

**UNIVERSIDADE DO VALE DO RIO DOS SINOS
CURSO DE DIREITO
MESTRADO INTERINSTITUCIONAL EM DIREITO
UNISINOS – UPF**

Ipojucan Demétrius Vecchi

**A EFICÁCIA DOS DIREITOS HUMANOS FUNDAMENTAIS DE PRIMEIRA
DIMENSÃO NO CONTRATO DE TRABALHO: POSSIBILIDADES DE
CONCRETIZAÇÃO**

**São Leopoldo
2006**

Ipojucan Demétrius Vecchi

**A EFICÁCIA DOS DIREITOS HUMANOS FUNDAMENTAIS DE PRIMEIRA
DIMENSÃO NO CONTRATO DE TRABALHO: POSSIBILIDADES DE
CONCRETIZAÇÃO**

**Dissertação apresentada a Unisinos como
requisito parcial para a obtenção do título de
Mestre em Direito.**

Orientador: Prof. Dr. André Leonardo Coppetti

São Leopoldo

2006

Ipojuca Demétrius Vecchi

**A EFICÁCIA DOS DIREITOS HUMANOS FUNDAMENTAIS DE PRIMEIRA
DIMENSÃO NO CONTRATO DE TRABALHO: POSSIBILIDADES DE
CONCRETIZAÇÃO**

**Dissertação apresentada a Unisinos como
requisito parcial para obtenção do título de
mestre em Direito.**

Aprovado em _____ de 2006.

BANCA EXAMINADORA

RESUMO

O trabalho e sua regulamentação sofreram mutações de acordo com mudanças econômicas, sociais e políticas. Ao longo do processo histórico, os trabalhadores conquistaram direitos e forçaram o Estado a intervir nas relações de trabalho. Acontecimentos recentes colocam em xeque o Estado interventor e reaparecem idéias (neo)liberais, que pregam a diminuição do espaço público e sua tomada pelos privados, bem como a flexibilização dos direitos sociais como forma de enfrentar o desemprego. Há um aumento geométrico do poder privado. No enfrentamento desses problemas, com fins a assegurar os direitos básicos dos trabalhadores, faz-se necessária a adoção de medidas, entre elas a da construção de um direito comum baseado nos direitos humanos para enfrentar a possibilidade de *dumping* social. A tomada de decisão no enfrentamento dos problemas deve ter em conta o contexto em que vivemos. A hermenêutica filosófica nos capacita a podermos tomar consciência histórica de nosso contexto e de nossa própria finitude e, por meio de um diálogo crítico e aberto com a tradição, possibilita a abertura de sentidos mais adequados e promissores para a solução dos problemas. Os direitos humanos fundamentais legam-nos uma tradição de enfrentamento e contraponto ao poder. No momento pelo qual passamos, em que o Estado perde poder e os privados o ganham, cabe recolocar a pergunta sobre os direitos humanos fundamentais e seu papel, fazendo com que incidam também nas relações privadas. Assim, partindo de certas pré-compreensões teórico/práticas dos direitos humanos fundamentais no Estado Democrático de Direito, a problemática da presente pesquisa concentra-se na discussão sobre a possibilidade de efetivação dos chamados direitos humanos fundamentais de primeira dimensão dentro do contrato de trabalho. No campo do contrato de trabalho, onde o empregador detém o poder empregatício, os direitos humanos fundamentais de primeira dimensão são trunfos necessários dos trabalhadores para o limite desse poder. Por essa razão, faz-se necessária a concretização ponderada dos direitos humanos de primeira dimensão no contrato de trabalho, como forma de preservação da dignidade pessoal dos trabalhadores, o que se pode demonstrar pelo exemplo da concretização do direito ao devido processo legal nas relações de emprego.

Palavras-chave: Contrato de Trabalho, Direitos Humanos Fundamentais, Eficácia, Hermenêutica Filosófica, Ponderação, Primeira Dimensão.

RESUMEN

El trabajo y su reglamentación han sufrido mutaciones de acuerdo con cambios económicos, sociales y políticos. A lo largo del proceso histórico, los trabajadores han conquistado derechos y han forzado el Estado a intervenir en las relaciones de trabajo. Ocurredos recientes han puesto en jeque el Estado interventor y han reaparecido ideas neo(liberales), que buscan la disminución del espacio público y su tomada por los privados, así como la flexibilización de los derechos sociales como manera de enfrentar el desempleo. Hay un crecimiento geométrico del poder privado. En el enfrentamiento de estos problemas, con la finalidad de asegurar los derechos básicos de los trabajadores, se hace necesaria la adopción de medidas, entre ellas la construcción de un derecho común basado en los derechos humanos para enfrentar la posibilidad de *dumping* social. La tomada de decisión en el enfrentamiento de los problemas debe llevar en cuenta el contexto en que vivimos. La hermenéutica filosófica nos capacita a tomar conciencia histórica de nuestro contexto y de nuestra propia finitud y, por medio de un dialogo crítico y abierto con la tradición, posibilita la apertura de sentidos más adecuados y prometedores para la solución de los problemas. Los derechos humanos fundamentales nos han legado una tradición de enfrentamiento y contrapunto al poder. En el momento por lo cual pasamos, en que el Estado pierde poder y los privados lo ganan, cabe poner la pregunta sobre los derechos humanos fundamentales y su papel, haciendo con que incidan también en las relaciones privadas. Así, partiendo de ciertas comprensiones ya hechas teórico/prácticas de los derechos humanos fundamentales en el Estado Democrático de Derecho, la problemática de la presente pesquisa se concentra en la discusión sobre la posibilidad de efectividad de los llamados derechos humanos fundamentales de primera dimensión dentro del contrato de trabajo. En el campo de contrato de trabajo, donde el empleador detiene el poder, los derechos humanos fundamentales de primera dimensión son trofeos necesarios de los trabajadores para el límite de ese poder. Por así ser, se hace necesaria la concretización ponderada de los derechos humanos de primera dimensión en contrato de trabajo, como manera de preservar la dignidad personal de los trabajadores, lo que se puede demostrar por el ejemplo de la concretización del derecho al debido proceso legal en las relaciones de empleo.

Palabras claves: contrato de trabajo, derechos humanos fundamentales, eficacia, hermenéutica filosófica, primera dimensión, ponderación

SUMÁRIO

| | |
|---|------------|
| 1 INTRODUÇÃO..... | 07 |
| 2 O TRABALHO HUMANO: UM PANORAMA HISTÓRICO..... | 16 |
| 2.1 A EVOLUÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO E DE SUA REGULAMENTAÇÃO..... | 17 |
| 2.2 A EVOLUÇÃO DO TRABALHO E DE SUA REGULAMENTAÇÃO NO BRASIL..... | 32 |
| 2.3 FENÔMENOS ATUAIS: O TRABALHO E SUA REGULAMENTAÇÃO NA CONTEMPORANEIDADE..... | 37 |
| 2.4 O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E AS RELAÇÕES DE TRABALHO..... | 59 |
| 3 A HERMENÊUTICA FILOSÓFICA E UMA NOVA POSTURA HERMENÊUTICA..... | 83 |
| 3.1 A HERMENÊUTICA FILOSÓFICA E O SEU PAPEL PRODUTIVO PARA O DIREITO..... | 84 |
| 3.2 O CARÁTER CONSTITUTIVO DE MUNDO QUE TEM A LINGUAGEM..... | 89 |
| 3.3 SOBRE O CÍRCULO HERMENÊUTICO E A COMPREENSÃO..... | 93 |
| 3.4 A DIFERENÇA ONTOLÓGICA..... | 104 |
| 3.5 O PROCESSO HERMENÊUTICO NO DIREITO – O CARÁTER PRODUTIVO DA INTERPRETAÇÃO, SUA INSERÇÃO E SEU PAPEL NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO..... | 112 |
| 3.6 A PROPORCIONALIDADE E A PONDERAÇÃO NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO..... | 124 |
| 3.6.1 A proibição de proteção deficiente: a outra face da proporcionalidade no Estado Democrático de Direito..... | 137 |
| 4 A EFICÁCIA DOS DIREITOS HUMANOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS. O CASO DO CONTRATO DE TRABALHO..... | 143 |
| 4.1 DIREITOS HUMANOS E DIREITOS FUNDAMENTAIS: DIFERENÇAS E APROXIMAÇÕES. OS DIREITOS HUMANOS FUNDAMENTAIS E SUAS VÁRIAS DIMENSÕES..... | 144 |
| 4.2 A EFICÁCIA DOS DIREITOS HUMANOS FUNDAMENTAIS FRENTE AOS PARTICULARES..... | 154 |

| | |
|---|------------|
| 4.3 A EFICÁCIA DOS DIREITOS HUMANOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS – ASPECTOS GERAIS..... | 157 |
| 4.3.1 Os direitos humanos fundamentais são originariamente contrapostos apenas ao Estado? Existe controvérsia na aplicação de todos os direitos humanos fundamentais frente aos particulares?..... | 158 |
| 4.3.2 A eficácia dos direitos humanos fundamentais nas relações privadas: teorias que afirmam essa eficácia..... | 162 |
| 4.3.2.1 As teorias da eficácia mediata e imediata: considerações e questionamentos..... | 163 |
| 4.3.2.2 A defesa de uma “eficácia imediata ponderada”..... | 168 |
| 4.4 OS DIREITOS HUMANOS FUNDAMENTAIS NO CONTRATO DE TRABALHO.. | 177 |
| 4.4.1 O contrato de trabalho: configuração e o fenômeno do poder empregatício..... | 179 |
| 4.4.2 Os direitos humanos fundamentais “inespecíficos” no contrato de trabalho..... | 182 |
| 4.4.3 Um caso exemplar: o “devido processo legal” e o poder de punir do empregador..... | 194 |
| 4.4.3.1 O poder disciplinar do empregador e o devido processo legal no contrato de trabalho..... | 199 |
| 5 CONCLUSÃO..... | 211 |
| REFERÊNCIAS..... | 222 |

1 INTRODUÇÃO

Num mundo cada vez mais globalizado os problemas também se tornam globais e as possíveis soluções desses problemas ganham em complexidade. Não mais podemos pensar em soluções locais sem levar em conta o global, o que não importa em afirmar a desnecessidade ou, mesmo, a total impotência das soluções locais.

Os direitos humanos fundamentais foram entendidos, durante muito tempo, como uma salvaguarda do indivíduo perante o arbítrio do poder estatal. Assim, esses direitos, na sua visão liberal, eram concebidos como esferas de liberdade diante de um poder expansivo e capaz de destruir a autonomia individual humana. O histórico da evolução social, todavia, tem demonstrado que o fenômeno do poder não se concentra somente nas mãos do Estado. Num momento de globalização marcado pelo signo do neoliberalismo, agentes privados ganham poder geométrico e passam, como nunca antes, a representar um perigo efetivo para o respeito e a efetivação dos direitos humanos fundamentais, entendidos como exigências ético-jurídicas de respeito à dignidade, liberdade e igualdade humanas num determinado período histórico.

Assim, se, por um lado, cada vez mais o discurso dos direitos humanos fundamentais se faz presente no dia-a-dia do Direito e da política, também a violação desses direitos, seja por parte dos Estados, seja por parte dos particulares, ocupa lugar central no cotidiano, chegando, algumas vezes, a assumir caráter dramático, principalmente em países periféricos como o Brasil.

Partindo de certas pré-compreensões teórico-práticas dos direitos humanos fundamentais no Estado Democrático de Direito, e segundo o viés crítico da hermenêutica filosófica, a problemática da presente pesquisa concentra-se na discussão sobre a possibilidade de efetivação dos chamados “direitos humanos fundamentais de primeira dimensão” no contrato de trabalho, numa postura que considera que a dignidade humana e os direitos humanos fundamentais devem se irradiar e ter efeitos diretos ponderados em todas as relações jurídicas e sociais.

Como entender que um indivíduo, pelo simples fato de estar na posição contratual de trabalhador/empregado, possa ser despojado de direitos básicos, sendo considerado um cidadão de segunda classe numa sociedade e num Estado Democrático de Direito como o brasileiro? Como entender que os direitos humanos fundamentais de primeira dimensão sejam desconsiderados nas relações de trabalho numa sociedade e num Estado que têm entre seus

fundamentos a cidadania e a dignidade da pessoa humana e que reconhecem um rol generoso de direitos humanos fundamentais, além de se regerem, em nível internacional, pela observância desses direitos?

Essas questões suscitaram o tema da concretização dos direitos humanos fundamentais de primeira dimensão no contrato de trabalho, pois percebemos que na teoria jurídica tradicional (liberal) sobre os direitos humanos são estabelecidas verdadeiras graduações de cidadania e dignidade. Nas relações entre indivíduo e Estado, as graduações de cidadania e dignidade são máximas, são qualificadas, porém, nas relações entre indivíduos, mostram-se fragilizadas, quando não vilipendiadas e esquecidas.

