

BREVE REFLEXÃO SOBRE A EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E POSSÍVEIS DESDOBRAMENTOS NAS RELAÇÕES DE TRABALHO.

Ricardo Pereira de Freitas Guimarães

Resumo: O ensaio apresentado objetiva destacar de forma simples e objetiva algumas linhas sobre os direitos fundamentais numa perspectiva moderna da própria expressão direito e do Estado democrático de direito, sobretudo abordando ensinamentos de Alexy e Dworkin. O texto tenta demonstrar que a simples subsunção de um determinado fato a uma norma jurídica não é mais a forma ideal de aplicação da lei, seja em razão das situações atípicas não acompanhadas pelo regime jurídico positivado, seja pela necessidade da interpretação conforme o texto constitucional. Por fim, tenta demonstrar a necessidade da utilização dessa nova forma de pensar ao direito do trabalho”.

Palavras-chave: Estado Democrático de Direito, Hermenêutica jurídica, Direitos Fundamentais, direito do trabalho, Robert Alexy, Ronald Dworkin.

Short Reflection on the Effectiveness of Fundamental Rights and Possible Outspreads in Labor Relations

Abstract: The paper presented aims to highlight in a simple and objective way some lines on fundamental rights in a modern perspective of the very expression Law and Rule of Law, especially addressing the teachings of Alexy and Dworkin. The text attempts to show that simple subsumption of a particular fact to a rule of law is no longer the ideal of law enforcement, either because of the atypical situations unaccompanied by codified legal regime, or the need for interpretation according to the constitutional text. Finally, it is attempted to demonstrate the need to use this new way of thinking about Labor Law.

Keywords: Rule of Law, Legal Hermeneutics, fundamental rights, labor law, Robert Alexy, Ronald Dworkin.

1. Introdução

“Não há, numa constituição, cláusulas a que se deva atribuir meramente o valor moral de conselhos, avisos ou lições; Todas têm a força imperativa de regras, ditadas pela soberania nacional ou popular aos seus órgãos”.
(Ruy Barbosa)

O tema objeto do singelo e objetivo estudo apresenta-se na presente quadra como um dos maiores desafios entre os estudiosos do direito. Referido fator é facilmente

comprovado pela simples observação dos lançamentos editoriais não só no Brasil, como em inúmeros países, com destaques especiais para Alemanha, Portugal, Itália e Espanha.

Isso se dá, na nossa ótica, principalmente em razão de três fatores primordiais, de um lado, a decadência evidente ou a mitigação do direito de propriedade¹ com conseqüente reconhecimento dos direitos do homem enquanto “ser”, ou seja, a evolução da legislação na história – incluindo interpretação dos textos constitucionais - quanto à proteção de direitos da personalidade; e de outro lado, o crescimento do desenvolvimento de teorias novas sobre a própria teoria geral do direito, afastando o viés estreito do positivismo kelseniano², com a busca de uma construção interpretativa da hoje regra legal Constitucional, sobretudo, pelos escritos de Robert Alexy e Ronald Dworkin.

Necessário destacar ainda, o fator exógeno ao texto legal e gerador das duas razões primeiras, principalmente quanto à necessidade do “pensar sobre”, que se apresenta no seio da sociedade (cunho sociológico), que ao identificar as inúmeras variações e aceleração das relações intersubjetivas³ existentes, fica, em tese, desprovida de proteção direta quanto aos seus anseios, sobretudo nas relações de trabalho, que hoje, além das proteções comuns estendidas a referida relação, acaba por se apresentar com situações fáticas entre trabalhador e patrão denominadas atípicas, que não podem ficar sem uma resposta, seja no campo da interpretação judicial do próprio texto legal, seja no campo axiológico.

Nesse trilho, procuraremos desenvolver o trabalho nas seguintes etapas: 1) Esclarecer a intensidade da palavra “direito” para o presente trabalho; 2) Entender o que são direitos fundamentais; 3) Teorias sobre os direitos fundamentais e seu conteúdo; 4) Os modelos identificados das liberdades de Maurizio Fioravanti; 5) Direitos Fundamentais e Direitos Sociais; 6) A Constituição como regra; 7) A eficácia horizontal e vertical dos direitos fundamentais; 8) Colisão de direitos; 9) Conclusão.

2. De que direito estamos falando?

¹ Inúmeras decisões dos Tribunais do Trabalho têm mitigado a amplitude do bem de família (propriedade) em contraponto ao direito alimentar do trabalhador, interpretando a colisão de dois direitos fundamentais em disputa, a exemplo verificar a decisão do TRT da 2ª Região no processo 00263.2010.064.02.007, Acórdão 2010116032 da lavra do Juiz do Trabalho Paulo Sérgio Jakutis.

² Coelho, Fábio Ulhoa. *Para entender Kelsen*. 5ª Edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2009, p.18.

³ Sugerimos a leitura da “*Teoria da Norma Jurídica*” de Norberto Bobbio sobre classificação das relações intersubjetivas.

Entendemos ser relevante, de plano, antes mesmo de ingressar na seara específica do direito do trabalho, realizar, ainda que de forma breve, não propriamente um corte metodológico, mas sim, uma indicação sobre qual “direito” se está a tratar no ensaio, ou melhor, sob que aspecto (natureza) entendemos o direito aqui tratado, pois não bastasse os inúmeros estudos sobre o tema no campo filosófico e jurídico, temos ainda a questão da polissemia da própria palavra “direito”, que leva aqueles que atuam e a estudam no campo jurídico, compreensão diversa da mesma expressão.

Utilizamos no presente trabalho a expressão “direito” em sua classificação doutrinária externada por Ronaldo Dworkin, ou seja, nas palavras do jurista⁴: “o conceito do direito de algum lugar ou entidade no sentido de obter determinado efeito”.

Esse conceito doutrinário do direito, no sentido de obter efeitos, segue o caminho da interpretação e de critérios para essa interpretação, não havendo mais espaço, principalmente para os casos ditos “difíceis”⁵, de critérios voltados à simples literalidade como interpretação⁶, sendo necessário responder a seguinte questão proposta pelo Autor como fundamental⁷: quais pressupostos e práticas as pessoas devem compartilhar para que seja sensato dizer que elas compartilham o conceito doutrinário de modo a poderem concordar e divergir acerca de sua aplicação?”

Ensina ainda o Jurista⁸: “o conceito doutrinário de direito figura entre os limites do conceito sociológico da seguinte maneira: nada é um sistema jurídico no sentido sociológico a menos que faça sentido perguntar que direitos e deveres o sistema reconhece”.

Impende ainda salientar, que não nos preocuparemos com o sentido taxonômico do direito, ou seja, não tentaremos responder a indagação comumente realizada se princípios morais também são princípios jurídicos.

⁴ Dworkin, Ronald. “*A Justiça de Toga*”. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2009, p. 4.

⁵ Referimo-nos ao tratamento dado por Ronald Dworkin quanto aos casos difíceis, pois relata que a dificuldade dos efeitos dos direitos e sua compreensão se revelam especificamente nesses casos, destacando principalmente na obra “*A Justiça de Toga*” o caso imaginário criado pelo Autor denominado caso “Sorenson”, que conta, em síntese, que a Sra. Sorenson durante muitos anos tomou um medicamento de nome genérico Inventum, apresentando uma série de efeitos colaterais que causaram a Sra. Sorenson problemas cardíacos, sendo que referido medicamento era fabricado por vários laboratórios, sendo que referida senhora tomou tais remédios de alguns ou de um único laboratório que fabricaram tal medicamento, mas não tem como provar tal fato por não conseguir se lembrar. Nesse contexto, ingressa com uma ação em face de todos os laboratórios que fabricaram referido remédio, pleiteando uma indenização e responsabilização de todos os laboratórios de acordo com a participação no mercado de vendas de referido remédio. Do outro lado a defesa sustenta que sem a prova de qual laboratório fabricou o remédio que a Sra. Sorenson ingeriu inviável a indenização. Esse um caso considerado difícil por Dworkin, que com maestria “brinca” com a concepção de direito, sendo obra de leitura obrigatória.

