. 29 - 30.

¹⁰ *Ibidem*, p. 52

fundamental por meio de negócio jurídico (§134 do BGB) e obrigação de indenizar (§823 do BGB) os danos resultantes da ofensa à direitos fundamentais (§823 do BGB). A crítica a esse entendimento é que ele conduz a consequências dogmáticas insustentáveis, pois amplas partes do direito privado, e, em especial, do direito dos contratos e da responsabilidade civil, seriam elevadas ao standard do direito constitucional e privadas da sua autonomia. Por esse motivo, apenas o Estado e os seus órgãos seriam destinatários dos direitos fundamentais, mas não os sujeitos de direito privado¹¹. Já o objeto de controle dos direitos fundamentais seriam apenas as leis e as decisões judiciais, pois se os sujeitos de direito privado não são sequer destinatários dos direitos fundamentais logo os negócios jurídicos e atos ilícitos não são passíveis de aferição segundo os próprios direitos fundamentais¹².

Quanto a função dos direitos fundamentais, proibição de intervenção e imperativo de tutela, a segunda propicia o desenvolvimento do raciocínio da eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas, porquê se por um lado, apenas o Estado é destinatário dos direitos fundamentais, posto que incumbe a ele os proteger, por outro, os cidadãos também são atingidos ainda que indiretamente, tendo em vista que no campo jurídico-privado o Estado, ou a ordem jurídica, estão, em princípio, vinculados a proteger um cidadão perante o outro¹³. A realização da função de imperativo de tutela só é possível, via de regra, por meio do direito ordinário, em razão deste, não ser, todo constitucionalmente pré-determinado como objeto de proteção dos direitos fundamentais. Isso implica em um amplo espaço de livre conformação por parte do legislador para oferecer uma resposta adequada a autonomia do direito privado, e, em especial a autonomia privada¹⁴.

Entretanto, é possível visualizar a existência de direitos fundamentais no ordenamento jurídico, cuja estrutura permitem uma eficácia direta no curso das relações privadas. No caso brasileiro, essa possibilidade é vislumbrada à luz dos direitos trabalhistas previstos no Art.7º da Constituição Federal de 1988, que adquirem traços de fundamentalidade por estarem inseridos no título II (Dos Direitos e Garantias Fundamentais), ainda que se possa discutir em qual extensão, pois muito embora estejam previstos na Constituição, acabam dependendo de regulamentação ordinária, com vistas a delimitar a medida da extensão e o modo de

¹¹ Ibidem. p. 54 - 55.

¹² Ibidem. p. 55 - 56.

¹³ Ibidem. p. 58.

¹⁴ Ibidem. p. 66 - 67.

implementação, conforme o caso concreto¹⁵. O que não impede a aplicação das cláusulas gerais, como mandamentos de proteção a direitos fundamentais, delimitando o seu conteúdo e o seu equilíbrio, especialmente em relação a restrições impostas à autônima privada¹⁶.

A função dos direitos fundamentais, como imperativo de tutela, também vincula às partes por contrato dado que a autonomia privada dos contratantes, apenas adquire vigência no plano jurídico normativo mediante o reconhecimento por parte do Estado e da ordem jurídica, sendo, inclusive, garantida por estes mediante sanções. Por esse motivo, o ato de autonomia privada que restringe um direito fundamental, baseia-se não apenas formalmente, quer dizer, juridicamente, mas também materialmente, isto é, faticamente, em uma decisão livre da parte contratual afetada¹⁷.

Questão totalmente diversa relaciona-se à tentativa de saber se esta tarefa de proteção pode ser efetivada somente com recursos aos mecanismos de direito privado, mas isso não altera o fato da problemática também apresentar uma dimensão constitucional. De maneira particular, à medida que a uma parte é recusado, pelo direito privado ou pela sua aplicação pelos tribunais, o mínimo de proteção imposto pela Constituição, também se verifica uma violação decorrente da proibição de insuficiência visto que a simples concordância de uma parte com a conclusão do contrato não torna totalmente dispensável a proteção de direitos fundamentais. Por isso, torna-se inadequado excluir a possibilidade de interpor queixa constitucional nos casos de insuficiência do direito dos contratos quando efetivamente se desceu abaixo ou não se levou em consideração o nível mínimo de proteção jurídico-constitucional, em razão da inaplicabilidade genérica da proibição de insuficiência, enquanto a via da queixa constitucional se encontra aberta aos casos de insuficiência da responsabilidade civil¹⁸.

Em contrapartida o direito infraconstitucional pode, em parte substancial, ser apreendido como realização da função de imperativo de tutela, em especial, na responsabilidade civil extrapatrimonial, extracontratual e responsabilidade civil pelo risco e pretensões negatórias, estas, do ponto de vista do direito constitucional, transpõem deveres de proteção dos direitos fundamentais para o plano do direito privado. No mesmo, sentido o direito dos contratos também conhece normas que desempenham essa função, como por exemplo, a Lei de

¹⁵ DUQUE, Marcelo Schenk. **Direito privado e Constituição**: drittwirkung dos direitos fundamentais, construção de um modelo de convergência à luz dos contratos de consumo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 190.

¹⁶ Ibidem, p. 274.

¹⁷ CANARIS, Claus-Wilhelm. **Direitos fundamentais e Direito Privado**, op cit., p. 71 - 73.

¹⁸ Ibidem. p. 74.

Proteção Contra os Despedimentos Alemã, concebida como realização do imperativo constitucional, resultante do Art.12 da Lei Federal Alemã, de proteção dos trabalhadores contra uma injustificada perda do seu posto de trabalho¹⁹.

Por outro lado, a proibição de insuficiência também não coincide com o dever de proteção, como se não possuísse, qualquer função autónoma em relação a ele. Dito em outras palavras, a pergunta pelo dever de proteção trata do “se” da proteção, enquanto a proibição de insuficiência tematiza a pergunta pelo “como”, tendo em vista que a Constituição impõe apenas a proteção como resultado, mas não a sua conformação específica. Por isso, primeiro fundamenta-se a existência do dever de proteção como tal para depois verificar se o direito ordinário satisfaz suficientemente esse dever de proteção, ou se pelo contrário, apresenta, insuficiências. Portanto, é preciso verifica se a proteção satisfaz as exigências mínimas na sua eficiência e se bens jurídicos e interesses contrapostos não estão sendo sobreavaliados²⁰. Nessa perspectiva, chega-se, a uma nova ponderação com interesses e bens jurídicos contrapostos, visto que estes não desempenham um papel essencial tão só na fundamentação do dever de proteção, mas também em sua realização pelo direito ordinário e na sintonia entre eles necessária. A todo esse raciocínio, acrescenta-se que a proibição de insuficiência não é aplicável apenas no controle jurídico-constitucional de uma omissão legislativa, mas igualmente na aplicação e desenvolvimento judicial do direito uma vez que a função de imperativo de tutela dos direitos fundamentais não possui maior amplitude para uma realização da jurisprudência do que pelo Legislador, pois o juiz somente está autorizado a cumprir esta tarefa porque, se não a fizer, restara configura um inconstitucional déficit de proteção²¹.

Assim sendo, a presente dissertação, em um primeiro momento, aborda o Direito do Trabalho e a Constituição Federal brasileira de 1988, partindo de uma reflexão histórica sobre a fundamentalidade dos direitos sociais, para posteriormente discorrer à respeito da perspectiva subjetiva e objetiva dos direitos fundamentais, a eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas, a restrição e os limites dos direitos fundamentais, a interpretação constitucional e as teorias dos direitos fundamentais, a colisão de direitos fundamentais, o mínimo e o máximo existencial e os direitos fundamentais dos trabalhadores frente a reforma trabalhista. Em um segundo momento, a presente dissertação discorre sobre a temática do trabalho e do lazer, a partir da proteção do trabalho humano e dos repousos remunerados, do ócio criativo, do direito

¹⁹ Ibidem. p. 117.

²⁰ Ibidem, p. 122 - 123.

²¹ Ibidem, p.124 - 125.

à desconexão e da duração do trabalho e do direito fundamental ao lazer na relação empregatícia para, finalmente, em um terceiro momento, abordar o contrato de trabalho e o Direito do Trabalho à luz da ideologia e da existencialidade, autonomia privada, função social e boa-fé objetiva e responsabilidade civil do empregador por excesso de trabalho frente a reforma trabalhista.

1 DIREITOS FUNDAMENTAIS E DIREITO DO TRABALHO

1.1 A fundamentalidade dos direitos sociais

O substrato genérico, mas indispensável para se compreender os direitos sociais na cultura política e jurídica, reside na ideia de comunidade entre os homens, das relações baseadas no amor, amizade, apoio e cooperação centrada em uma concepção antropológica que considera a pessoa como um fim em si mesma e se contrapõe à coisificação das pessoas como meio de exploração de interesses próprios e egoístas. Esta ideia aparece inicialmente na Grécia como *paideia*, cultura que inicia uma união espiritual viva e ativa entre os homens, cuja perspectiva abre o itinerário intelectual do ocidente, onde se desenvolvem e se aperfeiçoam, posteriormente, os direitos sociais²².

Na Grécia, também surge o princípio de uma nova estimacão do homem, a dignidade humana, que não é muito diferente da ideia difundida pelo cristianismo sobre o valor infinito da alma e do ideal de autonomia espiritual proclamada a partir do renascimento. Entretanto, a origem da dignidade humana, não de alguns, mas de todos, e essa ideia já está na raiz, na afirmação fundamental da cultura grega de que a humanidade, o ser do homem, se encontrar essencialmente vinculado às características do homem, considerado como um ser político, traz à tona pela primeira vez na cultura ocidental um sentimento de solidariedade por meio de uma relação com o conceito de *philia*, cuja ética da generosidade faz surgir, séculos mais tarde, os direitos sociais²³.

Na comunidade, as amizades mantêm os homens unidos tanto nas suas relações sociais quanto nas suas relações políticas em razão do sentimento de respeito de uns em relação aos

²² MARTÍNEZ, Gregorio Peces-Barba. **Derechos sociales y positivismo jurídico**: escritos de filosofia jurídica y política. Madrid: Dykinson, 1999, p. 8 - 9.

²³ Ibidem, p. 9.

outros. Sob esse ponto de vista, surge a ideia de fraternidade, de solidariedade, que estará na base da cultura política e jurídica moderna como substrato imprescindível dos direitos sociais²⁴.

O ideal aristotélico de que o homem é um ser político que só se realiza em sociedade reforça a relação da amizade com a vida em comunidade e o ideal de igualdade²⁵. Os estoicos, especialmente em Roma, reforçaram a ideia dos autores clássicos gregos da amizade entre os cidadãos, com base na ideia de comunidade e da necessidade de igualdade, derivada necessariamente dela. O pensamento estoico em geral, e o de Cícero em particular, possui uma grande influência no mundo moderno, por meio do humanismo e do jusnaturalismo racionalista. E, ao menos inicialmente, será mais importante do que Aristóteles na formação do pensamento político jurídico, que combina os processos de humanização e de racionalização da organização política²⁶. A partir do século XVI, a influência estóica incorporará o tema dos deveres no direito, começando o conteúdo do justo a coincidir com o cumprimento dos deveres de solidariedade, de não causar danos, de restituir o alheio, de manter a palavra dada, de reparar os danos causados, bem como se acrescentará a sanção como traço identificador dos deveres jurídicos²⁷.

Por essa perspectiva, o “homem lobo do próprio homem” e sua tradição em Thomas Hobbes apresenta a filosofia do homem como coisa sagrada para o próprio homem, que resulta na filosofia dos direitos humanos, frente a mentalidade da parábola do banquete de Malthus, a ideia darwinista da luta por existência e a luta dialética carlschimitiana de ódio entre amigo e inimigo. Essa concepção de amizade como relação imprescindível para a convivência social, como fraternidade, será determinante como a ética da generosidade para fundamentar políticas protetoras dos mais débeis²⁸, que séculos depois serão formuladas para resolver problemas sociais oriundos do rápido crescimento e do nascimento da sociedade industrial²⁹.

O cristianismo primitivo potencializa o humanismo social, aberto a todos os homens e desenhado para que todos possam se desenvolver em situação de igualdade, pois, com ele, a amizade, a fraternidade e a solidariedade são revestidas pelo manto da religiosidade. O socialismo ético, por volta de 1850, internaliza esses valores e passa a fazer referência a Cristo

²⁴ Ibidem, p. 11.

²⁵ Cf. ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. Trad. Antônio de Castro Caeiro. São Paulo: Atlas, 2009.

²⁶ Ibidem, p. 12.

²⁷ NABAIS, José Casalta. **O dever fundamental de pagar impostos**: contributo para a compreensão constitucional do estado fiscal contemporâneo. Coimbra: Almedina, 2012. p. 41 - 42.

²⁸ Cf. MARQUES, Cláudia Lima; MIRAGEM, Bruno. **O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis**. 2. ed. Revisada, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

²⁹ MARTÍNEZ, Gregorio Peces-Barba. **Derechos sociales y positivismo jurídico**, op cit., p. 13.

e ao evangelho como modelo de conduta. Por essa razão, o catecismo dos socialistas passa a afirmar que o socialismo é o evangelho em ação, cuja meta de realização se assenta sobre as quatro máximas fundamentais: i) amar uns aos outros; ii) não fazer ao próximo aquilo que você não deseja que façam a você; iii) o primeiro de vocês deve ser servido pelos outros; iv) paz aos homens de boa vontade³⁰.

Apesar das enormes mudanças de circunstâncias na idade média, com a cristianização dos pensamentos de Cícero e Aristóteles, se mantém, com as condições próprias do seu tempo, a ideia de fraternidade, sob denominações diferentes, mas com a ideia de comunidade, de ajuda e de auxílio, principalmente pelas ideias de São Tomás de Aquino a respeito do bem comum. Na transição para a modernidade, as circunstâncias econômicas e sociais frente as novas perspectivas, embora passe a tecer uma nova realidade, se utiliza de muitos fios antigos, especialmente os da antiguidade clássica, já que a raiz do velho humanismo reaparece renovada³¹.

O renascimento supera a ideia medieval da economia moral por meio da ideia de economia política, cuja expressão máxima “A Riqueza das Nações”, de Adam Smith, inicia uma nova mentalidade individualista, egoísta, da busca pelo benefício próprio, da exaltação do mercado e da mão invisível dominadora da economia. Nesse período, a propriedade é exaltada como o direito natural por excelência e inicia-se a construção do consenso a respeito dos direitos humanos clássicos, na forma de direitos naturais. Entre os elementos que ajudam a conformar esse pensamento, está a mentalidade burguesa, seu protagonismo como classe em ascensão, seus interesses e objetivos, que são decisivos na formulação da nova economia política. Essa série de elementos da cultura política e jurídica formam o consenso e ao mesmo tempo o dissenso para dois tipos de direitos, os individuais e os sociais, que posteriormente influenciam a construção do Estado social³².

Ao longo do século XIX, vai se configurando a ideologia do Estado social, cujo núcleo central são os direitos sociais, especialmente em razão da classe trabalhadora ter adquirido o direito de associação e de sufrágio universal. Inicia-se a modificação da realidade social com o desenvolvimento industrial, a aparição progressiva da classe trabalhadora como nova classe ascendente e com as condições econômicas, sociais e culturais precárias em que vive, com as

³⁰ Ibidem, p. 14.

³¹ Ibidem, p. 15.

³² Ibidem, p. 16.

duras e penosas dimensões com que desempenha seu trabalho e com a resistência da burguesia para abrir as instituições a estes novos protagonistas³³.

O socialismo de raiz marxista se desvincula dos direitos humanos por acreditar serem estes inseparáveis da ideologia liberal e do parlamentarismo censitário, o pensamento anarquista defende os postulados da igualdade e da solidariedade exclusivamente por meio da sociedade civil sem a presença do Estado, mas a ideologia que passa a impulsionar os direitos sociais é compreendida como um movimento dialético entre o Estado e a sociedade, sendo a interação de ambas dimensões, por meio de uma democracia representativa, imprescindíveis para a sua existência³⁴.

A tarefa do direito político consiste em encontrar a vontade comum ou em encontrar uma vontade privada e comum que estejam sinteticamente reunidas, por isso o reconhecimento de um indivíduo por outro está condicionado à liberdade, isto é, a relação entre seres livres passa a ser uma relação de associação recíproca mediante a inteligência e a liberdade. Ninguém pode reconhecer o outro se ambos não se reconhecem reciprocamente e ninguém pode tratar o outro como ser livre se não se tratam assim reciprocamente. Em razão disso, qualquer trabalhador deve ter uma alimentação saudável e suficiente para reparar suas forças, tempo para a família e para o desenvolvimento de sua personalidade e uma moradia adequada para viver. Cada um deve ter o necessário e isso é um direito inalienável que se situa na cultura dos direitos sociais. Entre os liberais progressistas, diferente de outros setores liberais, negadores dos direitos sociais, destaca-se a figura de Jonh Stuart Mill como a mais representativa, porque une o liberalismo radical de Bentham e do seu próprio pai, James Mill, com o socialismo da época, tornando-se um defensor da solidariedade frente ao egoísmo e defesa dos interesses próprios³⁵.

Nesse sentido, quando as pessoas afortunadas financeiramente não encontram prazer na vida por meio dos bens materiais, a causa normalmente é a falta de preocupação com o próximo, pois aqueles que deixam os bens materiais, especialmente aqueles que cultivam um sentimento de solidariedade e de respeito com os interesses coletivos da humanidade, mantêm até a véspera da sua morte um interesse vivo pela vida de modo que nas palavras de Jesus de Nazaré se encontra o espírito da ética utilitarista: ama ao próximo com a ti mesmo. Partindo dessas premissas, o socialismo conduz seus programas de reformas ao Estado social e aos direitos

³³ Ibidem, p. 34.

³⁴ Ibidem, p. 34.

³⁵ Ibidem, p. 35.

econômicos, sociais e culturais por aqueles que, embora não estejam escravizados ou em situação de servidão pela força do direito, estão pela força da pobreza³⁶ em razão de uma ocupação ou da submissão à vontade de um empregador, bem como excluídos pelo nascimento, tanto das alegrias como das vantagens mentais e morais que outros herdaram sem esforço e independentemente de mérito³⁷.

Os pobres não se equivocam ao acreditar que esse é um mal igual a quase qualquer outro, contra o qual luta a humanidade até hoje. Por essa razão, autores como Saint Simon, Fourier e Owen, destacam a importância da fraternidade e da necessidade de ações positivas em defesa dos mais pobres. É evidente que o princípio moral “todos os homens devem conduzir-se como irmãos, uns em relação aos outros” orienta a sociedade a trabalhar em favor da classe mais vulnerável e a se organizar mais adequadamente para atingir tal objetivo³⁸.

De outra forma, prescindindo do Estado, aparecem as ideias próximas do anarquismo de Proudhon. Entretanto, embora delas não surjam diretamente os direitos econômicos, sociais e culturais, porque estes necessitam dos poderes públicos como correlativos titulares de deveres em virtude das prestações sociais exigirem, na maioria das vezes, uma ação positiva por parte do Estado, sem dúvidas incrementaram o acervo de razões do ambiente social democrático, especialmente o valor da solidariedade.

Em tese, somente o Estado pode satisfazer as necessidades e os direitos da classe trabalhadora, resolver os problemas da falta de acordo entre trabalho e capital, associação, imposto, crédito, propriedade, salário, dentre outros. Já que a experiência tem demonstrando que a lei da caridade, o preceito que beneficia todas as instituições filantrópicas, resulta radicalmente impotente. Então, recorrer à justiça soberana na economia política tanto quanto no governo é necessário porque o degrau que separa a solidariedade dos antigos em relação a dos modernos³⁹ situa a ação social no terreno da justiça e rechaça a autonomia da economia assentada no liberalismo econômico⁴⁰.

³⁶ Cf. PULIDO, Carlos Bernal. **O direito dos direitos**: escritos sobre a aplicação dos direitos fundamentais. São Paulo: Marcial Pons, 2013, p. 217 - 228.

³⁷ MARTÍNEZ, Gregorio Peces-Barba. **Derechos sociales y positivismo jurídico**, op cit., p. 36.

³⁸ Ibidem, p. 37.

³⁹ Cf. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Estudo sobre direitos fundamentais**. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 7 - 34.

⁴⁰ MARTÍNEZ, Gregorio Peces-Barba. **Derechos sociales y positivismo jurídico**, op cit., p. 38.

O socialismo será o modelo que se opõe ao *laissez faire* e ao anarquismo societário e antiestatalista, porque exigir a supressão do Estado é permitir que se desenvolva a sociedade com exploradores e explorados, ricos e pobres, fortalecendo o individualismo de modo mais frenético ao ponto de desaparecer a liberdade. Por esse motivo, o socialismo se tornou a oposição do princípio da fraternidade frente aos excessos do individualismo⁴¹.

Durante o século XVIII, os revolucionários franceses não se deram conta de que haviam destruído a tirania do antigo regime mantendo viva a tirania da miséria mesmo rechaçando que o interesse próprio não poderia conduzir ao interesse geral da nação já que os revolucionários defendiam o sufrágio universal, mas o consideravam insuficiente, porque existia uma discrepância de condições sociais para que os cidadãos participassem da vida política. Essa é uma das justificações da fundamentalidade dos direitos econômicos, sociais e culturais, isto é, tornar reais os direitos individuais, civis e políticos para todos. Mesmo após o fracasso do movimento revolucionário socialista francês, em abril de 1848, os revolucionários continuaram a defendê-lo, embora consciente das suas limitações, posto que o sufrágio universal é viciado em sua aplicação enquanto uma vasta reforma social não acabe com a ignorância e a miséria⁴².

A partir dos conceitos do socialismo jacobino de liberdade como capacidade, igualdade como satisfação das necessidades básicas e fraternidade como fundamentadora de obrigações positivas entre os indivíduos, o conceito de direitos humanos é alterado em virtude dos socialistas não creem, como os liberais, que estes direitos sejam satisfeitos pelo mero fato de que o Estado se abstenha de lesionar ativamente os bens protegidos por aqueles. Na opinião socialistas, os direitos humanos somente são respeitados quando o Estado proporciona aos indivíduos os recursos necessários para realmente preservarem aqueles bens obrigando também os particulares a contribuírem com a consecução desse objetivo⁴³.

O desenvolvimento de um ideal democrático mais historicista do que racionalista, na Grã-Bretanha, fez o socialismo denunciar os males do capitalismo, o monopólio da propriedade privada em poucas mãos, as horríveis condições de vida do proletariado e a necessidade de uma reconstrução social desde a democracia parlamentar que resultou no incremento do poder político do proletariado utilizado para a sua proteção econômica e social⁴⁴.

⁴¹ Ibidem, p. 39.

⁴² Ibidem, p. 39.

⁴³ Ibidem, p. 40.

⁴⁴ Ibidem, p. 41.

O protagonismo estatal passou a permitir a participação das classes populares até então marginalizadas, o que demonstra o progresso da democracia. O reformismo e o estatualismo, opondo-se ao individualismo isolacionista do liberalismo econômico, tornaram-se as raízes intelectuais da dimensão ética de uma existência social e moralmente adequada⁴⁵.

Frente a ideia burguesa aplicada ao Estado para proteger apenas a liberdade individual e a propriedade privada por meio do Direito se encontra a ética da classe trabalhadora centrada na solidariedade dos interesses da comunidade visando a longo prazo a sua organização política com o objetivo de fazer reformas e transformar o próprio Estado⁴⁶.

Esses são os traços da ideologia socialista democrática, em cujo seio foram gestados os direitos econômicos, sociais e culturais. Entretanto, o que de fato impulsiona o socialismo é a proteção de uma ordem social mais racional e mais justa. Essa justiça de caráter moral visa proteger o livre desenvolvimento da personalidade como o objetivo de todas as medidas socialistas, de modo que a limitação da duração do trabalho, a melhorias das condições de trabalho, o direito à educação, o seguro social, tornam-se instrumentos para atingir esse objetivo moral e que cada um possa eleger livremente seus planos de vida, sua moralidade privada. A generalização da liberdade, por meio da incorporação da igualdade de todos os membros da comunidade, converte a democracia como sinônimo do máximo grau de liberdade levando à formação do Estado social. O indivíduo deve ser livre de toda constrição econômica em seus movimentos e em suas escolhas profissionais, mas essa liberdade só pode ser obtida por meio da organização social e por essa razão pode-se definir o socialismo como um liberalismo organizador⁴⁷.

A social democracia luta pela realização da democracia no Estado e na comunidade como forma de se efetivar a igualdade política⁴⁸. Os direitos se tornam os instrumentos para se alcançar a igualdade que permite a todos participar da democracia social, desfrutar dos direitos clássicos, individuais, civis e políticos, com a satisfação das necessidades básicas, alcançando o desenvolvimento e a proteção do livre desenvolvimento da personalidade, que é um objetivo humanista, próprio de uma ética laica, influenciada por Giovanni Pico della Mirandola e Immanuel Kant. A volta de Kant, a partir do neokantismo de Marburgo, dá início aos estudos

⁴⁵ Ibidem, p. 42.

⁴⁶ Ibidem, p. 43.

⁴⁷ Ibidem, p. 44.

⁴⁸ CF. GIDDENS, Anthony. **A terceira via**: reflexões sobre o impasse político atual e o futuro da social-democracia. 4. ed. Rio de Janeiro: Record, 2001.

sobre o socialismo e ética à luz da vertente humanista que facilita a luta por igualdade sob a perspectiva dos direitos em razão de considerar a dimensão das desigualdades jurídicas, fundadas em critérios econômicos, religiosos, raciais e de linhagem, como não mais aceitáveis⁴⁹.

O neokantismo passa a impulsionar os direitos econômicos, sociais e culturais e as exigências éticas, não porque os homens são cada vez mais virtuosos, mas porque a moralidade se transforma em uma manifestação da unidade das relações sociais. O desenvolvimento social conquista graus cada vez mais elevados de moralidade, porque os homens não podem existir mais do que sob as condições de uma lei universal⁵⁰.

Os frutos jurídicos da construção intelectual do século XIX começam a ser colhidos logo no início do século XX, com a Constituição mexicana de 1917 e Constituição de Weimar de 1919, mas a Grã-Bretanha, desde o século XIX, já era o primeiro país industrializado do mundo a tomar medidas de proteção laboral, entre os anos de 1833 e 1850, limitando o trabalho das mulheres e crianças nas fábricas e minas. O novo constitucionalismo incorpora a concepção social passando a considerar os direitos individuais, civis e políticos, oriundos da Revolução Francesa de 1789, como insuficientes. A proteção dos indivíduos passa a ser o centro das atenções do Direito Constitucional moderno e a racionalização do poder estatal, oriunda da penetração do direito nos fenômenos sociais, abre o caminho para a consolidação dos direitos sociais por reconhecer que a independência jurídica dos indivíduos é insuficiente frente às mudanças sociais, o que exige a criação de um mínimo de condições jurídicas para assegurar também a sua independência social. No entanto, essa tendência só se generalizou a partir da Constituição portuguesa de 1914, muito embora a França, desde a Constituição de 1848, já previsse o direito ao trabalho e, as declarações de 1789 e 1793, obrigações positivas ao Estado em relação à educação pública e assistencial social⁵¹.

Por esse motivo, só após a Constituição portuguesa de 1914, outras Constituições como a da Romênia de 1923, do Reino Servo-Croata Esloveno (Iugoslávia) de 1921 e a espanhola de 1931 passaram a oferecer inovações de enorme transcendência e de grandes possibilidades relacionadas à função social da propriedade, trabalho e cultura, mesmo sem a presença política

⁴⁹ Ibidem, p. 45.

⁵⁰ Ibidem, p. 46.

⁵¹ Ibidem, p. 48.

decisiva de partidos sociais democratas⁵². Por outro lado, delimitar o conteúdo dos chamados direitos econômicos, sociais e culturais para tentar inseri-los no conceito de direitos fundamentais é o primeiro problema que se apresenta em torno da sua fundamentalidade por não ser algo pacífico e de ampla aceitação doutrinária como o consenso filosófico, jurídico e político em torno dos direitos civis e individuais⁵³.

Nada obstante, mesmo os direitos políticos foram problemáticos na sua origem, porque expressavam uma contradição entre o teor genérico dos direitos e uma existencial real e limitada pela participação da burguesia como única titular do sufrágio censitário. Essa contradição entre a afirmação de que todos os homens nascem e permanecem livres e iguais em direitos frente a limitação do acesso à participação política por motivos econômicos e culturais era difícil de se justificar. A luta pela generalização do sufrágio e pelo direito de associação se prolongou por mais de um século e foi de uma dureza inusitada, expressão de onde estavam dispostos a chegar os detentores excludentes do poder, para evitar que os excluídos se organizassem e participassem com seus votos em torno das decisões políticas. Ao final, gradativamente foram sendo rendidas posições e os direitos foram reconhecidos e generalizados no catálogo de direitos fundamentais. O reconhecimento dos direitos políticos fez com que se tornasse possível seu lançamento como um conceito novo na cultura jurídica, pois representava a contribuição dos novos sujeitos políticos que, apoiados na ideologia liberal progressista e socialista democrática, pretendiam uma homogeneidade social por meio da técnica jurídica em razão do prestígio alcançado pelo teor redentor da Revolução Francesa. À luz da experiência histórica, é evidente, hoje, que muitos dos combates pelos direitos políticos se deram por metas sociais e o primeiro argumento para defender a sua inclusão na categoria genérica dos direitos fundamentais foi o reconhecimento da sua conexão com os direitos econômicos, sociais e culturais⁵⁴.

O objetivo era proporcionar a igualdade por meio da satisfação das necessidades básicas, sem as quais muitas pessoas não poderiam alcançar os níveis de humanidade necessários para desfrutar dos direitos individuais, civis e políticos, para participar com plenitude da vida política e para desfrutar de seus benefícios. Em definitivo, seus defensores pensavam que era um caminho adequado para se desenvolver a condição humana em plenitude, o que se pode chamar de autonomia ou independência moral, que até esse momento só era possível para pessoas cultas

⁵² Ibidem, p. 49.

⁵³ Ibidem, p. 56.

⁵⁴ Ibidem, p. 57.

e com recursos econômicos. A conquista do poder político, alcançado por meio da maioria parlamentar, era o caminho para se conquistar essas metas e o Estado social com sua função promocional, o instrumento de efetivação dos direitos econômicos, sociais e culturais. A explicação da aparição do fenômeno fascista e nazifascista está justamente relacionada com o progresso desses objetivos. Aqui a resistência foi radicalmente dura em relação ao direito de sufrágio e de associação a ponto de se abandonar as instituições que a burguesia havia criado implementando um totalitarismo que mantivesse seus privilégios e suprimisse as reivindicações dos trabalhadores. Essa dramática crise em que esses setores privilegiados se refugiaram em ideologias que integravam o capitalismo mais autoritário só se resolveu, a favor do Estado social, depois de uma cruel e terrível guerra mundial. Por outra parte, e também a partir dos primeiros anos deste século, uma corrente do marxismo, em sua interpretação Leninista, com uma implantação real na União Soviética e nos demais Estados comunistas, pretendeu construir a igualdade, prescindindo dos direitos econômicos, sociais e culturais, a partir de um Estado igualmente autoritário, dominado intelectualmente pelos partidos comunistas⁵⁵.

O colapso desse sistema político não contribuiu para suprimir o obstáculo que essa abordagem proporcionava para o conceito de direitos econômicos, sociais e culturais, porque potencializou uma crença que se arraigou por muitos anos sobre o valor do capitalismo e do mercado frente a inconveniência das ações positivas do Estado para solucionar insuficiências nas situações particulares. Por ironia da história, a queda dos sistemas comunistas reforçou as ideologias capitalistas que se propuseram a destruir. De todo modo, essa situação reforçou a rejeição e a resistência aos direitos econômicos e sociais desde os setores do liberalismo economicista até os partidários do Estado mínimo. Os interesses por detrás dessa rejeição são análogos aos que provocaram a aparição do totalitarismo na década de 30, mas com uma forma de expressão mais civilizada e a partir dos esquemas políticos do Estado parlamentar representativo, que integra os direitos individuais, civis e políticos⁵⁶.

No cenário atual, setores da doutrina, normalmente de inspiração liberal e conservadora, estão desafiando que os direitos econômicos, sociais e culturais, possam ser incluídos na categoria dos direitos fundamentais como os direitos individuais, civis e políticos⁵⁷. Para essa parte da doutrina, estes direitos são reduzidos a meros postulados políticos ou pretensões morais

⁵⁵ Ibidem, p. 58.

⁵⁶ Ibidem, p. 58 - 59.

⁵⁷ Cf. GARCIA, Maria. **Mas, quais são os direitos fundamentais?** In Revista de Direito Constitucional e Internacional. a. 10, n. 39, Abr / Jun. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 122 - 123.

que, embora incorporados às normas legais, não podem ser considerados direitos fundamentais. Essa posição ideológica é parte do prejuízo de uma tradição que situa o interesse privado como motor da ação humana e rejeita o papel protagonista dos poderes políticos, por meio de ações positivas, de ajudar todas as pessoas que não possam alcançar, por si mesmas, os níveis mínimos de humanização⁵⁸. Desta forma, considerar os direitos econômicos, sociais e culturais como direitos fundamentais é estabelecer a favor dos seus titulares uma prestação normalmente a cargo do poder público ou, em algumas situações, dos próprios particulares⁵⁹. Para se chegar a essa conclusão, deve-se considerar o objetivo final que os direitos cumprem na ética ou justiça pública, que é o conteúdo material do Direito⁶⁰.

O Direito, junto com os valores e princípios, forma a parte do conteúdo da justiça de uma sociedade democrática moderna cujo objetivo é ajudar todas as pessoas a alcançar o nível máximo de humanização possível em cada momento histórico, em outras palavras, ele é o meio pelo qual a organização social e política permite o máximo desenvolvimento das dimensões que moldam a dignidade da pessoa humana, isto é, decidir livremente sobre a vida privada, construir conceitos gerais e raciocínios, transmitir a semente da cultura como obra do homem na história, sua ideia de bem comum, virtude, felicidade e salvação conforme o ponto de vista em que se situa o homem. Cada grupo ou geração de direitos cumpre essa tarefa segundo suas próprias características e não existe motivo para excluir do conceito de direitos fundamentais qualquer dimensão que se situe dentro do objetivo que é comum a todas elas. O que identifica, por conseguinte, o conceito de direitos humanos e serve de justificação ou fundamento da sua existência é o protagonismo da pessoa no centro do ordenamento jurídico para que possa se desenvolver a dignidade humana. Se esse objetivo é alcançado a partir de uma pretensão jurídica, articulada com a técnica jurídica, atribuíveis a titulares idôneos e com possíveis conteúdos de uma relação obrigacional, se está diante dos direitos fundamentais. Todavia, cada tipo de direito, dentro das sucessivas gerações ou dimensões, se articula de modo diferente com relação aos elementos identificadores da universalidade e dos critérios de igualdade aplicáveis. A universalidade deriva de seu fundamento e do seu objetivo último, que pretende abarcar todas as pessoas, e os critérios da igualdade são aproximações da raiz moral, baseadas nesta finalidade, com a pretensão de organizar a vida social por meio do direito⁶¹.

⁵⁸ MARTÍNEZ, Gregorio Peces-Barba. **Derechos sociales y positivismo jurídico**, op cit., p. 59.

⁵⁹ Cf. MARQUES, Cláudia Lima. **O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis**. 2. ed. Revisada, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

⁶⁰ MARTÍNEZ, Gregorio Peces-Barba. **Derechos sociales y positivismo jurídico**, op cit., p. 61.

⁶¹ *Ibidem*, p. 62.

A primeira dimensão dos direitos, os civis e individuais, identificam-se com o ideal de igualdade e de universalidade desde o seu surgimento. Esse é o sentido do Art.1º da Declaração Francesa de 1789 quando sustenta que “os homens nascem livres e permanecem livres e iguais em direitos”. As diferenças entre as pessoas, em relação ao sexo, raça, religião, ideologia ou qualquer outra que se pode considerar, não são relevantes, não distinguem ou discriminam para fins de titularidade ou usufruto desses direitos. Todos são iguais desde o início e por isso não podem ser tratados de modo distinto em razão da raça, credo, poder econômico e gênero. Em síntese, a primeira dimensão dos direitos fundamentais, os direitos do homem, considera a universalidade como uma condição inicial igualitária independente das características de cada indivíduo. Em contrapartida, os direitos políticos não surgiram com uma generalização a priori, como o modelo anterior, porque, desde a burguesia, tentou-se restringir a cidadania àqueles setores sociais com poderes econômicos e com nível suficiente de educação e cultura. Já não eram direitos do homem, mas dos cidadãos, e, em suas primeiras formulações históricas, ambas condições não coincidiam, não só porque os estrangeiros careciam de direitos políticos, mas também porque aquelas pessoas que precisavam vender a sua força de trabalho para viver não podiam se ocupar dos assuntos políticos. Apenas com o decorrer do tempo e após uma larga e dura luta equiparando a condição de homem a de cidadão, os direitos políticos se identificaram com a relação de universalidade e igualdade daqueles. Assim, resume-se a situação atual dos direitos fundamentais de primeira dimensão apontando para a unidade dos direitos individuais, civis e políticos como um valor universal que traduz a ideia de tratamento igualitário sem qualquer discriminação⁶².

Em sentido oposto, os direitos econômicos, sociais e culturais não podem se orientar por meio de uma universalidade e igualdade como equiparação a priori, como os direitos de primeira dimensão, em razão de uma ideologia que rejeita qualquer apoio dos poderes públicos para as pessoas que não podem satisfazer por si mesmas as necessidades básicas de manutenção da condição humana. Todavia, o essencial para estabelecer o papel que ocupam é a finalidade e a forma que são implantados na realidade. Seu ponto de partida é a distribuição desigual da riqueza e da propriedade para que os vulneráveis possam alcançar o nível mínimo de humanidade e, conseqüentemente, desfrutarem plenamente dos direitos individuais, civis e políticos. Os direitos econômicos, sociais e culturais, pretendem, igual aos demais tipos de direitos fundamentais, favorecer a organização da vida social e o protagonismo da pessoa, mas

⁶² Ibidem, p. 63.

não partem da ficção, em que se baseiam os demais direitos, de que basta ostentar a condição humana para ser titular dos mesmos, mas tentam oferecer instrumentos aos menos favorecidos para que, de fato, possam competir e conviver com aqueles que não precisam desse auxílio. Consideram relevantes as diferenças e, por conseguinte, partem da discriminação de fato, econômica, social ou cultural, para proporcionar instrumentos em forma de direitos a quem se encontra em condições inferiores⁶³. Em outras palavras, os direitos sociais nasceram abraçados ao princípio da igualdade em sentido material, porque ao lado da definição da forma de Estado, do sistema de governo e da organização do poder, os direitos fundamentais integram não apenas parte da Constituição formal, mas o elemento central da Constituição material⁶⁴.

Já não se trata só de garantir ou proteger, nem abrir canais de participação, mas sim impulsionar ações positivas ou negativas, como o direito de sindicalização, greve, férias, repouso semanal remunerado, salário mínimo, limitação da jornada de trabalho⁶⁵, posto que os direitos não servem apenas para se proteger dos malefícios do poder, mas para obter os benefícios do poder. Por este motivo, a universalidade vista a partir dos direitos sociais não pode se situar desde o início porque ela é o objetivo que se encontra no momento da chegada, visto que os titulares dos direitos econômicos, sociais e culturais são os vulneráveis⁶⁶. O princípio da dignidade da pessoa humana, a igualdade, liberdade e justiça, os direitos dos trabalhadores e a prestações sociais, valores presentes também na Constituição Federal brasileira de 1988⁶⁷, constituem o legítimo Estado Democrático Social de Direito, cujo objetivo inarredável é efetivar a liberdade e a igualdade de oportunidades inerente a uma democracia guiada pelo valor da justiça material⁶⁸.

A fundamentalidade é inerente aos direitos fundamentais e a proteção da dignidade da pessoa humana, valor unitário do sistema jurídico, aponta para a sua proteção em um duplo sentido. Em sentido formal, a fundamentalidade ligada ao direito constitucional brasileiro se revela como parte integrante da Constituição escrita, situando os direitos fundamentais no ápice do ordenamento jurídico na qualidade de normas constitucionais submetidas aos limites de reforma constitucional⁶⁹ diretamente e imediatamente aplicáveis às entidades públicas e

⁶³ Ibidem, p. 64.

⁶⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais. 13. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018, p. 59.

⁶⁵ Ibidem, p. 48.

⁶⁶ MARTÍNEZ, Gregorio Peces-Barba. **Derechos sociales y positivismo jurídico**, op cit., p. 65.

⁶⁷ CRFB, Art. 1º e ss.

⁶⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**, op cit., p. 63.

⁶⁹ CRFB, Art. 60, §4º.

privadas. Já a fundamentalidade material decorre da estrutura básica do Estado e da sociedade, além da abertura a outros direitos fundamentais⁷⁰ não constantes do texto constitucional⁷¹.

Não obstante, somente a análise do conteúdo dos direitos fundamentais segundo a opção do Constituinte, da realidade social e da cultura de determinado país é que permite a verificação da sua fundamentalidade material, ou seja, da circunstância de conterem, ou não, decisões fundamentais relacionadas à estrutura do Estado e da sociedade, tendo como referência a dignidade da pessoa humana. É por essa razão que os direitos sociais são fundamentais no Brasil, mas não na Espanha, ainda que neste país haja importante desenvolvimento relacionado ao reconhecimento da eficácia e aplicabilidade aos princípios diretivos da ordem social⁷². Contudo, a positivação dos direitos sociais no Capítulo II da CRFB⁷³ deixa claro a sua condição de fundamentalidade, especialmente em decorrência da aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais⁷⁴ prevista neste diploma legal⁷⁵.

1.2 A perspectiva objetiva e subjetiva dos direitos fundamentais

Os direitos fundamentais constituem a principal garantia com que contam os cidadãos de um Estado de Direito do qual o sistema jurídico e político em seu conjunto se orienta com base no respeito e promoção da dignidade da pessoa humana em sua estrita dimensão individual (Estado Liberal de Direito) ou com a exigência da solidariedade corolária da ideologia social e coletiva da vida humana (Estado Social de Direito)⁷⁶.

Os direitos fundamentais se apresentam na normativa constitucional como um conjunto de valores objetivos básicos e, ao próprio tempo, como o marco da proteção das situações jurídicas subjetivas. Na perspectiva axiológica objetiva, os direitos fundamentais representam o resultado do acordo básico das diferentes forças sociais alcançado a partir da relação de tensão e dos consequentes esforços de cooperação para se atingir metas comuns⁷⁷.

Por esta concepção, os direitos fundamentais são um importante meio legitimador das formas constitucionais do Estado de Direito, melhor dizendo, sua função é sistematizar o

⁷⁰ CRFB, Art.5º, §2º.

⁷¹ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**, op cit., p. 75 e ss.

⁷² Ibidem, p. 76 - 77.

⁷³ CRFB, Art.6º ao 11.

⁷⁴ CRFB, Art.5º, §1º.

⁷⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**, op cit., p. 67 - 68.

⁷⁶ LUÑO, Antonio E. Perez. **Los Derechos fundamentales**. 9. Ed. Madrid: Tecnos, 2007, p.20.

⁷⁷ Ibidem, p. 20 - 21.

conteúdo axiológico objetivo do ordenamento democrático em que a maioria dos cidadãos prestam seu consentimento e condicionam seu dever de obediência ao direito por meio de um processo político livre e aberto como elemento informador do funcionamento de qualquer sociedade democrática⁷⁸.

Ao próprio tempo, os direitos fundamentais vão deixando de ser meros limites ao exercício do poder político, quer dizer, garantias negativas dos interesses individuais, para definir um conjunto de valores ou diretivas da ação positiva dos poderes públicos⁷⁹, pois os direitos fundamentais são limitáveis não só por razões de ordem subjetiva constituídas pelas liberdades inerentes à teoria liberal dos direitos fundamentais, mas também por razões objetivas consubstanciadas nas exigências da moral, da ordem pública e do bem-estar em uma sociedade democrática, que são suportes dos deveres fundamentais, cuja compreensão vai além dos meros limites aos direitos fundamentais⁸⁰.

Por ser expressão do conjunto de valores e decisões axiológicas básicas de uma sociedade consagrada na normativa constitucional, os direitos fundamentais contribuem com a maior amplitude e profundidade para conformar a ordem jurídica constitucional, isto é, respondem a um sistema de valores e princípios universais informadores do ordenamento jurídico⁸¹.

As implicações associadas à dimensão axiológica da função objetiva dos direitos fundamentais levam às seguintes consequências: i) o exercício de direitos subjetivos individuais está condicionado, de certa forma, ao seu reconhecimento pela comunidade na qual se encontra inserido e da qual não pode se dissociar; ii) os direitos fundamentais emanam ordens ao Estado no sentido de permanente concretização e realização destes e iii) os direitos fundamentais, na condição de normas que incorporam determinados valores e decisões essenciais, que caracterizam sua fundamentalidade, servem como vetores para o controle de constitucionalidade⁸².

Para além destas implicações, a perspectiva objetiva dos direitos fundamentais, na qualidade de efeitos potencialmente autônomos, também permitiu outros desdobramentos,

⁷⁸ Ibidem, p.21.

⁷⁹ Ibidem, p.21.

⁸⁰ NABAIS, José Casalta. **O dever fundamental de pagar impostos**, op cit., p. 31.

⁸¹ Ibidem, p.22.

⁸² SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**, op cit., p. 153.

como: i) a eficácia irradiante dos direitos fundamentais sobre as relações privadas, isto é, os direitos fundamentais não são apenas direitos oponíveis aos poderes públicos, mas também vinculam os particulares; ii) os deveres de proteção do Estado, no sentido de que este deve proteger os direitos fundamentais dos indivíduos não somente contra os poderes públicos, mas também contra agressões oriundas de particulares e até mesmo de outros Estados; iii) a criação, constituição de organizações ou instituições e procedimento, visto que a efetivação e a proteção dos direitos fundamentais são, ao mesmo tempo, dependentes da organização e do procedimento, mas também atuam sobre o direito procedimental e as suas estruturas organizacionais⁸³.

O mencionado processo de valorização dos direitos fundamentais na condição de norma de direito objetivo resultou em uma autêntica mutação dos direitos fundamentais provocada não só, mas especialmente, pela transição do modelo de Estado Liberal para o Estado Social Democrático de Direito e pela conscientização da insuficiência de uma concepção de direitos fundamentais subjetivos para a proteção e promoção do livre desenvolvimento da personalidade. Por isso, a problemática até hoje gira em torno de uma relação dinâmica e dialética entre questão de fato e questão de direito⁸⁴.

Sob outra perspectiva, a dimensão subjetiva dos direitos fundamentais determina o estatuto jurídico dos cidadãos frente suas relações com o Estado e entre si. Tais direitos tendem, portanto, a tutelar a liberdade, autonomia e segurança da pessoa não apenas perante o Estado, mas também em relação aos demais membros da sociedade⁸⁵. A característica marcante dessa perspectiva é a presença da capacidade jurídica do titular de um interesse juridicamente tutelado impor seu direito judicialmente perante um destinatário. A ideia do direito subjetivo consagrado por uma norma de direito fundamental se manifesta por meio de uma relação trilateral, formada entre o titular, o objeto e o destinatário do direito⁸⁶. Frente a complexidade do termo “direito subjetivo”, somente é possível afirmar que o seu objeto está vinculado à ausência de uniformidade relacionada ao espaço de liberdade individual, existência de distinções no que diz respeito ao grau de exigibilidade dos direitos individualmente considerados, de modo especial, os direitos a prestações materiais e ao fato dos direitos fundamentais constituírem posições

⁸³ Ibidem, p. 155 - 156.

⁸⁴ Ibidem, p. 157.

⁸⁵ LUÑO, Antonio E. Perez. **Los Derechos fundamentales**, op cit., p.22.

⁸⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**, op cit., p. 158 - 159.

jurídicas complexas, podendo conter liberdades, pretensões e poderes das mais diversas naturezas além de se dirigirem a diferentes destinatários.

Concebidos inicialmente como instrumentos de defesa dos cidadãos frente a onipotência do Estado, os direitos fundamentais não assistiam razão perante sujeitos da mesma categoria onde se desenvolvem as relações entre particulares. Essa abordagem obedecia a uma concepção puramente formal da igualdade entre os diversos membros da sociedade. Todavia, é fato notório que na sociedade neocapitalista esta igualdade formal não supõe uma igualdade material, e que nela o pleno gozo dos direitos fundamentais se vê, em muitas ocasiões, ameaçado na esfera privada por centros de poder não menos importantes que os dos órgãos públicos. Sendo assim, com a passagem do Estado Liberal para o Estado Democrático e Social de Direito, os direitos fundamentais foram estendidos a todos os setores do ordenamento jurídico e, portanto, também para o corpo das relações entre particulares. Esta ampliação da eficácia dos direitos fundamentais à esfera privada ou em relação a terceiros, também conhecida pela expressão *Drittwirkung* ou eficácia horizontal dos direitos fundamentais, faz necessária a atuação do poder público com o objetivo de promover as condições para que a liberdade e igualdade do indivíduo e dos grupos a qual ele pertence sejam reais e efetivas, assim como para remover os obstáculos que impliquem ou dificultem sua plenitude⁸⁷.

1.3 A eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas

A vinculação dos particulares a direitos fundamentais aparece relacionada na doutrina constitucional como um problema de vigência, validade ou de eficácia das normas de direitos fundamentais. Entretanto, vigência, validade e eficácia são atributos da norma jurídica que denotam significados diferentes⁸⁸.

A vigência é o atributo que torna exigível a obediência da norma jurídica em um determinado tempo e espaço. A validade se revela em relação à conformação da norma jurídica à norma de hierarquia superior e se distingue tanto sob o aspecto formal quanto sob o aspecto material. A validade formal se relaciona com a observância do processo de criação da norma jurídica, enquanto a validade material se refere à compatibilidade do conteúdo da norma inferior com a norma superior em uma relação de pertinência da norma com todo o sistema jurídico⁸⁹.

⁸⁷ LUÑO, Antonio E. Perez. **Los Derechos fundamentales**, op cit., p.23.

⁸⁸ STEINMETZ, Wilson. **A vinculação dos particulares a direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 40.

⁸⁹ *Ibidem*, p. 41.

Já a eficácia se refere à capacidade da norma para produzir efeitos e, por isso, não se confunde com a vigência e a validade. A eficácia também se diferencia em eficácia jurídica e social, a primeira diz respeito à propriedade técnica de produção de efeitos jurídicos e a segunda à sua consequente realização fática. Por isso, é útil atrelar o conceito de eficácia ao de eficácia jurídica e o de efetividade ao de eficácia social⁹⁰.

O tema da eficácia das normas constitucionais tem sido objeto de estudo da doutrina nacional com maior intensidade a partir da Constituição republicana de 1891, com destaque especial para a concepção clássica de Ruy Barbosa, formulada em razão dos seus estudos ao modelo norte-americano no que diz respeito a normas autoaplicáveis ou autoexecutáveis e normas não autoaplicáveis ou não autoexecutáveis, também denominadas de normas *self-executing*, *self-acting*, *self-enforcing* e normas *not self-executing*, *not self-acting* e *not self-enforcing*⁹¹.

A sequência doutrinária a respeito do tema evolui a partir do pensamento de Pontes de Miranda, que, embora influenciado pela teoria clássica, propõe uma terminologia diferenciada, classificando as normas constitucionais em dois grupos, normas que não precisam de regulamentação legislativa para alcançarem a sua eficácia e normas que necessitam de regulamentação infraconstitucional para surtirem a plenitude de seus efeitos. Além disso, Pontes de Miranda também reconheceu a existência de normas constitucionais programáticas, em virtude do fracasso do modelo liberal de Estado, reconhecendo a estas certo grau de imperatividade, na medida que restringem a liberdade do legislador, que não pode contrariar o programa prescrito constitucionalmente. A teoria clássica, apesar da sua importância, começa a ser rebatida por não ser compatível com o direito constitucional positivo, em especial com a Constituição de 1934, de viés expressivamente social e programático e com base na doutrina italiana e alemã do mesmo período. Por isso, a doutrina atual parte do princípio de que a maioria das normas constitucionais constitui direitos diretamente aplicáveis⁹².

A crítica em relação à doutrina clássica fica a cargo da expressão “autoaplicável”, visto que em razão de uma interpretação literal não poderiam ser regulamentadas ainda que o objetivo dessa regulamentação fosse para adaptá-las às transformações da sociedade, bem como do

⁹⁰ Ibidem, p. 46.

⁹¹ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**, op cit., p. 250.

⁹² Ibidem, p. 252. Cf. também BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Eficácia das normas constitucionais e direitos sociais**. São Paulo: Malheiros, 2010.

entendimento de que estas normas não produzem nenhum efeito, aduzindo que inexiste norma constitucional desprovida de eficácia, pois, ainda que a norma autoaplicável seja programática, ela contém princípios que estabelecem critérios para o legislador⁹³.

Em razão das críticas mencionadas, José Horácio Meirelles Teixeira passa a classificar as normas constitucionais em normas de eficácia plena e normas de eficácia limitada ou reduzida em razão do seu grau de eficácia. Deste modo, as normas de eficácia plena não se caracterizam pelo fato de exaurirem todos os seus efeitos, mas em virtude de reproduzirem seus efeitos essenciais. Por outro lado, as normas de eficácia limitada não produzem seus efeitos principais sem a intervenção do legislador⁹⁴. Ainda em relação à eficácia das normas constitucionais, José Afonso da Silva preconiza que as normas constitucionais podem ser divididas em três grupos: i) normas de eficácia plena; ii) normas de eficácia contida, iii) normas de eficácia limitada. As normas de eficácia plena seriam aquelas que não dependem do legislador para que alcancem total aplicabilidade. Já as normas de eficácia contida e de eficácia limitada, respectivamente, por não terem recebido regulamentação suficiente ou não terem sido regulamentadas, dependem de reserva legal para produzirem seus principais efeitos⁹⁵. Já após a vigência da Constituição de 1988, Maria Helena Diniz sistematiza as normas constitucionais em quatro grupos: i) normas com eficácia absoluta, isto é, inalteráveis; ii) normas de eficácia plena; iii) normas de eficácia relativa restringível; iv) normas com eficácia relativa, ou seja, que dependem de atuação do legislador⁹⁶.

Sem pretensão de esgotar o tema em questão, é possível afirmar que todas as normas constitucionais possuem um mínimo de eficácia. Portanto, realizadas as principais distinções dos atributos da norma jurídica, em especial em relação ao seu último plano, é notável que a eficácia das normas de direitos fundamentais nas relações jurídicas entre particulares descreve melhor o problema da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais, posto que não é possível aferir a validade das normas de direitos fundamentais nas relações jurídicas entre particulares, tendo em vista que as normas de direitos fundamentais são normas constitucionais, portanto, normas de máxima hierarquia do ordenamento jurídico. Do mesmo modo, é incorreto distinguir entre vigência imediata ou mediata, uma vez que a norma é vigente ou não é vigente⁹⁷.

⁹³ Ibidem, p. 253.

⁹⁴ Ibidem, p. 255.

⁹⁵ Ibidem, p. 256.

⁹⁶ Ibidem, p. 257.

⁹⁷ STEINMETZ, Wilson. **A vinculação dos particulares a direitos fundamentais**, op cit., p. 48 - 51.

Em contrapartida, as transformações do Estado de Direito não só determinaram a ampliação do âmbito da eficácia dos direitos humanos e dos direitos fundamentais como também contribuíram para o seu alargamento em virtude da ordem de valores objetiva pressupor que o reconhecimento da eficácia dos direitos humanos e dos direitos fundamentais no tráfego jurídico privado não pode estar à margem da Constituição⁹⁸. Por isso, afirmar que os direitos humanos não podem ser invocados nas relações entre particulares por vincularem apenas o Estado é equivocado, considerando que, a partir da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, a crescente tarefa de reconhecimento e positivação de uma lista de direitos considerados inerentes à condição humana e de vocação universal se desenvolveu sob a denominação do direito internacional dos direitos humanos. Contudo, em que pese a preponderância da fonte internacional, a denominação não é completamente estranha ao direito interno, e por essa razão é preciso destacar que o termo “direitos humanos” é empregado habitualmente tanto no plano internacional quanto no plano interno para designar direitos contidos em normas internacionais⁹⁹.

Devido à história e configuração do direito internacional, o Estado segue sendo o principal obrigado e responsável pelo cumprimento de normas internacionais. Porém, existem exceções que estabelecem deveres para o particular, como, por exemplo, as normas do Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC) que estabelecem direitos trabalhistas não só para os casos em que o Estado seja o empregador, mas fundamentalmente para os casos em que o empregador é um particular. Por isso, o direito ao gozo de condições de trabalho equitativas e satisfatórias¹⁰⁰ que assegurem, entre outras coisas, um salário equitativo e igual por trabalho de igual valor, em especial entre homens e mulheres, seguridade e higiene no trabalho, descanso, desfrute do tempo livre, limitação razoável das horas de trabalho, férias periódicas pagas e remuneração dos dias festivos, estabelecem obrigações tanto para os empregadores públicos como privados¹⁰¹.

A Corte Interamericana de Direitos Humanos, por meio da Opinião Consultiva nº 18/03 solicitada pelo governo mexicano, também confirmou que os direitos fundamentais dos

⁹⁸ DUQUE, Marcelo Schenk. **Direito privado e Constituição**: drittwirkung dos direitos fundamentais, construção de um modelo de convergência à luz dos contratos de consumo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 59.

⁹⁹ COURTIS, Christian. La eficacia de los derechos humanos en las relaciones entre particulares. In: MONTEIRO, António Pinto et al. (Org.). **Direitos fundamentais e Direito Privado**: uma perspectiva de direito comparado. Coimbra: Almedina, 2007, p. 81 - 82.

¹⁰⁰ Art. 7º do PIDESC.

¹⁰¹ COURTIS, Christian. COURTIS, **Direitos fundamentais e Direito Privado**, op cit., p. 85.

trabalhadores imigrantes em situação irregular derivados do direito internacional devem ser respeitados tanto pelo Estado quanto pelos empregadores¹⁰². Para a Corte Interamericana de Direitos Humanos, em uma relação de trabalho 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 também derivam efeitos em relação a terceiros. Esta obrigação tem sido 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 uma relação com outros particulares¹⁰³.

Desta forma, a obrigação de respeito e garantia dos direitos humanos, que normalmente tem seus efeitos nas relações entre os Estados e os indivíduos submetidos a sua jurisdição, também projeta seus efeitos nas relações interindividuais. E no tocante à presente Opinião Consultiva, ditos efeitos ganham relevo no marco da relação de trabalho privada, porque o empregador deve respeitar os direitos humanos de seus trabalhadores, o que não significa dizer que no setor público os mencionados direitos não devem ser respeitados. Pelo contrário, o respeito aos direitos humanos dos trabalhadores imigrantes tem um efeito direto em qualquer tipo de relação de trabalho, tanto quando o Estado é o empregador como quando é um terceiro, pessoa física ou jurídica¹⁰⁴.

A Convenção para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher constitui outro catálogo de direitos que vinculam tanto a esfera pública como a esfera privada, pois, dentre os direitos e deveres elencados, os Estados partes se comprometem: i) a tomar todas as medidas apropriadas para eliminar a discriminação da mulher praticada por qualquer pessoa, organizações ou empresas; ii) a modificar os padrões socioculturais de condutas de homens e mulheres, com o objetivo de alcançar a eliminação dos prejuízos e das práticas costumeiras ou de qualquer outra índole que estão baseados na ideia de inferioridade ou superioridade de qualquer dos sexos ou em funções estereotipadas de homens e mulheres; iii) a impedir a discriminação contra a mulher por razões de matrimônio ou maternidade e assegurar a efetividade do seu direito de trabalhar, proibindo, sob pena de sanções, a demissão por motivo de gravidez ou licença maternidade ou em razão do estado civil; iv) a implantar a licença-

¹⁰² Ibidem, p. 85.

¹⁰³ Ibidem, p. 86.

¹⁰⁴ Ibidem, p. 87.

maternidade remunerada ou com prestações sociais equivalentes sem a perda do emprego e dos benefícios sociais¹⁰⁵.

Em relação aos direitos e deveres mencionados, é evidente que a modificação dos padrões socioculturais não se limita aos Estados, uma vez que inclui fundamentalmente homens e mulheres da sociedade civil. Do mesmo modo, a imposição de proibições, como a proibição da demissão de uma mulher em razão de uma gravidez, e de obrigações, como a implementação de uma licença-maternidade remunerada, abarca obviamente os empregadores privados, que são os que vão sofrer a sanção ou sofrer o encargo com o pagamento da respetiva licença¹⁰⁶.

Contudo, as obrigações de respeito não se limitam apenas aos casos expressamente previstos e, por esse motivo, influentes teóricos dos direitos humanos elaboraram um esquema de interpretação dos graus de obrigações, aplicável a todo direito humano que tenha sido adotado também pelos órgãos de supervisão dos pactos internacionais. Em um segundo grau de obrigações, consiste naqueles deveres estatais relativos ao controle de possíveis afetações à propriedade protegida por um direito por parte de outros particulares, denominadas de obrigações de proteção¹⁰⁷.

Ao positivar bens como a vida, a integridade física, a liberdade pessoal, a liberdade de expressão, a vida privada, a saúde ou moradia, os tratados internacionais de direitos humanos prescrevem sua proteção, independentemente de quem os ameace. Apesar disso, este panorama levanta uma série de questionamentos: i) que sentido teria normas internacionais estabelecerem direitos que constituem a fonte de obrigações para os particulares se eles não são responsáveis frente ao direito internacional e não estão sujeitos a sua jurisdição? ii) se apenas o Estado pode ser responsabilizado internacionalmente por estar submetido aos órgãos de controle de obrigações em matéria de direitos humanos, do que servirá inferir de um tratado internacional obrigações para os particulares? iii) qual seria o sentido de um tratado mencionar obrigações aos particulares?¹⁰⁸

Quando o direito internacional estatui obrigações entre particulares, a correlativa afetação do direito contra seu titular e a ausência de sanção ou reparação ocasiona a

¹⁰⁵ Ibidem, p. 91 - 92.

¹⁰⁶ Ibidem, p. 92.

¹⁰⁷ Ibidem, p. 94 - 95.

¹⁰⁸ Ibidem, p. 96.

responsabilidade do Estado por falta de proteção. Essa resposta, porém, é parcial e incompleta, já que perde de vista os possíveis efeitos do direito internacional sobre o plano doméstico¹⁰⁹.

Os Estados se obrigam a desenvolver normativamente a nível doméstico as posições jurídicas oriundas dos tratados de direito humanos abrangendo o Estado e também os particulares. Por essa razão, essa temática leva ao diálogo entre o direito internacional e o direito interno em matéria de direitos humanos, de modo que o primeiro problema relevante se torna o sistema de incorporação do direito internacional no plano jurídico interno. O tema da incorporação é extremamente relevante, porque, uma vez internalizada uma norma internacional, a suposta dissonância das normas internacionais de obrigações para sujeitos privados que não estão sob a sua jurisdição se dissolve, visto que, ao ser incorporada ao direito interno, a norma internacional que estabelece obrigações para os particulares não levanta nenhuma contradição porque os particulares são sujeitos ativos e passivos do direito doméstico. Apesar disso, a eleição de sistemas distintos de incorporação ocasiona também consequências distintas. Nos sistemas de inspiração dualistas, típicos da tradição anglo-saxã, as normas internacionais não se incorporam diretamente ao direito interno. Para que os direitos estabelecidos em um tratado de direitos humanos, com sua respectiva configuração de posições jurídicas, se integrem ao direito local, é necessário que uma norma de caráter local, geralmente uma lei em sentido formal, reproduza os conteúdos desses direitos. Nesses sistemas, está claro que as normas internacionais de direitos humanos não constituem fonte de obrigações para os particulares. No entanto, se o conteúdo das normas internacionais de direitos humanos é reproduzido plenamente em uma norma interna, pouco importa qual seja a fonte da obrigação e por esse motivo a norma local consagra direitos que criam obrigações entre os particulares¹¹⁰.

Em contrapartida, nos sistemas de inspiração monista, que foram adotados pela grande maioria dos países latino-americanos, a situação é diversa. A ratificação de uma norma internacional vigente se converte em parte do direito interno. E, no plano do direito internacional, o responsável segue sendo o Estado, enquanto no plano jurídico interno a questão se modifica substancialmente. Se a norma internacional consagra direitos que configuram posições jurídicas nas quais os particulares são sujeitos passivos, esses direitos, uma vez convertidos em direitos domésticos, são fontes diretas de obrigações entre particulares¹¹¹.

¹⁰⁹ Ibidem, p. 96.

¹¹⁰ Ibidem, p. 97.

¹¹¹ Ibidem, p. 98.

Entretanto, também é preciso fazer algumas ponderações vinculadas a outro problema, qual seja, a hierarquia normativa tanto da norma interna que reproduz as disposições de um tratado de direitos humanos, nos sistemas de inspiração dualista, como da norma internacional incorporada ao direito interno, nos sistemas de inspiração monista. No primeiro caso, se a norma interna é uma norma infraconstitucional, os direitos humanos consagrados por essa norma serão direitos mais débeis dos que os denominados direitos fundamentais ou direitos constitucionais e poderão ser derogados por uma norma da mesma espécie legislativa posteriormente. Nesse sentido, serão direitos de menor grau de proteção em relação aos estabelecidos em uma Constituição. No segundo caso, a norma internacional incorporada ao direito interno possui hierarquia constitucional e, por isso, é superior à lei ordinária. O grau de proteção também pode ser intermediário quando a norma internacional for inferior à Constituição, mas superior à lei ordinária¹¹².

Uma segunda reflexão, bastante óbvia, está relacionada com o grau de generalidade da configuração dos direitos humanos, pois independentemente da hierarquia normativa dos tratados internacionais no plano doméstico, hierarquia supraconstitucional, constitucional, inferior à Constituição, mas superior à lei ordinária ou idêntica a essa espécie legislativa, além de outras variantes, como a distinção entre hierarquias segundo o tipo de tratados, desde o ponto de vista conceitual, o grau de generalidade das normas de tratados internacionais se aproxima do grau de generalidade das normas constitucionais. Isso significa que o grau de detalhe do conteúdo dos direitos humanos positivados nos tratados internacionais é similar ao grau de detalhe dos direitos fundamentais positivos em uma Constituição. Mas para além das divergências pontuais, o certo é que, regularmente, o conteúdo dos direitos incluídos tanto em uma Constituição como em um tratado de direitos humanos possui um grau de generalidade que requer, para a sua concreta aplicação, uma tarefa de especificação normativa que defina claramente os sujeitos obrigados, o alcance das obrigações, as garantias frente aos descumprimentos dessas obrigações, dentre outras especificidades. Esta tarefa de especificação corresponde, inicialmente, nos sistemas democráticos-representativos, ao Legislativo, ainda que o Poder Executivo e o Poder Judiciário também possam ter um papel importante para esse empreendimento¹¹³.

¹¹² Ibidem, p. 99.

¹¹³ Ibidem, p. 99 - 100.

A doutrina denomina esse problema em virtude da autoexecutoriedade das normas de direito internacional diretamente vinculada com a incorporação do tratado ao ordenamento jurídico interno. A questão da incorporação do tratado no plano jurídico interno é um tema a ser resolvido pelo direito constitucional de cada país. Já a questão da chamada autoexecutoriedade de um tratado independe do sistema de incorporação e se resolve basicamente a partir da análise do grau de generalidade de suas cláusulas, enquanto o sistema de incorporação se refere à totalidade do instrumento internacional, a questão da autoexecutoriedade requer uma análise de cláusula por cláusula em virtude de existirem alguns tratados que incluem algumas obrigações que podem ser diretamente aplicáveis e outras que dependem de regulamentação legislativa¹¹⁴.

Isso significa que a autoexecutoriedade não pode prescindir de um tratado, mas das cláusulas particulares desse tratado. Nesse contexto, chega-se a algumas consequências relevantes. A primeira é que embora um direito previsto em um tratado de direitos humanos estabeleça obrigações para particulares, mesmo quando esse tratado seja incorporado diretamente por via de reprodução em uma norma jurídica ao direito interno, existe um grau de possibilidade de que essa positivação seja de caráter geral e não possa ser diretamente aplicável por seu titular por não existir uma especificação concreta do sujeito obrigado e do alcance dessa obrigação. Neste caso, para que o direito humano seja efetivo frente a um particular, é preciso o seu detalhamento por meio de normas jurídicas inferiores. Esta conclusão não é absoluta, porque existem casos em que, ao menos parcialmente, o conteúdo do direito surge de forma mais ou menos completa por um pacto de direitos humanos e por esse motivo é possível aplicá-lo diretamente em um ou mais aspectos. No entanto, via de regra, o direito necessitará de uma regulamentação legislativa, quer dizer, ainda que uma norma internacional mencione obrigações para os particulares, essas obrigações requerem, em grande medida, para poderem ser exigidas, um detalhamento posterior¹¹⁵.

A segunda consequência é que a margem de apreciação ou discricionariedade que os tratados de direitos humanos concedem ao Estado o habilita em grande medida para impor obrigações aos particulares, sempre que essa imposição for direcionada a tornar efetivos os direitos consagrados nos tratados. Como os titulares de direitos humanos são as pessoas, a imposição de obrigações a outros particulares para garantir esses direitos significa, em muitos

¹¹⁴ Ibidem, p. 100 - 101.

¹¹⁵ Ibidem, p. 101.

casos, o estabelecimento, pela via ordinária, de relações obrigacionais entre particulares, ocasionadas pela regulamentação de um direito contido em um pacto internacional. Ainda que não se trate de um conteúdo ordenado pelo pacto de direitos humanos, o certo é que o pacto autoriza a imposição de uma obrigação sobre um particular e, nessa medida, a regulamentação opera como norma que outorga eficácia a um direito humano nas relações entre particulares¹¹⁶.

Um exemplo argentino pode ilustrar bem essa afirmação, posto que, antes da reforma constitucional de 1994, a Constituição argentina não previa o direito à saúde ou à assistência sanitária. Depois da reforma, era possível extrair, da Constituição Argentina, alguns dispositivos isolados sobre a proteção dos consumidores nas relações de consumo envolvendo o direito da saúde. A concessão de hierarquia constitucional a vários tratados internacionais de direitos humanos ampliou a lista de direitos com hierarquia constitucional e incorporou o direito à saúde, reconhecido, entre outros instrumentos, no Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC) e na Convenção sobre os Direitos das Crianças, ao ordenamento jurídico interno. O desenvolvimento legislativo do sistema de saúde argentino inclui, no entanto, obrigações de sujeitos não estatais, como as obras sociais de gestão sindical e as empresas de medicina privada de caráter lucrativo, embora nenhum dos instrumentos obriguem o Estado a impor obrigações aos indivíduos para tornar efetivo o direito à saúde. O fato é, uma vez estabelecidas pela via legislativa estas obrigações, os particulares são responsáveis pela garantia do direito humano à saúde, podendo inclusive figurar como sujeitos passivos nas reclamações por parte dos titulares deste direito no caso de descumprimento de obrigações¹¹⁷.

Nos regimes em que os tratados internacionais se incorporam ao direito doméstico, a relação entre as normas de direito internacional dos direitos humanos e direitos fundamentais requer também uma análise mais detalhada, em razão do bloco de constitucionalidade abranger direitos de diversas origens, implica em uma superposição normativa enfrentada nas seguintes hipóteses: i) os direitos reconhecidos na Constituição também são consagrados nos pactos de direitos humanos de hierarquia constitucional; ii) a Constituição consagra direitos não reconhecidos nos pactos de direitos humanos de hierarquia constitucional; iii) os pactos de direitos humanos reconhecem direitos não consagrados pela Constituição¹¹⁸.

¹¹⁶ Ibidem, p. 102.

¹¹⁷ Ibidem, p. 102 - 103.

¹¹⁸ Ibidem, p. 104.

A primeira hipótese também admite uma variável importante, às vezes, mesmo que os direitos reconhecidos sejam basicamente os mesmos, o direito internacional ou o direito interno regula o seu conteúdo com maior detalhe. Por esse motivo, do ponto de vista hermenêutico, este bloco requer uma interpretação conjunta que permita articular os distintos direitos previstos nos vários instrumentos, independentemente da fonte normativa. Assim sendo, a diferença entre direitos fundamentais e direitos humanos se torna difusa como consequência da coexistência de direitos por meio de um diálogo de fontes¹¹⁹.

A incorporação das normas internacionais de pactos de direitos humanos ao direito doméstico também dá origem a um dos critérios hermenêuticos centrais para a interação de direito constitucional e internacional. O princípio *pro homine* ou *pro hominis* prescreve que, no caso de existir várias normas ao mesmo tempo dispendo sobre direitos humanos, deve ser aplicada a que for mais favorável à pessoa titular do direito. O princípio mencionado é utilizado como critério fundamental de interpretação desses direitos e por meio dele é possível harmonizar diversos aspectos do mesmo direito reconhecido em fontes diversas¹²⁰.