Constatamos, portanto, um tratamento das relações sóciojurídicas na esfera dita privada segundo o viés de uma concepção liberal individualista, incompatível com os postulados da sociedade e do Estado Democrático de Direito, que acaba por desproteger e desconsiderar os direitos daqueles se encontram em posições de vulnerabilidade/subordinação.

Ao contrário do que possa parecer, a análise que privilegia os direitos humanos fundamentais de primeira dimensão não importa em desprezo aos direitos sociais, nem desconsidera a complementaridade e indivisibilidade dos direitos humanos fundamentais, mas justamente o contrário. Procuramos demonstrar que os direitos humanos fundamentais devem ser considerados como um todo indivisível e que, assim, para o gozo concreto dos direitos de segunda dimensão nos contratos de trabalho, devemos considerar a imbricação que os mesmos têm com os direitos de primeira dimensão. Não raro, a violação destes últimos favorece o vilipêndio dos primeiros.

Estando o empregado numa situação de vulnerabilidade/subordinação perante o empregador em todos os contratos de trabalho, tendo em vista, ainda, o aumento geométrico do poder (econômico, social, político, fático) dos privados num momento de globalização neoliberal, o questionamento que nos orientou na pesquisa foi no sentido de como tornar efetivos os direitos humanos fundamentais de primeira dimensão dentro dessas relações como medida necessária para o reforço da observância integral das várias dimensões desses direitos. Assim, desenvolvemos parâmetros para, tendo em conta a historicidade do processo de compreensão desses direitos, viabilizarmos a aplicação ponderada dos direitos humanos fundamentais de primeira dimensão nos contratos de trabalho, como condição *sine qua non* para um processo de efetivação da cidadania dentro dos muros privados, num movimento de

valorização da pessoa humana em sua dignidade independentemente das relações onde estiver figurando.

Na busca de novas compreensões e de revisão crítica das pré-compreensões sobre os direitos humanos fundamentais e de sua aplicação ou não nas relações privadas, a hermenêutica filosófica mostrou-se como condição de possibilidade para um mais adequado tratamento do tema. A hermenêutica filosófica chama nossa atenção para o caráter lingüístico e histórico do sentido, bem como para o fato de que nossas compreensões sobre os temas estão marcadas por pré-compreensões muitas vezes enganadoras. Assim, ao mesmo tempo em que nos adverte sobre a impossibilidade de interpretarmos como se estivéssemos fora do mundo, também impõe que coloquemos em xeque essas pré-compreensões, adotando uma postura de questionamento crítico. A hermenêutica filosófica questiona o dogmatismo, pois sabe da finitude que marca o conhecimento e o próprio ser humano. Assim, podemos nos dar conta de que os fenômenos não se dão a conhecer de forma integral, pois em tudo aquilo que se mostra algo se vela.

Entendemos, portanto, que a hermenêutica filosófica é fundamental para a suspensão de concepções marcadas por um sonho dogmático que defende a eternidade de determinados sentidos e que, para o caso do tema em foco, somente vislumbra os direitos humanos fundamentais nas relações entre indivíduo e Estado, não nas relações entre indivíduos. Tendo em conta essa temática e esses objetivos, a presente dissertação é dividida em três capítulos, nos quais tratamos das questões consideradas pertinentes ao deslinde do tema.

No primeiro capítulo procuramos contextualizar o trabalho humano e sua regulamentação, esquadrihando um panorama histórico. Tratamos da evolução internacional do trabalho e de sua regulamentação para, depois, analisar essas questões no tocante ao Brasil. Num terceiro momento analisamos os fenômenos atuais que impactam o trabalho e sua regulamentação para, então, avaliar tais questões sob o enfoque do Estado Democrático de Direito. Assim, fazemos uma viagem ao longo da evolução das formas com que o trabalho humano se organizou e como foi institucionalizado socialmente.

Fazendo registros que remontam às prístinas eras, onde o trabalho humano era realizado de forma comunitária e sem divisão, passamos pelo regime de trabalho escravo, quando o trabalhador sequer era considerado sujeito, mas objeto de direito, e demonstramos o seu declínio. Tratamos do trabalho sob o regime feudal, onde era prestado sob regime servil, até chegar às corporações de ofício, quando os trabalhadores organizaram a produção dos

bens e serviços. Relatamos ainda, que com o passar do tempo essa forma de organização do trabalho descambou para o aproveitamento por parte de alguns do trabalho alheio.

Com a política do mercantilismo, o acúmulo de capital e o nascimento dos Estados nacionais (absolutos), que favoreceram ainda mais o acúmulo de capital, o trabalho começou a ser objeto de relações contratuais de natureza civil. Ocorre que essa forma de organização do poder acabou não mais servindo aos interesses da burguesia, que não queria mais apenas o poder econômico, mas também o político. Assim, com a Revolução Francesa se inaugurou a fase do Estado Liberal.

Em consonância com os ideais liberais, os contratantes são considerados livres e iguais (formalmente), o que favorece o aparecimento de relações de trabalho marcadas por profundas injustiças sociais. Com a Revolução Industrial, o aparecimento das máquinas movimentadas a vapor, de novas tecnologias de produção e transporte, bem como com o avanço do capitalismo, a exploração do trabalho humano através do contrato ganhou uma dimensão jamais vista.

Sem qualquer regulamentação, o contrato de trabalho era considerado um contrato civil e, assim, os trabalhadores viam serem impostas condições degradantes de trabalho. Com o passar do tempo e ao perceberem que as condições indignas de trabalho alcançavam a todos, os trabalhadores ganharam consciência de classe e com lutas sociais acabaram fazendo ceder o Estado liberal que passou a regulamentar, num primeiro momento de forma tímida, as relações de trabalho. Nascia, então, o Direito do Trabalho. Os movimentos sociais, os acontecimentos políticos e econômicos e os conflitos acabaram por solapar as estruturas do Estado liberal que se transmutou em Estado Social de Direito.

Fazendo, então, um corte de cunho meramente expositivo, passamos a tratar do trabalho e sua regulamentação no Brasil. Em nosso país, durante muito tempo as relações de trabalho ou eram travadas sob o regime escravo ou numa roupagem muito próxima ao servilismo. Com o passar do tempo, alguns impactos econômicos e sociais fizeram avançar o capitalismo brasileiro e também tiveram como consequência o nascimento de uma classe operária reivindicativa.

A regulamentação do trabalho no Brasil foi marcada por pressões internas reivindicativas e externas, estas no tocante às pressões dos países desenvolvidos em impor aos países periféricos o estabelecimento de direitos trabalhistas mínimos com fins de estabelecimento de equilíbrio nas relações comerciais internacionais. A Constituição Federal

Brasileira de 1988 foi um marco na evolução da regulamentação do trabalho no país, pois os direitos dos trabalhadores foram alçados, como nunca antes na história constitucional brasileira, ao patamar de direitos humanos fundamentais num rol razoavelmente generoso de direitos.

Enfocamos, ainda, que, na contramão desse movimento de proteção dos trabalhadores, a globalização neoliberal aponta para caminhos diversos. O forte abalo sofrido pelo Estado de bem estar social nos países centrais, combinado com a queda do bloco soviético, conduziu a que as idéias neoliberais se tornassem difundidas de forma global.

O neoliberalismo traz em seu receituário a diminuição do papel do Estado e o fortalecimento dos grupos privados; o favorecimento de medidas que facilitam a livre-circulação do capital; a quebra de monopólios estatais e das barreiras alfandegárias; a desregulamentação estatal da economia e a prevalência da *lex mercatoria*, bem como a desregulamentação/flexibilização dos direitos sociais trabalhistas e previdenciários. Essa concepção provoca um enfraquecimento enorme do Estado e o fortalecimento geométrico dos poderes privados, que ganham poder econômico, social, político e jurídico, pois impõem aos Estados nacionais seus interesses por meio de organismos internacionais, como o Fundo Monetário Internacional (FMI) e a Organização Mundial do Comércio (OMC), entre outros.

Juntamente com isso, novas tecnologias e formas de organização produtivas (*toyotismo*) impõem mudanças radicais na forma como os produtos e serviços são produzidos e comercializados, com as megacorporações transnacionais podendo optar seletivamente por onde irão produzir, podendo, então, barganhar com os Estados nacionais condições mais favoráveis aos seus interesses. Todas essas mudanças acabam tendo impactos enormes no mundo do trabalho, gerando desemprego, precarização e o desprezo pela dignidade dos trabalhadores.

Enfocamos, ainda, no primeiro capítulo o total descompasso das políticas neoliberais em face do Estado Democrático de Direito fundado pela Constituição Federal de 1988 no Brasil. Assim, procuramos apontar a inconstitucionalidade de medidas flexibilizantes que atingem direitos humanos fundamentais, por serem desconformes com os princípios constitucionais. Por fim, numa ótica de complementaridade, não de exclusão no tocante ao papel relativo ao Direito interno brasileiro, enfocamos a necessidade de efetivação de um *jus cogens* global fundado nos direitos humanos fundamentais, como forma de evitar o *dumping social* e de estabelecer condições de trabalho favoráveis à preservação da dignidade dos trabalhadores em nível global.

Após termos contextualizado o entorno onde nos inserimos e a partir de onde interpretamos, no segundo capítulo procedemos à elucidação de algumas categorias fundamentais da hermenêutica filosófica. A hermenêutica filosófica tem um caráter produtivo para o Direito, pois se baseia na compreensão como um existencial humano, não como uma aplicação asséptica de métodos. Dessa forma, o ser humano se constitui compreendendo e o Direito passa a ser visto como fenômeno histórico no qual é do encontro do intérprete com os textos jurídicos que se torna possível o sentido, sempre adaptado ao contexto.

Nesse capítulo analisamos três categorias fundamentais para a hermenêutica filosófica, quais sejam: a linguagem, o círculo hermenêutico e a diferença ontológica. Para a hermenêutica a linguagem não é vista como instrumento, mas como condição de possibilidade, como *medium* onde ocorrem nossas experiências de mundo. O mundo se constitui como mundo pela linguagem. O conhecimento é lingüístico, e é por meio da linguagem que se torna possível a experiência hermenêutica como encontro entre a tradição e o intérprete, proporcionando uma fusão de horizontes.

Dessa forma, a interpretação não se dá no vazio, mas, sim, funda-se na compreensão, que, por sua vez, está embasada e antecipada em pré-compreensões. É o círculo hermenêutico. São nossos pré-juízos que guiam nossa compreensão; são os primeiros esboços que devem ser colocados sob questionamento para que seja possível a separação entre aqueles pré-juízos autênticos e os inautênticos.

No círculo hermenêutico, nossos primeiros esboços, verdadeiros projetos de sentido, vão sendo substituídos ao longo do processo hermenêutico por concepções que devem se esforçar por ser mais adequadas à coisa mesma, no caso do Direito, aos textos normativos e ao caso. O questionamento desses pré-juízos tem, assim, papel primordial. Além disso, a consciência histórica efetual, como consciência que é ativada e que ao mesmo tempo, sofre os efeitos da histórica, tem papel fundamental nessa atitude crítica, podendo nos ajudar a elucidar a compreensão mais adequada.

Dessa forma, ao ser apropriada para a práxis do Direito, a hermenêutica filosófica chama nossa atenção para o papel fundamental que deve ter o questionamento da tradição jurídica para o esclarecimento de nossos pré-juízos. O dogmatismo, tão presente no mundo jurídico, acaba, não raras vezes, por encobrir e congelar o sentido, ao contrário de nos permitir um novo e aberto encontro com a verdade.

Por fim, analisamos o teorema da diferença ontológica, que, ao nos lembrar da diferença e da relação que existe entre o *ser* e os *entes*, procura nos acordar dos sonhos dogmáticos e levar a que tomemos consciência do caráter finito e histórico do conhecimento, da interpretação e do próprio ser humano.

Para o objeto de nossa pesquisa, a hermenêutica filosófica possibilitou um novo olhar sobre a pergunta que colocou como tema os direitos humanos fundamentais, ou seja, como proteger a pessoa humana diante do arbítrio e do poder? Isso tornou possível novas respostas para essa questão num novo contexto. Assim, ao sermos guiados pela hermenêutica filosófica, inserimos a interpretação dos fenômenos jurídicos no contexto no qual nos localizamos, ou seja, o Estado Democrático de Direito, e, com base nos horizontes de sentido dessa concepção estatal e societária, encaminhamos nossos questionamentos críticos acerca da hermenêutica tradicional, na qual a interpretação não leva em conta o contexto. Embasados na concepção da sociedade e do Estado Democrático de Direito, com seus princípios e valores fundamentais, entre eles os direitos humanos fundamentais, é que questionamos sobre como implementar, substancialmente, esse novo paradigma.