⁶ Aqui estamos nos referindo a simples subsunção de um fato a uma norma.

⁷ Dworkin, Ob.cit., p.15.

⁸ Dworkin, Ob.cit., p.6.

FACULDADE DE DIREITO DE FRANCA

Autarquia Municipal de Ensino Superior

www.direitofranca.br

Revista Eletrônica

Por fim, além do conceito doutrinário indicado, será abordado o direito no seu sentido dito aspiracional, ou seja, como ideal de legalidade ou de alcance de um Estado de direito, expressão utilizada em inúmeras hipóteses sem sua real compreensão.

Aqui convém pontuar a diferença apontada por Dworkin quanto à questão aspiracional do direito e o Estado de Direito, relatando que duas correntes existem, destacando⁹:

Alguns filósofos sustentam que o Estado de Direito é um ideal meramente formal: que a legalidade é plenamente assegurada quando se exige que as autoridades só ajam do modo permitido pelos critérios estabelecidos, e quando tal exigência é, de fato, cumprida. Outros filósofos defendem uma concepção mais substantiva do ideal: para eles, a legalidade só se sustenta quando os critérios aceitos pelas autoridades respeitam certos direitos dos cidadãos.

Inserida nessa segunda hipótese, o nosso pretense campo de atuação, sobretudo com enfoque aos direitos ditos fundamentais, como segue.

3. Direitos fundamentais (*grundreshte*) e conceito

A doutrina procura identificar um conceito para direitos fundamentais, tendo em vista a vasta utilização de sinônimos como destaca Sarlet¹⁰, salientando expressões como: direitos humanos, direitos do homem, direitos subjetivos públicos, liberdades públicas, direitos individuais, liberdades fundamentais e direitos humanos fundamentais.

Continua o Autor destacando inclusive a variação de aplicação das expressões no próprio texto constitucional (em sua expressão literal).

Ademais, o problema de conceituação tem sido apresentado em inúmeros trabalhos que se ocupam direta ou indiretamente do tema, como exemplo podemos destacar obras que tratam de temas voltados ao direito do trabalho como a de Otávio Amaral Calvet¹¹, Júlio Ricardo de Paula Amaral¹², Rubens Fernando Clamer dos Santos Junior¹³, Eugênio Hainzenreder Júnior¹⁴, entre outras.

⁹ Dworkin, Ob.cit, p.9.

¹⁰ Sarlet, Ingo Wolfgang. “*A eficácia dos direitos fundamentais*”. 10ª edição. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2009, p.27.

¹¹ Calvet, Otavio Amaral. “*Direito ao Lazer nas relações de Trabalho*”. São Paulo: Editora LTr, 2006, p.34.

¹² De Paula Amaral, Júlio Ricardo. “*Eficácia dos direitos fundamentais nas relações trabalhistas*”. São Paulo: Editora Ltr, 2007, p.21.

¹³ Clamer dos Santos Júnior, Rubens Fernando. “*A eficácia dos direitos fundamentais dos trabalhadores*”. São Paulo: Editora Ltr, 2010, p.21.

¹⁴ Hainzenreder Júnior, Eugênio. “*Direito à privacidade e poder diretivo do empregador*”. São Paulo: Editora Atlas, 2009, p. 12.

FACULDADE DE DIREITO DE FRANCA

Autarquia Municipal de Ensino Superior

www.direitofranca.br

Revista Eletrônica

Paulo Bonavides¹⁵ citando Carl Schmitt, destaca dois critérios formais de caracterização dos direitos fundamentais, a saber:

Pelo primeiro, podem ser designados por direitos fundamentais todos os direitos ou garantias nomeados e especificados no instrumento constitucional. Pelo segundo, tão formal quanto o primeiro, os direitos fundamentais são aqueles direitos que receberam da constituição um grau mais elevado de garantia ou de segurança; ou são imutáveis (unabänderliche) ou pelo menos de mudança dificultada (erschwert), a saber, direitos unicamente alteráveis mediante lei de emenda a Constituição Federal.

Nesse contexto, nos apropriamos do conceito de Sarlet na obra já citada (p. 29) extraído dos ensinamentos de Gomes Canotilho, que dita: “direitos fundamentais se aplicam para aqueles direitos do ser humano reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional positivo de determinado Estado”.

Contudo, o Autor Sarlet¹⁶ nos dá ainda outros instrumentos de identificação dos direitos fundamentais, principalmente quando cita o conceituado jurista Pérez Luño, que diferencia direitos humanos de direitos fundamentais, destacando:

o critério mais adequado para determinar a diferenciação entre ambas as categorias é o da concreção positiva, uma vez que o termo “direitos humanos” se revelou conceito de contornos mais amplos e imprecisos que a noção de direitos fundamentais, de tal sorte que estes possuem sentido mais preciso e restrito, na medida em que constituem o conjunto de direitos e liberdades institucionalmente reconhecidos e garantidos pelo direito positivo de determinado Estado, tratando-se, portanto, de direitos delimitados espacial e temporalmente, cuja denominação se deve ao seu caráter básico e fundamentador do sistema jurídico do Estado de Direito.

Além do conceito, o festejado Autor Português Jorge Miranda¹⁷ revela o *sentido* de referidos direitos fundamentais, ressaltando o sentido formal e material nas seguintes palavras:

Por direitos fundamentais entendemos os direitos ou as posições jurídicas activas das pessoas enquanto tais, institucionalmente ou individualmente consideradas, assentes na constituição, seja na constituição formal seja na constituição material – donde, direitos fundamentais em sentido formal e direitos fundamentais em sentido material. Essa dupla noção – pois os dois sentidos podem ou devem não coincidir – pretende-se susceptível de permitir o estudo de diversos sistemas jurídicos, sem escamotear a atinência das concepções de direitos fundamentais com as idéias de direito, os regimes políticos e as ideologias. Além disso, recobre múltiplas categorias de direitos quanto à estrutura, à titularidade, ao exercício, ao objeto ou ao

¹⁵ Bonavides, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 25ª edição Comemorativa Atualizada. São Paulo: Editora Malheiros, 2010, p.561.

¹⁶ Sarlet, Ob. Cit., p. 31

¹⁷ Miranda, Jorge. “*Manual de direito constitucional*”. 4ª Edição. Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p. 10.

conteúdo e à função, assim como abrange verdadeiros e próprios direitos subjetivos, expectativas, pretensões e, porventura mesmo, interesses legítimos.

Nessa linha, observando a doutrina em destaque, nos atrevemos a conceituar os direitos fundamentais como: direitos inerentes ao ser humano ou a coletividade, precipuamente quanto a sua liberdade, seja na esfera individual ou institucional, reconhecidos e positivados constitucionalmente, com alteração inviabilizada ou limitada, sob pena de ofensa ao Estado Democrático de Direito e sua ordem jurídica.

4. Teorias sobre os direitos fundamentais

Tarefa árdua, para não dizer inviável, é tentar apontar uma única teoria que abarque em tempo e modo todos os complexos problemas que se originam no estudo dos direitos fundamentais.

Tal assertiva é assegurada por Alexy¹⁸, nas seguintes palavras:

A concepção de uma teoria jurídica geral dos direitos fundamentais expressa um ideal teórico. Ela tem como objetivo uma teoria integradora, a qual engloba, da forma mais ampla possível, os enunciados gerais, verdadeiros ou corretos, passíveis de serem formulados no âmbito das três dimensões e os combine de forma otimizada. Em relação a uma tal teoria, pode-se falar apenas em “uma teoria ideal dos direitos fundamentais”. Toda teoria dos direitos fundamentais realmente existente consegue ser apenas uma aproximação desse ideal.