Para aclarar o que foi mencionado, segue o exemplo argentino do reconhecimento do direito à educação. A regulamentação constitucional se limita à obrigação das províncias garantirem a educação primária e a liberdade de aprendizado. Ao integrar este direito com as disposições correspondentes, pelo menos dos tratados de hierarquia constitucional, PIDESC e Convenção sobre os Direitos das Crianças, o conteúdo desse direito é ampliado de modo relevante. De início, se ampliam e se especificam com mais detalhe as obrigações estatais, já que não se trata apenas de assegurar a educação primária, mas sim a educação primária, gratuita e obrigatória para todos; tornar acessível o ensino secundário, inclusive o ensino técnico e profissional, e o ensino superior. Também se consagra a liberdade dos pais na escolha das escolas para seus filhos e a liberdade dos setores privados para estabelecerem e dirigirem as instituições de ensino. Outrossim, também se impõe aos particulares os objetivos e as diretrizes educacionais e as condições para o funcionamento dos estabelecimentos de ensino privado. Para além do diálogo de fontes, existem outras normas que requerem uma interpretação conjunta por via do princípio *pro homine*. São as normas que se referem à limitação ou restrição e suspensão de direitos. De modo geral, é possível dizer que as constituições estabelecem a base do exercício

¹¹⁹ Ibidem, p. 104. Cf. MARQUES, Claudia Lima. **Diálogo das fontes**: do conflito à coordenação de normas do direito brasileiro. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. No mesmo sentido, MARQUES, Claudia Lima. **O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis**. 2. ed. Revisada, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

¹²⁰ Ibidem, p. 105.

da faculdade de regulamentação dos direitos fundamentais contidos nelas. Na Constituição argentina, a garantia de reserva legal, o respeito ao princípio da razoabilidade e a alteração substancial do direito são três exemplos da intenção de se disciplinar os critérios de regulamentação¹²¹.

Os tratados internacionais de direitos humanos também incluem cláusulas sobre o alcance e a possibilidade de regulamentação e restrição aos direitos por eles consagrados, mas estas se diferenciam entre cláusulas genéricas ou cláusulas específicas. Assim sendo, nas cláusulas genéricas, as fórmulas reconhecidas por vários pactos de direitos humanos são relativamente similares, prescrevem que as limitações aceitas devem ser introduzidas por meio de uma lei, apenas na medida que seja compatível com a natureza desse direito e com o objetivo de promover o bem-estar de uma sociedade democrática. Por outro lado, as cláusulas específicas estabelecem uma lista taxativa de critérios a partir dos quais é possível restringir direitos. O sentido da regulamentação ou restrição de direitos autorizada pelos tratados ao Estado é justamente a defesa de um direito ou o interesse de um particular. Nestes casos, o próprio tratado se converte em fonte direta de autorização e imposição de obrigações entre particulares. Um bom exemplo disso é a previsão contida no art.13, “2”, “b”, da Convenção Americana de Direitos Humanos, relativa à possibilidade de impor responsabilidades ulteriores ao exercício da liberdade de expressão¹²².

Existem, todavia, outras hipóteses interessantes nos pactos de direitos humanos, vinculadas teoricamente, mas não idênticas à anterior. Se trata dos casos em que uma cláusula de um pacto de direitos humanos autoriza a imposição de limites aos direitos e obrigações estabelecidos entre particulares, tendo como objetivo a proteção de um direito humano. A diferença central com o caso anterior é que, enquanto as cláusulas de limitação e restrição de direitos se referem ao alcance das faculdades do Estado de regulamentar os direitos humanos consagrados pelo respectivo instrumento internacional, nesta hipótese o instrumento internacional, por uma questão de proteger o direito que ele consagra, permite ao Estado restringir um direito distinto cujo titular pode ser um particular. O art.11 do PIDESC é um bom exemplo de restrição a um direito e obrigação justificada a partir da proteção a um direito humano, porque a norma prescreve que ninguém será preso apenas pelo fato de não poder cumprir uma obrigação contratual. Neste caso, se restringe os direitos dos credores de cobrar

¹²¹ Ibidem, p. 106 - 107.

¹²² Ibidem, p. 108.

seu crédito e a obrigação do particular de responder por ele, excluindo como meio possível de ameaça a privação da liberdade por uma questão de proteção ao direito de liberdade¹²³.

Por todo o exposto, a tese da ineficácia dos direitos humanos nas relações entre particulares é uma ideia equivocada, apegada excessivamente à doutrina tradicional do direito internacional. Nada obstante, a questão ganha ainda mais relevância quando se constata que grande parte dos países tem experimentado um processo de privatização e desregulamentação que coloca nas mãos dos atores privados funções anteriormente desempenhadas pelo Estado e, por essa razão, é preciso colocar alguns dogmas de lado para abrir os olhos aos novos desafios para a proteção dos direitos humanos¹²⁴.

Por outro lado, a vinculação dos direitos fundamentais aos particulares também apresenta particularidades distintas conforme o ordenamento jurídico de cada país. Em Portugal, o problema da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais teve maior relevância em relação aos direitos civis e políticos do que em relação aos direitos econômicos, sociais e culturais, em virtude da Constituição portuguesa, no seu art. 18.º, n.º 1, consagrar que os preceitos constitucionais respeitantes daqueles direitos são diretamente aplicáveis e vinculam as entidades públicas e privadas. Outro motivo para os direitos civis e políticos terem ganhado maiores contornos está ligado ao fato dos tribunais portugueses reconhecerem os direitos econômicos, sociais e culturais como normas programáticas, legitimadoras de restrições a outros direitos, mas não como direitos subjetivos que fundamentam a exigência de prestações perante o Estado. Apesar disso, não é pacífico na doutrina portuguesa que a controvérsia a respeito da eficácia horizontal dos direitos fundamentais tenha sido solucionada com base no dispositivo mencionado¹²⁵.

Seja como for, o controle da constitucionalidade do Tribunal Constitucional português é um controle de normas, e não das próprias decisões administrativas e judiciais, de modo que a conformação dos direitos fundamentais é realizada pelo Tribunal com base na atividade do legislador. Assim, o problema da eficácia horizontal aparece de forma indireta, tendo em vista que este Tribunal não decide diretamente sobre a relação entre particulares. Entretanto, a experiência portuguesa tem demonstrado que o controle de normas pela jurisdição

¹²³ Ibidem, p. 109.

¹²⁴ Ibidem, p. 110.

¹²⁵ PINTO, Paulo Mota. A influência dos direitos fundamentais sobre o direito privado português. In: MONTEIRO, António Pinto et al. (Org.). **Direitos fundamentais e Direito Privado**: uma perspectiva de direito comparado. Coimbra: Almedina, 2007, p. 147 - 148.

constitucional parece demonstrar que pela via da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais e da jurisdição constitucional é possível obter resultados que se aproximam de uma eficácia imediata e horizontal nas relações entre particulares¹²⁶.

Entre os juristas espanhóis, a maioria se inclina por aceitar uma vigência de boa parte dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, afastando-se da concepção tradicional de que estes direitos são oponíveis apenas em relação ao Estado. No entanto, estes direitos têm experimentado profundas alterações provenientes das mudanças sócio-políticas que os circundam. Por isso, os direitos fundamentais possuem conteúdo variável, condicionado à defesa da dignidade da pessoa humana frente os poderes e métodos que em cada situação os ameacem¹²⁷.

Poucas categorias jurídicas se mostram tão permeáveis à evolução dos estandartes culturais como a dos direitos fundamentais. Assim, não é compreensível que se mantenha, a todo custo, uma fidelidade doutrinária à determinada concepção imutável destes direitos, que tiveram sentido em um determinado momento, mas que hoje se encontra defasada. Na verdade, o que precisa ser feito é uma reconstrução da teoria dos direitos públicos subjetivos adequada à realidade contemporânea. O protagonismo dos direitos fundamentais na cultura jurídica atual radica no fato das normas que os reconhecem serem de aplicação direta e imediata, de substrato muito aberto, que tende a se expandir, a penetrar e preencher impetuosamente todos os interstícios do ordenamento jurídico. Essa dinâmica parece imparável, porque, se por um lado há cada vez mais conflitos envolvendo particulares, por outro, os juízes tendem a buscar apoio diretamente em um direito fundamental para extrair a regra da decisão para o caso concreto¹²⁸.

Durante os últimos anos, tem se expandido a concepção de que a proteção dos direitos constitucionais é incompleta caso não tutele os ataques aos sujeitos privados ou do próprio Estado quando atue no âmbito do direito privado. Esta realidade é cada vez mais complexa e não pode ser evitada pelo jurista, já que frente a concepção unidirecional dos direitos de liberdade, no Estado social de direito se abre um novo passo para se compreender as relações

¹²⁶ Ibidem, p. 158 e ss.

¹²⁷ UBILLOS, Juan María Bilbao. La eficacia frente a terceros de los derechos fundamentales em el ordenamento español. In: MONTEIRO, António Pinto et al. (Org.). **Direitos fundamentais e Direito Privado: uma perspectiva de direito comparado**. Coimbra: Almedina, 2007, p. 165.

¹²⁸ Ibidem, p. 166.

entre o Estado e a sociedade, desmascarando a ficção vinculada ao desfrute da liberdade na esfera social à mera afirmação do princípio da igualdade jurídica¹²⁹.

Hoje, como ontem, a realidade desmente a existência de um paridade jurídica em boa parte dos vínculos entabulados entre os sujeitos privados, porque o direito privado também reconhece o fenômeno da autoridade, do poder, como capacidade de determinar ou condicionar juridicamente ou faticamente as decisões, de influir eficazmente no comportamento, de impor a própria vontade a terceiros, basta, para tanto, olhar ao redor e observar atentamente a realidade social em que se está inserido. A progressiva multiplicação dos centros de poder privado e a enorme magnitude adquirida por alguns deles representa, na atualidade, uma ameaça indesejável para as liberdades individuais¹³⁰.

Correlativamente, são registradas situações de sujeição virtual, nas quais as partes contratantes não dispõem da mesma liberdade fática para celebrar ou não uma determinada relação jurídica, que se presume voluntária, ou das mesmas possibilidades para estabelecerem o conteúdo final das cláusulas pactuadas, bem como de exigirem o seu cumprimento. Isto ocorre quando, de fato, umas das parte não possui outra alternativa senão a de aceitar as condições impostas ou umas das condições ditadas unilateralmente. É evidente, por exemplo, que o estado de dependência econômica do assalariado o obrigaria muitas vezes a aceitar as condições impostas pelo empregador no contrato individual de trabalho. Nestes casos, a desigualdade se converte em uma ausência de liberdade. Por trás destas manifestações de concentração e monopólio do poder social, econômico ou informativo, se esconde a posição privilegiada de certos indivíduos e organizações cujo predomínio anula ou compromete gravemente o mínimo de liberdade e igualdade que constitui o pressuposto da autonomia privada. Por essa razão, não parece muito exata a expressão “eficácia horizontal dos direitos fundamentais”, já que a relação de subordinação oriunda da autoridade entre uma pessoa ou entidade não é necessariamente horizontal. A disparidade material entre as partes permite que a parte dominante por razões econômicas ou sociais condicione a decisão da parte mais vulnerável. Nestes casos, o que se exerce é um poder formalmente privado, mas como forma de coação e autoridade semelhantes a dos poderes públicos. As decisões desses poderes de supremacia privada, aos que se atribuem com frequência amplas faculdades de autotutela, são muitas vezes tão imperativas e

¹²⁹ Ibidem, p. 166.

¹³⁰ Ibidem, p. 167.

imediatamente executáveis como as de um órgão administrativo que se produz, em suma, uma aproximação substancial entre as relações públicas e privadas¹³¹.

Ninguém pode ser surpreendido em razão da gênese e desenvolvimento mais fértil da teoria da *Drittwirkung* ter tido como cenário o campo das relações de trabalho. Essa especial receptividade não é casual e se explica pela nota de subordinação intrínseca ao cumprimento da prestação dos serviços pelo trabalhador, porque mesmo que a empresa tenha deixado de ser uma zona franca onde o empresário exerce sua autoridade, o certo é que, como organização econômica, estruturada hierarquicamente, a empresa gera uma situação de poder e, correlativamente, outra de subordinação. Logo, os poderes do empresário, poder de direção e poder disciplinar, constituem uma potencial ameaça para os direitos fundamentais do trabalhador¹³².

Por outra parte, a polêmica em torno da eficácia vinculante dos direitos fundamentais está indissociavelmente ligada à condição normativa da Constituição, mais especificamente com seu caráter de norma básica e elemento central da unidade de todo o ordenamento jurídico. A Constituição deixou de ser simplesmente o estatuto do poder público para se converter no ordenamento jurídico fundamental da comunidade. Não há dúvidas de que as relações entre os cidadãos e os poderes públicos formam parte do núcleo duro da matéria constitucional, mas em um Estado social como o da Espanha também são materialmente constitucionais os princípios reguladores das relações sociais e das relações que se estabelecem entre particulares¹³³.

Este enfoque unitário, que tende a superar o tradicional isolamento da Constituição com o resto do ordenamento, possui uma grande transcendência na medida em que impede o direito constitucional e o direito privado de serem concebidos como compartimentos estanques, como mundos separados que discorrem em paralelo e estão governados por lógicas radicalmente diferentes. Isso não quer dizer que a Constituição regule detalhadamente todos os aspectos da vida social, mas apenas salienta uma série de princípios básicos dotados de uma força especial de irradiação. A reconstrução do ordenamento no código constitucional implica que todas as normas de direito privado sejam reinterpretadas à luz da Constituição. Para tanto, é necessário adotar uma nova perspectiva que leve em consideração as múltiplas dimensões da liberdade, sem mutilações, sem reducionismos, porque a liberdade, como capacidade de

¹³¹ Ibidem, p. 167 - 168.

¹³² Ibidem, p. 168.

¹³³ Ibidem, p. 169.

autodeterminação, é indivisível e o homem dos dias atuais está submetido a múltiplas dependências sociais que exigem a proteção da liberdade para além das ingerências estatais. A posição de superioridade e consequentemente a propensão ao abuso ou arbitrariedade não é uma característica exclusiva do poder público. Certamente, a ameaça do poder estatal segue gravitando sobre o exercício dos direitos individuais, mas esta ameaça não é, ao final das contas, senão um aspecto particular de um fenômeno mais geral, a ameaça que o forte faz pesar sobre a liberdade do mais vulnerável¹³⁴.

O direito não pode ignorar o fenômeno do poder privado, porque afrontar a realidade é dar uma resposta apropriada, que não poderá vir sempre do clamor ao dogma da autonomia privada, um princípio seriamente corroído na experiência do trafego jurídico privado. Nunca é demais recordar que a desigualdade inicial entre as partes em uma relação de trabalho tem origem no desligamento das normas laborais do tronco comum dos direitos dos contratos e da configuração do direito do trabalho como um ordenamento compensador, com uma finalidade de proteção dos interesses objetivamente mais vulneráveis, por meio de normas imperativas que limitam o jogo da autonomia negocial. Os direitos fundamentais devem ser protegidos, portanto, frente o poder, sem ressalvas, e no sistemas de garantias, para ser coerente e eficaz, deve ser polivalente, deve operar em todas as direções. Não há razões para pensar que o problema subjacente muda dependendo da origem da agressão sofrida por uma certa liberdade. O tratamento dever ser, essencialmente, o mesmo¹³⁵.

A questão, de profunda importância dogmática, frente a eficácia perante terceiros, possui no ordenamento espanhol uma dimensão processual, já que se atribui ao Tribunal Constitucional a competência para reconhecer, pela via do recurso extraordinário, violações de determinados direitos de categoria constitucional. A Lei Orgânica do Tribunal Constitucional espanhol (LOTIC) exclui do âmbito objetivo do procedimento constitucional de amparo as pretensões que não se dirijam contra os atos dos poderes públicos, porém essa previsão legal não possui o alcance que lhe fora atribuído. No ordenamento jurídico espanhol, a tutela judicial dos direitos fundamentais frente a eventuais ataques de particulares está processualmente garantida no primeiro escalão do sistema de proteção, que fica a cargo da jurisdição ordinária. Por um lado, a Constituição espanhola consagra o caráter universal do direito à tutela judicial efetiva no exercício de qualquer direito ou interesse legítimo, sendo irrelevante, para este efeito,

¹³⁴ Ibidem, p. 169.

¹³⁵ Ibidem, p. 170.

o estatuto público ou privado da causa presumida da lesão. Por outro, não há na previsão constitucional nenhum limite expresso que determine a exclusão de certo tipo de atos em razão do sujeito público ou privado a quem se imputa. Em consequência, esta tutela específica, privilegiada do amparo judicial ou ordinário, poderá abranger todos os graus de jurisdições, frente a agressões de qualquer procedência¹³⁶.

A lei espanhola de Proteção Jurisdicional dos Direitos Fundamentais da Pessoa confirma essa leitura, dado que a previsão de uma garantia jurisdicional civil apenas pode ser sustentada com base na tese da vigência dos direitos fundamentais nas relações de natureza privada. Entretanto, esse procedimento foi derogado pela Lei de Ajuizamento Civil que passou a prever que as controvérsias relacionadas com a tutela civil dos direitos fundamentais tramitam de acordo com o procedimento ordinário. Em contrapartida, a inclusão de um procedimento especial de tutela da liberdade sindical, pela Lei de Proteção Laboral espanhola, passou a ser utilizado para reclamar a proteção de qualquer direito fundamental, não só o da liberdade sindical. Não se pode duvidar que o recurso de amparo frente ao Tribunal Constitucional não é uma garantia subsidiária e acessória. Por isso, sua configuração como eventual ou excepcional remédio apenas pode ser invocada nas hipóteses previstas pelo constituinte, porque esta via de proteção ficou destinada às demandas que envolvam violações de direitos fundamentais ocasionadas pelo poder público, o que consequentemente priva o fundamento de qualquer interpretação que vincule o problema estritamente processual com o problema da eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas¹³⁷.

De todas as formas, a exclusão do procedimento de amparo constitucional das violações cometidas por um particular é mais aparente do que real. Mediante interpretação, o Tribunal Constitucional conseguiu contornar a previsão da Lei Orgânica, abrindo um precedente por meio do qual tiveram acesso muitas controvérsias entre particulares. Isto é, a admissão de uma destas demandas implica necessariamente na transformação da proteção originária em outra que se dirigirá ao Poder Judiciário. A mediação de um poder público permite, por sua vez, ao Tribunal Constitucional dizer a última palavra naqueles assuntos em que a violação que se denuncia tenha sido ocasionada extrajudicialmente por um particular utilizando um precedente, que consiste na imputação ao órgão judicial da violação originalmente cometida dentro de uma relação jurídico-privada. Este precedente, que resulta na assunção judicial da lesão ocasionada,

¹³⁶ Ibidem, p. 170 - 171.

¹³⁷ Ibidem, p. 171 - 172.

não possui matriz espanhola. Na realidade, esse é um precedente de origem alemã, mais precisamente, trata-se do caso *Shelleu v. Kraemer*, de 1948. Neste processo, os protagonistas da conduta discriminadora eram sujeitos privados, mas a responsabilidade pela segregação racial provocada foi imputada ao juiz que decidiu executar uma cláusula contratual que proibia o proprietário branco de vender uma casa a pessoas negras, com o objetivo de preservar a pureza racial do bairro¹³⁸.

O maior obstáculo a ser enfrentado pelo Tribunal, o ponto mais vulnerável desta solução processual, é o requisito, previsto na LOTC, de que a violação tenha sua origem imediata e direta em um ato de omissão do órgão judicial. Em muitas dessas situações, o órgão judicial é acusado de não ter sanado, por uma perspectiva constitucional, a lesão causada em primeiro plano por um sujeito privado. Ao considerar ajustada ao direito a conduta ilícita do particular, o tribunal ordinário convalida, de certo modo, essa atuação. Se entendermos que a resolução judicial impugnada pelo amparo se limita a dar por boa uma conduta privada ilícita que já havia perturbado o direito ao legítimo exercício de um direito fundamental, a origem imediata e direta da violação não pode estar na decisão judicial. O próprio Tribunal Constitucional espanhol se manifestou a respeito no sentido de que a verdadeira origem extrajudicial da violação a que se chega no processo de amparo é proveniente de um conduta particular¹³⁹. Por sorte, a tendência inicial de confundir o plano material com o plano processual parece superada por se tratar de questões de naturezas distintas que reclamam um tratamento autônomo. Para tomar posição em torno da eficácia dos direitos fundamentais frente a terceiros, é irrelevante a configuração legal do procedimento extraordinário de amparo como garantia do sistema. O que importa, na verdade é a extensão da tutela geral dos direitos a cargo da jurisdição ordinária¹⁴⁰.

No fundo, o que se discute no processo constitucional de amparo é a existência ou não de uma violação extrajudicial ocasionada por um particular. Porém, para se chegar a essa conclusão, o Tribunal precisa examinar o conflito para poder determinar se do direito supostamente violado se extrai algum tipo de eficácia no contexto jurídico-privado. A interpretação do Tribunal Constitucional parte do reconhecimento de que a relação privada está regida por um direito fundamental e não pelos valores que encarna esse direito, como sustenta

¹³⁸ Ibidem, p. 173.

¹³⁹ Ibidem, p. 174.

¹⁴⁰ Ibidem, p. 172.

o Tribunal Constitucional alemão e os defensores da eficácia mediata¹⁴¹. Contudo, a Constituição espanhola não possui pontos sólidos para acolher a tese da eficácia direta dos direitos fundamentais frente terceiros, tão pouco para negá-la¹⁴².

Para buscar apoio no próprio texto constitucional, os defensores de uma eficácia imediata tendem a defender, como principal argumento, a expressa sujeição dos cidadãos à Constituição. Nada obstante, a sujeição dos cidadãos não tem a mesma intensidade que a vinculação dos poderes públicos à Constituição e, segundo o próprio Tribunal Constitucional espanhol, a sujeição estabelecida se traduz em um dever distinto para os cidadãos e para os poderes públicos, enquanto os primeiros possuem um dever geral negativo de se abster de qualquer atuação que viole a Constituição, os titulares dos poderes públicos possuem um dever geral positivo de realizar suas funções de acordo com a Constituição. Na prática, quem nega a vinculação dos direitos fundamentais entre particulares afirma que os direitos e liberdades reconhecidos na Constituição espanhola vinculam todos os poderes públicos, sem mencionar os sujeitos de direito privado. Em qualquer caso, essa possível eficácia não pode se fixar de modo geral e uniforme, tomando como referência a categoria em seu conjunto. É preciso tomar nota, em primeiro lugar, da diversidade estrutural dos direitos constitucionais, da amplitude intrínseca das relações privadas. E nesta ordem, se constata que existem direitos fundamentais cuja polivalência não se discute. Esta projeção imediata no âmbito das relações privadas é inerente à própria estrutura ou definição do direito¹⁴³.

Na Constituição Espanhola, são reconhecidos direitos fundamentais aplicáveis normalmente nas relações privadas, como, por exemplo, os direitos previstos no art. 28 da Constituição Espanhola, cujo âmbito natural de operatividade consiste nas relações laborais. O direito de greve e o direito de liberdade sindical estariam praticamente vazios de conteúdo se não vinculassem os empregadores privados. A estes direitos também são adicionados o direito à honra, intimidade, imagem, direitos da personalidade, segredo das comunicações e a cláusula de consciência, que podem invocar os profissionais de informação justamente frente as empresas em que trabalha. Assim, pode-se dizer que o reconhecimento constitucional do direito se identifica com o reconhecimento de sua eficácia frente a terceiros. Esta eficácia forma parte do conteúdo essencial do direito fundamental, indisponível para o legislador. Consequentemente, a tese de que o direito sindical, o direito de greve ou o direito à intimidade

¹⁴¹ Ibidem, p. 176 - 177.

¹⁴² Ibidem, p. 179.

¹⁴³ Ibidem, p. 180.

são direitos fundamentais quando exercidos frente ao Estado e um direito infraconstitucional quando o sujeito vinculado é um empregador ou um particular não se sustenta¹⁴⁴.

No outro extremo, encontram-se aqueles direitos que, por sua própria natureza, são oponíveis unicamente frente ao Estado. Direitos como o voto secreto, princípio da legalidade penal, proibição de tortura e pena de morte, garantias dos detentos, dentre outros. Nos demais casos, incluindo alguns direitos fundamentais como as liberdades de crença, manifestação do pensamento, dentre outras, a questão segue em aberto. Em princípio, todos estes direitos podem ser aplicados em ambas dimensões, ainda que coincidam originariamente com o direito de defesa frente ao Estado¹⁴⁵.

No debate da doutrina espanhola, se mantêm distintas posições a respeito da eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas. A discussão não possui fim, longe disso, tem-se concentrado, por um lado, na modalidade ou tipo de eficácia que se extrai desse contexto, e, por outro, na medida e intensidade dessa influência. No momento, não existe consenso sobre estas questões, mas sim um amplo acordo em torno da ideia de que os direitos fundamentais precisam ter algum tipo de vigência social. Em segundo lugar, admite-se generalizadamente que o reconhecimento dos direitos fundamentais implica em consequências diferentes para os poderes públicos e os particulares¹⁴⁶.

São poucos os autores que negam a relevância dos direitos fundamentais na esfera dos direitos privados. Porém, há quem considere que essa extensão do âmbito tradicional de aplicação dos direitos constitucionais seja desnecessária. As ameaças oriundas dos particulares são protegidas pelas leis civis e penais, e não na Constituição, que apenas traça os limites que o poder público não pode ultrapassar. Esta é a posição de alguns civilistas zelosos com a autonomia da sua disciplina, que creem que a Constituição não possui nenhum papel na regulação das relações jurídico-privadas. Para este setor, a fórmula da *Drittwirkung* é inútil, porque poderiam se alcançar os mesmos resultados mediante os tradicionais instrumentos do direito civil. Quem rejeita a eficácia dos direitos fundamentais frente os particulares sustenta como principal argumento a degradação do princípio da autonomia privada, critério de referência exclusivo e excludente na hora de se analisar a licitude dos atos privados. Estes autores chamam a atenção para a lógica de liberdade que atravessa o direito privado. Suas

¹⁴⁴ Ibidem, p. 180 - 181.

¹⁴⁵ Ibidem, p. 182.

¹⁴⁶ Ibidem, p. 182 - 183.

normas se apresentam como um modelo de equilíbrio na defesa das liberdades individuais, de modo que a aparição de direitos garantidos constitucionalmente, neste marco de paz social e liberdade, seria algo perturbador. É preciso resolver os possíveis conflitos dentro do espírito do próprio direito civil, concebido como reduto impermeável. No fundo, estas posturas levam à convicção de que a *Drittwirkung* pode ser uma espécie de Cavalo de Troia que destrói o sistema construído sobre a base da autonomia privada¹⁴⁷.

Em posições muito próximas, na concepção norte americana dos direitos constitucionais como garantias, que em princípio só estabelece limites à atuação do Estado, se situa o constitucionalista espanhol mais influente na Espanha, Francisco Rubio Llorente. Para este autor, os direitos morais são, como os direitos humanos, frente a todos, posto que o Estado nasce com a finalidade de organizar a proteção efetiva desses direitos nas relações interpessoais, garantindo sua vigência em sociedade, mediante a criação e aplicação do direito positivo que os incorpora. Para além dessa obrigação positiva de assegurar sua observância nas relações horizontais, o Estado contrai a obrigação negativa de respeitá-los e, assim, surgem os direitos fundamentais frente ao poder público¹⁴⁸.

A influência dos direitos fundamentais nas relações privadas também pode ser encontrada de outras formas, como na exigência de se interpretar sistematicamente todas as normas legais ou as cláusulas gerais que reconheçam a nulidade de certas estipulações contratuais contrárias ao interesse público ou as que obrigam a indenizar os danos causados a terceiros, no âmbito da responsabilidade civil extracontratual. De todo modo, não se pode reduzir todo o ordenamento jurídico à Constituição¹⁴⁹.

A teoria da eficácia mediata ou indireta é uma solução intermediária que tenta evitar a dogmática, que tem dificultado o reconhecimento geral da *Drittwirkung* na sua versão mais pura. Isto é alcançado condicionando a operatividade dos direitos fundamentais no campo das relações privadas à mediação de um órgão estatal, que além de estar diretamente vinculado a esses direitos, deve ser coerente com o dever de proteção derivado da dimensão objetiva dos direitos fundamentais. A intervenção do legislador ou a recepção por meio do juiz é necessária no momento de interpretar a norma aplicável ao caso. Na Espanha, parte da doutrina opta por mediar a eficiência dos direitos fundamentais por meio da lei, já que a competência para

¹⁴⁷ Ibidem, p. 183.

¹⁴⁸ Ibidem, p. 184.

¹⁴⁹ Ibidem, p. 185.

determinar o nível de vigência social dos direitos fundamentais corresponde ao legislador e não aos juízes e muito menos ao Tribunal Constitucional¹⁵⁰.

É verdade que a ponderação direta realizada pelos juízes cria incertezas e, em maior medida, na esfera jurídico-privada, porque não existe nesse terreno critérios de solução historicamente experimentados, suficientemente consolidados. No entanto, a insatisfação ou a preocupação, compreensível em um jurista, pela ausência de critérios seguros não deve negar a possibilidade de ser invocado diretamente um direito constitucional frente a uma violação imputada a um particular. Por que não assumir como inevitável, em um ordenamento presidido por uma Constituição normativa e marcado pela expansão dos direitos fundamentais, essa dose de insegurança e imprevisibilidade? A lógica dos direitos fundamentais conduz inevitavelmente para esse cenário, aponta para um crescente protagonismo dos juízes, um protagonismo que não conduz necessariamente ao caos, mas sim a um modelo de Estado de Direito eminentemente jurisdicional. Em qualquer caso, este não é um problema exclusivo da *Drittwirkung*¹⁵¹.

De todo modo, não é possível negar o protagonismo do legislador, não se discute a conveniência de um desenvolvimento legislativo que fixe as pautas para uma correta articulação entre o direito em questão e os bens ou direitos com os quais possa entrar em conflito. Não há dúvida de que incumbe ao legislador, em primeiro plano, a função de concretizar o alcance dos direitos fundamentais nas relações horizontais, mediante a regulação do conteúdo e das condições do exercício destes direitos. O próprio Tribunal Constitucional espanhol se manifestou em diversas ocasiões a respeito da obrigação do legislador garantir a vigência dos direitos fundamentais em todos os setores do ordenamento jurídico por razões de segurança jurídica. Obviamente, o legislador está sujeito a certas limitações, mas a eficácia mediata, por meio da atuação legislativa, está sujeita, na realidade, aos mesmos limites que a eficácia imediata. Nenhuma lei pode suprimir as liberdades básicas do direito privado. O legislador precisa equilibrar os valores e os direitos em conflito¹⁵².

O problema é que o cumprimento por parte do legislador desse mandato, desse dever de proteção manifestado pela doutrina alemã, como obrigação derivada da dimensão objetiva dos direitos fundamentais, não é justiciável, porque não cabe ao ordenamento jurídico espanhol o controle das omissões legislativas. Assim, o reconhecimento em abstrato desse dever de

¹⁵⁰ Ibidem, p. 185.

¹⁵¹ Ibidem, p. 186 - 187.

¹⁵² Ibidem, p. 187.

proteção não serve muito ao suposto infrator que invoca a seu favor um direito fundamental cujo exercício não foi regulamentado pelo legislativo. Quem decide quando foi descumprido o mandato dirigido ao legislador? Quais são as consequências derivadas desse descumprimento? É preciso perguntar se essa intervenção do legislador é condição *sine qua non* para o reconhecimento do direito em questão, bem como até que ponto esse direito teria eficácia nas relações entre particulares caso o legislador não o tivesse positivado. Este é o cerne da questão, o verdadeiro dilema. Contudo, o legislador não consegue contemplar todas as situações nem todos os conflitos possíveis porque surgem constantemente novas ameaças e agressões a cenários inesperados. Por isso, o juiz, o último elo da cadeia de operadores do direito, precisa solucionar, desde a perspectiva constitucional, uma infinita variedade de conflitos, que o legislador nem sequer pode imaginar, presente todos os dias nos tribunais¹⁵³.

O quadro legislativo apresenta inevitavelmente algumas lacunas, de modo que não é possível descartar, ainda que residualmente, uma eficácia imediata frente a terceiros. Dentre outros motivos, no ordenamento jurídico espanhol, os direitos fundamentais possuem aplicação direta, sem necessidade de mediação legislativa. O que ocorre é que essa regra não se aplica para alguns casos relacionado à vinculação dos particulares aos direitos fundamentais. Assim, nenhum juiz ordinário ou o Tribunal Constitucional teria competência para aplicar diretamente a Constituição às relações entre particulares. O desenvolvimento da Constituição, compreendido como opção entre distintas alternativas de política legislativa, corresponde de modo exclusivo ao legislador. Essa opinião não é compartilhada por parte da doutrina que defende a aplicabilidade direta dos direitos fundamentais e para aqueles direitos cuja eficácia *erga omnes* pode ser deduzida diretamente do seu conteúdo constitucionalmente declarado. Um direito cujo reconhecimento, cuja existência, depende do legislador, não é um direito fundamental. Um direito fundamental se define justamente pela indisponibilidade do seu conteúdo por parte do legislador. Não parece compatível com essa caracterização a afirmação de que os direitos fundamentais apenas são aplicáveis aos particulares quando o legislador positiva essa hipótese. Por esse motivo, o termo eficácia mediata parece ser equivocado, porque a necessidade de uma mediação legal como etapa obrigatória para o reconhecimento do direito acaba negando a eficácia horizontal dos direitos fundamentais¹⁵⁴.

¹⁵³ Ibidem, p. 187 - 188.

¹⁵⁴ Ibidem, p. 189.

Como é possível deduzir, defender a tese da eficácia imediata frente a terceiros é afirmar a eficácia direta da maioria dos direitos fundamentais frente as violações provenientes dos sujeitos privados. A análise da jurisprudência espanhola sobre a matéria tem levado uma parte da doutrina, hoje majoritária, à convicção de que admitir a eficácia entre sujeitos privados da maior parte dos direitos fundamentais é praticamente inevitável. A teoria da eficácia imediata implica que, com normas legais de desenvolvimento ou sem elas, é a norma constitucional que se aplica como regra primária da decisão. A existência de uma norma legal que reitere expressamente a regra ou o princípio enunciado na Constituição não é óbice para a aplicabilidade direta da norma constitucional. Isto leva a conclusão do Tribunal Constitucional no sentido de que o reconhecimento de uma eficácia imediata entre particulares é uma espécie de cláusula de fechamento do sistema de proteção dos direitos fundamentais. Esta tutela derivada diretamente do texto constitucional colmataria as lacunas da legislação¹⁵⁵.

A história do direito privado mostra que as lacunas legislativas podem ser colmatadas de maneiras distintas, isto é, desde o livre preenchimento judicial até o sistema de referência legislativo. Entretanto, os direitos fundamentais apenas se estabeleceram como sistema de referência relevante para o direito privado durante o transcorrer do século XX, em razão das constituições do século XIX não vincularem o legislador a estes direitos. Logo, os direitos fundamentais atuavam somente de forma acessória ao direito privado. Os direitos fundamentais só obtiveram uma relevância jurídico-privada após a Constituição da República de Weimar, de 11 de agosto de 1919, em razão da especial positivação da liberdade contratual, propriedade privada e direito de herança, aliados a um extenso catálogo de direitos sociais que, embora não fundamentassem direitos perante o Estado, vinculavam o legislador a se orientar pelos direitos fundamentais em razão do postulado da igualdade¹⁵⁶.

Dada a confusão em torno deste tema, convém aclarar algumas ideias a respeito de mal entendidos oriundos da contraposição entre eficácia mediata e imediata como conceitos excludentes. Ambas as modalidades são compatíveis, embora o normal seja o legislador concretizar os diferentes direitos nas relações privadas, quando essa mediação não existir, em

¹⁵⁵ Ibidem, p. 190.

¹⁵⁶ NEUNER, Jörg. A influência dos direitos fundamentais no direito privado alemão. In: MONTEIRO, António Pinto et al. (Org.). **Direitos fundamentais e Direito Privado**: uma perspectiva de direito comparado. Coimbra: Almedina, 2007, p. 165.

virtude de uma ausência de regulamentação legal, as normas constitucionais podem ser aplicadas diretamente¹⁵⁷.

O Tribunal Constitucional espanhol tem reconhecido a eficácia de certos direitos fundamentais exercidos precisamente no âmbito das relações laborais, operando como limite intransponível das faculdades de direção e organização do empregador privado. De todo modo, não é errado falar em direitos fundamentais dos trabalhadores ou da necessidade de proteção dos cidadãos no seio de uma relação de trabalho frente ao exercício do poder disciplinar empresarial, porque a celebração de um contrato de trabalho não implica de modo algum a privação para o trabalhador dos direitos que a Constituição reconhece como de todos os cidadãos. As organizações empresariais não formam um universo separado e isolado da sociedade legitimando as privações ou limitações injustificadas de direitos fundamentais e liberdades públicas dos que prestam serviços e estão sob a sua dependência. A existência de uma relação contratual entre trabalhador e empresário gera um complexo de direitos e obrigações recíprocas, de modo que o trabalho não pode se sujeitar ao interesse empresarial em razão deste não estar de acordo com o sistema constitucional de relações laborais¹⁵⁸.

O equilíbrio e as limitações recíprocas derivadas para ambas as partes do contrato de trabalho supõem que também as faculdades organizativas empresariais estão limitadas pelos direitos fundamentais do trabalhador, ficando o empregador obrigado a respeitá-los. A limitação de tais direitos por parte das faculdades empresariais só pode derivar do fato de que a própria natureza do trabalho contratado implica na restrição a direitos fundamentais do trabalhador. Não obstante, o exercício das faculdades organizativas e disciplinares do empregador não pode servir em nenhum caso para a produção de inconstitucionalidades, lesivas aos direitos fundamentais do trabalhador, nem à sanção pelo exercício legítimo de tais direitos por parte deste. Em função disso, o Tribunal Constitucional espanhol destaca a necessidade das relações judiciais preservarem o equilíbrio entre as obrigações decorrentes do contrato para o trabalhador, o que implica em uma necessária ponderação, que respeite a definição e valoração constitucional do direito fundamental em jogo e das obrigações laborais que podem modificá-lo. Estas limitações ou modulações precisam ser indispensáveis e estritamente necessárias para satisfazer um interesse empresarial merecedor de tutela e proteção, de maneira que, caso

¹⁵⁷ UBILLOS, Juan María Bilbao. **Direitos fundamentais e Direito Privado**, op cit., p. 191,

¹⁵⁸ Ibidem, p. 192 e ss.

existam outras possibilidades de satisfazer o dito interesse de forma menos agressiva e afetando menos o direito em questão, deverão ser empregadas estas últimas¹⁵⁹.

O Tribunal Constitucional nega a polivalência indiscriminada ou homogeneidade de todos os direitos constitucionais, mas tende a assumir, cada vez com mais naturalidade, que alguns direitos fundamentais produzem um certo grau de eficácia nas relações entre particulares. Nesse sentido, são eloquentes as afirmações do Tribunal no intento de fundamentar a vinculação de uma convenção coletiva, uma norma que não é emanada pelo poder público, que deriva do poder de autorregulamentação atribuído aos representantes dos trabalhadores e dos empresários, ao princípio constitucional da igualdade. Esta vinculação pressupõe necessariamente o reconhecimento da vigência dos direitos fundamentais no âmbito das relações jurídico-privadas e o Tribunal está consciente de que o texto constitucional somente estabelece que os direitos fundamentais vinculam os poderes públicos, o que não acarreta automaticamente a exclusão absoluta de outros destinatários. À vista disso, as relações entre particulares não estão excluídas do âmbito da aplicação do princípio da igualdade. Contudo, o princípio da igualdade não possui o mesmo alcance de outros contextos pelo fato de que no âmbito das relações privadas, dos direitos fundamentais, deve ser aplicado de forma diferenciada, porque precisa ser adequado a outros valores que possuem em sua última origem o princípio da autonomia da vontade¹⁶⁰.

A eficácia frente a terceiros dos direitos fundamentais encontra, naturalmente, limites específicos derivados dos princípios estruturais e dos valores próprios do direito privado. A polivalência dos direitos fundamentais não se resolve em uma transposição mecânica e incondicionada ao mesmo campo das relações jurídico-privadas. O que está em jogo é o frágil equilíbrio entre estes direitos, a liberdade e o princípio da autonomia negocial, sobre o qual se assenta todo o direito privado. Este princípio, que sempre está sujeito a limites, não pode ser concebido como um valor absoluto para justificar imposições arbitrárias. Está submetido a novas limitações de alcance constitucional¹⁶¹.

Os críticos da eficácia imediata aludem sistematicamente aos graves riscos que comporta seu reconhecimento. E certamente existe o risco de asfixiar a liberdade negocial caso se proceda a uma aplicação indiscriminada dos direitos nesta esfera, basta pensar nas

¹⁵⁹ Ibidem, p. 200.

¹⁶⁰ Ibidem, p. 206 - 207.

¹⁶¹ Ibidem, p. 208.

consequências de uma aplicação do princípio da igualdade neste âmbito. Sobre este risco, é possível, certamente, especular, mas nem mesmo esse panorama apocalíptico é uma consequência automática do reconhecimento da eficácia frente a terceiros, nem o temor aos possíveis excessos pode fazer com que se esqueça o perigo, muito mais tangível, do desamparo do cidadão frente aos poderes privados. Obviamente, um comerciante não tem que tratar exatamente igual os seus fornecedores, nem os credores estão obrigados a tratar os devedores da mesma forma e nem o princípio da igualdade pode ser invocado frente a uma melhora testamentária¹⁶².

A liberdade individual, seja em sua vertente negocial ou associativa, inclui necessariamente uma margem de liberdade que pode ser exercitada de forma irracional ou incongruente, porque ao invés de se impor rigidamente a cada indivíduo que trate os demais com requintada igualdade em seus relacionamentos recíprocos, obrigando-lhe a justificar de forma objetiva qualquer desvio dessa regra, deve permitir um espaço de espontaneidade e até mesmo de liberdade. Existe uma esfera de atuação puramente privada, um reduto da vida autenticamente privada, fora do alcance das normas constitucionais, na qual os indivíduos são livres para escolher as pessoas com as quais irão se relacionar e o modo pelo qual esses relacionamentos serão regulados, o que, via de regra, é proibido ao Estado. Estender ao âmbito das relações jurídico-privadas o princípio constitucional da igualdade, uma regra alheia a este universo, pode acarretar consequências absurdas e insuportáveis. Pode um inquilino se opor ao despejo por falta de pagamento do aluguel alegando que o locador não tenha despejado nenhum outro inquilino nas mesmas circunstâncias? De acordo com esta abordagem, majoritária da doutrina, o princípio da igualdade não operaria constitucionalmente como limite da autonomia da vontade do direito privado. A vinculação ao princípio da igualdade apenas pode se impor de forma mediata ou indireta pela via legislativa, como ocorre no âmbito laboral, na norma regulamentadora das associações ou dos procedimentos de falência, sempre com prudência, para não aniquilar a especificidade destes tipos de relações¹⁶³.

A existência de determinados limites não possui nada de extraordinário. Os direitos fundamentais tampouco são ilimitados quando manejados contra o poder público. Nesta dimensão, nenhum direito se impõe de forma absoluta, automaticamente, em qualquer circunstância. No entanto, ninguém contesta sua eficácia imediata. Assumida a necessidade de

¹⁶² Ibidem, p. 208.

¹⁶³ Ibidem, p. 209.

elucidar em cada caso a correspondente ponderação do alcance do direito fundamental na colisão de direitos fundamentais entre particulares, nenhuma objeção insuperável pode ser feita em relação a esta modalidade de *Drittwirkung*. Sua aceitação não prejudica o resultado da ponderação, neste caso, a decisão será adotada para resolver uma determinada colisão¹⁶⁴.

Nenhuma limitação da liberdade individual se deduz da mera afirmação de que os direitos fundamentais também vigoram, constitucionalmente, nas relações privadas. Adotar esse entendimento não pode significar o fim da liberdade individual e nem mesmo o resultado de uma determinada pré-compreensão ideológica antiliberal. É verdade que alguns concebem a *Drittwirkung* como um instrumento de transformação social, como uma doutrina supostamente progressista que se traduz necessariamente por uma intervenção mais forte do Estado no âmbito das relações privadas, e que os defensores da eficácia imediata são apresentados com frequência como os inimigos da autonomia privada, da liberdade negocial, mas esse etiquetamento, como quase todos os estereótipos, é injusto, ao menos se compreendermos a liberdade não como uma submissão, mas sim como um espaço real de autodeterminação. O que precisa ser determinado é a intensidade dessa eficácia frente aos particulares e isto só pode ser resolvido liberando o problema do excesso da carga dogmática, reduzindo a questão aos cânones da interpretação constitucional. Isso significa tomar o problema a sério, fugindo das simplificações e abandonando o que foi denominado de mística da doutrina da *Drittwirkung*, as elucidações teóricas afastadas da realidade, porque se trata simplesmente de medir o alcance dessa eficácia em cada caso, em função da natureza do direito, da sua intrínseca amplitude para extrair seus efeitos nas relações jurídicas entre particulares, das circunstâncias concorrentes nesta concreta relação e dos limites específicos derivados da necessária ponderação de outros direitos ou com os interesses que eventualmente possam colidir¹⁶⁵.

A questão consiste em verificar como é possível articular e harmonizar essa vigência com os princípios e valores específicos do direito privado presentes em cada caso. Descartada a hipótese de uma eficácia uniforme ou indiscriminada, a chave está na definição dos critérios orientadores dessa tarefa. Primeiro, é preciso determinar se uma relação jurídico-privada opera certo direito, confirmada essa hipótese, será verificado, em um segundo momento, mediante um correspondente juízo de proporcionalidade, até que ponto esse direito precisa ser respeitado por um particular, porque sustentar um direito particular não significa que ele deve prevalecer

¹⁶⁴ *Ibidem*, p. 209.

¹⁶⁵ *Ibidem*, p. 210.

a todo custo. No caso de colisão, a ponderação é inevitável e não tem motivo para se resolver a favor do titular do direito fundamental. Não é possível se deixar levar por uma força garantista, porque o fundamentalismo maximalista na aplicação das normas constitucionais pode funcionalizar a liberdade individual. Por isso mesmo, admitir essa operatividade frente a possíveis arbitrariedades cometidas por sujeitos privados não implica uma aposta ideológica em favor do paternalismo estatal. Em vez de desperdiçar as energias combatendo fantasmas, por que não centrar o esforço para conter a expansão dessa teoria fixando limites razoáveis a essa eficácia pluridirecional?¹⁶⁶

A solução da vigência imediata, assim entendida, parece uma resposta apropriada às exigências da liberdade no presente momento. Uma aproximação das experiências de direito comparado é relevante para a universalidade da polêmica predisposta a aceitar de fato uma polivalência dos direitos fundamentais¹⁶⁷. Logo, a Lei Fundamental Alemã, ao dispor que os direitos fundamentais vinculam a legislação, o Poder Executivo e a Jurisdição como direito imediatamente vigente, trouxe à tona que, para o cidadão, as leis de direito privado também podem ter efeitos ofensivos, pois se uma pessoa é lesada pelo legislador de direito privado, este está logicamente vinculado aos direitos fundamentais, o que conseqüentemente abre a possibilidade de se realizar o controle de constitucionalidade concentrado visando sanar a ofensa, tendo em vista que constitui imperativo da lógica normativa a vinculação do direito privado aos direitos fundamentais, segundo o princípio da supremacia da Constituição¹⁶⁸.

A Constituição da República Federativa do Brasil deixa em aberto a questão relacionada à vinculação dos particulares aos direitos fundamentais, afirmando apenas que as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata¹⁶⁹. Contudo, os particulares também se vinculam aos direitos fundamentais, porque não existe motivo para se vincular apenas os órgãos públicos e não os próprios particulares, pois a liberdade individual não carece de proteção apenas contra os primeiros, mas também contra os mais fortes no âmbito da sociedade, isto é, os detentores do poder social e econômico, tendo em vista que é nesta seara que a liberdade se encontra particularmente ameaçada, como nas relações de trabalho e de consumo¹⁷⁰. Além do mais, não seria possível levar os direitos fundamentais a sério se a

¹⁶⁶ Ibidem, p. 211.

¹⁶⁷ Ibidem, p. 212.

¹⁶⁸ CANARIS, Claus-Wilhelm. **Direitos fundamentais e Direito Privado**. Trad. Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo Mota Pinto. Coimbra: Almedina, 2003, p. 10.

¹⁶⁹ CRFB, Art.5º, §1º.

¹⁷⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**, op cit., p. 396 - 397.

pretensão constitucional fosse desconsiderar as relações entre particulares¹⁷¹. Em razão desse raciocínio, surge, também em terras brasileiras, a possibilidade de se acionar o Poder Judiciário visando sanar ofensas a direitos fundamentais entre particulares¹⁷².

Os fundamentos apresentados reconhecem uma eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas, embora o verdadeiro problema se relacione ao modo pelo qual estes direitos são aplicados no tráfego jurídico privado. A teoria da eficácia direta ou imediata dos direitos fundamentais nas relações entre particulares surge na Alemanha a partir do pensamento de Hans Carl Nipperdey e Walter Leisner entre os anos de 1950 e 1960. A ligação do primeiro autor com o Tribunal Federal do Trabalho alemão fez com que grande parte do desenvolvimento da teoria da eficácia direta dos direitos fundamentais fosse fundamentada em decisões dessa natureza, como aquelas proferidas por este Tribunal no ano de 1954, reconhecendo a vinculação do empregador aos direitos fundamentais da manifestação do pensamento e da não discriminação por sexo, no ano de 1955, relacionada à isonomia salarial entre homens e mulheres e, em 1957, versando a respeito da violação do direito ao matrimônio, família, dignidade humana e livre desenvolvimento da personalidade em razão da previsão de rescisão do contrato de trabalho caso a empregada contraísse matrimônio. No instante em que o Tribunal Federal do Trabalho alemão afirmou que os direitos fundamentais traduzem princípios ordenadores da vida social houve a conexão com a dimensão objetiva destes direitos, aduzindo que alguns direitos fundamentais possuem, também, significado para o âmbito jurídico privado. Em sentido amplo, a teoria da eficácia direta sustenta que os direitos fundamentais não necessitam, em princípio, de transformações para serem aplicados no âmbito das relações privadas, porque certos direitos fundamentais possuem eficácia normativa direta em sua qualidade como direito constitucional vinculativo e objetivo. Esse direito constitucional contém para os demais âmbitos jurídicos não somente linhas diretas ou regras de interpretação, mas sim uma regulamentação normativa do ordenamento jurídico como um todo unitário, a partir do qual fluem também direitos privados subjetivos diretamente aplicáveis ao particular¹⁷³.

¹⁷¹ STEINMETZ, Wilson. **A vinculação dos particulares a direitos fundamentais**, op cit., p. 123.

¹⁷² Um dos principais precedentes a respeito do reconhecimento da eficácia direta e imediata dos direitos fundamentais em relações particulares pelo Supremo Tribunal Federal é o conhecido caso da União Brasileira de Compositores - UBC em que se discutiu a exclusão de associado sem observância do devido processo (RE n.º 201.819). Cf. SARMENTO, Daniel. A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais não trabalhistas: o debate teórico e a jurisprudência do STF. In: SARLET, Ingo Wolfgang et al. (Org.). **Diálogos entre o Direito do Trabalho e o Direito Constitucional**: estudos em homenagem a Rosa Maria Weber. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 129 e ss.

¹⁷³ DUQUE, Marcelo Schenk. **Direito privado e Constituição**, op cit., p. 103 e ss.

O fundamento da existência de direitos subjetivos no tráfico jurídico privado repousa no mandamento da proteção da dignidade da pessoa humana e, por esse motivo, o rol de direitos fundamentais concede ao particular direitos subjetivos públicos e privados de forma direta¹⁷⁴. Em linha argumentativa os fundadores desta teoria sustentam que os direitos fundamentais vigem diretamente nas relações privadas, na forma de mandamentos e proibições, prescindindo da intermediação das normas de direito privado, com base em cinco alicerces principais: i) dignidade da pessoa humana; ii) direitos fundamentais; iii) irradiação dos direitos fundamentais para a esfera privada; iv) interpretação histórica dos direitos fundamentais e a sua tendência multidirecional ou multifuncional¹⁷⁵ e v) a aplicação simétrica destes direitos, no sentido de que aquilo que não é permitido ao Estado, também não o é no âmbito privado¹⁷⁶.

Os citados pilares conduziram à atribuição de um *status* social aos direitos fundamentais para a realização de funções distintas na ordem jurídica atreladas a sua dupla dimensão. Essa multidireção ou multifuncionalidade em razão da posição e estrutura dos direitos fundamentais passa pela clássica teoria dos quatro *status* de George Jellinek¹⁷⁷. De acordo com essa teoria, na formulação que lhe deu Robert Alexy¹⁷⁸, o *status* seria a caracterização da relação com o Estado que qualifica o indivíduo, ou seja, o *status* é alguma forma de relação entre Estado e indivíduo. Isso porque o *status* apresentado por Jellinek tem como conteúdo o “ser” e não o “ter” jurídico da pessoa, zona cinzenta ainda não compreendida pela doutrina¹⁷⁹.

O *status* passivo ou *status subiectionis* revela o indivíduo em uma relação de sujeição com o Estado, fato este que permite duas interpretações. A primeira no sentido de que existe um dever estatal ao qual o indivíduo está sujeito ou poderia vir a se sujeitar, o que corrobora com a relação de sujeição já mencionada, e a segunda no sentido de que qualquer alteração nos deveres, proibições ou competência implicaria uma mudança de *status*¹⁸⁰. Em outras palavras, o indivíduo não possui direitos frente ao Estado, mas somente deveres que o vinculam juridicamente por meio de mandamentos e proibições¹⁸¹. Entretanto, vale ressaltar que o

¹⁷⁴ Ibidem, p. 108.

¹⁷⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**, op cit., p. 157 e ss.

¹⁷⁶ DUQUE, Marcelo Schenk. **Direito privado e Constituição**, op cit., p. 108 - 109.

¹⁷⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**, op cit., p. 162.

¹⁷⁸ Cf. SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 12. ed. rev. atual e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018, p. 161 e ss. No mesmo sentido ver DUQUE, Marcelo Schenk. **Curso de direitos fundamentais: teoria e prática**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 69 - 81.

¹⁷⁹ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 5.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 255.

¹⁸⁰ Ibidem, p. 256.

¹⁸¹ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**, op cit., p. 163.

mencionado *status* passivo fez com que tanto as constituições aprovadas após a Segunda Guerra Mundial, Constituição Italiana de 1947 e a Lei Fundamental da República Federal da Alemanha de 1949, como a Constituição Portuguesa de 1976, Constituição Espanhola de 1978 e a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, centralizassem os direitos fundamentais como limites ao poder, deixando de lado os deveres fundamentais e a responsabilidade comunitária que faz dos indivíduos seres simultaneamente livres e responsáveis¹⁸².

De outro lado, o *status* negativo é a expressão do livre desenvolvimento da personalidade frente a vedação da intervenção estatal e de terceiros na esfera privada juridicamente não fundamentada¹⁸³. Já o *status* positivo ou *status civitatis* reconhece ao indivíduo direito a pretensões, ou seja, a capacidade jurídica para exigir prestações positivas do Estado. Em resumo, visando solucionar certa controvérsia a respeito da classificação, Alexy afirma que o *status* negativo em sentido amplo diz respeito às ações negativas do Estado (direito de defesa), que protegem o *status* negativo em sentido estrito porque ao *status* positivo, em sentido amplo, pertencem os direitos tanto a ações positivas quanto negativas, e, ao *status* positivo em sentido estrito pertencem somente os direitos a ações positivas¹⁸⁴. Por fim, no *status* ativo ou *status* da cidadania o indivíduo passa a ter capacidade para participar da vida política e formação da vontade estatal¹⁸⁵.

Nada obstante, é preciso se atentar para o fato de que o *status* negativo da teoria precisa ser adaptado ao contexto atual, porque não se entende mais que as liberdades individuais só possam ser exercidas com base da legislação infraconstitucional. Para além de outras críticas¹⁸⁶, deve-se também considerar que a doutrina de George Jellinek foi sendo complementada pela doutrina ao longo dos anos e adaptada às funções que atualmente são atribuídas aos direitos fundamentais. Por essa razão, o *status* ativo passou a abarcar a dimensão procedimental e organizatória dos direitos fundamentais de Häberle e houve o reconhecimento de um *status* positivo social, expressão da consagração dos direitos sociais, econômicos e culturais de

¹⁸² NABAIS, José Casalta. **O dever fundamental de pagar impostos**, op cit., p. 17 - 18.

¹⁸³ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**, op cit., p. 258 - 262.

¹⁸⁴ Ibidem, p. 263 - 267.

¹⁸⁵ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 5.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 267 - 269. A respeito do *status* de cidadania e os direitos fundamentais Cf. LUIGI, Ferrajoli. **Por uma teoria dos direitos fundamentais e dos bens fundamentais**. Trad. Alexandre Salim et al. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 30 - 35.

¹⁸⁶ Cf. ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 5.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 269 - 275. No mesmo sentido ver DUQUE, Marcelo Schenk. **Curso de direitos fundamentais: teoria e prática**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 71 - 81.

natureza prestacional¹⁸⁷ e de deveres conexos a direitos, uma vez que por detrás dos valores comunitários se encontra a dignidade da pessoa humana e conseqüentemente a existência de deveres fundamentais para a sua concretização¹⁸⁸.

Por outro lado, a teoria da eficácia indireta ou mediata é atribuída ao jurista Günther Dürig, em virtude deste, no ano de 1954, ter defendido a impossibilidade dos contratos privados excluírem a liberdade de circulação de uma das partes contratantes, embora já existisse na doutrina alemã outros autores que previssem essa possibilidade sem uma fundamentação bem detalhada como a de Dürig. Dentre estes, destacam-se os trabalhos de Herbert Krüger, Walter Jellinek e Alfred Hueck¹⁸⁹.

Em ordem cronológica, Herbert Krüger, no ano de 1949, já afirmava que a Constituição, na condição de norma suprema do Estado, é a fonte mais importante para o preenchimento dos conceitos e das cláusulas gerais do direito civil carentes de preenchimento valorativo. Walter Jellinek, em 1950, destacou a influência da cláusula geral de bons costumes para conferir a legalidade dos contratos privados sob a ótica dos preceitos constitucionais, como o princípio da igualdade, inclusive nas relações trabalhistas. Para este autor, os tribunais não possuíam a prerrogativa de restringir a liberdade contratual assegurada pela Constituição se não houvesse violação aos bons costumes. Já Alfredo Hueck, em 1951, defendeu que o princípio da igualdade não possuía aplicação imediata nas relações de trabalho porque os direitos fundamentais vinculavam diretamente somente os órgãos estatais e não os particulares. Por fim, tanto Walter Jellinek quanto Alfredo Hueck já afirmavam que os costumes eram verdadeiros limites a determinadas convenções privadas e que os direitos fundamentais adquiriram grande influência na determinação sobre o que deve ser visto como bons costumes¹⁹⁰.

Em que pese as mencionadas contribuições para a formação de uma teoria da eficácia indireta, foi Günther Dürig quem se afirmou como o jurista responsável pela criação e desenvolvimento desta teoria no âmbito privado. A sua clássica formulação aponta que a eficácia dos direitos fundamentais sucede de forma indireta, por meio da interpretação das cláusulas gerais do direito civil. O preenchimento dos conceitos jurídicos privados e das cláusulas gerais se desenvolve por meio da colmatação do conteúdo valorativo dos direitos

¹⁸⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**, op cit., p. 163 e ss.

¹⁸⁸ NABAIS, José Casalta. **O dever fundamental de pagar impostos**, op cit., p. 39 - 40.

¹⁸⁹ DUQUE, Marcelo Schenk. **Direito privado e Constituição**, op cit., p. 195.

¹⁹⁰ Ibidem, p. 195.

fundamentais em graus de intensidade variados. Desta forma, os direitos fundamentais, em maior ou menor grau, devem concretizar os conceitos jurídicos indeterminados e as cláusulas gerais como linhas diretivas de interpretação colmatando e preenchendo lacunas dentro do espírito do direito privado¹⁹¹ e, na medida em que possuem uma eficácia específica em relação aos particulares, também assumem deveres fundamentais em sentido amplo¹⁹².

Para Günther Dürig, o dever de respeito à dignidade da pessoa humana é a norma central do ordenamento jurídico que se irradia gerando efeitos. Esse efeito se concretiza por meio dos direitos fundamentais que por um lado garantem a autonomia do particular contra o Estado como direitos subjetivos e, por outro, também se desenvolve no tráfego jurídico privado como consequência do próprio respeito à dignidade da pessoa humana¹⁹³.

O núcleo da teoria da eficácia indireta revela que a influência dos direitos fundamentais sobre o direito privado é tarefa do legislador ordinário em decorrência da teoria da essencialidade desenvolvida no Tribunal Constitucional Federal alemão. Segundo essa teoria, o legislador tem o dever de tomar para si todas as decisões essenciais no âmbito normativo fundamental em decorrência dos princípios do Estado Democrático de Direito e da separação dos poderes, que em última análise se referem à própria responsabilidade política do legislador. Quer dizer, a vinculação indireta dos particulares sobre os direitos fundamentais é uma vinculação direta dos órgãos estatais para os direitos fundamentais¹⁹⁴.

Não há como negar que a teoria da eficácia indireta se consolidou e se difundiu no âmbito jurisprudencial e doutrinário a partir do julgamento do caso Lüth em razão da aceitação dos direitos fundamentais como personificadores de uma ordem de valores objetiva com referência expressa à doutrina de Dürig¹⁹⁵. Em contrapartida, sustentar uma influência apenas mediata dos direitos fundamentais sobre o direito privado é algo improvável para outro doutrinador alemão, Claus Wilhelm Canaris, posto que por razões de ordem prática e de lógica jurídica é impossível controlar a conformidade de uma norma de direito privado com os direitos fundamentais, aferindo-a segundo uma outra norma de direito privado, porque ambas possuem o mesmo nível hierárquico, ou seja, nesse processo ou a norma permanece sendo norma de

¹⁹¹ Ibidem, p. 196.

¹⁹² NABAIS, José Casalta. **O dever fundamental de pagar impostos**, op cit., p. 27.

¹⁹³ Ibidem, p. 197.

¹⁹⁴ Ibidem, p. 199 e ss.

¹⁹⁵ DUQUE, Marcelo Schenk. **Direito privado e Constituição**, op cit., p. 232.

direito ordinário ou é elevada ao nível de norma constitucional, resultando em pura contradição, na medida em que é elevada a um *status* que não lhe é atribuído na origem¹⁹⁶.

Contudo, para se compreender a problemática de como os sujeitos de direito privado se vinculam aos direitos fundamentais, Canaris apresenta os seguintes questionamentos: i) Quem são os destinatários dos direitos fundamentais, apenas os seus órgãos, ou também os sujeitos de direito privado? ii) O objeto de controle dos direitos fundamentais é o comportamento de qual desses sujeitos? iii) Em qual função são aplicados os direitos fundamentais, proibição de intervenção ou imperativo de tutela?¹⁹⁷

A pergunta relacionada aos destinatários dos direitos fundamentais se situa na controvérsia entre a eficácia mediata ou imediata dos direitos fundamentais no curso das relações jurídico-privadas, que por razões de ordem prática e de lógica normativa vinculam não apenas o Estado, mas também os sujeitos de direito privado em dois sentidos, proibição legal de restrição a direito fundamental por meio de negócio jurídico e obrigação de indenizar os danos resultantes da ofensa a direitos fundamentais. A crítica a esse entendimento é que ele conduz a consequências dogmáticas insustentáveis, pois amplas partes do direito privado, e, em especial, do direito dos contratos e da responsabilidade civil, seriam elevadas ao *standard* do direito constitucional, sendo privadas da sua autonomia dogmática. Por esse motivo, apenas o Estado e os seus órgãos seriam destinatários dos direitos fundamentais, mas não os sujeitos de direito privado¹⁹⁸. Já o objeto de controle dos direitos fundamentais seria apenas as leis e as decisões judiciais, pois se os sujeitos de direito privado não são sequer destinatários dos direitos fundamentais, logo os negócios jurídicos e atos ilícitos não são passíveis de aferição segundo os próprios direitos fundamentais¹⁹⁹.

Quanto à função dos direitos fundamentais, proibição de intervenção e imperativo de tutela, a segunda propicia o desenvolvimento do raciocínio da eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas, porque, se por um lado, apenas o Estado é destinatário dos direitos fundamentais, posto que incumbe a ele os proteger, por outro, os cidadãos também são

¹⁹⁶ CANARIS, Claus-Wilhelm. **Direitos fundamentais e Direito Privado**, p. 29 - 30.

¹⁹⁷ Ibidem, p. 52.

¹⁹⁸ Ibidem, p.54 - 55.

¹⁹⁹ CANARIS, Claus-Wilhelm. **Direitos fundamentais e Direito Privado**, op cit., p. 55 - 56.

atingidos ainda que indiretamente, tendo em vista que, no campo jurídico-privado, o Estado, ou a ordem jurídica, estão, em princípio, vinculados a proteger um cidadão perante o outro²⁰⁰.

A realização da função de imperativo de tutela só é possível, via de regra, por meio do direito ordinário, em razão deste não ser todo constitucionalmente pré-determinado como objeto de proteção dos direitos fundamentais. Isso implica em um amplo espaço de livre conformação por parte do legislador para oferecer uma resposta adequada à autonomia do direito privado, e, em especial, à autonomia privada²⁰¹. O tribunal Constitucional alemão adotou essa perspectiva tal como ela foi desenvolvida por Claus-Wilhelm Canaris durante a conferência da Associação dos Professores de Direito Civil no ano de 1983. Em função disso, a doutrina dos deveres de proteção, além de vincular todos os poderes estatais, fundamenta o desenvolvimento autônomo do direito com base no princípio da interpretação conforme a Constituição²⁰².

O problema da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais também pode ser compreendido sob a perspectiva de renúncia e de restrição ao exercício de um direito fundamental pelo fato de ambas as partes serem titulares de direitos fundamentais. Assim, a questão só pode ser examinada à luz da autonomia privada e dos seus respectivos limites, embora seja possível visualizar a existência de direitos fundamentais no ordenamento jurídico, cuja estrutura permite uma eficácia direta no curso das relações privadas²⁰³.

No caso brasileiro, essa possibilidade é vislumbrada à luz dos direitos fundamentais dos consumidores e dos trabalhadores²⁰⁴, ainda que se possa discutir em qual extensão, pois muito embora estejam previstos na Constituição, acabam dependendo de regulamentação ordinária, com vistas a delimitar a medida da extensão e o modo de implementação, conforme o caso concreto²⁰⁵. O que não impede a aplicação das cláusulas gerais, como mandamentos de proteção a direitos fundamentais, delimitando o seu conteúdo e o seu equilíbrio, especialmente em relação a restrições impostas à autonomia privada em função da eficácia diagonal dos direitos fundamentais²⁰⁶.

²⁰⁰ Ibidem, p. 58.

²⁰¹ Ibidem, p. 66 - 67.

²⁰² NEUNER, Jörg. A influência dos direitos fundamentais no direito privado alemão, op cit., p. 165.

²⁰³ DUQUE, Marcelo Schenk. **Curso de direitos fundamentais**, op cit., p. 118.

²⁰⁴ CRFB, Art.5º, XXXII e Art.7º.

²⁰⁵ DUQUE, Marcelo Schenk. **Direito privado e Constituição**, op cit., p. 190.

²⁰⁶ Ibidem, p. 274.

A título de registro, na tradição do constitucionalismo brasileiro, desde 1934 os direitos dos trabalhadores são denominados de direitos fundamentais sociais. E o fato de nem todos os direitos sociais, ao menos no Brasil, terem como destinatário o Estado, como no caso dos direitos dos trabalhadores, não obsta que esses possam ser considerados como inequívoca expressão de um Estado Democrático e Social de Direito e, em parte, como típicos direitos prestacionais²⁰⁷, posto que a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 acolhe essa ideologia ao prever como fundamentos do Estado Democrático de Direito a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e a livre iniciativa²⁰⁸, e como princípios da ordem econômica e financeira a valorização do trabalho humano e da livre iniciativa²⁰⁹. A ideia aqui é a construção de uma relação harmoniosa na busca da realização do bem comum²¹⁰ e nos valores da igualdade, proteção aos vulneráveis, liberdade como autonomia e responsabilidade²¹¹.

A função dos direitos fundamentais, como imperativo de tutela, também vincula as partes por contrato, dado que a autonomia privada dos contratantes apenas adquire vigência no plano jurídico normativo mediante o reconhecimento por parte do Estado e da ordem jurídica, sendo, inclusive, garantida por estes mediante sanções. Por esse motivo, o ato de autonomia privada que restringe um direito fundamental baseia-se não apenas formalmente, quer dizer, juridicamente, mas também materialmente, isto é, faticamente, em uma decisão livre da parte contratual afetada²¹².

Questão totalmente diversa relaciona-se com a tentativa de saber se esta tarefa de proteção pode ser efetivada somente com recursos aos mecanismos de direito privado, mas isso não altera o fato da problemática também apresentar uma dimensão constitucional. De maneira particular, à medida que a uma parte é recusado, pelo direito privado ou pela sua aplicação pelos tribunais, o mínimo de proteção imposto pela Constituição, também se verifica uma violação decorrente da proibição de insuficiência, visto que a simples concordância de uma das partes com a conclusão do contrato não torna totalmente dispensável a proteção de direitos fundamentais e, por essa razão, torna-se inadequado excluir a possibilidade de realização do

²⁰⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**, op cit., p. 206 - 207.

²⁰⁸ CRFB, Art.1º, III e IV.

²⁰⁹ CRFB, Art. 170, caput.

²¹⁰ DUQUE, Marcelo Schenk. **Curso de direitos fundamentais**, op cit., p. 118.

²¹¹ Cf. GIDDENS, Anthony. **A terceira via**: reflexões sobre o impasse político atual e o futuro da social-democracia. 4. ed. Rio de Janeiro: Record, 2001, p. 74 e ss.

²¹² CANARIS, Claus-Wilhelm. **Direitos fundamentais e Direito Privado**, op cit., p. 71 - 73.

controle de constitucionalidade nos casos de insuficiência do direito dos contratos quando efetivamente se desceu abaixo ou não se levou em consideração o nível mínimo de proteção jurídico-constitucional, em razão da inaplicabilidade genérica da proibição de insuficiência²¹³.

De outro lado, o direito infraconstitucional pode, em parte substancial, ser apreendido como realização da função de imperativo de tutela, em especial, na responsabilidade civil extracontratual e responsabilidade civil pelo risco e pretensões negatórias, estas, do ponto de vista do direito constitucional, transpõem deveres de proteção dos direitos fundamentais para o plano do direito privado. No mesmo sentido, o direito dos contratos também conhece normas que desempenham essa função. Neste caso, por exemplo, a Lei de Proteção Contra os Despedimentos é concebida como realização do imperativo constitucional, resultante do art.12 da Lei Federal Alemã de proteção dos trabalhadores contra uma injustificada perda do seu posto de trabalho²¹⁴.

Por outro lado, a proibição de insuficiência também não coincide com o dever de proteção, como se não possuísse qualquer função autônoma em relação a ele. Dito em outras palavras, a pergunta pelo dever de proteção trata do “se” da proteção, enquanto a proibição de insuficiência tematiza a pergunta pelo “como”, tendo em vista que a Constituição impõe apenas a proteção como resultado, mas não a sua conformação específica. Por isso, primeiro fundamenta-se a existência do dever de proteção como tal para depois verificar se o direito ordinário satisfaz suficientemente esse dever de proteção, ou se, pelo contrário, apresenta insuficiências. Portanto, é preciso verificar se a proteção satisfaz as exigências mínimas na sua eficiência e se bens jurídicos e interesses contrapostos não estão sendo sobreavaliados. Nessa perspectiva, chega-se a uma nova ponderação com interesses e bens jurídicos contrapostos, visto que estes não desempenham um papel essencial tão só na fundamentação do dever de proteção, mas também em sua realização pelo direito ordinário e na sintonia entre eles necessária²¹⁵.

A todo esse raciocínio, acrescenta-se que a proibição de insuficiência não é aplicável apenas no controle jurídico-constitucional de uma omissão legislativa, mas igualmente na

²¹³ Ibidem, p. 74. Cf. SCHABE, Jürgen. O chamado efeito perante terceiros dos direitos fundamentais para a influência dos direitos fundamentais no tráfego do direito privado. Trad. José Roberto Ludwig. **Direitos fundamentais e direito privado**: textos clássicos. In: DÜRIG, Günter, NIPPERDEY, Hans Carl, SCHWABE, Jürgen. Luís Afonso Heck (Org.). Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2012, p. 91 e ss; HESSE, Konrad. **Derecho constitucional y derecho privado**. Trad. Ignacio Gutiérrez Gutiérrez. Madrid: Civitas, 1995.

²¹⁴ Ibidem, p. 117.

²¹⁵ Ibidem, p. 122 e ss.

aplicação e desenvolvimento judicial do direito, uma vez que a função de imperativo de tutela dos direitos fundamentais não possui maior amplitude para uma realização da jurisprudência do que pelo legislador, pois o juiz somente está autorizado a cumprir esta tarefa porque, se não a fizer, restará configurado um inconstitucional déficit de proteção²¹⁶.