Finalizando o segundo capítulo, então, afirmamos que a ponderação/proporcionalidade são verdadeiros existenciais no Estado Democrático de Direito, são modos de ser do intérprete e desse Estado. Ora, o conflito e a tensão entre princípios, valores e direitos nessa forma estatal e societária não são algo a ser desprezado, mas, em virtude da pluralidade, algo que se apresenta como corriqueiro. Assim, cabe ao intérprete efetivar todos esses bens, cabendo à ponderação/proporcionalidade um papel fundamental na efetivação equilibrada dos princípios, valores, direitos e interesses em tensão.

Com esses aportes é que, no terceiro capítulo, tratamos da eficácia dos direitos humanos fundamentais nas relações privadas, dando enfoque especial para o caso do contrato de trabalho. Nesse capítulo tratamos das questões ligadas à noção de direitos humanos fundamentais e sua concepção contemporânea, na qual esses direitos são enfocados sob o prisma da indivisibilidade e complementaridade.

No tocante à noção desses direitos, optamos por fazer aproximações, mais do que separações, entre os chamados “direitos humanos” e os “direitos fundamentais”. Com base numa fundamentação ético-jurídica que, a nosso ver, auxiliou na defesa da eficácia desses direitos nas relações privadas, optamos pela expressão “direitos humanos fundamentais” como uma síntese entre os direitos humanos e os direitos fundamentais. Entendemos que

esses direitos são históricos e concretizam exigências ético-jurídicas relativas à dignidade, liberdade, igualdade e solidariedade humanas.

Outrossim, entendemos ser necessário o tratamento desses direitos como conjunto indivisível, visto que as várias dimensões de direitos se cumulam e se articulam complementarmente na defesa da pessoa humana frente ao arbítrio e ao poder. Esclarecemos alguns aspectos no tocante ao tema da eficácia dos direitos humanos fundamentais nas relações privadas relativos ao significado dado à expressão “eficácia”, bem como sobre o significado de afirmar essa eficácia frente aos “privados”, quando sugerimos, então, quem pode ser considerado como privado.

Questionamos a doutrina tradicional que afirma que os direitos humanos fundamentais são originariamente contrapostos em face do Estado, como uma interpretação liberal desses direitos, e enfocamos as teorias que disputam o sentido da eficácia desses direitos nas relações privadas. Analisamos mais pormenorizadamente as teorias da eficácia imediata e mediata desses direitos nas relações privadas. Após a análise dessas teorias, passamos a expor aquilo que denominamos de “eficácia imediata ponderada”, como a maneira mais adequada para o reconhecimento e aplicação dos direitos humanos fundamentais nas relações privadas, visto ser capaz de harmonizar os vários interesses conflitantes no tema.

Traçadas as linhas gerais, adentramos na análise da eficácia dos direitos humanos fundamentais nas relações de emprego, caracterizando essas relações e mostrando a onipresença do fenômeno do poder empregatício nos contratos de trabalho. Quanto aos direitos humanos fundamentais, optamos pela análise dos direitos de primeira dimensão, que denominamos na esteira da doutrina espanhola como “inespecíficos”, no intento de mostrar a necessidade da proteção integral da pessoa humana no contrato de trabalho. Com isso, tentamos mostrar que não basta a proteção dos direitos sociais trabalhistas nas relações de emprego, visto que, muitas vezes, o desrespeito aos direitos de primeira dimensão acaba refletindo e acarretando a violação dos direitos de segunda dimensão.

Analisamos algumas decisões do Tribunal Constitucional Espanhol e dos tribunais brasileiros para verificar como a eficácia dos direitos humanos fundamentais de primeira dimensão nos contratos de trabalho tem sido enfrentada. Por fim, ao privilegiarmos a análise dos direitos humanos fundamentais de primeira dimensão do empregado perante o poder punitivo do empregador, analisamos o caso exemplar do direito ao devido processo legal, seu nascimento e concepções atuais, sua incidência ou não em relações privadas e no contrato de

trabalho, em especial, e a possibilidade de sua aplicação direta e ponderada no contrato de trabalho.

2 O TRABALHO HUMANO: UM PANORAMA HISTÓRICO

Não há como entender o Direito, em geral, e o Direito do Trabalho, em especial, sem os vislumbrarmos imbricados com a história. É a compreensão histórica, é o mergulho consciente na historicidade de toda compreensão que torna possível a tomada de posição diante do fenômeno jurídico. Assim, para compreendermos autenticamente o fenômeno jurídico não podemos fugir da história; precisamos, sim, ter uma atitude crítica frente a ela, e ter a consciência de que sempre lançamos nossos questionamentos com base no contexto histórico existencial em que vivemos.

O diálogo com a historicidade, que se torna possível pelo fio condutor da linguagem, permite-nos abordar as manifestações fenomênicas da tradição jurídica, possibilitando o aparecimento de novos sentidos e tornando possível a compreensão do passado e do presente, bem como possibilita a projeção de sentidos para o futuro de acordo com os horizontes que abrimos nessa tarefa compreensiva e crítica. O Direito é fenômeno histórico-cultural e, assim sendo, é influenciado e influencia várias manifestações sociais, sendo parte integrante das sociedades humanas nas suas mais diversas formas de expressão.

Buscaremos, então, neste primeiro capítulo, traçar algumas linhas que demonstrem as transformações sócioeconômicas, políticas e jurídicas pelas quais vêm passando o trabalho humano ao longo de sua evolução histórica na ótica do Direito do Trabalho. Centrar-nos-emos, de forma mais profunda, na análise da situação atual em que se encontra o trabalho e a sua regulamentação, visto que grandes transformações sócioeconômicas, políticas e jurídicas plantam uma série de interrogantes sobre o futuro do trabalho e da sua regulação.

Assim, é necessário fazermos uma averiguação de como evoluiu o trabalho e o Direito do Trabalho nos diversos períodos históricos, primeiramente analisando essa evolução considerada em nível internacional e, depois, num segundo momento, no Brasil, para, por fim, analisar o momento atual em que vivemos e propor algumas alternativas para os problemas atuais. Além disso, diante da necessidade da análise das normas que regulamentam o trabalho, será necessário que, ao analisarmos a regulação do trabalho, também façamos um estudo dos modelos estatais e seus paradigmas de regulamentação jurídica do trabalho.

Todo o enfoque do presente capítulo terá por norte assentar as bases sócioeconômicas, políticas e jurídicas do trabalho e de sua regulamentação a fim de que possamos, com base na

hermenêutica filosófica, descortinar novos horizontes para o entendimento dos direitos humanos fundamentais no contrato de trabalho.

2.1 A EVOLUÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO E DE SUA REGULAMENTAÇÃO

Analisando a evolução do trabalho humano e de sua regulamentação podemos fazer uma divisão em fases, às quais faremos breves referências. Cabe salientar, todavia, que não podemos entender tais fases como se sucedessem de forma totalmente simétrica em todos os lugares e ao mesmo tempo. É necessária tal advertência visto que o começo de uma nova fase não acarreta, necessariamente, o aniquilamento da anterior, pois, mesmo havendo manifestações de uma evolução em determinadas sociedades, nessas mesmas sociedades ou em outras, permaneceram manifestações da fase anterior. Assim, por exemplo, enquanto na Europa se vive em plena fase de capitalismo industrial, a sociedade brasileira ainda se encontra marcada por relações de produção baseadas no trabalho escravo.

Dito isso, passemos à análise proposta.

Na sociedade pré-industrial, ou seja, antes da Revolução Industrial, apesar de inegável a existência de trabalho humano, não se pode falar numa regulamentação desse trabalho que possa ser caracterizada como parte do ramo do Direito denominado “Direito do Trabalho”, o qual é um produto da sociedade ocidental, capitalista e industrial.¹

Segundo constam de registros históricos, nas sociedades ditas primitivas a divisão entre os membros da comunidade não se fazia sentir; assim, a rigor ninguém trabalhava para ninguém. Não havia, portanto, relações de trabalho em que um homem tivesse que trabalhar para outro sob suas ordens; não se fazia presente a divisão do trabalho, que era muitas vezes realizado coletivamente; não havia acúmulos e trabalhava-se para o atendimento de necessidades as mais básicas. Contudo, essa situação foi se alterando com o domínio humano

¹ MARANHÃO, Délio; CARVALHO, Luiz Inácio B. *Direito do trabalho*. 17. ed. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1993, p. 14-15. GOMES, Orlando; GOTTSCHALK, Élson. *Curso de direito do trabalho*. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994, p. 1 e CAMINO, Carmen. *Direito individual do trabalho*. 3. ed. Porto Alegre: Síntese, 2003, p. 27. Sem negar de forma cabal esta perspectiva, Cordeiro entende que não é totalmente correta, pois, segundo ele, as manifestações de regulamentação do trabalho humano vêm desde épocas remotas e devem ser consideradas como manifestações de Direito do Trabalho. CORDEIRO, Antônio Menezes. *Manual de Direito do Trabalho*. Coimbra: Almedina, 1999, p. 34.

sobre instrumentos de trabalho, com a divisão do trabalho e o aparecimento de relações de poder.²

Com o passar do tempo surgiram conflitos entre grupos diversos, e as guerras trouxeram como consequência o trabalho escravo. Com efeito, num primeiro momento as guerras causavam a dizimação dos vencidos, que eram mortos, porém, a partir de um determinado momento, os vencedores passaram a ver de outra forma o resultado da guerra: não era “produtivo” matar os vencidos, era mais “útil” submetê-los à escravidão, retirando-lhes a condição de homens livres.³

Portanto, a escravidão foi produto das guerras entre os povos ou grupos, pelas quais os perdedores tornavam-se escravos. A escravidão é registrada como a primeira manifestação de opressão flagrante nas relações de trabalho, na qual o trabalhador não era considerado sequer pessoa, mas coisa, não sendo, portanto, sujeito de Direito, mas, sim, objeto de Direito. Isso não significa que não houvesse algumas leis que protegiam os trabalhadores, como se deu no Código de Hamurabi, por exemplo, porém isso era excepcional. O que marcou a organização do trabalho no mundo antigo foi o regime de trabalho escravo, fenômeno que durou por séculos.⁴

O relatado não significa, entretanto, que junto com o trabalho escravo também não tenha se desenvolvido o trabalho de homens considerados livres (escravos libertos) e homens livres do povo, como camponeses, artesãos e operários. Tanto é assim que a *locatio conductio operarum*, no Direito Romano, era a forma de regular o trabalho desenvolvido por pessoas livres, sob orientação de outras pessoas e mediante uma retribuição (*merces*).⁵

A difusão das idéias cristãs, o reconhecimento da natureza igual dos humanos e as lutas dos escravizados levaram a que o sistema de trabalho baseado na escravidão fosse paulatinamente colocado de lado. Não se pode esquecer, todavia, a utilização desse tipo de

² OLIVEIRA, José César de. *Formação histórica do direito do trabalho*. Curso de direito do trabalho – estudos em homenagem de Célio Goyatá. Coordenadora: Alice Monteiro de Barros. v. I. São Paulo: Ltr., 1993, p. 35.

³ CAMINO, Carmem, op. cit., p. 28; OLIVEIRA, José César de, op. cit., p. 38.

⁴ RUSSOMANO, Mozart Victor. *Curso de direito do trabalho*. Rio de Janeiro: José Konfino, 1972, p. 11.