Não obstante referido apontamento, o ilustre jurista, destacando a questão da função integradora, não retira o mérito e importância de cada teoria, destacando que¹⁹:

Toda teoria sobre direitos fundamentais que contribua para a realização desse ideal tem, devido a essa contribuição, seu valor. Considerá-la sem valor por não realizar totalmente o ideal significaria desconhecer o caráter regulativo do programa integrativo.

Inúmeras classificações de referidas teorias permeiam o mundo jurídico, nos valendo da classificação citada por Julio Ricardo de Paula Amaral²⁰, citando Ernest Wolfgang Böckenförde e Canotilho, a saber: “a) teoria liberal; b) teoria axiológica ou da ordem de valores; c) teoria institucional; d) teoria social; e) teoria democrático-funcional e f) teoria socialista”.

¹⁸ Alexy, Robert. *Teoria dos Direitos fundamentais*. Tradução Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Editora Malheiros, 2008. p.39.

¹⁹ Alexy. Ob cit p. 39.

²⁰ De Paula Amaral. Ob. cit., p.33.

FACULDADE DE DIREITO DE FRANCA

Autarquia Municipal de Ensino Superior

www.direitofranca.br

Revista Eletrônica

Em poucas linhas, cabe apresentar os pontos identificadores de cada teoria, apenas com objetivo de identificar o prisma por elas destacados.

A teoria liberal observa os direitos fundamentais enquanto direitos de liberdade do homem perante o Estado, ou seja, direitos de defesa. Nessa teoria, se observa um círculo ao redor do homem em que torna impenetrável a atuação do Estado, tendo em vista que o Estado, historicamente, passou por fases de evidente reconhecimento de ameaça ao homem, daí a história de inúmeras guerras e revoluções ocorridas ao longo do tempo.

A teoria dita Axiológica reverencia os direitos fundamentais através da concretude, não se apegando a questão do direito subjetivo, ou seja, identifica nesses direitos a verdadeira ordem social que deve ser respeitada pelo legislador, pelo aplicador do direito bem como nas relações entre particulares.

A teoria institucional reconhece os direitos fundamentais como direitos reconhecidos por normas que lhe atribuam conteúdo, alguma função e sentido de forma objetiva, ampliando o leque de atuação do Poder Legislativo, visto que reconhece não uma ameaça no Estado (como na teoria liberal), mas sim uma garantia de direitos institucionalizada.

A teoria social atribui à liberdade da teoria liberal um caráter social, ou seja, há aqui não só a proteção contra a invasão estatal no campo dos direitos fundamentais, mas sim, uma exigência de intervenção do Estado no intuito de garantir a efetividade do direito fundamental, tendo em vista ser também um objetivo do próprio Estado.

A teoria democrática dá certa preferência aos direitos de conteúdo democrático, sob a égide de que tais direitos fundamentais constroem uma produção efetivamente abarcada pela democracia de um Estado.

A teoria socialista rompe com as aspirações liberais, pois traz para o centro de seu discurso o fator comunidade, abandonando a concepção da liberdade individual com liberdade. Nessa teoria os interesses do homem em si e da sociedade parecem ser os mesmos, pois só assim, segundo o viés de referidas teoria, os direitos sociais se realizam com efetividade.

Referidas teorias, conquistadas e conceituadas ao longo do tempo, se firmaram como reflexos de aspirações sociais existentes, principalmente avaliando as liberdades dos indivíduos perante o Estado em determinados momentos históricos, sendo que os estudos que julgamos referência foram desenvolvidos pelo jurista Virgílio Afonso da Silva no Brasil, e

pelo Jurista Italiano Maurizio Fioravanti, que tratou especificamente sobre as liberdades. Vamos a eles.

5. Teoria sobre o conteúdo essencial dos direitos fundamentais

O conteúdo essencial de um direito fundamental ainda é matéria que não encontra um grande número de trabalhos desenvolvidos, nascendo à observância de uma “potencialidade”²¹ de sua existência pela avaliação de decisões proferidas pelos Tribunais Superiores ou ditos Constitucionais, bem como por alguns trabalhos elaborados, entre eles o desenvolvido por Daniel Sarmento e Ricardo Lobo Torres, como salienta Virgílio Afonso da Silva²².

Em poucas palavras, acredita-se que os direitos fundamentais possuam um núcleo mínimo, núcleo esse que torna a intervenção estatal inviável, principalmente pela via da legislação ordinária. Inúmeras expressões são utilizadas para identificar esse núcleo, a exemplo dos autores citados acima, destacamos expressões como “limite dos limites”, “mínimo existencial”, entre outras.

O professor Virgílio Afonso da Silva²³ aponta quanto ao conteúdo da teoria dos direitos fundamentais duas grandes dicotomias, sendo a primeira quanto ao enfoque objetivo e subjetivo; e uma segunda, inerente a teoria absoluta e relativa.

Posta em questão a primeira dicotomia, destaca renomado Autor apoiado em Konrad Hesse²⁴, ressaltando a aproximação quanto a uma cláusula Pétrea que²⁵: “se se parte de um enfoque apenas objetivo, o conteúdo essencial de um direito fundamental deve ser definido a partir do significado desse direito para a vida social como um todo”.

No enfoque subjetivo, revela o Autor:

a garantia do conteúdo essencial de um direito fundamental não tem relação com o valor e a extensão desse direito para o todo social; em cada situação individual deveria haver, segundo esse enfoque, um controle para saber se o conteúdo essencial foi, ou não, afetado.

²¹ Nossa expressão.

²² Afonso da Silva. Ob. cit, p.22-23.

²³ Afonso da Silva, Virgílio. “*Direitos Fundamentais, conteúdo essencial, restrições e eficácia*”. 2ª Edição. São Paulo: Editora Malheiros. 2010.p 26.

²⁴ Apenas a título informativo, Konrad Hesse foi Juiz do Tribunal Constitucional Alemão, além de orientador do Professor Luís Afonso Heck, que traduziu em 2010 a obra “*Constitucionalismo Discursivo*” de autoria do Professor Robert Alexy.

²⁵ Afonso da Silva. Ob.cit.p.27

Partindo para a segunda dicotomia apresentada, se pontua o desafio de determinar o conteúdo essencial, seja pela teoria absoluta ou relativa.

A teoria absoluta reconhece de plano, que todo direito fundamental possui um núcleo intransponível independente da situação apresentada; enquanto a teoria relativa sustenta, contrariamente, que a fixação desse núcleo depende da situação fática encontrada, ou seja, da colisão entre diversos direitos envolvidos no caso concreto²⁶.

6. Os modelos de fundamentação das liberdades dos direitos fundamentais de Maurizio Fioravanti

Em aprofundado estudo científico, o jurista Maurizio Fioravanti²⁷ procurou identificar três modelos de fundamentação das liberdades dos direitos fundamentais a serem reconhecidas por um determinado ordenamento, a saber: modelo historicista, individualista e estatalista.

Contudo, em nosso sentir, e ainda que a avaliação ocorra em tese apenas no campo histórico, referido professor converge quanto à impossibilidade (ainda que histórica) de isolamento de liberdades de direitos fundamentais, o que de certa maneira, coincide com o pensamento do Professor Dworkin sobre a impossibilidade de criação de uma única teoria sobre os direitos fundamentais, como citado alhures.

Salienta o Ilustre professor de Florença, que não há um isolamento entre as teorias, destacando²⁸: “como veremos em los capítulos sucesivos, em los acontecimientos que se desarrollan a partir de las revoluciones de finales de siglo XVIII ninguno de los tres modelos tende a permanecer aislado respecto a los otros”²⁹.

O primeiro modelo dito historicista, revela que o reconhecimento das liberdades se dá em razão do processo histórico social, desenvolvido com a “common Law” inglesa³⁰, apresentada com o binômio “liberty and property”, como se passa a demonstrar através dos seus elementos de composição. Vamos a eles.

6.1. Modelo historicista

²⁶ Daqui se retira as expressões “colisão de princípios” ou “colisão de direitos”.