1.4 A restrição e os limites dos direitos fundamentais

O problema da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais compreendido sob a perspectiva da restrição ao exercício de um direito fundamental se desenvolve infraconstitucionalmente por meio de uma dupla dimensão: a restrição ou limitação e a configuração também denominada de conformação²¹⁷.

A restrição ou a limitação é compreendida como uma modificação normativa, não contrária à Constituição, de um ou de alguns dos elementos configuradores do direito fundamental, quais sejam: i) os sujeitos dos direitos fundamentais; ii) o âmbito de proteção material, definido no objeto de proteção (fato mais bem jurídico regulamentado) e os limites do direito fundamental; iii) a justificativa constitucional dos limites com base na reserva legal (autorização para restrição) e no princípio da proporcionalidade e conteúdo essencial do direito fundamental. Em contrapartida, a configuração ou conformação é a determinação do conteúdo ou a fixação da forma de exercício e das garantias processuais de determinado direito. Ambas as dimensões se manifestam na forma da lei e por esse motivo o legislador atua por meio de normas legais restritivas e conformadoras²¹⁸.

Mas o que seriam as normas restritivas? São normas que limitam ou restringem posições que, inicialmente, se incluem no domínio da proteção dos direitos fundamentais. E as normas conformadoras? São normas que definem o conteúdo de proteção de um direito fundamental em razão do seu grau de abstração, em outras palavras, a configuração pressupõe um déficit material do direito fundamental que impossibilita a sua máxima otimização. Logo, o complexo

²¹⁶ CANARIS, Claus-Wilhelm. **Direitos fundamentais e Direito Privado**, op cit., p. 124 - 125.

²¹⁷ STEINMETZ, Wilson Antônio. **Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 27. Cf. DUQUE, Marcelo Schenk. **Curso de direitos fundamentais: teoria e prática**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 307 e ss; SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais**. 13. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018, p. 402 e ss; SILVA, Virgílio Afonso da Silva. **Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia**. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2014, p. 126 - 181.

²¹⁸ *Ibidem*, p. 28.

normativo dos direitos fundamentais abrange tanto normas constitucionais quanto normas infraconstitucionais, que podem ser restritivas ou configuradoras²¹⁹.

Em termos de restrição de direitos e garantias fundamentais, é relevante a proteção das normas que instituem esses direitos e garantias, pois é preciso verificar qual é o objeto protegido, o bem jurídico regulado e a restrição constitucionalmente prevista no intuito de se compreender o tipo de limitação imposta pelo legislador, os seus efeitos e o tipo de vinculação estabelecida entre o legislador e os direitos fundamentais. Para tanto, é imprescindível distinguir entre os limites internos e os limites externos dos direitos fundamentais²²⁰.

Os limites internos não são restrições propriamente ditas, mas elementos constitutivos de parte do suposto fático do direito fundamental. O direito de reunião previsto na CRFB²²¹ ilustra bem essa situação ao demonstrar que há limites para o exercício desse direito na medida em que todos podem se reunir pacificamente, sem armas, em locais abertos ao público, desde que não frustrem outra reunião anteriormente convocada para o mesmo local, sendo apenas exigido prévio aviso à autoridade competente. Por esse ângulo, os limites internos aos direitos fundamentais não são limites em sentido estrito²²².

De outra forma, os limites externos são restrições instituídas infraconstitucionalmente, porém com prévia autorização constitucional. A reserva legal é uma norma de competência constitucional que autoriza o legislador a instituir possíveis restrições a direitos fundamentais, o que na prática significa que as restrições introduzidas no ordenamento jurídico mediante lei são normas de obrigações ou proibições dirigidas aos cidadãos, operadas por fora dos direitos fundamentais²²³.

A reserva de lei possui tipologia própria, de modo que, em matéria de direitos fundamentais, é possível falar em um sistema geral de reservas, em virtude da influência desempenhada pela Lei Fundamental alemã de 1949 na doutrina de diversos países por adotar

²¹⁹ Ibidem, p. 27 - 28.

²²⁰ Ibidem, p. 29.

²²¹ CRFB, Art.5º, XVI.

²²² STEINMETZ, Wilson Antônio. **Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade**, op cit., p. 30.

²²³ Ibidem, p. 33.

uma classificação tripartida: i) reserva de lei ordinária; b) reserva de lei qualificada e c) reserva de lei geral²²⁴.

A reserva de lei ordinária, também denominada de simples reserva legal ou simples restrição legal, é aquela que autoriza o legislador a impor restrição a direito fundamental sem fixar pressuposto e/ou objetivo a ser observado. De outra forma, a reserva de lei qualificada, também denominada de reserva legal ou restrição legal qualificada, exige que a autorização de restrição atenda a determinados pressupostos ou objetivos. A título de exemplo das mencionadas reservas de lei, temos, respectivamente, o art.5º, XV, XII e XIII, da CRFB. Em síntese, a principal distinção entre as reservas mencionadas é que na reserva qualificada além da necessidade de autorização para restringir um direito fundamental é preciso que a própria norma constitucional estabeleça os pressupostos e/ou objetivos a serem observados pelo legislador²²⁵.

A reserva de lei geral é a mais problemática para ser definida, mas aparentemente ela pode se equivaler à reserva de lei ordinária. A lei geral não tem a função de restrição ou limitação direta a um direito fundamental, mas apenas indireta. Nesta hipótese, o legislador atua com eficácia constitutiva. Apenas para ilustrar essa situação, pode ser citada a Lei do Silêncio do Distrito Federal²²⁶, que proíbe perturbar o sossego alheio fazendo barulho acima dos limites estabelecidos. Essa lei não restringe a liberdade de expressão diretamente, mas indiretamente, porque não foi elaborada para restringir o direito fundamental em questão. No Brasil, não há referência a uma reserva geral em matéria de direitos fundamentais como ocorre, por exemplo, em Portugal e na Espanha em razão de previsão constitucional²²⁷.

O legislador não poderá restringir direitos fundamentais sem que haja autorização constitucional, quando a restrição for contrária à Constituição ou nela não se encontrar justificção, por isso toda restrição só encontra seu fundamento de validade se for justificada constitucionalmente. A liberdade de desenvolvimento legislativo dos direitos fundamentais não é absoluta, no entanto só ocorrerá dentro dos limites constitucionais formais e materiais expressos ou implícitos, pois, dentro do complexo normativo constitucional, a vinculação do legislador aos direitos fundamentais é consequência da supremacia da Constituição,

²²⁴ Ibidem, p. 34.

²²⁵ Ibidem, p. 35.

²²⁶ Lei Distrital nº 4.092/08.

²²⁷ STEINMETZ, Wilson Antônio. **Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade**, op cit., p. 37.

consolidada com o controle de constitucionalidade das leis, já que as restrições de direitos fundamentais são passíveis de controle formal e material²²⁸.

A vinculação do legislador aos direitos fundamentais possui duas dimensões. A dimensão negativa é uma vinculação negativa, porque o legislador não poderá intervir nos direitos fundamentais restringindo-os, ou autorizar que outro poder público intervenha sem fundamento constitucional. A dimensão positiva é uma vinculação positiva, porque atribui ao legislador o poder de criar as estruturas normativas para a eficácia plena dos direitos fundamentais. A vinculação negativa também se fundamenta na dimensão subjetiva dos direitos fundamentais, e a vinculação positiva se fundamenta na dimensão objetiva dos direitos fundamentais. Essa dupla vinculação revela que o legislador não é considerado apenas um potencial inimigo dos direitos fundamentais, porque também compete a ele desempenhar a proteção destes direitos. A restrição é uma necessidade que se impõe devido à unidade da Constituição e da harmonização dos direitos e bens por ela tutelados. Em função disso, fala-se em princípio da excepcionalidade da restrição, porque admitir a restrição, como regra, implicaria na relativização dos direitos fundamentais e na destruição da própria Constituição. Por outro lado, a máxima efetividade dos direitos fundamentais torna imprescindível a atuação do legislador, porque o exercício desses direitos só será eficaz se houver medidas para a sua concretização e prevenção de conflitos ou proibição de abusos que levem à violação destes direitos²²⁹.

A conformação ou a configuração e a regulação dos direitos fundamentais não decorrem de uma necessidade jurídica, porque estes direitos possuem eficácia imediata. Por consequência, trata-se de uma necessidade cujo objetivo é a máxima efetividade social dos direitos. Nessa lógica, é possível falar em uma reserva de configuração e regulação dos direitos fundamentais, atentando-se para as expressões previstas nas diversas constituições, como nos termos da lei, na forma da lei, por lei, dentre outras, porque elas podem conter tanto uma autorização para restrição como a necessidade de conformação dos direitos fundamentais. A simples remissão à lei, presente nas diversas expressões constitucionais, não é um critério preciso para se fazer uma distinção entre as normas restritivas e configuradoras de direitos fundamentais. Logo, é preciso levar em consideração as duas acepções teóricas de conformação ou configuração. A primeira abrange tanto as normas restritivas como as não restritivas, a

²²⁸ Ibidem, p. 38.

²²⁹ Ibidem, p. 38.

segunda abrange apenas as normas não restritivas, como, por exemplo, as instituições de direito civil que requerem maior detalhamento pelas normas de direito infraconstitucional²³⁰.

A reserva de configuração e regulação não precisa ser expressamente autorizada pela Constituição, porque, ao contrário da restrição, não precisa de autorização constitucional. Ao conformar e regular, o legislador exerce um poder que lhe é próprio. Contudo, isso não quer dizer que o legislador pode dispor de uma interpretação autêntica dos preceitos constitucionais e que os direitos fundamentais estão à sua disposição. Na realidade, como o legislador está vinculado à Constituição, o desenvolvimento legislativo conformador é inerente a essa condição, até mesmo porque a validade das leis é auferida em função dos direitos fundamentais e os direitos fundamentais em função das leis, porque as leis estão sujeitas ao controle de constitucionalidade²³¹.

Sob outra perspectiva, há constitucionalistas que ao abordar o tema dos limites dos direitos fundamentais se referem ao episódio dos limites imanentes. Para alguns, os limites são analisados como um fenômeno distinto das colisões dos direitos fundamentais, mas para outros como fenômenos idênticos, mas referidos por uma terminologia diferente²³².

A presente abordagem considera a dissociação entre os dois fenômenos, já que os limites imanentes podem ser considerados como algo distinto da colisão dos direitos fundamentais se a dogmática jurídica tiver como objetivo a finalidade de justificar a restrição legislativa dos direitos fundamentais sem reserva de lei. Essa tese enuncia que o legislador poderá constituir limites a direitos fundamentais, sem reserva de lei, uma vez que tais limites são imanentes ao sistema dos direitos fundamentais e à própria Constituição. Ao fixar restrições constitucionais diretas e indiretas a alguns dos direitos fundamentais, o legislador constituinte já estava ciente da possibilidade de conflitos ou tensões envolvendo estes direitos fundamentais. Caso contrário, seria possível afirmar que os direitos fundamentais instituídos sem reserva de lei não seriam potencialmente conflitantes faticamente. Todavia, esse desfecho seria equivocado, porque pressupõe que os direitos fundamentais constituídos sem reserva de lei são absolutos e ilimitados. Por consequência, a teoria dos limites imanentes só pode ter alguma utilidade se

²³⁰ Ibidem, p. 39 e ss.

²³¹ Ibidem, p. 42.

²³² Ibidem, p. 43.

justificar a possibilidade de concretização de limites inerentes ao legislador ordinário, sob pena do conceito de colisão de direitos fundamentais absorver a concepção de limites imanentes²³³.

Existem três questões fundamentais para se compreender o tratamento dogmático dos limites imanentes: i) os limites imanentes existem ou são uma falsa construção dogmática? ii) se existem, então qual é a sua fundamentação teórica? iii) a noção de limites tem finalidade prática?²³⁴

A teoria dos limites imanentes adentra o plano da dogmática jurídica dos direitos fundamentais por meio da decisão do Tribunal Federal administrativo alemão (BVerwGE) do dia 15 de dezembro de 1953. Nesta ocasião, ficou decidido que um direito fundamental não deve ser protegido quando colocar em perigo um bem jurídico necessário à estabilidade da comunidade. Em decisão posterior, também foi adicionada a proteção dos direitos fundamentais de terceiros. Ao longo do desenvolvimento jurisprudencial do tribunal também foram sendo inseridos outros bens, como a saúde pública, segurança do tráfego, administração da justiça, proteção do matrimônio e da família, dentre outros. Para mais, o tribunal invocou a teoria do abuso de direito e os limites relacionados ao livre desenvolvimento dos direitos de personalidade²³⁵, já que estes direitos não podem violar direitos de terceiros e muito menos atentar contra a ordem constitucional e a lei moral²³⁶.

As razões do desenvolvimento dogmático da teoria dos limites imanentes são consequência dos possíveis conflitos de direitos ou bens constitucionais. Conquanto, seriam os limites imanentes autênticos limites ou pseudolimites? Nesta circunstância, se desenvolve o conceito de conteúdo de direito fundamental sob duas concepções doutrinárias²³⁷.

A primeira concepção, mais restritiva, considera que o conteúdo do direito deve ser determinando mediante uma análise do programa normativo que determinará o direito em relação a outros direitos e outras normas constitucionais, de modo que os limites imanentes se tornem parte do conteúdo do direito. Nessa acepção, não há um direito fundamental limitado por limites imanentes, mas sim delimitado pela via da interpretação constitucional. Assim, os direitos reconhecidos sem reserva de lei não são passíveis de limitação infraconstitucional. Para

²³³ Ibidem, p. 43 - 44.

²³⁴ Ibidem, p. 44.

²³⁵ LF, Art.2, 1º.

²³⁶ STEINMETZ, Wilson Antônio. **Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade**, op cit., p. 44.

²³⁷ Ibidem, p. 46.

a doutrina constitucional espanhola, esta concepção resulta da intervenção legislativa com efeitos constitutivos e por isso o conteúdo protegido do direito fundamental é produto da conexão de normas constitucionais por meio de uma interpretação sistemática e unitária da Constituição, dispensando-se a ponderação de bens²³⁸.

De outro modo, a segunda concepção amplia o conteúdo dos direitos fundamentais ao separar o conteúdo dos direitos fundamentais e os limites imanentes. Para tanto, utiliza-se de uma dupla operação. Primeiro, seleciona de forma mais ampla possível as faculdades jurídicas diretamente relacionadas com o direito fundamental em questão, sem levar em conta se este afeta ou não direito de terceiros ou bem jurídico da comunidade. Depois, averigua-se os limites imanentes enquanto limites externos ao direito fundamental a ser restringido, porém inerentes ao sistema de direitos fundamentais, no intuito de se harmonizar os direitos fundamentais e os bens constitucionalmente protegidos. Entretanto, o problema da fundamentação dos limites imanentes se concentra na fundamentação dogmática, já que tanto na Alemanha como em Portugal e na Espanha é pacífico o entendimento da existência dos limites imanentes²³⁹.

A justificação dos limites imanentes alemã rejeitou a cláusula da comunidade desenvolvida pelo Superior Tribunal Administrativo, em razão do seu alto grau de abstração dificultar a fixação de limites. Porém, a crítica mais aguda em relação à cláusula da comunidade é a ausência de fundamento constitucional, o que por sua vez implicaria em deixar os direitos fundamentais à disposição dos poderes públicos responsáveis pela criação, aplicação e interpretação das normas. A cláusula da comunidade dispõe que um direito fundamental não deve ser protegido quando oferecer perigo a bens jurídicos da comunidade. O desenvolvimento jurisprudencial da justificação dos limites imanentes por meio da cláusula da comunidade também não foi recepcionado na Espanha e em Portugal²⁴⁰.

Nas demais posições doutrinárias alemãs, o problema sempre esteve presente na dedução de limites imanentes da Constituição. Nessa lógica, a interpretação do livre desenvolvimento dos direitos de personalidade previstos na Lei Fundamental alemã ocupa o centro da discussão. A denominada cláusula medida, para a maioria das posições doutrinárias

²³⁸ Ibidem, p. 50.

²³⁹ Ibidem, p. 49 - 50.

²⁴⁰ Ibidem, p. 50 - 51.

alemãs, vincula os limites imanentes ao tríplice limite do desenvolvimento dos direitos de personalidade: i) direitos de terceiros; ii) ordem constitucional; iii) lei moral²⁴¹.

Nessa ocasião, surgem duas interpretações sob o ponto de vista da concretização de limites imanentes. A primeira, cujo principal defensor foi Friedrich Klein, afirma a eficácia imediata e geral do tríplice limite sobre todos os direitos fundamentais, porque todos os direitos fundamentais seriam a concretização do livre desenvolvimento da personalidade, isto é, um direito geral e básico. Entretanto, essa interpretação seria insustentável por deixar de lado o fato dos direitos fundamentais vincularem todos os poderes, individualizando, portanto, cada direito fundamental. A segunda, cujo principal expoente foi Günther Dürig, afirma a eficácia indireta do tríplice limite aos demais direitos fundamentais, de modo que se configura três tipos de limites ou restrições imanentes: i) limite imanente lógico-jurídico dos direitos de terceiros; ii) limite socialmente imanente à ordem constitucional; iii) limite eticamente imanente à lei moral. A crítica a essa posição é no sentido de que o limite socialmente imanente supera o conceito de ordem constitucional, incluindo outros possíveis limites, aplicáveis a todos os direitos fundamentais, o que, por sua vez, converteria a cláusula de medida em uma cláusula de proteção ao interesse geral²⁴².

No desenvolvimento da jurisprudência constitucional, o Tribunal Constitucional alemão, no caso Mephisto, decidiu que o direito fundamental à liberdade artística²⁴³, instituído sem reserva de lei, não poderia ser relativizado por uma cláusula indeterminada desprovida de fundamento constitucional. Todavia, nesse mesmo caso, o tribunal afirmou a inexistência ilimitada de uma liberdade protegida pela Lei Fundamental alemã, o que por sua vez resultou no desenvolvimento da fórmula imanente. A fórmula imanente preceitua que somente em razão de uma justificação, com base nos direitos fundamentais de terceiros em colisão e outros valores jurídicos constitucionais, podem ser limitados e configurados os direitos fundamentais se utilizando do princípio da unidade da Constituição e do conjunto de valores protegidos constitucionalmente. A fórmula imanente também foi criticada, especialmente por ser aplicada nos casos de direitos fundamentais sem reserva de lei, prevendo a prevalência de um destes

²⁴¹ Ibidem, p. 52.

²⁴² Ibidem, p. 52 - 53.

²⁴³ LF, Art. 5º, parágrafo 3.

direitos mediante ponderação, sem, no entanto, estabelecer o ônus argumentativo a ser utilizado²⁴⁴.

Na Espanha, o caso emblemático foi a sentença 11/1981 do Tribunal Constitucional espanhol, na qual ficou assentado que a Constituição estabelece por si mesma os limites dos direitos fundamentais em algumas ocasiões, em outras, o limite do direito deriva da Constituição indiretamente, enquanto se justifica a proteção de outros direitos e bens constitucionalmente protegidos. Na prática, essa decisão se desdobra em duas consequências lógicas. A primeira é que quando a Constituição habilita o legislador para limitar determinado direito fundamental, este deverá compreender que a proteção não reside apenas no direito em questão, como, por exemplo, a proteção da liberdade ideológica, religiosa e de cultos ou a manutenção dos serviços essenciais frente a greve, mas também o habilita a impor outras limitações justificadas pela necessidade de se preservar outros bens constitucionalmente reconhecidos. A segunda diz respeito à necessidade de se deduzir que também os direitos fundamentais, sem reserva de lei, são limitáveis, enquanto justificável a necessidade de se preservar outros bens constitucionalmente reconhecidos. Por conseguinte, o Tribunal Constitucional espanhol adere à ideia de limites imanentes²⁴⁵.

Dentro do contexto da justificação dos limites imanentes, houve o desenvolvimento da teoria da imanência geral em virtude da associação dos limites imanentes ao abuso de direito na doutrina constitucional alemã. Dessa forma, o abuso de direito ficou definido como a realização do conteúdo de liberdade de uma formulação de direito fundamental que implique em uma carga para interesses relacionados ao direito fundamental objetivamente protegidos quando estes estiverem ao lado de uma norma constitucional de maior grau justificando uma ideia fundamental pré-constitucional ou uma ideia jurídica suprapositiva. Segundo essa doutrina, o abuso de direito pode ser classificado de três formas: i) infração de interesses digno de proteção de outros titulares de direito fundamental; ii) infração de interesses digno de proteção da generalidade; iii) infração de interesses digno de proteção do Estado²⁴⁶.

A linha de divisão entre o exercício de um direito fundamental admissível e um direito fundamental inadmissível depende de preconcepções dos intérpretes constitucionais e de valorações subjetivas sobre a determinação das ideias pré-constitucionais ou suprapositivas, o

²⁴⁴ Ibidem, p. 53 - 54.

²⁴⁵ Ibidem, p. 54.

²⁴⁶ Ibidem, p. 55.

que revela uma insuficiência doutrinária. A outra crítica a essa corrente doutrinária é que ela apresenta contradições em relação à Lei Federal alemã, já que esta contém sanções específicas para abuso de direito. Dessa forma, associar abuso de direito a limites imanes torna inútil as sanções previstas constitucionalmente.

Na doutrina constitucional espanhola, a ideia de delimitação conceitual constitucional do conteúdo protegido tornou desnecessária a noção de abuso de direito, porque o que deve ser verificado é se a conduta em cujo apoio se invoca o direito fundamental pertence realmente a este âmbito de proteção. Para tanto, deve se considerar os deveres e obrigações provenientes de outras normas. As decisões do Tribunal Constitucional espanhol revelam que o abuso de direito não é um problema de limitação, mas de delimitação do conteúdo inicialmente protegido. Se a greve não é abusiva, então é preciso determinar em que medida a sentença impugnada ao admitir o encerramento da empresa afetou o direito de greve. De outro modo, se a greve é abusiva, a atuação dos trabalhadores não está abrangida pelo direito fundamental de greve, logo a conduta abusiva não é parte do conteúdo do direito fundamental, sendo dispensada a aplicação do princípio da proporcionalidade²⁴⁷.

Em Portugal, a questão relacionada aos limites imanes é controvertida, pois a Constituição portuguesa de 1976 (CRP) prevê direitos fundamentais, sem reserva de lei. Esta situação leva a duas possibilidades: i) os direitos fundamentais, sem reserva de lei, não podem ser restringidos, conseqüentemente o legislador infraconstitucional não pode concretizar limites imanes; ii) os direitos concebidos, sem reserva de lei, podem entrar em conflito com outros direitos ou bens constitucionalmente protegidos e a falta de autorização constitucional para a restrição de determinados direitos fundamentais pode ser solucionada por meio de um diálogo de fontes entre a Constituição portuguesa e a Declaração Universal dos Direitos do Homem, que, por sua vez, autoriza o legislador, por meio de lei, a limitar os direitos e liberdades do homem com a finalidade de assegurar o reconhecimento e respeito dos direitos e liberdades de outrem e de satisfazer às exigências da moral, da ordem pública e do bem-estar de uma sociedade democrática²⁴⁸.

A Constituição brasileira não contempla nenhuma hipótese de reserva geral de lei relacionada aos direitos fundamentais, o que por si só não exclui a possibilidade de restrições a estes direitos. Todavia, a restrição de direitos fundamentais operada pelo legislador

²⁴⁷ Ibidem, p. 57.

²⁴⁸ Ibidem, p. 59.

infraconstitucional pode ser justificada pela teoria dos limites imanentes. Já a restrição judicial de direitos fundamentais é legítima se operada por meio da aplicação do princípio da proporcionalidade. De outra forma, não é imprescindível invocar a teoria dos limites imanentes para as situações de conflitos de direitos fundamentais. Portanto, a teoria dos limites imanentes só é útil se concebida como uma construção dogmática capaz de fornecer justiça às restrições legislativas a direitos fundamentais instituídos sem reserva de lei e como episódio distinto da colisão de direitos fundamentais²⁴⁹.

1.5 A interpretação constitucional e teorias dos direitos fundamentais

As posições metódicas sustentadas e praticadas pela interpretação constitucional devem ser expostas em relação ao seu conteúdo, analisadas e interpeladas criticamente sobre suas consequências para a jurisdição constitucional. Essa questão traz à tona a problemática do método correto de interpretação constitucional. Como posições metódicas relevantes na controvérsia atual sobre a interpretação constitucional, destacam-se: i) o método hermenêutico clássico de Forsthoff; ii) o método tópico; iii) a interpretação constitucional de Smend; iv) o método de interpretação hermenêutico-concretizador defendido por Hesse e Friedrich Müller²⁵⁰.

O conteúdo do método hermenêutico-clássico se resume a dois axiomas. A Constituição deve ser interpretada do mesmo modo que qualquer outra lei. A interpretação de uma lei está vinculada às regras de interpretação jurídica-clássica, interpretação sistemática, histórica, lógica e gramatical, desenvolvida por Savigny. Ponto essencial desta posição, e ao mesmo tempo pressuposto fundamental de sua exigência interpretativa, é a equiparação da Constituição a qualquer outra lei para fins de interpretação constitucional. De acordo com o sentido das regras clássicas de interpretação, a que se refere Forsthoff, “lei” não é simplesmente “qualquer norma jurídica”, porque além do seu caráter de norma jurídica, existe uma determinada estrutura normativa-material com grau relativamente alto de determinação material, fixa em seu sentido e de conformação normativa-conceitual das regras legais. A lei contém, preponderantemente, uma programação, então o sentido da submissão do fato à norma não é

²⁴⁹ Ibidem, p. 60 - 61.

²⁵⁰ BOCKENFORD, Ernest-Wolfgang. **Escritos sobre Derechos Fundamentales**. Prólogo de Francisco J. Batista. Trad. Juan Luis Requejo Pagés e Ignacio Villaverde Menéndez. Oviedo: Baden-Baden, 1993, p. 15. Cf. também HESSE, Konrad. **Escritos de derecho constitucional**. Madrid: Maribel, 1983; BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. LUÑO, Antonio E. Perez. **Derechos humanos, estado de derecho y constitución**. 10. ed. Madrid: Tecnos, 2010, p. 255 e ss.

uma mera programação final. Por outro lado, a inserção de uma lei em um universo de relações de igual estrutura é continuamente determinada por regras abertas²⁵¹.

Frente a essa particularidade, a Constituição é, segundo sua conformação normativa-material, fragmentada. Seus preceitos contêm o elo essencial, ao lado das regulamentações das competências e organizações, princípios que requerem previamente uma valoração para serem concretizados no âmbito jurídico, preceitos finalísticos, insuscetíveis de uma única interpretação, herdados de uma tradição constitucional. Este caráter fragmentário da Constituição possui consequências que escapam da estrutura normativa-material de uma lei. A Constituição é, partindo desta estrutura, o fundamento do ordenamento jurídico que fixa a estrutura, material e procedimental, para o processo de ação e decisão política fundamentais para a relação entre indivíduo, sociedade e Estado. Por isso, a suposta igualdade da estrutura de uma Constituição e uma lei se revela como uma ficção²⁵².

Este resultado é confirmado a partir da doutrina clássica da interpretação, posto que Savigny desenvolve suas regras de interpretação para o direito privado, conformada, em sua concepção, em regra jurídicas e institutos jurídicos, ideal para a unidade do sistema. O conceito de lei tomado como referência é um conceito cunhado materialmente. As regras de interpretação tendem a indagar o conteúdo e o fim normativo da lei a partir da totalidade histórico-dogmática do ordenamento jurídico. Entretanto, para a interpretação constitucional, as regras desenvolvidas por Savigny se mostram insuficientes em razão do caráter fragmentário da Constituição. Os métodos complementares de interpretação, que devem ser utilizados na interpretação constitucional, permanecem, no entanto, irreflexivos e incontrolados, ao ponto de ocasionarem uma arbitrariedade interpretativa. Essa contradição já foi vista pelo próprio Forsthoff, que, em razão das críticas de Martin Kriele, formulou a tese de que o processo de interpretação em todo caso deve passar pelas etapas assinaladas por Savigny, sem afirmar com isto que o critério da decisão deva ser encontrado necessariamente nestes estágios. É possível encontrar uma solução para este problema? Só por meio de uma teoria acessível ao desenvolvimento de um sistema constitucional, que pretenda ir além da pré-compreensão subjetiva da interpretação, seria possível tomar a totalidade histórico-dogmática da ordem jurídica ainda não preexistente à Constituição como ponto de referência da interpretação²⁵³.

²⁵¹ Ibidem, p. 16.

²⁵² Ibidem, p. 17.

²⁵³ Ibidem, p. 19.

A abordagem tópico-orientada ao problema como método da interpretação constitucional deve se distinguir em duas etapas: i) o estabelecimento da tópica e do pensamento problemático como genuíno método da interpretação constitucional e a democratização e radicalização deste método; ii) a problemática do método tópico-orientado ao problema manifestado a partir deste desenvolvimento²⁵⁴.

O ponto de partida sistemático para a recepção da tópica e do pensamento problemático como método de interpretação constitucional, se não totalmente, ao menos no caso da sua aplicação à Constituição, supera o método hermenêutico-clássico. À vista do caráter fragmentário da Constituição, é natural o recurso ao processo tópico, orientado ao problema, para remediar a insuficiência das regras clássicas de interpretação, evitando a ausência de uma decisão (*non liquet*), que já não é mais possível frente a jurisdição constitucionalmente existente. A idoneidade da tópica e do pensamento problemático, especialmente para a interpretação da Constituição, se baseia, também, na abertura da estrutura constitucional. Porém, é possível a aplicação do método tópico-orientado ao problema alcançar uma solução específica para o problema da interpretação constitucional? Esse questionamento faz com que seja estabelecido desde o início uma compreensão estruturalmente adequada a este método²⁵⁵.

O problema sustenta a primazia contra a norma e o sistema, e a interpretação jurídica se apresenta como um processo aberto de argumentação, que não possui um conteúdo normativo para investigar e, para tanto, aplicar seu critério orientador pressuposto, mas que utiliza um determinado conteúdo normativo e um sistema dogmático apenas como ponto de vista para a solução de um problema, ao lado de outros. As regras clássicas de interpretação, pensadas originariamente como um cânone fechado, tornaram-se demasiadamente parciais, livremente dedutíveis, mas de forma alguma vinculam a resolução de problemas. Assim, a abertura estabelecida pela interpretação possibilita um contínuo aperfeiçoamento do direito por se apresentar, no caso da Constituição, como necessária a sua abertura estrutural²⁵⁶.

Quais são as consequências essenciais que se encontram trancadas nessa orientação da interpretação da Constituição para o pensamento atual e problemático? As decisões fundamentais e os princípios da Constituição, os bens jurídicos protegidos e os princípios vetores estabelecidos não possuem o caráter de normas ou princípios normativos, mas em vez

²⁵⁴ Ibidem, p. 20.

²⁵⁵ Ibidem, p. 20.

²⁵⁶ Ibidem, p. 20 - 21.

disso se convertem em matéria jurídico-constitucional, cuja relevância é determinada segundo sua adequação, em última instância determinada pelo intérprete, ao problema ou ao caso. Não é um ponto de referência normativo da interpretação, mas um ponto de vista da fundamentação orientada ao problema ou ao marco do processo argumentativo tópico. Na prática, isto significa que uma quase ilimitada abertura da argumentação permite que o intérprete faça valer sua ideia de adequação da solução do caso ou problema. Se, no entanto, a coerência e consistência da interpretação nesta abordagem devem ser garantidas, o fator decisivo é a pré-compressão combinada: a pré-compressão do problema, bem como a pré-compreensão da Constituição. Estas pré-compreensões encerram a própria pré-decisão sobre a interpretação. Portanto, a questão decisiva é se existe uma pré-compreensão determinante e, se sim, qual é o seu teor. Para o princípio tópico-orientado ao problema, não é possível obter esta pré-compreensão por meio da pré-compreensão pressuposta na própria Constituição ou nas suas decisões fundamentais, sob pena de regresso ao primado da norma frente ao problema. Logo, o consenso dos participantes se converte no critério determinante para a compreensão. Ao domínio da tópica e do pensamento problemático pertence também o método proposto por Kriele, orientado à argumentação jurídica racional-política constitucional. Este autor se dirige criticamente contra a tópica, porque considera que esta não estrutura de modo suficiente a abertura e a indeterminação da interpretação, gerando, assim, o risco de se incorrer em arbitrariedade. Kriele quer evitar este risco, partindo, por um lado, da obrigatoriedade das resoluções tomadas pelo constituinte e reconhecendo a pressuposta vinculação dos precedentes do Tribunal Constitucional, e, por outro, extraíndo da argumentação jurídico-política e jurídico-constitucional uma denominada estrutura de ponderação jurídico racional²⁵⁷.

Não obstante, esta estrutura das referências a fatos, a hipóteses sobre a realidade, a interesses e a sua generalidade ou fundamentalidade apenas possui, novamente, o valor pouco claro e rico em variações do topoi. E a pressuposta racionalidade das discussões é ligeiramente modificada à remissão da tópica e do pensamento problemático ao consenso. Para isso se adiciona que os próprios precedentes são apenas resultados de uma discussão pouco estruturada e que a questão a respeito do conteúdo e âmbito das resoluções tomadas pelo constituinte é novamente uma questão de interpretação, é evidente que este método não é mais do que uma variação modificada da tópica²⁵⁸.

²⁵⁷ Ibidem, p. 21 - 22.

²⁵⁸ Ibidem, p. 22 - 23.

A questão do método tópico-orientado ao problema é antes de tudo uma questão da tópica e do pensamento problemático. O proclamado princípio do problema, ou caso frente a norma, e o sistema conduzem ao questionamento da vigência normativa das leis, que estão degradadas à condição de pontos de vista relevantes para a solução de problemas. O problema que resulta da setorial indeterminação normativa e abertura da Constituição pretende ser solucionado fazendo com que essa indeterminação normativa e abertura não se limite, a não ser servindo-a, pela primeira vez, à condição de princípio, para depois buscar, sobre a base das leis e princípios, a solução ao problema e uma nova normatividade. Em suas decisões fundamentais e normatizações singulares, a Constituição se converte, com isso, em uma combinação de pontos de vista relevantes para a solução de problemas, junto a outros, cuja relevância no caso concreto não está determinada por si mesmos, a não ser pela correspondente pré-compreensão consensual. Todavia, esta pré-compreensão precisa confirmar sua eficácia criticamente em relação ao conteúdo averiguável daquelas hipóteses ou, neste caso, permitir colocá-las em questão. Com isso, a fundação da unidade, que corresponde à Constituição como ordenamento jurídico fundamental à vida política, também se transmite finalmente a estas pré-compreensões²⁵⁹.

A Constituição possui o caráter de um recipiente aberto que, em consonância com o correspondente consenso pré-compreendido, pode confluir muitas e heterogêneas interpretações. Se a Constituição, em um sentido eminente, é o ordenamento jurídico político, a abertura tópica não pode ficar sem consequências. Um método de interpretação que em grande medida conduz a uma determinação do conteúdo da Constituição implica, em um Estado democrático, a exigência de sua própria democratização. Esta consequência não é, neste ínterim, apenas um mero programa, mas uma realidade²⁶⁰.

A democratização e radicalização vinculada ao método tópico-orientado ao problema foi levada a sério por Peter Häberle ao lograr em três interessantes passos uma quase completa dissolução da Constituição como norma. O primeiro passo se estende a todos os órgãos do Estado e a todos cidadãos e grupos, a denominada sociedade aberta dos intérpretes da Constituição²⁶¹. O próprio povo, precisamente com magnitude plural, se coloca no lugar dos pensadores racionais e justos como portador do consenso da argumentação tópica. Desta

²⁵⁹ Ibidem, p. 23.

²⁶⁰ Ibidem, p. 23 - 24.

²⁶¹ Cf. HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica 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, 1997.

abertura democratizadora da interpretação resulta o segundo passo, segundo o qual a interpretação não se converte apenas em um processo aberto, mas também público, pois quem vive e atualiza a Constituição também a interpreta. Todas as forças realmente relevantes que atuam sobre a Constituição também possuem relevância teórica, o povo é composto por partícipes legítimos da interpretação constitucional. A Constituição se converte no espelho do público e da realidade, mas não só no espelho, como também em fonte de luz. O espelho é, sem embargo, apenas um reflexo, nunca uma fonte de luz própria. A interpretação jurídica da Constituição só permeia o público e as realidades plurais, as necessidades e possibilidades da comunidade inseridas no texto constitucional, de modo que o jurista é exclusivamente um intermediário²⁶².

A última consequência para a interpretação constitucional é evidente. As palavras devem conservar seu significado, porque já não se trata mais de uma mera interpretação, mas de uma permanente mutação constitucional criadora do direito sob a arquitetura da interpretação. Nas teses de Häberle, se expressa com clareza em toda a sua extensão a consequência da abertura estrutural da Constituição. A normatividade da Constituição supõe a sua vigência, mas a vigência, por sua parte, se baseia em uma ordem jurídica vinculante e/ou expectativa real de comportamento e, na medida que uma Constituição seja aberta, não pode, só por isso, pretender vigência. Inclusive se a abertura se converte na estrutura da Constituição, do mesmo modo pertence a esta estrutura a permanente indeterminação e mutabilidade. Esta não se supera pela via da interpretação. Em seu lugar se coloca, como típico modo de funcionamento da pretendida interpretação, o recurso a um consenso existente ou em formação. Se, de modo consequente, esta formação do consenso se vincula ao sentido democrático-pluralístico e não é colocada nas mãos de uma elite profissional de juízes e teóricos, então já não é mais um processo essencialmente argumentativo, mas um processo primariamente político, cujos titulares são as forças públicas e politicamente relevantes. O Tribunal se converte na instância de sanção e legitimação desta mutação constitucional que se efetua conforme o correspondente consenso político ou, neste caso, a correspondente troca de consensos. A consequência seguinte é a exigência de que sua organização e composição corresponda a este fato²⁶³.

Em razão destas consequências radicalmente dissolventes da norma presentes no método tópico-orientado ao problema, se levanta a questão a respeito dos pressupostos político-

²⁶² Ibidem, p. 24 - 25.

²⁶³ Ibidem, p. 25 - 26.

intelectuais sob os quais se pode lograr, não obstante, a funcionalidade. O mais importante destes pressupostos é o consenso sobre os conteúdos jurídicos. Somente sob este pressuposto é possível constatar uma decisão por meio de uma atração, acumulação e comparação dos pontos de vista relativos ao problema, sem dissolver a essência jurídica. Não se pode menosprezar o conteúdo retórico de toda a argumentação tópica apelando ao consenso pressuposto dos presentes por meio da referência a determinados argumentos que levem a um acordo. Esta argumentação só é capaz de deslocar a força de convicção com base em um acordo existente, já que não produz esse acordo antecipadamente. Como métodos de interpretação constitucional, a tópica e o pensamento problemático, se devem ser funcionais, pressupõem um amplo consenso constitucional, não apenas em relação à existência da Constituição, mas também sobre o conteúdo da Constituição indo além da tensão e polarização política. No entanto, se isso é correto, a recepção da tópica e do pensamento problemático se mostra no direito constitucional como a teoria da interpretação do apolítico, coordenada com o modelo imaginário de harmonia de uma sociedade de valores plurais e harmônica, como a da Alemanha nos finais dos anos cinquenta e início dos anos sessenta. A sociedade pluralista da República Federal alemã até este momento havia mostrado pouca tendência para formar concepções fortemente antagônicas, que tornariam mais difícil a função da jurisprudência de estabelecer tradições morais, superiores e em conjunto a padrões axiológicos. Se o surto de conflitos políticos na sociedade é alcançado e, conseqüentemente, uma polarização das posturas de valores, toda a tópica fica privada da base de um consenso, por isso um tribunal que procura seguir essa interpretação não se encontra de outro lado, mas sim no âmbito da confrontação política²⁶⁴.

O método de interpretação constitucional orientado às ciências da realidade possui seu ponto de partida na doutrina da interpretação de Rudolf Smend. Esta doutrina se contrapôs originariamente ao positivismo jurídico estatal da época da República de Weimar para liberar a interpretação constitucional da angústia de uma técnica jurídica exercitada nas detalhadas regulamentações legais, e assentá-la no contexto federal de uma concepção do Estado e Teoria da Constituição. A tese principal é que o sentido e realidade da Constituição não é a literalidade do texto legal e a abstração dogmática, mas a construção do fundamento e do critério da sua interpretação. Só a partir desse fundamento é que se pode determinar convenientemente, e de forma adequada, o objeto, o conteúdo normativo da Constituição. A compreensão axiológica das ciências do espírito sobre a Constituição se apresenta como a via metódica para alcançar

²⁶⁴ Ibidem, p. 26 - 27.

este fim. Rudolf Smend vê o sentido da Constituição no ordenamento jurídico proveniente da integração, no qual o Estado tem sua realidade vital. O sentido deste processo é sempre a nova produção da totalidade vital do Estado. A Constituição é expressão deste sistema de sentido, no qual se desenvolve ao mesmo tempo. Assim, os direitos fundamentais, inerentes à Constituição, se apresentam como um determinado sistema cultural e de valores de um povo²⁶⁵.

Nos termos que aqui se concebem, a função da interpretação consiste em orientar o sentido e a realidade da Constituição. A invocação da totalidade do Estado e da totalidade do seu processo de integração consignam o critério fundamental de orientação que vai interpretar e determinar, em seu conteúdo, os regulamentos em particular. A interpretação constitucional possui conscientemente um caráter elástico, integrado e amplamente discordante de toda outra interpretação do direito. As consequências dessa abordagem interpretativa são transcendentais. Isso é obtido a partir da ideia de que a determinação do conteúdo das normas constitucionais resulta de maneira decisiva de um sentido total e de uma realidade funcional da Constituição²⁶⁶.

Importante instrumento de interpretação é o saber intuitivo das ciências do espírito e a compreensão dos estados de consciência, constelações de valores e processos de integração que influenciam a Constituição. Esta forma de interpretação recebe as correntes e os universos de valores do respectivo espírito de cada época, se convertendo em um elemento flexível. O que permanece nesta forma encoberta como orientação normativa efetiva da interpretação é só a função integradora da Constituição, compreendida como um processo contínuo, em permanente reprodução, isto é, como processo de estabilização para a ereção e renovação da totalidade vital do Estado. A esta função integradora estão orientados e referidos o sentido e a realidade da Constituição. Se isto se qualifica no caso concreto como sistema de valores, sistema cultural ou sistema de integração é indiferente²⁶⁷.

A problemática deste método de interpretação radica, por um lado, na indeterminação e mutação dos possíveis resultados da interpretação, esta particularidade é compartilhada com o método tópico-orientado ao problema, e, por outro lado, e mais importante, na inversão do ponto de referência da interpretação. Este ponto de referência não consiste nas magnitudes normativas como os princípios ou as decisões fundamentais de uma Constituição, mas em uma visão e análise da totalidade da realidade dada e da função social da Constituição. Nisto reside

²⁶⁵ Ibidem, p. 28.

²⁶⁶ Ibidem, p. 28.

²⁶⁷ Ibidem, p. 29.

a inversão da interpretação das normas e da realidade social. O processo de realização da Constituição sempre mostra quebras frente ao conteúdo normativo originário e certas simbioses com as correntes de cada época, do mesmo modo que a função da Constituição na realidade social e política se converte no parâmetro para a determinação do seu próprio conteúdo. Assim, fica evidente que com este método de interpretação se contempla uma interpretação constitucional sociológica²⁶⁸.

Os enunciados da função científico-social sobre a Constituição, que em si mesmos apenas são uma descrição da realidade, possuem relevância normativa, ao invés de um mero valor declaratório. O resultado é que o ponto de referência extensivo, assim desenvolvido, da interpretação constitucional se esgota na reprodução dos juízos e afirmações sobre a Constituição e, com isso, determinam adequadamente a interpretação constitucional. Isto se confirma com as declarações centrais de Rudolf Smend sobre a elasticidade, mutabilidade e capacidade integradora de Luhmann sobre a Constituição a partir da teoria dos sistemas. No núcleo, são idênticas, mas o revestimento das ciências espirituais é retraído para um núcleo neutro, para a autoconservação da funcionalidade do sistema. De outro modo, o método interpretativo hermenêutico-concretizado, sem questionar o princípio da abertura da interpretação proclamada pela tópica no pensamento problemático, e as vias de interpretação, intenta, não obstante, recuperar novamente a vinculação da norma e da racionalidade controlável da interpretação, resolvendo, desta forma, a controvérsia relacionada ao método tópico-orientado ao problema. Se torna o ponto central o conceito de concretização, segundo a intensidade que se pretende uma revinculação normativa-racional da concretização, é possível diferenciar dois lados dessa abordagem metódica²⁶⁹.

O ponto de partida para Konrad Hesse é o resgate do conceito de interpretação, uma vez que os problemas relacionados a ela sempre aparecem quando a Constituição não contém critérios claros. A interpretação constitucional contém o caráter criador do direito, isto é, conforme a forma e o objeto de concretização²⁷⁰, esta concretização é colocada em prática, sobretudo com o manejo daquelas normas constitucionais e preceitos que contêm a fixação de determinados objetivos para o Estado. Para a via da concretização, este método permanece essencialmente no processo tópico-orientado ao problema. Ainda assim, deve-se proceder a

²⁶⁸ Ibidem, p. 30.

²⁶⁹ Ibidem, p. 30 - 31.

²⁷⁰ Cf. HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

uma limitação da multiplicidade tópica dos pontos de vista de uma dupla maneira. Por um lado, por meio de uma estrita orientação ao problema e uma determinada referência objetiva da argumentação. Por outro, por meio de uma valoração dos pontos de vista tópicos dos princípios da interpretação constitucional. Sem embargo, ambas as vias seguem o terreno da argumentação tópica e sua indeterminação²⁷¹.

Para a orientação do problema e a referência objetiva não oferece Konrad Hesse nenhum outro critério racionalmente controlável, pelo que permanece em sua direção intuitivo-subjetiva, guiada em todo caso pelo consenso e compreensão. Os invocados princípios da interpretação constitucional não são, por sua parte, princípios normativos que contemplam interpretações obrigatórias oferecidas antecipadamente, mas apenas pontos de vista interpretativos principais, no sentido do processo tópico. Estes princípios contribuem, sem gradação e limite, com argumentos para a solução do problema, todavia são incapazes de valorizar e selecionar estes argumentos²⁷².

A referida vinculação normativa da concretização deve ser alcançada por meio de uma rigorosa vinculação ao texto da norma como limite de interpretação. A primazia do problema tópico deve ser a centralidade do texto. Konrad Hesse deseja manter a interpretação, apesar da sua extensão de concretização, como vinculada a algo estabelecido, em que não existe nenhuma fixação obrigatória, porque a interpretação constitucional também possui seu limite. Porém, é possível alcançar a finalidade pretendida desta forma? Precisamente o problema da interpretação constitucional deriva da multiplicidade, indeterminação, fragmentação e da literalidade das normas constitucionais. Obter a partir daí um texto de padrão claro e com determinado conteúdo certo é função da interpretação. Mas, como isso pode estar ligado à interpretação já que ela mesma deve ser obtida antes de tudo? Na medida em que a norma é indeterminada, e só a interpretação obtém um conteúdo, que é o ponto de partida para a concretização, não pode ser ao mesmo tempo um elemento de ligação da interpretação. O postulado se mostra incapaz de seguir em frente, como em um círculo vicioso, em que se apresentam as questões reais da interpretação, mas o problema segue sem solução. Tanto quanto a relação entre a multiplicidade tópica e as vinculações e reivindicações normativas da interpretação permanecem em última instância abertas e indeterminadas no posicionamento de

²⁷¹ BOCKENFORD. Ernest-Wolfgang. **Escritos sobre Derechos Fundamentales**, op cit., pag. 32.

²⁷² Ibidem, p. 32.

Konrad Hesse. Por isso, Friedrich Müller busca analisar pormenorizadamente o processo de concretização à luz da sua vinculação normativa²⁷³.

A partir de agora a vinculação normativa se move para o processo de concretização. Isso ocorre sobre a base de um conceito modificado de norma concebido para as normas amplamente indeterminadas da Constituição. A norma, em especial a norma constitucional, apenas se apresenta como o núcleo objetivamente circunscrito de uma disposição normativa. Para ser aplicada ao caso concreto deve ser primeiro concretizada, quer dizer, pré-determinada em uma norma de decisão. Dentro do processo de concretização jurídica também se apresentam norma jurídica e realidade como momentos da concretização normativa que, em princípio, atuam no mesmo plano. Em um primeiro momento, juridicamente, o caso concreto deve estar de acordo com os preceitos jurídicos e circunstâncias da norma. Não se exige, nem se oferece, evidentemente, um ponto normativo e expansivo de orientação para assim se proceder. Por outro lado, a multiplicidade de elementos de concretização se analisa em seu alcance argumentativo, com a finalidade de se estabelecer sob estes elementos uma hierarquia ou, em seu caso, um princípio de preferência. Entretanto, o processo interpretativo de um tópico-aberto para um tópico-vinculado segue sendo algo controvertido²⁷⁴.

O problema da abordagem da interpretação hermenêutico-concretizadora reside, por um lado, na posição intermediária, que em última instância permanece confusa, entre a tópica desvinculada da norma e da vinculação normativa clássica da interpretação, por outro, na função que assume a noção de concretização do marco deste método. Em ambas as abordagens, a referida revinculação da constatada multiplicidade argumentativa tópica não logra êxito a uma interpretação controlável racionalmente, guiada por uma vinculação normativa clara. Isso fica claro em Hesse, mas também não é esquecido por Müller, embora ele chegue mais próximo desse objetivo. Onde está a razão de tudo isso? Um conteúdo normativo vinculante não pode ser obtido de um texto normativo estruturalmente vago, como é típico da maioria das normas constitucionais, sem recorrer a uma teoria dos direitos fundamentais, por sua vez obrigatória. Enquanto Hesse não sustenta conscientemente uma consequência semelhante, em Müller este ponto normativo, extensivo de orientação e de referência para a interpretação não chega a ser visível. É por isso muito questionável a conjunção da norma e das circunstâncias que deve concretizar a norma constitucional, inicialmente indeterminada, em uma norma de decisão

²⁷³ Ibidem, p. 32 - 33

²⁷⁴ Ibidem, p. 33 - 34.

determinada, no sentido que realmente suporta um jogo artificioso, visualizado de um lado e de outro, ou se, finalmente, recai novamente na indeterminação da tópica²⁷⁵.

A qualificação da interpretação como concretizadora legitima uma progressiva predeterminação da Constituição, que perde progressivamente seu caráter de ordenamento central, assim como a margem de configuração política do legislador. O processo para obter desde um núcleo normativo, ou, neste caso, desde uma regra de decisão ainda indeterminada ou determinada, no sentido de uma solução do caso concreto, é descrito como correto, por um lado, como concretização jurídico-criadora em lugar de uma mera derivação. Por outro lado, esta concretização ainda passa pela interpretação da Constituição, como consequência de que a norma singular da decisão obtida do núcleo normativo, neste caso a norma inicialmente indeterminada, se converte, por sua vez, no conteúdo da Constituição, porque é o resultado de uma interpretação constitucional. Mas isto significa que, em cada caso, uma das inúmeras decisões/soluções possíveis, que está, em efeito, coberta pela Constituição, possa não estar prescrita forçosamente apenas nela²⁷⁶.

Todos os métodos abordados produzem como resultado definitivo, salvo, talvez, Friedrich Müller, a degradação da normatividade constitucional. Inteiramente referido o ponto de partida para a interpretação constitucional, a indeterminação material das normas e princípios constitucionais, os métodos abordados não limitam esta indeterminação, mas a ampliam e intensificam²⁷⁷.

A análise dos diferentes métodos de interpretação indica que o ponto decisivo para o fortalecimento ou uma recuperação da normatividade da Constituição não repousa em uma depuração e mediação metodológicas dos singulares passos interpretativos, mas na orientação da interpretação a um conceito de Constituição, especificamente, em uma teoria da Constituição que seja capaz de abranger pontos de vista orientadores e estruturais para a interpretação. À luz de uma necessidade de interpretação não só explicativa, mas reveladora, da maioria das normas constitucionais, que resulta da sua estrutura normativa, todos os métodos interpretativos acabam sendo levados a uma zona cinzenta. Entretanto, se por algum motivo tal orientação não ocorrer, o caminho para a liberdade interpretativa será delineado pela relação da norma com a realidade. Porém, é possível ser postulada uma teoria da Constituição que não seja apenas fruto de pontos

²⁷⁵ Ibidem, p. 34.

²⁷⁶ Ibidem, p. 35.

²⁷⁷ Ibidem, p. 36.

de vista interpretativos e de pré-compreensões subjetivamente persistentes? Uma teoria da Constituição semelhante, caso deseje cumprir com a função que lhe foi designada, deve orientar sistematicamente a finalidade normativa e a transcendência da Constituição como um todo unitário. Uma teoria vinculante da Constituição já não pode ser fruto de uma pré-compreensão subjetiva e de um consenso político existente. A elaboração e configuração de uma teoria da Constituição adequada deve ter como porto de partida a própria Constituição²⁷⁸.

A vigência dos direitos fundamentais como direitos diretamente aplicáveis confere à interpretação destes direitos uma importância transcendental por serem fórmulas lapidárias que carecem de um único sentido material. Logo, se querem operar como direitos diretamente aplicáveis, efetivos, precisam, diferentemente dos outros preceitos legais, de uma interpretação não só explicativa, mas reveladora. Esta teoria tem seu ponto de partida em uma interpretação sistemática que seja capaz de abranger uma concepção de Estado e/ou uma teoria da Constituição. Sua função consiste em não abandonar a interpretação dos singulares direitos fundamentais unicamente a uma técnica jurídica conformada a partir de detalhadas regulações legais, mas sim em integrá-la ao contexto geral de uma concepção de Estado e teoria da Constituição²⁷⁹.

A interpretação dos direitos fundamentais a partir de uma teoria dos direitos fundamentais não é um ingrediente ideológico do respectivo intérprete, evitável com um correto emprego dos métodos jurídicos de interpretação, já que possui seu fundamento no caráter lapidário e fragmentário dos preceitos dos direitos fundamentais. Em última instância, tanto uma interpretação teleológica do sentido como uma interpretação sistemática destes preceitos não podem resultar mais do que em uma determinada teoria dos direitos fundamentais. Com esta constatação, a problemática dos direitos fundamentais se revela com mais clareza, porque as consequências para o conteúdo dos direitos fundamentais são de grande transcendência segundo a teoria com a qual se realize a interpretação de um determinado preceito de direito fundamental, como, por exemplo, à luz da teoria do Estado de direito liberal, teoria institucional ou da teoria democrático-funcional²⁸⁰.

²⁷⁸ Ibidem, p. 37 - 38.

²⁷⁹ Ibidem, p. 44 - 45.

²⁸⁰ Ibidem, p. 45 - 46.

As principais teorias dos direitos fundamentais, alternativas ou combinadas, à luz da tipologia apresentada por Ernest Wolfgang Bockenford, são respectivamente as seguintes: i) teoria liberal; ii) teoria institucional; iii) teoria axiológica; iv) teoria funcional; v) teoria social.

Para a teoria liberal ou do Estado de direito burguês, os direitos fundamentais são direitos de liberdade do indivíduo frente o Estado. Se estabelecem para assegurar, frente a ameaça estatal, âmbitos importantes da liberdade individual e social que estão especialmente expostos, segundo a experiência histórica, à ameaça do poder do Estado. Os direitos fundamentais possuem seu ponto de partida no princípio da distribuição, fundamental para a ideia do Estado de direito burguês, apresentando-se como emanção e concretização deste princípio da distribuição. De acordo com este princípio, a esfera de liberdade do indivíduo não é, para dizer a verdade, pré-social no sentido da ausência de sua vinculação com a comunidade, mas sim pré-estatal em sentido próprio. Isto significa que a liberdade precede o Estado de tal maneira que este precisa procurar os pressupostos e instituições para garantir a tutela jurídica daquela²⁸¹.

Neste sentido, os direitos fundamentais como direitos de liberdade são também normas de distribuição de competências entre o indivíduo, sociedade e Estado, que delimitam o âmbito que o indivíduo e suas estruturas sociais próprias são competentes para a regulação de condutas, a organização de prestações, frente ao âmbito de regulação política dominante das condutas e da organização de prestação pelo Estado na forma de ação estatal, abrangendo normas de competências negativas ao exercício do poder do Estado²⁸².

As repercussões desta teoria sobre a interpretação dos direitos fundamentais se reproduzem em diferentes aspectos. A liberdade garantida por cada um dos direitos fundamentais é consequência do caráter delimitador dos direitos fundamentais. Por isso, privilegiar o uso da liberdade de opinião para fins públicos, como, por exemplo, a formação de uma opinião pública, frente a seu uso para fins privados, levada a cabo no Tribunal Constitucional alemão na sentença Lüth, revela-se inadmissível. Com isso, não se nega que a maioria dos direitos fundamentais produzem não só efeitos privados, mas também efeitos públicos. Porém, isso não faz dos direitos fundamentais de liberdade o ponto de partida para a determinação do seu conteúdo ou a fixação dos seus limites. Por trás disso se encontra a ideia, também politicamente importante, de que a democracia liberal pretende se constituir a partir da

²⁸¹ Ibidem, p. 48.

²⁸² Ibidem, p. 48 - 49.

liberdade e voluntariedade de seus cidadãos. O conteúdo nuclear da liberdade dos direitos fundamentais conserva seu caráter de conteúdo preexistente frente as possibilidades constitucionalmente admissíveis de intervenção ou delimitação por parte do legislador. Esta é uma consequência direta do ponto de partida da teoria dos direitos fundamentais de que a liberdade do indivíduo, considerada juridicamente, é ilimitada, enquanto a competência do Estado para intervir é limitada²⁸³.

A garantia dos direitos fundamentais do Estado de direito liberal foi elaborada por Carl Schmitt na discussão de Weimar sobre os direitos fundamentais. O Tribunal Constitucional alemão a recepcionou subordinando toda limitação de direitos fundamentais às exigências do princípio da proporcionalidade. Nisto reside a posterior conformação dogmática subsequente desta razão, quando o princípio da proporcionalidade mantém seus contornos e não leva à falta de consideração de critérios²⁸⁴.

Ao Estado não corresponde nenhuma obrigação de asseguramento ou garantia para a realização da liberdade do direito fundamental. A realização efetiva da liberdade juridicamente garantida fica a cargo da iniciativa individual e social. Esta é uma consequência lógica do caráter defensivo e delimitador dos direitos fundamentais, porque protegem uma área de liberdade individual e social contra o prejuízo da regulação e intervenção, e não a mantêm como um ambiente pré-estatal. Neste ponto, torna-se evidente o problema fundamental e o contexto social da teoria liberal dos direitos fundamentais, isto é, sua relativa cegueira frente aos pressupostos sociais de realização da liberdade dos direitos fundamentais. Esta teoria não leva em conta a dependência da realização da liberdade em relação ao orçamento social existente. O indivíduo é compreendido como um ser independente que dispõe de um amplo espaço vital denominado autonomia²⁸⁵.

De outro modo, na teoria institucional, os direitos fundamentais não possuem o caráter de direito de defesa do indivíduo contra o Estado, mas o caráter de princípios objetivos de ordenação para os âmbitos vitais por estes protegidos. Para esta teoria, os direitos fundamentais são implantados e executados em normas institucionais que se orientam pela ordenação destes direitos e, como tal, cunham as circunstâncias atuais a que são aplicados, assumindo-os e dando-lhes relevância normativa. Esta concepção não vale só para as garantias institucionais, mas para

²⁸³ Ibidem, p. 50.

²⁸⁴ Ibidem, p. 50.

²⁸⁵ Ibidem, p. 51 - 52.

todos os direitos fundamentais, especialmente para os direitos de liberdade, porque declara as liberdades jurídicas como um instituto, como um determinando objetivo que só se realiza e se desenvolve na configuração jurídica detalhada e na adaptação de ideias e circunstâncias de ordenação. A liberdade individual exige das circunstâncias vitais institucionalmente garantidas, do lado institucional dos direitos fundamentais, bem como dos complexos normativos que os enriquecem, que lhes dão direção e mensuração, segurança, proteção, conteúdo e função. Esta abordagem parte da liberdade como instituto que se opõe, de forma objetivada, segundo a particularidade do correspondente âmbito vital, como algo dado e configurado. Neste caso, a liberdade liberal, juridicamente indefinida, não aparece como conteúdo dos direitos fundamentais, porque em seu lugar se situa uma liberdade objetivada, ordenada, configurada normativamente e institucionalmente. Com isso, as garantias dos direitos fundamentais recebem um sentido e conteúdo basicamente distintos da teoria liberal dos direitos fundamentais²⁸⁶.

As consequências jurídicas desta teoria para a interpretação dos direitos fundamentais são diversas e abrem uma margem para a configuração e normatização legal do âmbito de proteção destes direitos consideravelmente mais ampla que a teoria liberal. A lei, como toda regulamentação jurídico-normativa neste âmbito, não se apresenta primeiramente como limitação e intervenção da liberdade do direito fundamental, mas como um favorecimento e realização desta liberdade. Isto permite distinguir as leis que somente conformam e determinam o conteúdo do direito fundamental das leis limitativas de direitos fundamentais, escapando da rigorosa delimitação da competência legislativa de regulamentação, tal como resulta do princípio da distribuição do Estado de direito. As leis conformadoras e determinantes de conteúdo também podem ser promulgadas quando um direito fundamental não prevê nenhuma reserva de limitação para o caso concreto. As vinculações e limitações da liberdade de ação, realizadas por estas leis, não representam nenhuma intervenção nesta liberdade, já que conceitualmente formam parte da liberdade institucional²⁸⁷.

A liberdade dos direitos fundamentais não é necessariamente uma liberdade como a da teoria liberal, porque é orientada a determinados interesses ou finalidades para a realização do sentido objetivo-institucional da garantia da liberdade. O âmbito de proteção da liberdade pode ser diferenciado, portanto, segundo o tipo de orientação do uso da liberdade. Na medida em que

²⁸⁶ Ibidem, p. 53.

²⁸⁷ Ibidem, p. 53 - 54.

a garantia institucional da liberdade possui a concreta conformação da liberdade em ordenações reais, instituições, relações jurídicas e circunstâncias vitais configuradas, produz duas tendências aparentemente opostas, porém correlacionadas. Uma é a tendência à intangibilidade das instituições econômicas existentes ou das regulações de legalidade ordinária. Uma vez existentes, estas se apresentam, ainda que de forma contingente em sua relação com o direito fundamental, sensivelmente como realização ou conformação institucional, e por isso participam de forma global ou ilimitada do chamado conteúdo nuclear da resistência reforçada do direito fundamental, ou seja, da sua inviolabilidade pelo legislador²⁸⁸.

A outra tendência é o apego à liberdade subjetiva do titular individual de direito fundamental nos ordenamentos institucionais relativos a estes direitos em circunstâncias vitais relativamente configuradas, em função destes direitos pertencerem ao conteúdo da liberdade institucional. O caminho da liberdade até o dever passando pela realização do sentido institucional da liberdade complementa o caminho da liberdade até o privilégio por meio da liberdade institucional, como, por exemplo, ocorre, por um lado, na pressão legal para a incorporação nas associações de empreendedores com capacidade para concluir acordos coletivos e, por outro, a referência à limitação da liberdade de associação a coligações, exigindo que estas atendam às características necessárias das associações jurídicas laborais em sentido estrito, tendo em vista que se uma das finalidades do sistema de convenções coletivas é a ordenação conveniente da vida laboral, os limites para celebrar convenções coletivas, resultantes desta ordenação, devem ter efeito também na liberdade de pactuação²⁸⁹.

A teoria axiológica dos direitos fundamentais parte da teoria da integração de Rudolf Smend e seu conteúdo pode ser caracterizado da seguinte forma: assim como o Estado se apresenta em permanente processo de integração de uma comunidade de valores, culturas e experiências, também se apresentam os direitos fundamentais como fatores constitutivos e determinantes deste processo, quer dizer, como elementos e métodos da criação do próprio Estado, fixando valores fundamentais da comunidade, normatizando um sistema de valores ou de bens e um sistema cultural por meio do qual os indivíduos alcançam um *status* material sendo objetivamente integrados como um povo de idiosincrasia nacional. Todavia, as consequências jurídicas para a interpretação dos direitos fundamentais são semelhantes às consequências da teoria institucional, já que em ambos os casos se trata de uma objetivação e

²⁸⁸ Ibidem, p. 55 - 56.

²⁸⁹ Ibidem, p. 57.

orientação material da liberdade do direito fundamental. Não obstante, a referência axiológica pôs em jogo outras consequências²⁹⁰. Se os direitos fundamentais são apresentados como valores e expressões de decisões axiológicas, parece claro que sua interpretação, como postulou Rudolf Smend e foi criticada por Ernest Forsthoff, é, em primeiro plano, uma questão puramente de elaboração das ciências do espírito, emancipada do método jurídico usual. A determinação do conteúdo de um direito fundamental se converte em uma questão de averiguação do sentido do valor expresso, que só parece ser alcançável intuitivamente nos termos das ciências do espírito, assim como a inserção deste valor em um sistema de valores que lhe serve de base apenas é averiguável por meio da correlação com a consciência valorativa espiritual e cultural do momento em que se vive. Com isto se abre, conscientemente, a porta da interpretação dos direitos fundamentais às correntes de juízos de valores e às concepções valorativas arraigadas em cada época. Um exemplo desta forma de argumentação foi oferecido por Smend ao determinar de forma detalhada os limites das leis genéricas no sentido da Constituição alemã. Este autor define a generalidade como um daqueles valores comunitários que compreendem os direitos fundamentais originalmente pensados como individuais. Não existe um critério posterior para definir quais são estes valores comunitários, dependendo de tudo, o bem social protegido pode ser mais importante que a liberdade de opinião. Contudo, depende de uma questão axiológica ou valorativa cuja resposta Smend considera ser atribuída pelo direito fundamental para o juízo de valor cultural e moral de determinado momento²⁹¹.

O viés atrativo da interpretação axiológica dos direitos fundamentais é devido, independentemente do seu ponto de partida teórico, ao possível recurso a uma ordem ou a um sistema de valores que possui solução prática para os problemas das colisões e dos limites dos direitos fundamentais. Todavia, na realidade não oferece essa solução, já que não existe de forma clara nenhuma fundamentação racional para os valores ou uma ordem de valores, nenhum sistema de preferências discutível e reconhecível racionalmente para a determinação da hierarquia de valores e para uma ponderação de valores. A lógica do pensamento valorativo, ao contrário, leva ao valor mais elevado, respectivamente, impondo-se incondicionalmente contra os valores inferiores e desconsiderando as relações de fundamentação existentes. A inovação a uma ordem ou a uma ponderação de valores não é, por outro lado, nenhuma fundamentação daquilo que se oferece como fundamento. Em vez disso, oculta decisões ponderativas e sobre colisões tomadas em outra parte, que deste modo mantém uma aparência

²⁹⁰ Ibidem, p. 57 - 58.

²⁹¹ Ibidem, p. 59.

racional subtraída do fundamento real. Na prática, significa uma fórmula velada do decisionismo judicial. Em contrapartida, a teoria democrático-funcional concebe os direitos fundamentais desde a função pública e política. Os direitos fundamentais com referências democráticas são encontrados na liberdade de opinião, liberdade de imprensa, liberdade de reunião e associação, porém a abordagem teórica desta concepção vai mais além. Os direitos fundamentais alcançam seu sentido e seu principal significado como fatores constitutivos de um livre processo de produção democrático do Estado e de um processo democrático de formação da vontade política. A garantia do âmbito de liberdade dos direitos fundamentais surge para proteger e facilitar esses processos²⁹².

O objeto e a função pública democrático-constitutiva são o que legitimam os direitos fundamentais e determinam o seu conteúdo. Em sua essência estão as regras que estabelecem competências e funções para a participação livre do titular dos direitos fundamentais nos assuntos públicos e no processo político, mas não as normas de distribuição de competências e limites entre os detentores dos direitos fundamentais e o Estado. As repercussões desta teoria sobre a interpretação dos direitos fundamentais possuem um grande alcance²⁹³.

Uma liberdade de direito fundamental singular não é, como na concepção institucional e na teoria axiológica dos direitos fundamentais, uma liberdade sem mais, mas uma liberdade que possui finalidade. Sua vinculação e objetividade se tornam essencialmente mais intensas, pois modificam o fator de referência decisivo, objeto da garantia dos direitos fundamentais, a partir da qual se determina o conteúdo da garantia destes direitos. Se o ponto de referência está na teoria institucional dos direitos fundamentais, e também, embora em menor grau, na teoria axiológica dos direitos fundamentais, a liberdade, embora seja uma liberdade objetivada, estabelecida institucionalmente ou, quando apropriado, referida para valores, aqui o ponto de referência é o processo político democrático. A garantia de liberdade se torna o meio para facilitar e garantir esse processo. Com isso, é funcionalizada no sentido próprio da palavra: o efeito pretendido ou pressuposto e a consequência do uso da liberdade se torna o eixo do conteúdo da liberdade, quer dizer, o conteúdo e o objetivo da liberdade derivam da função que lhes servem. A consequência que disso deriva pode ser extraída com distinta intensidade. Por exemplo, a liberdade de imprensa pode ser objetivamente limitada à imprensa formadora de opinião em um sentido político, não abrangendo, por outro lado, a imprensa pura de

²⁹² Ibidem, p. 60 - 61.

²⁹³ Ibidem, p. 61.

entretenimento. Também é possível reconectar exclusivamente à imprensa formativa de opinião e às manifestações de opinião dos indivíduos direcionados ao processo de formação da opinião pública um maior espaço de liberdade. A liberdade de reunião pode ser considerada limitada, a priori, a reuniões que atendam demandas políticas ou públicas, ou emprestar a tais reuniões diante de outras pessoas um maior grau de respeito ao dever de tolerância. Em qualquer caso, é sempre possível que o uso da liberdade orientada e motivada politicamente e publicamente, porque conhece o verdadeiro propósito do direito fundamental, torne decisiva a questão de quem e quais os critérios que devem ser estabelecidos em concreto na fronteira entre o político e apolítico ou entre o público e privado. Dado que o político carece de um objeto delimitado, não se está longe de um caminho para o decisionismo politicamente motivado²⁹⁴.

Ao lado do conteúdo e âmbito da liberdade de direito fundamental, também se relativiza seu caráter voluntário, quer dizer, a liberdade de decidir em si o uso da própria liberdade, já que a fundamentação funcional da liberdade, tal e como aqui se revela, converte a liberdade em uma competência. Se a liberdade é garantida com relevância em virtude de facilitar e garantir uma função pública politicamente necessária, não se pode exercê-la à discrição subjetiva do detentor da liberdade, porque esta também se torna um dever do serviço público. Com isso, chega-se a um ponto a partir do qual não há mais uma diferença entre a garantia de uma liberdade apenas positiva e a supressão da liberdade como liberdade de escolha legalmente garantida. Ambos são pontos de partida da teoria socialista-comunista dos direitos fundamentais. Embora nem todas as consequências que resultam dessa teoria tenham sido extraídas para a interpretação dos direitos fundamentais, existem formas prévias e intermediárias. Uma forma prévia consiste em obter privilégios para o uso da liberdade no sentido de sua função pública e política, o que, ao mesmo tempo, significa uma discriminação do uso da liberdade dirigida em outro sentido. Já uma forma intermediária conserva a liberdade de decisão do titular de direito fundamental sobre o uso deste direito na relação com o Estado e as sanções estatais, porém não exclui, mas apoia o fato desta liberdade de decisão estar sujeita no campo da sociedade a uma publicação material com seus próprios meios de ordenação e disciplina sobre a observância de sua opinião sobre o que fazer com os direitos fundamentais²⁹⁵.

Sob outra perspectiva, a teoria dos direitos fundamentais do Estado social é, por um lado, consequência derivada da teoria liberal dos direitos fundamentais e da organização do

²⁹⁴ Ibidem, p. 61 - 62.

²⁹⁵ Ibidem, p. 62 - 63.

Estado de direito burguês edificado sobre esta teoria, por outro, a substituição, provocada pelo desenvolvimento social, do espaço vital denominado de autonomia individual para o espaço vital das relações de prestações sociais efetivas. A teoria dos direitos fundamentais do Estado social pretende superar a divisão entre a liberdade jurídica e a liberdade real. Para esta teoria, os direitos fundamentais facilitam pretensões de prestações sociais frente ao Estado, indo muito além de uma delimitação negativa, como seu conteúdo não se apresenta exclusivamente na liberdade jurídica abstrata, mas real, ocorrem dois episódios: de um lado, a obrigação do Estado derivada dos direitos fundamentais procura os pressupostos sociais necessários à realização da liberdade dos direitos fundamentais como uma espécie de garantia para a implementação da liberdade em uma realidade constitucional, por outro, a perseguição de pretensões para a participação de instituições estatais que sirvam à realização da liberdade dos direitos fundamentais. Entretanto, a teoria dos direitos fundamentais do Estado social não é fixa no que diz respeito à compreensão dos direitos fundamentais de liberdade, de modo que ela pode estar vinculada à teoria liberal dos direitos fundamentais, bem como à teoria institucional ou axiológica dos direitos fundamentais, e desenvolver ou transformar estas em consonância com o Estado social. Alguns exemplos aclaram a transcendência desta concepção dos direitos fundamentais, como a liberdade de imprensa, compreendida conforme o Estado social, fundamenta uma obrigação estatal para a manutenção dos pressupostos econômicos voltados a uma pluralidade de empresas periodistas, a liberdade de culto, o dever de compromisso do Estado com as bases econômicas de existência das comunidades religiosas, a liberdade de ensino privado, a liberdade para celebrar convenções, o dever de apoio estatal aos sindicatos, a obrigação estatal na aquisição de capacidade escolar suficiente voltada aos desejos profissionais individuais, dentre outros²⁹⁶.