⁵ CORDEIRO, Antônio Menezes, op. cit., p. 38. Analisando o trabalho na Antigüidade Clássica, com enfoque especial na civilização grega, que acabou influenciando a romana, Anderson afirma claramente que o trabalho escravo não era exclusivo, pois existiam trabalhadores livres. Todavia, o autor salienta que a forma de trabalho dominante era o trabalho escravo. Afirma, ainda, que, embora a escravidão fosse um modo de trabalho conhecido por outros povos, foram as civilizações grega e romana que, propriamente, inventaram o modo de produção escravo, sobre o qual se assentaram as suas realizações e o seu eclipse. ANDERSON, Perry. *Passagens da antigüidade ao feudalismo*. São Paulo: Brasiliense, 1994, p. 21-22.

trabalho até o século XIX em vários países e, infelizmente, o reaparecimento dessa forma indigna de trabalho mesmo nos dias correntes.⁶

Com a fragmentação do Império Romano que se deu a partir de 476d.c., houve alterações de monta nas relações de trabalho quando a Igreja, o feudalismo e as chamadas “corporações de ofício” ganharam poder⁷. O regime de trabalho no feudalismo, surgido da distribuição de propriedades privadas através da negociação entre os “reis dos povos bárbaros” e a nobreza romana, bem como da doação dessas terras aos nobres em troca de fidelidade e vassalagem, na verdade, não diferia muito da própria escravidão para aqueles que prestavam trabalho.⁸

No chamado “servilismo”, ou melhor, na servidão que provinha desse arranjo político, jurídico, social e econômico, o trabalhador, especialmente os camponeses, também não era totalmente livre, sendo, aliás, denominado “servo da gleba”. Esses, em troca de proteção militar e política, eram obrigados a trabalhar nas terras dos senhores feudais, não as podendo abandonar, a entregar aos senhores feudais grande parte da sua produção e estar

⁶ OLIVEIRA, José César de, op. cit., p. 40. Cabe aqui fazer uma advertência, ou seja, da diferença entre o trabalho escravo na Antigüidade e do seu perfil no mundo Moderno. Prado Júnior lembra que, na Antigüidade, o trabalho escravo era visto como algo tão natural que se entrosava nas estruturas material e moral das sociedades. Assim, segundo o autor, na Grécia ou em Roma a escravidão era como o salariado de nossos dias, a qual condenada e discutida por muitos, aparecia aos olhos da grande maioria como algo necessário e fatal. Todavia, adverte o autor que muito mais grave “foi a escravidão para as nascentes colônias americanas. Elas se formam neste ambiente deletério que ela determina; o trabalho servil será mesmo a trave mestra de sua estrutura, o cimento com que se juntarão as peças que as constituem... Mas há outra circunstância que vem caracterizar ainda mais desfavoravelmente a escravidão moderna: é o elemento de que se teve de lançar mão para alimentá-la. ... Aqui ainda, a comparação com o que ocorreu no mundo antigo é ilustrativa. Neste último, a escravidão se forneceu de povos e raças que muitas vezes se equiparam a seus conquistadores, se não os superaram. Contribuíram assim para estes com valores culturais de elevado teor. Roma não teria sido o que foi se não contasse com o que lhe trouxeram seus escravos, recrutados em todas as partes do mundo conhecido, e que nela concentram o que então havia de melhor e culturalmente mais elevado...” Então, conclui que na América o escravo não era visto mais do que um “simples instrumento vivo de trabalho”. PRADO JÚNIOR, Caio. Formação do Brasil contemporâneo. 23. ed., 7ª. reimpressão. São Paulo: 2004, p. 270-272.

⁷ CAMINO, Carmen, op. cit., p. 30.

⁸ Analisando o trabalho na Idade Média, Huberman traça as linhas mestras do sistema feudal: “...Eram essas, portanto, as duas características importantes do sistema feudal. Primeiro, a terra arável era dividida em duas partes, uma pertencente ao senhor e cultivada apenas para ele, enquanto a outra era dividida entre muitos arrendatários; segundo, a terra era cultivada não em campos contínuos, tal como hoje, mas pelo sistema de faixas espalhadas. Havia uma terceira característica marcante – o fato de que os arrendatários trabalhavam não só as terras que arrendavam, mas também a propriedade do senhor. O camponês vivia numa choça do tipo mais miserável. Trabalhando longa e arduamente em suas faixas de terra espalhadas ..., conseguiria arrancar do solo apenas o suficiente para uma vida miserável. Teria vivido melhor, não fora o fato de que, dois ou três dias por semana, tinha que trabalhar *a terra do senhor*, sem pagamento. ... Jamais houve dúvida de qual era a terra mais importante. A propriedade do senhor tinha que ser arada primeiro, semeada primeiro e ceifada primeiro.” HUBERMAN, Leo. História da riqueza do homem. 21. ed. Rio de Janeiro: LTC, 1986, p. 5. Sobre o modo de produção feudal, ver, ainda, ANDERSON, Perry, op. cit., p. 143.

disponibilizados compulsoriamente para a guerra. Esse regime de organização social foi marcado por uma sociedade altamente fechada, com pouco espaço para as trocas comerciais.⁹

Fato importante no desenvolvimento das relações de trabalho foi o surgimento, como já mencionado, na Idade Média, das corporações de ofício. Com as “corporações” no campo econômico e as “comunas” no campo político, o domínio econômico e político dos senhores feudais começou a sofrer desgastes, o que acarretou, ao longo dos anos, a mudança do feudalismo para o mercantilismo e das estruturas pré-estatais fragmentárias para o começo do surgimento dos Estados nacionais.

Com o surgimento de centros urbanos, os trabalhadores que não eram camponeses e que não estavam nos feudos, ou seja, estavam situados fora do poder de controle dos senhores feudais, organizaram-se de forma corporativa para a prestação de serviços. Com o passar do tempo, os próprios camponeses passaram a contestar os poderes dos senhores feudais e a fugir para as cidades, os “burgos”. Houve com isso, um aumento da liberdade dos trabalhadores.¹⁰

Entretanto, mesmo com o aumento de liberdade, os artesãos, nessa época, não eram totalmente livres para exercer sua arte ou ofício, pois para tal tinham de ingressar numa corporação (corporações de ofício), ficando, então, sujeitos ao estatuto rígido e hierárquico dessas entidades. Ao longo dos anos essas entidades se tornaram centros de exploração dos trabalhadores que estavam sob sua hierarquia. Nas corporações havia três espécies de categorias, nas quais se enquadravam hierarquicamente os seus membros:

- mestres: eram as pessoas que tinham o domínio de uma arte (sapateiro, por exemplo) e que estavam no mais alto escalão das corporações, sendo alçadas a essa condição pela construção de uma “obra-prima”, ou seja, após alcançarem o reconhecimento de sua aptidão pelos seus pares;

- companheiros: estes estavam hierarquicamente abaixo dos mestres, eram os artesãos que trabalhavam sob as ordens dos mestres e que lutavam para se alçar àquela categoria;

⁹ Cabe aqui lembrar Sodré que afirma: “A fragmentação do poder e o regime dos feudos, que produziam apenas o suficiente para consumo imediato e local, entravaria as trocas, só conhecidas, na plenitude desse sistema hermético, pela atividade dos ambulantes, que se ocupavam do sal e de instrumentos de ferro, que eram os únicos produtos que haviam especializado regiões na sua produção, não sendo gerais... Os senhores faziam da guerra o mister predileto, porque ela lhes dava novas terras. Numa sociedade assim esquematizada, uns trabalhavam, outros rezavam, terceiros combatiam.” SODRÉ, Nelson Werneck. *Formação histórica do Brasil*. 5. ed. São Paulo: Brasiliense, 1968, p. 11-12. Ver, ainda, sobre o assunto NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Iniciação ao direito do trabalho*. 28. ed. São Paulo: LTr., 2002, p. 39 e CAMINO, Carmen, op. cit., p. 30.

¹⁰ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Iniciação ao direito do trabalho*. op. cit., p. 40 e CAMINO, Carmen, op. cit., p. 30-31.

- aprendizes: eram geralmente crianças entregues pelos próprios pais às corporações em tenra idade para que aprendessem um ofício e estavam, hierarquicamente, na base da pirâmide corporativa.

As corporações alcançaram poder político e econômico consideráveis, mas passaram a sofrer desgastes e, com a Revolução Francesa, receberam um “golpe de misericórdia”. Assim, as corporações representaram uma espécie de organização da economia que respondeu por algum tempo às necessidades econômicas e sociais, mas que, com o evoluir da sociedade, deixou de responder às expectativas. A estrutura fragmentada dos entes pré-estatais do feudalismo passou a não mais atender aos interesses de uma sociedade que precisava de um poder central com capacidade (potencial) de intervenção militar. Além disso, faziam-se necessárias a tutela e a segurança para o desenvolvimento das relações econômicas, bem como a exigência de fomento da produção, tendo em conta a política do mercantilismo. Dessa forma, havia a necessidade de um centro de poder forte e unificado.¹¹

¹¹ Cabe assinalar que, por exemplo, Sodré é muito claro ao afirmar a estreita vinculação entre centralização do poder e avanço do mercantilismo. SODRÉ, Nelson Werneck, op. cit., p. 23. Ver, também nesse sentido a posição de MATTEUCCI, Nicola. *Organización del poder y libertad* – Historia del constitucionalismo moderno. Madrid: Trotta, 1988, p. 31.

Salientamos que, até o momento acima descrito na evolução do trabalho humano, as relações de trabalho eram reguladas basicamente por normas que advinham do Direito Romano e do Direito Comum¹², não havendo um centro positivador de Direito, nem se podendo falar em Estado durante todo esse longo período histórico.¹³

¹² CORDEIRO, António Menezes, op. cit., p. 37-41.

¹³ Segundo Streck e Moraes, entre as principais formas estatais pré-modernas está a do medievo, marcado por características bem salientes que são: a instabilidade política, social e econômica; o choque entre o poder espiritual e o poder temporal; a dispersão e fragmentação do poder diante dos inúmeros centros de poder e decisão; o sistema jurídico consuetudinário e baseado não em direitos, mas sim em privilégios nobiliárquicos e, por fim, relações de dependência pessoal (relações de vassalagem) e hierarquia de privilégios. Como se percebe, segundo os autores, não é possível falar em Estado nem antes e nem no medievo. STRECK, Lenio Luiz e MORAIS, José Luis Bolzan. Ciência política e teoria geral do estado. Terceira edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 20, 21, 22 e 23. Ver, também, MORAIS, José Luis Bolzan de. As crises do estado e da constituição e a transformação espacial dos direitos humanos. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 16. Sobre tal perspectiva, interessantes são as considerações de Giuseppe Duso. Desenvolvendo as redes conceituais da filosofia política, o autor cita o caso do conceito de Estado e afirma que não raras vezes, para se analisar formas pré-modernas de arranjos políticos da união entre os homens são utilizados conceitos próprios do Estado moderno, que não são adequados para compreender realidades totalmente diferentes. Segundo o autor, somente a consciência crítica poderá fornecer elementos para a análise desses conceitos e determinação de seus conteúdos a partir de fontes próprias diversas das modernas. Para se analisar conceitos medievais, por exemplo, devemos ter consciência crítica sobre os próprios conceitos modernos. O autor entende, por exemplo, a impropriedade de aplicar um conceito como o de Estado a entidades políticas anteriores à era moderna e lembra, ainda, que, embora seja possível utilizar palavras modernas (como povo e sociedade) para falar de realidades distintas (como *populus* e *societas*, por exemplo), isso não significa igualdade de conceitos, mas, sim, que apenas as palavras são semelhantes. Para o autor, a ciência política moderna nasce, realmente, por volta dos 1750, quando a noção de poder ganha outros foros, sendo entendida como uma força do próprio corpo político que é superior à força dos indivíduos isolados, uma força que é garantia de paz e que não faz parte da ordem natural das coisas. Dessa forma, essa noção precisa ser legitimada, justificada racionalmente, sendo este o papel da ciência política moderna. Assim, afirma que o conceito moderno de poder só pode ser pensado juntamente com outros conceitos, como o de direitos, igualdade, liberdade, que, embora lhe pareçam antagônicos, são pressupostos para o próprio conceito moderno de poder. DUSO, Giuseppe. O Poder – História da filosofia política moderna. Petrópolis: Vozes, 2005, p. 12-16.