²⁷ Fioravanti, Maurizio. “*Los derechos fundamentales*”. Madrid: Editorial Trota, 1996, p. 26 a 46.

²⁸ Fioravanti. Ob. cit. p.25

²⁹ Tradução livre “como veremos nos capítulos que seguem, nos acontecimentos ocorridos a partir das revoluções do século XVIII nenhum dos três modelos tende a permanecer isolado em relação aos outros”.

³⁰ Fioravanti. Ob.cit. p. 26.

O modelo historicista tem como característica seu dinamismo, posto que representado fundamentalmente pela jurisprudência (comon Law) e pela primazia das liberdades civis, ditas negativas, limitando o Poder do Império desde a idade média.

Nesse escopo, são diretamente responsáveis pela “veia” dos limites da liberdade, os Juízes, não os príncipes ou legislativo e executivo, desde as alterações propiciadas no início da idade média até a idade moderna.

Nesse trilha, referidas liberdades no sentido de expressão da jurisprudência, que é regra na “comon Law”, torna indisponível referidas liberdades ao Poder Público, afastando o poder absoluto do legislador. Diz Fioravanti³¹: “El modelo historicista sostiene em primer lugar una doctrina y una práctica del gobierno limitado”.

Sob essa égide, o modelo historicista conquistou de forma inigualável o respeito pelas liberdades, que prevalecem sobre o próprio Poder político, que tinha como função não a alteração dessas liberdades conquistadas, mas sim, apenas o controle das leis, sem esvaziamento dos direitos conquistados.

Em suma, no modelo historicista, o Poder político se tornou limitado e acessório, prevalecendo à jurisprudência como campo de proteção aos direitos fundamentais.

6.2. Modelo individualista

O modelo individualista tem como pressupostos a existência do poder político do povo perante e anterior ao Estado quanto aos direitos fundamentais. A constituição para esse modelo representa uma decisão estritamente política de uma nação, que é capaz de tomar suas decisões. Aqui a idéia de unidade da nação, eliminado supostas vantagens estatais.

Destaca Fioravanti tratando do modelo individualista³²: “En este caso, La asociación política existe ya no como producto de los ajustes prudentes de La historia – incluido em papel restaurador Del pueblo –sino simplemente porque los individuos La han querido y construído”.

Nasce então, a idéia de contratualismo, retirando o Poder da autoridade pública como ideal buscado, com transferência para o legislativo, implementando força à nação.

³¹ Fioravanti. Ob. cit. p.37.

³² Fioravanti, Ob. cit. p. 39.

FACULDADE DE DIREITO DE FRANCA

Autarquia Municipal de Ensino Superior

www.direitofranca.br

Revista Eletrônica

Diz Fioravanti: “el individualista sostiene em primer lugar una revolución social que elimine os privilégios y El orden estamental que los sostiene”

Na perspectiva da teoria individualista, na Inglaterra, berço da Teoria historicista, não teria ocorrido uma verdadeira revolução em face do Estado com a teoria historicista, pois não houve uma verdadeira imposição do povo, no aspecto de direitos individuais fundamentais.

Nessa linha, a existência do Estado se dá com objetivo de aperfeiçoamento da tutela de direitos fundamentais, dando segurança, mas nunca com a idéia de criação de direitos, pois essa criação, parte da nação.

6.3. Modelo estatalista

O modelo Estatalista tem como objetivo precípua, superar o modelo individualista que o precede, tendo em vista seu nascimento ter ocorrido na Europa no Século XIX.

Aqui, nesse modelo, os direitos garantidos são apenas e tão somente àqueles advindos da lei inserida pelo Estado³³.

Como bem pontuado por Georges Abboud em trabalho ainda não publicado referindo-se a Fioravanti:

Para a doutrina estatalista do Estado Liberal Europeu do século XIX, não existe nenhuma liberdade e nenhum direito individual anterior ao Estado, mais precisamente, antes da força imperativa e autorizante das normas do Estado que são as únicas capazes de organizar a sociedade e de fixar as posições jurídicas subjetivas de cada um.

Nesse modelo, a autoridade do Estado é algo bem maior que um instrumento de tutela, é nas palavras de Fioravanti³⁴ “La condición necesaria para que las libertades y los derechos nazcan y Sean alumbrados como auténticas situaciones jurídica subjetivas de los individuos”.

Em referido modelo, encontramos as bases do positivismo.

7. Direitos fundamentais e direitos sociais

³³ Fioravanti. Ob. cit. p.41.

³⁴ Fioravanti. Ob. cit. p. 46.

FACULDADE DE DIREITO DE FRANCA

Autarquia Municipal de Ensino Superior

www.direitofranca.br

Revista Eletrônica

Encontra grande amplitude nos estudos atuais, saber se os direitos sociais encontram-se situados constitucionalmente como direitos fundamentais em nossa Carta Constitucional de 1988.

Diz o texto Constitucional em seu Título I, artigo 1º, caput, incisos, III e IV, inserido como princípios fundamentais:

A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado democrático de direito e tem como fundamentos:

(...)

III – a dignidade da pessoa humana;

IV – os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;

(...)

O texto constitucional, na concepção de direito buscada no presente artigo revelado em suas primeiras linhas, destaca claramente que a dignidade da pessoa humana e os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa comportam estratégias de atuação obrigatória do Estado para que se alcance o Estado Democrático de Direito.

Não há, portanto, como se afastar a importância e o significado do texto, que não comporta qualquer interpretação diversa, principalmente de cunho restritivo.

E mais, no Título II, denominado “Dos Direitos e Garantias Fundamentais”, inclui o capítulo II que recebe o Título “Dos Direitos Sociais”, representado pelo artigo 6º e 7º do texto Constitucional.

Não há espaço³⁵, na nossa ótica, para afastar o reconhecimento de que os direitos sociais se encontram no rol dos direitos e garantias fundamentais.

Questão que surge, é justamente quanto à forma de aplicação de referidos direitos.

Aqui, uma importante observação deve ser apresentada quanto ao rol de direitos e garantias fundamentais, pois na estrutura dos textos de referidas normas, é de se notar pelas simples leitura, algumas diferenças quanto a sua positivação, questão apontada

³⁵ Na mesma linha Oliveira, Luciano. “*Direitos Fundamentais em Construção Estudos em Homenagem ao Ministro Carlos Ayres Britto*”. Coordenação Marcia Rodrigues Bertoldi e Kátia Cristine Santos de Oliveira. Belo Horizonte: Editora Fórum.2010. p. 218 : “Com o que chegamos a constituição cidadã de 1988, assim apropriadamente chamada por ter estendido de tal maneira o rol de direitos que, praticamente, todos os direitos humanos tornaram-se, para usar uma terminologia corrente, igualmente direitos fundamentais – esses entendidos como os direitos que são positivados pelo ordenamento jurídico estatal. Aqui, mais do que em qualquer outro lugar, não subsistem dúvidas quanto à afirmação de que os direitos sociais, tanto quanto os direitos civis e políticos, são igualmente direitos desse tipo”.

FACULDADE DE DIREITO DE FRANCA

Autarquia Municipal de Ensino Superior

www.direitofranca.br

Revista Eletrônica

com maestria por Canotilho³⁶, ao identificar a existência de normas de direitos fundamentais (sociais) como: 1) normas programáticas; 2) normas de organização; 3) garantias institucionais; 4) direitos subjetivos.

Isso se dá, pois há uma diferença entre as próprias funções de cada direito fundamental, como explica Sarlet³⁷, podendo ser classificados em dois grandes grupos:

nomeadamente os direitos de defesa (que incluem os direitos de liberdade, igualdade, as garantias, bem como parte dos direitos sociais - no caso, as liberdades sociais - e políticos) e os direitos a prestações (integrados pelos direitos a prestações em sentido amplo, tais como os direitos à proteção e à participação na organização e procedimento, assim como pelos direitos a prestações em sentido estrito, representados pelos direitos sociais de natureza prestacional).