As consequências jurídicas para a interpretação desta teoria dos direitos fundamentais são diferentes das outras teorias anteriormente abordadas, todavia resultam do fato de que dos direitos fundamentais também se extraem pretensões de prestação cuja realização exige o emprego de recursos financeiros consideráveis. A concreta garantia do direito fundamental se torna dependente dos recursos financeiros estatais disponíveis, a impossibilidade econômica se apresenta como limite à garantia prestacional dos direitos fundamentais. Isso significa o abandono da incondicionalidade das pretensões de direitos fundamentais. As inevitáveis decisões sobre prioridades de distribuição dos recursos financeiros estatais disponíveis passam

²⁹⁶ Ibidem, p. 63 - 64.

a ser uma questão de discricionariedade política, mais precisamente uma questão de conflitos de direitos fundamentais relacionada à interpretação dos direitos fundamentais. Sendo consistente, a competência para adotá-los desloca-se do parlamento, ou, conforme o caso, do governo como detentor de competência orçamentária, para os tribunais e, finalmente, para os tribunais superiores. A consequência seria uma juridificação das disputas políticas em conjunto com o deslocamento da competição de dimensões importantes em favor do terceiro poder²⁹⁷.

A problemática interpretativa se torna ainda mais aguda porque os direitos fundamentais, interpretados segundo o Estado social, não contêm em si qualquer critério sobre a extensão da garantia dos pressupostos sociais da liberdade dos direitos fundamentais. Existe apenas um nível mínimo, médio ou máximo de orçamento garantido? Como se relaciona aos benefícios do titular do direito fundamental? É possível se derivar dos próprios direitos fundamentais um sistema de hierarquia social superior ou inferior, cujo estabelecimento seria inevitável para os Tribunais? Devido à impossibilidade de se solucionar esses problemas pela via de aplicação judicial, os direitos fundamentais são reduzidos a compromissos constitucionais vinculando o poder Executivo objetivamente, como normas de princípios, que não fundamentam nenhuma pretensão exigível diretamente aos tribunais além da relacionada a uma inatividade abusiva²⁹⁸.

A abordagem geral das diferentes teorias dos direitos fundamentais e sua repercussão na interpretação dos direitos fundamentais levam ao seguinte questionamento: é possível escolher livremente as teorias dos direitos fundamentais como ponto de partida e referência da interpretação dos direitos fundamentais? A jurisprudência e parte da doutrina parecem responder a questão abordada, sem discuti-la expressamente. As distintas teorias dos direitos fundamentais são utilizadas alternativamente como ponto de vista para a resolução de problemas segundo a correspondente pré-compreensão. Na doutrina, a tendência é seguir apenas uma das diferentes teorias dos direitos fundamentais, todavia é possível, e não apenas excepcionalmente, uma mudança de teoria, de acordo com o preceito coercitivo do direito fundamental, correlacionando as diferentes teorias dos direitos fundamentais. É comum as diferentes teorias dos direitos fundamentais ficarem à disposição do intérprete, de modo que na interpretação dos direitos fundamentais se utilize, caso a caso, uma ou outra. Este é um pressuposto questionável, porque as teorias dos direitos fundamentais são reduzidas a meros

²⁹⁷ Ibidem, p. 65.

²⁹⁸ Ibidem, p. 66 - 67.

pontos de vista interpretativos ou propostas de resolução de problemas que pretendem produzir adequadas soluções ao acaso com base em uma pré-compreensão comum ou em um contexto legal fornecido por regulamentos infraconstitucionais. Isso seria pensável em uma referência jurídico-civil, mas não em uma jurídico-constitucional²⁹⁹.

As teorias dos direitos fundamentais são mais uma expressão de determinadas concepções de Estado e ideias básicas sobre a relação de dependência do indivíduo com a comunidade estatal, porque existe uma ideia de que a Constituição representa a ordem jurídica fundamental das relações do indivíduo com a sociedade e o Estado. Isso explica as transcendentais consequências da aplicação de uma determinada teoria dos direitos fundamentais para a interpretação dos direitos fundamentais, que podem levar a uma mutação constitucional. Contemplar as teorias dos direitos fundamentais como uma abordagem interpretativa opcional para a interpretação dos preceitos de direitos fundamentais significa, na realidade, negar que essa mesma Constituição faça parte de uma certa ideia da relação de dependência da comunidade, indivíduo e Estado. Por isso, uma teoria dos direitos fundamentais constitucionalmente adequada não precisa ser idêntica a uma das teorias abordadas, pois pode se apresentar como uma modificação de uma destas teorias, como uma nova teoria que transforma e recebe determinadas partes de outras teorias dos direitos fundamentais ou como mero marco interpretativo que admite a coordenação, não de todas as teorias, mas de algumas teorias dos direitos fundamentais³⁰⁰.

1.6 A colisão de direitos fundamentais

A colisão de direitos fundamentais ocorre quando o exercício de um direito fundamental por um titular afeta ou restringe o exercício de um direito fundamental de outro titular, tanto em uma relação vertical como em uma relação horizontal, embora nesta última o Estado intervenha em razão do dever de proteção ao particular frente a ameaça de terceiro. Todavia, somente haverá colisão se os direitos fundamentais conflitantes forem previstos diretamente pela Constituição ou se dela forem extraídas as normas de direitos fundamentais conflitantes. Logo, a configuração da colisão pressupõe a interpretação constitucional, pois a decisão legislativa ou judicial deverá atender ao imperativo de otimização e harmonização dos direitos em questão observando os postulados da unidade da Constituição e concordância prática. Todavia, embora a interpretação constitucional seja indispensável, ela não é suficiente, em

²⁹⁹ Ibidem, p. 67 - 68.

³⁰⁰ Ibidem, p. 68 - 69.

virtude da jurisprudência e doutrina constitucional alemã terem desenvolvido, a partir dos anos cinquenta, a teoria da ponderação de bens como proposta metodológica para a solução de conflitos entre direitos fundamentais, determinando, por meio de uma decisão de preferência, qual dos direitos ou bens, e em que medida, deverá prevalecer para a solução do caso em concreto³⁰¹.

A aplicação do método da ponderação na jurisprudência alemã ocorreu pela primeira vez na sentença Lüth, de 15 de janeiro de 1958, proferida pelo Tribunal Constitucional Federal alemão, que, após análise dos direitos em conflito, liberdade de expressão e atividade industrial, decidiu que o primeiro deveria prevalecer em face do segundo, restringindo constitucionalmente este direito fundamental. Desde então, ressalvadas as críticas, a ponderação foi fortemente desenvolvida e consolidada na Alemanha e em outros países. Em Portugal, J. J. Gomes Canotilho passa a se referir à ponderação como uma viragem metodológica no âmbito constitucional por três motivos: i) inexistência de hierarquia abstrata de bens constitucionais; ii) natureza abstrata das normas constitucionais, em especial dos direitos fundamentais; iii) fragmentação de uma unidade de valores da comunidade. Frente a insuficiência da interpretação constitucional ora mencionada, o mencionado autor lusitano atribui à ponderação de bens uma existência autônoma em relação à interpretação constitucional, tendo em vista que na ponderação não são atribuídos sentidos ou significado normativo ao texto da norma, mas equilibrados e ordenados os direitos ou bens em conflito³⁰².

No Brasil, afirma Wilson Antônio Steinmetz,

(...) A rigor, ponderação de bens e princípio da proporcionalidade em sentido estrito (terceiro princípio parcial ou terceiro subprincípio da proporcionalidade) são coisas idênticas. Disso segue-se que, aceita a tese da distinção entre ponderação e interpretação, o princípio da proporcionalidade não é um princípio de interpretação constitucional, ao menos em sentido estrito (interpretação constitucional propriamente dita). No entanto, na doutrina constitucional brasileira, autores conceituados e influentes como Barroso e Bonavides defendem posição contrária, isto é, que o princípio da proporcionalidade é um princípio de interpretação especificamente constitucional. (...) Por certo, a questão não é simples. Aqui, adere-se à tese da distinção, por três razões: (a) a ponderação não é um método de atribuição de sentido normativo a disposições normativas constitucionais; a rigor, é o método que estrutura um procedimento racional com a finalidade de dizer qual norma de direito fundamental deve prevalecer e em que medida, no caso concreto; portanto, a ponderação de bens pressupõe a interpretação de

³⁰¹ STEINMETZ, Wilson Antônio. **Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade**, op cit., p. 139 - 140.

³⁰² Ibidem, p. 141 --142.

disposições constitucionais, ou seja, a constatação de que existem normas constitucionais, atribuidoras de direitos fundamentais, em colisão; (b) a ponderação de bens é um método ou procedimento que permite a satisfação da unidade da Constituição, da concordância prática e da eficácia ótima (máxima efetividade possível) dos direitos fundamentais, estes sim princípios ou postulados de interpretação constitucional. Nesse sentido, a ponderação de bens é uma exigência ou consequência de determinados princípios de interpretação; e, por fim, (c) a consideração do que se deve entender por problema de interpretação em um caso difícil ou controverso (como é a hipótese de colisão de normas constitucionais que conferem direitos fundamentais). (...) Poder-se-ia questionar sobre qual é a utilidade prática da distinção ente interpretação constitucional e ponderação de bens. É possível que, do ponto de vista da operacionalização jurídica, nenhuma. Contudo, ao que parece, do ponto de vista epistemológico, interpretação e ponderação não se confundem³⁰³.

Apesar disso, a ponderação de bens pressupõe o atendimento de alguns pressupostos básicos, como a colisão de direitos fundamentais e/ou bens constitucionalmente protegidos, na qual a realização ou otimização de um deles acarreta a afetação, a restrição ou a não realização do outro, e a inexistência de hierarquia abstrata entre os direitos e/ou bens em colisão, quer dizer, a impossibilidade lógica de se construir uma regra fixa de prevalência dispensando a análise do caso em concreto. Contudo, para se compreender a ponderação de bens no caso concreto é preciso abordar o princípio da proporcionalidade³⁰⁴.

O princípio da proporcionalidade possui uma posição de destaque no Direito Constitucional contemporâneo, mas sua origem remonta ao Direito Administrativo prussiano do século XIX, embora a primeira alusão ao princípio da proporcionalidade tenha ocorrido no âmbito do processo penal alemão, em 25 de agosto de 1875. Não obstante, fora do Direito Administrativo, o princípio da proporcionalidade, até a primeira metade do século XX, necessitava de uma fundamentação dogmática clara e precisa. Por isso, apenas no segundo pós-guerra é que o princípio se desenvolve amplamente por meio da doutrina e jurisprudência alemã, com base na Lei Fundamental. Em outras palavras, o princípio adquire *status* constitucional passando a ser incorporado, de forma breve, inicialmente pela jurisprudência constitucional de inúmeros países e pelo Tribunal Europeu dos Direitos Humanos, e, posteriormente, pelas constituições dos Estados democráticos de Direito. Se historicamente o princípio da proporcionalidade surge como técnica para controlar e limitar o direito de polícia

³⁰³ Ibidem, p. 141.

³⁰⁴ Ibidem, p. 143.

da Administração Pública, na contemporaneidade consolida-se como técnica de controle dos limites aos direitos fundamentais, vinculando todos os Poderes Públicos³⁰⁵.

Na teoria do direito e na dogmática jurídica, a formulação de uma definição para o princípio da proporcionalidade é tarefa complexa por dois motivos: i) a complexidade do próprio princípio; ii) as oscilações terminológicas e imprecisões conceituais. A falta de unidade terminológica foi ocasionada, inicialmente, pelo Tribunal Constitucional Alemão, que em determinadas decisões empregou o conceito de proibição de excesso, hoje compreendido como princípio da proporcionalidade em sentido amplo, para caracterizar o princípio da proporcionalidade em sentido estrito, concebido como terceiro subprincípio da proporcionalidade em sentido amplo, e, em outras, utilizou como conceito base a proibição de excesso ou empregou os conceitos de princípio da proporcionalidade e de proibição de excesso conjuntamente. Apesar disso, a própria doutrina alemã produziu um consenso ao fundamentar que o princípio da proporcionalidade em sentido amplo e proibição de excesso compreendem os princípios parciais da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, além de se referirem a um mesmo objeto. No Brasil, o princípio da proporcionalidade ainda possui controvérsias³⁰⁶.

O princípio da proporcionalidade relacionado à limitação dos direitos fundamentais pressupõe uma relação de meio e fim, na qual o fim é o objetivo ou finalidade perseguida pela limitação, e o meio é a própria decisão normativa, legislativa ou judicial, limitadora para tornar possível o fim almejado, ou seja, entre meio e fim deve haver uma relação adequada, necessária, racional ou proporcional³⁰⁷.

O princípio da adequação, também denominado de princípio da idoneidade ou conformidade, ordena que se verifique, no caso concreto, se a decisão normativa restritiva do direito fundamental possibilita o alcance da finalidade perseguida. Isto é, o juízo de adequação pressupõe o significado do meio e do fim que estruturam uma restrição de direito fundamental, mas quando um meio pode ser considerado adequado? O Tribunal Constitucional alemão afirma que tanto na formulação negativa quanto na positiva do princípio, embora ocorra de forma mais clara na positiva do que na negativa. Do ponto de vista do controle de constitucionalidade da restrição por meio do princípio da adequação, nem sempre existe um único meio idôneo, mas

³⁰⁵ Ibidem, p. 146 -147.

³⁰⁶ Ibidem, p. 147 - 148.

³⁰⁷ Ibidem, p. 149.

pode haver vários. De acordo com a lógica da fórmula negativa, o juízo de adequação apenas afirma que determinado meio é idôneo ou não idôneo, mas não afirma qual deles deve prevalecer. Isso ocorre, por exemplo, quando um Tribunal constitucional, no controle de constitucionalidade relativo à restrição legislativa a direito fundamental para declaração de inconstitucionalidade, analisa se a restrição ou o meio empregado pelo legislador é inadequado. De modo diverso, a fórmula positiva do princípio da adequação é aquela que considera um meio adequado quando em razão dele for possível alcançar o resultado almejado³⁰⁸. Ademais, o exame da adequação possui caráter empírico na medida em que questiona se o meio utilizado é útil, empírica ou faticamente, para alcançar o objetivo determinado³⁰⁹.

De outro ponto de vista, o princípio da necessidade, conhecido também como princípio da exigibilidade, indispensabilidade, menor ingerência ou intervenção mínima, questiona a necessidade da decisão normativa restringir determinado direito fundamental para se atingir o fim constitucionalmente justificado. Na hipótese de existir apenas uma medida idônea, faz com que se verifique a existência de outra medida estatal restritiva, diversa da utilizada ou que se pretende utilizar, mas igualmente adequada e eficaz, menos prejudicial ao direito fundamental em questão³¹⁰. Por outro lado, na hipótese de vários meios idôneos, faz com que a escolha de determinado meio seja o menos gravoso ao exercício do direito fundamental. A respeito do princípio em questão, Wilson Antônio Steinmetz, faz a seguinte síntese,

No princípio da necessidade, identificam-se, no mínimo, quatro notas essenciais. A primeira, já exposta, é o da ingerência ou intervenção mínima no exercício do direito fundamental pelo seu titular. A segunda é a de que se parte da hipótese de que havia ou pode haver uma medida alternativa menos gravosa. É a presença do elemento da dúvida. Nesse sentido, é o princípio da desconfiança. A terceira nota essencial é a da comparabilidade dos meios ou das medidas de restrição. Inicialmente, compara-se adotando o critério da menor prejudicialidade. Se houver empate no quesito prejudicialidade, então verifica-se qual é o meio ou medida mais eficaz. Contudo, aqui surge uma pergunta: se houver um meio M_1 menos gravoso que o meio M_2 , porém menos eficaz, então qual meio deverá ser legítimo? A questão comporta no mínimo duas respostas. Uma é a que prevalece na jurisprudência e na doutrina alemãs, segundo a qual a eficácia do meio menos prejudicial deverá ser, no mínimo, igual ao do meio mais prejudicial. Caso contrário, não será exigível a substituição deste por aquele. A outra resposta enuncia que a condição para que a medida menos gravosa substitua a mais prejudicial é de que seja suficientemente apta ou eficaz para a consecução da finalidade perseguida. A

³⁰⁸ Ibidem, p. 149 - 150.

³⁰⁹ Ibidem, p. 150.

³¹⁰ Ibidem, p. 151.

quarta nota essencial é a dimensão empírica. É um juízo de conteúdo empírico aquele que indica qual é o meio menos prejudicial³¹¹.

De outra parte, o princípio da proporcionalidade em sentido estrito implica que os meios elegidos devem se manter em uma relação razoável com o resultado perseguido. Assim, o princípio da proporcionalidade é considerado como a ponderação propriamente dita, porque a valoração e ponderação recíproca de todos os bens envolvidos exige que se leve em consideração todas as circunstâncias relevantes do caso concreto. De modo diverso dos princípios da adequação e da necessidade, o princípio da proporcionalidade em sentido estrito deriva dos direitos fundamentais, enquanto mandatos de otimização, segundo as possibilidades jurídicas³¹².

Uma vez superada a análise dos três subprincípios ou princípios parciais do princípio da proporcionalidade, é preciso desvelar o procedimento para a sua aplicação. Em outras palavras, a forma de operacionalização do princípio no caso de colisão de direitos fundamentais. Nessa perspectiva, o primeiro passo é averiguar, por meio da interpretação, se os direitos em colisão derivam de forma direta ou indireta de normas ou princípios constitucionais. Em outras palavras, é preciso descobrir se a finalidade da decisão normativa está justificada constitucionalmente ou se não viola a Constituição. O segundo passo consiste na descrição minuciosa da situação de conflito, identificando todas as circunstâncias relevantes para o caso³¹³.

A verificação da constitucionalidade do objetivo a ser alcançado e a identificação das circunstâncias relevantes são testes prévios para a aplicação do princípio da proporcionalidade, já que o próximo passo, na busca da operacionalização do princípio da proporcionalidade, consiste no exame de adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, por meio da observação da inter-relação dos princípios. Isso quer dizer que uma decisão normativa só será considerada proporcional em sentido amplo se for adequada, necessária e proporcional em sentido estrito, pois existe, entre os três princípios, uma progressão lógica. Por último, a decisão estabelecerá uma relação de precedência condicionada, levando em consideração as particularidades do caso, fundamentando esta relação de precedência. A finalidade do princípio da proporcionalidade é a proteção dos direitos fundamentais e das restrições ou limitações que sejam adequadas, necessárias, racionais ou razoáveis. Embora o princípio da proporcionalidade

³¹¹ Ibidem, p. 151.

³¹² Ibidem, p. 153.

³¹³ Ibidem, p. 153 - 154.

seja amplamente reconhecido e aplicado nos principais Estados democráticos de Direito, ainda é controvertida a questão relacionada a sua natureza e fundamento normativo. Quanto à natureza do princípio, existem duas posições concorrentes, sendo uma de natureza material e a outra de natureza formal. A primeira tese sustenta que o princípio da proporcionalidade possui pontos de vista materiais, porque é constituído de conteúdo determinado e valorativo ligado a uma ideia de justiça. A crítica relacionada a essa corrente é no sentido de que a ideia de justiça também é controvertida. Em contrapartida, a segunda tese sustenta que o princípio da proporcionalidade é um procedimento que conduz à decisão do caso concreto. Esta tese parece ser a mais correta, porque decorre do fundamento normativo do princípio da proporcionalidade, e, embora ambas as questões sejam independentes, existe entre elas uma relação de complementariedade³¹⁴.

A ausência de expressa previsão do princípio da proporcionalidade leva a doutrina a se debruçar sobre o problema da sua fundamentação normativa constitucional, posto que a fundamentação constitucional deste princípio é *conditio sine qua non* para a justificação de sua aplicação e resultado. Os caminhos para fundamentar e justificar o princípio em questão são diversos, mas dentre eles se destacam o Estado de Direito, o conteúdo essencial dos direitos fundamentais, o princípio da dignidade da pessoa humana, a cláusula do *due process of law*, a pluralidade de fontes normativas e a fundamentação jusfundamental³¹⁵.

O viés da proporcionalidade com fundamentação no Estado de Direito é oriundo da jurisprudência do Tribunal Constitucional Alemão, porque, segundo este Tribunal, o princípio da proporcionalidade é constitucional por ser derivado do Estado de Direito, em razão da própria essência dos direitos fundamentais que, como expressão da liberdade geral dos cidadãos frente ao Estado, não podem ser limitados pelo Poder Público além do que seja imprescindível para a proteção dos interesses públicos. Em outras palavras, o Tribunal justificou essa correlação argumentando que o Estado de Direito não tem apenas um sentido formal, mas um sentido material em que está presente a ideia de justiça. Portanto, o princípio da proporcionalidade se revela como um princípio concretizador da ideia de justiça presente no Estado de Direito. Essa proposta influenciou outros países como a Espanha, Portugal e o Brasil³¹⁶.

³¹⁴ Ibidem, p. 154 e ss.

³¹⁵ Ibidem, p. 159.

³¹⁶ Ibidem, p. 160.

O viés da fundamentação pelo conteúdo essencial revela que o princípio da proporcionalidade deriva dos direitos fundamentais. Em outras palavras, o princípio da proporcionalidade se fundamenta no conteúdo essencial dos direitos fundamentais. Todavia, esse viés é controvertido, já que o problema tem início com a determinação do que se deva entender por conteúdo essencial. A título de ilustração, na doutrina constitucional alemã, as teorias sobre o conteúdo essencial são classificadas em teorias objetivas e subjetivas. Entretanto, na perspectiva abordada, se revela mais interessante esta segunda teoria com a sua consequente subdivisão em teorias relativas e absolutas. Para as teorias relativas, o conteúdo essencial de um direito fundamental é afetado quando ocorre uma restrição não adequada, não necessária e não proporcional em sentido estrito, ou seja, o conteúdo essencial é afetado quando não existe motivo ou justificativa suficiente para sua limitação. Para as teorias absolutas, todo direito fundamental possui um núcleo duro que não pode ser violado por uma decisão normativa, ainda que essa medida seja adequada, necessária e proporcional em sentido estrito. Dessa forma, o conteúdo essencial não é fundamento do princípio da proporcionalidade³¹⁷.

A possibilidade de fundamentação do princípio da proporcionalidade pelo viés do conteúdo essencial dos direitos fundamentais depende da teoria que se adota, mas ainda assim se mostra problemática a fundamentação por esse viés, especialmente em constituições que não fazem menção expressa à garantia do conteúdo essencial. Esse é o caso da Constituição brasileira, pois o próprio princípio da garantia do conteúdo essencial precisa ser fundamentado constitucionalmente. Isso significa que, no âmbito da vigência dessas constituições, exige-se uma dupla fundamentação, primeiro do princípio da proteção do núcleo essencial e depois do princípio da proporcionalidade, ou seja, o princípio fundamentador também precisa ser fundamentado. Sem embargo, embora esse viés de fundamentação possa ser considerado fraco, ele não deve ser desconsiderado³¹⁸.

O terceiro viés de fundamentação do princípio da proporcionalidade é por meio do princípio da dignidade da pessoa humana. Inicialmente, esse viés de fundamentação se assemelha muito ao viés do conteúdo essencial, porque na dogmática jurídica existem formulações que identificam na dignidade da pessoa humana o núcleo essencial dos direitos fundamentais. Porém, definir o que seja dignidade da pessoa humana não é tarefa simples, pois o conceito é altamente abstrato, muito embora, na hipótese de colisão de direitos fundamentais,

³¹⁷ Ibidem, p. 160 e ss.

³¹⁸ Ibidem, p. 163.

o conteúdo da dignidade da pessoa humana tenha pesos relativos, valendo, ao menos em parte, os fundamentos do viés do conteúdo essencial como via de fundamentação do princípio da proporcionalidade³¹⁹. Apesar disso, vale a pena destacar o conceito de dignidade da pessoa humana proposto por Ingo Wolfgang Sarlet,

(...) temos por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venha a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos, mediante o devido respeito aos demais seres que integram a rede da vida³²⁰.

A cláusula do *due process of law* aparece como o quarto viés de fundamentação do princípio da proporcionalidade. Em algumas ocasiões, esta cláusula é concebida como equivalente ao princípio da razoabilidade, de origem norte-americana, porque ambos possuem uma mesma finalidade. No Brasil, a cláusula do devido processo legal, prevista no art. 5º, LIV, da CFRB, tem levado os mais influentes constitucionalistas a uma tendência de consolidação deste viés como justificativa constitucional do princípio da proporcionalidade³²¹.

A pluralidade de fundamentos normativos utilizada para justificar o princípio da proporcionalidade se manifesta como um quinto viés de fundamentação. Em função disso, é inevitável o questionamento relacionado à existência de uma unidade ou pluralidade normativa fundante do princípio em questão. Contudo, as doutrinas e jurisprudências de um modo geral parecem admitir uma pluralidade de fontes. Esta pluralidade é bastante evidenciada no Brasil, porque o princípio da proporcionalidade ora se revela implicitamente como fundamento constitucional implícito no Estado de Direito ora se revela expressamente em algumas disposições constitucionais, como ocorre, por exemplo, com as previsões constantes do art.5º, §2º, V, X e XXV e art. 7º, IV, V e XXI, dentre outras. Entretanto, embora a doutrina constitucional brasileira ofereça um leque de fundamentos normativos para a fundamentação do princípio da proporcionalidade, o melhor viés de fundamentação, o sexto na sequência aqui

³¹⁹ Ibidem, p. 165.

³²⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade (da pessoa) humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 10. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 70 - 71.

³²¹ STEINMETZ, Wilson Antônio. **Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade**, op cit., p. 166.

analisada, vincula-se à teoria dos princípios, de Robert Alexy, porque esta oferece um fundamento lógico-conceitual³²².

A fundamentação jusfundamental que fundamenta a máxima da proporcionalidade à luz da teoria dos princípios reside no caráter principal das normas de direitos fundamentais, porque os princípios são verdadeiros mandatos de otimização que podem ser realizados em diferentes graus, conforme as possibilidades fáticas e jurídicas. Nesse sentido, é possível perceber que existe uma conexão entre a teoria dos princípios e a máxima da proporcionalidade, porque a lei de colisão se divide em três etapas: (i) identifica os princípios em colisão; (ii) à luz do caso concreto, estabelece o suporte fático de uma regra que expressa a consequência jurídica do princípio que tem procedência; (iii) aponta qual princípio deve prevalecer diante do caso concreto e do suporte fático estabelecido. Assim, partindo da premissa de que os direitos fundamentais têm natureza principal, é possível afirmar que a máxima da proporcionalidade deriva dos direitos fundamentais enquanto princípios. Na hipótese de colisão, o princípio da proporcionalidade não tem pretensão de oferecer uma única resposta correta como oriunda da sua aplicação e nem pretende que em diferentes casos de colisão, com direitos idênticos em oposição, seja obtido o mesmo resultado. O que o princípio da proporcionalidade, por meio dos seus três subprincípios ou princípios parciais, exige é que, no caso de colisão, se considere o peso de cada princípio conforme as particularidades do caso concreto. Portanto, o princípio da proporcionalidade é caracterizado por um estrutura formal de aplicação³²³.

1.7 O mínimo e o máximo existencial

Os direitos sociais se transformam em mínimo existencial pelo toque da fundamentalidade. A sua metamorfose equivale à transfiguração dos direitos de justiça em direitos de liberdade e, por esse motivo, a ideia de justiça se irradia por todo o ordenamento jurídico. O princípio da liberdade fática é simultaneamente um valor e um dado existencial e, de modo diverso da justiça e da solidariedade, pode ser objeto de ofensas relacionadas à própria existência física dos indivíduos. Isto é, o mínimo existencial também se deixa tocar pelo princípio da liberdade fática, de tal modo que o homem não pode ser mais privado do mínimo necessário à preservação de sua vida e liberdade. Essa perspectiva abrange não só os direitos de defesa, mas os direitos sociais que visam assegurar um mínimo existencial, posto que sem este extingue-se a possibilidade de sobrevivência e as condições iniciais da liberdade. O mínimo

³²² Ibidem, p. 167 - 168.

³²³ Ibidem, p. 168 e ss.

existencial reside nas condições para o exercício da liberdade e, ao ser penetrado pela ideia de solidariedade, passa a revelar uma dimensão dialógica entre direitos e deveres. Sua legitimidade se encontra nos princípios fundamentais do Estado Democrático de Direito³²⁴, especialmente na dignidade da pessoa humana³²⁵.

A dignidade da pessoa humana, compreendida como qualidade inerente a cada ser humano, implica em um complexo de direitos e deveres fundamentais capaz de assegurar as condições existenciais mínimas para a vida em sociedade³²⁶. A sua qualidade de princípio absoluto, fruto da doutrina do Estado do Bem-Estar Social, cede lugar à ponderação valorativa, em razão do mínimo existencial ter raízes não só na dignidade da pessoa humana, mas também na cidadania, trabalho, igualdade, dentre outros valores e princípios³²⁷. Na Alemanha, a ponderabilidade de princípios foi defendida por Hans Carl Nipperdey, porque a Lei Fundamental de Boon foi omissa em relação às consequências dos direitos sociais e o mínimo existencial, em Portugal, por J. J. Gomes Canotilho e, no Brasil, por Daniel Sarmento³²⁸, partindo os referidos autores da leitura de Robert Alexy sobre a estrutura das normas de direitos fundamentais³²⁹.

A ponderação busca harmonizar e equilibrar os princípios fundamentais diante dos interesses em conflito, já que a maximização dos direitos sociais perpassa por soluções equilibradas na relação com o Estado e entre os próprios particulares, visando garantir o livre desenvolvimento dos direitos de personalidade. O princípio da igualdade também se destaca, pois a igualdade de chances ou de oportunidades informam as condições mínimas para o florescimento da igualdade social com o objetivo de ordenar os instrumentos necessários à

³²⁴ CRFB, Art.1 °.

³²⁵ TORRES, Ricardo Lobo. A metamorfose dos direitos sociais em mínimo existencial. In: SARLET, Ingo Wolfgang et al. (Org.). **Direitos fundamentais sociais**: estudos de direito constitucional, internacional e comparado. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 3 e ss. Cf. TORRES, Ricardo Lobo. **O direito ao mínimo existencial**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009; SARMENTO, Daniel. O mínimo existencial. **Revista de Direito da Cidade**, [s.l.], v. 8, n. 4, p.1644-1689, 27 nov. 2016. Universidade de Estado do Rio de Janeiro. Disponível em: www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rdc/article/view/26034.

³²⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. **A dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 10. ed. ver. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 70 - 71. Cf. também BARROSO, Luis Roberto. **A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo**: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial. Belo Horizonte: Fórum, 2016; BARTOLOMEI, Franco. **La dignità umana come concetto e valore costituzionale**. Torino: G. Giaspichelli, 1987.

³²⁷ TORRES, Ricardo Lobo. **Direitos fundamentais sociais**, op cit., p. 13 - 14.

³²⁸ Ibidem, 13 - 14.

³²⁹ Cf. ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 5.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 85 - 176.

existência digna³³⁰. Nos Estados Unidos, a igualdade se revelou no seu aspecto material por meio da política social do *Welfare State*, na década de 60 e 70, momento em que houve uma expansão do quadro dos direitos sociais em razão da aplicação da cláusula da *equal protection* constante da XIV Emenda e do posterior recurso ao conceito de *minimal protection* à Suprema Corte norte americana. Na Alemanha, o percurso foi semelhante, o Tribunal Constitucional em 1950 aderiu ao critério material de igualdade e, posteriormente, na década de 90, ampliou e reformulou seu alcance. No Brasil, o recurso ao Supremo Tribunal Federal, com base na igualdade, também tem sido utilizado para a efetivação dos direitos sociais³³¹.

A ideia dos direitos fundamentais sociais como direitos constitucionais é mais antiga do que a discussão sobre a relação entre Estado de Direito e Estado social. A Constituição francesa de 1793, denominada Constituição jacobina, é considerada o ponto de partida dos direitos fundamentais sociais, porque dispôs que a sociedade deveria se encarregar do sustento dos cidadãos caídos em desgraça, ofertando a estes trabalhos ou os meios de subsistência necessários. Por esse motivo, os primeiros movimentos socialistas reivindicaram direitos de proteção e de prestação em favor dos trabalhadores. Estes direitos mais tarde foram introduzidos em parte dos programas dos partidos socialistas, dentre outros no programa de Gotha e de Erfurt da social democracia alemã. Essas foram as respostas à situação de miséria social dos trabalhadores, ocasionada pelo processo de industrialização e pelo modelo liberal. No movimento socialista posterior, sobretudo na Revolução de Bolchevique, na Rússia, os direitos fundamentais sociais, como os direitos dos trabalhadores, se opuseram aos direitos fundamentais liberais³³².

Os direitos fundamentais sociais apareceram reunidos pela primeira vez, em forma de catálogo, na Declaração do Congresso Soviético de janeiro de 1918. A partir desse momento, os direitos fundamentais sociais passaram a ser parte integrante da Constituição da República Soviética Russa de julho de 1918. Entretanto, os direitos fundamentais sociais não eram

³³⁰ “(...) não se nega a normatividade do princípio da razoabilidade. É um princípio consolidado no direito brasileiro, atribuindo-se a ele status constitucional (CRFB/88, art. 5º, LIV). O que se quer dizer, isso sim, é que o princípio da razoabilidade ainda não apresenta uma definição operacional, o que pode ser constatado de forma cristalina, na literatura publicista brasileira. Já o princípio da proporcionalidade apresenta indicações de concreção mediante os princípios parciais da adequação, da exigibilidade e da proporcionalidade em sentido estrito. Por isso, com base nesses argumentos, desenvolvidos a partir das formulações sobre o razoável de Recaséns Siches, Perelman e Aarnio, e nos argumentos de Ávila, conclui-se que o princípio da proporcionalidade não se confunde com o da razoabilidade e que o princípio da proporcionalidade é o princípio apropriado para a solução da colisão de direitos fundamentais.” Cf. STEINMETZ, Wilson Antônio. **Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade**, p. 191 - 192.

³³¹ TORRES, Ricardo Lobo. **Direitos fundamentais sociais**, op cit., p. 30 e ss.

³³² BOCKENFORD. Ernest-Wolfgang. **Escritos sobre Derechos Fundamentales**, op cit., pag. 72 - 73.

monopólio das Constituições socialistas e comunistas. A própria Constituição de Weimar previa direitos fundamentais sociais relativos ao trabalho, previdência social e saúde³³³.

O ponto de referência sistemático-material para a ideia dos direitos fundamentais sociais é a forma de organização da liberdade individual e social no Estado liberal e suas consequências sociais. Esta forma de organização da liberdade se caracteriza pelo reconhecimento de uma esfera pré-estatal de direito e liberdade, localizada especificamente nos direitos fundamentais e assegurada frente aos ataques estatais. O ponto central desta esfera de direito e liberdade consiste, junto à liberdade de opinião e religiosa, na igualdade jurídica, na liberdade geral de ação e de aquisição e na garantia da propriedade. O conceito de liberdade que subscreve esta organização da liberdade é o conceito de liberdade natural e pré-estatal relacionada com a autonomia. A liberdade não surge como resultado da organização social, mas é anterior a esta. Propriedade e trabalho, concebidos como fundamentos e possibilidades sociais da vida, são pressupostos deste conceito de liberdade³³⁴.

As consequências desta forma de organização da liberdade, ao lado do desenvolvimento técnico-industrial, foram o antagonismo social da comunidade determinado pela posse, isto é, a formação de classes sociais e conseqüentemente o aumento das desigualdades sociais. Estes efeitos foram produzidos porque a liberdade geral de ação e aquisição, com base na igualdade jurídica, não relativiza a desigualdade natural e econômica dos homens, mas permite que ela se desenvolva completamente, aumentando os efeitos desse desenvolvimento pela garantia aos bens adquiridos e consolidados, por meio do direito de herança, ao longo das gerações. A atuação da liberdade jurídica igual para todos resulta na desigualdade social, que se consolida por meio da garantia de propriedade e se converte em uma ausência de liberdade social ao longo das gerações. As garantias jurídicas da liberdade se converteram, para um número crescente de cidadãos, sobretudo para os assalariados, em fórmulas vazias aos pressupostos sociais³³⁵.

A acumulação de propriedades se configurou como uma nova estrutura de poder na sociedade. Esta estrutura jurídica e social, partindo da ideia de justiça, encontra sua justificação na ideia dos direitos fundamentais sociais não como um contra princípio frente aos direitos fundamentais de liberdade, mas a partir do próprio princípio da liberdade. A liberdade jurídica deve se converter em uma liberdade real, seus titulares precisam de uma participação básica

³³³ Ibidem, p. 73.

³³⁴ Ibidem, p. 73 - 74.

³³⁵ Ibidem, p. 74.

nos bens sociais materiais, inclusive esta participação é uma parte da liberdade, dado que esta é o pressuposto necessário para sua realização. Os direitos fundamentais sociais pretendem, de acordo com seu ideal, assegurar essa participação nos bens materiais, como o trabalho, o direito à moradia, o direito a educação, o direito à saúde e ao lazer, dentre outros. Entretanto, assegurar a liberdade frente ao poder social passa a ser o esboço de um novo problema. A sociedade moderna, por obra da Revolução Francesa, recebe sua constituição fundamental no âmbito socioeconômico por meio de uma garantia jurídica tripla: i) igualdade jurídica; ii) liberdade de aquisição; iii) proteção da propriedade adquirida. Todavia, esta constituição fundamental não assegura a possibilidade de desenvolvimento real, já que a liberdade, como liberdade geral e igual para todos, continua sendo abstrata. De modo efetivo, apenas se converte em uma possibilidade real de desenvolvimento na medida em que os indivíduos passam a dispor dos pressupostos sociais necessários para a realização desta liberdade. A posse e a possibilidade de alcançá-la por meio da aquisição proporcionam estes pressupostos sociais, quer dizer, a liberdade só é uma liberdade real para aqueles que possuem condições, bens materiais e espirituais como pressuposto para uma autoderminação³³⁶.

As relações e conformações socioeconômicas do poder podem impedir, portanto, o surgimento da liberdade como liberdade real, impossibilitando a verificação da realização da liberdade garantida juridicamente. Isso sempre ocorre quando indivíduos ou grupos de pessoas não dispõem de nenhuma ou de pouca segurança e independência social, de modo que lhes faltam os pressupostos sociais para a realização da liberdade jurídica. Portanto, para que exista liberdade para todos, o Estado deve delimitar, além da garantia jurídica formal de liberdade, o poder social existente ou em formação, impedindo que se coloque em jogo sua superioridade frente aos vulneráveis. Somente assim é possível produzir, ao menos de modo aproximado, a igualdade dos pontos de partida, compreendida como a oportunidade para a realização da liberdade ou de um mínimo existencial³³⁷.

Em contrapartida, por meio de uma reflexão hermenêutica é possível se chegar à conclusão de que os direitos fundamentais não visam apenas garantir a liberdade ou a sobrevivência em condições mínimas, porque o mínimo existencial adere à depreciação da condição humana e da sua capacidade de autorrealização na medida em que confere apenas acesso a bens elementares à sobrevivência. Em que pese existirem na doutrina jurídica poucos

³³⁶ Ibidem, p. 74 e ss.

³³⁷ Ibidem, p. 85 e ss.

estudos em relação à ampliação dos níveis de prestação relativos aos direitos fundamentais, tal fato não impede que se reconheça o direito fundamental ao máximo existencial, desenvolvido a partir de uma reflexão hermenêutica em um ambiente de complexidade como a sociedade contemporânea³³⁸. É por essa razão que existe a necessidade de se rever a teoria dos direitos fundamentais para superar as insuficiências motivadas pelos paradigmas teóricos, possibilitando uma adequada leitura principiológica, na qual encontra abrigo o direito fundamental ao máximo existencial. Entretanto, em que consiste o direito fundamental ao máximo existencial?

(...) esse direito consiste em um vetor que se superpõe aos demais direitos fundamentais e aos quais todos podem ser reconduzidos, pois estende sua eficácia normativa sobre o sistema de direitos fundamentais como um todo, embora seja dele parte integrante. Diante disso, é um direito sincrético, pois exprime a relação simbiótica existente entre os direitos fundamentais, rejeitando a dicotomia entre liberdades e direitos sociais e sustentando, no plano da ciência do direito constitucional, os fundamentos de uma teoria dos direitos inclusiva dos direitos sociais e compreensiva da dimensão negativa e da dimensão positiva de todos eles. Esse caráter sincrético é perceptível pela relação que o direito em questão mantém com as necessidades e com as capacidades. Exigindo a união no plano da realidade das liberdades - individuais e política - e dos direitos sociais, busca a efetividade do conteúdo ótimo³³⁹.

A satisfação suficiente das necessidades existenciais, propiciada pelos direitos sociais, com a consequente habilitação para o pleno exercício das capacidades humanas, reflete na forma como devem ser compreendidos, interpretados e aplicados os direitos fundamentais e isso implica na busca por uma maior efetividade possível a esses direitos. É claro que o direito fundamental ao máximo existencial não impõe ao Estado que realize o impossível suprimindo a discricionariedade do Poder Legislativo, mas aponta a direção a ser seguida pelo juízo político para além de uma dimensão utópica, em que esse direito projete uma pressão normativa sobre a realidade a fim de que haja a progressiva extensão das condições e reais possibilidades de efetivação dos direitos fundamentais sociais³⁴⁰. Essa ideia de progressividade na efetivação dos direitos sociais tem como referência o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, de 1966, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, de 1969, e o Protocolo

³³⁸ DANTAS, Miguel Calmon. **O Direito Fundamental ao Máximo Existencial**. 2011. 2 v. Tese (Doutorado) - Curso de Direito, Universidade Federal da Bahia, Bahia, 2011. Disponível em: <https://repositorio.ufba.br/ri/handle/ri/8703>.

³³⁹ Ibidem.

³⁴⁰ Ibidem.

Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, de 1988.

1.8 Os direitos fundamentais dos trabalhadores e a reforma trabalhista

Os direitos sociais e dos trabalhadores ocupam uma posição de destaque no movimento constitucionalista brasileiro, tanto em termos quantitativos como em termos qualitativos, especialmente em razão da promulgação da Constituição da República Federativa Brasileira de 1988. Não obstante, parte da doutrina ainda nega a condição de autênticos direitos fundamentais aos direitos sociais e mesmo de parte dos direitos dos trabalhadores. Por esse motivo, é necessário se fazer uma releitura constitucionalmente adequada da fundamentação e do próprio conteúdo e alcance dos direitos sociais e dos direitos dos trabalhadores na condição de direitos fundamentais, até mesmo porque a CRFB elenca como fundamentos do Estado Democrático de Direito³⁴¹ os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, com a mesma relevância e hierarquia axiológica, a dignidade da pessoa humana, a valorização do trabalho humano e a busca do pleno emprego, que permanentemente precisam ser considerados pelo legislador e pelos demais intérpretes e aplicadores da Constituição³⁴².

O fato do direito ao trabalho e os direitos dos trabalhadores terem sido inseridos no capítulo dos direitos sociais da CRFB traz consequências relevantes para a compreensão destes direitos. O qualificativo social não é exclusivo de uma atuação positiva do Estado no sentido de assegurar saúde, educação, moradia, lazer, transporte público, assistência e previdência social, pois também são sociais os direitos que asseguram a proteção de determinados bens jurídicos em função da vulnerabilidade oriunda do poder estatal, mas especialmente do poder econômico e social, como os direitos dos trabalhadores³⁴³. Todavia, a questão terminológica é a que possui menor controvérsia, posto que não responde a pergunta essencial sobre se os direitos dos trabalhadores são direitos fundamentais e qual o seu regime jurídico-constitucional. Afirmar que todos os direitos fundamentais estão previstos na Constituição não significa dizer que não existam outros direitos fundamentais, pois a cláusula de abertura material

³⁴¹ CRFB, Art. 1º c/c Art. 170, caput, VIII.

³⁴² SARLET, Ingo Wolfgang. Os direitos dos trabalhadores como direitos fundamentais na Constituição Federal Brasileira de 1988. In: SARLET, Ingo Wolfgang et al. (Org.). **Diálogos entre o Direito do Trabalho e o Direito Constitucional**: estudos em homenagem a Rosa Maria Weber. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 15 e ss.

³⁴³ CRFB, Art. 7º e ss.

constitucional³⁴⁴ e a cláusula especial dos direitos dos trabalhadores³⁴⁵ permitem outros direitos decorrentes dos princípios e dos tratados internacionais ratificados pelo Brasil³⁴⁶.

A fundamentalidade de todos os direitos reconhecidos constitucionalmente implica no reconhecimento ao menos de uma certa presunção a favor da fundamentalidade também material desses direitos e garantias. Contudo, dependendo da orientação ideológica ou concepção filosófica, se levantam questionamentos a respeito dessa presunção de fundamentalidade, como costuma ocorrer, por exemplo, em relação à parte dos direitos dos trabalhadores, como o FGTS, aviso prévio proporcional, décimo terceiro salário, adicional noturno, adicional de periculosidade, adicional de horas extras, terço constitucional de férias, dentre outros. A falta de conexão com a dignidade da pessoa humana e com o mínimo existencial ou ainda, em uma virada hermenêutica, com o máximo existencial, acaba fortalecendo a tese relacionada à ausência de fundamentalidade desses direitos em sentido material. Contudo, todos os direitos, expressos ou implícitos, previstos no Título II da CRFB ou localizados fora deste título, são direitos fundamentais. Inclusive, o próprio Supremo Tribunal Federal (STF) já reconheceu em inúmeros julgados os direitos sociais e os diversos direitos dos trabalhadores como direitos fundamentais. A atuação do Poder Judiciário é extremamente relevante para o tema em questão, porque negar a fundamentalidade dos direitos sociais e dos direitos dos trabalhadores na esfera jurisprudencial acaba por ocasionar a opacidade do texto constitucional³⁴⁷.

A eficácia e efetividade dos direitos sociais trazem à tona a necessidade de se delimitar os contornos de um regime jurídico relacionado aos direitos dos trabalhadores, posto que os direitos fundamentais somente podem ser considerados verdadeiramente fundamentais quando são assegurados por meio de um regime jurídico privilegiado constitucionalmente. Para assegurar uma posição privilegiada no ordenamento jurídico, os direitos fundamentais precisam ser protegidos contra supressões dos poderes constituídos. A CRFB, alinhando-se à tradição constitucional contemporânea, aderiu a este modelo de proteção ao positivizar no rol das cláusulas pétreas³⁴⁸ os direitos fundamentais como limites materiais ao poder de reforma constitucional. Entretanto, existem controvérsias a respeito dos direitos sociais possuírem

³⁴⁴ CRFB, Art. 5º, §2º.

³⁴⁵ CRFB, Art. 7º, caput.

³⁴⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. **Diálogos entre o Direito do Trabalho e o Direito Constitucional**, op. cit., p. 22 e ss.

³⁴⁷ Ibidem, p. 24 e ss.

³⁴⁸ CRFB, Art. 60, §4º, IV.

eficácia imediata e operarem como limites materiais ao poder de reforma constitucional por não terem sido expressamente referidos no texto constitucional. No mesmo sentido, também é controvertida a submissão dos direitos dos trabalhadores aos mesmos critérios de controle de constitucionalidade das restrições em matéria de direitos fundamentais, inclusive em relação à proibição de retrocesso³⁴⁹.

O conjunto dos direitos fundamentais consagrado constitucionalmente não se esgota naqueles direitos expressamente previstos no Título II da CRFB, em razão da abertura material do catálogo constitucional. Porém, a questão que se coloca é saber quais são os direitos fundamentais dos trabalhadores previstos em outras partes do texto constitucional, bem como se existem outros direitos dos trabalhadores, implícitos ou positivados, em outros documentos jurídicos no âmbito internacional. Em relação à primeira hipótese, a liberdade de associação sindical, o direito de greve dos servidores públicos, o meio ambiente de trabalho equilibrado como decorrência lógica do direito fundamental ao meio ambiente equilibrado e o direito ao lazer conexo aos direitos dos trabalhadores, tema que será abordado no capítulo seguinte, representam outros direitos dos trabalhadores dispersos pelo texto constitucional. Por outro lado, os direitos dos trabalhadores elencados em tratados internacionais estão relacionados ao processo de incorporação das normas de direito internacional, tema que já foi abordado em capítulo anterior, sob a ótica da eficácia dos direitos humanos nas relações privadas. Entretanto, no caso de conflito direto com o direito constitucional positivado, este poderá prevalecer a depender da interpretação constitucional. De qualquer forma, seja em razão de uma hierarquia supralegal ou de emenda constitucional³⁵⁰, poderá ocorrer o denominado controle de constitucionalidade tanto na sua forma incidental como em abstrato. Em contrapartida, há casos envolvendo denúncia unilateral aos tratados de direitos humanos já ratificados que seguem pendentes de julgamento pelo Supremo Tribunal Federal, como, por exemplo, o relativo à Convenção 158 da OIT³⁵¹.

Os direitos fundamentais implícitos em matéria de direitos sociais e dos trabalhadores também não podem ser desconsiderados, destacando-se nesse aspecto o mínimo existencial ou a busca pelo máximo existencial e algumas manifestações da proteção da dignidade da pessoa

³⁴⁹ Ibidem, p. 30 - 31. À respeito da proibição de retrocesso Cf. também SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 12. ed. rev. atual e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018, p. 402 e ss.

³⁵⁰ CRFB, Art.5º, §3º.

³⁵¹ SARLET, Ingo Wolfgang. **Diálogos entre o Direito do Trabalho e o Direito Constitucional**, op. cit., p. 34 - 35.

humana e dos direitos de personalidade do trabalhadores nas relações de trabalho, como na esfera das revistas íntimas, assédio moral, religioso, sexual e processual, teletrabalho, direito à desconexão, dentre outros. De outra forma, a existência de autênticos direitos fundamentais criados por força exclusiva da legislação infraconstitucional é controvertida. Contudo, é possível que isso ocorra desde que as posições legislativas possam ser reconduzidas, na condição de direitos fundamentais implícitos legislativamente concretizados³⁵².

A localização topográfica do art. 5º, §1º, da Constituição, transmite inicialmente uma ideia de aplicação restrita aos direitos individuais e coletivos, mas mesmo uma interpretação literal do dispositivo revela que a aplicação imediata das normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais não está restrita àqueles direitos. Uma outra argumentação embasada em uma interpretação sistemática e teleológica obtém o mesmo resultado. Por esse ângulo, todas as normas de direitos fundamentais possuem aplicabilidade imediata, ainda que não sejam constantes do Título II da CRFB³⁵³. Assim, para Ingo Wolfgang Sarlet,

(...) não há como sustentar, no direito brasileiro, a concepção vigente no direito português (expressamente prevista na Constituição Portuguesa de 1976) de acordo com a qual a norma que consagra a aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais abrange apenas os direitos, liberdades e garantias (Título II) que, em princípio, correspondem aos direitos de defesa, excluindo deste regime reforçado (e não apenas quanto a este aspecto) os direitos econômicos, sociais e culturais do Título III da Constituição da República Portuguesa, sistema, aliás, próximo - embora não idêntico - ao adotado pela Constituição Espanhola de 1978, que não contemplou expressamente direitos fundamentais sociais no seu texto, inserindo, todavia, princípios diretivos da ordem social. Parece evidente que a ausência de uma distinção expressa entre o regime dos direitos sociais e os demais direitos fundamentais somada ao texto do §1º do art.5º, ainda mais em face de circunstâncias de que os direitos sociais (mas pelo menos os elencados no Título II da CF) são direitos fundamentais, deve prevalecer sobre uma interpretação notadamente amparada em critério meramente topográfico³⁵⁴.

De qualquer forma, o problema maior não é justificar a aplicação imediata dos direitos fundamentais, mas sim o de verificar como esse comando normativo deve ser manejado, especialmente na esfera judicial, por efeito da complexidade do subsistema constitucional dos direitos e garantias fundamentais, com destaque para os direitos fundamentais dos trabalhadores³⁵⁵. A solução para o problema apresentado, especialmente nos casos de colisão

³⁵² Ibidem, p. 35 - 36.

³⁵³ Ibidem, p. 36 - 37.

³⁵⁴ Ibidem, p. 37 - 38.

³⁵⁵ Ibidem, p. 38 - 39.

de direitos fundamentais, deve ocorrer por meio do princípio da proporcionalidade, tendo em vista que a ponderação busca harmonizar e equilibrar os interesses em conflito.

O fato dos direitos sociais estarem blindados contra eventual supressão do texto pelo poder de reforma constitucional não significa que eles se tornaram direitos absolutos. Na verdade, eles se submetem tanto aos limites constantes na Constituição quanto às restrições para assegurar a proteção de outros bens fundamentais individuais ou coletivos constitucionalmente relevantes. Sem embargo, o problema que se revela em relação à limitação e restrição dos direitos fundamentais está relacionado à proibição de retrocesso social, considerando o dever de progressividade dos direitos sociais imposto aos Estados por força especialmente do Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais³⁵⁶.

A proibição do retrocesso se vincula ao princípio da segurança jurídica, proteção da confiança, direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada, porque esses institutos também objetivam a proteção de direitos constitucionais em face de atos que possam afetar determinadas posições jurídicas criando situações de desvantagens para o titular de direito, ainda que não se trate de direitos adquiridos. Nesse aspecto, a proibição de retrocesso se revela como uma garantia de proteção dos direitos fundamentais sociais e dos trabalhadores contra a atuação do legislador e da Administração Pública tendente à supressão ou restrição dos níveis de tutelas já existentes. Por conseguinte, não é possível se admitir uma ausência de vinculação do legislador, assim como dos órgãos estatais, às normas de direitos sociais, dos direitos ecológicos ou socioambientais e às normas constitucionais impositivas em matéria de justiça social, pois caso contrário se estaria chancelando uma fraude à Constituição. À luz do exposto, a proibição de retrocesso atua como verdadeira baliza para a impugnação de medidas que implique na supressão e restrição de direitos fundamentais³⁵⁷. A respeito do tema, afirma Ingo Wolfgang Sarlet,

(...) a doutrina especializada (com reflexos em decisões judiciais) tem sustentado o ponto de vista de que sobre qualquer medida que venha a provocar alguma diminuição nos níveis de proteção (efetividade) dos direitos socioambientais recai a suspeição de sua ilegitimidade jurídica, portanto, na gramática do Estado Constitucional, de sua inconstitucionalidade, acionando assim um dever no sentido de submeter tais medidas a um rigoroso controle de constitucionalidade, onde assume importância os critérios da proporcionalidade (na sua dupla dimensão anteriormente referida), da razoabilidade e do núcleo essencial (com destaque para o conteúdo

³⁵⁶ Ibidem, p. 63.

³⁵⁷ Ibidem, p. 66.

“existencial”) dos direitos sociais, sem prejuízo de outros critérios, como é o da segurança jurídica e dos seus respectivos desdobramentos. Assim, ganha destaque a noção de que no campo da edição de atos legislativos e administrativos que afetam o âmbito de proteção dos direitos sociais, é preciso ter sempre que tanto o legislador quanto o administrador encontram-se vinculados às proibições de excesso e de insuficiência de proteção, portanto, deverão observar as exigências internas da proporcionalidade, quais sejam, da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito, bem como da razoabilidade, que aqui não serão objeto de aprofundamento³⁵⁸.

De outro lado, reduzir a proibição de retrocesso a um mero controle de proporcionalidade, razoabilidade e justificação das medidas restritivas pode não ser suficiente para se preservar o núcleo ou conteúdo essencial do direito fundamental afetado. Por esse ângulo, o alcance da proteção assegurada pela proibição de retrocesso, com base na dignidade da pessoa humana, mínimo existencial e busca pelo máximo existencial, assume uma particular relevância. Em outras palavras, por força da proibição do retrocesso, o mínimo existencial opera como importante limite material, vinculando negativamente e positivamente o poder público, sem prejuízo de uma eficácia na esfera das relações particulares³⁵⁹. A nível de direito comparado, Ingo Wolfgang Sarlet traz à tona a seguinte explicação,

(...) em termos de aplicação da noção de proibição de retrocesso e matéria de direitos sociais, verifica-se que, embora a proibição de retrocesso não opere como barreira intransponível contra a redução dos níveis de prestação (basta ver o que se passa na Europa em matéria de cortes nos vencimentos dos servidores públicos em função da crise, como se deu na Grécia, Espanha e Portugal), é possível encontrar precedentes dignos de nota, que, embora na maior parte dos casos não fazer referência expressa ao termo proibição do retrocesso, dizem respeito ao controle de medida restritivas de direitos sociais e dos trabalhadores. Nesse contexto, podem ser citados julgados do Tribunal Constitucional da Colômbia, Superior Tribunal de Justiça do Brasil e, mais recentemente, dois casos apreciados pelo Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, o primeiro de 09.02.10, onde se declarou a inconstitucionalidade de parte da reforma legislativa que afetou o sistema de segurança social e as relações de trabalho, bem como o caso decidido em 18.07.12, ocasião na qual o Tribunal considerou inconstitucional o valor da prestação pecuniária alcançada, por força de lei específica, aos requerentes de asilo na Alemanha, sob o argumento de que a prestação não assegura o assim chamado mínimo existencial. De Portugal, embora também sem referência direta à noção de proibição de retrocesso, merecem referência os julgados de 2012 e 2013, envolvendo precisamente as medidas que implicaram cortes de vencimentos e outros benefícios no setor público e privado, decisões nas quais a inconstitucionalidade das intervenções restritivas foi em geral reconhecida, por força, entre outros argumentos, da violação do princípio da isonomia, dos critérios da proporcionalidade e mesmo da proteção da confiança³⁶⁰.

³⁵⁸ Ibidem, p. 68 - 69.

³⁵⁹ Ibidem, p. 69 - 70.

³⁶⁰ Ibidem, p. 70 - 71.

A proibição de retrocesso não é um princípio de caráter autônomo, pois as intervenções restritivas de direitos fundamentais sociais e dos trabalhadores precisam ser submetidas a um rigoroso controle de legitimidade constitucional mediante a utilização dos diversos instrumentos que o sistema jurídico constitucional disponibiliza, partindo da necessidade criteriosa de justificação de sua necessidade e finalidade até a observância das reservas de lei, das exigências da proporcionalidade e segurança jurídica, abrangendo a proteção da confiança e do núcleo essencial do direito restringido³⁶¹.

A reforma trabalhista, aprovada pela Lei n. 13.467 de 13 de julho de 2017, em razão do potencial efeito restritivo aos direitos fundamentais dos trabalhadores, traz à tona o princípio da vedação ao retrocesso e a garantia de um mínimo existencial ou a busca pelo máximo existencial, porque se apresenta como instrumento de desenvolvimento do subemprego, dificultando o desenvolvimento e fruição dos direitos de personalidade. A arquitetura principiológica humanística e social da CRFB abrange diversos campos jurídicos. No campo do Direito do Trabalho, essa arquitetura principiológica desagua nos princípios constitucionais do trabalho e em alguns princípios justralhistas constitucionalizados, com o objetivo de garantir a proteção do trabalhador por meio da interpretação constitucional. Dentre os princípios constitucionais do direito do trabalho e justralhistas constitucionalizados, individuais e coletivos, respectivamente, destacam-se: i) o princípio da dignidade da pessoa humana; ii) o princípio da centralidade da pessoa humana na vida socioeconômica e na ordem jurídica; iii) o princípio da valorização do trabalho e do emprego; iv) o princípio da inviolabilidade do direito à vida; v) o princípio do bem-estar individual e social; vi) o princípio da justiça social; vii) o princípio da submissão da propriedade à sua função socioambiental; viii) o princípio da não discriminação; ix) o princípio da igualdade em sentido material; x) o princípio da segurança; xi) o princípio da proporcionalidade e razoabilidade; xii) o princípio da vedação ao retrocesso social; xiii) o princípio da norma mais favorável; xiv) o princípio da continuidade da relação de emprego; xv) o princípio da irredutibilidade salarial; xvi) o princípio da liberdade associativa; xvii) o princípio da autonomia sindical; xviii) o princípio da interveniência sindical na negociação coletiva trabalhista; xix) o princípio da equivalência entre os contratantes coletivos trabalhistas³⁶².

³⁶¹ Ibidem, p. 71.

³⁶² GODINHO, Maurício Godinho; DELGADO, Gabriela Neves. **A reforma trabalhista no Brasil: com os comentários à Lei n. 13.467/2017**. 2.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: LTr, 2018, p. 30 e ss. Cf. também GODINHO, Maurício Godinho. **Princípios Constitucionais do Trabalho e Princípios de Direito Individual e**

Ao lado da mencionada arquitetura principiológica da CRFB, também se apresentam outros dois grandes eixos, o Estado Democrático de Direito e os direitos fundamentais da pessoa humana como instrumentos civilizatórios opostos aos antigos mecanismos de opressão, exclusão, segregação e exploração. Entretanto, por esse ângulo, a reforma trabalhista está na contramão da História, pois o seu sentido está mais atrelado à concretização de desigualdades e retrocessos sociais do que ao desenvolvimento civilizatório. A título de registro, a reforma trabalhista promoveu importantes alterações no âmbito do Direito Individual do Trabalho, Direito Coletivo do Trabalho e Direito Processual do Trabalho³⁶³. Sem pretensão de esgotar o tema, segue uma breve síntese das principais alterações promovidas pela reforma trabalhista nos respectivos campos normativos mencionados.

O patamar mínimo civilizatório instituído pelas normas constitucionais e regras imperativas no campo do Direito Individual do Trabalho sofre com a retomada da prevalência do poder econômico na relação empregatícia, manifestado por meio do desprezo à centralidade da pessoa humana e esvaziamento do princípio da igualdade em sentido material frente a uma estratégia de desconstrução do arcabouço constitucional e infraconstitucional de proteção à saúde e segurança do trabalhador. A desconstrução da proteção à saúde e segurança do trabalhador se manifesta pela tentativa de desconectar a duração do trabalho do campo da saúde laborativa, violando inúmeros dispositivos constitucionais³⁶⁴. A flexibilização de inúmeras regras jurídicas concernentes à jornada de trabalho e aos intervalos trabalhistas leva ao aumento da duração do trabalho, ocasionando diversos prejuízos à saúde, segurança, relação familiar e comunitária do trabalhador, potencializando a incidência de danos existências e desestimulando a criação de novos postos de emprego. A descaracterização das verbas salariais se revela como outro ponto de desnivelamento das desigualdades sociais, pois induz a uma maior concentração de renda, diminuindo a participação do trabalhador no desenvolvimento econômico do país. A título de registro, a Constituição apenas admite a descaracterização da verba salarial no caso de participação nos lucros ou resultados³⁶⁵, razão pela qual restam violados inúmeros dispositivos constitucionais relacionados à proteção salarial³⁶⁶. Em consequência da descaracterização das

Coletivo do Trabalho. 5.ed. São Paulo: LTr, 2013; RODRIGUES, Américo Plá. **Princípios de Direito do Trabalho.** São Paulo: LTr, 1993.

³⁶³ Ibidem, p. 34 e ss.

³⁶⁴ A desvinculação da duração do trabalho do campo de saúde laborativa se manifesta por meio da previsão do art. 611-B da Lei n. 13.467/2017 que por sua vez viola no mínimo os seguintes dispositivos constitucionais: art. 1º, II, III e IV; art.3º, I, III e IV; art.5º, caput, III e XXIII; art.7º, XXII; art. 170, caput, III, VII e VIII; art. 193; art. 196; art.200, caput e VIII.

³⁶⁵ CRFB, art. 7º, XI.

³⁶⁶ CRFB, art. 7º, caput, IV, V, VI, VII, VIII, IV e X, dentre outros.

verbas salariais se configura o dano em ricochete previdenciário, posto que a arrecadação previdenciária e tributária do país tem como uma das suas principais fontes a folha de salários³⁶⁷ e demais rendimentos oriundos da relação empregatícia³⁶⁸.

De outra parte, no campo do Direito Coletivo do Trabalho houve o enfraquecimento do sindicalismo pela eliminação do financiamento compulsório, além de outras alterações que indiretamente enfraqueceram a atuação dos sindicatos, como a eliminação da assistência sindical para a rescisão do contrato de trabalho³⁶⁹, afastamento da intervenção sindical nas dispensas coletivas³⁷⁰, extinção do contrato de trabalho por acordo entre empregado e empregador³⁷¹, comissão de representação dos empregados³⁷², terceirização, visto que os terceirizados pertencem à categoria profissional diferenciada³⁷³, o litisconsórcio necessário para os sindicatos subscritores de convenção coletiva ou de acordo coletivo de trabalho nas ações individuais ou coletivas que visem a anulação de cláusulas constantes desses instrumentos³⁷⁴, o alargamento extremado dos poderes de negociação coletiva, com potencial degradante às condições contratuais e ambientais de trabalho³⁷⁵ e graves restrições à atuação da Justiça do Trabalho³⁷⁶, impondo obstáculos à efetivação dos direitos sociais fundamentais trabalhistas³⁷⁷. Essas alterações parecem ter como ponto de partida a teoria da *state acticon* norte-americana, onde tem prevalecido o entendimento de que os direitos fundamentais positivados na Constituição não se estendem às relações privadas. Outro aspecto digno de nota é que a reforma

³⁶⁷ CRFB, art. 195, I, “a”.

³⁶⁸ GODINHO, Maurício Godinho; DELGADO, Gabriela Neves. **A reforma trabalhista no Brasil**, op. cit., p. 40 e ss.

³⁶⁹ CLT, art. 477.

³⁷⁰ CLT, art. 477-A.

³⁷¹ CLT, art.484-A.

³⁷² CLT, art. 510-A ao Art.510-D.

³⁷³ Cf. BATISTA, Flávio Roberto e MACHADO, Gustavo Seferian Scheffer. **Terceirização e sindicalismo: reflexões sobre o papel dos sindicatos e suas possibilidades de reação à transição pós-fordista**, in: SERAU JUNIOR, Marco Aurélio (Coord.). *Terceirização: conceito, crítica, reflexos trabalhistas e previdenciários*. São Paulo: LTr, 2018, p. 68-74; BATISTA, Flávio Roberto. *A proteção contra atos antissindicais à luz da liberdade sindical: introdução a uma contextualização político-jurídica*, in: **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, v. 109, jan./dez. 2014, p. 441-458.

³⁷⁴ CLT, art. 611-A, §5º da CLT introduzido pela reforma trabalhista.

³⁷⁵ CLT, art. 611-A e parágrafo único do art. 611-B.

³⁷⁶ CLT, art. 8º, §§2º e 3º e art. 702, I, “F”, §§ 3º e 4º.

³⁷⁷ GODINHO, Maurício Godinho; DELGADO, Gabriela Neves. **A reforma trabalhista no Brasil**, op. cit., p. 44 e ss. A título de registro antes mesmo da reforma trabalhista os sindicatos dos trabalhadores já possuíam base restrita de atuação (80,4% dos sindicatos têm sua base em um município ou em um pequeno número de municípios) e baixa densidade de filiação (a taxa de filiação está atualmente limitada a 16,2% ou 17,3 milhões de sindicalizados, em um total de 107,2 milhões de trabalhadores) o que por sua vez já impactava na arrecadação de recursos para a sua organização e mobilização e conseqüentemente no seu poder de negociação dando margem a negociações frágeis e prejudiciais ao trabalhador tendo em vista que a nova lei prevê prevalência do negociado sobre o legislado nos termos do art. 611-A da CLT. Cf. CAMPOS, André Gambier. **Sindicatos no Brasil: o que esperar no futuro próximo?** Disponível em: www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=29187.

trabalhista, além de tornar facultativa a contribuição sindical obrigatória³⁷⁸, não regulamentou outras formas de custeio, como a contribuição assistencial³⁷⁹ e a contribuição negocial³⁸⁰. Ambas as contribuições, por serem previstas em instrumentos coletivos, somente podem ser descontadas dos trabalhadores sindicalizados³⁸¹, embora, para a OIT, o sistema de deduzir automaticamente dos salários uma cotização para fins de solidariedade a cargo dos trabalhadores não sindicalizados não fere a liberdade sindical estipulada na Convenção n° 87³⁸².

Em contrapartida, no campo do Direito Processual do Trabalho a reforma promoveu a restrição ao princípio constitucional do acesso à Justiça do Trabalho em virtude da

³⁷⁸ É importante ressaltar que no dia 29 de junho de 2018, o Supremo Tribunal Federal (STF), por 6 (seis) votos a 3 (três), declarou a constitucionalidade do ponto da Reforma Trabalhista que extinguiu a obrigatoriedade da contribuição sindical. O dispositivo foi questionado na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 5794, em outras 18 ADIs e na Ação Declaratória de constitucionalidade (ADC) 55, que buscava o reconhecimento da validade da mudança na legislação. Como as ações tramitaram de forma conjunta, a decisão de hoje aplica-se a todos os processos (STF, 2018).

³⁷⁹ CLT, art. 513.

³⁸⁰ Lei 11.648/2008, art. 7°.

³⁸¹ **PN 119 da SDC do TST. CONTRIBUIÇÕES SINDICAIS - INOBSERVÂNCIA DE PRECEITOS CONSTITUCIONAIS.** A Constituição da República, em seus arts. 5°, XX e 8°, V, assegura o direito de livre associação e sindicalização. É ofensiva a essa modalidade de liberdade cláusula constante de acordo, convenção coletiva ou sentença normativa estabelecendo contribuição em favor de entidade sindical a título de taxa para custeio do sistema confederativo, assistencial, revigoramento ou fortalecimento sindical e outras da mesma espécie, obrigando trabalhadores não sindicalizados. Sendo nulas as estipulações que inobservem tal restrição, tornam-se passíveis de devolução os valores irregularmente descontados. No mesmo sentido dispõe a Súmula 666 do STF: “A contribuição confederativa de que trata o art. 8°, IV, da Constituição, só é exigível dos filiados ao sindicato respectivo”. Cf. também a CLT, art. 611-B, XXVI.

³⁸² MEIRELLES, Davi Furtado. **Liberdade sindical: o modelo ideal**, Revista da Faculdade de Direitos de São Bernardo do Campo, v. 15, 2009. Disponível em: <<https://revistas.direitosbc.br/index.php/fdsbc/article/view/178/128>>. O Tribunal Superior do Trabalho (TST) em recente decisão (Processo n° 1000376-17.2018.5.00.0000) declarou ilegal e abusiva a greve dos petroleiros sob o fundamento de que o movimento paredista estava centrado em razões políticas e de mero oportunismo. A mencionada decisão corrobora com a relativização do exercício do direito fundamental a greve visto que cerceou a liberdade dos particulares em pleno Estado Democrático de Direito. Por esse motivo, só existem duas saídas possíveis para se combater a relativização do exercício do direito fundamental de greve. A primeira no âmbito judicial frente a uma possível mudança de entendimento do Supremo Tribunal Federal e do Tribunal Superior do Trabalho no sentido de permitir a contribuição assistencial e/ou negocial dos trabalhadores não sindicalizados pelo fato de que a própria OIT não considera o mencionado desconto como ato atentatório a liberdade sindical, isto é, por meio um interpretação que leve em consideração o bloco de constitucionalidade e a abertura material da Constituição, o desconto na folha salarial dos trabalhadores não sindicalizados passaria a ser considerado constitucional o que por sua vez levaria ao fortalecimento dos sindicatos e conseqüentemente a sua capacidade de organização e de celebração de bons acordos coletivos. A segunda no âmbito político por meio da realização de uma reforma sindical regulamentando as mencionadas contribuições, pondo fim a unicidade sindical (PEC n° 314/2004, CÂMARA DOS DEPUTADOS, 2018a) e estabelecendo a lei de greve e a negociação coletiva para os servidores da Administração pública (Projeto de Lei n° 6.032/2002, CÂMARA DOS DEPUTADOS, 2018b). **2ª Jornada de Direito Material e Processual da Justiça do Trabalho - Enunciado Aglutinado n° 12 da Comissão 3. I - É lícita a autorização coletiva prévia e expressa para o desconto das contribuições sindical e assistencial, mediante assembleia geral, nos termos do estatuto, se obtida mediante convocação de toda a categoria representada especificamente para esse fim, independentemente de associação e sindicalização. II - A decisão da Assembleia Geral será obrigatória para toda a categoria, no caso das convenções coletivas, ou para todos os empregados das empresas signatárias do acordo coletivo de trabalho. III - O poder de controle do empregador sobre o desconto da contribuição sindical é incompatível com o caput do art. 8° da Constituição Federal e com o art. 1° da Convenção 98 da OIT, por violar os princípios da liberdade e da autonomia sindical e da coibição aos atos antissindicais.**

descaracterização do instituto jurídico da justiça gratuita³⁸³ e instauração do sistema de sucumbência recíproca nas ações trabalhistas, tanto em relação aos honorários advocatícios como em relação aos honorários periciais³⁸⁴. A criação de um novo grupo de regras na Seção IV-A, do Capítulo II, do Título X, da CLT, também fragiliza o acesso à Justiça do Trabalho aos litigantes mais vulneráveis. Outro aspecto negativo da reforma é que a nova lei instituiu diversos dispositivos que comprometerão o princípio constitucional da eficiência, celeridade e efetividade da prestação jurisdicional, como, por exemplo, a suspensão total do processo de execução, o procedimento de jurisdição voluntária para homologação do acordo extrajudicial e a eliminação da execução de ofício no processo do trabalho³⁸⁵. Todas essas restrições geram obstáculos para correção de perdas sociais, econômicas e jurídicas à luz de um patamar civilizatório mínimo, porque a reforma trabalhista rebaixou o patamar de proteção assegurado pela Constituição e normas internacionais ratificadas³⁸⁶.