Com os aportes da Ilustração, centrada na idéia de homem racional e de razão matemática/calculista, nasceu o Estado moderno (absolutista), marcado pela separação entre Estado e sociedade, despersonalização e despatrimonialização do poder e o reconhecimento dos direitos dos cidadãos (pautados pelos direitos de propriedade e de liberdade contratual).¹⁴

O Estado absolutista favoreceu o acúmulo de capital que já vinha se dando desde as últimas fases do feudalismo, havendo a transformação da ética católica, que via com repugnância o lucro, para uma ética do lucro, que o via como graça divina¹⁵. Nesse ambiente, as relações de trabalho estabeleceram-se com base em relações contratuais de natureza civil, aparecendo os primeiros germes das fábricas modernas comandadas pelos capitalistas, que acumularam riquezas ao longo do tempo. Formaram-se, então, organismos produtivos onde aparece de forma clara a divisão do trabalho.¹⁶

Ocorre que o Estado moderno absolutista passou a ser entrave para o livre desenvolvimento das forças produtivas, tornando-se um problema para a burguesia, que ganhou ainda mais espaço e poder econômico-social nessa forma estatal. Lembramos que o Estado absolutista ainda mantinha privilégios que o tornava incompatível com os novos ventos liberais.¹⁷

¹⁴ COPETTI, André. *A jurisprudencialização da constituição no estado democrático de direito*. Texto disponível no site: www.ihj.org.br, p. 4; OLHWEILER, Leonel, Estado, administração pública e democracia: condições de possibilidade para ultrapassar a objetificação do regime administrativo. In: Anuário do programa de pós-graduação em direito – Mestrado e doutorado da UNISINOS. Organizadores: Leonel Severo Rocha e Lenio Luiz Streck. São Leopoldo: UNISINOS, 2003, p. 274-281. Sobre essa temática, afirma Duso que a ciência política moderna ou filosofia política, termos ainda não separados, nasce justamente para dar segurança e construir, pelo raciocínio matemático-geométrico (razão calculista), conceitos que irão dar segurança e estabilidade para uma ordem de paz. A filosofia anterior baseada na experiência é deixada de lado, pois não impediu os conflitos entre os homens, entendidos como disputas sobre o que é a justiça. Era a construção de conceitos e regras éticas válidas para todos, com a precisão que os geômetras tinham, que tornaria possível a vida em comum. Institui-se, assim, uma maneira formal e jurídica de tratar a política, o Direito natural. Esses princípios formais buscam legitimidade não no conteúdo, mas na forma como substrato de certeza e segurança e que têm por base a manifestação de vontade dos indivíduos, que são a fonte da autoridade, da lei. A obediência, então, implica, a obrigação de todos de se submeterem a esta ordem, fruto da vontade de todos. São reconhecidas a igualdade formal e a liberdade de todos, sendo a liberdade entendida como o fato de que o sujeito depende apenas da sua manifestação de vontade, sendo livre de obrigações e obstáculos que impeçam a manifestação dos poderes naturais. Nesse contexto é que nasce o poder moderno, como relação formal de comando-obediência, que tem seu fundamento lógico justamente na liberdade e igualdade. Assim, o poder legítimo terá que se fundar na vontade de todos. O poder é único, fundado no contrato social, entendido como expressão da vontade de todos e, assim, todos devem se submeter ao que aceitaram, nascendo a noção de soberania. Dessa forma, o representante do sujeito coletivo é que está autorizado a governar pela aceitação de todos e não por outros motivos, havendo a separação entre ação pública e política e o agir privado dos indivíduos. DUSO, Giuseppe, op. cit., p. 16-20. MATTEUCCI, Nicola, op. cit., p. 33.

¹⁵ WEBER, Max. *A ética protestante e o espírito do capitalismo*. 2. ed. São Paulo: Pioneira Thomson Learning, 2003, p. 28 e 99-100.

¹⁶ VIANA, Márcio Túlio. *Terceirização e sindicato: um enfoque para além do jurídico*. Revista LTr. ano 67, nº. 07. São Paulo: LTr., julho de 2003, p. 776-778.

¹⁷ STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan, op. cit., p. 46.

Nasceu, assim, principalmente com a Revolução Francesa¹⁸, o Estado liberal que ao mesmo tempo em que aprofundou características já presentes no Estado absolutista, apresentava novos caracteres, dos quais podem ser citados: a separação entre Estado e sociedade; a garantia das liberdades individuais, principalmente da propriedade e da liberdade contratual (que se dava pela manifestação de vontade das partes); a redução do papel do Estado, não lhe cabendo a realização, em regra, de atividades de intervenção nas relações econômicas; a separação de poderes, como forma de garantia dos próprios direitos; o princípio da legalidade (prevalência das regras abstratas e formais) e a igualdade meramente formal.

Essas idéias estavam em consonância com o ideal liberal na política e o individualismo no Direito, fortalecendo amplamente e impulsionando o desenvolvimento da sociedade capitalista. A sociedade, então, passou a ser fundada na propriedade, na família e no contrato¹⁹. Portanto, de uma sociedade fundada em privilégios de nascimento e títulos nobiliárquicos, do *ancién regime*, passa-se para uma sociedade onde são reconhecidas a igualdade formal e a liberdade dos indivíduos, todavia considerados de forma isolada, individual, como átomos dentro da sociedade.

Diante dessas idéias somente se concebia o Estado (liberal) como garante da fluência normal dessas relações privadas, como guardião da propriedade, da família e do cumprimento dos contratos “livremente formados entres partes iguais e livres”, não podendo, seja por meio do Executivo, seja do Legislativo ou do Judiciário, imiscuir-se nessas relações. No Estado liberal clássico não cabia falar em direito de proteção de uma determinada classe ou categoria de pessoas, pois todos eram vistos como iguais (igualdade meramente formal); logo, também, não havia que se falar em políticas públicas de proteção ao trabalho, por exemplo, pois ao Estado não cabia a intervenção nas atividades dos privados, apenas lhe sendo cabível a função

¹⁸ Digo “principalmente” apenas para marcar mais fortemente a irrupção deste tipo estatal, pois, como muito bem lembra SOUZA, a “Revolução Francesa, ainda que de fundamental relevo, não passou de um acontecimento entre muitos outros na destruição do Antigo Regime e sua substituição por um novo sistema social e político.” Assim, o autor afirma que o Estado liberal europeu foi criatura de vários acontecimentos revolucionários, desde a independência dos Estados Unidos da América do Norte e o desterro de Napoleão Bonaparte, passando pela restauração do poder monárquico, um poder central forte, mas marcado por limites assentados por assembléias representativas, para, só então, chegar aos movimentos ocorridos em França em 1848 e em outros países (Alemanha e Itália), que não eram apenas movimentos liberais, mas que tinham fortes conotações socialistas, e só então, a partir disso chegar ao período de esplendor da burguesia. SOUZA, António Francisco de. *Fundamentos Históricos de Direito Administrativo*. Lisboa: Editores, 1995, p. 149-152. Cabe, ainda, referir a posição de Matteucci, para quem, antes mesmo da Revolução Francesa, se pode vislumbrar na Inglaterra um Estado com características tipicamente liberais. MATTEUCCI, Nicola, op. cit., p. 128.

¹⁹ COSTA, Judith Martins. Crise e modificação da idéia de contrato no direito brasileiro. *Revista de Direito do Consumidor*. n.º. 3. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991, p. 131.

de proteção das liberdades formais e da propriedade. Neste tipo estatal, o princípio fundamental era o da legalidade²⁰, com a clássica divisão dos três poderes e tendo por regra a não intervenção em questões econômicas e sociais.²¹

No Estado liberal é o Poder Legislativo que tem proeminência, pois é a este poder que cabe ditar a lei, vista como regra geral e abstrata, a qual será aplicada pelo Executivo e pelo Judiciário, este último tendo a tarefa de ser a simples “boca da lei”, aplicando de forma subsuntiva os preceitos legais aos casos concretos. Como afirma Comparato, no modelo de Estado liberal (constitucionalismo liberal) não cabe a esse ente o papel de guiar a sociedade na busca de objetivos ou fins comuns, mas, sim, com base em leis gerais, constantes e uniformes, que apenas harmonizam os interesses individuais, possibilitar que cada indivíduo, de forma privada, busque suas finalidades de vida individualmente eleitas²². Nesse clima de liberalismo político, jurídico e econômico, marcado por um profundo individualismo, deram-se as condições para o desenvolvimento de um processo que marca com profundidade a história da humanidade: a Revolução Industrial.

Em 1812, Thomas Newcomen inventou a máquina a vapor, utilizada para bombear água das minas de carvão inglesas, a qual foi aperfeiçoada por James Watt em 1848, abrindo o caminho para o rápido crescimento industrial e acarretando profundas alterações no processo econômico, na vida social, e nas relações entre o capital e o trabalho. Na verdade, a invenção de Watt já é um efeito da primeira Revolução Industrial, visto que surgiu da busca de uma fonte de energia capaz de mover as pesadas máquinas já inventadas para a indústria têxtil. O motor a vapor foi generalizado e incrementou de forma jamais imaginada no passado a produção industrial, tornando ainda mais próxima e conflitiva a relação entre capitalistas e trabalhadores assalariados.²³

²⁰ Comparato afirma que todo o edifício constitucional do Estado Moderno está assentado na substituição da vontade individual dos governantes pela vontade geral e permanente que é a lei, o que conferiria segurança individual aos cidadãos. COMPARATO, Fábio Konder. Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas. *Revista de Informação Legislativa*. n.º. 138. Brasília: 1998, p. 40.

²¹ Com efeito, salientamos que a regra era a não intervenção, pois esta, de fato, embora pontual, fazia-se presente. Como bem lembra Fachini Neto, a separação total das esferas pública e privada nunca existiu de fato, pois o Estado liberal intervinha nas relações privadas fixando tarifas, dirigindo o mercado através dos meios fiscais, estabelecendo barreiras alfandegárias e intervindo nas relações familiares e nos contratos através das noções vagas de ordem pública e bons costumes. FACHINI NETO, Eugênio. Reflexões histórico-evolutivas sobre a constitucionalização do Direito privado. In: Constituição, direitos fundamentais e direito privado. Ingo Wolfgang Sarlet – Organizador. Livraria do Advogado: Porto Alegre, 2003, p. 19, nota 12. No mesmo sentido STRECK, Lenio Luiz. e MORAIS, José Luis Bolzan, op. cit., p. 61.

²² COMPARATO, Fábio Konder. *Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade*, cit., p. 43.

²³ CORDEIRO, Antônio Menezes, op. cit., p. 41; CAMINO, Carmen, op. cit., p. 32 e GOMES, Orlando e GOTTSCHALK, Élson, op. cit., p. 1.

A invenção de novas tecnologias, o uso da energia do vapor para os maquinismos, o crescimento das cidades, a consolidação das unidades nacionais (processo que se iniciou com o Estado moderno absolutista), bem como o comércio interurbano e internacional, facilitado pelas comunicações e por melhores equipamentos de transporte, abriram espaço para novos mercados de consumo, facilitando o *bomm* da primeira Revolução Industrial.

Embora o trabalho na indústria crescente necessitasse de um grande contingente de trabalhadores, não era capaz de absorver o número de camponeses e desocupados que fugiam da fome nos campos e que vagavam pelas cidades, além do fato de que as próprias máquinas também causavam desemprego.²⁴ Dentro da fábrica os trabalhadores eram comandados segundo uma rígida disciplina de produção, com condições de trabalho deploráveis, com jornadas de trabalho extenuantes e com salários ínfimos.²⁵ Era a atuação dos princípios do liberalismo que davam o esteio para essa nova fase.

Com efeito, os princípios liberais, tendo no indivíduo o valor máximo da vida em sociedade, representavam o caminho para o incremento da nova economia. Para a Revolução Industrial e para o desenvolvimento econômico foi fator decisivo o mito dos homens livres e iguais perante a lei (igualdade apenas em sentido formal); pouco importava a desigualdade fática. A liberdade e a igualdade abstratas, todavia, vieram a significar, no plano social, coação econômica e desigualdades para uma classe inteira de indivíduos.²⁶

No relato de Roppo:

²⁴ OLIVEIRA, José César de, op. cit., p. 61.

²⁵ Huberman, analisando a situação dos trabalhadores nas primeiras fábricas capitalistas servidas por máquinas, faz uma radiografia desse período: “Mas com a chegada das máquinas e do sistema fabril, a linha divisória se tornou mais acentuada ainda. Os ricos ficaram mais ricos e os pobres, desligados dos meios de produção, mais pobres. As máquinas, que podiam ter tornado mais leve o trabalho, na realidade o fizeram pior. Eram tão eficientes que tinham de fazer sua mágica durante o maior tempo possível. Para seus donos, representavam tamanho capital que não podiam parar – tinham de trabalhar, trabalhar sempre.... Por isso os dias de trabalho eram longos, de 16 horas. Quando conquistaram o direito de trabalhar em dois turnos de 12 horas, os trabalhadores consideraram tal modificação uma benção. ... A dificuldade maior foi adaptar-se à disciplina da fábrica. Começar numa hora determinada, parar, noutra, começar novamente, manter o ritmo dos movimentos da máquina – sempre sob as ordens e a supervisão rigorosa de um capataz – isso era novo. E difícil. ... Os capitalistas achavam que podiam fazer como bem entendessem com as coisas que lhes pertenciam. Não distinguiam entre suas ‘mãos’ e as máquinas. Não era bem assim – como as máquinas representavam um investimento, e os homens não, preocupavam-se mais com o bem-estar das primeiras. Pagavam os menores salários possíveis. Buscavam o máximo da força de trabalho pelo mínimo necessário para pagá-las.” HUBERMAN, Leo, op. cit., p. 177-178. Ver, ainda, sobre o assunto, a obra *Germinal*, de Émile Zola, um clássico da literatura que denuncia as condições deploráveis de trabalho e de vida dos trabalhadores nessa época, enfocando o trabalho prestado nas minas de carvão francesas. ZOLA, Émile. *Germinal*. São Paulo: Cia das Letras, 2005.