Essa compreensão é fundamental para a posterior contextualização correta da dicção do artigo 5º, parágrafo 1º do texto de 1988, que dita: “As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”.

Aqui, não obstante a doutrina tenha criado também distinção entre “gerações” ou “dimensões”³⁸ de direitos fundamentais, em divisão clássica³⁹, o texto constitucional nos parece claro, em não restringir direitos e garantias sociais do rol das garantias e direitos fundamentais.

8. A constituição como norma

Nas palavras do Professor Paulo Bonavides⁴⁰:

Reconstruir o conceito jurídico de Constituição, inculcar a compreensão da Constituição como lei ou conjunto de leis, de sorte que tudo no texto constitucional tenha valor normativo, é a difícil tarefa que se depara à boa doutrina constitucional de nosso tempo.

³⁶ Canotilho. Joaquim José Gomes. *“Direito Constitucional”*. Coimbra: Almedina, 2008, p.178 e ss.

³⁷ Sarlet. Ob. cit. p. 260

³⁸ Sarlet. Ob.cit. p.46/48.

³⁹ Direitos de 1ª dimensão ou de 1ª geração são representados pelo direito à vida, à liberdade, à propriedade e a igualdade (direitos civis e políticos negativos); direitos de 2ª dimensão são em sua maioria os direitos prestacionais sociais tais como assistência social, saúde, educação, trabalho, e no trabalho inserido o direitos a férias, salário mínimo, repouso semanal, direito de greve entre outros); são considerados direitos de 3ª dimensão os direitos de cunho coletivo (muitas vezes indefinida e indeterminável), tem como fundamento a solidariedade e fraternidade como o direito à paz, ao patrimônio histórico, à comunicação, à conservação, meio- ambiente, entre outros; os direitos de 4ª dimensão resta representado pela globalização dos direitos de cunho fundamental, como o direito à democracia e à informação. Sobre o tema sugerimos a leitura de José Adércio Leite Sampaio em *“Direitos fundamentais: retórica e historicidade”*, Belo Horizonte, Editora Del Rey.; Ainda Ingo Wolfgang Sarlet em *“A eficácia dos direitos fundamentais”*. Porto Alegre: livraria do Advogado; Paulo Bonavides em *“Curso de Direito Constitucional”*. São Paulo. Malheiros.

⁴⁰ Bonavides, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 25ª edição Comemorativa Atualizada. São Paulo: Editora Malheiros, 2010, p.236.

FACULDADE DE DIREITO DE FRANCA

Autarquia Municipal de Ensino Superior

www.direitofranca.br

Revista Eletrônica

De início deve ser dito, que não se discutirá aqui as situações já bem apontadas por Dworkin⁴¹, Alexy e Humberto Ávila, quanto a diferenciação entre normas-regras, normas-princípios e a definição de princípios⁴², posto que não é objeto do presente ensaio.

De outro lado, inúmeras são as classificações a respeito do tema com o objetivo de encontrar a real potência ou não potência de uma norma constitucional, tendo em vista a nova interpretação pós-positivista dos textos constitucionais.

Continuando a observar os ensinamentos do professor Paulo Bonavides⁴³, verificamos que nos Estados Unidos se observa a classificação como “*self executing provisions*” e “*not self executing provisions*” na tentativa de distinguir normas constitucionais aplicáveis e não aplicáveis de plano.

Na Itália, num estudo mais aprofundado criou-se a classificação com a teoria da norma constitucional preceptiva (com eficácia) e normas diretivas, com estudo posterior trazendo à baila denominações como cláusulas mandatórias e cláusulas diretivas.

No Brasil a classificação se debruça, segundo Sarlet⁴⁴ com apoio em José Afonso da Silva, em normas constitucionais de eficácia plena (aplicabilidade imediata direta e integral não dependendo do legislador), eficácia contida (imediata direta e possivelmente não integral) e de eficácia limitada, sendo essas últimas dependentes, em tese, de regramento infraconstitucional, portanto de aplicabilidade indireta e reduzida.

O interesse no estudo surgiu, sobretudo, pela composição constitucional de questões ditas “de direitos” e de questões ditas “políticas”.

Independente dos critérios e classificações adotadas, ponto importante é salientar que aparentemente, há uma identidade de opiniões entre os autores⁴⁵ quanto à existência de alguma eficácia (efeito) em toda e qualquer norma constitucional.

Mas o que é eficácia?

⁴¹ Indicamos a leitura para aprofundamento do tema as obras “*Conceito e validade do direito*” e “*Levando os direitos a sério*” ambas de Ronald Dworkin, além de “*Teoria dos direitos fundamentais*” de Robert Alexy e “*Teoria dos Princípios*” de Humberto Ávila.

⁴² Alexy, Robert. “*Direito, Razão, Discurso, Estudos para a filosofia do direito*”. Tradução Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Editora Livraria do advogado. 2010 diz p. 164 “Tanto regra como princípios podem ser concebidos como normas. O ponto decisivo para a distinção de regras e princípios é que princípios são mandamentos de otimização, enquanto regras têm o caráter de mandamentos definitivos. Como mandamentos de otimização, princípios são normas que ordenam que algo seja realizado em uma medida, tão alta quanto possível, relativamente às possibilidades jurídicas e fáticas”.

⁴³ Bonavides. Ob.cit. p 238 e 239.

⁴⁴ Sarlet. Ob. cit. p.248.

⁴⁵ Sugerimos a leitura da obra da Professora Maria Helena Diniz “*Norma Constitucional e Seus Efeitos*”.

9. Eficácia – reconhecimento da expressão

Numa visão ampla sem que se considere o campo jurídico, eficácia é o resultado de um efeito buscado e esperado.

Exemplificando através do cotidiano, quando procuramos uma escola eficaz para nossos filhos, queremos com isso dizer, que o resultado do ensino traga um resultado esperado em vários aspectos, seja ético, educacional ou de desenvolvimento pessoal. Na hipótese da busca de um remédio eficaz, se pretende ter como efeito a cura de determinada doença.

No âmbito jurídico, eficácia encontra-se relacionada diretamente à produção também de efeitos esperados, contudo, efeitos esses normativos.

Tércio Sampaio Ferraz Jr. em “*Introdução ao Estudo do Direito*” equaliza a eficácia jurídica no campo jurídico em três aspectos, a saber: eficácia técnica, eficácia jurídica e eficácia social.

Aurora Tomazini de Carvalho⁴⁶, referindo-se a classificação do Professor Tércio, também adotada por Paulo de Barros Carvalho destaca:

Eficácia técnica é a qualidade que a norma ostenta, no sentido de descrever fatos que, uma vez ocorridos, tenham aptidão de irradiar efeitos, já removidos os obstáculos materiais ou as impropriedades sintáticas. Tal ângulo proporciona a análise dos efeitos relacionados à norma jurídica. Eficácia jurídica, é predicado dos fatos jurídicos de desencadear as conseqüências que o ordenamento prevê, permite o estudo dos fatos relacionados ao fato jurídico. A eficácia social é a produção concreta de resultados na ordem dos fatos sociais, permite-nos especulações sobre os efeitos da norma no plano social.

Para Maria Helena Diniz⁴⁷ eficácia é:

a qualidade do texto normativo vigente de produzir, ou irradiar, no seio da coletividade, efeitos jurídicos concretos, supondo, portanto, não só a questão de sua condição técnica de aplicação, observância, ou não, pelas pessoas a quem se dirige, mas também de sua adequação em face da realidade social, por ele disciplinada, e aos valores vigentes na sociedade, o que conduziria ao seu sucesso.

Como já ressaltado no texto, a Carta constitucional revela em seu parágrafo primeiro do artigo 5º a aplicação imediata dos direitos fundamentais, como já destacava a Constituição Portuguesa (artigo 18/1) e Uruguiaia (artigo 1º, inciso III).