A reforma trabalhista também passou a regulamentar outros aspectos contratuais que não possuíam normatização, mas desconsiderando o valor do trabalho humano. O teletrabalho³⁸⁷, o trabalho autônomo³⁸⁸, o trabalho intermitente³⁸⁹, a terceirização³⁹⁰ irrestrita até mesmo em relação à atividade principal da empresa³⁹¹ e as novas regulamentações contratuais normativas constituem manifestações de retrocesso social, porque a primeira espécie de trabalho exclui o teletrabalhador das regras protetoras da duração do trabalho, a

³⁸³ A Procuradoria-Geral da República (PGR) questiona dispositivos da Reforma Trabalhista que alteram a gratuidade da justiça dos trabalhadores que comprovem insuficiência de recursos na ADI 5766. Todavia, em razão do pedido de vista do ministro Luiz Fux a ação está pendente para julgamento. Todavia, até o presente momento o relator, ministro Luís Roberto Barroso, votou pela improcedência da maior parte dos pedidos formulados e o ministro Edson Fachin votou pela procedência da ação.

³⁸⁴ CLT, arts. 791 a 793.

³⁸⁵ CLT, arts. 855-A a 855-E e art. 878.

³⁸⁶ GODINHO, Maurício Godinho; DELGADO, Gabriela Neves. **A reforma trabalhista no Brasil**, op. cit., p. 47 e ss.

³⁸⁷ CLT, arts. 75-A ao 75-E.

³⁸⁸ CLT, art. 444-B.

³⁸⁹ CLT, arts. 443 e 452-A.

³⁹⁰ A reforma trabalhista também promoveu outras alterações na Lei nº 6.019/1974 (trabalho temporário e prestação de serviços a terceiros), dentre estas alterações se destacam: i) a empresa de trabalho temporário passa a ser obrigatoriamente pessoa jurídica (comparação entre a nova e velha redação do Art.4º da Lei nº 6.019, alterada pela Lei 13.429/2017); ii) o prazo do contrato de trabalho entre a empresa de trabalho temporário e a empresa tomadora que era de três meses agora passa a ser de 180 dias, consecutivos ou não, podendo ser prorrogado por mais 90 dias, consecutivos ou não, desde que comprovada a manutenção das condições que ensejaram a prestação do serviço; iii) a empresa prestadora de serviços a terceiros pode subcontratar outras empresas para a realização desses serviços (Art.4, §1º da Lei nº 6.019/74 acrescido pela Lei 13.429/2017).

³⁹¹ Ao julgar a ADPF nº 324 e o RE nº 958252, o STF decidiu, em 30 de agosto de 2018, que é lícita a terceirização em todas as etapas do processo produtivo, seja meio ou fim. A tese de repercussão geral aprovada no RE determina que “é lícita a terceirização ou qualquer outra forma de divisão do trabalho entre pessoas jurídicas distintas, independentemente do objeto social das empresas envolvidas, mantida a responsabilidade subsidiária da empresa contratante”.

segunda desconsidera os elementos da configuração da relação empregatícia, a terceira além de gerar reflexos na duração do trabalho impacta na arrecadação previdenciária e consequentemente na proteção do trabalhador frente a previdência social, porque desde a queda da MP 808/2017 não existe regulamentação para recolhimento complementar da guia de previdência social quando a remuneração obtida pelo trabalhador for inferior a um salário mínimo, e a quarta por acentuar ainda mais as desigualdades sociais, posto que em recente estudo sobre terceirização e precarização das condições de trabalho, publicado pelo Departamento Intersindical de Estatística e Estudos Socioeconômicos (DIEESE), tomando como base os dados obtidos da RAIS (Relatório Anual de Informações Sociais) e CNAE (Cadastro Nacional de Atividades Econômicas), foi possível constatar que desde 2015, ou seja, mesmo antes da entrada em vigor da reforma trabalhista, a taxa de rotatividade da mão de obra já era duas vezes maior nas atividades terceirizadas (57,7%, contra 28,8% nas atividades tipicamente contratantes), o percentual de afastamentos por acidentes de trabalho nas atividades terceirizadas também era maior do que nas atividades contratantes (9,6% contra 6,1%) e por fim, os salários nas atividades tipicamente terceirizadas eram, em média, 23,4% menor do que nas atividades tipicamente contratantes (R\$ 2.011,00, contra R\$ 2.639,00)³⁹².

De outro modo, as dispensas imotivadas individuais, plúrimas ou coletivas³⁹³, prevendo a desnecessidade de autorização prévia de entidade sindical ou de celebração de convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho para sua efetivação, também se manifestam pelo desprezo ao valor do trabalho humano, especialmente no seu aspecto coletivo, pois os impactos vão muito além do trabalhador. Além disso, a efetivação de dispensas em massa ao livre arbítrio inviabilizaria os mecanismos de preservação da relação empregatícia, como a redução em até 30% da jornada de trabalho e salários de seus empregados mediante compensação pecuniária equivalente a cinquenta por cento do valor da redução salarial limitada a sessenta e cinco por cento do valor máximo da parcela do seguro-desemprego, enquanto perdurar o período de redução temporária da jornada de trabalho, custeada pelo Fundo de Amparo ao Trabalhador

³⁹² Cf. DIEESE (São Paulo). **Terceirização e precarização das condições de trabalho**: Condições de trabalho e remuneração em atividades tipicamente terceirizadas e contratantes. Disponível em: <<https://www.dieese.org.br/notatecnica/2017/notaTec172Terceirizacao.pdf>>.

³⁹³ CLT, art. 477-A. **2ª Jornada de Direito Material e Processual da Justiça do Trabalho - Enunciado Aglutinado nº 1 da Comissão 5**. O art. 477-A da CLT padece de inconstitucionalidade, além de inconveniência, pois viola os artigos 1º, III, IV, 6º, 7º, I, XXVI, 8º, III, VI, 170, caput, III e VIII, 193, da Constituição Federal, como também o artigo 4º da Convenção nº 98, o artigo 5º da Convenção nº 154 e o art. 13 da Convenção nº 158, todas da OIT. Viola, ainda, a vedação de proteção insuficiente e de retrocesso social. As questões relativas à dispensa coletiva deverão observar: a) o direito de informação, transparência e participação da entidade sindical; b) o dever geral de boa-fé objetiva; e c) o dever de busca de meios alternativos às demissões em massa.

(FAT), mediante acordo coletivo de trabalho específico, nos termos do art. 4º e art. 5º da Lei nº 13.189/2015, que instituiu o Plano de Seguro ao Emprego (PSE). De qualquer maneira, o tema não é pacífico, justamente porque a necessidade de prévia negociação coletiva é uma construção jurisprudencial por não existir lei complementar regulamentando a questão nos termos do art. 7º, I, da Constituição Federal de 1988 e em razão da discussão sobre a denúncia da Convenção 158 da OIT. Por essa razão foi reconhecida a repercussão geral sobre a matéria no Recurso Extraordinário com Agravo de Instrumento nº 647.651/SP, ainda pendente de julgamento pelo Supremo Tribunal Federal.

Dentre outras alterações promovidas pela reforma trabalhista, se destaca a regulamentação do dano extrapatrimonial³⁹⁴, posto que manifestamente pretende rebaixar o patamar mínimo civilizatório previsto pela Constituição ao equiparar situações e conceitos jurídicos distintos, muito embora dessa regulamentação possa se considerar um aspecto positivo da reforma: a positivação de alguns direitos de personalidade, como o lazer, a saúde, a autoestima, dentre outros. Outrossim, a nova regulamentação do dano extrapatrimonial parece dar margem a uma responsabilidade subjetiva do empregador, tema este que será abordado em momento oportuno.

2 TRABALHO E LAZER

2.1 A proteção do trabalho humano e os repousos remunerados

O direito que até pouco tempo fundava a ordem jurídica exclusivamente na proteção do patrimônio, conferindo a cada um o que lhe pertence, passou a ter como fundamento análogo o trabalho. A intervenção do direito nas relações de trabalho prescrevendo normas de proteção obrigatórias evitou que a desigualdade econômica das partes contratantes criasse um estado de submissão do mais fraco pelo mais forte. Por esse motivo, a lei passou a garantir o direito de viver com dignidade, não se limitando a oferecer a cada um o que lhe pertença, mas sim a cada um o que lhe é necessário na medida que a ordem social permitir, efetivando a busca pela Justiça Social, ao invés de se colocar na contramão da história³⁹⁵.

Uma ordem jurídica que restringe seu campo de proteção aos direitos políticos e patrimoniais permitindo uma liberdade contratual ilimitada para regular as condições da vida

³⁹⁴ CLT, arts. 223-A a 223-G.

³⁹⁵ SUSSEKIND, Arnaldo. **Duração do trabalho e repousos remunerados**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1950, p. 3.

da maioria dos homens não pode mais perdurar. Em um regime democrático, a opressão do economicamente fraco pelo economicamente mais forte resulta em pura contradição, pois a ditadura do capitalismo se torna o sistema que nega o direito à vida, à dignidade e o bem-estar da maioria dos homens para garantir a continuidade do poder econômico e social de um grupo seleto de pessoas. Em função disso, paralelamente à proteção dos direitos individuais, tornam-se necessários o reconhecimento e a efetivação dos direitos sociais, competindo ao Estado conciliar essas duas classes de direitos em proveito da felicidade do seu povo. O direito não pode ser mais considerado como mero produto da razão, posto que como fato sociológico integrante do complexo cultural precisa ser encarado como fenômeno de uma superestrutura social, subordinado ao determinismo econômico, social e histórico da coletividade que pretende reger³⁹⁶.

Aquele que se propõe a estudar a história do trabalho humano se depara com o fato de que até pouco tempo os operários ainda eram considerados como instrumentos de produção, constituindo uma subclasse dentro sociedade, em outras palavras, o proletariado era desprezado e deslocado para um plano secundário na ordem jurídica e social. Em Roma a maior parte do trabalho era efetuada por escravos e a relação de trabalho se moldava aos direitos reais, porque o operário era uma propriedade de seu senhor. Em função disso, os escravos não possuíam capacidade jurídica e conseqüentemente não eram portadores de quaisquer direitos. Com a servidão, forma atenuada da escravidão, a relação de trabalho passa a ser fundada nos direitos pessoais dos grandes proprietários de terra, pois a relação de subordinação do servo estava atrelada à terra. O servo, assim como o escravo, não usufruía dos benefícios oriundos do desenvolvimento da civilização, porque todo trabalhador ainda era considerado como simples meio de produção. Posteriormente, surgiram as corporações de ofício, constituídas por grupos de trabalhadores livres, conhecedores de alguma arte ou ofício. As corporações desempenharam um papel relevante durante o século XVI, período que antecedeu a Revolução Francesa, pois reivindicavam, além da liberdade, melhores condições de trabalho. Entretanto, começaram a se enfraquecer com o advento da indústria manufatureira e desenvolvimento das relações comerciais a nível internacional com as índias e as américas³⁹⁷.

Por outro lado, com a Revolução Francesa o trabalhador se emancipou da condição indigna de mero meio de produção e objeto de direito passando a ser considerado agente da

³⁹⁶ Ibidem, p. 3 - 4.

³⁹⁷ Ibidem, p. 5 - 6.

produção e sujeito de direito. Por isso, nos contratos de locação de serviços, o locador e o locatário passaram a ser considerados partes iguais perante a ordem jurídica. Não obstante, com o advento da indústria e o desequilíbrio entre a oferta e a procura de trabalho, a liberdade novamente foi tolhida da relação empregatícia, porque o trabalhador não conseguia manifestar sua vontade acerca das condições de trabalho³⁹⁸. A respeito desse período, Arnaldo Sussekind afirma que,

A máquina substituía milhares de braços, forçava a redução de salários e o aumento das horas de serviço, sujeitando os operários a optarem entre as vis condições de trabalho que lhes eram oferecidas ou a completa miséria oriunda do desemprego. É que a Lei Chapellier de 14 de junho de 1791 declarou inconstitucionais e atentatórios da Declaração dos Direitos do Homem os convênios realizados entre trabalhadores de determinada profissão ou ofício, em virtude do qual eram atribuídos às correspondentes corporações os poderes de fiscalizar o trabalho dos artesões e defender os seus direitos³⁹⁹.

A liberdade política e jurídica não era mais suficiente frente a ausência de liberdade social e econômica. O trabalho se tornou mais penoso em decorrência das longas jornadas de trabalho, de modo que os prazeres espirituais e materiais da civilização continuavam a ser proibidos para o proletariado, pois este continuava a ser escravo do sistema econômico vigente. A relação contratual, apesar de constituir uma relação jurídica, não pode deixar de ser considerada como uma forma de dominação. Essa dominação é revelada desde as democracias gregas até os liberais da Revolução Francesa por meio da história do Direito e dos sistemas de governo. A liberdade ilimitada das partes para contratar tornou possível a elevação das jornadas de trabalho a proporções desumanas. O predomínio do liberalismo econômico e o abuso da liberdade contratual levaram os operários a trabalharem entre 16 a 18 horas por dia. Esse foi o primeiro retrocesso na história do Direito do Trabalho humano, posto que nas corporações de ofício era proibido o trabalho antes do nascer do sol e após o crepúsculo, sob pena de multas rigorosas aos infratores⁴⁰⁰.

O liberalismo baseou a sua doutrina na liberdade individual e na abstenção estatal, criando a concepção de que no mundo econômico deve prevalecer o interesse pessoal, perpetuando os princípios romanos *jus utendi et abutendi e nenimen laedere*. Os anos iniciais após a Revolução Francesa satisfaziam esses princípios, porque o número de trabalhadores correspondia à quantidade de empregos, de forma que a liberdade para contratar não era afetada

³⁹⁸ Ibidem, p. 6.

³⁹⁹ Ibidem, p. 7.

⁴⁰⁰ Ibidem, p. 8.

pelo desequilíbrio entre a oferta e a procura. Todavia, o rápido desenvolvimento industrial, a descoberta de novos mercados de consumo e a crescente concentração de capital colocaram os trabalhadores em condição de domínio, sem possibilidade de manifestarem livremente a sua vontade. Os salários não possuíam, como hoje, a função de satisfazer o mínimo vital, e as máquinas, em vez de reduzir a duração das longas jornadas de trabalho, como consequência do maior rendimento, levaram ao excesso de trabalho com salários menores e condições desumanas por obra da oferta e da procura em relação à escassez de serviços e o exército de reserva de trabalhadores⁴⁰¹.

A liberdade e a máquina, com o transcorrer do tempo, levaram indiretamente o movimento operário e as lutas sociais ao advento do Direito do Trabalho. A liberdade deu origem ao direito de associação e deste, por sua vez, nasceram os sindicatos e a reivindicação de melhores condições de trabalho, especialmente em relação ao limite da jornada de trabalho. Em cada Primeiro de Maio era a redução da jornada de trabalho de forma quase universal reclamada pelos sindicatos, pois por meio dela era possível emancipar o trabalhador e o redimir em parte da exploração patronal. Os operários vislumbravam nela o meio de trabalhar menos, sem redução salarial, porém o motivo mais importante da limitação da duração do trabalho é o desenvolvimento intelectual, moral e físico do trabalhador, assegurando-lhe o lazer necessário para deixar de ser máquina e se tornar humano. Por seu turno, o excesso de mão de obra e as condições degradantes de trabalho desenvolvidas a partir da criação da máquina proporcionaram ao proletariado o nascimento de uma consciência de classe direcionada às lutas para a proteção do trabalho humano⁴⁰².

Os problemas oriundos da realidade social e da agitação das massas revelaram a necessidade de se equilibrar a relação contratual, deslocando o individualismo para o plano secundário por meio de regulamentações jurídicas protetoras dos mais débeis. Por isso, os países que possuíam a maior concentração de operários, como a Inglaterra, Alemanha e França, foram berços das lutas sociais do século XIX. De fato, neste século nasce o Direito do Trabalho com as primeiras leis estatais delimitando a autonomia da vontade no ajustamento e execução dos contratos de trabalho. Essa legislação foi sendo ampliada pouco a pouco ao longo dos anos até que a legislação de proteção ao trabalho humano passasse a constituir um dos mais expressivos alicerces da civilização. O Estado, como órgão supremo do direito, passou a intervir

⁴⁰¹ Ibidem, p. 8 - 10.

⁴⁰² Ibidem, p. 10 - 11.

no interesse privado a fim de manter o equilíbrio entre os diversos fatores da produção, distribuição de riqueza e bem-estar social, suprimindo a diferença entre classes, fazendo sobressair o interesse coletivo sobre o interesse individual quando este contrariasse o interesse público, porque na busca pelo nivelamento social pela limitação ou destruição dos direitos individuais é sempre o interesse público que serve de pretexto à obra da reforma. Todavia, até o Tratado de Versalhes a proteção ao trabalho humano se desenvolveu sob fundamento diverso da atual concepção das ciências jurídicas dos países civilizados, porque não foi o ideal de dignificação do trabalho humano que levou os diversos Estados a abandonarem, no século XIX, a atitude de abstenção e imparcialidade, mas o objetivo de preservar a capacidade produtiva do homem-máquina frente as lutas sociais que se generalizavam. O Estado procurava com sua nova política e sua incipiente legislação de proteção regular apenas o tempo de trabalho e o salário, deixando ao livre arbítrio dos patrões a regulamentação de outros aspectos relacionados à utilização da mão de obra⁴⁰³.

A restauração da dignidade do trabalhador como pessoa humana só se configura como fundamento do Direito do Trabalho a partir do Tratado de Versalhes, que consubstanciou grande parte dos princípios das encíclicas *Rerum Novarum* e *Quadragesimo Anno*, expedidas, respectivamente, na transição do século XIX para o século XX, pelos papas Leão XIII e Pio XI. Sob a ação da nova política social, o trabalhador moderno deixa de ser um objeto suscetível de aluguel para se constituir como colaborador em uma determinada atividade econômica, porque o Tratado de Versalhes não permite mais que o trabalhador seja considerado uma mercadoria. Por efeito frente ao contrato de trabalho, a desigualdade econômica desaparece como consequência da intervenção do Estado na limitação da vontade do mais forte, permitindo uma equivalência jurídica entre os contratantes para dignificar o trabalho humano. Em vista disso, trabalho e salário deixam de serem mercadorias para se tornarem prestação e contraprestação de obrigações contraídas. Desta forma, a autonomia da vontade se transformou em autonomia privada, em razão do Direito passar a garantir a liberdade individual até onde ela não coloca mais em risco os alicerces econômicos e sociais do regime democrático⁴⁰⁴.

A integração do operário na sociedade levou ao desenvolvimento da legislação de proteção ao trabalho abrangendo todos os setores da vida do operário. A Organização Internacional do Trabalho (OIT) foi decisiva para a consolidação da proteção do trabalhador

⁴⁰³ Ibidem, p. 12 - 13.

⁴⁰⁴ Ibidem, p. 14 - 15.

em razão de suas conferências, resoluções e publicações. Desde o seu surgimento no ano de 1919 até 1944, com a Declaração de Filadélfia, a OIT passou a corporificar a promoção da busca por uma justiça social. Por conseguinte, as Constituições modernas passaram a conter não só um sistema de organização do Estado e a declaração dos direitos políticos do homem, mas a intervenção na ordem econômica e social no intuito de se garantir um padrão de vida compatível com a existência humana, fazendo do trabalho um meio digno de obtenção do bem-estar que todos têm direito. Todavia, foi preciso transcorrer mais de um século para que o mundo jurídico moderno compreendesse que o trabalho não é apenas uma mercadoria. O trabalho passou a ter a mesma hierarquia que a liberdade, influenciando o Direito Constitucional a ajustar um regime jurídico e social em que o trabalho se revela não só como exigência econômica, mas como exigência moral, elevando-se para garantir a dignidade da pessoa humana, sem prejudicar a iniciativa privada⁴⁰⁵.

Em contrapartida, a fixação legal da jornada de trabalho, embora tenha surgido no final do século XIX, somente se universaliza após a primeira guerra mundial. Assim sendo, durante a antiguidade, a duração do trabalho dependia do livre arbítrio do senhor de escravos ou dos proprietários dos grandes latifúndios, visto que os servos estavam atrelados à terra. O trabalho, na antiguidade, era menosprezado e considerado como impróprio para os homens livres, de tal modo que a Constituição ateniense o previa em caráter obrigatório. Com a idade média e o advento das mencionadas corporações de ofício a jornada de trabalho passou a ser fixada em nove horas e meia no inverno e doze horas e meia no verão. Algumas dessas corporações também adotavam meia jornada de trabalho aos sábados, constituindo-se como precursoras da semana inglesa. Nas índias, a legislação de Filipe II, influenciada pelas corporações, estipulava uma jornada de trabalho de oito horas, dividida em quatro horas no turno da manhã e em quatro horas no turno da tarde, para os operários das construções de fortalezas e obras militares. A mesma legislação também estabeleceu o descanso dominical e uma jornada de sete horas de trabalho para os operários das minas. Em que pese essas leis não terem sido aplicadas com rigor, pois os aventureiros provenientes da América em virtude da ânsia por riqueza não se ajustavam aos princípios generosos da lei, elas revelam um nobre idealismo em relação à preservação da saúde dos humildes. O trabalho dos índios, também em virtude da legislação mencionada, começava meia hora antes do nascer do sol e terminava meia hora após o crepúsculo. Na Espanha, o Estatuto Municipal de Zaragoza, de 1577, prescrevia para os

⁴⁰⁵ Ibidem, p. 15 - 16.

trabalhadores dos jardins da cidade que só trabalhassem, diariamente, a serviço do mestre, por oito horas contínuas, contando nelas a ida, mas não a volta, sob pena de multa de sessenta salários ou três dias de prisão. Essa situação também era comum em outras cidades da Espanha⁴⁰⁶.

De outro modo, com a extinção do regime das corporações de ofício, a duração do trabalho passou a ser uma decorrência da vontade das partes contratantes, quer dizer, da vontade exclusiva do empregador, posto que a liberdade de contratar subordinava tão só a opressão do mais fraco. O abuso do direito de pactuar as condições de trabalho no regime liberal, subordinado à lei da oferta e da procura, foi agravado pela invenção da máquina a vapor, que transformou o cenário industrial no fim do século XVIII e início do século XIX. Na prática, a máquina a vapor simplificou o trabalho e aumentou a produção em escala até então inimaginável, levando à conquista de novos mercados. Contudo, também concentrou o poder econômico e social nas mãos de poucos empreendedores que, por sua vez, passaram a formar empresas com regime societário anônimo ou por quota de participação. Esses regimes empresariais afastaram o empreendedor dos construtores da própria riqueza, fazendo com que estes não mais se impressionassem com a miséria dos trabalhadores. Para além disso, atraiu um grande número de trabalhadores para os centros industriais e, pela concorrência da mão de obra, sujeitou-os a condições de trabalho degradantes em virtude do índice elevado de desemprego. Em suma, os resultados da simbiose do individualismo liberal oriundo da Revolução Francesa com a invenção da máquina a vapor foram o êxodo rural, os baixos salários, longas jornadas de trabalho, desemprego em massa e a empregabilidade de mulheres e crianças com os mais miseráveis salários⁴⁰⁷. Segundo Arnaldo Sussekind,

(...) A máquina representava capital empatado. Era preciso tirar esse capital, cobrir as despesas e conseguir, no balanço, a representação de lucros. A mão-de-obra barata por ser representada pelas “meias forças”, devia ser aproveitada o máximo possível. Daí o excesso de duração das horas de trabalho em que essa mão-de-obra era explorada. A idade de crianças trabalhando em fábricas na França e o número astronômico de horas de trabalho assustaram tão seriamente ao médico Dr. Villermé que este, insofreado, em 1836, fez um sério relatório dessa situação toda, pedindo aos poderes constituídos providências, se não quisessem ver irremediavelmente comprometido o futuro da raça, da Nação e da própria Pátria. O Dr. Villermé encontrou crianças de 4, 5, 6, 7 e 8 anos trabalhando seguidamente 12, 13, 14, 15, 16 e 17 horas por dia⁴⁰⁸.

⁴⁰⁶ Ibidem, p. 18 e ss.

⁴⁰⁷ Ibidem, p. 21 - 22.

⁴⁰⁸ Ibidem, p. 23.

A revolta do proletariado se difundiu contra a máquina por meio do movimento dos ludistas não pelo que ela representava, mas pelas consequências sociais e econômicas oriundas da sua exagerada utilização. Esse movimento ganhou volume na Inglaterra e, na segunda metade do século XVIII, foi promulgada uma lei contra a destruição das máquinas e dos edifícios das fábricas prescrevendo penas severas aos infratores. Apesar dos tribunais castigarem severamente os destruidores de máquinas, o número de infratores cresceu consideravelmente no norte e no centro do país. O auge do movimento foi no ano de 1811, levando a Câmara dos Lordes a elaborar uma lei prescrevendo a pena de morte para os destruidores de máquinas, o que por sua vez conduziu inúmeros operários à execução. Já na metade do século XIX, a exploração do trabalho humano atinge seu auge e a situação do operário se torna desesperadora, porque a sua condição era muito pior que a do servo ou do escravo, dado que enquanto o proprietário de terra ou do escravo tinha interesse na sua conservação, pois ficando doente desvalorizava a gleba ou a si próprio como instrumento de trabalho, o mesmo não acontecia com o operário no liberalismo econômico, porquanto se adoecesse era substituído por outro, não afetando o empreendedor, que possuía mais interesse na conservação dos seus maquinários do que na conservação da saúde do seu trabalhador⁴⁰⁹.

No início do século XVIII também começava a reação, não apenas do proletariado, mas dos mais eminentes economistas e estudiosos contra a insustentável e humilhante exploração do trabalho humano. Dentre eles, Saint-Simon, Fourier, Owen, Louis Blanc, Marx e o Papa Leão XIII, representando escolas sociais e econômicas de matrizes e objetivos diversos, mas unânimes na condenação do sistema então vigente. Nos primeiros brados dos pensadores modernos, o reformista Ricardo Owen tornou-se, em pouco tempo, um próspero e poderoso industrial do ramo têxtil, em *New Lanark*, na Escócia. Owen, ao assumir a direção da empresa em 1800, empreendeu uma gigantesca e radical reforma na estrutura empresarial, abrindo escolas, suprimindo castigos, ensinando ginástica aos meninos e artes domésticas às meninas, não admitindo o trabalho de menores de 10 anos nas fábricas, fixando em dez horas e meia a jornada de trabalho, higienizando a fábrica e ensinando a população hábitos de limpeza, além de instituir ordem e pontualidade, cooperativa de consumo e fundar caixas de previdência para a velhice e assistência médica. Mesmo durante toda crise de 1806, Owen pagou salários integrais aos operários que não tiveram trabalho, proclamando que o principal motivo da miséria operária e do aumento do desemprego, redução dos salários e da empregabilidade de

⁴⁰⁹ Ibidem, p. 23 - 24.

mulheres e crianças consistia no excessivo desenvolvimento econômico oriundo da produção mecânica. Em 1820, Owen abandoa seus negócios e passa a se dedicar à criação de colônias de trabalho coletivo, com as quais proclamou elevar o nível físico, cultural e material do proletariado. Dentre essas colônias, a mais conhecida era a *New Harmony*, fundada em 1825 nos Estados Unidos da América, que consagrou o primeiro centro de justiça social do novo mundo. Em que pese as colônias de Robert Owen não terem se frutificado, suas ideias foram a semente do movimento socialista que se desenvolveu durante o século XIX, ao qual se deve inquestionavelmente o advento das primeiras leis de proteção ao trabalhador⁴¹⁰.

A partir de 1830, as *trades-unions* organizadas por Robert Owen iniciaram o movimento operário reivindicando melhores condições de trabalho, sobretudo em relação à fixação de jornadas de trabalho de oito horas por dia. Nesse período, as longas jornadas de trabalho aliadas ao crescente número de desempregados começaram a incomodar alguns parlamentares ingleses. Isso resultou na promulgação, pela Rainha Elizabeth, da denominada *lei pelos pobres*, no ano de 1832, que exigiu do orçamento britânico mais de sete milhões de libras para que os indigentes desempregados não morressem de fome. Na França e na Alemanha, o movimento operário também se organizava e começava a difundir a intervenção do Estado nas relações entre patrões e operários, para que estes não se tornassem escravos do poder econômico daqueles. E aqueles rostos pálidos e famintos relatados por Louis Blanc saíam às ruas entonando a canção *eight hours to work, eight hours to play, eight hours to sleep, eight hours a day*. Essa canção consagrava as razões defendidas pelo programa de reforma de Owen, porque a jornada de oito horas é justa em virtude de permitir aos mais fracos o direito à vida, à saúde e a alegria de viver, sem prejudicar o enriquecimento dos patrões. Em 1840, esse movimento inglês atinge o seu ponto mais alto desencadeando um amplo movimento de reivindicações que resultaram em uma petição de 300 quilos, contendo dois milhões de assinaturas, apresentada ao parlamento inglês. Já no ano de 1845 Marx e Engels organizam a Associação dos Trabalhadores alemães e, enquanto as greves e os movimentos operários se generalizavam na Grã-Bretanha, Alemanha e na França, Karl Marx publica a *Filosofia da Miséria* no ano de 1847⁴¹¹.

Em 1847, o parlamento inglês, sob a direção de Lorde Shaftesbury, aprova a primeira lei contemporânea estipulando a jornada máxima de trabalho em 10 horas por dia. A França, seguindo o exemplo inglês, sancionou, em 02 de maio de 1848, uma lei que fixou em dez horas

⁴¹⁰ Ibidem, p. 24 - 25.

⁴¹¹ Ibidem, p. 25 - 26.

diárias a jornada de trabalho em Paris e em onze horas nas demais províncias. Essa lei constituiu uma vitória expressiva de Louis Blanc, pois, ao redigi-la, destacou no preâmbulo da lei que o trabalho manual muito prolongado não só arruína a saúde dos trabalhadores, mas os impede de cultivar sua inteligência, atacando a dignidade do homem. Porém, essa lei não vigorou por muito tempo, visto que no dia 09 de setembro do mesmo ano as classes conservadoras conseguiram, no parlamento francês, ampliar a jornada de trabalho para doze horas. Portanto, coube aos ingleses, e não aos franceses, legislar pela primeira vez, na fase contemporânea da história da civilização, a respeito do limite máximo do dia de trabalho⁴¹².

Nos Estados Unidos da América, a batalha pela jornada de oito horas tem início no ano de 1866, quando uma resolução aprovada em Baltimore previa uma jornada de trabalho de oito horas diárias em todos os Estados americanos, como manifestação do fim do trabalho escravo capitalista. Transcorrido apenas um mês após a aprovação da mencionada resolução, o Congresso Operário Internacional de Genebra destacou que a limitação da jornada de trabalho é uma condição prévia, sem a qual fracassa todos os outros esforços pela emancipação do trabalhador e por esse motivo as oito horas diárias de trabalho devem ser o limite legal da jornada de trabalho. Ainda nos Estados Unidos, no ano de 1868, a duração de oito horas diárias de trabalho foi adotada para os empregados e operários do serviço federal. Já na Áustria, no ano de 1885, e na Suíça, no ano de 1877, foi fixada uma jornada de trabalho diária limitada em dez horas e em onze horas, respectivamente. É inegável a influência marxista nesse período, de modo que os principais defensores do socialismo fizeram da jornada de trabalho de oito horas diárias a principal bandeira para suas lutas e reivindicações. Em Paris, no ano de 1889, o Congresso Socialista Internacional procurou fazer com que todas as nações adotassem esse limite diário da jornada de trabalho, já na Conferência Internacional de Berlim de 1890 se debateu a questão da jornada de trabalho, mas nenhuma resolução foi aprovada⁴¹³. No Brasil, o Decreto n. 1.313, de 17 de janeiro de 1891, limitou a jornada de trabalho dos menores do sexo masculino e dos menores do sexo feminino em nove horas e sete horas diárias, respectivamente. Outrossim, a necessidade de limitar o tempo de trabalho também estava relacionada ao temor pelo aumento do custo da mão de obra e do produto industrializado na concorrência com o comércio internacional⁴¹⁴.

⁴¹² Ibidem, p. 27 - 28.

⁴¹³ Ibidem, p. 28.

⁴¹⁴ Ibidem, p. 28 - 29.

De outra parte, a doutrina social da igreja também exerceu influência entre os trabalhadores, governantes e legisladores, de quem dependia a decretação das medidas de proteção ao trabalho humano. Essa influência tem origem na mencionada encíclica *Rerum Novarum*, publicada em 1891, pelo Papa Leão XIII. A memorável encíclica demonstrava que os interesses do Estado, dos patrões e dos operários não são inconciliáveis, devendo esses interesses serem harmonizados ao princípio da justiça social⁴¹⁵. De acordo com o próprio Papa Leão XIII,

Não é justo nem humano exigir do homem tanto trabalho a ponto de fazer pelo excesso da fadiga embrutecer o espírito e enfraquecer o corpo. A atividade do homem, restrita como a sua natureza, tem limites que se não podem ultrapassar. O exercício e o uso aperfeiçoam-na, mas é preciso que de quando em quando se suspenda para dar lugar ao repouso. Não deve, portanto, o trabalho prolongar-se por mais tempo do que as forças permitem. Assim, o número de horas de trabalho diário não deve exceder a força dos trabalhadores, e a quantidade de repouso deve ser proporcional à qualidade do trabalho, às circunstâncias do tempo e do lugar, à compleição e saúde dos operários. O trabalho, por exemplo, de extrair pedra, ferro, chumbo e outros materiais escondidos debaixo da terra, sendo mais pesado e nocivo à saúde, deve ser compensado com uma duração mais curta. Deve-se também atender às estações, porque não poucas vezes um trabalho que facilmente se suportaria numa estação, noutra é de facto insuportável ou somente se vence com dificuldade. Enfim, o que um homem válido e na força da idade pode fazer, não será equitativo exigir-lo duma mulher ou duma criança. Especialmente a infância - e isto deve ser estritamente observado - não deve entrar na oficina senão quando a sua idade tenha suficientemente desenvolvido nela as forças físicas, intelectuais e morais. (...) Em geral, a duração do descanso deve medir-se pelo dispêndio das forças que ele deve restituir. O direito ao descanso de cada dia assim como à cessação do trabalho no dia do Senhor, deve ser a condição expressa ou tácita de todo o contrato feito entre patrões e operários. Onde esta condição não entrar, o contrato não será justo, pois ninguém pode exigir ou prometer a violação dos deveres do homem para com Deus e para consigo mesmo⁴¹⁶.

A universalização do limite da jornada de trabalho, frente a influência da doutrina social da igreja, segue sendo regulamentada por diversos países no transcorrer dos anos. Em 1897, a Rússia estabeleceu uma jornada diária de trabalho de dez horas e, no ano de 1901, a Austrália passa a adotar uma jornada de oito horas por dia de trabalho. Em 1912, os Estados Unidos da América estendem aos ferroviários a lei de oito horas dos operários empregados em serviços federais. Em 1913, a Espanha limita a jornada de trabalho diário em dez horas, salvo para os serviços subterrâneos, pois neste caso a jornada estava limitada em nove horas diárias. No

⁴¹⁵ Ibidem, p. 29.

⁴¹⁶ Carta Encíclica *Rerum Novarum* do Sumo Pontífice Papa Leão XIII. Disponível em: http://w2.vatican.va/content/leo-xiii/pt/encyclicals/documents/hf_l-xiii_enc_15051891_rerum-novarum.html.

mesmo ano, a Conferência Nacional de Berna elabora um projeto discutindo pontos relacionados à jornada de trabalho das mulheres e dos menores, mas com o início da primeira guerra mundial a conferência deixou de ser adotada. Entretanto, a primeira guerra mundial não fez cessar a regulamentação da limitação da jornada de trabalho, tendo sido adotada a jornada de oito horas pelo Uruguai, Suécia, França (somente para as minas e arsenais da marinha), Equador, Rússia, Finlândia e México do ano de 1915 a 1917. Após a guerra, a Alemanha adota a jornada de oito horas de trabalho para os operários das minas e da indústria e a estende aos demais empregados no ano de 1919. Seguindo o exemplo alemão, a Espanha estabelece o limite de oito horas para o comércio e logo depois para todas as atividades profissionais, a Itália prescreve a mesma jornada para os trabalhadores ferroviários, marítimos e rodoviários. No mesmo ano, a França estabelece uma jornada normal de oito horas, com possibilidades de serem exigidas horas suplementares remuneradas, e, na Inglaterra, em decorrência dos sindicatos e dos contratos coletivos, todos operários ingleses estavam beneficiados por uma jornada diária de 48 horas semanais, enquanto os metalúrgicos e os trabalhadores de construções possuíam uma jornada de 47 e 44 horas, respectivamente⁴¹⁷.

Não obstante as tentativas de alguns parlamentares, nenhuma lei foi sancionada no Brasil estabelecendo o limite para a jornada de trabalho, visto que o Decreto n. 1.313 de 1891 estabelecia apenas a duração do trabalho para os menores. Contudo, segundo Antônio Evaristo de Moraes, não existia, no ano de 1905, quem fiscalizasse a execução da mencionada lei, motivo pelo qual as empresas continuavam a admitir crianças entre os sete e oito anos de idade. O fundador do partido socialista no Brasil foi um dos pioneiros a clamar contra as longas jornadas de trabalho reivindicando ao governo a limitação das horas de trabalho e determinadas condições de higiene e segurança indispensáveis aos serviços da indústria. Entre os diversos projetos submetidos à apreciação do governo nesse período, destaca-se o da autoria do Deputado Federal João Figueiredo Rocha, que embora tenha sido submetido ao Congresso Nacional no ano de 1912, fixando uma jornada de oito horas para os operários em geral, não obteve êxito. Em 1917, o Deputado Federal João Maximiniano de Figueiredo, relator da Comissão de Constituição e Justiça e da Câmara dos Deputados, após aceitar a indicação de Maurício Paiva de Lacerda, elaborou um projeto do Código de Trabalho, que previa a duração máxima de trabalho de oito horas diárias e 48 horas semanais para os operários em geral. Para os trabalhadores das minas de combustível e os trabalhadores menores a jornada de trabalho foi

⁴¹⁷ SUSSEKIND, Arnaldo. **Duração do trabalho e repousos remunerados**, op cit., p. 31 - 32.

estabelecida em seis horas diárias. O projeto considera ainda como tempo efetivo de trabalho o período em que o operário ficasse à disposição do empregador e estabelecia um intervalo obrigatório para repouso e alimentação de duas horas durante cada jornada de trabalho, ou de três horas nos períodos de calor excessivo, além de prever o repouso semanal remunerado⁴¹⁸.

Em que pese toda argumentação, não existia até o início do século XIX uma solução internacional relacionada à limitação da duração do trabalho. Essa solução foi tentada na Conferência de Berlim de 1890 e nas Conferências de Berna de 1905, 1906 e 1913, apenas ressurgindo com o fim da primeira guerra mundial. Em Paris, durante a realização da Conferência das Nações Aliadas, foi aceita e incorporada ao Tratado de Versalhes uma declaração de princípios elaborada pela Comissão de Legislação do Trabalho, com a qual os países signatários se obrigavam a adotar uma jornada de oito horas diárias ou uma semana de quarente e oito horas de trabalho. O Tratado de Versalhes iniciou uma nova fase na evolução do Direito do Trabalho visando restaurar a dignidade do trabalhador como pessoa humana. Para tanto, a Conferência da Paz resolveu criar como órgão da Liga das Nações a Organização Internacional do Trabalho (OIT), tornando real a universalização dos princípios de proteção ao trabalho. A limitação da duração do trabalho em oito horas diárias ou quarenta e oito horas semanais era tão importante que a primeira Conferência realizada em Washington em outubro de 1919 resultou na 1ª Convenção da OIT, regulamentando a jornada de trabalho mencionada⁴¹⁹. A Convenção de Washington entrou em vigor no dia 13 de junho de 1921, tendo sido ratificada, até maio de 1949, pela Argentina, Áustria, Bélgica, Birmânia, Bulgária, Canadá, Checoslováquia, Chile, Colômbia, Cuba, República Dominicana, Espanha, França, Grécia, Índia, Letônia, Lituânia, Luxemburgo, Nicarágua, Nova Zelândia, Paquistão, Peru, Portugal, Romênia, Uruguai e Venezuela. O Brasil não figura entre os países signatários do convênio

⁴¹⁸ Ibidem, p. 32 - 33.

⁴¹⁹ O padrão de 48 horas semanais foi alterado tanto no âmbito internacional quanto no nacional. Assim, na década de 1920, várias indústrias da Europa e dos Estados Unidos já haviam introduzido a jornada semanal de 40 horas, pois durante a depressão da década seguinte, quando a redução de jornadas veio a ser identificada pela primeira vez por seu potencial de fomentar o emprego, foi incluída em um novo instrumento internacional, a Convenção da OIT nº 47 que passou a limitar a jornada a 40 horas semanais. O limite de 40 horas, no entanto, não busca apenas um estímulo para a geração de empregos, pois também se preocupa com o aprimoramento do equilíbrio trabalho-vida. Nesse sentido, esse limite de 40 horas semanais foi apontado como um padrão social a ser alcançado na Recomendação de Redução da Jornada de Trabalho em 1962. Cf. LEE, Sangheon; MCCNN, Deirdre; MESSENGER, Jonh C. **Duração do trabalho em todo o mundo: tendências de jornadas de trabalho, legislação e políticas numa perspectiva global comparada.** 2009. Disponível em: http://www.ilo.org/brasil/publicacoes/WCMS_229714/lang--pt/index.htm.

mencionado, não obstante ser membro da OIT e aplicar desde 1932 a duração do trabalho de oito horas diárias e quarenta e oito horas semanais⁴²⁰.

As primeiras leis brasileiras sobre a jornada de oito horas surgiram antes da Revolução de 1930. A duração do trabalho era indiretamente regulada pelas portarias municipais que determinavam horários de abertura e fechamento do comércio e da indústria. Entretanto, com a expedição dos Decretos n. 21.186, 21.364 e 22.033, no ano de 1932, foi adotada a jornada de oito horas de trabalho, com possibilidade de ser elevada a dez horas mediante acordo ente empregados e empregadores, mas com o pagamento de remuneração suplementar acrescida de adicional sobre o salário/hora e fixação do horário de trabalho em local visível para os empregados. Na época, era atribuição do Ministério do Trabalho (MTE), criado em 1930, fiscalizar o cumprimento das mencionadas normatizações após denúncia dos empregados. Posteriormente, surgiram inúmeros outros decretos regulamentando a duração do trabalho conforme a categoria profissional do empregado. Todavia, em nenhuma dessas disposições a jornada de trabalho estabelecida foi superior a oito horas diárias e quarenta e oito semanais. Em 1940, por meio do Decreto-lei n. 2.308, os regimes normais de duração do trabalho foram unificados em um único diploma legal, continuando a vigorar, contudo, alguns sistemas decretados em benefício de determinadas categorias profissionais. Posteriormente, com a aprovação da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), por meio do Decreto-lei n. 5.452 de 1º de maio de 1943, a matéria passou a ser regulamentada ao lado dos diplomas legais que instituíram regimes especiais de duração do trabalho⁴²¹. A nível Constitucional a duração do trabalho era estabelecida também em oito horas diárias e quarenta e oito horas semanais desde 1934, tendo sido reduzida para oito horas diárias e quarenta e quatro semanais apenas a partir da promulgação da Constituição de 1988.

Ao lado da limitação da duração do trabalho também foram sendo regulamentadas normas relativas ao repouso semanal, feriados e férias anuais remuneradas como manifestação da proteção à dignidade da pessoa do trabalhador. O repouso de um dia, após seis dias de trabalho, possui origem religiosa e vem sendo praticado desde o povo hebreu, segundo as escrituras sagradas. A proibição de trabalho aos sábados prevista na lei de Moisés se referia a todo labor em que o corpo trabalhe mais que o espírito. A violação do sábado era punida com a morte. O dia consagrado a Deus, entre os cristãos, deixou de ser o sábado e passou a ser o

⁴²⁰ SUSSEKIND, Arnaldo. **Duração do trabalho e repouso remunerados**, op cit., p. 33 e ss.

⁴²¹ Ibidem, p. 42 e ss.

domingo em memória da descida do Espírito Santo sobre os apóstolos e em honra da ressurreição de Jesus Cristo. O primeiro imperador romano a proibir a ocupação manual aos domingos foi Constantino, no ano de 321 A.C. Por isso, os cristãos sempre consideraram sagrada a tradição de descanso nos domingos⁴²².

Durante a idade média, a influência exercida pela igreja católica generalizou ainda mais o repouso dominical, de modo que as corporações de ofício passaram a prever em seus estatutos a obrigação de paralisar os serviços durante os domingos e nos dias de festas religiosas. No Reinado de Felipe II foi promulgada a primeira lei tornando obrigatório o repouso dominical e em dias de festas religiosas. Na Argentina, Arias de Saavedra, o primeiro governador de origem sul-americana, empreendeu reformas visando a proteção indígena. Dentre essas reformas, destaca-se as Ordenações de 1598 e 1603, visto que ficou proibido o trabalho aos domingos e nos dias festivos dos aborígenes⁴²³.

A revolução industrial provocada pelo aprimoramento da máquina e estimulada pela conquista de novos mercados acarretou não apenas o aumento das jornadas de trabalho, o desemprego e a redução de salários, mas a supressão do descanso dominical, visto que para os empreendedores o domingo era considerado como dia útil para o trabalho, em outras palavras, o trabalhador trabalhava dia após dia sem parar. Em contrapartida, no cenário contemporâneo, o repouso dominical deixa de ter fundamento religioso e passa a ser analisado como instrumento indispensável ao combate à fadiga física e intelectual como condição imprescindível à vida familiar do operário e da coletividade a qual este pertence. Em todas as lutas e reivindicações promovidas pelos trabalhadores ingleses, franceses e alemães, durante o século XIX, foi o descanso semanal pleiteado como corolário da limitação da jornada de trabalho. A França, cedendo à reação operária no ano de 1814, torna obrigatório por lei o repouso dominical, porém, essa lei que nem sequer chegou a ser aplicada, foi revogada em 1880. Posteriormente à lei francesa de 1814, coube à Suíça, em 1890, tornar obrigatório o repouso semanal para os ferroviários. Contudo, foram os alemães os primeiros a positivarem a obrigatoriedade do repouso nos domingos e feriados para o setor industrial, no ano de 1981. O exemplo alemão foi seguido no transcorrer dos anos pela Áustria (1895), Bulgária (1896), Espanha e Dinamarca

⁴²² Ibidem, p. 46 - 47.

⁴²³ Ibidem, p. 47 - 48.

(1904), Bélgica, Argentina e Suíça (1905), França e Canadá (1906), Chile, Itália e Portugal (1907)⁴²⁴.

O retrocesso ocasionado durante a revolução industrial relativo à supressão do repouso semanal do operário levou a Aliança Evangélica a convocar, no ano de 1870, um Congresso Internacional com o único objetivo de estudar o problema e solucioná-lo. O Congresso foi realizado em Genebra e contou com a participação de numerosos países da Europa, além dos Estados Unidos da América e representantes de associações filantrópicas. O evento teve como resultado a fundação da Federação Internacional de Fomento ao Descanso Dominical, que do ano de 1870 a 1915 celebrou diversas conferências relacionadas ao repouso dominical. Todavia, o repouso de um dia por semana só foi de fato regulamentado, a nível internacional, inicialmente, por meio das Conferências Internacionais do Trabalho, promovidas pela OIT, em Washington (1919) e em Genebra (1921 e 1930), que resultaram na edição das Convenções n. 1, 14 e 30, respectivamente. No Brasil, embora já fosse tradição religiosa a observância do repouso dominical e dos feriados civis e religiosos, somente foi estabelecido a sua obrigatoriedade por lei em 1932. A nível infraconstitucional, surgiram outras regulamentações relacionadas à temática em questão, como, por exemplo, o Decreto-lei n. 486 de 1938, que enumerou os feriados nacionais subordinados à paralisação do trabalho por força da tradição e das disposições legais, e o Decreto-lei n. 6.459 de 1944, dispondo sobre a determinação dos dias de feriados civis e religiosos, conforme determinação das autoridades competentes, respeitadas as exceções de lei ou instruções normativas oriundas do Ministério do Trabalho, Indústria e Comércio. Já a nível constitucional, o repouso preferencial aos domingos foi previsto pela primeira vez na Constituição brasileira de 1934⁴²⁵, passando a abranger os feriados civis e religiosos a partir da Constituição de 1937⁴²⁶. Outrossim, a Constituição de 1946 tornou obrigatória a remuneração desses dias de repouso⁴²⁷.

De outro lado, o costume britânico de suspender o trabalho ao início da tarde de sábado teve como objetivo ampliar o tempo de descanso e os preparativos pessoais e familiares, tanto dos empregados como dos empregadores, para serem desfrutados aos domingos. Esse costume foi sendo difundido aos poucos em diversos países até ficar universalmente conhecido como sábado inglês ou semana inglesa de trabalho. A generalização do sábado inglês acarretou a

⁴²⁴ Ibidem, p. 48 e ss.

⁴²⁵ Art. 121, “e”.

⁴²⁶ Art. 137, “d”.

⁴²⁷ SUSSEKIND, Arnaldo. **Duração do trabalho e repouso remunerados**, op cit., p. 49 e ss.

redução da duração semanal do trabalho. A semana inglesa geralmente era adotada com a distribuição das horas suprimidas aos sábados nos demais dias da semana, embora já existisse uma tendência de manutenção do sábado inglês sem sacrificar a jornada de oito horas dos outros dias da semana. Por esse motivo, em vários países surgiram convênios coletivos estabelecendo a observância do sábado inglês ou a redução da duração da jornada semanal para 44 ou 40 horas de trabalho. Em 1935, uma resolução do Conselho Fascista aprovou o Decreto n. 1.010 instituindo na Itália a meia jornada de trabalho aos sábados, sob a denominação de “sábado fascista”, no intuito de estimular a preparação política, militar, profissional, cultural e desportiva dos trabalhadores. Na França, os movimentos operários levaram à aprovação de uma lei, no ano de 1936, instituindo a semana de 40 horas para o setor industrial e comercial, e de 30 horas e 40 minutos para os mineiros, tornando obrigatório o descanso parcial ou total aos sábados e às segundas-feiras. Após a segunda guerra mundial, a duração semanal foi ampliada novamente para 44 horas semanais, mantido, contudo, o sábado inglês. A tendência relacionada à redução da duração do trabalho para 40 horas semanais também foi seguida no ano de 1935 nos Estados Unidos da América⁴²⁸.

Em contrapartida, na América Latina coube à Argentina instituir, pela primeira vez, a obrigatoriedade do sábado inglês, por meio da Lei n. 11.640/1932, regulamentada juntamente com a lei geral sobre a duração de trabalho, Decreto n. 16.155/1933. Dentre os dispositivos das legislações mencionadas, se destaca a proibição do repouso semanal após as 13 horas do sábado e a redução dos salários como consequência da sua aplicação. No Brasil, somente em 1945 passou a vigorar a primeira lei determinando o fechamento dos estabelecimentos comerciais e similares na tarde de sábado ou na segunda-feira pela manhã, em razão da campanha promovida pelo Sindicato dos Empregados do Comércio do Rio de Janeiro. Em que pese a aplicação dessa lei apenas na Capital Federal, na época quase todos os demais municípios brasileiros passaram a expedir leis idênticas. Outrossim, anteriormente a essas leis municipais, algumas empresas municipais e, especialmente os estabelecimentos de ensino, já adotavam a semana inglesa⁴²⁹.

Conforme já mencionado, somente após o Tratado de Versalhes pôde o Direito do Trabalho evoluir no sentido de restaurar ao trabalhador a sua dignidade humana. Logo, tudo que podia concorrer para a degradação do trabalhador começou a ser atacado e combatido. Assim sendo, ao final da primeira guerra mundial o Direito do Trabalho evoluiu, passando a

⁴²⁸ Ibidem, p. 55 e ss.

⁴²⁹ Ibidem, p. 59 - 60.

garantir a remuneração dos dias de repouso obrigatório, porque não era justo e muito menos humano ordenar ao operário que descansasse e utilizasse suas horas de lazer em passeios e diversões com a sua família negando-lhe o salário inerente a esse dia de repouso e recreação, pois, caso contrário, como bem ponderou Pontes de Miranda, o que se vê é o direito a não ir trabalhar e a não ganhar, o que implica em transformar o repouso em dano ou castigo. O pagamento do salário do dia de descanso semanal foi consagrado pela primeira vez em lei, como obrigação patronal, na China, no ano de 1929. Posteriormente, o México introduziu essa obrigação em sua legislação no ano de 1936, seguido sucessivamente pela Índia (1942) e Colômbia (1945). Sem embargo, somente após a segunda guerra mundial foi esse direito outorgado aos trabalhadores de diversos países. No Brasil, o mencionado direito foi previsto na Constituição de 1946 e regulamentado pela Lei n. 605 de 1949, sem prejuízo da remuneração mensal estipulada nos respectivos contratos de trabalho⁴³⁰.

Ainda sobre os períodos de descanso do trabalhador, a história romana revela que com os jogos e o fim das colheitas eram celebradas festas em agradecimento aos deuses pelos benefícios recebidos. Essas festas, no entanto, além de serem consideradas como dias de purificação, também eram denominadas de férias, pois salvo nos casos de urgência, era proibido o trabalho lucrativo, sendo permitido apenas ao Senado se reunir nos dias de festas. Posteriormente, os grandes aniversários históricos em Roma passaram a ser comemorados como dias de férias. Outrossim, as denominadas *nundinas* eram férias de nove dias dos povos do campo que visitavam Roma para fazer compra e se informarem dos regulamentos públicos. Já as férias públicas, celebradas à custa do Estado, se dividiam em fixas, conceptivas (marcadas em cada ano) e extraordinárias (decretadas pelos magistrados). Dentre as férias públicas conceptivas, se destacaram as cerimônias celebradas no monte Albano em honra a Júpiter até o século IV da era cristã⁴³¹.

No período medieval, a história das licenças anuais se revela por meio dos costumes dos artesões em suspender o trabalho em cada ano, além dos domingos, durante os dias dedicados às festas religiosas. Conquanto, com a decadência das corporações de ofício e frente ao advento do individualismo da Revolução Francesa, foi sendo abandonado o costume das férias anuais, conforme ocorreu com a dilatação da duração das jornadas de trabalho e o desrespeito à tradição do repouso semanal. Por outro lado, com a organização dos serviços administrativos do Estado,

⁴³⁰ Ibidem, p. 60 e ss.

⁴³¹ Ibidem, p. 65 - 66.

os funcionários públicos foram conquistando o direito a férias anuais remuneradas. Esse direito foi sendo adotado, paulatinamente, pelas grandes empresas, inicialmente apenas para os empregados mais antigos ou de cargos de direção. Todavia, até o final do século XIX não existia nenhuma lei determinando a concessão de férias em sentido estrito. Na fase contemporânea, somente a partir de 1872, em poucos países, e, depois do Tratado de Versalhes, na maioria deles, pôde o trabalhador em geral usufruir do direito a férias anuais remuneradas. Da mesma forma, o direito a férias foi sendo elevado à categoria constitucional em diversos países, no Brasil a primeira Constituição a prever o direito às férias, independentemente do operário ser sindicalizado, foi a de 1934⁴³², tendo sido repetido esse direito nas demais Constituições brasileiras de 1937⁴³³, 1946⁴³⁴, 1967⁴³⁵ e 1988⁴³⁶. Para além, esse direito também foi reconhecido na Declaração Universal dos Direitos Humanos⁴³⁷ ao lado do direito ao repouso, lazer e limitação razoável das horas de trabalho. A nível infraconstitucional, o Brasil foi o segundo país a conceder férias anuais remuneradas a determinados grupos de trabalhadores e o sexto a estender esse benefício a todos os empregados e operários de empresas particulares. Em 1889, dois avisos do Ministério da Agricultura, Comércio e Obras Públicas mandaram conceder férias a operários e ferroviários. Posteriormente foi sancionada a Lei n. 4.582, no ano de 1925, determinando a concessão de 15 dias de férias para os empregados de estabelecimentos comerciais, industriais, bancários e de instituições de caridade do Distrito Federal e dos Estados, e, com a criação do Ministério do Trabalho, foi baixado o Decreto n. 19.686, em 11 de fevereiro de 1931, transferindo ao Departamento Nacional do Trabalho as atribuições relacionadas à fiscalização da lei de férias e seu regulamento⁴³⁸.

Em 1938, o Brasil ratifica a Convenção n. 52 da OIT, que dispõe sobre as férias anuais remuneradas, por meio do Decreto n. 3.232. Outros decretos foram editados posteriormente, mas com a aprovação da Consolidação das Leis do Trabalho em 1943 foram revogadas diversas disposições, passando a mencionada legislação, ao lado da Constituição, a regulamentar o direito em questão⁴³⁹. Em contrapartida, a reforma trabalhista promoveu três alterações relativas

⁴³² Art. 121, “f”.

⁴³³ Art. 137, “e”.

⁴³⁴ Art. 157, VIII.

⁴³⁵ Art. 158, VIII.

⁴³⁶ Art. 7º, XVII.

⁴³⁷ DUDH, art. 23.

⁴³⁸ SUSSEKIND, Arnaldo. **Duração do trabalho e repouso remunerados**, op cit., p. 66 e ss.

⁴³⁹ *Ibidem*, p. 78.

às férias. A primeira passou a permitir o fracionamento das férias em até três períodos⁴⁴⁰, a segunda proibiu o início do gozo das férias nos dois dias que antecedem qualquer feriado ou dias de repouso semanal remunerado, por fim, a terceira, alterou às férias dos empregados do regime de tempo parcial⁴⁴¹.

Dentre os institutos mencionados para a proteção do trabalho humano, é evidente que se destaca a limitação da duração do tempo de trabalho tendo por fundamento razões de ordem biológica, social e econômica. Por essas razões, o período de trabalho deve ser dividido de modo que o trabalhador possa se desenvolver enquanto ser humano, pois a frustração da sua personalidade implica na sua incapacidade para pensar e sentir, sem que possa de fato conhecer a sua intimidade. Sendo assim, o direito a um número razoável de horas de trabalho se torna o direito de descobrir um vasto terreno para desenvolvimento do trabalhador. Como forma de respeito ao físico, a instituição do repouso se justifica em si mesma. É um imperativo fisiológico para o corpo recompor as energias consumidas com o trabalho realizado. Sob o aspecto cultural, os períodos de repouso permitem ao trabalhador desenvolver sua inteligência e sentimentos com educação e recreação. Já no âmbito familiar, os descansos obrigatórios permitem o fortalecimento dos laços afetivos⁴⁴².

Em suma, a maioria dos sociólogos e juristas afirma que são diversos os fundamentos para os repousos obrigatórios do trabalhador. Entretanto, a maioria deles são orientados pelos seguintes fundamentos⁴⁴³: i) biológico, visa combater os problemas psicofisiológicos oriundos da fadiga pelo excesso de trabalho; ii) social, possibilita ao trabalhador viver como ser humano, gozando dos prazeres materiais e espirituais, desenvolvendo suas atividades físicas, culturais e recreativas, aprimorando seus conhecimentos, bem como fortalecendo seus laços familiares; iii) econômico, restringe o desemprego e acarreta o aumento da produtividade⁴⁴⁴.

⁴⁴⁰ Nem sempre o empregado tem direito a 30 (trinta) dias de férias, portanto apenas quando as férias forem de no mínimo 24 (vinte quatro) dias corridos é que o parcelamento será possível, pois um dos períodos não pode ser inferior a 14 (quatorze) dias corridos e os demais não podem ser inferiores a 5 (cinco) dias corridos. Cabe lembrar que o Brasil é signatário da Convenção 132 da OIT que dispõe sobre as férias anuais remuneradas. A mencionada Convenção prevê um período de férias ininterrupto correspondente pelo menos a duas semanas de trabalho.

⁴⁴¹ CLT, art. 58 - A e art. 130 a 134.

⁴⁴² *Ibidem*, p. 82.

⁴⁴³ *Ibidem*, p. 84.

⁴⁴⁴ O Escritório para Estatísticas Nacionais do Reino Unido realiza anualmente uma comparação internacional de produção do trabalho entre as nações do G7, em termos de nível de crescimento do PIB por hora e do PIB por trabalhador. No último estudo, publicado em 05 de abril de 2017 e denominado "International comparisons of UK productivity (ICP), final estimates: 2015", foi constatado que em relação aos dados de 2014, a produção por hora trabalhada no Reino Unido é menor 22,7% do que a observada na França, 26,7% do que a observada na Alemanha e 22,2% do que a dos EUA. Já quando o elemento comparativo é a produção por trabalhador, o número observado

2.2 O ócio criativo

Um marco na história da humanidade é o fato de que não só o homem, mas também toda a sociedade está em constante evolução. Em determinadas épocas, tem-se a sensação de que o contexto social em que se vive está mudando, todavia não é apenas esse fato que deve ser levado em consideração, o que muda não é só a história, mas todo o paradigma no qual o homem está inserido. Essa mudança de paradigma só acontece quando três fatores diferentes entram em atuação: i) novas fontes de energia; ii) novas divisões do trabalho; iii) novas divisões do poder. Quando só um dos fatores é alterado ocorre o que se chama de inovação, enquanto no caso de alteração simultânea dos três fatores se está diante de uma mudança de época⁴⁴⁵.

Em um primeiro momento, que vai de setenta milhões a setecentos mil anos a.C., o homem cria a si mesmo, aprendendo a andar ereto, a falar e a educar a prole. Graças a sua posição ereta e ao uso intensivo do cérebro, pôde se desenvolver extraordinariamente, a ponto de ser considerado o único animal a possuir um cérebro com, aproximadamente, cem bilhões de neurônios, dos quais cerca de quinze bilhões constituem o córtex cerebral, visto que outro animal, por mais perspicaz que seja considerado, apresenta, no máximo, uma relação de um para dez neurônios relacionados com aquelas células cerebrais. Com a potencialização do cérebro ocorreu um aperfeiçoamento dos outros sentidos importantes no auxílio das atividades criativas. Um marco considerável na evolução humana foi a educação da prole, porque o ser humano nasce indefeso e, caso não seja socorrido, vai a óbito em poucas horas. O ser humano é considerado o único animal que necessita de ao menos dez anos de assistência para que possa sobreviver. Da mesma forma, também é considerado como o único animal que não começa do zero em razão das características hereditárias, saber instintivo e saber cultural transmitidos

no Reino Unido é menor 12,7% do que a observada na França, 10,4% do que o observado na Alemanha e 27,3% do que o dos EUA. Segundo o estudo, a diferença de produtividade entre Reino Unido e Estados Unidos está maior em termos de produção por trabalhador do que em termos de produção por hora pois, em média, os trabalhadores norte-americanos trabalham mais horas do que os trabalhadores do Reino Unido. Por outro lado, a diferença de produtividade entre Reino Unido, Alemanha e França é maior em termos de produção por hora do que em termos de produção por trabalhador, uma vez que alemães e franceses trabalham menos horas do que os trabalhadores do Reino Unido o que comprova que a redução da jornada de trabalho leva ao aumento da produtividade. Cf. OFFICE FOR NATION STATISTICS (Uk). **International comparisons of UK productivity (ICP), final estimates: 2015.** Disponível em: <<https://www.ons.gov.uk/economy/economicoutputandproductivity/productivitymeasures/bulletins/international-comparisonsofproductivityfinalestimates/2015>>

⁴⁴⁵ DE MASI, Domenico. **O ócio criativo**: entrevista a Maria Serena Palieri. Trad. Léa Manzi. Rio de Janeiro: Sextante, 2000, p. 25.

pelos adultos. Assim, a assistência biológica ao desenvolvimento da prole durante um amplo espaço de tempo implicou na aculturação do indivíduo⁴⁴⁶.

Após essa fase de aperfeiçoamento do cérebro e dos sentidos, o responsável pela virada de época foi o cachorro, que ao ser domesticado passou a ser uma nova fonte energética responsável por puxar os trenós. Esse animal foi o primeiro motor a serviço do homem. A setecentos mil anos antes de Cristo o ser humano descobria o cachorro e posteriormente o arco e flecha, responsável pela habilidade de caça necessária para a sobrevivência dos clãs. Nesse mesmo período, também foram encontradas duas ou três pontas de flechas em forma de amêndoa, usadas no período da Idade da Pedra, decoradas com um desenho de folhas que se assemelham a folhas de louro, esta foi a primeira expressão estética do ser humano a ser encontrada. Pela primeira vez na história, um ser humano, além de empregar semanas de trabalho para esculpir uma lâmina, gasta dias e dias para decorar a lâmina com um enfeite. A exigência que dá origem à nossa espécie como produtora ativa de “beleza” é a necessidade de consolação, uma vez que inicialmente o ser humano acreditava que a morte era o fim do indivíduo, mas com o passar do tempo descobriram a possibilidade de existência de um outro mundo, passando a enterrar seus semelhantes junto a objetos que poderiam ajudá-los na outra vida. Em Belém, há noventa mil anos foi encontrada a primeira sepultura e um pouco mais recentemente, entre dezessete e dezoito mil anos atrás, o homem criou um novo consolo, a arte. Assim sendo, é possível perceber dois grandes momentos de transformação da vida do homem, o primeiro relacionado com a descoberta da eternidade e o segundo com a descoberta da beleza como forma de compensação da dor⁴⁴⁷.

A descoberta da arte foi de extrema importância para a evolução da criatividade humana, de tal modo que no cotidiano o indivíduo a utiliza indo ao cinema, teatro ou a um museu como fonte de entretenimento⁴⁴⁸. A grande responsável pelo isolamento da arte foi a sociedade industrial, porque poucos empresários lhe atribuíram valor para propiciar um ambiente capaz de aguçar a criatividade de seu trabalhador. Entretanto, Robert Owen, no início do século XIX, construiu uma esplêndida fiação, *New Lanark*, na Escócia, onde até mesmo a topografia foi planejada para o ser humano se tornar um ser pensante. Depois de Owen, Wiener Werkstaette, a cooperativa vienense do início do século XX, foi estruturada com a sábia utilização da luz,

⁴⁴⁶ Ibidem, p. 25 - 27.

⁴⁴⁷ Ibidem, p. 28 e ss.

⁴⁴⁸ Cf. DE MASI, **Domenico**. **Criatividade e grupos criativos**: descoberta e invenção. v.1 e v.2. Trad. Léa Manzi e Yadyr Figueiredo. Rido de Janeiro: Sextante, 2005.

com cores que diferenciavam as áreas de trabalho e, Adriano Olivetti, com suas fábricas rodeadas de jardins e o seu estabelecimento em Pozzuoli, construído de tal maneira que o operário, ex-pescador, não se sentisse separado da natureza na qual estava habituado a viver. Esses exemplos são raros, todavia a tendência é que esse segmento de desenvolvimento da criatividade humana cresça cada vez mais e se difunda por toda sociedade pós-industrial. Frente a evolução que aprimorou a arte de inovação humana, é necessário ressaltar a importância do planejamento do futuro, cuja origem remonta à descoberta da semente e do seu plantio que vai circundar a agricultura e a pecuária, pois além dessas descobertas no cenário industrial, germinou a produção em série que ocasionou um excesso de produção, responsável por manter um sistema econômico e de vida que vigoram até hoje⁴⁴⁹.

Por volta de três mil anos antes de Cristo, o homem, após se enriquecer com todas essas invenções, faz mais uma descoberta, a cidade e a escrita como forma de manifestação da arte. Na Mesopotâmia são fabricadas as primeiras rodas, que somadas à descoberta da astronomia, ampliam o número de viagens, aquecendo o comércio. Por consequência, nasce um processo de globalização e de cultura que leva à criação da moeda, matemática, escolas e leis, juntamente com o nascimento de novas formas de organizações sociais, como o autoritarismo, a ditadura e o imperialismo. Com todas essas inovações e com a criação das escolas para a elite o processo de aculturação se torna mais extenso e generalizado⁴⁵⁰. Para Domenico De Masi,

(...) a criação da escola é importantíssima. Pode-se ler a história da humanidade como uma história de aculturação progressiva: começa com o animal que socorre a prole, prossegue com o ser humano que a educa até a adolescência, em seguida com a criação da escola que prolonga ainda mais este período de aculturação, para finalmente chegarmos aos dias de hoje, nos quais os meios de comunicação de massa nos “educam” e nos “aculturam” desde o nascimento até a nossa morte. Aculturar significa colonizar o cérebro com o objetivo de moldá-lo, de modo que faça aquilo que o grupo de referência considera útil. Não é um termo sempre positivo. Uma quadrilha de ladrões também é capaz de aculturar, ensinando a roubar⁴⁵¹.

Para além das inovações que ocorreram na Mesopotâmia, a Grécia de Péricles é considerada até hoje como a mais perfeita, pois desde o século V antes de Cristo até o século XI depois de Cristo, é considerada como sinônimo de democracia, filosofia, arte, teatro e poesia. Em comum, os habitantes possuíam apenas a mesma língua, o que significa que um texto de Aristófanes podia ser representado e compreendido tanto em Atenas como em Siracusa, da

⁴⁴⁹ DE MASI, Domenico. **O ócio criativo**, op cit., p. 32 e ss.

⁴⁵⁰ Ibidem, p. 35.

⁴⁵¹ Ibidem, p. 36.

mesma forma que ocorreu com o latim e como acontece hoje com o inglês. Embora a Grécia de Péricles tenha se dedicado muito à democracia, filosofia, arte, teatro e poesia, não logrou êxito no uso da tecnologia, uma vez que as inovações decorrentes da Mesopotâmia davam a sensação de que tudo já tivesse sido descoberto. É o que acontece hoje para alguns sociólogos em virtude do ciclo natural da história humana. De outra forma, naquela época, era sustentado por Aristóteles que tudo aquilo que servia à vida prática já tinha sido descoberto, valia mais usar a energia para uma outra coisa. A convicção de que o progresso já tivesse sido exaurido determina o modo de viver dos gregos e dos romanos, um modo de viver que não era baseado na quantidade das coisas, mas na qualidade, no sentido atribuído. Platão, em o Fredo, afirma que faz calor e Sócrates está sob um carvalho, então este encontra uma fonte, refresca as mãos, repousa à sombra e se encontra em perfeita harmonia consigo e com o que o circunda. Isto é dar “sentido” às coisas. Sócrates não precisa de nada mais, não é como Onassis ou Trump, que cortam o mar com seus iates e mil acessórios, pois as poucas coisas que um filósofo possui lhe bastam, por ele saber enriquecê-las de significado. Essa mudança de paradigma é marcada pela transição da cultura da quantidade para a cultura da qualidade, característica do pós-moderno. Os gregos lapidaram ao máximo a arte de “dar sentido” às coisas. Platão, em O Banquete, chega até a sugerir a metodologia para atingir esse ponto: satisfeitas as necessidades, antes que tu fiques bêbado, naquela fase se coloca o método para a tua sabedoria⁴⁵².

Um dos motivos que levaram a Grécia de Péricles à rejeição da tecnologia foi a escravidão, uma vez que em razão desta não havia a necessidade de máquinas e conseqüentemente de inovações. Para os homens livres foi um passo avante, para os escravos um passo atrás. Os trezentos mil escravos da Atenas de Péricles, que permitiram aos quarenta mil homens livres escrever e a se dedicar à política e à arte, trabalharam, a longo prazo, também para nós, embora a vida deles tenha sido trágica e desumana. É evidente que qualquer civilização é marcada por progressos e regressos, da mesma forma que existem determinados períodos em que a tecnologia se desenvolve mais do que em outros, muito embora a contribuição global por ela fornecido seja superior à fadiga, favorecendo o desenvolvimento do ócio criativo⁴⁵³.

Frente ao fim da escravidão em Roma, o homem inicia uma nova fase de descobertas e invenções, como a pólvora, o moinho d’água, a bússola, os novos arreios para o cavalo, os

⁴⁵² Ibidem, p. 37 - 39.

⁴⁵³ Ibidem, p. 40.