²⁶ MARANHÃO, Délio e CARVALHO, Luiz Inácio B., op. cit., p. 15. CAMINO, Carmen, op. cit., p. 33.

Neste sistema, fundado na mais ampla liberdade de contratar, não havia lugar para a questão da intrínseca igualdade, da justiça substancial das operações económicas de vez em quando realizadas sob a forma contratual. Considerava-se e afirmava-se, de facto, que a justiça da relação era automaticamente assegurada pelo facto dos contraentes, que, espontânea e conscientemente, o determinavam em conformidade com os seus interesses, e, sobretudo, o determinavam num plano de recíproca *igualdade jurídica* (dado que as revoluções burguesas, e as sociedades liberais nascidas destas, tinham abolido os privilégios e as discriminações legais que caracterizavam os ordenamentos em muitos aspectos semifeudais do “antigo regime”, afirmando a paridade de todos os cidadãos perante a lei): justamente nesta igualdade de posições jurídico-formais entre os contraentes consistia a garantia de que as trocas, não viciadas na origem pela presença de disparidades nos poderes, nas prerrogativas, nas capacidades legais atribuídas a cada um deles, respeitavam plenamente os cânones da justiça comutativa. Liberdade de contratar e igualdade formal das partes eram, portanto os pilares – que se completavam reciprocamente – sobre os quais se formava a asserção peremptória, segundo a qual dizer “contratual” equivale a dizer “justo” (*qui dit contractuel dit juste*).²⁷

A exacerbação do individualismo, como já referido, levou ao estabelecimento de condições de trabalho deploráveis, pois, de fato, as “partes do contrato” eram profundamente desiguais, visto que os trabalhadores, fugindo da fome e do desemprego, eram obrigados a aceitar qualquer tipo de trabalho e todo tipo de condições de trabalho impostas pelos empregadores.

Como a questão salarial e demais condições de trabalho deveriam estar inspiradas nos princípios liberais, no *laissez faire, laissez passer* caracterizador do absentéismo estatal, era a “lei da oferta e da procura” que regulava a situação. Assim, o excesso de mão-de-obra acarretava baixíssimos salários, longas jornadas de trabalho, ambientes totalmente insalubres, exploração do trabalho infantil²⁸ e das mulheres, levando a que a igualdade formal e a liberdade de contratar liberal se tornassem, de fato, na liberdade de morrer de fome. Aliás, “salário de fome” é a expressão utilizada por Maranhão e Carvalho para traduzir essa época da exploração do trabalho humano.²⁹

Ocorre que, com o passar do tempo, o ideal liberal passou a ser contestado diante das desigualdades fáticas que tal regime político, económico e jurídico gerava, pois a igualdade formal e a liberdade de manifestação de vontade apenas tinham servido para fortalecer

²⁷ ROPPO, Enzo. *O contrato*. Coimbra: Livraria Almedina, 1988, p. 35.

²⁸ Ashton, ao analisar o trabalho das crianças nas fábricas inglesas, dá uma ligeira amostra das condições de trabalho: “A história dos <aprendizes> fabris é lamentável. As crianças, muitas delas somente com sete anos, trabalhavam doze e mesmo quinze horas por dia durante seis dias da semana.” ASHTON, T. S.. *A revolução industrial*. 6. ed. Portugal: Europa-América, s/d, p. 139.

²⁹ MARANHÃO, Délio et CARVALHO, Luiz Inácio B. op. cit., p. 16.

aqueles que tinham poder na sociedade (econômico, social ou de outras formas), ou seja, a burguesia, vilipendiando a própria dignidade humana dos mais fracos, dos trabalhadores.

Em virtude de todas essas condições subumanas de trabalho e vida, pensadores (socialistas utópicos – Saint-Simon, Fourier e Louis Blanc, na França e Robert Owen, na Inglaterra; e científicos – Manifesto Comunista de 1848 de Marx e Engels -, em especial os últimos), tiveram influência decisiva na união dos trabalhadores e na crítica áspera e incisiva ao capitalismo. Além disso, alguns empresários, políticos e a Igreja (Encíclica *Rerum Novarum*, do Papa Leão XIII, de 1891, resposta ao crescimento das idéias socialistas e comunistas) também começaram a contestar essa situação³⁰. Todavia, foram sobretudo os trabalhadores que começaram a ganhar consciência de que a péssima situação em que viviam atingia justamente os seus interesses, alcançando a todos. Assim, acabaram ganhando a chamada “consciência de classe” e uniram-se em sindicatos, embora proibidos legalmente, passando, por meio de ações coletivas, a pressionar e postular mudanças³¹. Para isso foi utilizado o instrumento maior de pressão que lhes cabia, ou seja, a greve (a paralisação coletiva do trabalho deliberada pelos trabalhadores e suas agremiações).

Manifestações das lutas de classes mostram-se bem presentes nos movimentos dos ludistas e cartistas na Inglaterra, nas irrupções revolucionárias de 1848 e 1871 na França e na de 1848 na Alemanha, todas clamando para que o Estado regulamentasse a vida econômica e social³². Então, com o acirramento da tensão e com o medo do crescimento das idéias socialistas, comunistas e anarquistas, os Estados passaram a interferir e restringir os princípios liberais no âmbito das relações de trabalho.

Assim, foram sendo postos limites à autonomia da vontade no contrato de trabalho, ainda que de início com leis tímidas. Podemos citar como primeiras regras legais sobre o trabalho alguns atos legislativos, como: o “Moral and Health Act”, de 1802, que na Inglaterra proibia o trabalho noturno para menores e reduzia a sua jornada diurna para 12h; na França, em 1813, proibiu-se o trabalho de menores em minas; em 1824 os sindicatos foram reconhecidos na Inglaterra; em 1841 foi editada na França lei que proibia o trabalho de menores de oito anos, limitando a 8h a jornada de trabalho dos menores entre oito e doze anos

³⁰ RUSSOMANO, Mozart Víctor, op. cit., p. 15 e OLIVEIRA, José César de, op. cit., p. 64.

³¹ Como afirma Huberman: “A Revolução Industrial, iniciada na Inglaterra, espalhou-se por outros países. Em alguns, ainda está ocorrendo. E embora nem sempre siga o modelo inglês, diferindo nas condições ou na atitude dos ricos, ou na reforma da legislação aprovada pelos órgãos de governo, num ponto todos os países repetiram a história da Inglaterra. Houve, em toda a parte, uma guerra aos sindicatos. É uma velha guerra. As associações de trabalhadores com o objetivo de melhorar suas condições foram declaradas ilegais já no século XVI, e em todos os séculos seguintes houve leis contra tais agremiações.” HUBERMAN, Leo, op. cit., p. 190.

³² OLIVEIRA, José César de, op. cit., p. 69.

e a 12h a dos menores de doze a dezesseis anos. Podemos citar também a revogação, na França, em 1884, da Lei Chapelier de 1791, que proibia os sindicatos, ficando consagrada a liberdade sindical e, ainda, editaram-se regras legais sobre seguros sociais em 1881 na Alemanha.³³

Em outros países também foram editadas várias leis que regularam, em princípio, o trabalho de crianças e mulheres e depois dos adultos masculinos quanto às várias condições de trabalho. Florescia, assim, a intervenção estatal no mundo do trabalho e nascia o Direito do Trabalho. Seguindo a lição de Granizo e Rothvoss³⁴, a evolução do Direito do Trabalho pode ser assim descrita:

- até 1848: as primeiras manifestações do intervencionismo estatal começaram na Inglaterra, França, Itália e Alemanha, geralmente adstritas à limitação da jornada de trabalho dos menores;

- de 1848 até 1890: aparece o Manifesto Comunista de Marx e Engels; na França é permitida a liberdade de associação; são estabelecidas jornadas máximas de trabalho para todos. Pode ser citado, ainda, o surgimento, na Alemanha, da “mão-de-ferro de Bismark”, que concede alguns direitos para conter o avanço socialista³⁵;

- de 1890 até 1919: temos a Encíclica *Rerum Novarum* do Papa Leão XIII; surgem os primeiros tratados internacionais, Ministérios do Trabalho, a Constituição Mexicana de 1917 e a Revolução Russa, tudo isso mostrando a forte ebulição social;

- a partir de 1919: com o fim da Primeira Guerra Mundial vem o Tratado de Versalhes de 1919, que cria a Organização Internacional do Trabalho (OIT)³⁶; vem a lume a

³³ RUSSOMANO, Mozart Victor, op. cit., p. 17; RODRIGUES PINTO, José Augusto, op. cit., p. 30 e OLIVEIRA, José César de, op. cit., p. 71.

³⁴ Citados por OLIVEIRA, José César de, op. cit., p. 70.

³⁵ Gomes e Gottschalk lembram o papel político de Bismark, que fazendo algumas concessões aos líderes sociais-democratas e aos líderes sindicais filiados à Segunda Internacional, de cunho reformista, barrou os ideais de cunho revolucionário que provinham da Primeira Internacional. GOMES, Orlando e GOTTSCHALK, Élson, op. cit., p. 5.

³⁶ Segundo Genro, o Tratado de Versalhes, além de consolidar o Direito do Trabalho, também foi uma forma de impor aos países subdesenvolvidos o ônus que a luta de classes já tinha imposto aos países desenvolvidos, para fins de equiparação dos preços de mercadorias a serem exportadas. Na verdade, isso destaca o caráter contraditório das finalidades da regulação internacional do trabalho e do próprio Direito do Trabalho. GENRO, Tarso Fernando. Direito individual do trabalho. 2. ed. São Paulo: Ltr. Editora, 1994, p. 31. Essa questão fica também presente em Uriarte, que afirma: “En efecto, el Derecho Internacional del Trabajo surge con doble finalidad, sin lugar a dudas: regular la competencia tanto nacional como internacional y salvaguardar la dignidad humana, evitando la explotación económica del trabajador. ... Esta doble finalidad del Derecho del trabajo encierra una contradicción que se refleja en las estructuras y el funcionamiento del Derecho del trabajo. Por una parte, consagra derechos del trabajador, elevándolos a la categoría de derechos humanos, como forma de valorizar al máximo y por encima de todo valor de cambio a la persona humana, en el caso, la persona do trabajador. Pero por otra parte, al reglamentar el contrato o relación de trabajo, se involucra en el

Constituição de Weimar de 1919 na Alemanha; é proclamada a Declaração dos Direitos Humanos em 1948 após o término da Segunda Guerra Mundial; é editada a Encíclica *Mater et Magistra*, de João XXIII, bem como uma série de manifestações posteriores, pelas quais ainda estamos passando, o que será objeto de análise em separado.

Como podemos perceber, embora complexa, não é difícil compreender a íntima conexão entre o desenvolvimento das formas de trabalho humano, de um lado, e a evolução do Estado e o aparecimento e desenvolvimento do Direito do Trabalho, de outro. Portanto, diante das pressões sociais e de movimentos de ordem política e filosófica, a concepção liberal de Estado cede passo ao chamado Estado intervencionista, havendo o abandono do perfil do chamado “Estado mínimo”. Os conflitos sociais, a Revolução Russa³⁷, o direito ao voto, os vários movimentos de reivindicação dos trabalhadores e outros grupos pelo reconhecimento de direitos, bem como pela crise instaurada principalmente após a Primeira Grande Guerra Mundial, fazem ruir o modelo liberal de Estado e tem nascimento o Estado social ou de bem-estar, que se afigura mais preocupado com a liberdade efetiva e com a igualdade substancial, não somente formal.

juego del llamado “mercado de trabajo”, que no debería ser tal.” URIARTE, Oscar Ermida. Derechos laborales y comercio internacional. Disponível em <http://www.mundodeltrabajo.org.br>; p. 2.