Contudo, quais são os sujeitos e como se concretiza referida aplicabilidade?

⁴⁶ De Carvalho, Aurora Tomazini. “*Curso de Teoria Geral do Direito*”. São Paulo: Editora Noeses, 2009, p.722.

⁴⁷ Diniz, Maria Helena. “*Norma Constitucional e seus efeitos*”. 7ª Edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2006, p. 30.

9.1 Eficácia vertical e horizontal

A doutrina criou duas modalidades amplas de eficácia, tendo por ótica os atores envolvidos, denominando eficácia vertical o produto esperado da relação entre particular e o Estado (garantia dos direitos fundamentais entre Estado e particular); e de outro lado, denominou como eficácia horizontal a relação existente entre particulares (Garantia da vinculação Estatal referente à proteção das garantias fundamentais em negócios jurídicos celebrados entre particulares).

9.2. Eficácia vertical

A eficácia vertical, como antedito, revela a relação de vinculação entre o particular e o Estado, aqui abrangidos na compreensão de Estado, todos que de alguma forma estão habilitados a utilização da potencialidade da força pública.

Referida vinculação se dá de duas formas, a saber: positiva e negativa.

A forma negativa, conquistada ao longo do tempo, diz respeito ao direito do particular a não intervenção do Estado em seus direitos e garantias fundamentais, sob pena do particular se valer dos meios de defesa.

A vinculação positiva se revela na necessidade da amplitude da defesa, para uma atuação positiva do Estado na proteção desses direitos fundamentais, ou seja, a não interferência não representa a amplitude necessária para que se garanta de fato e de direito as garantias e direitos fundamentais, garantindo o verdadeiro Estado Social⁴⁸.

Importante destacar que essa visão positiva das garantias fundamentais, *mutatis mutandis*, se encontra em certos textos literalmente expressada, como se pode observar no inciso XXXII do artigo 5º da Carta de 1988 que dita: **“O Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor”**.

9.3 Eficácia horizontal

De chofre, deve ser dito, que a eficácia horizontal revela-se necessária, sobretudo nas relações de trabalho, tendo em vista que sua gênese, na Alemanha, se deu

⁴⁸ Paula Amaral. Ob.cit. p.54.

justamente pela identificação de que inserido numa sociedade, existem grupos que através da força (econômica ou mesmo simples influência) podem resvalar em direitos e garantias fundamentais dos indivíduos que pertencem à sociedade.

Nesse aspecto, cabe extirpar das relações particulares a violação aos direitos e garantias fundamentais, pois podem causar idêntico mal aos cidadãos, como já destacado por Konrad Hesse em Canotilho.

Apenas a título de exemplo, podemos citar as ponderações realizadas por Maschietto⁴⁹ ao tratar da efetividade dos direitos fundamentais, colocando em choque a revista íntima do empregado e o direito de propriedade do empregador. Identifica-se aqui, que a veia da eficácia vertical de direitos, não é suficiente para dar amparo e concretude ao caso, sendo de extrema importância a correta avaliação de eventual violação das garantias individuais entre particulares.

Veja que estamos a tratar não do empregado primariamente, mas sim, de um cidadão, pois a relação de trabalho não retira a característica de cidadania do homem.

Questão que torna a matéria relevante é saber, quais os direitos têm, no seu âmago estrutural, uma projeção sobre os direitos privados. Aqui, tenaz a observação de Benedita Ferreira⁵⁰, ao dispor:

parece mais coerente tratar igualmente todos esses direitos (excluindo, evidentemente, aqueles que têm por destinatários exclusivamente os órgãos estatais) do que traçar fronteiras, muitas vezes artificiais, entre direitos que se devem considerar, imediatamente vinculantes e direitos em relação aos quais essa questão não está previamente resolvida.

Segundo a ilustre Professora, duas questões se apresentam: 1) Como os direitos fundamentais influem nas relações entre particulares, que chama de problema de construção e 2) e saber em que medida fazem, que diz ser um problema de colisão.

Enfrentemos o problema da construção.

A primeira questão posta sobre a “construção” foi desmembrada em duas correntes, a saber: corrente monista e corrente dualista. A primeira corrente (monista ou da eficácia imediata) defende a validade absoluta e integral dos direitos fundamentais como direitos subjetivos e normas de valor, se aplicando diretamente as relações privadas, avaliando-se, sobretudo, o conteúdo concreto, de função e essência de cada direito

⁴⁹ Maschietto, Leonel. *“Direitos fundamentais aplicados ao direito do trabalho”*. Coordenador Renato Rúa de Almeida. São Paulo: Editora LTr, 2010, p. 83 e Ss.

⁵⁰ Mac Crorie, Benedita Ferreira da Silva. *“A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais”*. Coimbra: Almedina, 2005, p.12.

FACULDADE DE DIREITO DE FRANCA

Autarquia Municipal de Ensino Superior

www.direitofranca.br

Revista Eletrônica

isoladamente considerado, valorizando, noutras palavras, a unidade do sistema jurídico. Aplica-se nessa linha, a regra constitucional, não como regra hermenêutica, e sim, como de comportamento apta a gerar efeitos.

As principais críticas a teoria monista se externam no campo da segurança jurídica, posto que segundo as correntes de crítica, estaríamos a atribuir poder excessivo ao julgador, pois criaria soluções em princípios constitucionais vagos e abstratos, além da desvirtuação da separação dos poderes, colocando em risco a autonomia privada.

De outro lado, ainda quanto ao tema, se apresenta a teoria dualista ou da eficácia mediata, que tem por escopo reconhecer que as regras entre particulares são reguladas por conjuntos especiais de leis, tendo os direitos fundamentais função de princípios objetivos, auxiliando na interpretação do direito privado. Aqui, importante salientar nas palavras de Benedita⁵¹, com amparo em Günter Dürig quanto ao modo de eficácia:

A influência dos direitos fundamentais deverá levar-se a cabo, sobretudo, através da concretização das cláusulas gerais e conceitos indeterminados próprios do direito privado, podendo essa influência, por outro lado, estar presente em qualquer interpretação de uma norma de direito privado e, em casos especiais, até justificar decisões contra o texto de lei.

A principal ponderação contrária a referida teoria identificada por nós, caminha no sentido de ter um caráter supérfluo, pois na verdade retrata a interpretação “conforme o texto constitucional”, portanto não apresentam nenhum progresso quanto aos direitos fundamentais e avanço da sociedade.

Some-se ainda, que apontar para as cláusulas gerais infra-constitucionais apresenta a mesma abstração da teoria monista, o que talvez inviabilize a aplicação de referida teoria.

Por fim, ainda quanto à construção e medida, há a teoria da convergência estatista, que tem em seu bojo objetivo único de superar tanto a teoria da eficácia direta como da eficácia indireta, negando qualquer importância à discussão, tendo em vista que a autonomia privada seria sempre uma autorização do Estado, portanto, a vinculação jamais se daria entre particulares e sim, sempre, entre uma particular e o Estado.

Não se vê aqui, com todo respeito, qualquer avanço no campo dos direitos fundamentais, pois não há como se afastar nos dias atuais a vinculação entre terceiros, sendo essa a principal crítica.

⁵¹ Mac Crorie. Ob. Cit. p. 24.

10. Nossa tendência

Com todo o respeito que merecem as teorias dualista e da convergência estatista, que trazem imensa contribuição à escola jurídica, e não obstante o evidente “receio” que temos do modo como o operador do direito passaria a atuar com a eficácia imediata, essa apenas, no nosso ponto de vista, representa um efetivo avanço no campo dos direitos fundamentais.

Devemos pois, combater, ainda que não exaustivamente, por se tratar de um simples artigo, as críticas impostas a teoria monista, a saber: 1) insegurança jurídica; 2) separação dos poderes; 3) autonomia do sistema privado.