óculos, a imprensa e o relógio. Não obstante, nenhuma tecnologia poderia ter sido desenvolvida sem o acúmulo de riquezas. Inicialmente os responsáveis por essas acumulações de riquezas durante o contemporâneo foram as colônias e, na idade média, tais acumulações ocorreram graças à invenção do purgatório e, para gerir o fundo de poupança proveniente do comércio das indulgências, nasceram bancos que acabaram preparando o advento da indústria. O nascimento da indústria deu origem à prevaricação das relações de trabalho⁴⁵⁴. Conforme esclarece Paul Lafargue,

Uma estranha loucura dominou as classes operárias das nações onde reina a civilização capitalista. Essa loucura traz como consequência misérias individuais e sociais que há séculos torturam a triste humanidade. Essa loucura é o amor ao trabalho, a paixão moribunda que absorve as forças vitais do indivíduo e de sua prole até o esgotamento. Em vez de reagir contra essa aberração mental, os padres, os economistas, os moralistas sacrossantificaram o trabalho. Homens cegos e limitados, quiseram ser mais sábios do que o próprio Deus deles; homens fracos e desprezíveis, quiseram reabilitar aquilo que até mesmo o Deus deles amaldiçoara. Eu, que não professo o credo cristão, nem tenho oposição econômica e moral como a deles, recuso-me a admitir os seus juízos como os do seu Deus; recuso-me a admitir as pregações dessa moral religiosa, econômica, livre-pensadora, considerando as terríveis consequências do trabalho na sociedade capitalista⁴⁵⁵.

Lafargue, antecipando Max Weber em um século, já demonstrava que a reforma religiosa levou a redução do corpo a instrumento de trabalho adaptado à empresa capitalista. O protestantismo, religião cristã adaptada às novas necessidades industriais e comerciais da burguesia, preocupou-se menos com o descanso do que em destronar os santos no céu para abolir suas festas na Terra. Todas as forças produtivas, materiais, físicas e espirituais foram reduzidas pelo capitalismo ao controle do tempo e o cálculo da produção, cronometrando os mínimos gestos do trabalhador. O contraste entre a vida tradicional e a aceleração do tempo, com o advento da indústria, revela a indiferença do camponês em relação ao controle do tempo, pois a pressa é considerada como consequência de uma ambição diabólica. Essa ambição se atrela à percepção de que tempo é dinheiro, e dinheiro traz felicidade pelo consumo de mercadorias. Contudo, o hedonismo capitalista bloqueia o sonho de consumo pela pobreza, miséria e exclusão dos trabalhadores, que passam a acumular mercadorias para o mercado e, para si mesmos, decepções. O desenvolvimento do capitalismo está diretamente vinculado com o controle do homem sobre a natureza, a partir da ciência e da tecnologia. Contudo, no decorrer

⁴⁵⁴ Ibidem, p. 42 - 44.

⁴⁵⁵ LAFARGUE, Paul. **O direito à preguiça**. Trad. Otto Lamy de Correa. São Paulo: Claridade, 2003, p. 19. Cf. também DEJOURS, Christophe. **A loucura do trabalho**: estudo de psicopatologia do trabalho. Trad. Ana Isabel Paraguay e Lúcia Leal Ferreira. 5. ed. São Paulo: Cortez - Oboré. 1992.

desse processo o trabalho se transformou em ideologia e passou a ser intitulado de progresso, produzindo os meios de destruição social⁴⁵⁶. Com a inversão da filosofia aristotélica decorrente dos pensamentos de Bacon, Descartes e João Batista Vico, inaugura-se uma nova fase, que antecede a revolução industrial, onde o primado da religião cede lugar ao da razão, ocasionando a necessidade do progresso. Nesse ponto o cruzamento entre desenvolvimento tecnológico, organizacional e pedagógico passa a ser acompanhado da necessidade de ser transmitido, por meio da educação, às futuras gerações, em razão da escolarização e do consumo de massa provenientes da sociedade industrial⁴⁵⁷.

A mistura de cientificismo e racionalismo deu origem ao nascimento do iluminismo, que se difundiu por toda a Europa no século XVIII. Sua difusão foi fundamental para o nascimento de novas ideias. Diante disso, um grupo de pessoas decidiu coletar e difundir o saber por meio de livros ilustrados com desenhos detalhados e medidas exatas de diversas máquinas, com o escopo de reproduzir todo o conhecimento adquirido e passá-lo adiante⁴⁵⁸. Segundo Domenico De Masi,

(...) a Encyclopédie é um evento interessante também por outros motivos. Além da intenção de divulgar o saber técnico e científico contra o saber irracional, seu interesse deve-se também ao fato de ter criado uma máquina organizacional capaz de produzir ciência com um método original de trabalho coletivo. Vale a pena estudar o método com o qual trabalham os enciclopedistas - Diderot, Rosseau, D'Alembert e outros - que se reuniam na casa de campo de d'Holbach. De manhã, cada um permanecia no próprio quarto, estudando. Durante a tarde se encontravam, cada um lia para ou outros aquilo que tinha escrito e, à noite, dedicavam-se à música e ao entretenimento. Desse modo, junto com um sistema de difusão do saber, aperfeiçoaram também um método para incrementar a criatividade científica. Um método possível graças ao fato de que esses *lumi* não tinham qualquer preocupação de ordem econômica ou prática. Depois dos gregos, os iluministas são os maiores cultores do "ócio criativo"⁴⁵⁹.

O século das luzes não foi só uma difusão do saber, mas também um cenário inundado de novas descobertas, como, por exemplo, a energia elétrica, a locomotiva, o para-raios, revelando o controle do homem sobre as forças da natureza, posto que praticamente todos os campos científicos passaram por evoluções. Logo, não só a sociedade americana e a francesa passaram por uma liberação de imensos potenciais, tendo em vista que ambos os países foram berços revolucionários, mas, em razão das revoluções burguesas, inúmeras pessoas atingiram a

⁴⁵⁶ Ibidem, p. 8.

⁴⁵⁷ DE MASI, Domenico. **O ócio criativo**, op cit., pag. 44 - 45.

⁴⁵⁸ Ibidem, p. 48.

⁴⁵⁹ Ibidem, p. 49.

liderança nas diversas nações graças ao movimento iluminista ter retomado a prática do ócio criativo. Todavia, em que pese as inúmeras inovações no campo econômico, social e cultural, a consciência de que foi toda a sociedade que mudou só aflora por volta de 1850. Só a partir desse momento é que se começa a falar de sociedade industrial como uma mudança de época. O mesmo movimento ocorreu por volta de 1950, com o nascimento da sociedade pós-industrial, quando alguns poucos pensadores, como Daniel Bell e Alain Touraine, perceberam a globalidade da mudança, enquanto a massa de intelectuais constatou apenas alguns aspectos singulares da mudança, como a tecnologia, os meios de comunicação de massa, a tecnoestrutura, a globalização, dentre outros. Um dos responsáveis por difundir o racionalismo nos Estados Unidos da América foi Frederick W. Taylor. Todavia, a sua ideia de ócio criativo acabou por privar o trabalhador do uso de sua inteligência⁴⁶⁰. Para Domenico De Masi,

(...) por pelo menos cem anos, o cronômetro de Taylor e a linha de montagem de Ford tenham parcelado o trabalho até o ponto de privá-lo de toda e qualquer forma de inteligência. Marx já havia dito que o “trabalho produz coisas espirituais para os ricos, idiotices e imbecilidades para o trabalhador”. Porém, a partir de Taylor, há o agravante de que o imbecil é especializado⁴⁶¹.

Ao final do século XIX e início do século XX, estão em confronto o liberalismo e o socialismo, tem-se ainda uma ordem econômica bipolar e, no meio desse conflito, a igreja, que se posiciona contra ambos, passa a difundir o ideal cristão como forma de se evitar o confronto entre burguesia e proletariado. Esse conflito de classes, quando controlado pelo Estado, possibilita o dinamismo e crescimento das organizações. Dentro desse ciclo de crescimento ocorre a reorganização do trabalho e da vida social dos indivíduos em virtude da standardização, especialização, sincronização, maximização, centralização e concentração, princípios instaurados no interior das fábricas como a mais pura manifestação do racionalismo. Essa reflexão é importante, porque está sendo vivenciada uma nova revolução da sociedade em razão da informática. Assim, graças ao teletrabalho e ao comércio eletrônico, que estão trazendo de volta o trabalho para dentro dos lares, a organização prática da existência humana passa a ser revista. Com essa nova revolução, a formação do indivíduo também sofre uma alteração, pois seja na escola, universidade ou no trabalho, ela passa a ser ininterrupta. Não obstante, apesar da sociedade estar caminhando para uma nova forma de organização do trabalho que possibilite o desenvolvimento pessoal e econômico do indivíduo pautado no ócio criativo,

⁴⁶⁰ Ibidem, p. 51 - 52.

⁴⁶¹ Ibidem, p. 53.

algumas transições serão necessárias⁴⁶². Isto posto, com base na maximização frente as mudanças da sociedade industrial, aclara Domenico De Masi,

(...) Taylor concebe a fórmula $E = P/H$, que quer dizer que a eficiência (E) é igual a P, de produção, dividido por H, horas de trabalho. O grande desafio do século XXI será: como aumentar a produção reduzindo as horas de trabalho. O sonho é conseguir fazer com que H seja zero, ou seja, o total desemprego. Isto já era o sonho de Aristóteles há dois mil e quinhentos anos, quando divagava: “Ah, se um dia os teares pudessem se mover sozinhos, sem o auxílio de qualquer escravo...” Hoje, o sonho de Aristóteles é realidade numa fábrica japonesa, completamente robotizada. A principal tarefa do empresário, ajudado pelo próprio trabalhador, é reduzir cada vez mais os fatores necessários à produção. Na sociedade industrial, o principal destes fatores é o tempo, enquanto na nossa, pós-industrial, será o espaço, no sentido que com o teletrabalho poderemos produzir em toda e qualquer parte. Um outro fator importante na sociedade industrial é a “concentração”, a economia de escala: se eu compacto dez empresas de mil pessoas numa única megaempresa de dez mil pessoas, será necessário um número menor de dirigentes, de empregados, de fiscais, e o lucro será maior. Também este princípio se inverte na sociedade pós-industrial, onde a mola que impulsiona a produção é a motivação. A motivação que prevalece na micro ou na pequena empresa incrementa a criatividade, enquanto a burocracia da grande empresa, ao contrário, a sufoca⁴⁶³.

A utilização do termo pós-industrial ainda não é totalmente precisa, uma vez que os contornos dessa sociedade não foram especificamente delimitados, porque enquanto a sociedade industrial sucedeu a sociedade rural, que durou milênios, a sociedade pós-industrial surge depois de duzentos anos. É difícil acreditar que toda uma época histórica tenha se esgotado em apenas dois séculos. Entretanto, alguns, como Alvin Toffler, arriscam considerar a sociedade industrial como um simples e breve parêntese entre os milênios do mundo agrícola que a precederam e os milênios do mundo pós-industrial que a sucederão. Aqui, destaca-se a influência negativa da tradição, porque ela foi a responsável por burocratizar as empresas, ao longo dos anos. Em 1950, irrompe-se com muita força a sociedade de massa e, em razão dela, os “apocalípticos” filiados à escola de Frankfurt travaram discussões no sentido de que a democracia proveniente da sociedade de massa é um problema, porque a quantidade se sobrepõe à qualidade, por exemplo, no que se refere à votação em campanhas políticas. Essa participação política da sociedade era considerada por Horkheimer, Adorno, Marcuse e Fromm como uma forma de alienação das massas, no sentido de fazê-las crer que estão no centro do

⁴⁶² Ibidem, p. 53 e ss.

⁴⁶³ Ibidem, p. 68 - 69.

sistema. Em outras palavras, para os mencionados autores a participação política das massas era administrada pelos meios de comunicação como instrumento de dominação de classes⁴⁶⁴.

Diante da evolução do rádio, da televisão e da informática, ao longo apenas de um século, ocorre a homogeneização desse sistema. Contudo, em decorrência da sua burocratização, a criatividade é extirpada novamente dos meios de produção. Assim, é possível perceber que, a partir do século XVIII, houve uma transição cultural, ou seja, a cultura do conhecimento meramente útil foi cedendo lugar ao saber inútil ou contemplativo, que na verdade torna-se mais útil do que o primeiro, porque se coaduna com a possibilidade de tomada de decisões mais conscientes pautadas não no espírito do capitalismo ou culto ao Deus progresso, mas na dignidade da pessoa humana⁴⁶⁵. A respeito do conhecimento inútil, esclarece Bertrand Russel,

A vantagem mais importante do conhecimento “inútil” é, talvez, a de incentivar a atitude mental contemplativa. O mundo tem revelado uma exagerada tendência para a ação, não apenas uma ação sem prévia e adequada reflexão, mas também uma ação em momentos em que a sabedoria teria aconselhado a inação. Essa tendência se manifesta de muitas formas, algumas bem curiosas. Ostenta-se Hamlet como uma terrível advertência contra o pensamento sem ação, mas não se ostenta Othelo como advertência contra a ação sem pensamento. Alguns professores, como Bérqson, do alto de um certo esnobismo de homem prático, vilipendia a filosofia e diz que a vida em seu máximo fulgor seria parecida com uma carga de cavalaria. De minha parte, penso que a ação é melhor quando provém de uma profunda percepção do universo e do destino humano, e não de ferozes impulsos passionais de autoafirmação, românticos mas desproporcionais. O hábito de buscar-se mais prazer no pensamento do que na ação constitui uma salvaguarda contra a imprudência e contra a paixão pelo poder, um modo de preservar a serenidade diante do infortúnio e a paz de espírito em meio à aflição. A vida confinada ao estritamente pessoal se torna, cedo ou tarde, insuportavelmente dolorosa. Somente através das janelas abertas para um universo maior e menos tormentoso é que os momentos mais trágicos podem ser suportados⁴⁶⁶.

O ócio criativo nasce subjetivamente como uma reação a toda overdose de trabalho e, objetivamente, como uma constatação direta dos absurdos organizacionais que angustiam o trabalho nas empresas. A cultura do ócio criativo revela uma atividade que seja capaz de abranger trabalho, estudo e lazer, concomitantemente, pois o homem que trabalha perde tempo precioso e o futuro pertence a quem souber se libertar da ideia tradicional do trabalho como

⁴⁶⁴ Ibidem, p. 79 e ss.

⁴⁶⁵ Ibidem, p. 83 e ss.

⁴⁶⁶ RUSSEL, Bertrand. **O elogio ao ócio**. Trad. Pedro Jorgensen Júnior. Rio de Janeiro: Sextante, 2002, p. 44 - 45.

obrigação ou dever e for capaz de apostar numa mistura de atividades, onde o trabalho se confundirá com o tempo livre, com o estudo e com o lazer, enfim, com o ócio criativo⁴⁶⁷.

Diferentes ideologias surgiram no campo político com o objetivo de se alcançar o ócio criativo. Durante o século XVIII, no centro da comissão sobre o ensino primário, o Sr. Louis Adolphe Thiers, primeiro ministro francês, formulava a moral da classe burguesa afirmando que tornaria a influência do clero toda poderosa para propagar que o homem está aqui para sofrer e não para desfrutar o bom da vida. Enquanto a burguesia lutava contra a nobreza, que na época possuía o apoio do clero, houve uma inversão de valores por parte da mesma, na tentativa de se instaurar a supremacia econômica e política apoiada pela religião. Entretanto, no decorrer do século XV e XVI, a burguesia que pregava a tradição pagã e glorificava o culto ao deus baco, práticas reprovadas pela moral cristã, no intuito de obter o apoio do clero e propagar seu poderio, passa a pregar a abstinência aos assalariados⁴⁶⁸. Por outro lado, enquanto o comunismo pregava a obtenção do poder pela classe operária, pacificamente ou pelo emprego da violência, o socialismo sustentava uma transição pacífica e gradual de governo.

Os defensores da livre iniciativa acreditavam que a expectativa do lucro acarretaria a produção de mercadorias nas quantidades certas, mas esse fato não pode mais ser considerado como verdadeiro em razão da complexidade dos meios de produção e frente a ausência de recursos. Em decorrência da produtividade das máquinas é necessário muito menos trabalho para se obter um padrão aceitável de conforto à espécie humana. Contudo, devido a motivação pelo lucro, o lazer não pode ser distribuído de forma equânime, conseqüentemente, enquanto alguns ficam exacerbados de trabalhos outros são relegados a trabalho nenhum. O valor do assalariado para o empregador depende da quantidade de trabalho realizado, de modo que, conquanto não exceda sete ou oito horas diárias, é considerada pelo empregador como sendo proporcional à duração da jornada de trabalho. Porém, o assalariado prefere uma jornada mais longa com um bom salário a uma jornada mais curta com salário inferior, porque convém às duas partes que a jornada de trabalho seja mais longa, deixando em apuros ou aos cuidados e à custa do poder público aqueles que, conseqüentemente, ficam sem trabalho. Em função disso, a maior parte da espécie humana não consegue atingir um nível de conforto material razoável,

⁴⁶⁷ DE MASI, Domenico. **O ócio criativo**, op cit., pag. 11 e ss.

⁴⁶⁸ LAFARGUE, Paul. **O direito à preguiça**, op cit., pag. 15 - 16.

tornando-se necessário a redução da jornada de trabalho com o escopo de erradicar o desemprego e melhorar as condições de vida em sociedade⁴⁶⁹.

A atual insegurança econômica revela que enquanto inúmeras pessoas vivem na miséria outras são assombradas pelo medo de se tornarem miseráveis. Frente a essa insegurança, os trabalhadores vivem sob o risco permanente de ficarem desempregados, pois não raras vezes as empresas vão à falência ou precisam cortar gastos. Os grandes executivos sabem que a qualquer momento podem perder todo o seu investimento por não existir uma constante estabilidade no mercado financeiro. Os profissionais liberais vivem a tormenta de terem se qualificado e não encontrarem a mesma demanda de serviços para as suas qualificações. Os médicos descobrem que os hipocondríacos não podem mais se dar ao luxo de ficarem doentes, enquanto os que de fato precisam de tratamento não possuem condições de arcar com o tratamento, os advogados percebem a inversão da mentalidade da população, ao serem procurados o que se mede não é o direito em si, mas quanto custa fazer valer a lei, ainda que grandes injustiças permaneçam sem solução. Independentemente de qualquer classe social, o medo que governa cada uma delas está diretamente vinculado à economia, porque a maioria tende a uma ascensão social, mas temem uma certa recaída. Por consequência, passa-se a trabalhar muito a ponto de não sobrar espaço para nenhum tipo de lazer. Essa perspectiva também leva ao surgimento de novas categorias de danos, como, por exemplo, o dano existencial.

A segurança econômica faria mais pela felicidade do que qualquer outra mudança que se pudesse imaginar. O trabalho, além de ser obrigatório por lei a todos, deveria ser uma constante, quer dizer, a prestação do labor não poderia ser interrompida caso o serviço viesse a se tornar por qualquer motivo temporariamente desnecessário. Os médicos, por exemplo, deveriam ter salários vitalícios, embora não deveriam trabalhar depois de certa idade, porque se a saúde da coletividade melhorasse a ponto de não se precisar mais dos serviços de todos os profissionais qualificados, alguns deles poderiam ser empregados em pesquisas médicas, ou no desenvolvimento de melhorias sanitárias e de práticas alimentares. Entretanto, o trabalho recebe um estímulo errôneo, quer dizer, o móvel determinante é a aspiração à riqueza extraordinária, mas poucos conseguem obtê-la. A maioria da população trabalha para não empobrecer, um professor, por exemplo, não tem a intenção de fazer fortuna servindo ao seu país⁴⁷⁰.

⁴⁶⁹ RUSSEL, Bertrand. **O elogio ao ócio**, op cit., 106 e ss.

⁴⁷⁰ Ibidem, p. 110 - 111.

Segundo Bertrand Russel, um dos maiores defensores da racionalidade e liberdade do pensamento humano,

São poucas as pessoas, é verdade - indivíduos em geral excepcionalmente enérgicos e importantes -, para quem a realização de grandes êxitos econômicos é a motivação dominante. Alguns fazem o bem, outros causam danos; alguns criam ou adotam alguma invenção útil, outros manipulam a bolsa de valores ou corrompem políticos. Mas o que todos eles querem é fundamentalmente o sucesso, cujo símbolo é o dinheiro. Se o sucesso fosse alcançável exclusivamente por outros meios, como honrarias e postos administrativos importantes, essas pessoas teriam ainda um incentivo adequado, e talvez viessem a achar necessário - mais do que acham hoje - trabalhar em benefício da coletividade. (...) Não haveria nada de errado, portanto, com um sistema social que não desse espaço para essa aspiração. Por outro lado, um sistema que abolisse a insegurança acabaria com a maior parte da histeria da vida moderna⁴⁷¹.

A ideia central é que o ser humano tem que ser um fim em si mesmo. O homem não pode ser um meio de obtenção de riquezas como o é atualmente. O trabalho em prol da coletividade tem que se constituir como um dos pilares dessa nova sociedade para que se evite a desmoralização de inúmeras pessoas impossibilitadas de arranjar um emprego enquanto outras estão simplesmente curtindo a vida. A história do Rei Midas e o toque de ouro é conhecida pelos que cresceram ouvindo os contos de Tanglewood. Este rei ilustre, que gostava de ouro acima de todas as coisas, foi agraciado por Deus com o privilégio de converter em ouro tudo o que tocasse. Inicialmente, este Rei ficou encantado, mas, ao perceber que a comida virava metal sólido antes que pudesse engoli-la, começou a ficar preocupado e, quando viu a própria filha se petrificar ao receber um beijo seu, implorou a Deus, aterrorizado, que lhe retirasse esse dom. A partir desse momento, o Rei compreendeu que o ouro não é a única coisa de valor na vida. Todavia, a sociedade parece ainda não ter compreendido a moral dessa história. A conquista do ouro peruano pelos espanhóis no século XVI revela que não obstante os europeus conservassem em suas mãos todo ouro que outrora fora obtido, os preços dos produtos vendidos no reino foram elevados e isso não fez com que a Espanha se tornasse nem um pouco mais rica. Outro exemplo relacionado à dificuldade de se compreender a moral da história do Rei Midas foi a indenização cobrada da Alemanha ao final da primeira guerra mundial, visto que o valor cobrado era imensamente maior que o outro do mundo inteiro, tornando inviável, portanto, o seu pagamento⁴⁷².

⁴⁷¹ Ibidem, p. 112.

⁴⁷² Ibidem, p. 57 e ss.

Em inúmeras ocasiões os interesses financeiros têm sido adversos aos interesses da coletividade. Assim, é pouco provável que um Estado prospere caso a sua economia seja conduzida apenas pautada nos interesses dos financistas, sem se atentar para os efeitos produzidos sobre o restante da população. Não é sensato deixar os financistas livres para perseguirem seus lucros, porque existem atividades em que a motivação privada não promove o interesse geral e raras são as vezes que isso acontece. A falta de compreensão por parte da coletividade sobre as finanças também faz com que esse seleto grupo obtenha inúmeras vantagens ao lidar com a opinião pública. Portanto, a economia do ócio é aquela que prima pela divisão do trabalho centrada na dignidade do trabalhador e no interesse da coletividade⁴⁷³.

2.3 O direito fundamental à desconexão

A importância do tempo de trabalho e do tempo de lazer como elementos constitutivos da preservação da dignidade da pessoa humana revela a necessidade do trabalhador não laborar além da sua jornada de trabalho. Por isso, o desafio contemporâneo nas relações de trabalho consiste em utilizar os recursos tecnológicos a serviço do trabalhador sem o escravizar.

O mencionado desafio ganha tons mais relevantes em relação a determinadas categorias de trabalhadores que estão excluídas legalmente da limitação da duração do trabalho⁴⁷⁴, como, por exemplo, os gerentes, diretores, chefes de departamento ou filial, teletrabalhadores, bem como em razão das recentes alterações promovidas pela reforma trabalhista relativas à duração do trabalho e em relação ao empregado hipersuficiente⁴⁷⁵, visto que este, em razão de um certo

⁴⁷³ Ibidem, p. 68 - 70

⁴⁷⁴ Cf. MAIOR, Jorge Souto. **Do direito à desconexão do trabalho**. Disponível em: www.jorgesoutomaior.com/uploads/5/3/9/1/53916439/do_direito_%C3%A0_desconex%C3%A3o_do_trabalho.pdf; ALMEIDA, Almiro Eduardo de; SEVERO, Valdete Souto. **Direito à desconexão nas relações sociais de trabalho**. 2. ed. São Paulo: LTr, 2016; SANTOS, Ronaldo Lima dos. A escravidão por dívidas nas relações de trabalho. Brasília. Procuradoria Geral do Trabalho. **Revista do Ministério Público do Trabalho**. Ano 1, nº 1, mar. 1991, p. 47 - 66. Disponível em: www.anpt.org.br/attachments/article/2720/Revista%20MPT%20-%20Edi%C3%A7%C3%A3o%2026.pdf.

⁴⁷⁵ **2ª Jornada de Direito Material e Processual da Justiça do Trabalho - Enunciado Aglutinado nº 4 da Comissão 4**. O parágrafo único do art. 444 da CLT, acrescido pela Lei 13.467/2017, contraria os princípios do direito do trabalho, afronta a Constituição Federal (arts. 5º, caput, e 7º, XXXII, além de outros) e o sistema internacional de proteção ao trabalho, especialmente a Convenção 111 da OIT. II - A negociação individual somente pode prevalecer sobre o instrumento coletivo se mais favorável ao trabalhador e desde que não contravenha as disposições fundamentais de proteção ao trabalho, sob pena de nulidade e de afronta ao princípio da proteção (artigo 9º da CLT c/c o artigo 166, VI, do Código Civil). **2ª Jornada de Direito Material e Processual da Justiça do Trabalho - Enunciado Aglutinado nº 1 da Comissão 4**. I - O parágrafo único do art. 444 da CLT, acrescido pela Lei 13.467/2017, contraria os princípios do direito do trabalho, afronta a Constituição Federal (arts. 5º, caput, e 7º, XXXII, além de outros) e o sistema internacional de proteção ao trabalho, especialmente a Convenção 111 da OIT. II - A negociação individual somente pode prevalecer sobre o instrumento coletivo se mais favorável ao trabalhador e desde que não contravenha as disposições fundamentais de proteção ao trabalho, sob pena de nulidade e de afronta ao princípio da proteção (artigo 9º da CLT c/c o artigo 166, VI, do Código Civil).

grau de instrução e poder financeiro, pode vir a renunciar certos direitos que em tese seriam irrenunciáveis.

O fato da tecnologia propiciar novos mecanismos para o aperfeiçoamento da relação de trabalho não significa que todo arcabouço jurídico relacionado à proteção do trabalhador possa ser desconsiderado. O tema também ganha relevância porque a tecnologia permite conexão em tempo integral, ampliando, não raras vezes, a duração do trabalho. Por essa razão, evidencia-se a necessidade do respeito ao descanso e ao lazer do empregado, sob pena de retrocesso a uma nova forma de servidão. Afinal, o direito fundamental à desconexão não se resume apenas ao desenvolvimento da tecnologia, mas aos períodos de descanso e aos direitos fundamentais à intimidade e vida privada do trabalhador, razão pela qual o excesso de trabalho tem levado, em inúmeras ocasiões, à configuração do dano existencial no âmbito da relação empregatícia.

2.4 A duração do trabalho e o direito fundamental ao lazer na relação empregatícia

Os dois principais objetivos e obrigações decorrentes da relação empregatícia são, inegavelmente, o trabalho e o salário. Por isso, dentre as restrições que a lei impõe à vontade das partes, assegurando a proteção do trabalhador e a manutenção do bem-estar social, assumem certo grau de relevância as que concernem ao limite máximo do nível de salário e do tempo de trabalho. A quantidade de trabalho tem como parâmetro a duração do tempo de trabalho, razão pela qual seria inócua a fixação do salário mínimo da jornada de trabalho se, concomitantemente, também não se estipulasse a duração máxima do dia de trabalho, além dos fundamentos de ordem biológica, social e econômica relacionados aos repousos remunerados.

Em vista disso, na celebração do contrato de trabalho não podem as partes pactuar, via de regra, a duração normal da jornada de trabalho superior à estipulada por lei⁴⁷⁶. A exceção, em razão da reforma trabalhista, parece ficar a cargo do empregado hipersuficiente⁴⁷⁷, já que para o novo diploma normativo é possível a estipulação de cláusulas contratuais menos favoráveis do que as dos demais empregados contratados pelo mesmo empregador.

A duração normal do trabalho pode ser limitada em face do dia, semana ou da combinação desses dois fatores. Entretanto, a Consolidação das Leis do Trabalho estabelece, como regra geral, o máximo de oito horas para a duração normal da jornada de trabalho⁴⁷⁸, e,

⁴⁷⁶ SUSSEKIND, Arnaldo. **Duração do trabalho e repousos remunerados**, op cit., p. 103 - 104.

⁴⁷⁷ CLT, art. 444, parágrafo único c/c art. 611-A.

⁴⁷⁸ CLT, art. 58.

como normas especiais, períodos inferiores para determinadas categorias profissionais⁴⁷⁹ e para o trabalho noturno⁴⁸⁰. Em contrapartida, a Constituição Federal de 1988 prevê a duração do trabalho normal não superior a oito horas diárias e quarenta e quatro semanais, facultada a compensação de horários e a redução da jornada, mediante acordo ou convenção coletiva, e a jornada de seis horas para o trabalho realizado em turnos ininterruptos de revezamento, salvo negociação coletiva⁴⁸¹.

A reforma trabalhista alterou diversos dispositivos relacionados à duração do trabalho, tempo de deslocamento e horas *in itinere*. Dentre os dispositivos alterados, destaca-se o §2º do art. 58 da CLT, referente às horas *in itinere*, quer dizer, o tempo despendido pelo empregado até o local de trabalho e o seu retorno, em condução fornecida pelo empregador, em local de difícil acesso ou não servido por transporte público. Esse tempo de deslocamento, que o trabalhador fica à disposição do empregado em uma condução por este fornecida, era considerado como parte integrante da jornada do trabalhador, desde que configurados um local de trabalho de difícil acesso ou não servido por transporte público. A nova redação do dispositivo em questão eliminou a integração das horas *in itinere* da jornada de trabalho. Essa eliminação não afeta a duração do trabalho, salvo se ficar comprovado pelo princípio da primazia da realidade como tempo à disposição⁴⁸² do empregador⁴⁸³. Todavia, a supressão das horas *in itinere* afeta o direito fundamental ao lazer pela via reflexa, visto que a remuneração anteriormente percebida pelo empregado deixa de integrar o seu salário⁴⁸⁴, minorando consequentemente o seu potencial financeiro para usufruir do tempo livre.

⁴⁷⁹ CLT, art. 57 c/c art. 224 e ss.

⁴⁸⁰ CLT, art. 73, §1º.

⁴⁸¹ CRFB, art. 7º, XIII, XIV.

⁴⁸² CLT, art. 4º, §2º. **2ª Jornada de Direito Material e Processual da Justiça do Trabalho - Enunciado nº 3 da Comissão 2.** I - Para fins de aplicação da regra constante no artigo 4º, § 2º, da CLT, não se considera de escolha própria e/ou exercício de atividades particulares aquelas permanências que decorrerem de riscos inerentes à natureza da atividade do empregador, conforme artigo 2º, caput, da CLT. II - Se, em função da natureza da atividade, for necessária a realização de higiene pessoal ou a troca da vestimenta no local de trabalho, o período correspondente será computado como tempo de serviço. **2ª Jornada de Direito Material e Processual da Justiça do Trabalho - Enunciado Aglutinado nº 3 da Comissão 2.** 1. A estrutura normativa matriz do art. 4º da CLT contempla a lógica do tempo à disposição, não eliminada a condição de cômputo quando se verificar concretamente que o transporte era condição e/ou necessidade irrefutável, e não de escolha própria do empregado, para possibilitar o trabalho no horário e local designados pelo empregador, mantendo-se o parâmetro desenvolvido pela súmula 90 do TST, caso em que fará jus o trabalhador à contagem, como tempo de trabalho, do tempo de deslocamento gasto em trecho de difícil acesso ou sem transporte público por meio fornecido pelo empregador, na ida ou retorno para o trabalho. Inteligência do artigo 3º, c, da Convenção 155 da OIT. 2. Inaplicabilidade do §2º do art. 58 da Lei 13.467/2017 ao trabalho executado na atividade rural.

⁴⁸³ GODINHO, Maurício Godinho; DELGADO, Gabriela Neves. **A reforma trabalhista no Brasil**, op cit., p. 121 - 122.

⁴⁸⁴ CLT, art.7º, IV.

O trabalho em regime de tempo parcial também sofreu alterações, passando a ser mais abrangente em relação à duração semanal do trabalho, já que o limite máximo anteriormente estabelecido foi ampliado, passando a abranger as seguintes situações: i) 30 horas semanais, sem possibilidade de horas suplementares; ii) 26 horas semanais, com possibilidade de até seis horas suplementares, acrescidas do respectivo adicional; iii) tempo parcial inferior a 26 horas semanais, possibilidade de até seis horas suplementares, acrescidas do respectivo adicional⁴⁸⁵. As horas suplementares também poderão ser compensadas diretamente na semana imediatamente posterior ou anterior à da sua execução. A reforma trabalhista também alterou a tabela especial de férias do trabalho em regime de tempo parcial, passando a aplicar ao trabalho de regime em tempo parcial a tabela padrão constante da duração do trabalho de tempo integral. Essa também é considerada como uma alteração positiva da reforma trabalhista, visto que a tabela anterior era considerada como sendo desfavorável ao trabalhador. O novo diploma legal também permite ao empregado contratado sob regime de tempo parcial a faculdade de converter um terço do período de férias em abono pecuniário⁴⁸⁶.

A reforma trabalhista, para além dos dispositivos mencionados, promoveu alterações significativas nos regimes de compensação de horários. No regime clássico, aquele em que a compensação das horas suplementares, em um ou mais dias de determinadas semanas, é efetivada pela redução de jornada em outros dias ou semanas não se encontra mais expressamente delimitado na CLT, pois a alteração legal no preceito celetista, na década de 1990, visando a inserção do chamado banco de horas, sistema anual de compensação de horários, tornou-se permanente após a Emenda Constitucional n. 32/2001. Porém, a fórmula clássica de compensação de horários na ordem jurídica brasileira ainda é aplicada por se constituir um costume⁴⁸⁷ e, conseqüentemente, como uma fonte do direito. Para além, a fórmula clássica é mais favorável tanto para o empregado como para o empregador⁴⁸⁸. Os regimes compensatórios não podem ultrapassar o limite diário de 10 horas em consideração à jornada padrão de oito horas diárias. A jurisprudência trabalhista também está pacificada em relação ao regime compensatório clássico poder ser pactuado bilateralmente, mas por escrito, sem desconsiderar a possibilidade de ser pactuado mediante negociação coletiva⁴⁸⁹. Entretanto, com

⁴⁸⁵ CLT, art. 59-A.

⁴⁸⁶ GODINHO, Maurício Godinho; DELGADO, Gabriela Neves. **A reforma trabalhista no Brasil**, op cit., p. 124 - 125.

⁴⁸⁷ CLT, art. 8º.

⁴⁸⁸ CRFB, art. 7º c/c art. 444, caput da CLT.

⁴⁸⁹ TST, Súmula 85. º. **2ª Jornada de Direito Material e Processual da Justiça do Trabalho - Enunciado Aglutinado nº 1 da Comissão 2**. Banco de horas por acordo individual. A compensação de horários requer

a reforma trabalhista a pactuação bilateral passou a ser permitida por acordo tácito, além dos demais mecanismos permitidos, o que implica em uma certa insegurança jurídica para o trabalhador no contexto da relação empregatícia, em razão do fortalecimento do poder unilateral do empregador em uma relação fortemente marcada pela assimetria. Em contrapartida, por meio de uma interpretação sistemática e teleológica, é no mínimo plausível que se compreenda a necessidade de pactuação bilateral por escrito, pois caso contrário o ônus da prova da existência de mera pactuação tácita deverá ser do empregador por constituir fato impeditivo do direito do empregado⁴⁹⁰, pois essa situação pode propiciar o excesso de trabalho e conseqüentemente danos ao lazer e à vida privada do trabalhador.

O não atendimento das exigências legais para a compensação da jornada, inclusive quando estabelecidas mediante acordo tácito, não implica a repetição do pagamento das horas excedentes à jornada normal diária se não ultrapassada a duração máxima semanal, sendo devido apenas o respectivo adicional. A prestação de horas extraordinárias também não descaracteriza o acordo de compensação da jornada e o banco de horas, mas as horas que ultrapassarem a jornada semanal normal deverão ser pagas como horas extraordinárias, exceto as destinadas à compensação, pois, nesse caso, só será devido o respectivo adicional⁴⁹¹. Já na hipótese de rescisão contratual sem que tenha havido a compensação integral da jornada extraordinária, o trabalhador terá direito ao pagamento das horas extras não compensadas, calculadas sobre o valor da remuneração na data da rescisão⁴⁹².

De outro lado, o regime de compensação do banco de horas é considerado um instituto jurídico de compensação de horários mais amplo em relação à periodicidade máxima do regime compensatório clássico. Esse regime foi inicialmente introduzido na CLT por meio da Lei n. 9.601/1988, sendo, após sucessivas Medidas Provisórias, incorporado permanentemente pela Emenda Constitucional n. 62/2001. Em virtude do banco de horas, regime de compensação anual, não apresentar o mesmo benefício do regime clássico, o ordenamento jurídico brasileiro

intervenção sindical obrigatória, independentemente do seu prazo de duração, conforme artigo 7º, XIII, CRFB/88, que autoriza a compensação apenas mediante acordo ou convenção coletiva de trabalho.

⁴⁹⁰ GODINHO, Maurício Godinho; DELGADO, Gabriela Neves. **A reforma trabalhista no Brasil**, op cit., p. 125 e ss.

⁴⁹¹ CLT, art. 59-B. ° **2ª Jornada de Direito Material e Processual da Justiça do Trabalho - Enunciado nº 1 da Comissão 2.** A prestação de horas extras habituais ou, ainda que eventuais, em número superior a duas horas diárias, implica descaracterização do acordo de compensação e do acordo de banco de horas, conforme artigos 7º, XIII e XVI, da Constituição Federal, e 59 da CLT. **2ª Jornada de Direito Material e Processual da Justiça do Trabalho - Enunciado nº 2 da Comissão 2.** Pagamento das horas extras acumuladas em banco de horas e não compensadas será feito com base no valor do salário-hora mais vantajoso ao trabalhador.

⁴⁹² CLT, art. 59, §3º.

passou a considerar razoável e proporcional a sua pactuação por meio dos instrumentos coletivos, tendo em vista as maiores garantias propiciadas por essas fontes normativas autônomas do Direito do Trabalho. Não obstante, a reforma trabalhista, seguindo a tendência de enfraquecimento dos sindicatos, eliminou essa garantia para os regimes de banco de horas, estabelecendo que a compensação de horários deve ocorrer no período máximo de seis meses⁴⁹³. Contudo, essa flexibilização não se justifica, porque a própria CRFB prevê a intervenção dos sindicatos na compensação de horários. Essa determinação somente pode ser atenuada em razão do regime compensatório clássico em razão dos benefícios proporcionados ao trabalhador e em atenção ao princípio da norma mais favorável. Logo, como o banco de horas não possui a mesma qualidade benéfica do regime clássico, por permitir que o indivíduo trabalhe por quase um ano em sobrejornada, sem qualquer pagamento, torna-se imperioso a sua pactuação por negociação coletiva⁴⁹⁴, pois, caso contrário, o excesso de trabalho potencializa as hipóteses de incidência de danos aos lazer e à própria vida do trabalhador, em razão do amplo espaço temporal para a compensação das horas extraordinárias.

Já em relação ao regime de plantão 12 x 36, embora fosse reconhecido pela jurisprudência, passou a ser expressamente previsto no preceito celetista em razão da reforma trabalhista. Todavia, a nova regulamentação é manifestamente prejudicial ao trabalhador, porque explicitamente exclui o regime plantonista da licença prévia das autoridades competentes em matéria de higiene e saúde do trabalhador em conjunto com a não observância dos intervalos intrajornadas para repouso e alimentação, mediante indenização em pecúnia, quer dizer, a lei autorizou 12 horas de trabalho sem intervalos intrajornadas. A nova regulamentação também afeta diversos direitos da pessoa do trabalhador, porque extrapola a duração diária do trabalho prevista na CRFB⁴⁹⁵. A reforma também permitiu que esse regime de trabalho possa ser pactuado por simples acordo bilateral escrito, quer dizer, novamente são

⁴⁹³ CLT, art. 59, §5º.

⁴⁹⁴ GODINHO, Maurício Godinho; DELGADO, Gabriela Neves. **A reforma trabalhista no Brasil**, op cit., p. 129 - 131.

⁴⁹⁵ CRFB. Art. 7º. XIII. **2ª Jornada de Direito Material e Processual da Justiça do Trabalho - Enunciado Aglutinado nº 2 da Comissão 2**. I. Tratando-se de regime de compensação de jornada, é essencial para a sua validade a previsão em acordo coletivo ou convenção coletiva de trabalho, nos termos do artigo 7º, XIII, da Constituição Federal, inclusive em relação ao comerciário, em razão de lei especial (Lei 12.790/2013). II. Artigo 60, parágrafo único da CLT. Dispensa de licença prévia para a realização de jornada 12x36. Matéria de saúde e segurança do trabalho. Inconstitucionalidade por infração ao artigo 7º, XXII, da Constituição Federal. III. Impossibilidade de regime "complessivo" quanto ao pagamento de feriados e prorrogação da jornada noturna, por infração ao artigo 7º, IX, da Constituição Federal. IV. A prestação de horas extras, inclusive pela supressão do intervalo intrajornada (ainda que parcial), descaracteriza o regime de compensação de jornada 12x36, implicando o pagamento como hora extraordinária daquelas laboradas além da 8ª diária, por infração ao artigo 7º, XIII e XXVI, da Constituição Federal.

postos de lado os instrumentos coletivos e a atuação dos sindicatos, excetuados os casos de entidades públicas municipais, estaduais e distritais que dependem de norma legal específica. O novo dispositivo considerou remunerados e/ou compensados os descansos semanais remunerados e os feriados, embora não exista previsão legal em relação a essa compensação dos feriados. Da mesma forma, a lei considerou como remuneradas e/ou compensadas as prorrogações de trabalho noturno de forma equivocada, tendo em vista que não existe qualquer compensação relacionada ao tratamento especial conferido pela ordem jurídica ao trabalho noturno. A CRFB apresenta regra expressa em relação à remuneração do trabalho noturno superior ao diurno⁴⁹⁶, de modo não é possível excluir o seu adimplemento na hipótese da jornada de plantão abrangente, no todo ou em parte, o horário compreendido entre as 22:00h e 05:00h da manhã no perímetro urbano. A questão é que o adicional de trabalho noturno é norma imperativa e, assim sendo, apenas os horários da jornada noturna e o respectivo percentual de adicional é que podem, na prática, serem distintos, conforme a legislação aplicável⁴⁹⁷.

Outra alteração relevante foi a exclusão do teletrabalho⁴⁹⁸ das regras de duração do trabalho⁴⁹⁹. Entretanto, essa é uma presunção relativa e pode ser desconstituída mediante prova em sentido contrário, pois o avanço tecnológico também permite o controle do trabalho

⁴⁹⁶ CRFB, art. 7º, IX c/c art. 73, caput da CLT.

⁴⁹⁷ GODINHO, Maurício Godinho; DELGADO, Gabriela Neves. **A reforma trabalhista no Brasil**, op cit., p. 131 e ss.

⁴⁹⁸ CLT, art. 75-A a 75-E.

⁴⁹⁹ CLT, art. 62, III. **2ª Jornada de Direito Material e Processual da Justiça do Trabalho - Enunciado Aglutinado nº 2 da Comissão 6.** São devidas horas extras em regime de teletrabalho, assegurado em qualquer caso o direito ao repouso semanal remunerado. Interpretação do art. 62, III e do parágrafo único do art. 6º da CLT conforme o art. 7º, XIII e XV, da Constituição da República, o artigo 7º, "e", "g" e "h" protocolo adicional à convenção americana sobre direitos humanos em matéria de direitos econômicos, sociais e culturais ("Protocolo de San Salvador"), promulgado pelo Decreto 3.321, de 30 de dezembro de 1999, e a Recomendação 116 da OIT. **2ª Jornada de Direito Material e Processual da Justiça do Trabalho - Enunciado Aglutinado nº 3 da Comissão 6.** A mera subscrição, pelo trabalhador, de termo de responsabilidade em que se compromete a seguir as instruções fornecidas pelo empregador, previsto no art. 75-E, parágrafo único, da CLT, não exime o empregador de eventual responsabilidade por danos decorrentes dos riscos ambientais do teletrabalho. Aplicação do art. 7º, XXII da Constituição c/c art. 927, parágrafo único, do Código Civil. **2ª Jornada de Direito Material e Processual da Justiça do Trabalho - Enunciado nº 1 da Comissão 6.** O regime de teletrabalho não exime o empregador de adequar o ambiente de trabalho às regras da NR-7 (PCSMO), da NR-9 (PPRA) e do artigo 58, § 1º, da Lei 8.213/91 (LTCAT), nem de fiscalizar o ambiente de trabalho, inclusive com a realização de treinamentos. Exigência dos artigos 16 a 19 da convenção 155 da OIT. **2ª Jornada de Direito Material e Processual da Justiça do Trabalho - Enunciado Aglutinado nº 1 da Comissão 6.** O contrato de trabalho deve dispor sobre a estrutura e sobre a forma de reembolso de despesas do teletrabalho, mas não pode transferir para o empregado seus custos, que devem ser suportados exclusivamente pelo empregador. Interpretação sistemática dos artigos 75-D e 2º da CLT à luz dos artigos 1º, IV, 5º, XIII e 170 da Constituição da República e do artigo 21 da Convenção 155 da OIT. **2ª Jornada de Direito Material e Processual da Justiça do Trabalho - Enunciado Aglutinado nº 3 da Comissão 6.** A mera subscrição, pelo trabalhador, de termo de responsabilidade em que se compromete a seguir as instruções fornecidas pelo empregador, previsto no art. 75-E, parágrafo único, da CLT, não exime o empregador de eventual responsabilidade por danos decorrentes dos riscos ambientais do teletrabalho. Aplicação do art. 7º, XXII da Constituição c/c art. 927, parágrafo único, do Código Civil.

exercido a longa distância. De todo modo, as regras atinentes à duração do trabalho não se confundem com as regras sobre descanso semanal remunerado e descanso em feriados, dado que essas hipóteses normativas⁵⁰⁰ são regidas por diplomas legais distintos fora da exclusão prevista na CLT⁵⁰¹. Dessa maneira, a configuração do trabalho para além da duração normal viola o direito fundamental à desconexão do trabalhador em razão da tecnologia não poder ser utilizada como forma de uma nova servidão do operário.

A reforma trabalhista também buscou modificar a regência normativa dos intervalos para repouso ou alimentação, dando ênfase para uma análise econômica relacionada ao custo do trabalho para o empregador, já que o novo diploma legal passou a considerar o pagamento apenas do período suprimido, acrescido de 50% do valor da remuneração da hora normal, considerando o período efetivamente suprimido como parcela de natureza indenizatória⁵⁰². Para além, as regras sobre duração do trabalho e intervalos não são consideradas como normas de saúde, higiene e segurança do trabalho, podendo inclusive ocorrer a redução do intervalo intrajornada de uma hora para 30 minutos em jornada superior a seis horas⁵⁰³, violando

⁵⁰⁰ Lei n. 605/1949.

⁵⁰¹ GODINHO, Maurício Godinho; DELGADO, Gabriela Neves. **A reforma trabalhista no Brasil**, op cit., p. 135.

⁵⁰² CLT, art. 71, §4º.

⁵⁰³ CLT, art. 611-A, caput, III e art. 611-B, caput, parágrafo único. **2ª Jornada de Direito Material e Processual da Justiça do Trabalho - Enunciado Aglutinado nº 1 da Comissão 3.** As regras autônomas coletivas podem prevalecer sobre o padrão geral heterônomo trabalhista, desde que implementem padrão setorial de direitos superior ao padrão geral heterônomo ou quando transacionam setorialmente parcelas e direitos trabalhistas de indisponibilidade apenas relativa, respeitadas as normas de indisponibilidade absoluta. II - A adequação setorial negociada não autoriza a supressão ou redução de direitos "tout court", cabendo às partes, nos termos do artigo 611-A da CLT, com a redação dada pela Lei 13.467/2017, justificar a excepcionalidade da adequação e sua transitoriedade, bem como definir as contrapartidas, com razoabilidade e de boa-fé, sendo inconstitucional o disposto no parágrafo 2º do art. 611-A da CLT. **2ª Jornada de Direito Material e Processual da Justiça do Trabalho - Enunciado Aglutinado nº 2 da Comissão 3.** Nos termos do art. 5º, § 2º, da Constituição Federal, as convenções e acordos coletivos de trabalho não podem suprimir ou reduzir direitos, quando se sobrepuserem ou conflitarem com as convenções internacionais do trabalho e outras normas de hierarquia constitucional ou supralegal relativas à proteção da dignidade humana e dos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa. **2ª Jornada de Direito Material e Processual da Justiça do Trabalho - Enunciado nº 5 da Comissão 3.** É nula cláusula normativa, por quebra das características fundantes do direito do trabalho como ramo jurídico especializado, quando importar violação ao patamar civilizatório mínimo (artigos 9º, 444, 468 E 611-A da CLT). **2ª Jornada de Direito Material e Processual da Justiça do Trabalho - Enunciado Aglutinado nº 4 da Comissão 3.** Direitos trabalhistas garantidos por normas de ordem pública, relativos a medidas de higiene, saúde e segurança do trabalho, são infensos à redução ou supressão mediante negociação coletiva, consoante a interpretação conjunta dos incisos XXII e XXVI do art. 7º da Constituição. É, portanto, inconstitucional a previsão do art. 611-A, III e XII, da CLT (com a redação dada pela Lei nº 13.467/2017). **2ª Jornada de Direito Material e Processual da Justiça do Trabalho - Enunciado Aglutinado nº 10 da Comissão 3.** As convenções coletivas, os acordos coletivos de trabalho e os acordos individuais de trabalho devem respeitar o salário mínimo normativo em qualquer modalidade de contratação, nos termos do art. 7º, inciso IV, da Constituição Federal. **2ª Jornada de Direito Material e Processual da Justiça do Trabalho - Enunciado nº 6 da Comissão 3.** A fixação de jornada de trabalho superior a oito horas em atividades insalubres, sem prévia autorização das entidades responsáveis pela higiene e segurança no trabalho, viola os termos do inciso XXII do artigo 7 da Constituição Federal de 1988. Assim, são inconstitucionais o parágrafo único do artigo 60 e o inciso XIII, do artigo 611-A, introduzidos pela Lei 13.467/2017.

nitidamente o texto constitucional⁵⁰⁴. Diante do exposto, também se constata o potencial risco de lesão à vida e à saúde do trabalhador, seja em decorrência de doenças ocupacionais ou em virtude de acidentes de trabalho⁵⁰⁵.

O contrato de trabalho intermitente⁵⁰⁶ da forma em que foi proposto pela reforma trabalhista rompe também com dois direitos e garantias trabalhistas fundamentais da estrutura

⁵⁰⁴ CRFB, art. 7º, XXII. **2ª Jornada de Direito Material e Processual da Justiça do Trabalho - Enunciado Aglutinado nº 11 da Comissão 3.** É inconstitucional o parágrafo único do art. 611-B da CLT, pois as normas e institutos que regulam a duração do trabalho, bem como seus intervalos, são diretamente ligados às tutelas da saúde, higiene e segurança do trabalho como estabelecidas pelos arts. 7º, XIII, XIV e XXII, 196 e 225 da Constituição Federal, pelos arts. 3º, “b” e “e”, e 5º da Convenção 155 da OIT, pelo art. 7º, II, “b” e “d”, do PIDESC (ONU), pelo art. 7º, e, g e h, do Protocolo de San Salvador (OEA), e pelo próprio art. 58 da CLT, que limita a jornada a oito horas diárias, sendo, assim, insuscetíveis de flexibilização por convenção ou acordo coletivos. **2ª Jornada de Direito Material e Processual da Justiça do Trabalho - Enunciado Aglutinado nº 6 da Comissão 3.** As disposições dos incisos XII e XIII do art. 611-A da CLT (possibilidade de enquadramento de trabalhadores em graus de insalubridade e de prorrogação de jornada em ambientes insalubres por meio de acordo ou convenção coletiva de trabalho) perfazem retrocesso social, com prejuízos à vida digna e à saúde do trabalhador, sendo incompatíveis com os artigos 3º, I e IV, 5º, XXIII, 6º, 7º, XXII, 170, III, 196 e 225 da Constituição Federal, com o art. 11, a, da Convenção 155 da OIT, com o art. 611-B, XVII, da CLT, e, no campo processual/decisório, com os artigos 1º, 8º e 489, § 2º, do CPC. **2ª Jornada de Direito Material e Processual da Justiça do Trabalho - Enunciado Aglutinado nº 7 da Comissão 3.** Considerando o princípio da primazia da realidade, e sendo a saúde um direito de todos e dever do estado, e considerando ainda a ilicitude da supressão ou redução dos direitos provenientes de normas de saúde, higiene e segurança no trabalho, prevalecerá o acordado sobre o legislado sempre que se tratar de pagamento de percentual superior àquele determinado na NR-15, não sendo possível a redução do referido adicional. **2ª Jornada de Direito Material e Processual da Justiça do Trabalho - Enunciado Aglutinado nº 8 da Comissão 3.** I - Regras sobre o intervalo intrajornada são consideradas como normas de saúde, higiene e segurança do trabalho e, por consequência, de ordem pública, apesar do que dispõe o art. 611-B, parágrafo único, da CLT (na redação da Lei 13.467/2017). II - O estabelecimento de intervalos intrajornadas em patamares inferiores a uma hora para jornadas de trabalho superiores a seis horas diárias é incompatível com os artigos 6º, 7º, inciso XXII, e 196 da Constituição. **2ª Jornada de Direito Material e Processual da Justiça do Trabalho - Enunciado Aglutinado nº 9 da Comissão 3.** - O registro de jornada de trabalho permanece obrigatório, nos termos do art. 74 da Consolidação das Leis do Trabalho. II - A mera previsão em acordo ou convenção coletiva de trabalho não basta para a validade do sistema de registro eletrônico de jornada de trabalho. Necessidade de prova da inviolabilidade e veracidade dos registros e possibilidade de extração de dados pela fiscalização do trabalho.

⁵⁰⁵ GODINHO, Maurício Godinho; DELGADO, Gabriela Neves. **A reforma trabalhista no Brasil**, op cit., p. 135.

⁵⁰⁶ CLT, art. 443, §3º; art. 452-A. **2ª Jornada de Direito Material e Processual da Justiça do Trabalho - Enunciado Aglutinado nº 4 da Comissão 6.** É inconstitucional o regime de trabalho intermitente previsto no art. 443, § 3º, e art. 452-A da CLT, por violação do art. 7º, I e VII da Constituição da República e por afrontar o direito fundamental do trabalhador aos limites de duração do trabalho, ao décimo terceiro salário e às férias remuneradas. **2ª Jornada de Direito Material e Processual da Justiça do Trabalho - Enunciado Aglutinado nº 5 da Comissão 6.** A proteção jurídica do salário mínimo, consagrada no art. 7º, VII, da Constituição da República, alcança os trabalhadores em regime de trabalho intermitente, previsto nos arts. 443, § 3º e 452-A da CLT, aos quais é também assegurado o direito à retribuição mínima mensal, independentemente da quantidade de dias em que for convocado para trabalhar, respeitado o salário mínimo profissional, o salário normativo, o salário convencional ou o piso regional. A multa prevista no art. 452-A, § 4º, da CLT, imposta ao trabalhador que descumprir convocação anteriormente atendida, não é compatível com os princípios constitucionais da dignidade humana, do valor social do trabalho, da isonomia, da proteção do trabalhador e da função social da empresa. **2ª Jornada de Direito Material e Processual da Justiça do Trabalho - Enunciado nº 3 da Comissão 6.** Nos contratos de trabalho intermitente, é obrigatório indicar a quantidade mínima de horas de efetiva prestação de serviços, pois não se admite contrato de trabalho com objeto indeterminado ou sujeito a condição puramente potestativa, consoante artigos 104, II, 166, II e 122 do Código Civil, aplicáveis subsidiariamente à matéria, nos termos do art. 8º, parágrafo único, da CLT. **2ª Jornada de Direito Material e Processual da Justiça do Trabalho - Enunciado nº 2 da Comissão 6.** Como o contrato de trabalho intermitente deve ser celebrado por escrito, do

central do Direito do Trabalho: a ideia de duração de trabalho e de salário. Dessa forma, com a reforma, o tempo de disponibilidade do empregado passou a ter um novo conceito jurídico relacionado à realidade do tempo à disposição do empregador, mas sem os efeitos jurídicos do tempo à disposição⁵⁰⁷, rompendo com uma tradição oriunda do século XIX constante da Convenção de Washington e das constituições brasileiras no que diz respeito à duração normal do trabalho⁵⁰⁸. Igualmente a noção de salário também foi flexibilizada, posto que o salário poderá existir, eventualmente, se e quando o trabalhador for convocado para o trabalho, mas sem que necessariamente atinja o patamar mínimo⁵⁰⁹, o que por sua vez, conforme já mencionado, proporciona uma redução da arrecadação de receitas para a manutenção da seguridade social⁵¹⁰.

instrumento contratual deverão constar os períodos de prestação de serviços ou a estimativa de serviços a executar, a respeito dos quais se obriga o empregador. **2ª Jornada de Direito Material e Processual da Justiça do Trabalho - Enunciado nº 7 da Comissão 6.** No contrato de trabalho intermitente, a teor do artigo 452-A, § 5º, da CLT, os períodos em que o trabalhador permanecer dentro ou fora do estabelecimento do empregador para atender a interesses, conveniências ou no aguardo de instruções deste último serão computados como horas ou frações efetivamente trabalhadas. **2ª Jornada de Direito Material e Processual da Justiça do Trabalho - Enunciado nº 4 da Comissão 6.** Diante da existência de antinomia jurídica entre o disposto no § 6º do art. 452-A da CLT e o disposto no § 9º do mesmo art. 452-A da CLT, deve-se interpretar o ordenamento jurídico de forma sistemática e utilizar o critério hierárquico para solução do conflito de normas. Assim, tendo em vista o art. 7º, XVII, da CRFB/88, que dispõe sobre o direito às férias anuais remuneradas, ou seja, pagas no momento do gozo do período de descanso (conforme também disposto no art. 452-A, §9º, CLT), o pagamento de férias proporcionais após a prestação de serviços (art. 452-A, §6º, II, CLT) não encontra aplicabilidade. Assim, no trabalho intermitente, as férias devem ser remuneradas quando da sua fruição. **2ª Jornada de Direito Material e Processual da Justiça do Trabalho - Enunciado nº 8 da Comissão 6.** I - É ilícita a contratação sob a forma de trabalho intermitente para o atendimento de demanda permanente, contínua ou regular de trabalho, dentro do volume normal de atividade da empresa. II - É ilegal a substituição de posto de trabalho regular ou permanente pela contratação sob a forma de trabalho intermitente. III - O empregador não pode optar pelo contrato de trabalho intermitente para, sob esse regime jurídico, adotar a escala móvel e variável da jornada. IV - Presente a necessidade de trabalho intermitente, o empregado contratado na forma do art. 443, § 3º, da CLT tem direito subjetivo à convocação, sendo ilícita sua preterição ou a omissão do empregador. **2ª Jornada de Direito Material e Processual da Justiça do Trabalho - Enunciado nº 9 da Comissão 6.** No contrato de trabalho intermitente, o período sem convocação pelo empregador é de tempo à sua disposição e deve ser remunerado como de efetivo serviço. Ônus das variações de demanda do empreendimento são exclusivos do empregador. **2ª Jornada de Direito Material e Processual da Justiça do Trabalho - Enunciado nº 10 da Comissão 6.** O art. 58-A e seus parágrafos, da CLT, alterados por força da Lei 13.467/2017, não são aplicáveis aos comerciários, em virtude da aplicação obrigatória do art. 3º, § 1º da Lei 12.790/2013, em decorrência da especificidade e da prevalência da norma mais favorável ao trabalhador. **2ª Jornada de Direito Material e Processual da Justiça do Trabalho - Enunciado nº 6 da Comissão 6.** O trabalho intermitente não poderá ser exercido em atividades que possam colocar em risco a vida, a saúde e a segurança dos próprios trabalhadores e/ou de terceiros.

⁵⁰⁷ CLT, art. 4º, caput; art. 452-A, §5º.

⁵⁰⁸ GODINHO, Maurício Godinho; DELGADO, Gabriela Neves. **A reforma trabalhista no Brasil**, op cit., p. 162 - 164; BARBOSA, Magno Luiz. Alterações na duração do trabalho e seus reflexos na relação de emprego. In: MARTINS, Juliane Caravieri et al. (Org.). **Reforma trabalhista em debate: direito individual, coletivo e processual do trabalho**. São Paulo: LTr, 2017, p. 65 - 77.

⁵⁰⁹ CLT, art. 78 c/c art. 7º da CRFB e OJ 358, II do TST.

⁵¹⁰ CRFB, art. 195, I, "a".

Uma vez realizadas as considerações preliminares a respeito das principais alterações relacionadas à duração do trabalho, é preciso responder as seguintes questões: i) qual é o conceito de direito ao lazer? ii) qual o conceito de direito à desconexão?

A primeira constatação a ser feita é que existem poucos conceitos sobre o que seja o lazer no âmbito jurídico, visto que, conforme anteriormente mencionado, a maioria dos autores procedem a uma conceituação a partir de outras ciências. Apesar disso, Otavio Amaral Calvet conceitua o direito ao lazer como sendo,

(...) o direito do ser humano se desenvolver existencialmente, alcançando o máximo das suas aptidões, tanto nas relações que mantém com outros indivíduos e com o Estado, quanto pelo gozo de seu tempo livre como bem entender. Numa fórmula mais descritiva, o direito ao lazer pode ser tido como o direito fundamental do homem de se desenvolver como ser humano dotado de razão e desejo, na busca de sua elevação física, psíquica, social e espiritual, estimulando e aprimorando seus talentos e capacidades no interesse que bem lhe aprouver⁵¹¹.

Delimitado o conceito de direito fundamental ao lazer, ainda se levanta uma questão adicional: este direito pertence somente aos cidadãos ou abrange os trabalhadores? Em outras palavras, em razão do direito fundamental ao lazer⁵¹² ser previsto como um direito social e não como um direito dos trabalhadores⁵¹³ restariam estes excluídos do seu campo de aplicação?

Esse não é o entendimento mais correto à luz da interpretação sistemática, teleológica e do diálogo de fontes, visto que o ser humano só pode se desenvolver existencialmente na sociedade contemporânea em razão da junção de dois fatores, trabalho e tempo livre. Assim, em que pese a posição topográfica do direito fundamental ao lazer, ele se revela imediatamente aplicável aos trabalhadores por ser um direito conexo aos direitos fundamentais laborais, sendo revelado por meio da dignidade da pessoa humana, dos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, da construção de uma sociedade livre, justa e solidária, na garantia do salário mínimo, décimo terceiro salário com base na remuneração integral ou no valor da aposentadoria, remuneração do trabalho noturno superior à do diurno, duração do trabalho, repouso semanal remunerado, feriados remunerados, remuneração do serviço extraordinário superior, no

⁵¹¹ CALVET, Otávio Amaral. **Direito ao lazer nas relações de trabalho**. São Paulo: LTr, 2006, p. 76. Cf. também LUNARDI, Alexandre. **Função social do direito ao lazer nas relações de trabalho**. São Paulo: LTr, 2010. BARBOSA, Magno Luiz. **Redução da duração do trabalho: aspectos sociais, jurídicos, econômicos e possibilidades de empregabilidade sob perspectivas contemporâneas**. São Paulo: LTr, 2014; AZEVEDO NETO, Platon Teixeira de. **O trabalho decente como um direito humano**. São Paulo: LTr, 2015; MARTINS, Juliane Caravieri. **Trabalho digno e direitos humanos em tempos de globalização: perspectivas para a América Latina**. Belo Horizonte: Arraes, 2017.

⁵¹² CRFB, art. 6º.

⁵¹³ CRFB, art. 7º.

mínimo, em cinquenta por cento à do normal, gozo de férias anuais remuneradas com, pelo menos, um terço a mais do que o salário normal, redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança, aposentadoria, reconhecimento das convenções e acordos coletivos, proteção em face da automação, na forma da lei, seguro contra acidentes de trabalho a cargo do empregador, sem excluir a indenização a que este está obrigado quando incorrer em dolo ou culpa, valorização do trabalho humano e livre iniciativa, função social da propriedade, defesa do meio ambiente do trabalho, redução das desigualdades regionais e sociais e pela busca do pleno emprego⁵¹⁴, dentre outros.

Em contrapartida, o direito fundamental à desconexão se revela por meio de um não-trabalho, fazendo cessar o uso da tecnologia após o fim da jornada de trabalho. Por esse ângulo, o direito à desconexão não se confunde com o direito fundamental ao lazer, porque enquanto este almeja o desenvolvimento do ser humano em todas as suas potencialidades frente à sua liberdade existencial, isto é, na sua relação com a sociedade frente as escolhas que lhe aprouver, aquele visa a cessação da duração do trabalho, para além dos limites estabelecidos, em razão do desenvolvimento da tecnologia, dando efetividade aos períodos de repouso do trabalhador e protegendo sua esfera de intimidade e vida privada. O direito fundamental à desconexão é como um olhar para dentro da proteção ao trabalhador, porque se vincula muito mais com a proteção da saúde biofísicopsicológica do operário do que com o seu desenvolvimento frente a uma liberdade existencial e a busca pelo prazer e pela felicidade. Em síntese, o direito fundamental ao lazer e o direito o direito fundamental à desconexão são duas faces de uma mesma moeda, quer dizer, da limitação da duração do trabalho. Entretanto, o direito fundamental à desconexão é um direito atípico que se revela em razão da cláusula material de abertura da Constituição⁵¹⁵.

⁵¹⁴ CRFB, art. 1º, III e IV, art. 3º, I, art. 7º, IV, V, VI, VII, VIII, IX, XIII, XIV, XV, Lei n. 605 de 1949, art. 7º, XVI, XVII, XXII, XXIV, XXVI, XXVII, XXVIII, art. 170, caput, III, VI, VII e VIII.

⁵¹⁵ A nível internacional a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, além de preceder a Declaração Universal de Direitos Humanos em seis meses, positivada pela primeira vez o direito a desconexão ao lado do direito ao lazer ao prever no artigo XV que “Toda pessoa tem direito ao descanso, ao recreio honesto e à oportunidade de aproveitar utilmente o seu tempo livre em benefício de seu melhoramento espiritual, cultural e físico”.

3 CONTRATO E DIREITO DO TRABALHO

3.1 O contrato de trabalho entre ideologia e existencialidade

A teoria geral do direito pode ser definida como a busca por conceitos jurídicos mais abstratos abrangendo a definição de norma jurídica, relação jurídica⁵¹⁶, sujeito de direito, dentre outras categorias jurídicas fundamentais. Entretanto, com o desenvolvimento dialético do próprio processo histórico são reveladas modificações das normas jurídicas, instituições do direito e da forma jurídica caracterizada por meio de um sistema de conceitos gerais refletidos no sistema jurídico de determinada sociedade. Em razão desse ciclo de desenvolvimento, Roma, com seu sistema de direito privado, se destacou pelo desenvolvimento de conceitos jurídicos universais enquanto a Europa, durante o século XVII e XVIII, descobriu o significado universal de forma jurídica como uma oportunidade de realização da democracia burguesa. Por consequência, o direito não pode ser mais concebido como acessório de uma sociedade humana abstrata, mas como categoria histórica construído pela contradição de interesses privados⁵¹⁷.

A natureza ideológica do direito consiste em demonstrar que as categorias jurídicas não possuem nenhum outro significado para além delas, sem que isso signifique que o caráter ideológico de um conceito elimine as relações reais e materiais que este exprime. A regulamentação das relações sociais, em maior ou menor grau, assume um caráter jurídico, especialmente no âmbito das relações entre particulares, de modo que uma das premissas da regulamentação jurídica passa a ser o antagonismo dos interesses privados. Em função disso, a regulamentação do comportamento humano tem início a partir do momento em que se manifestam as diferenças e oposições de interesses das partes envolvidas em determinadas relações jurídicas⁵¹⁸.

A título de ilustração, Pachukanis traz à tona a seguinte abordagem,

(...) a cura de um doente pressupõe uma série de regras, tanto para o próprio doente quanto para o pessoal médico, mas, na medida em que essas regras são estabelecidas do ponto de vista da unidade de fim - o restabelecimento da saúde do doente -, elas possuem um caráter técnico. A aplicação dessas regras

⁵¹⁶ Cf. BETTI, Emilio. **Teoria general del negocio jurídico**. Granada: Comares, 2000.

⁵¹⁷ PACHUKANIS, Evguiéni B. **Teoria geral do direito e marxismo**. Trad. Paula Vaz de Almeida. São Paulo: Boitempo, 2017, p. 67 e ss. Cf. também WOLKMER, Antonio Carlos. **Ideologia, Estado e Direito**. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2003; MASCARO, Alysson Leandro. **Estado e forma política**. São Paulo: Boitempo, 2013; BOBBIO, Norberto. **Teoria geral da política: a filosofia política e as lições dos clássicos**. Michelangelo Bovero (Org). Trad. Daniela Beccaccia Versiani. Rio de Janeiro: Elsevier, 2000.

⁵¹⁸ Ibidem, p. 87 e ss.

pode estar relacionada a uma espécie de coerção da sociedade sobre o doente. Mas, enquanto essa coerção for considerada sob o ponto de vista da unidade de fim (para o coagente e para o coagido) idêntico para tanto quem a exerce como para aquele que lhe está submetido, ela não será mais que uma ação tecnicamente racional, e só. Nesse quadro, o conteúdo das regras será definido pela ciência médica e mudará ao par de seu progresso. O jurista não tem nada a fazer aqui. Sua atuação começa quando ele é forçado a abandonar esse terreno da unidade dos fins e a adotar outro ponto de vista, o dos sujeitos isolados que se opõem uns aos outros e dos quais cada um é portador dos próprios interesses privados. Médico e doente se transformam em sujeitos com direitos e deveres, e as regras que os unem, em normas jurídicas. Além disso, a coerção já não é mais considerada a partir do ponto de vista da racionalidade, mas também da óptica da permissibilidade, ou seja, formal⁵¹⁹.

A possibilidade de se adotar um ponto de vista jurídico reside na possibilidade das diversas relações sociais de produção tomarem forma nas relações de troca comercial e se conservarem na forma do direito por meio da concretização das relações jurídicas. O direito se manifesta como o conjunto dessas relações como um sistema inerente aos interesses da classe dominante que os assegura por meio do uso da força organizada. Por consequência, no interior desse sistema de classes o direito se torna indistinguível das relações sociais em geral. Porém, embora essa definição revele o conteúdo de classe contido nas formas jurídicas, não explica a razão desse conteúdo assumir essa determinada forma. Assim, do mesmo modo que a riqueza da sociedade capitalista assume a forma de uma coleção de mercadorias a sociedade se apresenta como uma cadeia ininterrupta de relações jurídicas estabelecendo a ligação entre os sujeitos de direito e objeto negociado por meio do contrato⁵²⁰.

O contrato de trabalho passa a desnudar a forma jurídica e econômica da relação entre o vendedor e o comprador da força de trabalho, permeado por uma série de elementos ideológicos. A vontade, liberdade e igualdade entre as partes contratuais são inerentes ao sujeito de direito, compondo o instrumental jurídico dos operadores do direito. Todavia, essas características suscitam uma série de questionamentos que proporcionam uma efetiva crítica à ideologia do contrato de trabalho. O primeiro dos fatores atrelados à crítica ideológica do contrato de trabalho é a garantia formal da igualdade e liberdade entre as partes contratantes, visto que a forma sujeito de direito torna-se a condição necessária para a existência da liberdade e igualdade no sistema capitalista. Entretanto, essa igualdade e liberdade no desenvolver do modo de produção se revela como contrária à própria efetivação da liberdade material⁵²¹. Nessa

⁵¹⁹ Ibidem, p. 94.

⁵²⁰ Ibidem, p. 96.

⁵²¹ MACHADO, Gustavo Seferian Scheffer. **A ideologia do contrato de trabalho**: contribuição à leitura Marxista da relação jurídica laboral. São Paulo: LTr, 2016, p. 68 e ss.

perspectiva, Gustavo Seferian Scheffer Machado, tomando como base a obra de Pachukanis, afirma que,

Talvez seja o contrato de trabalho o tipo de relação jurídica em que essas duas garantias burguesas, frente aos sujeitos de direito que a compõe, mais se mostrem ausentes ou distantes da realidade material. O que se vê, em verdade, é uma completa disparidade social e econômica entre o proletário e o burguês, que acaba por repercutir em complexa conexão de dependência do primeiro para com o segundo. Este, o burguês, é sim livre na medida do quantum de capital que tem acumulado, e na relação de produção goza de todo poder decisório e condição fetichizada de superioridade. O trabalhador proletariado, por sua vez, possui apenas da liberdade - ampla e irrestrita, é fato - de pleitear o comprador da sua força de trabalho. Nem sempre consegue alguém para adquiri-la, mas isso já não importa ao formalismo burguês...⁵²²

Para além da exteriorização da igualdade e liberdade dos sujeito que compram e vendem a sua própria força de trabalho é possível constatar que os objetos do contrato de trabalho revelam uma equivalência entre mercadorias e o valor da produção, mas o valor percebido pelo trabalhador assalariado em relação ao produto do seu trabalho é menor do que o próprio resultado de sua produção, dando origem à mais-valia como instrumento de exploração do trabalho humano no modelo de produção capitalista. Por consequência, o trabalhador acaba por não assimilar sua real função no modelo capitalista, sendo alienado enquanto agente político na dinâmica de classe. Assim sendo, o contrato de trabalho acaba tendo um duplo papel relacionado à representação do fetiche, o primeiro diz respeito à coisificação do homem nas relações de produção e circulação, isto é, o homem se torna sujeito de direito e portador de direitos da mesma forma que o produto do seu trabalho reveste as propriedades das mercadorias postas em circulação, o segundo demonstra que a forma jurídica, enquanto relação, afirma o domínio do sujeito sobre a coisa fetichizada⁵²³. Em outras palavras, o fetichismo da mercadoria é completado pelo fetichismo jurídico⁵²⁴ dentro de uma dinâmica de classe que desconsidera o contrato de trabalho como uma relação entre partes livres e iguais⁵²⁵, visto que a noção de contratos paritários se tornou insuficiente frente as transformações sociais⁵²⁶.