³⁷ Sobre a influência da Revolução de Outubro na formação do Estado social ocidental, afirma Losurdo: “Da democracia, como hoje é mais geralmente compreendida, fazem parte, pois, também os direitos sociais e econômicos. E foi precisamente o grande patriarca do neoliberalismo, Hayek que denunciou o fato de que a sua teorização e sua presença no Ocidente remetem à influência, por ele considerada funesta, da “revolução marxista-russa”. Naturalmente, as classes subalternas não esperam 1917 para reivindicar o reconhecimento de tais direitos. Sua conquista expande-se nas mesmas etapas através das quais passou o triunfo do sufrágio universal. Robespierre, que denuncia na discriminação censitária do sufrágio um eco da escravidão antiga, celebra também o “direito à vida” como o primeiro e o mais imprescindível entre os direitos do homem. A revolução de 48, que confirma o triunfo do sufrágio universal (masculino), vê emergir ainda a reivindicação do direito ao trabalho: é o início da segunda etapa, cujo protagonista é o movimento socialista. Na Alemanha, onde ele é particularmente forte, Bismarck cuida de prevenir uma revolução de baixo para cima mediante uma revolução pelo alto que introduz os primeiros vagos elementos de seguridade social. Enfim a terceira etapa que, tomando impulso nos movimentos das agitações na Rússia, prolonga-se até quase aos nossos dias. No curso do segundo conflito mundial, Franklin Delano Roosevelt declara que, para destruir de uma vez para sempre “os germens do hitlerismo”, é preciso realizar a “liberdade de crescimento”, incidindo, portanto, em profundidade nas relações econômico-sociais existentes. As palavras de ordem do presidente dos EUA parecem delinear um projeto de democracia social que – observa justamente Kissinger – vai “muito além” da precedente tradição política americana, tanto assim, insiste Hayek – que terminam por remeter à famigerada revolução bolchevique. E, de novo, sem Outubro e, mais em geral, sem o ciclo revolucionário que do jacobinismo conduz ao comunismo, não é possível compreender os desenvolvimentos e, antes ainda, o advento do Estado social no Ocidente.” LOSURDO, Domenico. Fuga da história? A revolução russa e a revolução chinesa vistas de hoje. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2004, p. 103-104.

Esse tipo estatal se apresenta como intervencionista, protegendo os mais fracos (por exemplo, os trabalhadores e os consumidores), agindo, ainda, como verdadeiro empresário, através das empresas estatais e congêneres, bem como sendo mediador dos conflitos sociais.³⁸

No Estado social, portanto, entram em cena algumas preocupações que marcam características diferenciadas em relação aos modelos anteriores: a questão social passa a ser considerada na atuação estatal; são reconhecidos direitos a prestações sociais, cabendo uma atividade positiva ao Estado; a lei passa a ser instrumento de ação concreta do Estado, incumbindo a este, com forte proeminência do Poder Executivo, o dever de materializar direitos sociais; ultrapassa-se a dicotomia entre público e privado e a igualdade formal também ganha um sentido material. Assim, o Direito do Trabalho ganha consagração e desenvolvimento e as condições de trabalho passam a serem reguladas mais de perto.

É a partir da configuração do Estado social que ganha relevo a preocupação com as políticas públicas, em geral, e com as políticas públicas de regulação das condições de trabalho, em especial. O Estado social tem um papel positivo (ativo) na busca de objetivos previamente traçados na arena pública, os quais não mais se circunscrevem, como no Estado liberal-individualista, à proteção da vida privada perante a intervenção estatal.

O problema é que o Estado social acabou por não cumprir com muitas das suas promessas. A questão da igualdade, por exemplo, não conseguiu solução³⁹. Além disso, o Estado social (bem-estar-social), que nunca ocorreu no Brasil, diga-se de passagem, tem certas características autoritárias em virtude da proeminência dada ao Poder Executivo sem uma maior consideração pela participação popular na efetivação das tarefas estatais. No

³⁸ Streck e Moraes apresentam como causas privilegiadas de transformação do Estado liberal mínimo em Estado social: a Revolução Industrial (com a proletarização e a chamada “questão social”); a Primeira Guerra Mundial (impondo a necessidade de controle da vida econômica, reflexo da Revolução Russa e aparecimento das primeiras Constituições Sociais – Mexicana e de Weimar); a crise econômica de 1929 e a depressão, que impuseram a intervenção estatal na economia na busca de estabilidade e, por fim, a Segunda Guerra Mundial, impondo ao aparato estatal a intervenção em vários aspectos da vida social e econômica. STRECK, Lenio Luiz. e MORAIS, José Luis Bolzan, op. cit., p. 63.

³⁹ STRECK, Lenio Luiz. e MORAIS, José Luis Bolzan, op. cit., p. 92. Capella aduz o fato de que o Estado social se legitimava por meio da satisfação das demandas sociais, não apenas pela adesão ao sistema representativo. Assim, o não atendimento dessas demandas acarretou problemas para a sua legitimação. Aduz o autor que o atendimento das demandas sociais chegou ao limite nas condições limitadas de um sistema de acumulação privada, o que colocava um dilema: ou superar o assistencialismo em um rumo socialista, abrindo as portas das empresas aos princípios democráticos de direção ou governo, ou seguir políticas reprivatizadoras, utilizando-se do próprio Estado para reprivatizá-lo, enfraquecer as classes trabalhadoras e desmontar políticas de transferência de rendas. Por fim, afirma que as possibilidades tecnológicas e organizacionais da sociedade jogaram a favor desta última tendência, ou seja, ganharam os de sempre, os mais fortes. CAPELLA, Juan Ramón. Fruto proibido – Uma aproximação histórico-teórica ao estudo do Direito e do estado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 232-233.

campo do trabalho, a forte regulação estatal passou a sofrer contestações, que com o impacto da globalização econômica, sob um viés neoliberal, colocou em xeque tal regulação.

Essas últimas questões, que compõem aquilo que denominamos de “fenômenos atuais” relativos ao trabalho e sua regulamentação, serão retomadas após fazermos uma breve análise da evolução do trabalho e de sua regulamentação no Brasil.

2.2 A EVOLUÇÃO DO TRABALHO E DE SUA REGULAMENTAÇÃO NO BRASIL

O Brasil não ficou inteiramente alheio a toda a problemática ocorrida em âmbito internacional na evolução do trabalho e da sua regulação, tendo sofrido com impactos internos e externos no que tange a essa evolução. Todavia, o fato de o Brasil ser um “país periférico” conduziu a que uma série de questões que se manifestaram nos “países centrais”, aqui não se dessem da mesma forma ou sequer se manifestassem. A evolução do trabalho e de sua regulamentação no Brasil, portanto, embora tenha ligações com a evolução que se deu em nível internacional, tem certas peculiaridades.

Antes de adentrarmos na análise proposta, é bom termos presente a advertência que nos faz Genro ao afirmar que se criou um mito de que as leis sociais no Brasil, especialmente as relativas ao Direito do Trabalho, foram um presente do Estado. Segundo o autor, isso é desmentido pela grande agitação social e luta dos trabalhadores durante vários anos, com o movimento operário fazendo a pressão interna e, por outro lado, os acontecimentos internacionais fazendo a pressão externa, para fins de regulamentação do trabalho no Brasil⁴⁰. Tendo em conta essa advertência, passemos à análise.

Antes do “descobrimento” não faz muito sentido falarmos de relações de trabalho no Brasil, pois o trabalho se dava no seio das comunidades indígenas de forma comunitária e para subsistência, sem registros de dominação ou trabalho forçado. Com o descobrimento, por outro lado, pelo fato de o Brasil ter sido colonizado em moldes de extrativismo predatório, sequer se pode falar nos impactos da primeira Revolução Industrial, tal como se deu no mundo do trabalho dos “países centrais”.

O trabalho era prestado no campo, base da economia, em regime de escravidão. Nas cidades existiam atividades artesanais, que se organizavam de forma muito próxima das corporações de ofício, e outras atividades, de cunho mercantil, nas quais proliferavam relações de parentesco ou afilhadismo entre os comerciantes e os chamados “agentes de comércio”, bem como começaram a surgir ofícios ligados às atividades públicas.⁴¹

Assim, tendo a economia base predominantemente rural, o trabalho prestado era preponderantemente escravo, o que tornava, de forma geral, impossível o florescimento de relações de trabalho em moldes fundados na liberdade de trabalho e mesmo de uma regulamentação desse trabalho. Isso não significa que não havia relações de trabalho livre,

⁴⁰ GENRO, Tarso, op. cit., p. 31. No mesmo sentido, MARANHÃO, Délio e CARVALHO, Luiz Inácio B. op. cit., p. 20. Cabe aqui lembrar as palavras de Ianni, que afirma: “Se pudessemos resumir em poucas palavras a situação das relações entre a burguesia e o proletariado antes e depois de 1930, afirmariamos que, paradoxalmente, na primeira fase as tensões se revelam mais abertas e agressivas que na etapa posterior. Antes de 30 os operários lutam para que se modifiquem as condições de vida adversas que lhes são impostas pelo sistema produtivo em formação; sentem-se levados a ações políticas mais audaciosas, procurando impor reivindicações ligadas às próprias condições de sobrevivência do trabalhador. Em face da inexistência de uma legislação trabalhista sistemática, mesmo relativamente às questões fundamentais, o proletariado é levado a greves e à formação de grupos políticos ativos. Estimulados pelas condições precárias de trabalho e remuneração nos primórdios da indústria e orientados às vezes pela experiência redefinida de operários experimentados em países europeus, eles conseguem desenvolver uma ação política agressiva e algumas vezes vitoriosa. ... Reunindo brasileiros e imigrantes de primeira e segunda geração, esses movimentos refletem um estado de tensão que se modifica gradativamente depois da revolução de 1930. Em boa parte, muitas conquistas efetivadas na *Consolidação das Leis do Trabalho*, promulgada em 1943, são o resultado das experiências daquela fase das lutas do proletariado.” IANNI, Octavio. *Industrialização e desenvolvimento social no Brasil*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1963, p. 74-76.

⁴¹ SAES, Décio. *A formação do estado burguês no Brasil (1888-1891)*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1985, p. 268 e s. e RODRIGUES PINTO, José Augusto. *Curso de Direito individual do trabalho*. São Paulo: LTr. Editora, 1994, p. 37.

bem como certa regulamentação das mesmas, porém essas manifestações eram ínfimas. Portanto, somente com a abolição do trabalho escravo em 1888 é que se abriu caminho para um incipiente desenvolvimento das relações de trabalho fundadas na liberdade de trabalho e de sua regulamentação jurídica.⁴²

A predominância do trabalho escravo tirava qualquer força de mobilização obreira na busca de melhores condições de trabalho. Na verdade, buscava-se, em primeira mão, a própria liberdade de trabalho. Por outro lado, o trabalho livre, que existia em muito menor escala, era prestado sob os auspícios de leis civis e comerciais. Exemplos disso são a Lei de 13.09.1830, que regulava o contrato de prestação de serviços, mas dirigida somente aos brasileiros e estrangeiros dentro do Império, a Lei n. 108, de 11.04.1837, sobre contratos de locação de serviços de colonos, e o Código Comercial de 1850, que regulava alguns aspectos da prestação de serviços.⁴³

Com a abolição da escravatura em 1888 e a proclamação da República em 1889, estabeleceram-se alguns pressupostos políticos para o desenvolvimento de um novo tipo de relações de trabalho. Na Constituição de 1891, influenciada pela Encíclica Papal de Leão XIII e pela própria abolição da escravatura, evidenciaram-se sinais jurídicos de regulação do trabalho, o que se pode constatar com a garantia do direito de reunião (que só foi regulamentado por leis de 1903, para os trabalhadores rurais, e de 1907, para os trabalhadores urbanos), direito considerado básico para o desenvolvimento dos movimentos reivindicatórios dos trabalhadores. Todavia, no plano econômico-social, existiam barreiras para o crescimento de movimentos trabalhistas⁴⁴. Na verdade, no período que vai de 1888 até 1930 ganharam relevo apenas as relações de trabalho que se davam basicamente nos setores cafeeiro, portuário, do comércio e indústria de São Paulo, e também na incipiente indústria e comércio carioca.

O movimento operário ainda não tinha, então, uma forte capacidade de pressão, não tendo força para imprimir uma dinâmica de conquistas e de tensão permanente sobre o capital e o Estado. Isso não significa a inexistência de grandes manifestações obreiras (greves, boicotes, protestos), todavia, essas eram fortemente reprimidas pela polícia. Some-se a isso, o fato de que o Estado brasileiro era tipicamente liberal clássico, pautado pela não intervenção nas relações econômico-sociais. Dessa forma, a *questão social* não era posta na ordem do dia

⁴² DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr., 2002, p. 101.

⁴³ GOMES, Orlando e GOTTSCHALK, Elson, ob.cit., p. 6-7 e OLIVEIRA, José César de, op. cit., p. 75.

⁴⁴ RODRIGUES PINTO, José Augusto, op. cit., p. 37-39.

e as iniciativas legislativas geralmente apenas a tangenciavam⁴⁵. Outro fator de inegável influência no desenvolvimento da regulação do trabalho no Brasil foi o Tratado de Versalhes de 1919, que marcou uma grande pressão externa pela regulação do trabalho.

Foi a partir da Revolução de 30 e de sua proposta de retirar o Brasil da predominância de uma economia agrária para introduzi-lo numa sociedade industrializada que se pode falar, de um lado, do aparecimento de relações de trabalho marcadas por um maior grau de desenvolvimento e, de outro, de uma verdadeira institucionalização da regulação do trabalho, ou melhor, do Direito do Trabalho no Brasil.