10.1. Segurança jurídica

Aqui, a crítica permeia, no nosso entender, de um lado a necessidade da clareza das regras infraconstitucionais de direito civil, ainda que de ordem geral, que seria incompatível com princípios constitucionais indeterminados, gerando, portanto, no seio da sociedade, uma insegurança tanto no campo do direcionamento dos negócios jurídicos como das decisões judiciais.

Devemos ainda lembrar, que não há dúvida na doutrina em razão da eficácia vertical dos direitos fundamentais quanto a vinculação direta e criação de direitos subjetivos para os particulares em face do poder público.

Pois bem, é de se notar, que a indeterminação dos princípios não é sequer destacada como impedimento para que se origine referido direito subjetivo. Daí nascer à primeira pergunta: qual a justificativa para o reconhecimento do direito subjetivo perante o Estado de supostos princípios indeterminados e o não reconhecimento do mesmo direito subjetivo quando a lesão é capaz de nascer entre particulares??

Referido questionamento faz surgir um segundo questionamento: Por qual razão sólida seria necessária a criação de regras abertas e gerais (cláusulas) no direito infraconstitucional (direito civil), que *data venia*, acabam possuindo o mesmo grau de incerteza daqueles constitucionais para a relação entre terceiros e não perante o Estado, tendo em vista o princípio constitucional da solidariedade?

FACULDADE DE DIREITO DE FRANCA

Autarquia Municipal de Ensino Superior

www.direitofranca.br

Revista Eletrônica

Pontue-se que o raciocínio da segurança jurídica também precisa avançar, não podendo ser visto com a mesma perspectiva da norma e de sua validade, como o fez Kelsen e Bobbio.

A segurança jurídica nos dias atuais é a representação de efetividade da justiça. Nesse trilha, destaque-se as palavras de Gabriel Lopes Coutinho Filho⁵²:

Em tese a segurança jurídica não significa a rigidez das normas postas, questão cara a parte dos segmentos sociais interessados na estabilidade e previsibilidade de seus negócios jurídicos. Antes, a noção de segurança jurídica versa sobre outra face de sua mesma notação: a idéia de que há, sim, no sistema, mecanismos de garantia de cumprimento dos princípios e direitos fundamentais. A segurança, portanto, se justifica não pela manutenção do que é, mas pela perseguição do que deve ser.

Assim, a ausência de segurança jurídica não parece ser um pilar sustentador no contexto da crítica realizado para afastar a aplicação da teoria monista.

10.2. Separação dos poderes

Aqui, a crítica realizada é no sentido de que ao aplicar-se diretamente o texto Constitucional a uma relação entre particulares, seria como se estivesse a afastar uma suposta “reserva legal” do Poder Legislativo, violando o Estado Democrático de Direito⁵³.

Aceitar a coerência da crítica, no nosso modo de sentir, é causar o engessamento do Estado, facilitando de certo modo, na ausência de expressão legal positivada com vetores claros nas linhas infraconstitucionais, a existência de condutas sociais contrárias aos bons costumes e a princípios constitucionais claros.

Seria acariciar a ausência de previsão estrita, justificando posturas contrárias ao princípio da solidariedade (Estado e particulares).

Não é sem sentido, que nosso sistema jurídico possui outras regras (excluindo apenas o texto de lei) para que se efetive o julgamento de uma questão posta.

Some-se a isso, que se lido o próprio texto constitucional, não obstante esse claramente tenha elencado as matérias de competência do Poder Legislativo, não é menos

⁵² Coutinho Filho, Gabriel Lopes. *“Direitos fundamentais aplicados ao direito do trabalho”*. Coordenador Renato Rua de Almeida. São Paulo: Editora LTr, 2010, p.47 e 48.

⁵³ Bonavides, Paulo. Ob. Cit. P. 599 destaca “Com a queda do positivismo e o advento da teoria material da Constituição, o centro de gravidade dos estudos constitucionais, que dantes ficava na parte organizacional da lei magna- separação de poderes e distribuição de competências, enquanto forma jurídica de neutralidade aparente, típica do constitucionalismo do estado liberal - se transportou para a parte substantiva, de fundo e conteúdo, que entende com os direitos fundamentais e as garantias processuais da liberdade sob a égide do Estado Social”.

verdadeiro que a harmonia entre os poderes e o não retrocesso social lá se encontram em linhas claras.

Aqui, de igual sorte, a nós parece não prevalecer à crítica.

10.3. Autonomia do sistema privado

Consideramos o sistema único interiormente, ou seja, o ordenamento jurídico é uno, existindo uma relação de congruência na busca do valor da justiça, trazendo estabilidade e paz social.

Não se nega a liberdade contratual ou autonomia privada, mas referidas regras devem ou ser interpretadas conforme a Constituição Federal, ou na ausência de especificidade, pelas garantias constitucionais fundamentais, que por simples hierarquia, se sobrepõem a autonomia privada.

Nesse contexto, refuta-se referida crítica.

A discordância com as críticas apresentadas comumente, não significa afastar a irradiação desses direitos pela legislação ordinária, que em regra, é a primeira a realizar esse “controle denso”, mas sim identificar a real importância dos direitos e garantias fundamentais constitucionais.

Construída a idéia e nossa conclusão quanto à eficácia imediata, pelo todo exposto, passemos agora ao problema de “em que medida” isso ocorre, tratando das colisões ou conflitos entre particulares dos direitos ditos fundamentais, que encontra solução através da ponderação de cada caso concreto.

11. Da colisão

Destaca José Carlos Vieira de Andrade⁵⁴: Haverá colisão ou conflito sempre que se deva entender que a Constituição protege simultaneamente dois valores ou bens em contradição numa determinada situação concreta (real ou hipotética).

Indicamos em parágrafos anteriores, que a principal razão da necessidade de proteção aos direitos ditos fundamentais no nível da eficácia horizontal se dá em razão da existência de certos grupos, que seja em razão de sua posição econômica ou de outra ordem,

⁵⁴ Vieira de Andrade, José Carlos. “*Os direitos fundamentais na constituição Portuguesa*”. Coimbra: Almedina, 2009, 4ª edição, p. 301.

acabam possuindo certa vantagem nas relações particulares contratadas, que possibilitam a obstrução do pleno desenvolvimento de garantias fundamentais.

Referida situação pode ser identificada em relações de consumo, em relações de trabalho e até mesmo em relações familiares, desde que firam liberdades, direitos e garantias.

Nesse contexto, como ensina Benedita⁵⁵ com apoio em Wolfgang Rüdner: **“A importância dos direitos fundamentais no direito privado é, assim, tanto mais importante, quanto maior for o poder social de uma das partes na relação jurídica”**

A pergunta que surge é: como solucionar a questão da colisão entre dois direitos fundamentais protegidos de forma concomitante pela carta magna?

Ensina José Carlos Vieira de Andrade⁵⁶ que não se pode estabelecer abstratamente uma hierarquia de valores constitucionais, sob pena de se sacrificar um direito em prol de outro. Continua o Autor, relatando que não se deve de igual sorte, se valer do recurso das teorias dos direitos fundamentais, ainda dentro de uma concepção de hierarquia, para se buscar uma solução, tendo em vista que há em referidas teorias a preponderância de certos aspectos como liberdade, democracia, entre outros.

Aponta o Autor⁵⁷, que a solução deve ser realizada na seguinte esteira:

Terá, pois, de respeitar-se a proteção constitucional dos diferentes direitos ou valores, procurando as soluções no quadro da unidade da constituição, isto é, tentando harmonizar da melhor maneira os preceitos divergentes, em função das circunstâncias concretas em que se põe o problema.

Essa atuação não se dá, como explica o Autor, com fundamento em Alexy, através do sacrifício de um direito para que o outro prevaleça, mas sim, através da ponderação, atribuindo um critério de proporcionalidade na distribuição dos custos do conflito, com base no contexto fático e nos valores constitucionais para a comunidade.