⁵²² Ibidem, p. 76.

⁵²³ Ibidem, p. 76 e ss.

⁵²⁴ PACHUKANIS, Evguiéni B., **Teoria geral do direito e marxismo**, op cit., p. 124.

⁵²⁵ MACHADO, Gustavo Seferian Scheffer. **A ideologia do contrato de trabalho**, op cit., p. 92

⁵²⁶ MARTINS, Fernando Rodrigues; FERREIRA, Keila Pacheco. Contratos Existenciais e Intangibilidade da Pessoa Humana na Órbita Privada: Homenagem ao Pensamento Vivo e Imortal de Antônio Junqueira de Azevedo. In. **Direito privado e policontextualidade: fontes, fundamentos e emancipação**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018, p. 303. Cf. também BIZELLI, Rafael Ferreira. **Contrato existencial: evolução dos modelos contratuais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018; MACEDO JÚNIOR. Ronaldo Porto. **Contratos relacionais e defesa do consumidor**. São Paulo: Max Limonad. 1998.

Em que pese a leitura marxista do contrato de trabalho tecer duras críticas aos contratualistas, a dogmática jurídica no plano contratual é de extrema importância para a compreensão das novas taxionomias contratuais oriundas da proteção da dignidade da pessoa humana, como os contratos empresariais, relacionais e existenciais. Nessa perspectiva, é imperioso destacar o desenvolvimento dos contratos existenciais. Essa nova taxionomia, proposta inicialmente por Antônio Junqueira de Azevedo, toma como referência a busca pelo equilíbrio dos níveis econômico, jurídico e social do contrato, frente a preservação da vida humana. Na mesma perspectiva, Fernando Rodrigues Martins e Keila Pacheco Ferreira classificam os contratos existenciais como aqueles que possuem, dentro de uma relação jurídica, um sujeito desumanizado, como, por exemplo, o empregador - pessoa jurídica, e um aderente - pessoa natural, como, por exemplo, o trabalhador, com o escopo de proteger o vulnerável ou preservar o mínimo existencial para além dos direitos e obrigações de natureza meramente econômica provenientes do contrato celebrado. A título de explicação, enquanto nos contratos empresariais o elemento marcante é a busca pelo lucro (elemento objetivo) por meio da pactuação de contratos por pessoas jurídicas ou físicas (elemento subjetivo) que busquem a exploração da atividade econômica, nos contratos relacionais, para além da eventual lucratividade, também deve ser observado primordialmente a duração do contrato pactuado, a confiança, o comportamento e a solidariedade das partes contratantes. Por outro lado, os contratos existenciais, mesmo se adaptando à parte dos requisitos dos contratos relacionais, destacam-se pela proteção da pessoa humana e ausência de lucratividade⁵²⁷.

Em relação à proteção humana e à ausência de lucratividade, parece que a crítica marxista aos contratualistas ganha tons mais relevantes, uma vez que no contrato de trabalho a prestação do serviço está atrelada à mais-valia e conseqüentemente à busca por maior lucratividade por meio da exploração do trabalhador. Entretanto, com a reforma trabalhista, o enfraquecimento dos sindicatos e a regulamentação do empregado hipersuficiente, a luta de classes pregada pela ideologia marxistas é de certo modo flexibilizada, pois a partir dessa nova regulamentação o pano de fundo desnudado é justamente a crítica marxista em relação à impossibilidade de se considerar a paridade das partes contratantes em uma relação de trabalho predominantemente marcada por uma relação assimétrica. Dessa forma, é possível classificar o contrato de trabalho na pós-modernidade, ao menos no Brasil, entre ideologia e existencialidade, visto que ainda resiste o principal instrumento de reivindicação por melhores

⁵²⁷ Ibidem, p. 317 - 318.

condições de trabalho (sindicatos) frente a novas figuras e modalidades contratuais desatreladas de uma certa consciência de classe. De todo modo, o contrato de trabalho vai ser penetrado pelas cláusulas gerais e pelos princípios a fim de se preservar a dignidade da pessoa humana e harmonizar os interesses jurídicos contrapostos, em razão de uma releitura axiológica e funcionalista da teoria geral dos contratos, na busca pelo equilíbrio e justiça contratual.

3.2 Autonomia privada, função social e boa-fé objetiva no contrato de trabalho

O Direito do Trabalho, apesar de ser um ramo jurídico especializado, não está alijado do diálogo de fontes, bem como dos princípios gerais de direito, além de outros princípios especiais relevantes para a concretização de uma ordem jurídica laboral justa e equilibrada. Entretanto, para se compreender o modo pelo qual a autonomia privada (autodeterminação), função social e a boa-fé objetiva se revelam nesse ramo jurídico especializado torna-se imperioso abordar o significado de direito justo e conseqüentemente a origem dos princípios fundamentais do direito dos contratos.

A expressão “direito justo” tem sua origem nos pensamentos de Rodolfo Stammler - filósofo do Direito - a partir da publicação do seu livro no ano de 1902. Para o mencionado autor, o direito justo é um direito positivo dotado de características próprias. Em outras palavras, é um direito que possui uma vigência normativa e fática em um determinado tempo e em um determinado lugar. A concepção de Stammler pressupõe que existe um Direito justo ou injusto, parcialmente justo ou parcialmente injusto, conforme a análise do caso concreto. Logo, a questão de justiça equivale a saber se determinada lei é internamente fundamentada ou se encontra a sua pretensão de obediência e de validade normativa em razão de uma justificação objetiva, visto que não é possível se afastar da fundamentação de uma decisão jurídica e conseqüentemente do próprio direito. Entretanto, Stammler não diz qual a razão do inevitável problema relacionado à legitimidade de tudo que é decidido juridicamente. Em seu pensamento, o homem aprendeu a conceber a si mesmo como um ser capaz de ter suas próprias ideias, suas próprias decisões e a aceitar como regra de conduta obrigatória somente aquela que pode ser considerada justa. Essa questão pode até parece estar ultrapassada, mas na verdade não está, porque hoje é possível ver com mais clareza as condições sociais e os processos de motivação presentes na base de cada regulamentação jurídica. Assim, a justiça preconizada por Stammler não é uma justiça lógica ou de pensamento, mas uma justiça normativa que traduz a justificação

de pretensões e a vigência de determinado direito, ou seja, um problema de ordem ética ou de reflexão filosófica sobre a vida prática⁵²⁸.

A teoria do direito justo propagada por Stammler queria encontrar uma via intermediária entre um direito natural válido em qualquer tempo e lugar e o positivismo que dominava o campo jurídico e a Filosofia do Direito. A ideia do direito natural proveniente dos pré-socráticos na filosofia grega foi recebida inicialmente pela filosofia aristotélica e pela filosofia estoíca, bem como por Tomás de Aquino, na idade média, por meio da junção da filosofia aristotélica com a teologia cristã e o método escolástico. Porém, enquanto o direito natural de Aristóteles se baseava na imagem do homem como ser social ordenado em comunidade com seus semelhantes e como ser espiritual dedicado a sua autorrealização, o direito natural da idade média apoiava-se na ideia de uma ordem fundada por Deus para um homem caído, mas dedicado a sua reaproximação com Deus. Em contrapartida, na idade moderna, aparece cada vez mais em primeiro plano a ideia de uma racionalidade construída pelo próprio homem, de modo que Kant projeta sua teoria do Direito segundo os princípios da razão prática, enquanto Hegel visualiza o retorno de Aristóteles no plano da metafísica do espírito. Todas essas teorias coincidem no sentido de que a vigência normativa procede de um direito ideal, um direito em si mesmo, reconhecido pela razão humana e em sentido atemporal, que só consegue validade fática por meio do direito positivo. A escola histórica, cujo representante mais ilustre é Frederico Carlos de Savigny, proclamou a ideia de que o direito positivo está sempre em uma relação histórica de causa e efeito com a metamorfose política e social em uma relação recíproca de causalidade. O direito positivo se espiritualiza, por assim dizer, sem se deslocar do marco de referência legal. Por essa razão, no curso do século XIX, a dogmática jurídica se degenerou dando origem a diversas reações contra o positivismo jurídico⁵²⁹.

Por outro lado, na Filosofia do Direito, o positivismo jurídico possui uma relação mais estreita com o conceito positivista de ciência, segundo a qual fora do terreno da lógica, matemática, só é possível um conhecimento genuíno mediante algumas leis da natureza ou da vida social que possam ser provadas empiricamente por meio da observação e do método experimental. Como isso não é possível em relação aos preceitos éticos, de valores e de critérios para julgar se um direito é justo ou não, todos se referem ao campo de um conhecimento intersubjetivo, não acessível, puramente subjetivo e opinativo. É possível investigar

⁵²⁸ LARENZ, Karl. **Derecho Justo**: fundamentos de ética jurídica. Trad. Luis Díez-Picazo. Madrid: Civitas, 1985, p. 22 - 23.

⁵²⁹ Ibidem, p. 23 - 25.

empiricamente e até mesmo compreender estatisticamente as opiniões difundidas em determinados grupos sociais, mas sem compreender a questão relacionada à justiça. Por consequência, o problema do justo, no âmbito da ética e do direito, é considerado como um problema sem respostas. Em contrapartida, o problema relacionado à justificação e ao fundamento de uma pretensão de validade normativa do direito, inerente às doutrinas de direito natural, é desprezado por uma tradição filosófica por mais de um século. Por isso, Stammler reconsidera novamente este problema no século XX⁵³⁰.

O conceito positivista de ciência foi construído utilizando como referência as ciências que se ocupam das magnitudes mensuráveis e das relações existentes entre elas, de modo que só possível admitir o conhecimento de pretensão absoluta no terreno do quantitativo. Sem embargo, a realidade em que o homem vive somente se desnuda como algo imensurável, pois o homem atribui sentidos a determinadas coisas, pessoas, manifestações e atos para poder interagir com a vida em sociedade. Não é necessário sustentar incondicionalmente a teoria dos estratos da realidade de Nicolás Hartmann para se admitir que a realidade em que o homem vive não possui apenas uma dimensão de largura, que é mensurável, mas também uma dimensão em profundidade, que escapa a fixações exatas. A esta dimensão de profundidade pertence o campo do normativo, isto é, do dever ser. Os fenômenos éticos, como a consciência de culpa ou de responsabilidade, se apresentam frente ao homem como algo que recai sobre a sua própria consciência e não pode ser subtraído. De fato, possuem o caráter do que se experimenta, ainda que não seja possível nenhuma explicação exata desses motivos, o fato é que o homem, ao pensar sobre si mesmo, explica de alguma forma tais fenômenos por meio de uma autoexperiência confirmada por outras experiências semelhantes. As experiências normativas desenvolvem uma linguagem própria, de modo que expressões como justificação, imputação, legitimação e dever não podem ser traduzidas para a linguagem das ciências da natureza. Em vista disso, para o diálogo intersubjetivo sobre o dever ser e o justo, são desenvolvidos modos especiais de argumentação. Porém, como Stammler evita os erros das doutrinas de direito natural? Todos os direcionamentos jusnaturalistas projetaram, conforme seus próprios procedimentos de provas, um código ideal com um conteúdo jurídico incondicionalmente válido e imodificável. Entretanto, o propósito é encontrar um método formal, de validade geral,

⁵³⁰ Ibidem, p. 25 - 26.

com o qual seja possível definir, dirigir e elaborar uma dinâmica das proposições jurídicas historicamente condicionadas, abrangendo a qualidade do objetivamente justo⁵³¹.

Deixando de lado a tese de Stammler segundo a qual todos os direcionamentos jusnaturalistas projetaram um código legal, é possível concluir que o mencionado autor não se contrapõe à multiplicidade de ordenamentos jurídicos existentes no presente e no passado por meio de uma lei justa, compreendida como um conjunto de regras que possui aptidão para pré-determinar uma validade ideal, visto que essas regras não podem existir, porque todas as regras sempre se referem às necessidades e satisfações humanas e estão por isso submetidas a constantes interações. O defeito do direito natural, segundo Stammler, reside no fato de não só afirmar a validade absoluta do método, mas também da matéria elaborada por meio dele. Não obstante, como pode um direito positivo elaborado com o método de Stammler, que consiste em uma harmonia de todas as aspirações sociais, aceitando a qualidade do objetivamente justo, se não oferecer ao menos algumas regras de direito relativamente justas? Por regras de direito relativamente justas deve-se compreender aquelas que em determinadas condições e relacionadas com o momento histórico satisfazem os critérios de justiça. Por outro lado, são injustas as regras de direitos e as instituições que não se enquadram aos critérios de justiça ou que não correspondam mais a eles⁵³².

A consequência da separação realizada por Stammler entre a concepção de direito e a ideia de direito passa a impressão de que a qualidade do que possa ser considerado como objetivamente justo carece de importância para o ordenamento jurídico. Todavia, afirma o mencionado autor que todo direito estabelecido é um ensaio de direito justo. Em todo ordenamento jurídico existe um impulso para o conteúdo justo de suas normas, esse impulso não é algo acessório ao direito, mas inerente à própria existência do direito. O método desenvolvido por Stammler é no sentido de que a práxis do direito justo deve e pode ser aplicada ao menos para colmatar as lacunas da lei para integrar os critérios necessários de integração, como, por exemplo, a autonomia privada, a boa-fé objetiva e a função social dos contratos. Destarte, para que determinado direito positivado possua validade normativa, não é necessário que seja um direito justo de ponta a ponta, mas que seja possível, em seu conjunto, alcançar um direito justo. As regras ou regulamentações constantes, por exemplo, do contrato de compra e

⁵³¹ Ibidem, p. 26 - 27.

⁵³² Ibidem, p. 27 - 28.

venda, do contrato de adesão ou as inerentes à relação empregatícia podem ser justas ou injustas, conforme a época e as possibilidades existentes, em razão das metamorfoses sociais⁵³³.

Quando se justifica a pretensão de validade do ordenamento em sua totalidade não é possível discutir a validade de uma norma jurídica particular pelo fato de que em determinado momento ela pode ser considerada como injusta, visto que uma norma particular injusta, que seria justa se fosse flexível, pode servir ao interesse da segurança jurídica. Em outras situações pode ser que não exista outra norma que possa ocupar seu lugar e por isso se faz necessário a atuação do Legislador. Em outros casos, uma norma injusta em razão da interpretação das cláusulas gerais e princípios pode vir a oferecer resultados justos. Isto posto, é possível concluir que somente em face de uma injustiça óbvia é que se nega a natureza obrigatória da regra, que não pode mais ser legitimada pela força de validade do sistema jurídico como um todo. Porém, é preciso acrescentar que não existe uma única possibilidade de regulamentação relativamente justa, pois é possível existir duas ou mais possibilidades e ambas serem consideradas justas. A título de ilustração, no caso de produtos defeituosos é possível que o comprador escolha entre exigir a retificação dos defeitos, a indenização pelo dano causado, a redução do preço ou até mesmo a rescisão do contrato. Essa reflexão não é meramente teórica, pois existem julgados relacionados à nulidade das cláusulas contratuais que deixam o comprador desprovido de toda proteção jurídica. Contudo, como é possível determinar se uma regulamentação pode ser considerada como relativamente justa ou injusta? A resposta para essa pergunta deixa de lado o pensamento de Stammler, porque não existe um ordenamento jurídico e social ideal⁵³⁴.

A ideia de uma completa harmonia de todas as aspirações humanas é puramente formal e não possui nenhum conteúdo de regulamentação possível. É claro que para conseguir uma harmonia semelhante é preciso realizar uma eleição entre as aspirações contraditórias, de modo que algumas precisam ser recortadas com o fim de que sejam todas conciliáveis entre si e, embora a teoria do ordenamento jurídico unitário não explique como deve ser produzida essa ordem harmônica, Stammler aponta para quatro princípios do direito justo, que, segundo ele, são direções metódicas que remetem a um certo conteúdo de regulamentação, por meio da suposição de que o homem não só persegue seus próprios objetivos, mas tem direitos e obrigações para com a coletividade⁵³⁵.

⁵³³ Ibidem, p. 28 - 29.

⁵³⁴ Ibidem, p. 30 - 32

⁵³⁵ Ibidem, p. 32.

Os princípios jurídicos são pensamentos diretores de uma regulamentação jurídica existente ou possível. Em si mesmos não são regras suscetíveis de aplicação, mas podem ser transformados em regras. Quando remetem a um conteúdo abstrato que conduz a uma regulamentação, são princípios materiais, ainda que lhes falte o caráter formal de proposições jurídicas, representado pela conexão entre um suporte fático e uma consequência jurídica. Os princípios apenas indicam a direção onde está situada a regra que precisa ser encontrada, ou seja, são o primeiro passo para a obtenção da regra, que determina os passos posteriores. Como ao se estabelecer as regras do comportamento humano se escolhe dentre as diferentes possibilidades, os princípios possuem pré-decisões sobre os valores posteriores que precisam ser encontrados e mantidos dentro do marco assinalado pelas pré-decisões, que devem satisfazer os princípios. Assim, é possível distinguir entre uma função positiva e uma função negativa dos princípios. A função positiva consiste no influxo que exercem nas sucessivas decisões e, deste modo, no conteúdo da regulamentação que tais decisões criam. A função negativa consiste na exclusão dos valores contrapostos e das normas que repousam sobre estes valores. Se são princípios de direito justo, então justificam as regulamentações que os acolhem, se não o são, desconsideram as regulamentações. Para se condensar em normas e em decisão, os princípios necessitam de concretização, que, por sua vez, exige um adicional juízo de valor. A função positiva também apresenta uma dose relativa de indeterminação, que não existe na função negativa, por isso na maior parte das vezes é mais difícil decidir que isso ou aquilo é absolutamente injusto, inadequado ou desproporcional, do que dizer o que é precisamente justo, adequado ou proporcional. Quem acredita ser possível se desvincular dos princípios, os considerando como fórmulas vazias, subestima seu conteúdo abstrato e passa superficialmente pela função negativa⁵³⁶.

Desde o livro de Josef Esser sobre princípio e norma na elaboração da jurisprudência do Direito Privado apenas se discute que existem princípios de direito positivo que por sua vez subjazem em uma regulamentação jurídica e por outra se fazem valer por meio da jurisprudência, ainda que com frequência sejam à primeira vista desconhecidos e ocultos sob uma fundamentação aparente. Princípios deste tipo, por exemplo, são a boa-fé, a função social do contrato, a autonomia privada, a confiança, a proporcionalidade, a responsabilidade pelo risco criado, a indenização por um sacrifício especial. Esser também afirma que o princípio não é por si mesmo um mandato, mas a base, o critério ou a justificação de um mandato. Não existe

⁵³⁶ Ibidem, p. 33 - 34.

norma jurídica em sentido técnico que contenha um mandato obrigatório de modo imediato para um determinado círculo de problemas, mas sim que reivindica uma atuação legislativa ou judicial de ordens ou a pressupõe. Uma vez positivados, os princípios são direito positivo, não como um mandato independente ou separado, mas como uma condição inerente à função do particular. Assim, o princípio da liberdade contratual é direito positivo dos contratos e a divisão do poder é direito constitucional positivo, ao menos no mundo jurídico, sem abdicar do seu caráter de princípio e sem se converter em mandato⁵³⁷.

Se os princípios de direito positivo são pensamentos que justificam as regulamentações, servindo como indicadores de um direito justo, sua pretensão de validade só se revela quando é penetrado pelos princípios de direito justo, pois os princípios de direito positivo possuem a presunção de direito justo introduzido no ordenamento positivo ao se conectarem com o correspondente ordenamento jurídico. Porém, como é possível reconhecer os princípios de direito positivo? É preciso ter cautela nesse ponto, porque não se deve generalizar regras elevando o seu grau de abstração, por isso surgem novas regras que possuem um campo de aplicação mais amplo, como ocorre com a parte geral do Direito Civil. Os princípios não são regras acabadas, mas os primeiros fundamentos de uma regulamentação que podem ser concretizados de diferentes modos em uma regulamentação fundada sobre eles. O princípio é apenas o primeiro passo para a elaboração de uma regulamentação e não pode ser obtido por meio da generalização da regra, mas, pelo contrário, é preciso retomar a partir da regulamentação os pensamentos que revelam o seu sentido e a sua vinculação com a justificação de princípio de direito justo. Para o jurista, determinada regulamentação que subjaz a um princípio é uma hipótese de trabalho que pode ser confirmada caso o pensamento diretor ao qual se podem reconduzir as disposições em concreto revelem um conjunto dotado de sentido. Para isso, não importa que um princípio se revele em uma única regulamentação ou em várias, pois o grau de generalidade não é decisivo para o princípio, mas sim a sua amplitude como causa de justificação de uma regulamentação ou de várias regulamentações. O fato do princípio ser considerado como o primeiro passo para uma regulamentação e encontrar uma concretização dentre as inúmeras possibilidades, considerado como o segundo passo, não pode ser compreendido como algo necessariamente em um aspecto temporal, mas no plano da teoria do conhecimento. As primeiras regulamentações, em que subjaz o princípio da responsabilidade

⁵³⁷ Ibidem, p. 34.

pelo risco, surgiram antes mesmo desse princípio ser reconhecido, quando apenas se falava em uma presunção de culpa ou se renunciava à necessidade de fundamentação⁵³⁸.

Desse modo, é preciso distinguir o princípio, como pensamento jurídico condutor das regulamentações e/ou decisões, dos casos concretos em que se realizam por meio de um direito positivo, pois a totalidade do seu sentido e do seu alcance só pode ser compreendida a partir da sua concretização. O princípio, enquanto tal, escapa a toda tentativa de definição conceitual em razão do seu grau de indeterminação. As palavras utilizadas para designar os princípios, como, por exemplo, a boa-fé, confiança, função social, equilíbrio, apenas possuem significados frente a uma conduta correspondente ou em sentido contrário. Uma explicação dos princípios que se limite a convertê-los em meras palavras, sem adentrar em algumas de suas concretizações, corre o risco de se assentar em um nível muito generalizado, em que cada um compreende o que bem entender. Por outro lado, adentrar demasiadamente nas particularidades de uma regulamentação corre o risco de não revelar o princípio subjacente a determinada norma positivada. Por via de regra, o primeiro risco é dos filósofos e o segundo dos juristas. Outrossim, é preciso verificar a conexão entre o princípio com a correspondente regulamentação, onde esse encontra sua concretização no direito positivo, visto que só assim é possível verificar se determinado princípio penetrou ou não determinado direito positivo, sob pena de se encontrar apenas uma fórmula vazia, isto é, adentrar a um processo de compreensão conhecido como o círculo hermenêutico⁵³⁹.

Todos os princípios de direito são princípios de direito justo? Se a resposta a essa pergunta for afirmativa, os princípios não podem servir como critério para discernir se um determinado direito está a caminho da justiça e se a sua pretensão de validade pode ser justificada. Como os princípios de direito são compreendidos como pensamentos diretores de uma regulamentação jurídica, é possível a existência de princípios que do ponto de vista do direito justo acabam sendo considerados como injustos em razão de serem ou não reconhecidos pelo ordenamento jurídico por meio da técnica jurídica. A título de exemplo, o registro imobiliário possui alguns princípios próprios, mas a instauração de um registro imobiliário não é em grande parte algo muito oportuno do ponto de vista da segurança do tráfego jurídico. No entanto, um Direito Imobiliário que não reconhece a instituição do registro além de injusto é um problema de técnica adequada de regulamentação. Logo, demonstrar que determinado

⁵³⁸ Ibidem, p. 34 - 36.

⁵³⁹ Ibidem, p. 36 - 37.

princípio experimenta certa configuração em um direito positivo não é suficiente para afirmar que se trata também de um princípio de direito justo⁵⁴⁰.

Entretanto, o que faz um princípio, que pode ser encontrado no direito positivo, ser considerado como um princípio de direito justo? Conforme já mencionado, os princípios de direito justo devem ser aqueles que fundamentam as regulamentações em razão de serem dotados de uma carga de sentido imediata ou em virtude de um caráter teleológico de todas as regulamentações, como a finalidade de todo direito, na qual reside a justificação da sua pretensão normativa. Para designar este sentido fundamental, a Filosofia do Direito adotou a expressão “ideia de direito”. Essa expressão deixa claro que a diferença entre os princípios, especialmente aqueles que pertencem apenas a um Direito positivo, frente a todos os demais, revela o sentido fundamental do direito como um dever ser enquanto se refere à necessidade de concretização de seu componente de indeterminação ao lado da função negativa, vale para a ideia de direito tudo o que já foi mencionado para os princípios de direito justo. Por sua vez, os princípios de direito justo são determinações mais detalhadas em seu conteúdo da ideia de direito que se refere às possíveis regulamentações que podem servir como pensamentos diretores ou como causa de justificação. Em outras palavras, se enquadram em um ponto intermediário entre a ideia de direito como o último fundamento da normatividade do direito e das regulamentações concretas do direito positivado⁵⁴¹.

Manifestamente só é possível aclarar a carga de sentido de um princípio em relação com a ideia de direito quando se descreve o conteúdo desta ideia delineando ao menos os contornos que tornam realidade a sua concretização. Aqui surge uma nova dificuldade, posto que o conteúdo da ideia de direito só permite afirmações provisórias a respeito do que seja finalmente válido. Como é possível tornar essas afirmações plausíveis sem verificá-las, de tal modo que alguém esteja disposto a aceitá-las *prima facie* com base em discussões? A invocação de uma afirmação da evidência é sempre algo suspeito, ainda que não se deva negar que a evidência existe. Na Filosofia é possível projetar primeiro um esquema de significados para depois averiguar até onde se chega, quer dizer, com que amplitude é permitido dar respostas satisfatórias a certas perguntas abertas. Nesse sentido, infere-se que a ideia de direito possui um conteúdo mínimo que torna viável o reconhecimento de princípios por meio do círculo hermenêutico. A história da filosofia e da filosofia do direito não é apenas um conjunto de

⁵⁴⁰ Ibidem, p. 37 - 38.

⁵⁴¹ Ibidem, p. 38 - 39.

opiniões contraditórias entre si, mas um diálogo por meio dos séculos que contorna determinadas perguntas com o objetivo de abordá-las sobre diferentes aspectos, este diálogo não deixou de oferecer resultados⁵⁴².

Em uma visão retrospectiva, Alfred Verdross afirma que as doutrinas dos diferentes filósofos do Direito no transcorrer da história passam a impressão de um conjunto desordenado de pinturas. Em contrapartida, em uma visão da Filosofia ocidental, cada um dos quadros se reordena como um todo, desenvolvendo-se de modo orgânico e dialético. De um modo parecido se expressam Hans Welzel e Arthur Kaufmann. Assim, revela-se sem dificuldade dois pontos de vista ao redor dos quais gira incessantemente a Filosofia ocidental, designados provisoriamente com os rótulos de paz jurídica e de justiça. A partir deles surgem algumas afirmações sobre a ideia de direito e os princípios de direito como ponto de partida para as regulamentações jurídicas, mas com uma objeção: os resultados da Filosofia do Direito somente são validados em um sentido amplo, pois, conforme sustenta Wolfgang Fikentscher, as diversidades culturais produziram diversas formas de se compreender o direito. Pensar o direito fora de um fenômeno cultural específico deixa em aberto os significados das afirmações sobre direito justo e princípios frente a outras culturas. Sem embargo, ao menos provisoriamente se deve rechaçar a pretensão de quase todos os filósofos de considerar que o direito natural, o direito justo e a ideia de direito tenham uma validade absoluta de sentido para todos⁵⁴³.

Na ideia do Direito como ponto de referência unitário para os princípios se encontra a manutenção da paz jurídica e a realização da justiça. Ao lado desses componentes se menciona um terceiro, a oportunidade, mas é preciso dizer que a oportunidade caracteriza somente a referência usual de todas as regulamentações jurídicas a algum fim, mas não o fim último, pois o legislador deve conceber suas regras como meios idôneos para alcançar os fins perseguidos e os fins da regulamentação que possuem um papel decisivo na interpretação da norma. Por essa razão se distingue os fins gerais e amplos dos fins particulares e concretos, com maior destaque para os primeiros em virtude desses assegurarem a paz e justiça. A paz e o Direito aparecem juntos. O Direito traz a paz e a paz é o pressuposto de desenvolvimento do Direito. Em todo lugar em que o Direito se desenvolve substitui-se a luta violenta pela solução pacífica, de modo que os procedimentos jurídicos ocupam o lugar da autodefesa. Se a paz é, pois, não só o último fim do Direito, mas o pressuposto do seu desenvolvimento, isto quer dizer que a paz como o

⁵⁴² Ibidem, p. 40.

⁵⁴³ Ibidem, p. 41 - 42.

fim último do Direito significa mais do que a própria paz pressupõe. Isso fica mais claro frente a contraposição do estado de natureza e o estado de direito desenvolvido pela doutrina moderna do Direito natural, especialmente em razão do pensamento de Thomas Hobbes⁵⁴⁴.

No estado de natureza, os homens que não reclamam nada para si a custo dos demais, os que pensam conforme o direito, são vítimas irremediáveis da força dos demais, que tratam de oprimi-los. Daí se deriva na humanidade uma grande desconfiança e um temor recíproco de um frente aos outros. Por isso, as pretensões de muitos homens não eram alcançadas, em razão da opressão do mais forte por meio da luta. Se os homens vivem em constante desconfiança uns frente aos outros refletindo como obter seus próprios objetivos primeiro do que os outros fica claro que no estado da natureza os homens vivem em um estado de guerra. Com o passar do tempo, a situação se torna insuportável e os homens decidem passar de um estado da natureza para um estado de direito visando a paz social. O estado de natureza apregoado por Hobbes não é uma descrição histórica de uma determinada situação ofertada, mas uma imagem intelectual que ajuda a compreender sob à luz correta a bondade do poder que serve de apoio para o Direito. Nesse sentido, Kant utilizou uma contraposição entre estado de natureza e estado de direito. O estado de direito é para Kant aquela relação entre homens segundo a qual cada um pode se tornar partícipe em seu direito, enquanto no estado de natureza existem direito e obrigações, mas com a ausência de segurança frente a um ato de força que pode submeter o mais fraco ao controle do mais forte. A visão de Thomas Hobbes é pessimista, posto que também no estado de natureza existem motivos morais ou impulsos espirituais suficientemente fortes para apartar o homem da violência. Embora nos casos de conflitos não vence quem tenha o melhor direito, mas o mais forte, de modo que o mais débil precisa se inclinar, porque não existe nenhum juiz que possa submeter sua demanda⁵⁴⁵.

A ideia de paz jurídica se liga não só à ausência de guerra e de neutralização recíproca, mas também à ideia mais avançada de Direito nas relações entre os homens. Para isso, em primeiro lugar, existem regras segundo as quais os homens passam a reger a sua vida em comum; em segundo lugar, existem juízes para decidir os casos de conflitos, e, finalmente, existe um poder organizado, que caso necessário obriga coercitivamente a observância dos mandamentos do Direito e as decisões dos juízes. Sem embargo, para que um ordenamento jurídico possa se afirmar e se desenvolver, precisa de um poder protetor que bloqueie os arranjos

⁵⁴⁴ Ibidem, p. 43.

⁵⁴⁵ Ibidem, p. 44.

violentos dos conflitos entre os particulares ou entre os grupos sociais por meio dos limites impostos pelo ordenamento jurídico. Entretanto, a paz se efetiva somente onde cada um possa confiar que os tribunais possuem poder para reconhecer o Direito, onde cada um possa contar com que o outro se comportará conforme o Direito, não só com base nos contratos, mas de um modo geral, onde não prevalece o temor, mas a certeza, onde os homens não se comportam uns com os outros de forma inamistosa, mas cooperativa. Tudo isso significa a paz jurídica que o Direito oferece ou que deve oferecer, ainda que na realidade exista sempre alguma distância desse objetivo. Por isso, o direito justo está no caminho da paz jurídica. A paz jurídica abrange a segurança jurídica em sentido estrito e a segurança jurídica compreende a certeza de poder contar com as regras de direito⁵⁴⁶.

Em sentido semelhante todos falam da justiça e todos reclamam da própria justiça. Mas o que devemos entender por justiça? A Justiça não é pregada só a partir do Direito, mas sobre outros preceitos, como, por exemplo, entre pais e filhos, mestres e alunos, dentre outras situações. Os filhos possuem um sentimento muito forte a respeito de serem tratados de forma justa ou injusta, especialmente em relação com seus irmãos e demais alunos da escola. No Direito se prega a justiça a partir de uma decisão concreta, especialmente por meio da sentença judicial, a lei concreta do ordenamento jurídico em seu conjunto. Uma sentença justa é a que proporciona a cada um o que lhe é de direito. Todavia, como é possível dizer que é injusta uma lei a partir da qual se profere uma sentença em um determinado caso? Desse modo, a questão da justiça da sentença conduz à justiça da própria lei. Porém, há critérios para responder esta pergunta de forma independente de cada direito positivado? Se os critérios compreendem os modelos que oferecem automaticamente uma resposta exata, a resposta é negativa, porque considerar uma lei como justa ou injusta depende de diferentes circunstâncias, visto que o legislador se ocupa de regulamentações várias que não podem ser prontamente modificadas⁵⁴⁷.

A ideia de uma ordem social absolutamente justa, com a introdução da melhor constituição política produzida como o ponto final de uma evolução, são ideias que devem ser postas de lado porque a justiça é sempre relativa. Compreendida a justiça nesse sentido, existe na literatura moderna inúmeras afirmações que divergem de modo particular, mas abrangem alguns pontos em comum. Delas não resultam uma definição, mas uma proposição que pode ser utilizada como ponto de partida para uma reflexão. Perelman disse que todos estão de acordo

⁵⁴⁶ Ibidem, p. 46.

⁵⁴⁷ Ibidem, p. 47.

que a justiça significa tratar a todos os seres de forma igual. Henkel aponta para duas máximas abrangidas pelo princípio da justiça: “dar a cada um o que é seu” e “tratar de forma igual os essencialmente iguais e os desiguais na mesma proporção de suas desigualdades”. Engisch fala a respeito das ideias formais tradicionais de igualdade, proporcionalidade e equivalência, Fikentscher fala a respeito de uma justiça igualitária e justiça material, enquanto Ryffel afirma que o significado fundamental da palavra justiça reside em um ordenamento jurídico que subtrai a arbitrariedade humana segundo o qual há de reger o comportamento dos homens. Em sentido estrito, compreende a justiça como o procedimento de igualdade normatizada visando tratar os iguais e os desiguais na medida das suas desigualdades. Para Tammelo, a palavra justo significa uma qualidade valorativa de caráter social, ético e positivo, que corresponde a cada uma das relações de direito e de dever. Por fim, Jonh Rawls sustenta que os homens frente a ideias diferentes de justiça podem, no entanto, estar de acordo com o fato das instituições serem justas se ao atribuírem os direitos e os deveres fundamentais não estabelecem nenhuma diferença arbitrária entre os homens, de modo que as regras produzam um equilíbrio significativo entre as pretensões concorrentes para o bem da vida social. Cada uma dessas formulações indica um ou outro ponto de vista. Para tentar ordenar um pouco os pontos de vista mencionados parece adequada a distinção proposta por Fikentscher a respeito da justiça igualitária e justiça material⁵⁴⁸.

A exigência de uma justiça igualitária significa que o comportamento de todos deve ser julgado com as mesmas regras por considerar que todos os homens são iguais perante a lei sem nenhum privilégio. Isto é, para evitar decisões arbitrárias é necessário estabelecer um padrão que fundamente todas as decisões. Isto significa que o Direito não tem que estabelecer somente regras para a atuação dos homens, mas também para a análise das suas condutas. Da mesma forma, as regras e as decisões que formam o precedente judicial devem se fazer adequadas. A admissibilidade do princípio da analogia como procedimento metódico de integração das lacunas da lei deve se fundamentar com base em um mesmo padrão adotado sem que isso signifique a impossibilidade de se alterar o mencionado padrão em razão das transformações sociais⁵⁴⁹.

A exigência de uma medida igual não diz nada sobre a justiça e a injustiça. Nesse ponto, entra em jogo a exigência de uma justiça objetiva, que reclama uma regulamentação adequada

⁵⁴⁸ Ibidem, p. 47 - 49.

⁵⁴⁹ Ibidem, p. 50.

ao caso. Por exemplo, é por meio da realidade dos fatos que uma criança órfã possui um tutor para gerir seus interesses, visto que não possui capacidade para tanto. Um ordenamento que nesse aspecto não adota nenhuma cautela não pode ser considerado como objetivamente justo, embora vai mais além de atribuir a cada um o que lhe é devido. Um outro ponto de vista se relaciona ao equilíbrio e à ponderação em constante uso na prática judicial que denotam que o dar a cada um o que é seu significa levar em conta o interesse do outro. Equilíbrio, expressão que corresponde à imagem de uma balança, compreende a contemplação dos interesses de cada parte e de cada grupo social, com o qual se liga a exigência de que cada um precisa respeitar ao próximo sem realizar seu próprio interesse às custas do outro. Esse é um ponto de vista utilizado pelos tribunais para a ponderação de valores, porque não existe uma solução pré-fixada pela lei para a solução de conflitos. Próximo a essa ideia também se encontra a equivalência dos contratos sinalagmáticos frente ao princípio da proporcionalidade e da restrição da autonomia da vontade. Outra divisão realizada pela doutrina diz respeito à justiça comutativa e à justiça distributiva. À justiça comutativa pertence a exigência de moderação no sentido de ponderação. É o que ocorre na maior parte dos casos envolvendo a harmonização de bens ou interesses contrapostos. A justiça objetiva se relaciona tanto com a justiça distributiva quanto com a justiça comutativa. Com a justiça distributiva quando se trata de repartir direitos e dividir cargas, com a justiça comutativa quando se trata, por exemplo, de levar a cabo a composição entre vários devedores ou vários prejudicados em uma indenização por danos. Em contrapartida, a justiça igualitária se contrapõe a ambos os tipos⁵⁵⁰.

A paz e a justiça, os dois componentes principais da ideia de Direito, estão entre si em uma relação dialética, o que significa, em parte, que se condicionam reciprocamente. A paz jurídica não é assegurada se o ordenamento que subjaz a ela é injusto. Onde cada um trata de realizar seu suposto direito com os punhos ou domina a guerra civil, desaparece a justiça e triunfa o denominado direito do mais forte, que é o contrário de uma ordem justa. Por outro lado, os componentes podem entrar parcialmente em conflito quando o Direito positivo considerar insegura a probabilidade de alcançar um direito justo, como ocorre com a prescrição e com a coisa julgada. O mesmo se pode dizer quando a lei prescreve a observância de uma forma sob pena de nulidade do ato. O princípio da livre apreciação das provas deve facilitar a prolação de sentença pelo juiz e este por sua vez deve levar em consideração as regras sobre o ônus da prova, de modo que quando não seja possível responder com segurança sobre o que é

⁵⁵⁰ Ibidem, p. 51.

justo no caso concreto, deve-se ao menos ter certeza que o caso está sendo decidido conforme as regras de direito, ainda que não seja justo, pondo fim à controvérsia sobre a paz jurídica. Em outras palavras, fazer justiça é um objetivo mais difícil de se alcançar e o Direito se contenta com algo que é mais fácil de se alcançar, como a manutenção da paz jurídica⁵⁵¹.

Ao se atentar em particular para o Direito justo, deve-se recordar que, por um lado, a realização da ideia de Direito precisa de uma carga de sentido, e, por outro, os princípios precisam ser concretizados por meio do Direito positivo. Como os princípios não podem ser derivados por via de dedução da ideia de Direito, não existe nenhuma garantia de sua integridade, nem se pode aspirar a ela. Só se chega à consciência dos princípios de Direito positivo, que podem ser também princípios de Direito justo, quando é tempo para tanto. Dentre os princípios que serão abordados existem conexões que formam um sistema aberto, porque existem princípios cujo raio de ação se estendem para outros terrenos jurídicos. É possível também que um princípio opere de modo diverso conforme os terrenos jurídicos, como, por exemplo, os princípios da boa-fé objetiva e função social do contrato. Frequentemente, uma regulamentação é determinada apenas por um princípio, mas na maior parte das vezes existem vários princípios em jogo⁵⁵².

Em uma situação hipotética, em que algumas pessoas vítimas de um naufrágio nadam até uma ilha isolada e lá passam a se estabelecer durante algum tempo, faz com que se configure algumas relações recíprocas. Na primeira, o mais forte submete os mais fracos a sua vontade ditando as leis e as suas próprias ordens. Na segunda, todos decidem regulamentar suas relações com base na equiparação e reconhecimento recíproco. Neste caso, os indivíduos estabelecem sua relação sobre a base do Direito formando algo parecido como uma sociedade de Direito Civil. No entanto, é possível que cada um deseje sobreviver sozinho e que por isso dividam a ilha. Assim sendo, cada um dirá que possui determinado direito sobre uma parte da ilha que não pode ser violado, de modo que o pressuposto básico de toda relação jurídica entre duas ou mais pessoas determine que ninguém está submetido ao outro⁵⁵³.

Immanuel Kant formulou a relação jurídica fundamental como a base de todas as demais relações jurídicas. Em que pese sua formulação esteja relacionada ao campo da Filosofia Moral, ela se aplica ao campo jurídico. Para Kant, todo homem que possui uma pretensão jurídica a

⁵⁵¹ Ibidem, p. 51 - 52.

⁵⁵² Ibidem, p. 53.

⁵⁵³ Ibidem, p. 55.

respeito dos seus semelhantes está reciprocamente obrigado a respeitar os demais. O respeito compreende o reconhecimento da dignidade dos outros homens como um valor que não possui preço ou equivalentes, mas que pode ser objeto de estimação. Nesse sentido, é preciso recordar a fórmula do imperativo categórico, segundo a qual se demanda que, justamente porque o homem possui dignidade, deve ser tratado como um fim em si mesmo e não como um meio que serve para outros fins. Daqui deriva, para Kant, a pretensão de todo homem ao respeito de sua dignidade e sua obrigação de respeitar aos demais do mesmo modo. Não se trata apenas de um dever moral, mas de um fundamento ético de toda relação jurídica demonstrado por meio da pretensão conforme o Direito. O fato do homem possuir direitos e deveres é um fenômeno ético. Alguns animais defendem seu próprio território contra outros animais por meio de uma superioridade de força e estado possessório do outro, mas os animais não conhecem o Direito e muito menos os deveres de modo que, no caso de conflito, decidem pela força física. Somente o homem afirma que possui direito a se comportar de certa forma e que o outro está obrigado a um determinado comportamento, porque um pode exigir o respeito do outro e por isso é capaz de regular suas relações sobre a base do Direito ao invés do direito da força⁵⁵⁴.

O homem possui direitos, deveres e relações jurídicas com os demais homens, porque é uma pessoa, isto é, um ser capaz de atuar com autonomia frente a certas exigências, experimentando alguns deveres e responsabilidades. Apenas um ser assim pode estabelecer suas relações com os outros sobre a base do reconhecimento recíproco pelo Direito. O princípio fundamental do Direito, do qual deriva toda regulamentação, é o respeito recíproco, o reconhecimento da dignidade do outro, com a conseqüente indenização pela violação da sua existência em sociedade (vida, integridade física, salubridade) e sua existência como pessoa (liberdade, prestígio pessoal). A partir desse ponto se projeta uma nova luz sobre a paz jurídica: as relações entre os homens não se regem pelo direito do mais forte, mas pelo princípio do respeito recíproco devidamente assegurado. Hegel já assinalava de um modo inequívoco que o reconhecimento recíproco do homem como pessoa constitui a base do Direito. Essa manifestação foi realizada em sua obra de Filosofia Propedêutica, sob influência de Kant. Para Hegel, o Direito consiste em que cada indivíduo seja tratado e respeitado pelo outro como um ser livre, pois só assim a vontade livre por si mesma possui no outro seu objetivo e seu próprio conteúdo. A segunda parte da mencionada proposição pode ser explicada ao se afirmar que um indivíduo se reconhece a si mesmo como um ser livre na figura do outro. O que significa que

⁵⁵⁴ Ibidem, p. 56.

na medida em que é reconhecido como ser livre se torna uma pessoa. Esta frase é reconhecida mais tarde por Hegel na Filosofia do Direito com uma nova roupagem: ser pessoa é respeitar aos demais como pessoas⁵⁵⁵.

O princípio do respeito encontrou sua formulação filosófica como princípio jurídico primeiro em Kant e depois em Hegel, mas suas raízes na história do espírito são muito mais antigas, tendo origem no cristianismo e na ideia de que todos os homens são filhos de Deus e a imagem de Deus e por isso cada um precisa respeitar ao outro como a imagem de Deus. Hegel tinha consciência disso e nas suas lições da história e da filosofia já mencionava que o homem é ao mesmo tempo imagem de Deus e fonte de infinidade, um fim em si mesmo, destinado à eternidade. No mesmo sentido, também afirma que a vedação da escravidão foi um dos primeiros princípios abstratos derivados do cristianismo. A negação da escravidão deriva imediatamente do princípio do respeito recíproco, porque as leis que a permitem são contraditórias à razão e ao Direito. Stammler também denomina como o primeiro dos seus quatro princípios de Direito justo o princípio do respeito recíproco, porque manter um indivíduo juridicamente vinculado por sua própria vontade, como pura manifestação da liberdade, é um destino mais justo do que a escravidão⁵⁵⁶.

A negação da escravidão com a instituição do Direito justo é uma consequência da função negativa do princípio do respeito recíproco. Ao lado da escravidão existem outras relações de total dependência, como a servidão corporal e os trabalhos forçados, esse últimos na medida em que não se trate de obrigações de prestar serviços em caso de necessidade, como nas catástrofes, ou de prestações de serviços de caráter temporário e para todos com base na lei, como a prestação de serviço militar obrigatório. No aspecto positivo, a primeira consequência do princípio, reconhecida em quase todos os ordenamentos jurídicos, é a capacidade jurídica de todos os homens. Isso significa não só que nos ordenamentos jurídicos positivos cada homem, enquanto tal, sem nenhuma particularidade, como disse Hegel, pode ter direitos e obrigações, como também que cada homem possui pelo menos um direito, pelo fato de ser pessoa, o direito ao respeito e à indenização pela violação da sua própria personalidade. A configuração mais pormenorizada desses direitos se produz em um constante processo de concretização, que se desenvolve tanto no plano interno (Constituição, Leis e Jurisprudência) como no plano externo (Tratados Internacionais). Determinar que certos comportamentos lesionam a dignidade de

⁵⁵⁵ Ibidem, p. 56.

⁵⁵⁶ Ibidem, p. 58.

outros é algo que só pode ser esclarecido por meio de um processo de constante concretização no transcorrer do tempo⁵⁵⁷.

Em sentido moral é livre o homem que dita a si mesmo a sua lei, vinculado pelas normas éticas que o reconhece e que atue conforme elas, posto que não é livre o homem que segue unicamente seu apetites e inclinações momentâneas. Nesse sentido, a liberdade é obtida lutando incessantemente contra os influxos exteriores e as próprias inclinações. A possibilidade de se decidir, sob a lei moral, pela verdadeira liberdade pressupõe a liberdade de escolha ou a liberdade de arbítrio, no sentido de Kant, que, todavia, não é a verdadeira liberdade, mas sua condição prévia. A liberdade de escolha incluía a liberdade para o amor e paradoxalmente a liberdade para a falta de liberdade. A liberdade de escolha ou liberdade de arbítrio se alude por meio dos direitos de liberdade. A liberdade de arbítrio em um Estado de Direito só pode existir dentro de limites determinados, pois a liberdade não pode compreender atos antijurídicos que se apoiam na liberdade de todos. Em determinadas áreas da vida em comunidade, que satisfaçam as condições de um Estado de Direito, todos precisam aceitar certas limitações da liberdade. Todo direito de liberdade encontra seu limite no direito de liberdade dos demais e nos deveres que o Direito impõe a cada um em benefício da paz jurídica e a todos em benefício de uma comunidade assentada sobre o Estado de Direito. Com isso se resolve a admissibilidade da coação jurídica muito debatida por Kant. Quem exige direitos precisa suportar os correspondentes deveres, porque o direito de liberdade não é um direito que pode ser usufruído sem os deveres que lhe são inerentes⁵⁵⁸.

O princípio do respeito recíproco se dilui por todo o ordenamento jurídico, de modo que subjaz a todo contrato e conseqüentemente ao Direito dos Contratos, pois quando um contrato deixa de ser cumprido se reconhece que uma ou ambas as partes deixam de ser pessoa. O contrato constitui uma categoria fundamental do Direito, ao lado do direito geral de personalidade que protege a pessoa humana em seu âmbito de existência. A porta de entrada para o respeito da pessoa no âmbito do Direito Privado consiste nas cláusulas gerais da boa-fé e da função social do contrato por abrangerem a ideia de proporcionalidade de tal modo que passam a ser considerados nulos os contratos que limitem ou cerceiem de maneira excessiva a liberdade da outra parte. O caráter fundamental do princípio do respeito recíproco é maior do

⁵⁵⁷ Ibidem, p. 59 - 60.

⁵⁵⁸ Ibidem, p. 62.

que a grande maioria dos demais princípios em razão destes o pressuporem em maior ou em menor medida⁵⁵⁹.

Do mesmo modo, a regra de que os contratos são obrigatórios (*pacta sunt servanda*) é comum a todos os ordenamentos jurídicos, ainda que sejam diferentes as exigências de cada ordenamento jurídico em relação à forma e à validade da sua celebração. No fundo, a *pacta sunt servanda* se limita a expressar que as partes estão obrigadas reciprocamente por meio do contrato. Isso posto, a vinculação de cada parte contratante repousa em sua própria vontade, na sua própria autodeterminação. A parte se vincula porque sabe que a outra parte também irá cumprir com o que promete. Assim, a conclusão do contrato se torna um ato de autodeterminação por meio de uma autovinculação das partes⁵⁶⁰.

A necessidade de regulamentar as relações por meio de um contrato ao invés da coação é uma consequência derivada do princípio do respeito recíproco, em que pese a existência de negócios jurídicos unilaterais, como, por exemplo, a declaração de denúncia de um contrato, não obstante, quem realiza um negócio jurídico desse tipo necessita de uma autorização para que o negócio jurídico seja válido. O ordenamento jurídico concede o direito à denúncia antecipada de uma relação contratual quando um dos contratantes não cumpre com as suas obrigações contratuais, quando uma relação contratual de larga duração produz uma grave perturbação na base da confiança ou quando por outras causas já não exigem da outra parte a continuação da vinculação. Sem embargo, no Direito Privado e entre os que se encontram em um mesmo plano, por exemplo no Direito Internacional, continua sendo considerado como princípio que ninguém pode submeter o outro unilateralmente a obrigações ou a outra situação de desvantagem jurídica, já que isso só pode ocorrer voluntariamente mediante um contrato. Para que o contrato seja um ato de autodeterminação, é requisito que cada parte contratante possa tomar uma decisão livre de toda coação, isto é, não se encontrar sob o efeito de uma ameaça ou de um engano que provenha do outro contratante e que sua declaração expresse inequivocamente sua vontade para permitir os efeitos jurídicos prometidos. Por isso cada ordenamento jurídico precisa conter os preceitos que assegurem a livre manifestação da vontade⁵⁶¹.

⁵⁵⁹ Ibidem, p. 66.

⁵⁶⁰ Ibidem, p. 68.

⁵⁶¹ Ibidem, p. 68.

O objeto dos contratos de Direito Privado é a troca de bens e serviços ao lado dos negócios de crédito, garantia e dos demais negócios auxiliares do intercâmbio de bens e de transação de valores financeiros. O tráfego de bens pressupõe que os particulares podem dispor de bens que não estejam especificamente vinculados à pessoa, quer dizer, os bens normalmente alienáveis. Os bens são coisas que pertencem a uma pessoa, créditos, especialmente de dinheiro e outros provenientes do trabalho. Desse modo, a instituição da propriedade juridicamente reconhecida de uma pessoa sobre uma coisa acarreta a exclusão da influência de todas as demais pessoas sobre essa coisa. Entretanto, se vincular por meio de um contrato não significa produzir apenas uma obrigação, mas seguir em frente com a modificação convencionada de uma situação jurídica. Mas, como pode um homem emitindo uma declaração de vontade se vincular ou criar uma vinculação? Os contratos vinculam porque as partes se comprometem independentemente das sanções jurídicas e outras condições oriundas do direito positivado⁵⁶².

O fenômeno da autoderminação não se limita à esfera do Direito, mas vai ao encontro da esfera moral como vinculação moral a uma promessa dada e aceita. Por essa razão, não há dúvida que existe um mandamento moral em relação a tal promessa. Mas, onde se encontra esse mandamento? Novamente, o fundamento precisa ser buscado na promessa em si mesma considerada ou fora dela. O primeiro caminho foi perseguido por Adolf Reinach e o segundo por Friedrich Bassenge. Ambos os autores concordam que uma promessa é algo distinto de uma declaração de um propósito. Quem comunica ao outro seu propósito de passear pela manhã em determinado lugar não se obriga a nada, inclusive se o outro manifesta o propósito de ir ao mesmo lugar com a esperança de o encontrar. Entretanto, poderia surgir um dever moral de informar ao segundo eventual desistência de passear para não decepcionar a outra parte. Outra coisa é quando uma pessoa afirma que vai encontrar com outra em um determinado lugar, pois nesse caso existe a obrigação de o declarante manter sua palavra, salvo circunstâncias extraordinárias que justifiquem sua ausência, porque a outra parte que confiou na palavra do declarante o reprovará. O sentido de uma promessa, diferentemente da comunicação de um propósito, reside no fato de que o promitente manifesta a sua responsabilidade pelo que foi mencionado em sua promessa com a consequência de receber uma reprovação moral caso não a mantenha⁵⁶³.

⁵⁶² Ibidem, p. 70.

⁵⁶³ Ibidem, p. 71.

Friedrich Bassenge vê na promessa um ato de sucessão intencional de confiança. O promitente se dirige ao destinatário da promessa com o propósito de lhe fazer confiar na promessa. Por isso, o mencionado autor compreende que a promessa só se realiza quando o outro confia nela, pois se não há confiança não há promessa. O fundamento da vinculação moral da promessa precisa justificar a confiança na prática produzida. Essa fundamentação da força vinculante da promessa possui várias objeções. Não é convincente que a promessa não produza efeitos e que vinculação do promitente não goze de efetiva confiança do receptor da respectiva promessa. Pode o promitente se opor ao receptor da promessa que desde o início não confiou nela e por isso não está vinculado? Para o Direito isso não seria aceitável. Em todo caso, a confiança se manifesta porque o outro se vincula mediante a promessa, por isso a confiança não pode ser por si mesma a causa da vinculação. Essas são as razões a favor da tese que vê a promessa como a causa da própria vinculação. Segundo Reinach, a pretensão da obrigação se funda na promessa enquanto tal. A promessa é um ato social de um determinado tipo, cujo sentido vincula o promitente. O fundamental é que o homem seja capaz de atos desse tipo e que todos entendam o sentido desses atos cuja origem remonta ao dever e a sua existência moral e pessoal à luz de um mandamento⁵⁶⁴.

O filósofo Nicolás Hartmann fala nesse sentido em um poder fundamental ético da pessoa e coloca nela a capacidade do homem de formular promessas, criar obrigações, concluir contratos e a se responsabilizar pelos seus atos. Tão grande como a capacidade de uma pessoa para assumir com essas responsabilidades e compromissos é a potência ética e o peso da sua humanidade. Por isso, a frase de Bassenge no sentido de que a confiança produzia na prática é válida, não apenas como exigência moral, mas como um dos princípios de Direito justo. Esse princípio tem um papel muito importante em algumas figuras do Direito privado, como ocorre com a responsabilidade no caso de declarações defeituosas. O que ocorre é que este princípio não traz consigo a intensa força de vinculação de uma genuína promessa, que é independente de despertar a confiança. Tampouco é um argumento contra a autovinculação para se produzir uma vinculação que no Direito antigo exigia normalmente uma forma como meio de se vincular. Essa circunstância colocou nas mãos da vontade dos particulares a validade de certo negócios jurídicos⁵⁶⁵.

⁵⁶⁴ Ibidem, p. 73.

⁵⁶⁵ Ibidem, p. 74.

A autodeterminação é uma das capacidades fundamentais do homem. A possibilidade de celebrar contratos e de regular por meio deles suas relações jurídicas é um importante tipo de atuação dessa capacidade. Por isso a liberdade é um princípio de Direito justo, embora possua inúmeros limites. Dentre eles, existem alguns que derivam de outros princípios e outros que derivam da própria ideia de autodeterminação. Da ideia de autodeterminação também podem resultar limitações internas. A realização da autodeterminação por meio do contrato pressupõe que nenhuma das partes se encontre obrigada a aceitar tudo que a outra pede, seja em razão da sua inferioridade econômica ou em razão de depender completamente das prestações da outra parte. Existem muitas outras limitações internas da liberdade de contratação que se fundamentam em objetivos de política econômica. De toda forma, a autodeterminação do particular enquanto sujeito econômico é um princípio de Direito justo ao lado da liberdade contratual, em que pese essa autodeterminação ser muito pouco aproveitada em virtude das assimetrias econômicas. Por isso, é necessário ser objetivo de uma política mais justa conferir cada vez mais aos homens o maior uso possível de todas as liberdades que lhe outorgam o direito justo e a liberdade contratual, bem como determinar quais limitações são em cada caso necessárias a fim de se evitar difíceis inconvenientes que fiquem sujeitos à decisão política do legislador⁵⁶⁶.

Dentre as inúmeras espécies de contratos, se destacam os sinalagmáticos marcados por uma relação de troca. O Direito alemão constrói esses contratos como contratos obrigatórios, ainda que a troca tenha sido instantânea como no contrato de compra e venda em que uma parte se obriga a uma determinada prestação frente a outra e esta, por sua vez, se obriga a uma determinada contraprestação em relação à primeira. A prestação pode ser a transmissão de uma coisa, sua concessão para uso temporário ou a realização de uma obra ou serviço. A grande maioria dos negócios da vida cotidiana são contratos bilaterais. Dessa forma, no contrato sinalagmático surge a relação de prestação e contraprestação, porque cada um deseja receber do outro uma prestação que seja pelo menos equivalente com a sua, isto é, cada um busca vender ou comprar em termos mais favoráveis, mas cada um, para controlar a margem de gasto, oferece aquilo que considera como contraprestação suficiente. Por isso, é imanente ao contrato sinalagmático a ideia de um equilíbrio aproximado entre prestação e contraprestação. Porém, os autores do Código Civil alemão afirmavam que essa noção de equivalência subjetiva entre as partes contratantes deveria ser abandonada em razão dos limites estabelecidos por cada

⁵⁶⁶ Ibidem, p. 75.

ordenamento jurídico à autonomia privada (equivalência objetiva). Em sentido contrário, Flume e Schmidt-Rimpler afirmam que o contrato é uma regulamentação jurídica especial e por essa razão está sujeito, como qualquer outra regulamentação jurídica, à exigência de uma justiça ética no conjunto de interesses contrapostos. Schmidt-Rimpler parte da ideia segundo a qual um contrato bilateral, manifestado por meio de um ato de autodeterminação, não pode ser considerado como injusto para nenhuma das partes⁵⁶⁷.

Da mesma forma, o consentimento de ambas as partes e a possibilidade de rejeição de um contrato levam à justiça contratual, quer dizer, à probabilidade da justiça do conteúdo contratual. Para o mencionado autor, todas as instituições jurídicas possuem uma tendência incondicionada à ideia de justiça. Essa defesa da justiça nos contratos bilaterais só pode funcionar quando cada parte aprecia convenientemente seu interesse e está em condição de rechaçar o contrato oferecido, embora ambas as situações não sejam frequentes. A defesa da justiça, constante do mecanismo contratual, não pode resolver todos os casos que envolvem o problema da validade jurídica dos contratos injustos. Sem embargo, existe a possibilidade de se comprovar objetivamente que duas prestações são entre si aproximadamente equivalentes? O preço justo e o salário justo eram os problemas centrais do Direito natural, do quais se ocuparam os juristas, filósofos e os economistas. O problema do salário justo também se vincula à teoria da mais-valia de Karl Marx. Porém, de acordo com o que se deve medir essa equivalência? Engisch cita como fatores que podem ter um papel relevante para essa questão: o custo do trabalho, o trabalho realizado, a situação do mercado e a relação entre oferta e demanda. Todavia, esses fatores não esclarecem muito a mencionada questão⁵⁶⁸.

O salário justo é quase um problema sem resposta em razão de pontos de vista completamente diferentes. Além disso, é preciso distinguir os que oferecem seus serviços por conta própria dos que possuem uma relação de dependência, como os trabalhadores em uma relação empregatícia. Em relação aos primeiros, existe um papel relevante na qualidade da prestação do serviço ao lado da duração do trabalho frente a estipulação do valor a ser pago pelo cliente. Por essa razão, quando a obra não alcança a qualidade ou não é produzida dentro de um prazo razoável pode ocorrer o abatimento proporcional do preço acordado ou a própria rescisão do contrato. Para buscar o valor da obra se recorre ao valor usual atribuído a outras obras da mesma espécie frente a relação de oferta e de demanda. Se o mercado de prestações

⁵⁶⁷ Ibidem, p. 78 - 79.

⁵⁶⁸ Ibidem, p. 80 e ss.

do tipo que se questiona é um mercado equilibrado, então é possível tomar como referência o preço com base no valor objetivo encontrado nas demais obras. Sem embargo, essa solução não vale para as prestações que não são compatíveis, como, por exemplo, as obras artísticas ou nos casos de oferta excessiva. Nesses casos, é preciso aceitar como limite mínimo, por debaixo do qual se começa a exploração, um salário com o qual seja possível manter sua existência econômica. Por outro lado, na segunda hipótese, é utilizado como medida a priori o valor do salário à luz do mercado, porque, neste caso, as partes envolvidas, via de regra, estão em uma relação de desequilíbrio. Essa relação de desequilíbrio pode vir a ser compensada pela atuação dos sindicatos⁵⁶⁹.

Outrossim, as atividades do mesmo tipo devem ser retribuídas de modo equânime, visto que não é lícito estabelecer diferenças entre homens e mulheres, nacionais e estrangeiros, jovens e adultos. Sem embargo, não existe nenhuma regra geral a respeito do modo pelo qual se valoram as atividades. Nesse aspecto, só é possível observar o grau de dificuldade, a formação prévia necessária, as cargas físicas e emocionais, os requisitos estabelecidos sobre a qualidade, cuidado e precisão, bem como os riscos para a saúde do trabalhador em face do que se pretende com o trabalho. A dificuldade para mensurar os salários e as remunerações aumenta em razão de alguns aspectos sociais, como a relação familiar, as necessidades vitais do trabalhador e o tempo despendido a favor da empresa. Por isso, o ordenamento jurídico se limita a reconhecer os sindicatos, o direito de greve e os acordos e convenções coletivas como pressupostos para a discussão do salário por meio de forças iguais⁵⁷⁰.

Ao contratar, as partes podem se desprender das regras positivadas. Contudo, quando isso ocorre beneficiando apenas uma das partes, levanta-se novamente a questão relacionada se a autodeterminação justifica qualquer gênero de estipulação ou se deve ser limitada por meio de uma justiça contratual objetiva, posto que a garantia de justiça não funciona regularmente quando as condições contratuais pesam unicamente sobre uma das partes. Por esse motivo, o Direito dos Contratos também se apoia no princípio da equivalência objetiva. Em seu aspecto positivo, este princípio atua configurando o direito ordinário que integra o contato. Em sua função negativa se manifesta como limite do conteúdo contratual e das condições gerais de contratação. Excepcionalmente, nos casos de desaparecimento da base do negócio jurídico⁵⁷¹,

⁵⁶⁹ Ibidem, p. 83 - 84.

⁵⁷⁰ Ibidem, p. 85.

⁵⁷¹ Cf. LARENZ, Karl. **Base del negocio jurídico y cumplimiento de los contratos**. Trad. Carlos Fernández Rodríguez. Granada: Editorial Comares, 2002.

é possível a revisão judicial do contrato. Os princípios da autodeterminação e autovinculação correspondem à proeminência dos elementos genuinamente constitucionais de todos os contratos, mas sob a ótica de diferentes fatores, visto que os valores jurídicos da sociedade ocidental, ordem, justiça e liberdade, também estão presentes nas relações contratuais⁵⁷², mas sob a roupagem da autonomia privada, justiça contratual e boa-fé, princípios fundamentais dos contratos⁵⁷³.

O princípio da autovinculação (fidelidade ao contrato) revela o fundamento moral que visa evitar a quebra da confiança. O ordenamento jurídico protege a confiança suscitada em razão do comportamento, porque confiar é fundamental para uma vida pacífica em coletividade e para a paz jurídica. Conseqüentemente, quem defrauda a confiança produzida por meio de um negócio jurídico, além de retirar a segurança da relação jurídica, responde pelos danos e prejuízos causados. O princípio da confiança possui um elemento de ética jurídica e outro voltado para a segurança do tráfego jurídico privado. A título de ilustração, o contrato de trabalho frente a uma relação simples desnuda o direito do trabalhador de exigir do seu empregador o seu salário, já em uma relação complexa, a relação entre empregado e empregador traz à tona todos os direitos e deveres que mantêm ambos em uma situação de correção e interdependência. Por essa razão, os deveres primários (principais), referentes às prestações nucleares que satisfazem diretamente o interesse de cada parte, os deveres secundários (acessórios), que correspondem à realização de prestações determinadas, mas diversas das que caracterizam a obrigação, como, por exemplo, a indenização por inadimplemento contratual e os deveres fiduciários (anexos) ou meros deveres de conduta, que são aqueles que apontam para o dever de agir de acordo com a boa-fé, tendo como fundamento a confiança gerada na outra parte, também devem ser respeitados na relação empregatícia. Os deveres fiduciários ou anexos se subdividem em quatro categorias: i) os deveres de cuidado, também denominados de proteção ou de segurança, afirmam que cada parte em uma relação obrigacional deve zelar para que a outra não sofra lesões, ii) os deveres de informação ou de esclarecimento são aqueles que obrigam as partes a se informarem mutuamente de todos os aspectos relacionados aos contratos, iii) os deveres de assistência, colaboração ou de cooperação são aqueles que obrigam uma das partes a prestarem auxílio à contraparte, instruindo-a sobre como resolver determinados problemas oriundos dos contratos, iv) os

⁵⁷² LARENZ, Karl. **Derecho Justo**: fundamentos de ética jurídica, op cit., p. 85 e ss.

⁵⁷³ NORONHA, Fernando. **O direito dos contratos e seus princípios fundamentais**: autonomia privada, boa-fé, justiça contratual. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 12.

deveres de lealdade, que obrigam as partes a se absterem de ações que possam falsear o objetivo do negócio jurídico ou desequilibrar a relação jurídica pactuada⁵⁷⁴.

O Direito do Trabalho tem como base do seu negócio jurídico a prestação pessoal de serviços por uma pessoa natural a determinada empresa, com habitualidade ou não-eventualidade, onerosidade e subordinação jurídica⁵⁷⁵ à luz dos princípios fundamentais dos contratos. O princípio da autonomia privada se revela por meio da liberdade tanto do empregado como do empregador para pactuarem as condições inerentes ao contrato de trabalho, embora esse princípio interesse mais ao empregador, que determina as condições da prestação do serviço, do que ao empregado⁵⁷⁶. Por outro lado, a função social do contrato demanda uma nova compreensão da liberdade contratual, vinculando as partes à promoção tanto dos interesses pessoais como dos interesses extracontratuais socialmente relevantes. Por esse motivo, a função social do contrato passa a ser fundamental para a compreensão da relação entre autonomia privada e ordem jurídica. A partir dessa nova compreensão do direito privado os institutos jurídicos passam a ser analisados como instrumentos adequados à realização de certas finalidades segundo as aspirações axiológicas da sociedade em determinado espaço de tempo e lugar. Com o primado da função sobre a estrutura, a liberdade contratual passa a ser controlada pelas finalidades almejadas por ambas as partes⁵⁷⁷, visto que a liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato⁵⁷⁸.

A perspectiva funcional também possui relevância para o controle do abuso de direito⁵⁷⁹, pois o fim econômico ou social do direito, ao lado da boa-fé objetiva, constitui um dos critérios para a sua análise. Essa perspectiva é plenamente aplicável às relações de trabalho, pois o poder diretivo do empregador não é absoluto, devendo atender, por essa razão, aos interesses da

⁵⁷⁴ NORONHA, Fernando. **Direito das obrigações**. 3ª ed. revisada e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 91 e ss.

⁵⁷⁵ CLT, art. 2º e art. 3º.

⁵⁷⁶ NORONHA, Fernando. **Direito das obrigações**, op. cit., p. 350. Cf. também FERRI, Luigi. **La autonomia privada**. Trad. Luis Sancho Mendizábal. Granada: Editorial Comares, 2001, p. 88 e ss. SANTOS, Ronaldo Lima dos. Autonomia privada coletiva - negociação coletiva, acordos e convenções coletivas na Lei n. 13.467/2017. In: MARTINS, Juliane Caravieri et al. (Org.). **Reforma trabalhista em debate: direito individual, coletivo e processual do trabalho**. São Paulo: LTr, 2017, p. 189 e ss. LORENZETTI, Ricardo Luis. Incidencia de la constitucionalización del derecho privado em la regulación de la vida cotidiana de las personas - el caso del código civil y comercial de la nación argentina. In: TEPEDINO, Gustavo; MENEZES, Joyceane Bezerra de (Coord.). **Autonomia privada, liberdade existencial e direitos fundamentais**. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 77 e ss.

⁵⁷⁷ RENTERÍA, Paulo. Função social do contrato e abuso de prerrogativas contratuais por parte de empregadores e empregados. In: TEPEDINO, Gustavo et al. (Org.). **Diálogos entre o Direito do Trabalho e o Direito Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 249 e ss. Cf. também GODOY, Cláudio Luiz Bueno de. **Função social do contrato**. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 110 e ss.

⁵⁷⁸ CC, art. 421.

⁵⁷⁹ CC, art. 187.

coletividade e de terceiros em razão dos princípios constitucionais e inerentes ao próprio direito do trabalho⁵⁸⁰. Por essa razão, o empregador não deve exigir do trabalhador que preste serviços para além do limite legal da duração do trabalho previsto constitucionalmente, salvo exceções previstas em lei ou pactuadas em instrumentos coletivos. O empregador também não deve permitir que o trabalhador labore para além do limite legal da duração do trabalho, ressalvadas as exceções, sob pena de violar o dever de proteção⁵⁸¹ e romper com o equilíbrio contratual.

Sem embargo, em que pese a teoria da onerosidade excessiva não ser aplicada ao contrato de trabalho em virtude do aumento das funções executadas pelo empregado, não se considera como evento imprevisível e extraordinário, mas como ato imputável ao empregador, que confere novas atribuições ao empregado⁵⁸² ou aceita que este cumpra suas funções para além do limite legal da duração do trabalho. O proveito econômico adquirido pelo empregador em razão de exigir ou permitir o trabalho excessivo do trabalhador proporciona um desequilíbrio contratual em razão do potencial lesivo⁵⁸³ de privar o trabalhador do seu direito fundamental ao lazer, aqui compreendido como o direito do ser humano se desenvolver existencialmente, alcançando o máximo das suas aptidões, tanto nas relações que mantém com outros indivíduos e com o Estado, quanto pelo gozo de seu tempo livre como bem entender.

3.3 A responsabilidade civil do empregador por excesso de trabalho frente a reforma trabalhista

O ordenamento jurídico demanda dos indivíduos comportamentos convenientes com o interesse comum e com o interesse de toda a coletividade. Quem não observa essas exigências pode vir a sofrer com as penas estipuladas em razão da violação do Direito. É claro que para a aplicação das penas é preciso se justificar os pressupostos determinantes e estritamente formulados conforme o Direito justo, princípio do respeito recíproco e os direitos de personalidade⁵⁸⁴. Por isso, em primeiro lugar iremos nos ocupar da questão relacionada à justificação das penas e o princípio da culpa no Direito Penal para posteriormente abordamos a

⁵⁸⁰ RENTERÍA, Paulo. **Diálogos entre o Direito do Trabalho e o Direito Civil**, op. cit., p. 258 e ss.