Valendo-nos dos ensinamentos de Alexy⁵⁸, destacamos que na dimensão constitucional de garantias fundamentais dos princípios, que são normas, colidem, devendo haver ponderação de cada um no caso concreto (*mandamentos de otimização*). De outro lado, regras infraconstitucionais, que também são normas, são avaliadas numa situação fática posta,

⁵⁵ Mac Crorie. Ob.cit.103.

⁵⁶ Vieira de Andrade. Ob. cit. p.303.

⁵⁷ Idem. p. 303

⁵⁸ Alexy, Robert. Ob. cit. p.204.

pelo critério da validade, ou seja, uma das normas em questão terá ou não aplicação ao caso concreto (*mandamentos definitivos*)⁵⁹.

12. Conclusão

Nos dias atuais, não é raro, nos depararmos com questões junto ao Direito do Trabalho que acenem para a necessidade do conhecimento das novas fronteiras que o direito constitucional nos impõe.

Isto ocorre, principalmente em razão da atipicidade das relações de trabalho, que após o abandono dos modelos tradicionais fordista e taylorista, acaba por se redescobrir a cada dia.

São inúmeras as situações em que sentimos de certa maneira, ainda que como simples intuição, que posturas de empresas ou de empregados acabam por violar em linhas limítrofes direitos alheios.

O tema em comento, na verdade, aponta para um novo cenário em que questões outrora tratadas apenas como direitos potestativos do empregador em contrapartida a deveres de uma relação de trabalho, hoje, acaba por esbarrar em garantias fundamentais que têm e devem ter eficácia constitucional plena.

Não há mais espaço para regras meramente formalistas e jogo do contente no nosso País, em que decisões acabam por não conceder o que é pleiteado, e claramente devido, sob o argumento de que “não há previsão legal expressa”.

⁵⁹ Alexy. Ob. Cit. P. 204 exemplifica “A teoria dos princípios oferece a chave para a explicação de figuras dogmático-jurídico-fundamentais centrais. Aqui, tem importância que o caráter de princípio implica o princípio da proporcionalidade. Seus primeiros ambos princípios parciais, os princípios da idoneidade e da necessidade, resultam da dependência da medida ordenada do cumprimento das *possibilidades fáticas*. Suponha-se que um determinado meio, por exemplo, uma proibição absoluta de circulação para determinados produtos alimentícios, é, para a realização de um determinado princípio, nesse caso, para a realização da proteção do consumidor, empregado. O meio inibe a realização da liberdade de profissão. Se a proibição de circulação, para a realização da proteção do consumidor, não é idônea ou necessária, então existe, em vista das circunstâncias fáticas, a possibilidade de realizar um princípio, ou seja, da liberdade de profissão, em medida superior sem que nasçam custos para o outro princípio. Se se junta ambos os mandamentos de otimização, então o empregado do meio está proibido, o que corresponde ao princípio da otimização-pareto. O princípio da proporcionalidade em sentido estrito deixa deduzir-se da relativização das *possibilidades jurídicas*. Se um princípio colide com um outro princípio, sendo que um somente pode ser realizado às custas do outro, então a possibilidade jurídica da realização de ambos os princípios depende do, cada vez do outro. Para chegar a uma decisão, uma ponderação é necessária. Como ambos os mandamentos de otimização pedem a sua realização, essa pode somente se orientar na lei de ponderação seguinte: quanto maior é o grau de não realização de um princípio, tanto maior deve ser a importância da realização do outro. Com isso, está claro que entre o caráter de princípio de normas e o princípio da proporcionalidade existe a conexão mais estreita imaginável: o caráter de princípio implica o princípio da proporcionalidade e este, implica aquele.”

FACULDADE DE DIREITO DE FRANCA

Autarquia Municipal de Ensino Superior

www.direitofranca.br

Revista Eletrônica

Entre inúmeros casos que podem envolver direitos fundamentais, podemos citar o suposto direito do empregador a realizar revistas íntimas; o suposto direito do empregador ao acesso as correspondências eletrônicas do empregado; o abandono de alguns empregados junto à sua mesa de trabalho sem qualquer função; “premiações” indicando os piores funcionários do mês muitas vezes ofensivas à dignidade do trabalhador; questões sobre o horário de trabalho desenvolvido e a crença religiosa do empregado; trabalho realizado em domicílio e a invasão da vida privada do empregado; a publicidade do empregado e o direito a imagem, entre outros tantos.

Nesse estreito mundo do trabalho, se faz cada vez mais necessário imbricar conceitos constitucionais para afastar a violação dos direitos fundamentais do empregado ou do empregador.

Nesse campo, concluímos pela expressão do direito constitucional em suas garantias fundamentais como de eficácia imediata perante o Estado e perante terceiros, ou seja, eficácia vertical e horizontal plena.

Optando pela eficácia imediata, inclusive horizontal, pontuamos por um horizonte em que a segurança jurídica busca uma efetividade das questões sociais, através de um novo conceito, gerando novas – e no nosso sentir – melhores expectativas de um direito firme e que atenda a coletividade.

Direito esse, que não suporta mais a divisão de poderes no sentido de aguardar eternamente as manifestações do poder legislativo em todos os casos, sob pena de permanência no “caos da dignidade”;

Direito esse, que não se curva ao positivismo clássico, que busca apenas e tão somente na norma válida um conceito de justiça social, mas sim, um direito de concretude, que não suportará qualquer atrevimento de violação a direitos, liberdades e garantias constitucionais.

Bibliografia

ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Editora Malheiros, 2008.

_____. *Direito, Razão, Discurso, Estudos para a filosofia do direito*. Tradução Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2010.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 25ª edição Comemorativa Atualizada. São Paulo: Editora Malheiros, 2010.

FACULDADE DE DIREITO DE FRANCA

Autarquia Municipal de Ensino Superior

www.direitofranca.br

Revista Eletrônica

CALVET, Otavio Amaral. *Direito ao Lazer nas relações de Trabalho*. São Paulo: Editora LTr, 2006.

CANOTILHO, Joaquim José Gomes. *Direito Constitucional*. Coimbra: Almedina, 2008.

CLAMER DOS SANTOS JÚNIOR, Rubens Fernando. *A eficácia dos direitos fundamentais dos trabalhadores*. São Paulo: Editora LTr, 2010.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Para entender Kelsen*. 5ª Edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2009.

COUTINHO FILHO, Gabriel Lopes. *Direitos fundamentais aplicados ao direito do trabalho*. Coordenador Renato Rua de Almeida. São Paulo: Editora LTr, 2010.

DE CARVALHO, Aurora Tomazini. *Curso de Teoria Geral do Direito*. São Paulo: Editora Noeses, 2009.

DE PAULA AMARAL, Júlio Ricardo. *Eficácia dos direitos fundamentais nas relações trabalhistas*. São Paulo: Editora Ltr, 2007.

DINIZ, Maria Helena. *Norma Constitucional e seus efeitos*. 7ª Edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2006.

DWORKIN, Ronald. *A Justiça de Toga*. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2009.

FIORAVANTI, Maurizio. *Los derechos fundamentales*. Madrid: Editorial Trota, 1996.

HAINZENREDER JÚNIOR, Eugênio. *Direito à privacidade e poder diretivo do empregador*. São Paulo: Editora Atlas, 2009.

MAC CRORIE, Benedita Ferreira da Silva. *A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais*. Coimbra: Almedina, 2005.

MASCHIETTO, Leonel. *Direitos fundamentais aplicados ao direito do trabalho*. Coordenador Renato Rua de Almeida. São Paulo: Editora LTr, 2010.

MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. 4ª Edição. Coimbra: Coimbra Editora, 2008.

OLIVEIRA, Luciano. *Direitos Fundamentais em Construção Estudos em Homenagem ao Ministro Carlos Ayres Britto*. Coordenação Marcia Rodrigues Bertoldi e Kátia Cristine Santos de Oliveira. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 10ª edição. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2009.

VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. *Os direitos fundamentais na constituição Portuguesa*. Coimbra: Almedina, 2009