⁵⁸¹ Cf. FRAZÃO, Ana. A boa-fé objetiva e o contrato de trabalho: as funções de criação de deveres instrumentais e de limitação ao exercício de direitos e faculdades contratuais. **Diálogos entre o Direito do Trabalho e o Direito Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 295 e ss.

⁵⁸² BANDEIRA, Paula Greco. A tutela do equilíbrio contratual nas relações de trabalho. In: TEPEDINO, Gustavo et al. (Org.). **Diálogos entre o Direito do Trabalho e o Direito Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 275.

⁵⁸³ CC, art. 157.

⁵⁸⁴ LARENZ, Karl. **Derecho Justo**: fundamentos de ética jurídica, op. cit., p. 99.

temática relacionada com a responsabilidade civil do empregador por excesso da duração do trabalho por meio do diálogo de fontes com o Direito Civil.

A pena é compreendida como um mal para o apenado. Todavia, quem autoriza a comunidade jurídica, representada pelo Estado, para impor o mal a um dos seus membros nos casos das penas privativas de liberdade limitando rigorosamente um dos mais importantes direitos de personalidade? A resposta está relacionada ao caráter necessário da pena para a conservação da paz jurídica. Com isso se revela a dupla finalidade da pena: i) a prevenção geral; ii) a proteção da sociedade frente a um agente qualificado como perigoso. Porém, a prevenção geral deve ser compreendida como uma reação frente a um comportamento imoral e digno de ser punido a fim de se produzir um efeito pedagógico social. Nesse sentido, apenas se deve submeter à ameaça de uma pena aqueles atos e omissões que no sentido da lei moral social dominante merecem uma censura moral e são dignos de pena em razão do seu caráter danoso para a comunidade ou em razão da inobservância do Direito que expressam. A pena deve ser recebida como algo justo frente ao caso concreto⁵⁸⁵.

Como os homens são abertos ao dever e entregues às inclinações contraditórias, o que dificulta o controle de muitos deles, exigem-se apoios e motivações adicionais para a observância das normas. Uma destas motivações adicionais é a instituição da pena. Por esse motivo, a prevenção geral e a proteção da sociedade trazem à tona a necessidade social da pena a fim de reeducar os indivíduos. A justificação de uma pena como instituição reside na conexão entre seu caráter necessário para a paz jurídica e o princípio da culpa, que é um princípio de Direito penal e um princípio de Direito justo, porque a agressão à personalidade do agente só pode ter uma justificação moral. Mas o que pode ser considerado como culpa? Para aclarar essa ideia é preciso se falar a respeito das experiências éticas fundamentais no que tange à capacidade pessoal do homem para obrigar a si mesmo, posto que ao homem deve ser imputado as suas ações, omissões e as consequências que lhe são inerentes⁵⁸⁶.

Sem embargo, os defensores do determinismo afirmam que o ponto de vista exposto absolutiza o mecanismo causal e que o homem está submetido às leis da natureza em seus sentimentos, desejos, inclinações e atos que deles derivam. O fato do homem não poder atuar de modo distinto do que tem atuado é considerado como nada mais do que uma sequência infinita de causa e efeito. Segundo essa concepção, não existe diferença entre o lançamento

⁵⁸⁵ Ibidem, p. 100.

⁵⁸⁶ Ibidem, p. 101 - 102.

intencional de uma pedra e uma telha que se quebra em razão de uma tempestade. A autoimputação e a responsabilidade seriam consequência de um autoengano do homem. Tanto em uma ocasião como na outra, ocorreu o que teria que ocorrer, segundo as leis da própria natureza. Todavia, não se pode duvidar que o homem que se encontra em situação de decidir está certo do modo pelo qual deve ou não atuar. Inclusive quando posteriormente reconhece que a sua decisão não poderia ter sido outra, continua a considerando como sua e se vê como alguém que, ponderando entre várias possibilidades, encontrou uma solução. Se isso é um autoengano, não é de tal modo que o homem possa ser excluído, porque pertence a sua própria base de existência enquanto homem⁵⁸⁷.

O homem possui motivos suficientes para a prática dos seus atos, ainda que sejam puramente impulsivos, em razão de uma ação reflexivamente realizada ponderando meios e fins ou frente a exigência do dever ser que se cumpre livremente. Se isso ocorre, imputa-se com razão o ato como próprio. Imputar um ato e as consequências desse ato, compreendidas no âmbito da vontade e do previsto, significa o mesmo que se fazer responsável em razão de um dever moral. Isto corresponde à assunção da culpa, pois quando se assume a culpa o homem se sente condenado a assumir também a sua responsabilidade e a reparar os danos causados. Por isso, a suspeita de um autoengano, que surge da habitual autoconcepção, perde terreno, pois quem obscurece a possibilidade da culpa e da assunção da responsabilidade retrocede a uma etapa anterior ao desenvolvimento do homem, próxima a dos animais⁵⁸⁸.

O juízo para se chegar à conclusão de que determinada pessoa possui culpa é um juízo de imputação, que estabelece o nexo de causalidade entre a ação e o resultado e o sujeito responsável pelo fato, por meio de três etapas. A primeira etapa leva em consideração a manifestação da vontade humana, pois negar a existência de um ato exclui toda a possibilidade de responsabilização. A segunda etapa versa a respeito da imputação e das responsabilidades pelas consequências do ato praticado, isto é, as consequências advindas do fato praticado. Aqui não se trata da culpa, mas da questão relacionada até que ponto se pode imputar ao autor a cadeia de ação e os fatores sobre ela incidentes produzindo efeitos completamente distintos do que o agente havia previsto e dos outros que em seu lugar poderiam ter previsto. Os critérios utilizados para essa imputação objetiva são a idoneidade da ação para a produção de um resultado semelhante (teoria da adequação) e o aumento do risco de produção de resultados

⁵⁸⁷ Ibidem, p. 102 - 103.

⁵⁸⁸ Ibidem, p. 104.

reprovados pelo ordenamento jurídico em razão da prática desse ato. Porém, a questão relacionada à imputabilidade objetiva e as consequências de determinada ação possuem maior importância para a limitação da responsabilidade civil, posto que o dever de ressarcimento dos danos causados por ato ilícito no Direito Civil não depende do responsável ser afetado por uma reprovação da negligência. Por fim, a terceira etapa decisiva para o Direito Penal é a imputação da culpabilidade. Essa imputação deve ser compreendida como a atribuição da culpa a determinada pessoa em razão da sua ação, previamente qualificada, com as consequências imputáveis a essa ação objetivamente. Essa análise compreende a fixação de uma reprovação pessoal em razão da exigência do dever. A culpabilidade pode existir tanto na ação dolosa como na ação culposa. Todavia, deve-se distinguir a imputação dolosa da imputação culposa. A reprovação pessoal de quem atua dolosamente leva em consideração que o agente conhece todas as circunstâncias relacionadas à proibição do seu ato e as punições dele advindas, isto é, tem consciência do injusto. Por outro lado, a reprovação pessoal do agente que atua culposamente provém da ausência de conhecimento do caráter antijurídico do ato, embora devesse conhecê-lo, ou seja, é uma reprovação pela falta de cuidado. A reprovação da negligência consiste no fato de que o agente poderia ter evitado o resultado caso tivesse procedido com diligência⁵⁸⁹.

Em razão dos ensinamentos de Edwin Deutsch, também é possível fazer uma distinção entre a diligência exterior e interior. Dessa forma, para o mencionado autor, a diligência exterior se refere unicamente ao comportamento a fim de se evitar o resultado danoso. Por outro lado, a diligência interior corresponde à atenção do sujeito às circunstâncias existentes e à tensão das capacidades intelectuais necessárias para prever as possíveis consequências de seu ato. Assim, a culpa em sentido estrito, no Direito Penal, corresponde sempre à culpa do agente, pressupondo, portanto, que o agente com suas capacidades individuais poderia ter atuado de modo diverso. Logo, se a reprovação do ato se fundamenta, a pena se torna merecida⁵⁹⁰.

A exigência de que a pena corresponde a uma culpa e a ideia de que a culpa exija uma pena são princípios do mundo moral, uma lei natural, e, por conseguinte, algo com vigência absoluta. Nesse aspecto, tanto Kant como Hegel possuíam a mesma opinião. Porém, o problema precisa ser analisado de modo mais detalhado. É verdade que na responsabilidade existe o mandato de assumir as consequências dos atos praticados e a obrigação de repará-los. A assunção das consequências exige, para além de uma reparação externa, a indenização do dano,

⁵⁸⁹ Ibidem, p. 107 e ss.

⁵⁹⁰ Ibidem, p. 110 - 111.

uma análise interna, quer dizer, um pedido de desculpa pelo dano causado. A pena, enquanto mal imposto externamente, não é um pedido de desculpa. Por outro lado, a justificação do nexo de união que existe entre a necessidade da manutenção da paz jurídica e o princípio da culpabilidade exige do Direito justo a configuração da execução da pena de modo menos gravoso, sem destruir a personalidade do agente, mas tornando possível que este se prepare novamente para conduzir a sua vida em comunidade como um homem livre, que cumpriu sua pena em razão da sua própria culpa. Quando isso ocorre, a reinserção social do agente se torna um objetivo justo para a execução das penas. Com razão, Arthur Kaufmann dispõe que uma reinserção social efetiva exige a colaboração por parte do agente, pois só é possível que o agente não volte a reincidir a partir do momento que esse compreende a sua própria culpa, já que seria um erro construir a reinserção social partindo da premissa de que não existe propriamente a culpa e que o agente é tão só vítima das circunstâncias⁵⁹¹.

O princípio da culpa assinala que só é possível castigar se existirem fundadas razões da reprovação da culpabilidade e a gravidade da pena deve corresponder proporcionalmente à gravidade da culpa, pois o princípio da proporcionalidade é um dos princípios relacionado ao Direito justo. A pena justa é a pena adequada à culpa, mas como a pena pode ser ajustada à culpa? A dificuldade aqui consiste no fato de que são medidas basicamente imensuráveis, já que por um lado se faz presente a gravidade da reprovação e por outro a imposição de uma pena pecuniária afastada da privação da liberdade. Dessa forma, para prestar auxílio ao juiz é preciso que o legislador fixe um marco, dentro do qual deverá se situar a pena prevista para supostos tipos penais, e que ele se refira apenas ao conteúdo típico da antijuridicidade dos fatos de uma determinada classe. Dentro desse marco, o juiz determina a pena adequada à culpa, observando o critério da justiça ou justiça igualitária. Não obstante, frente a casos semelhantes é impossível dizer se a gravidade é ou não igual, visto que para medir a gravidade da culpa podem ser decisivos pontos de vista muito diferentes, como, por exemplo, a participação de fato, os motivos e as circunstâncias da vida do agente, dentre outros. Ademais, o que pode ser mencionado é que a gravidade é maior ou menor em um caso ou em outro. Em outras palavras, existe sempre um espaço dentro do qual toda pena pode ser considerada como adequada e justa pelo juiz, tendo em vista que esse se vê frente a necessidade de fundamentar os motivos da quantificação da pena. Porém, a conversão de uma pena pecuniária em uma pena privativa de liberdade não pode ser realizada da mesma forma que uma conta matemática, já que subsiste

⁵⁹¹ Ibidem, p. 112 - 113.

um fator de indeterminação que não pode ser eliminado sem que o juiz decida com base no seu livre arbítrio⁵⁹².

Em contrapartida, a ideia de responsabilidade implica a necessidade de reparação, de modo que entre as consequências da antijuridicidade ao lado da pena se coloca a obrigação de indenizar. Entretanto, a indenização não cumpre a mesma função da pena, porque nesta se situa, em primeiro plano, a conduta do agente contrária ao ordenamento jurídico e sua culpa individual, enquanto na indenização está em primeiro lugar o dano que alguém sofreu em seus bens jurídicos. Para que alguém possa solicitar uma indenização por dano sofrido é necessária uma causa. Essa causa pode ser decorrente de um dano produzido em razão de um ato proibido pelo Direito e, portanto, antijurídico. No entanto, essa não é a única razão pela qual alguém pode vir a imputar o dano sofrido. A infração antijurídica e culposa é só uma entre as possíveis razões de imputação do dano. Por isso, é necessário se fazer uma distinção entre a responsabilidade contratual e a responsabilidade extracontratual⁵⁹³.

A responsabilidade por danos na relação contratual se rege pelo princípio da culpabilidade. A vigência do mencionado princípio repousa sobre a ideia de que apenas uma conduta reprovável pode servir de fundamento para o dever de indenizar. Conforme já mencionado, a negligência traduz a inobservância do cuidado necessário para se evitar o resultado danoso em razão dos conhecimentos e capacidades do devedor. Nesse sentido, a doutrina civilista se contenta com um conceito de negligência tipificado e objetivado, pois para a sua configuração basta que não seja empregado o zelo necessário para a prática de determinado ato. Consequentemente, o princípio da culpabilidade se modifica em razão da existência de capacidades típicas em grupos profissionais ou de negócios. O devedor contratual também não pode, ainda que a lei não diga nada sobre o fato, alegar que a prestação não era mais possível no momento da conclusão do contrato, sob pena de responder pelo danos e prejuízos provenientes do seu próprio ato levando em consideração a quebra da proteção da confiança do credor, visto que o Direito proveniente da *civil law* leva em consideração a finalidade do contrato e o princípio da boa-fé objetiva aliado aos deveres contratuais de caráter acessório, como os deveres de informação, proteção, conservação, dentre outros. Por outro

⁵⁹² Ibidem, p. 113 - 114.

⁵⁹³ Ibidem, p. 115.

lado, na responsabilidade extracontratual o princípio da culpabilidade aparece primeiro e se adequa à necessidade de reparação frente a inobservância do dever de respeito violado⁵⁹⁴.

A responsabilidade civil contratual ou negocial abrange a categoria do negócio jurídico, gênero em relação ao contrato, e espécie em relação ao inadimplemento da obrigação assumida em virtude do acordo celebrado entre as partes. Assim, em razão do inadimplemento contratual, para além do dever de reparar os prejuízos causados⁵⁹⁵, surgem as pretensões específicas para a execução das obrigações inadimplidas e o direito de resolução do contrato celebrado. Todavia, é preciso se atentar para o fato de que o inadimplemento contratual pode ocorrer tanto em razão do devedor como em razão do credor em razão de um negócio jurídico válido⁵⁹⁶ à luz do Código Civil. Da mesma forma, a responsabilidade civil extracontratual, também denominada de responsabilidade civil em sentido estrito, abrange indistintamente as situações que dão causa ao dever de indenizar em razão da prática de atos ilícitos e fatos lícitos provenientes de um negócio jurídico válido⁵⁹⁷.

Quanto ao regime de responsabilidade, frente a exigência da culpabilidade como pressuposto da imputação da obrigação de indenizar, subdivide-se a responsabilidade civil em duas espécies: i) responsabilidade civil subjetiva; ii) responsabilidade civil objetiva. A primeira aponta para as hipóteses em que a imputação da sanção depende da identificação da culpa ou dolo na conduta do agente, enquanto a segunda independe da demonstração do dolo ou culpa do agente. O sistema de responsabilidade civil brasileiro absorve a distinção de ambos os regimes jurídicos mencionados, pois a responsabilidade civil subjetiva fundada no art. 186 e art. 927, caput, exige a culpa para a imputação da obrigação de indenizar, e o parágrafo único do art. 927 dispensa a demonstração de culpa, fundamentando o dever de indenizar com base no risco da atividade⁵⁹⁸. As ameaças aos direitos de personalidade em função da diversidade de acidentes, doenças do trabalho e a crescente dificuldade de se provar a culpa foram responsáveis pelo aparecimento da teoria do risco ou responsabilidade objetiva⁵⁹⁹.

⁵⁹⁴ *Ibidem*, p. 115 e ss.

⁵⁹⁵ CC, art. 389.

⁵⁹⁶ CC, art. 104.

⁵⁹⁷ MIRAGEM, Bruno Nubens Barbosa. **Direito civil: responsabilidade civil**. São Paulo: 2015, p. 90 e ss.

⁵⁹⁸ *Ibidem*, p. 101 e ss.

⁵⁹⁹ SANTOS, Enoque Ribeiro dos. **Responsabilidade objetiva e subjetiva do empregador em face do novo Código Civil**. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: LTr, 2015, p.48. Cf. SALEILLES, Raymond. **Les accidents de travail et la responsabilité civile**: essai d'une théorie objective de la responsabilité delictuelle. Paris: Arthur Rousseau, 1897.

A mencionada teoria não tem como objetivo provar a intenção ou o modo de atuação do agente, mas apenas o nexo causal decorrente da ação lesiva e o dano ou prejuízo provocado, pois não existe indenização sem prejuízo. Desse modo, a objetivação da responsabilidade civil não traduz uma tentativa de inibição do desenvolvimento da atividade empresarial em razão dos riscos provenientes da exploração da atividade econômica, mas sim uma proteção especial aos mais vulneráveis. Isso significa dizer que a responsabilidade objetiva se afasta da socialização dos riscos para se centrar na socialização das perdas, à luz do princípio da solidariedade⁶⁰⁰, visto que o próprio conceito de risco constitui elemento objetivo⁶⁰¹ da atividade empresarial. Porém, na contemporaneidade, a responsabilidade civil revela sua verdadeira essência muito mais em razão da necessidade de se garantir a reparação dos danos causados à vítima do que pela criação e majoração dos riscos inerentes à exploração da atividade econômica⁶⁰².

Na Justiça do Trabalho, tanto a conduta do empregador em relação ao empregado como a conduta do empregado em face do empregador precisa ser analisada para a configuração do nexo causal e do evento danoso, pois é possível que haja o rompimento do nexo causal em virtude de culpa exclusiva da vítima, fato de terceiro ou força maior. Todavia, em razão de diversas teses doutrinárias⁶⁰³, não raramente ocorre uma confusão entre o nexo causal e a culpa,

⁶⁰⁰ MORAES, Maria Celina Bodin. **Na medida da pessoa humana**: estudos de direito civil. Rio de Janeiro: Processo, 2016, p. 237 e ss.

⁶⁰¹ CLT, art. 2º, §2º.

⁶⁰² SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil**: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 30.

⁶⁰³ Dentre as diversas teorias a respeito do nexo de causalidade se destacam no ordenamento jurídico brasileiro a teoria da equivalência dos antecedentes causais, teoria da causalidade adequada e teoria do dano direto e imediato. A título de explicação, a primeira teoria, também denominada de teoria da equivalência das condições, teoria objetiva da causalidade ou teoria da *conditio sine qua non* é atribuída ao penalista alemão Maximiliano von Buri e desenvolvida por John Stuart Mill. A ideia central dessa teoria é que quando há pluralidade de causas, todas devem ser consideradas como sendo relevantes para a produção do dano, quer dizer, uma relação de causalidade só pode existir entre uma concausa e suas consequências quando for possível afirmar que tal consequência não teria ocorrido se não fosse a atuação daquela causa. Em contrapartida, a teoria da causalidade adequada examina a adequação da causa em função da probabilidade de determinado resultado, isto é, o juízo de probabilidade se traduz por meio da seguinte frase: a ação ou omissão que se julga era por si apta ou adequada para produzir normalmente determinada consequência? Apesar das críticas, essa teoria é uma das mais invocadas no Brasil ao lado da teoria do dano direto e imediato. Essa última teoria, em razão do art. 403 do Código Civil e da doutrina da *necessariedade da causa de Dumoulin e Pothier*, interiorizada no cenário jurídico brasileiro pelos estudos de Agostinho Alvim, afirma que o dever de reparar somente vem à tona quando o evento danoso é efeito necessário de determinada causa. Para essa escola, ainda que a inexecução resulte de dolo do devedor, este só responde pelos danos que são consequências necessárias do inadimplemento, mas não pelos originados de outras circunstâncias, ou seja, excluem-se os danos oriundos de novas causas sempre que estes não sejam efeito imediato direto do inadimplemento da obrigação. Porém, Gisela Sampaio da Cruz Guedes, com base em Agostinho Alvim, dispõe que a causa direta nem sempre é a mais próxima do dano, mas sim aquela que necessariamente o ensejou, visto que não é a distância temporal entra a conduta e o dano que rompe o nexo causal. GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz. *Causalidade em acidentes de trabalho*. In: TEPEDINO, Gustavo et al. (Org.). **Diálogos entre o Direito do Trabalho e o Direito Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 508 e ss.

em razão da associação entre esses dois elementos na responsabilidade civil. Porém, a fim da aclarar essa situação, Gisela Sampaio da Cruz Guedes explica que,

(...) A natureza da responsabilidade - se subjetiva ou objetiva - dependerá do risco que a atividade provoca. Isso, entretanto, nada tem a ver com nexos de causalidade. Tanto a responsabilidade subjetiva, como a objetiva, dependem da prova do nexo de causalidade, embora esta última prescindida do elemento “culpa”. A “culpa exclusiva da vítima” ou, como recomenda a melhor doutrina, o “fato exclusivo da vítima” - não altera a natureza da responsabilidade, mas influi no caso para romper a cadeia causal que poderia eventualmente ligar a conduta omissa do empregador ao dano. Como se vê, nexo e culpa são elementos frequentemente confundidos. Mais do que na justiça comum, na trabalhista os julgadores costumam enfrentar uma dificuldade maior para reconhecer os indícios que demonstram quando uma série causal é interrompida⁶⁰⁴.

De todo modo, a responsabilidade civil subjetiva e objetiva possui campo fértil nas relações de trabalho em virtude da proteção da personalidade adquirir especial dimensão pelo caráter duradouro da relação empregatícia e dos princípios constitucionais e juslaborais a ela aplicáveis. Outra razão para a responsabilidade civil alcançar seu máximo desenvolvimento nesse ramo jurídico especializado diz respeito às próprias características do contrato de trabalho, pois este, em razão de ser de trato sucessivo, possibilita ao longo do tempo situações típicas de responsabilidade civil subjetiva ou objetiva, com repercussão nos direitos de personalidade, como, por exemplo, nos casos envolvendo acidente do trabalho, doença profissional⁶⁰⁵ e excesso de trabalho, que invariavelmente podem provocar danos de natureza patrimonial e extrapatrimonial.

Os danos patrimoniais se configuram em razão dos prejuízos sofridos na esfera econômica da vítima, abrangendo tanto o que efetivamente se perdeu e o que razoavelmente deixou de lucrar⁶⁰⁶. A título de ilustração, no âmbito da relação empregatícia, o inadimplemento das verbas contratuais constitui o clássico exemplo de dano patrimonial. Em contrapartida, os danos extrapatrimoniais decorrem da lesão a atributos da personalidade⁶⁰⁷ frente a concepção

⁶⁰⁴ Ibidem, p. 508.

⁶⁰⁵ SANTOS, Enoque Ribeiro dos. **Responsabilidade objetiva e subjetiva do empregador em face do novo Código Civil**, op. cit., p. 69 - 70.

⁶⁰⁶ CC, art. 402.

⁶⁰⁷ CC, art. 12 a 21 c/c arts. 223-C a 223-F e Súmulas 37 e 227 do STJ. **2ª Jornada de Direito Material e Processual da Justiça do Trabalho - Enunciado aglutinado nº 7 da Comissão 2**. A interpretação literal do art. 223-A da CLT resultaria em tratamento discriminatório injusto às pessoas inseridas na relação laboral, com inconstitucionalidade por ofensa aos arts. 1º, III; 3º, IV; 5º, caput e incisos V e X e 7º, caput, todos da Constituição Federal. O artigo 223-B da CLT, inserido pela Lei nº 13.467, não exclui a reparação de danos sofridos por terceiros (danos em ricochete), bem como a de danos extrapatrimoniais ou morais coletivos, aplicando-se, quanto a estes, as disposições previstas na Lei nº 7.437/1985 e no título III do Código de Defesa do Consumidor. **2ª Jornada de Direito Material e Processual da Justiça do Trabalho - Enunciado aglutinado nº 6 da Comissão 2**. É de

contemporânea de proteção da pessoa humana, como, por exemplo, nos casos em que o excesso de duração do trabalho leva à configuração do dano existencial⁶⁰⁸ em razão dos prejuízos advindos da violação do dever de proteção, posto que o empregador está diretamente vinculado aos direitos fundamentais dos trabalhadores. Porém, a jurisprudência do TST é controvertida a respeito da necessidade ou não de comprovação do comprometimento das relações sociais e do projeto de vida do trabalhador para a configuração do dano existencial⁶⁰⁹.

natureza exemplificativa a enumeração dos direitos personalíssimos dos trabalhadores constante do novo artigo 223-C da CLT, considerando a plenitude da tutela jurídica à dignidade da pessoa humana, como assegurada pela Constituição Federal (artigos 1º, III; 3º, IV, 5º, caput, e §2º). Cf. também MAIOR, Jorge Luiz Souto; MENDES, Ranúlio; SEVERO, Valdete Souto. **Dumping Social nas relações de trabalho**. São Paulo: LTr, 2012; MACHADO, Gustavo Seferian Scheffer. Contrarreforma trabalhista, dano extrapatrimonial e previsibilidade do negócio burguês: uma abordagem materialista-histórica. In. MARTINS, Juliane Caravieri et al. (Org.). **Reforma trabalhista em debate: direito individual, coletivo e processual do trabalho**. São Paulo: LTr, 2017, p. 41 e ss.

⁶⁰⁸ Cf. SOARES, Flaviana Rampazzo. **Danos extrapatrimoniais no Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr, 2017; BICHARA SOBREIRA, Marcelo José de Araújo. Responsabilidade civil por dano existencial: uma violação à autonomia privada. **Revista de Direito Privado**. vol. 72/2016, p. 51 - 71. Dez / 2016. Disponível em: www.revistadostribunais.com.br; LOPES, Tereza Ancona. Dano existencial. **Revista de Direito Privado**. vol. 57/2014, p. 287 - 302. Jan - Mar / 2014. Disponível em www.revistadostribunais.com.br; FERREIRA, Keila Pacheco; BIZELLI, Rafael Ferreira. A cláusula geral de tutela da pessoa humana: enfoque específico no dano existencial, sob a perspectiva civil-constitucional. **Revista de Direito Privado**. vol. 54/2013, p. 11 - 43. Abr - Jun / 2013. Disponível em www.revistadostribunais.com.br. PERLINGERE, Pietro. **O direito civil na legalidade constitucional**. Trad. Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 760 - 888; DÍEZ-PICAZO, Luis. **Derecho de daños**. Madrid: Civitas, 1999.

⁶⁰⁹ RR - 102500-06.2009.5.17.0011, Relatora Ministra: Kátia Magalhães Arruda, Data de Julgamento: 06/02/2019, 6ª Turma, Data de Publicação: DEJT 08/02/2019. "(...) JORNADA EXCESSIVA. DANO EXISTENCIAL. 1 - Esta Corte Superior vem se posicionado no sentido de que os danos existenciais não ficam configurados apenas pela jornada excessiva de trabalho, mas, sim, quando esteja demonstrado que, em razão da jornada excessiva, ocorra a supressão ou limitação de atividades de cunho familiar, cultural, social, recreativas, esportivas, afetivas ou quaisquer outras desenvolvidas pelo empregado fora do ambiente laboral. 2 - No caso concreto, é incontroverso que o reclamante laborava em regime de 12x36. 3 - O TRT, após concluir que seria inverossímil a jornada total alegada na petição inicial (escalas ininterruptas sem pausa para repouso por 36, 45, 59 e até 60 horas), manteve a sentença que arbitrou a dedução de 8h da jornada alegada pelo reclamante, ante a presunção de que esse seria o tempo comum estimado para sono. 4 - Porém, mesmo havendo a dedução das 8h presumivelmente destinadas ao sono, o fato é que subsistiu na fixação da jornada nas instâncias ordinárias o trabalho em regime de 12x36 com jornadas superiores a 12h sem pausa intrajornada e sem as 36h de descanso, o que de maneira inequívoca configura carga horária excessiva. 5 - Nesse contexto, pode-se concluir que o reclamante não vivia do trabalho, mas apenas para o trabalho, situação em que ficam limitadas objetivamente suas atividades de cunho familiar, cultural, social, recreativas, esportivas, afetivas ou quaisquer outras desenvolvidas fora do ambiente laboral. 6 - A Sexta Turma do TST, na Sessão de 26/04/2017, no ARR-1262-47.2010.5.20.0003, Ministro Augusto César Leite de Carvalho, reconheceu os danos existenciais evidentes na hipótese de jornada contínua superior a 12h, inclusive feriados, sem a observância de descanso obrigatório (naquele caso, o intervalo intrajornada), constando na fundamentação do julgado: "Não desconheço a jurisprudência desta Turma que se sedimentou na direção de ser necessária a comprovação do dano moral, sob o entendimento de que o trabalho em jornada excessiva, por si só, não conduz à conclusão de que o empregado tenha sofrido dano existencial. Entretanto, penso que o caso reclama reflexão sob a influência da hermenêutica constitucional - que confere sentido à ordem jurídica e investe os órgãos jurisdicionais de amplos poderes para garantir a efetividade dos direitos fundamentais, inclusive daqueles que concernem à dignidade humana, liberdade, saúde, honra - porquanto o excesso comprovadamente havido ao se exigir um regime de trinta dias de trabalho, com uma jornada superior a 12 horas, sem intervalo intrajornada, com labor aos domingos e feriados, dispensa demonstração dos prejuízos advindos ao descanso, lazer, convívio familiar e recomposição física e mental do reclamante". 7 - Também no RR-922-11.2015.5.17.0101, na Sessão de 17/05/2017, Ministra Kátia Magalhães Arruda, foram reconhecidos os danos existenciais no seguinte caso: "além da jornada excessiva de 15h30 (5h30 a 21h), o reclamante trabalhava em todos os feriados sem compensação (...), sem a observância do intervalo interjornada (...); (...) o reclamante foi contratado para a função de montador em

A reforma trabalhista trouxe modificações controvertidas em relação à indenização por danos extrapatrimoniais nas relações de trabalho. Dentre as controvérsias suscitadas pela mencionada alteração legislativa se destacam: i) o fechamento do sistema de reparação de danos de natureza extrapatrimonial⁶¹⁰; ii) a aferição da culpa conforme o grau da lesão⁶¹¹; iii) a tarifação do dano em razão do grau da lesão e do último salário contratual do ofendido⁶¹². Em função das mencionadas controvérsias, como deve ser fixada a responsabilidade civil do empregador por excesso de trabalho frente a reforma trabalhista? A resposta à mencionada questão demanda a interpretação do ordenamento jurídico à luz da dignidade da pessoa humana, dos princípios constitucionais e juslaborais. Por isso, em relação à primeira controvérsia é preciso se ter em mente a falta de coerência do legislador na elaboração da norma, uma vez que a própria CLT admite o diálogo de fontes⁶¹³ com o Código Civil, a Constituição e outros diplomas normativos brasileiros compatíveis com o preceito celetista.

Por outro lado, em relação à aferição da culpa conforme o grau da lesão, parece que o legislador tenta reincorporar a responsabilidade civil subjetiva do empregador em consonância com o texto Constitucional⁶¹⁴. Todavia, a previsão constitucional contém mandamento menos benéfico que o da aplicação conjunta da CLT e do Código Civil⁶¹⁵. Por esse motivo, mesmo

obra de construção de torres de linhas de transmissão de energia elétrica, tendo sido registrado no acórdão recorrido (tema ' horas in itinere') que trabalhava em locais de difícil acesso, não servido por transporte público regular, em montanhas de elevado aclave, em zonas rurais de acesso extremamente arriscado, nas Cidades Afonso Cláudio, Domingos Martins, Marechal Floriano e Viana, sendo necessárias entre duas e três horas de percurso (cada trecho percorrido)". 8 - Configurado, pois, o dano existencial, razão por que é devida a respectiva indenização. 9 - Considerando a gravidade e a extensão do dano, a culpa da reclamada e o caráter pedagógico da condenação, fixa-se o quantum debeat em R\$ 20.000,00. 10 - Recurso de revista a que se dá provimento.

⁶¹⁰ CLT, art. 223-A. **2ª Jornada de Direito Material e Processual da Justiça do Trabalho - Enunciado aglutinado nº 5 da Comissão 2. APLICAÇÃO EXCLUSIVA DOS NOVOS DISPOSITIVOS DO TÍTULO II-A DA CLT À REPARAÇÃO DE DANOS EXTRAPATRIMONIAIS DECORRENTES DAS RELAÇÕES DE TRABALHO: INCONSTITUCIONALIDADE.** A esfera moral das pessoas humanas é conteúdo do valor dignidade humana (art. 1º, III, da CRFB/88) e, como tal, não pode sofrer restrição à reparação ampla e integral quando violada, sendo dever do estado a respectiva tutela na ocorrência de ilícitudes causadoras de danos extrapatrimoniais nas relações laborais. Devem ser aplicadas todas as normas existentes no ordenamento jurídico que possam imprimir, no caso concreto, a máxima efetividade constitucional ao princípio da dignidade da pessoa humana (art. 5º, V e X, da CRFB/88).

⁶¹¹ CLT, art. 223-G, VII.

⁶¹² CLT, art. 223-G, §1º, I a IV.

⁶¹³ CLT, art. 8º, §1º.

⁶¹⁴ CRFB, art. 7º, XXVIII.

⁶¹⁵ **I Jornada de Direito Civil - Enunciado 38.** A responsabilidade fundada no risco da atividade, como prevista na segunda parte do parágrafo único do art. 927 do novo Código Civil, configura-se quanto a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano causar a pessoa determinada um ônus maior do que aos demais membros da coletividade. **IV Jornada de Direito do Civil - Enunciado 377.** O art. 7º, XXVIII, da CF não é impedimento para a aplicação do disposto no art. 927, parágrafo único, do CC quando se tratar de atividade de risco. **1ª Jornada de Direito Material e Processual da Justiça do Trabalho - Enunciado 37.** Aplica-se o art. 927, parágrafo único, do CC nos acidentes de trabalho. O art. 7º, XXVIII, da CF, não constitui óbice à aplicação desse dispositivo legal, visto que seu *caput* garante a inclusão de outros direitos que visem à melhoria da condição social dos trabalhadores. **2ª Jornada de Direito Material e Processual da Justiça do Trabalho - Enunciado nº**

após a reforma trabalhista, nos casos envolvendo o excesso de trabalho, o dano deve ser presumido⁶¹⁶, pois o empregador que exige e/ou aceita a prestação de serviço para além do limite legal está, no primeiro caso, potencialmente suprimindo o tempo livre do trabalhador para se desenvolver, e, no segundo caso, violando o dever anexo de proteção contratual, uma vez que o trabalhador em razão de necessidade econômica assume obrigação excessivamente onerosa⁶¹⁷, porque os limites à duração do trabalho, bem como a concessão dos intervalos previstos em lei, são indispensáveis à saúde, segurança e higidez física e mental dos trabalhadores. Isso significa que o sistema de responsabilidade civil no âmbito trabalhista deve permanecer aberto ao diálogo de fontes, fazendo prevalecer a responsabilidade objetiva do empregador tanto em relação ao inadimplemento das verbas contratuais como em relação aos danos extrapatrimoniais.

Por fim, a questão relacionada à tarifação do dano extrapatrimonial com base no grau da lesão e o último salário contratual do ofendido talvez seja a controvérsia de maior relevância dentre as suscitadas pela reforma trabalhista. Diante disso, a Associação dos Magistrados da Justiça do Trabalho (Anamatra) ajuizou, no Supremo Tribunal Federal (STF), a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 5870, com pedido de medida cautelar, contra dispositivos da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) alterados pela reforma trabalhista. Os dispositivos questionados são os incisos I a IV do §1º do artigo 223-G da CLT, que estabelecem limites para a fixação de valores da indenização por dano moral decorrente da relação de trabalho. Todavia, é possível que o Supremo Tribunal Federal, por meio da interpretação constitucional, considere o dispositivo compatível com a Constituição. Por essa razão, seguem abaixo os dois possíveis caminhos a serem seguidos pelo STF.

3 da Comissão 1. Cadeia de fornecimento. Responsabilidade civil objetiva do poder economicamente relevante por violações aos direitos fundamentais da pessoa do trabalhador. Devida diligência para a promoção de trabalho decente. Obrigação de reparar os danos experimentados pelo trabalhador, independentemente de culpa. **2ª Jornada de Direito Material e Processual da Justiça do Trabalho - Enunciado Aglutinado nº 3 da Comissão 1.** Teoria do diálogo das fontes. A teoria do diálogo das fontes é aplicável à interpretação da nova legislação trabalhista. **2ª Jornada de Direito Material e Processual da Justiça do Trabalho - Enunciado Aglutinado nº 4 da Comissão 1.** A Lei nº 13.467/2017, da Reforma Trabalhista, não afetou os fundamentos do direito do trabalho positivados na CLT (art. 8º), bem como os princípios da proteção (Títulos II a IV), da primazia da realidade (arts. 3º e 442), da irrenunciabilidade (arts. 9º e 468), da norma mais favorável, da imodificabilidade contratual em prejuízo do trabalhador (art. 468), da supremacia do crédito trabalhista (arts. 100 da CRFB/88 e 186 do CTN) e dos poderes inquisitórios do juiz do trabalho (art. 765), dentre outros, cuja observância é requisito para a validade da norma jurídica trabalhista.

⁶¹⁶ Cf. HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Responsabilidade pressuposta**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

⁶¹⁷ CC, art. 157.

A primeira racionalidade judicial a ser desenvolvida pelo STF a respeito da inconstitucionalidade da tarifação do dano extrapatrimonial pode seguir a jurisprudência da corte em relação à tese fixada na ADPF 130/09 e demais julgados sobre a Lei de Imprensa e a tarifação do dano moral⁶¹⁸, segundo a qual os arts. 52 e 56 da Lei de Imprensa não foram recepcionados pela Constituição, afastando qualquer possibilidade de tarifação, confirmando, nesse aspecto, a Súmula 281 do Superior Tribunal de Justiça, tendo em vista que o princípio da proporcionalidade somente pode se realizar em razão do caso concreto⁶¹⁹.

Por outro lado, é possível que o STF desenvolva uma segunda racionalidade judicial, validando a tarifação do dano moral, não em razão do grau da culpa ou do dolo, mas em virtude do dimensionamento do próprio dano. Assim, os parâmetros utilizados para a fixação do dano extrapatrimonial não violariam os preceitos constitucionais por não estarem atrelados à análise da culpa ou do dolo, mas sim ao dano em si mesmo considerado. Porém, isso leva a uma terceira questão relacionada com o significado e alcance da quantificação do dano e a reparação integral à luz das funções da responsabilidade civil, porque todos os sistemas legais ocidentais reconhecem que a valorização dos danos sofridos pelas vítimas constitui um problema de difícil solução em virtude de diversos interesses contrapostos, o que por sua vez leva a respostas legislativas e judiciais diversificadas⁶²⁰. Entretanto, desde o alvorecer da Lei, valorizar o dano é uma preocupação consubstancial para o homem, e já na Lei de Ur Nammu (2050 a.C.) o

⁶¹⁸ RE 396386, Relator(a): Min. CARLOS VELLOSO, Segunda Turma, julgado em 29/06/2004, DJ 13-08-2004 PP-00285 EMENT VOL-02159-02 PP-00295 RTJ VOL-00191-01 PP-00329 RMP n. 22, 2005, p. 462-469. EMENTA: CONSTITUCIONAL. CIVIL. DANO MORAL: OFENSA PRATICADA PELA IMPRENSA. INDENIZAÇÃO: TARIFAÇÃO. Lei 5.250/67 - Lei de Imprensa, art. 52: NÃO-RECEPÇÃO PELA CF/88, artigo 5º, incisos V e X. RE INTERPOSTO COM FUNDAMENTO NAS ALÍNEAS a e b. I. - O acórdão recorrido decidiu que o art. 52 da Lei 5.250, de 1967 - Lei de Imprensa - não foi recebido pela CF/88. RE interposto com base nas alíneas a e b (CF, art. 102, III, a e b). Não-conhecimento do RE com base na alínea b, por isso que o acórdão não declarou a inconstitucionalidade do art. 52 da Lei 5.250/67. É que não há falar em inconstitucionalidade superveniente. Tem-se, em tal caso, a aplicação da conhecida doutrina de Kelsen: as normas infraconstitucionais anteriores à Constituição, com esta incompatíveis, não são por ela recebidas. Noutras palavras, ocorre derrogação, pela Constituição nova, de normas infraconstitucionais com esta incompatíveis. II. - A Constituição de 1988 emprestou à reparação decorrente do dano moral tratamento especial - C.F., art. 5º, V e X - desejando que a indenização decorrente desse dano fosse a mais ampla. Posta a questão nesses termos, não seria possível sujeitá-la aos limites estreitos da lei de imprensa. Se o fizéssemos, estaríamos interpretando a Constituição no rumo da lei ordinária, quando é de sabença comum que as leis devem ser interpretadas no rumo da Constituição. RE 348827, Relator(a): Min. CARLOS VELLOSO, Segunda Turma, julgado em 01/06/2004, DJ 06-08-2004 PP-00062 EMENT VOL-02158-05 PP-00926 RT v. 94, n. 831, 2005, p. 191-193) III. - Não-recepção, pela CF/88, do art. 52 da Lei 5.250/67 - Lei de Imprensa. IV. - Precedentes do STF relativamente ao art. 56 da Lei 5.250/67: RE 348.827/RJ e 420.784/SP, Velloso, 2ª Turma, 1º.6.2004. V. - RE conhecido - alínea a -, mas improvido. RE - alínea b - não conhecido. EMENTA: CONSTITUCIONAL. CIVIL. DANO MORAL: OFENSA PRATICADA PELA IMPRENSA. DECADÊNCIA: Lei 5.250, de 9.02.67 - Lei de Imprensa - art. 56: NÃO RECEPÇÃO PELA CF/88, art. 5º, V e X. I. - O art. 56 a Lei 5.250/67 - Lei de Imprensa - não foi recebido pela Constituição de 1988, art. 5º, incisos V e X. II. - R.E. conhecido e improvido.

⁶¹⁹ CRFB, art. 5º, V e X.

⁶²⁰ CF. RIVEIRA, Julio César. Quantificación del daño. *Revista de Derecho de Daños*. Tomo 1, 2001. Disponível em: www.rubinzalonline.com.ar.

princípio que sustentava tal norma era o princípio da proporcionalidade⁶²¹. Por esse motivo, parece que a racionalidade judicial mais adequada à proteção da dignidade da pessoa humana é aquela que mantém o sistema de fixação do *quantum* indenizatório aberto à ponderação judicial⁶²², uma vez que a tarifação do valor do dano extrapatrimonial pode inviabilizar que a responsabilidade civil assuma uma postura mais avançada visando prevenir novas ofensas aos direitos de personalidade⁶²³. Em outras palavras, é preciso que as alterações legislativas no âmbito do Direito do Trabalho também sejam acompanhadas pela evolução do sistema de responsabilidade, pois caso contrário a análise econômica do Direito apenas permitirá a compensação dos danos, enfraquecendo conseqüentemente a função punitiva e preventiva da responsabilidade civil, trazendo sérios prejuízos para a proteção da dignidade da pessoa do trabalhador, inviabilizando conseqüentemente a busca pelo máximo existencial, especialmente nos casos envolvendo o excesso de trabalho e a violação do direito fundamental ao lazer e a desconexão do trabalhador.

⁶²¹ Cf. TAVANO, Maria Josefina. La valuación del daño a la persona y el análisis económico del derecho. **Revista de Derecho de Daños**. Tomo 1, 2001. Disponível em www.rubinzalonline.com.ar.

⁶²² CLT, art. 8º, §1º c/c arts. 5º, V e X; art. 93, IX da CRFB e art. 489 do CPC. Cf. também TEPEDINO, Gustavo. Teoria da interpretação e relações privadas: a razoabilidade e o papel do juiz na promoção dos valores constitucionais. In: TEPEDINO, Gustavo; MENEZES, Joyceane Bezerra de (Coord.). **Autonomia privada, liberdade existencial e direitos fundamentais**. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 258 e ss. STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e decisão jurídica**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. GUIMARÃES, Ricardo Pereira de Freitas. **Princípio da proporcionalidade no direito do trabalho: teoria e prática**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. LORENZETTI, Ricardo Luis. **Teoria da decisão judicial: fundamentos de direito**. Trad. Bruno Miragem e Cláudia Lima Marques. 2. ed. ver. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. SANCHÍS, Luis Pietro. Neoconstitucionalismo y ponderación judicial. In: CARBONELL, Miguel. **Neoconstitucionalismo(s)**. Madrid: Trotta, 2003, p. 123 e ss. CANARIS, Claus - Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito**. Trad. A. Menezes Cordeiro. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989.

⁶²³ MORAES, Maria Celina Bodin. **Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional**. Rio de Janeiro: Processo, 2017, p. 193 e ss. Ver também MOSSET ITURRASPE, Jorge. El daño fundado en la dimensión del hombre en su concreta realidade. **Revista de Derecho Privado y Comunitario**. Tomo 1, 1992. Disponível em www.rubinzalonline.com.ar; DA FRADA, Manuel A. Carneiro. A vida própria como dano. In: MONTEIRO, António Pinto et al. (Org.). **Direitos fundamentais e Direito Privado: uma perspectiva de direito comparado**. Coimbra: Almedina, 2007, p. 305 e ss. NORONHA, Fernando. Os danos à pessoa, corporais (ou biológicos) e anímicos (ou morais em sentido estrito), e suas relações com os danos patrimoniais e extrapatrimoniais. **Revista de Direito Privado**. vol. 22/2005, p. 83 - 95. Abr - Jun / 2005. Disponível em www.revistadostribunais.com.br.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os dois principais objetivos e obrigações decorrentes da relação empregatícia são, inegavelmente, o trabalho e o salário. Por isso, dentre as restrições que a lei impõe à vontade das partes, assegurando a proteção do trabalhador e a manutenção do bem-estar social, assumem certo grau de relevância as que concernem ao limite máximo do nível de salário e do tempo de trabalho. A quantidade de trabalho tem como parâmetro a duração do tempo de trabalho, razão pela qual seria inócua a fixação do salário mínimo da jornada de trabalho se, concomitantemente, também não se estipulasse a duração máxima do dia de trabalho, além dos fundamentos de ordem biológica, social e econômica relacionados aos repousos remunerados. Por essa razão, o período de trabalho deve ser dividido de modo que o trabalhador possa se desenvolver enquanto ser humano uma vez que a frustração da sua personalidade implica na sua incapacidade para pensar e sentir, sem que possa de fato conhecer a sua intimidade. Assim, o direito a um número razoável de horas de trabalho se torna o direito de descobrir um vasto terreno para desenvolvimento do trabalhador. Em vista disso, a eficácia diagonal dos direitos fundamentais no âmbito da relação de empregatícia, vincula diretamente o empregador aos direitos de personalidade do trabalhador em razão dos preceitos constitucionais.

Por outro lado, apesar da dificuldade de se conceituar o direito fundamental ao lazer, o conceito adotado pela presente dissertação, vincula-se ao desenvolvimento existencial do ser humano na busca pelo aperfeiçoamento máximo de suas aptidões em um contínuo processo de aculturação. Desse modo, o direito fundamental ao lazer, se revela imediatamente aplicável aos trabalhadores por meio da dignidade da pessoa humana, dos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, da construção de uma sociedade livre, justa e solidária, na garantia do salário mínimo, décimo terceiro salário com base na remuneração integral ou no valor da aposentadoria, remuneração do trabalho noturno superior à do diurno, duração do trabalho, repouso semanal remunerado, feriados remunerados, remuneração do serviço extraordinário superior, no mínimo, em cinquenta por cento à do normal, gozo de férias anuais remuneradas com, pelo menos, um terço a mais do que o salário normal, redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança, aposentadoria, reconhecimento das convenções e acordos coletivos, proteção em face da automação, na forma da lei, seguro contra acidentes de trabalho a cargo do empregador, sem excluir a indenização a que este está obrigado quando incorrer em dolo ou culpa, valorização do trabalho humano e livre iniciativa,

função social da propriedade, defesa do meio ambiente do trabalho, redução das desigualdades regionais e sociais e pela busca do pleno emprego, dentre outros.

Lado outro, o fato da tecnologia propiciar novos mecanismos para o aperfeiçoamento da relação de trabalho não significa que todo arcabouço jurídico relacionado à proteção do trabalhador possa ser desconsiderado. Por essa razão, evidencia-se a necessidade do respeito ao descanso e ao lazer do empregado, sob pena de retrocesso a uma nova forma de servidão. Afinal, o direito à desconexão não se resume apenas ao desenvolvimento da tecnologia, mas aos períodos de descanso e aos direitos fundamentais à intimidade e vida privada do trabalhador, razão pela qual o excesso de trabalho em razão da utilização da tecnologia também tem levado, em inúmeras ocasiões, à configuração do dano existencial no âmbito da relação empregatícia.

Em outras palavras, a tecnologia ao invés de proporcionar mais tempo livre, acaba levando a frustração do projeto de vida do empregado em razão da ampliação da duração do trabalho. Entretanto, o direito à desconexão não se confunde com o direito fundamental ao lazer, porque enquanto este almeja o desenvolvimento do ser humano em todas as suas potencialidades frente à sua liberdade existencial, isto é, na sua relação com a sociedade frente as escolhas que lhe aprouver, aquele visa a cessação da duração do trabalho, para além dos limites estabelecidos, em razão do desenvolvimento da tecnologia, dando efetividade aos períodos de repouso do trabalhador e protegendo sua esfera de intimidade e vida privada. Em síntese, o direito fundamental à desconexão é como um olhar para dentro da proteção ao trabalhador, porque se vincula muito mais com a proteção da saúde biofísicopsicológica do operário do que com o seu desenvolvimento frente a uma liberdade existencial.

A reforma trabalhista, aprovada pela Lei n. 13.467 de 13 de julho de 2017, alterou diversos dispositivos relacionados a duração do trabalho deixando claro que o patamar mínimo civilizatório instituído pelas normas constitucionais e regras imperativas no campo do Direito do Trabalho vem sofrendo com a retomada da prevalência do poder econômico na relação empregatícia, manifestado por meio do desprezo à centralidade da pessoa humana e esvaziamento do princípio da igualdade em sentido material frente a uma estratégia de desconstrução do arcabouço constitucional e infraconstitucional de proteção à saúde e segurança do trabalhador. Outrossim, a reforma também trouxe modificações controversas em relação à indenização por danos extrapatrimoniais nas relações de trabalho como i) o fechamento do sistema de reparação de danos de natureza extrapatrimonial; ii) a aferição da

culpa conforme o grau da lesão; iii) a tarifação do dano em razão do grau da lesão e do último salário contratual do ofendido.

Em relação à primeira controvérsia é preciso se ter em mente a falta de coerência do legislador na elaboração da norma, uma vez que a própria CLT admite o diálogo de fontes com o Código Civil, a Constituição e outros diplomas normativos brasileiros compatíveis com o preceito celetista. Por outro lado, em relação à aferição da culpa conforme o grau da lesão, parece que o legislador tenta reincorporar a responsabilidade civil subjetiva do empregador em consonância com o texto Constitucional. Todavia, a previsão constitucional contém mandamento menos benéfico que o da aplicação conjunta da CLT e do Código Civil. Por esse motivo, mesmo após a reforma trabalhista, nos casos envolvendo o excesso de trabalho, o dano deve ser presumido, pois o empregador que exige e/ou aceita a prestação de serviço para além do limite legal está, no primeiro caso, potencialmente suprimindo o tempo livre do trabalhador para se desenvolver, e, no segundo caso, violando o dever anexo de proteção contratual, uma vez que o trabalhador em razão de necessidade econômica assume obrigação excessivamente onerosa, porque os limites à duração do trabalho, bem como a concessão dos intervalos previstos em lei, são indispensáveis à saúde, segurança e higidez física e mental dos trabalhadores. Isso significa que o sistema de responsabilidade civil no âmbito trabalhista deve permanecer aberto ao diálogo de fontes, fazendo prevalecer a responsabilidade objetiva do empregador tanto em relação ao inadimplemento das verbas contratuais como em relação aos danos extrapatrimoniais.

Por fim, a questão relacionada à tarifação do dano extrapatrimonial com base no grau da lesão e o último salário contratual do ofendido talvez seja a controvérsia de maior relevância dentre as suscitadas pela reforma trabalhista visto que a ponderação direta realizada pelos juízes cria incertezas e, em maior medida, na esfera jurídico-privada, porque não existe nesse terreno critérios de solução historicamente experimentados e suficientemente consolidados. Entretanto, a insatisfação ou a preocupação, compreensível de um jurista, pela ausência de critérios seguros não deve negar a possibilidade de ser invocado diretamente um direito constitucional frente a uma violação imputada a um particular, porque a lógica dos direitos fundamentais conduz inevitavelmente para esse cenário, aponta para um crescente protagonismo dos juízes, um protagonismo que não conduz necessariamente ao caos, mas sim a um modelo de Estado de Direito eminentemente jurisdicional.

Em contrapartida, não há dúvida de que incumbe ao legislador, em primeiro plano, a função de concretizar o alcance dos direitos fundamentais nas relações horizontais, mediante a regulação do conteúdo e das condições do exercício destes direitos. Contudo, quando o próprio legislador positiva regras cujo potencial lesivo aos direitos fundamentais é manifesto, cabe ao Poder Judiciário, isto é, ao guardião da Constituição, dar a última palavra sobre a validade da norma, como o último elo da cadeia de operadores do direito.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 5.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

ALMEIDA, Almiro Eduardo de; SEVERO, Valdete Souto. **Direito à desconexão nas relações sociais de trabalho**. 2. ed. São Paulo: LTr, 2016.

ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. Trad. Antônio de Castro Caeiro. São Paulo: Atlas, 2009.

AZEVEDO NETO, Platon Teixeira de. **O trabalho decente como um direito humano**. São Paulo: LTr, 2015

BANDEIRA, Paula Greco. A tutela do equilíbrio contratual nas relações de trabalho. In: TEPEDINO, Gustavo et al. (Org.). **Diálogos entre o Direito do Trabalho e o Direito Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

BARBOSA, Magno Luiz. Alterações na duração do trabalho e seus reflexos na relação de emprego. In. MARTINS, Juliane Caravieri et al. (Org.). **Reforma trabalhista em debate: direito individual, coletivo e processual do trabalho**. São Paulo: LTr, 2017

BARBOSA, Magno Luiz. **Redução da duração do trabalho: aspectos sociais, jurídicos, econômicos e possibilidades de empregabilidade sob perspectivas contemporâneas**. São Paulo: LTr, 2014.

BARROSO, Luis Roberto. **A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial**. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

BATTAGLIA, Felice. **Filosofia do Trabalho**. Trad. Luís Washington Vita e Antônio D'elia. São Paulo: Saraiva, 1958.

BATISTA, Flávio Roberto e MACHADO, Gustavo Seferian Scheffer. **Terceirização e sindicalismo: reflexões sobre o papel dos sindicatos e suas possibilidades de reação à transição pós-fordista**, in: SERAU JUNIOR, Marco Aurélio (Coord.). **Terceirização: conceito, crítica, reflexos trabalhistas e previdenciários**. São Paulo: LTr, 2018.

BATISTA, Flávio Roberto. A proteção contra atos antissindicais à luz da liberdade sindical: introdução a uma contextualização político-jurídica, in: **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, v. 109, jan./dez. 2014.
<https://doi.org/10.11606/issn.2318-8235.v109i0p441-458>

BARTOLOMEI, Franco. **La dignità umana come concetto e valore costituzionale**. Torino: G. Giasppichelli, 1987.

BETTI, Emilio. **Teoria general del negocio jurídico**. Granada: Comares, 2000.

BICHARA SOBREIRA, Marcelo José de Araújo. Responsabilidade civil por dano existencial: uma violação à autonomia privada. **Revista de Direito Privado**. vol. 72/2016, p. 51 - 71. Dez / 2016. Disponível em: www.revistadostribunais.com.br.

BIZELLI, Rafael Ferreira. **Contrato existencial**: evolução dos modelos contratuais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

BOBBIO, Norberto. **Teoria geral da política**: a filosofia política e as lições dos clássicos. Michelangelo Bovero (Org). Trad. Daniela Beccaccia Versiani. Rio de Janeiro: Elsevier, 2000.

BOCKENFORD, Ernest-Wolfgang. **Escritos sobre Derechos Fundamentales**. Prólogo de Francisco J. Batista. Trad. Juan Luis Requejo Pagés e Ignacio Villaverde Menéndez. Oviedo: Baden-Baden, 1993.

CALVET, Otávio Amaral. **Direito ao lazer nas relações de trabalho**. São Paulo: LTr, 2006.

CANARIS, Claus-Wilhelm. **Direitos fundamentais e Direito Privado**. Trad. Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo Mota Pinto. Coimbra: Almedina, 2003.

CANARIS, Claus - Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito**. Trad. A. Menezes Cordeiro. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Estudo sobre direitos fundamentais**. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

CAMPOS, André Gambier. **Sindicatos no Brasil**: o que esperar no futuro próximo? Disponível em:
www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=29187.

COURTIS, Christian. La eficacia de los derechos humanos en las relaciones entre particulares. In: MONTEIRO, António Pinto et al. (Org.). **Direitos fundamentais e Direito Privado**: uma perspectiva de direito comparado. Coimbra: Almedina, 2007.

DA FRADA, Manuel A. Carneiro. A vida própria como dano. In: MONTEIRO, António Pinto et al. (Org.). **Direitos fundamentais e Direito Privado**: uma perspectiva de direito comparado. Coimbra: Almedina, 2007.

DANTAS, Miguel Calmon. **O Direito Fundamental ao Máximo Existencial**. 2011. 2 v. Tese (Doutorado) - Curso de Direito, Universidade Federal da Bahia, Bahia, 2011. Disponível em: <https://repositorio.ufba.br/ri/handle/ri/8703>.

DIEESE (São Paulo). **Terceirização e precarização das condições de trabalho**: Condições de trabalho e remuneração em atividades tipicamente terceirizadas e contratantes. Disponível em: www.dieese.org.br/notatecnica/2017/notaTec172Terceirizacao.pdf.

DÍEZ-PICAZO, Luis. **Derecho de daños**. Madrid: Civitas, 1999.

DEJOURS, Cristophe. **A loucura do trabalho**: estudo de psicopatologia do trabalho. Trad. Ana Isabel Paraguay e Lúcia Leal Ferreira. 5. ed. São Paulo: Cortez - Oboré. 1992.

DE MASI, Domenico. **O ócio criativo**: entrevista a Maria Serena Palieri. Trad. Léa Manzi. Rio de Janeiro: Sextante, 2000.

DE MASI, Domenico. **Criatividade e grupos criativos**: descoberta e invenção. v.1 e v.2. Trad. Léa Manzi e Yadry Figueiredo. Rio de Janeiro: Sextante, 2005.

DUQUE, Marcelo Schenk. **Direito privado e Constituição**: drittwirkung dos direitos fundamentais, construção de um modelo de convergência à luz dos contratos de consumo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

DUQUE, Marcelo Schenk. **Curso de direitos fundamentais**: teoria e prática. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

FELICIANO, Guilherme Guimarães; MIZIARA, Raphael. **Enunciados da 2ª Jornada de Direito Material e Processual do Trabalho Organizados por Assunto**. 2018, Disponível em: www.ostrabalhistas.com.br.

FERREIRA, Keila Pacheco; BIZELLI, Rafael Ferreira. A cláusula geral de tutela da pessoa humana: enfoque específico no dano existencial, sob a perspectiva civil-constitucional. **Revista de Direito Privado**. vol. 54/2013, p. 11 - 43. Abr - Jun / 2013. Disponível em www.revistadotribunais.com.br.

FERRI, Luigi. **La autonomia privada**. Trad. Luis Sancho Mendizábal. Granada: Editorial Comares, 2001.

FRAZÃO, Ana. A boa-fé objetiva e o contrato de trabalho: as funções de criação de deveres instrumentais e de limitação ao exercício de direitos e faculdades contratuais. **Diálogos entre o Direito do Trabalho e o Direito Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

GARCIA, Maria. **Mas, quais são os direitos fundamentais?** In Revista de Direito Constitucional e Internacional. a. 10, n. 39, abr/jun., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 122 - 123.

GIDDENS, Anthony. **A terceira via**: reflexões sobre o impasse político atual e o futuro da social-democracia. 4. ed. Rio de Janeiro: Record, 2001.

GUIMARÃES, Ricardo Pereira de Freitas. **Princípio da proporcionalidade no direito do trabalho**: teoria e prática. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz. Causalidade em acidentes de trabalho. In: TEPEDINO, Gustavo et al. (Org.). **Diálogos entre o Direito do Trabalho e o Direito Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

GODINHO, Maurício Godinho; DELGADO, Gabriela Neves. **A reforma trabalhista no Brasil**: com os comentários à Lei n. 13.467/2017. 2.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: LTr, 2018.

GODINHO, Maurício Godinho. **Princípios Constitucionais do Trabalho e Princípios de Direito Individual e Coletivo do Trabalho**. 5.ed. São Paulo: LTr, 2013.

GODOY, Cláudio Luiz Bueno de. **Função social do contrato**. São Paulo: Saraiva, 2004.

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica 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, 1997.

HESSE, Konrad. **Derecho constitucional y derecho privado**. Trad. Ignacio Gutiérrez Gutiérrez. Madrid: Civitas, 1995.

HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

HESSE, Konrad. **Escritos de derecho constitucional**. Madrid: Maribel, 1983.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Responsabilidade pressuposta**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

LAFARGUE, Paul. **O direito à preguiça**. Trad. Otto Lamy de Correa. São Paulo: Claridade, 2003.

LARENZ, Karl. **Base del negocio jurídico y cumplimiento de los contratos**. Trad. Carlos Fernández Rodríguez. Granada: Editorial Comares, 2002.

LARENZ, Karl. **Derecho Justo**: fundamentos de ética jurídica. Trad. Luis Díez-Picazo. Madrid: Civitas, 1985.

LEE, Sangheon; MCCNN, Deirdre; MESSENGER, Jonh C. **Duração do trabalho em todo o mundo**: tendências de jornadas de trabalho, legislação e políticas numa perspectiva global comparada. 2009. Disponível em: www.ilo.org/brasil/publicacoes/WCMS_229714/lang-pt/index.htm.

LOPES, Tereza Ancona. Dano existencial. **Revista de Direito Privado**. vol. 57/2014, p. 287 - 302. Jan - Mar / 2014. Disponível em www.revistadotribunais.com.br

LORENZETTI, Ricardo Luis. Incidencia de la constitucionalización del derecho privado em la regulación de la vida cotidiana de las personas - el caso del código civil y comercial de la

nación argentina. In. TEPEDINO, Gustavo; MENEZES, Joyceane Bezerra de (Coord.). **Autonomia privada, liberdade existencial e direitos fundamentais**. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

LORENZETTI, Ricardo Luis. **Teoria da decisão judicial**: fundamentos de direito. Trad. Bruno Miragem e Cláudia Lima Marques. 2. ed. ver. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

LUIGI, Ferrajoli. **Por uma teoria dos direitos fundamentais e dos bens fundamentais**. Trad. Alexandre Salim et al. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

LUNARDI, Alexandre. **Função social do direito ao lazer nas relações de trabalho**. São Paulo: LTr, 2010.

LUÑO, Antonio E. Perez. **Derechos humanos, estado de derecho y constitución**. 10. ed. Madrid: Tecnos, 2010.

LUÑO, Antonio E. Perez. **Los Derechos fundamentales**. 9. Ed. Madrid: Tecnos, 2007.

MAIOR, Jorge Luiz Souto; MENDES, Ranúlio; SEVERO, Valdete Souto. **Dumping Social nas relações de trabalho**. São Paulo: Ltr, 2012.

MAIOR, Jorge Souto. **Do direito à desconexão do trabalho**. Disponível em: www.jorgesoutomaior.com/uploads/5/3/9/1/53916439/do_direito_%C3%A0_desconex%C3%A3o_do_trabalho..pdf.

MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. **Contratos relacionais e defesa do consumidor**. São Paulo: Max Limonad. 1998.

MACHADO, Gustavo Seferian Scheffer. Contrarreforma trabalhista, dano extrapatrimonial e previsibilidade do negócio burguês: uma abordagem materialista-histórica. In. MARTINS, Juliane Caravieri et al. (Org.). **Reforma trabalhista em debate**: direito individual, coletivo e processual do trabalho. São Paulo: LTr, 2017.

MACHADO, Gustavo Seferian Scheffer. **A ideologia do contrato de trabalho**: contribuição à leitura Marxista da relação jurídica laboral. São Paulo: LTr, 2016.

MARQUES, Claudia Lima. **Diálogo das fontes**: do conflito à coordenação de normas do direito brasileiro. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno. **O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis**. 2. ed. Revisada, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

MARTINS, Juliane Caravieri. **Trabalho digno e direitos humanos em tempos de globalização**: perspectivas para a América Latina. Belo Horizonte: Arraes, 2017.

MARTINS, Fernando Rodrigues; FERREIRA, Keila Pacheco. Contratos Existenciais e Intangibilidade da Pessoa Humana na Órbita Privada: Homenagem ao Pensamento Vivo e Imortal de Antônio Junqueira de Azevedo. In. **Direito privado e policontextualidade**: fontes, fundamentos e emancipação. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

MARTÍNEZ, Gregorio Peces-Barba. **Derechos sociales y positivismo jurídico**: escritos de filosofía jurídica y política. Madrid: Dykinson, 1999.

MASCARO, Alysson Leandro. **Estado e forma política**. São Paulo: Boitempo, 2013.

MEIRELLES, Davi Furtado. **Liberdade sindical**: o modelo ideal, Revista da Faculdade de Direitos de São Bernardo do Campo, v. 15, 2009. Disponível em: <https://revistas.direitosbc.br/index.php/fdsbc/article/view/178/128>.

MENEZES, Joyceane Bezerra de (Coord.). **Autonomia privada, liberdade existencial e direitos fundamentais**. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

MIRAGEM, Bruno Nubens Barbosa. **Direito civil**: responsabilidade civil. São Paulo: 2015.

MORAES, Maria Celina Bodin. **Danos à pessoa humana**: uma leitura civil-constitucional. Rio de Janeiro: Processo, 2017.

MORAES, Maria Celina Bodin. **Na medida da pessoa humana**: estudos de direito civil. Rio de Janeiro: Processo, 2016.

MOSSET ITURRASPE, Jorge. El daño fundado en la dimensión del hombre en su concreta realidade. **Revista de Derecho Privado y Comunitario**. Tomo 1, 1992. Disponível em www.rubinzalonline.com.ar.

NABAIS, José Casalta. **O dever fundamental de pagar impostos**: contributo para a compreensão constitucional do estado fiscal contemporâneo. Coimbra: Almedina, 2012.

NEUNER, Jörg. A influência dos direitos fundamentais no direito privado alemão. In: MONTEIRO, António Pinto et al. (Org.). **Direitos fundamentais e Direito Privado**: uma perspectiva de direito comparado. Coimbra: Almedina, 2007.

NORONHA, Fernando. **Direito das obrigações**. 3ª ed. revisada e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2010.

NORONHA, Fernando. Os danos à pessoa, corporais (ou biológicos) e anímicos (ou morais em sentido estrito), e suas relações com os danos patrimoniais e extrapatrimoniais. **Revista de Direito Privado**. vol. 22/2005, p. 83 - 95. Abr - Jun / 2005. Disponível em www.revistadostribunais.com.br.

NORONHA, Fernando. **O direito dos contratos e seus princípios fundamentais**: autonomia privada, boa-fé, justiça contratual. São Paulo: Saraiva, 1994.

OFFICE FOR NATION STATISTICS (Uk). **International comparisons of UK productivity (ICP), final estimates**: 2015. Disponível em: www.ons.gov.uk/economy/economicoutputandproductivity/productivitymeasures/bulletins/internationalcomparisonsofproductivityfinalestimates/2015.

PACHUKANIS, Evguiéni B. **Teoria geral do direito e marxismo**. Trad. Paula Vaz de Almeida. São Paulo: Boitempo, 2017.

PERLINGERE, Pietro. **O direito civil na legalidade constitucional**. Trad. Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

PINTO, Paulo Mota. A influência dos direitos fundamentais sobre o direito privado português. In: MONTEIRO, António Pinto et al. (Org.). **Direitos fundamentais e Direito Privado**: uma perspectiva de direito comparado. Coimbra: Almedina, 2007.

PULIDO, Carlos Bernal. **O direito dos direitos**: escritos sobre a aplicação dos direitos fundamentais. São Paulo: Marcial Pons, 2013.

RENTERÍA, Paulo. Função social do contrato e abuso de prerrogativas contratuais por parte de empregadores e empregados. In: TEPEDINO, Gustavo et al. (Org.). **Diálogos entre o Direito do Trabalho e o Direito Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

RIVEIRA, Julio César. Quantificación del daño. **Revista de Derecho de Daños**. Tomo 1, 2001. Disponível em: www.rubinzalonline.com.ar.

RODRIGUES, Américo Plá. **Princípios de Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr, 1993.

RUSSEL, Bertrand. **O elogio ao ócio**. Trad. Pedro Jorgensen Júnior. Rio de Janeiro: Sextante, 2002.

SALEILLES, Raymond. **Les accidents de travail et la responsabilité civile**: essai d'une théorie objective de la responsabilité delictuelle. Paris: Arthur Rousseau, 1897.

SANCHÍS, Luis Pietro. Neoconstitucionalismo y ponderación judicial. In: CARBONELL, Miguel. **Neoconstitucionalismo(s)**. Madrid: Trotta, 2003.

SANTOS, Enoque Ribeiro dos. **Responsabilidade objetiva e subjetiva do empregador em face do novo Código Civil**. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: LTr, 2015.

SANTOS, Ronaldo Lima dos. Autonomia privada coletiva - negociação coletiva, acordos e convenções coletivas na Lei n. 13.467/2017. In: MARTINS, Juliane Caravieri et al. (Org.). **Reforma trabalhista em debate**: direito individual, coletivo e processual do trabalho. São Paulo: LTr, 2017.

SANTOS, Ronaldo Lima dos. A escravidão por dívidas nas relações de trabalho. Brasília. Procuradoria Geral do Trabalho. **Revista do Ministério Público do Trabalho**. Ano 1, nº 1, mar. 1991, p. 47 - 66. Disponível em: www.anpt.org.br/attachments/article/2720/Revista%20MPT%20-%20Edi%C3%A7%C3%A3o%2026.pdf.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais. 13. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade (da pessoa) humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 10. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

SARLET, Ingo Wolfgang. Os direitos dos trabalhadores como direitos fundamentais na Constituição Federal Brasileira de 1988. In: SARLET, Ingo Wolfgang et al. (Org.). **Diálogos entre o Direito do Trabalho e o Direito Constitucional**: estudos em homenagem a Rosa Maria Weber. São Paulo: Saraiva, 2013.

SARMENTO, Daniel. O mínimo existencial. **Revista de Direito da Cidade**, [s.l.], v. 8, n. 4, p.1644-1689, 27 nov. 2016. Universidade de Estado do Rio de Janeiro. Disponível em: www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rdc/article/view/26034.

SARMENTO, Daniel. A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais não trabalhistas: o debate teórico e a jurisprudência do STF. In: SARLET, Ingo Wolfgang et al. (Org.). **Diálogos entre o Direito do Trabalho e o Direito Constitucional**: estudos em homenagem a Rosa Maria Weber. São Paulo: Saraiva, 2013.

SENNETT, Richard. **A corrosão do caráter**: consequências pessoais do trabalho no novo capitalismo. São Paulo: Record, 2011.

SOARES, Flaviana Rampazzo. **Danos extrapatrimoniais no Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr, 2017.

STEINMETZ, Wilson. **A vinculação dos particulares a direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2004.

SCHABE, Jürgen. O chamado efeito perante terceiros dos direitos fundamentais para a influência dos direitos fundamentais no tráfego do direito privado. Trad. José Roberto Ludwig. **Direitos fundamentais e direito privado**: textos clássicos. In: DÜRIG, Günter, NIPPERDEY, Hans Carl, SCHWABE, Jürgen. Luís Afonso Heck (Org.). Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2012.

SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil**: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

STEINMETZ, Wilson Antônio. **Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SUSSEKIND, Arnaldo. **Duração do trabalho e repouso remunerados**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1950.

TAVANO, Maria Josefina. La valuación del daño a la persona y el análisis económico del derecho. **Revista de Derecho de Daños**. Tomo 1, 2001. Disponível em www.rubinzalonline.com.ar.

TEPEDINO, Gustavo. Teoria da interpretação e relações privadas: a razoabilidade e o papel do juiz na promoção dos valores constitucionais. In: TEPEDINO, Gustavo; STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e decisão jurídica**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

TORRES, Ricardo Lobo. **O direito ao mínimo existencial**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

TORRES, Ricardo Lobo. A metamorfose dos direitos sociais em mínimo existencial. In: SARLET, Ingo Wolfgang et al. (Org.). **Direitos fundamentais sociais**: estudos de direito constitucional, internacional e comparado. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

UBILLOS, Juan María Bilbao. La eficácia frente a terceros de los derechos fundamentales em el ordenamento español. In: MONTEIRO, António Pinto et al. (Org.). **Direitos fundamentais e Direito Privado**: uma perspectiva de direito comparado. Coimbra: Almedina, 2007.

WOLKMER, Antonio Carlos. **Ideologia, Estado e Direito**. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2003.