A partir daí, o Brasil vivenciou um período marcado por um Estado intervencionista (embora de natureza tipicamente autoritária, não se configurando como Estado de bem estar social), que também iria regulamentar a chamada “questão social”. A Constituição de 1934 (concebida como a primeira Constituição Social do Brasil, mas que não teve verdadeira implementação prática) e a Carta Constitucional de 1937, bem como a Constituição de 1946, marcam momentos de forte intervenção estatal no mundo do trabalho. Essa intervenção se mostra inclusive na esfera penal, pela inclusão de crimes contra a organização do trabalho no Código Penal.

É a partir desse período que se ergue toda a ossatura legislativa brasileira sobre o trabalho, que permanece em grande parte intocada em seu sentido textual, mesmo com o golpe militar de 1964, as Constituições de 1967 e a Emenda Constitucional de 1969 (exceção se faça, principalmente, à Lei do FGTS, que liquidou com a estabilidade no emprego do setor privado, primeira experiência flexibilizante da América Latina⁴⁶) até a Constituição Federal de 1988.

Na verdade, toda essa rede legislativa anterior à CF de 1988 foi marcada por um forte intervencionismo estatal nas relações individuais de trabalho, com a elaboração de regras legais de ordem pública e interesse social que reconhecem uma série de direitos individuais aos trabalhadores em nível infraconstitucional. O mote dessas regras legais, além de estabelecer um mínimo de proteção aos trabalhadores, tem um viés voltado para a produção de bens e serviços com o objetivo de estabelecer condições próprias para o desenvolvimento das empresas. Por outro lado, toda essa legislação é marcada por uma forte e autoritária

⁴⁵ DELGADO, Mauricio Godinho, op. cit., p. 102; RODRIGUES PINTO, José Augusto, op. cit., p. 39 e NASCIMENTO, Amauri Mascaro, op. cit., p. 47.

⁴⁶ URIARTE, Oscar Ermida. *A flexibilidade*. São Paulo. LTr., 2002, p. 29-30.

repressão dos movimentos coletivos obreiros, atrelando os sindicatos ao Estado e limitando amplamente a evolução do Direito Coletivo do Trabalho.⁴⁷

Segundo Maranhão e Carvalho⁴⁸, no tocante ao Brasil, podemos esquematizar uma rápida síntese do desenvolvimento do trabalho e da sua regulamentação nos seguintes termos: antes de 1919 poucas leis trabalhistas houve, sendo este um ano de grandes greves, quando foi promulgado o Decreto no. 3.724, sobre acidentes de trabalho; de 1923 é a Lei Elói Chaves, sobre caixas de aposentadoria e pensões dos ferroviários, sendo também deste ano a criação do Conselho Nacional do Trabalho; a reforma constitucional de 1926 à Constituição de 1891 previu a competência do Congresso Nacional para legislar sobre Direito do Trabalho; com a Revolução de 30 nasceu o Ministério do Trabalho e, em 1932, órgãos parajudiciais de apreciação dos dissídios trabalhistas; foi promulgada a Constituição de 1934, que inaugurou as constituições sociais no Brasil, mas que teve duração efêmera e praticamente não foi implementada; em 1937 a Constituição do Estado Novo proibiu o direito de greve e atrelou os sindicatos ao Estado, sendo nesse período instituídos o salário mínimo, a Justiça do Trabalho como parte integrante do Poder Executivo e promulgada a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT)⁴⁹; com a CF de 1946 a Justiça do Trabalho passou a fazer parte do Poder Judiciário; em 1964 ocorreu mais um golpe militar e houve o desmanche da estabilidade (Lei do FGTS – 1966), arrocho salarial, as restrições quase que aniquiladoras do direito de greve através da Lei no. 4.330/69 e do Decreto-Lei no. 1.632/78, bem como o começo do processo de terceirização flexibilizante através da Lei no. 6.019/74, que previu a locação temporária de mão-de-obra. Em geral, nesta fase, tanto a CF de 1967 como a Emenda Constitucional no. 1 de 1969 e uma série de manifestações legislativas sempre tiveram por norte um aumento de disposições regulamentares visando ao Direito Individual do Trabalho, bem como o empecilho ao desenvolvimento do Direito Coletivo do Trabalho, como forma de minar as pressões obreiras e de manter os sindicatos atrelados ao Estado.

Com a redemocratização do país e a Constituição Federal de 1988 que consagra uma série de direitos trabalhistas como direitos humanos fundamentais⁵⁰, podemos perceber

⁴⁷ DELGADO, Mauricio Godinho, op. cit., p. 104; RODRIGUES PINTO, José Augusto, op. cit., p. 40 e s. Aliás, como afirma Uriarte, essa é uma marca das legislações latino-americanas, ou seja, um direito coletivo rígido e limitativo de direitos. URIARTE, Oscar Ermida. A flexibilidade, op. cit., p. 14.

⁴⁸ MARANHÃO, Délio; CARVALHO, Luiz Inácio B. op. cit., p. 20 e 21.

⁴⁹ Sobre a CLT, tão atacada nos dias atuais, é de bom alvitre que atentemos para a lição de Saad quando afirma ser incorreto dizer que a CLT, como um todo, teve como modelo a fascista Carta del Lavoro Italiana, o que somente seria correto com relação ao direito sindical, o qual realmente teve essa influência. SAAD. Eduardo Gabriel. Curso de Direito do Trabalho. São Paulo: LTr. Editora, 2000, p. 51.

⁵⁰ O porquê do uso da expressão “direitos humanos fundamentais” na presente dissertação será melhor explicitado no capítulo III.

mudanças, ainda não devidamente absorvidas e muitas vezes, infelizmente, incompreendidas, na regulação das relações de trabalho. Assim, fortalece-se o regime de muitos direitos individuais trabalhistas ao serem alçados à posição de direitos humanos fundamentais, bem como também se percebe uma forte melhora na posição dos sindicatos, que são desatrelados do Estado.⁵¹

Após esse enfoque, cabe-nos agora fazer uma abordagem do momento que vivenciamos na contemporaneidade, marcado por incertezas e mudanças. Do ponto de vista do trabalho, a globalização neoliberal da economia, as propostas de desregulamentação, de flexibilização, a postulação de um Direito do Trabalho mínimo e uma série de outras pressões e “inovações” colocadas na cena política pela globalização neoliberal acabam tendo influência no campo do trabalho e da sua regulação, merecendo ser estudadas com mais vagar no tópico seguinte.

2.3 FENÔMENOS ATUAIS: O TRABALHO E SUA REGULAMENTAÇÃO NA CONTEMPORANEIDADE

Após esse rápido panorama histórico da evolução do trabalho e de sua regulamentação, é imprescindível uma tentativa de análise histórica da contemporaneidade desses fenômenos. Assim, precisamos analisar a situação em que vivemos e as conseqüências que as mutações que ocorrem na economia, na política, no Direito e na sociedade acarretam para o “mundo do trabalho”.⁵²

⁵¹ Na seqüência se fará uma análise mais profunda sobre os impactos da Constituição Federal de 1988 e do choque da direção principiológica da Constituição frente aos “reclamos da globalização neoliberal”.

⁵² Sem dúvidas, na análise dos fenômenos históricos da contemporaneidade percebemos uma maior dificuldade de compreensão, certamente pela proximidade com que os estamos vivenciando, o que muitas vezes dificulta o entendimento. Assim, percebemos a importância daquilo que Gadamer chama de “distância temporal” e de sua possível produtividade para a compreensão adequada, categoria que será objeto de estudo adiante, no segundo capítulo desta dissertação. Cabe marcar, por enquanto, que muitos dos fenômenos que iremos descrever ainda estão anuviados pela falta de um distanciamento temporal que poderia nos auxiliar na elucidação dos mesmos. Salientando essa dificuldade no entendimento dos fenômenos atuais, com foco na questão do trabalho humano, Pochmann afirma: “Hobsbawm, novamente é útil para chamar a atenção acerca das dificuldades que o homem tem para entender o seu próprio momento em que está vivendo. Parece ser menos complicado olhar para o passado e procurar entendê-lo do que responder sob o curso atual do trabalho.” POCHMANN, Márcio. As trajetórias do trabalho no final do século XX. “In” A crise do capitalismo globalizado na virada do milênio. Raul K. M. Carrion e Paulo Fagundes Vizentini (Organizadores). Porto Alegre: Editora da Universidade/UFRGS, 2000, p. 124.

Vivemos um momento histórico pautado pela globalização neoliberal⁵³, fenômeno que tem alterado profundamente a situação política, econômica, social e ambiental do planeta, acarretando uma série de problemas e decisões que têm um forte impacto no mundo do trabalho.

Aduz Dallegrave Neto que como reação ao ideal keynesiano (Estado de bem estar social) que se tornou reinante após a Segunda Grande Guerra, Friedrich von Hayek escreveu em 1944 a obra intitulada *O caminho da servidão*. Sob a liderança desse autor, vários outros autores que tinham posições semelhantes (neoliberais) se reuniram em Mont Pèlerin, na Suíça, em 1947, e fundaram uma associação altamente dedicada.⁵⁴

⁵³ Parece-nos importante estabelecer algumas precisões terminológicas. Assim, cabe distinguir globalização e neoliberalismo. Nesse sentido, de um ponto de vista que podemos chamar estrito, cabe citar Vizontini, que afirma: "...a globalização enquanto tal constitui um fenômeno estruturalmente vinculado ao capitalismo, ou seja, já tem cinco séculos de história. Por outro lado, o neoliberalismo representa um fenômeno qualitativamente distinto, de regulação socioeconômica da atual etapa de transformação do capitalismo mundial (ou seja, é uma das formas de conduzir a "globalização"), atuando há aproximadamente três décadas. O que vulgarmente é chamado de "globalização" na verdade constitui uma fase do capitalismo mundial, iniciada como uma resposta à crise do modelo de acumulação fordista-keynesiano dos anos 70. ...Esta gigantesca transformação, que se expressa materialmente como uma Terceira Revolução Industrial, é impulsionada pela crescente competição entre pólos econômicos, e cada vez mais marcada pelos paradigmas da Revolução Científico-Tecnológica (RCT)." VIZENTINI, Paulo G. Fagundes. A "globalização" e os impasses do neoliberalismo. "In" Globalização, neoliberalismo, privatizações – Quem decide este jogo? Raul K. M. Carrion e Paulo G. Fagundes Vizontini (Organizadores). 2. ed. Porto Alegre: Editora da Universidade/UFRGS, 1998, p. 34. Como percebemos, o autor tem um entendimento restrito desses fenômenos, sob um ponto de vista econômico. Por outro lado, podemos ter um entendimento mais aberto desses fenômenos e nas trilhas de Morais, também podemos falar de outras globalizações possíveis, como a busca de globalização para os direitos humanos, desvinculada do capitalismo, e, ainda, afirmar a possível imprecisão do termo "neoliberal", que deveria ser substituído por *neocapitalismo*, visto a estrita vinculação do chamado "neoliberalismo" ao aspecto puramente econômico do liberalismo, ficando de lado os aspectos morais, jurídicos e políticos da tradição liberal. MORAIS, José Luis Bolzan de. As crises do estado e da constituição e a transformação espacial dos direitos humanos. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2002. p. 17 e s e 91 e s. Outros autores, também alargando a ótica, falam da globalização como um processo complexo de intensificação das relações sociais e de interdependência entre o local e o global, alcançando não só a economia, mas também a política, o social, o ambiental e o espaço cultural. Nesse sentido, VIEIRA, Liszt. Cidadania e globalização. 2. ed. Rio de Janeiro-São Paulo: Record, 1998, p. 72.

⁵⁴ DALLEGRAVE NETO, José Affonso. *Inovações na Legislação Trabalhista*. São Paulo: LTr. Editora, 2000, p. 19 e 20.

Keynes entendia que o Estado devia ter papel dirigente, agindo como investidor central das economias nacionais, intervindo com correções quando o mercado indicasse recessão⁵⁵. Com as crises de 1970, que provocaram a alta do preço do petróleo, matérias-primas e alimentos, os Estados que seguiam o modelo de bem-estar social enfrentaram instabilidade monetária, inflação e endividamento.⁵⁶

Esses fatores abriram caminho para que o pensamento neoliberal começasse a se tornar aceito de forma bastante alastrada. O pensamento neoliberal conquistou, então, espaço político em 1979 na Inglaterra, com o governo Thatcher (Friedrich Hayek), e em 1980 nos EUA, com o governo Reagan (Milton Friedman), postulando e implementando a defesa intransigente da limitação do poder estatal. Pregava-se que, quanto mais livres fossem o investimento e a atividade das empresas, maiores seriam o crescimento e a prosperidade para todos. Dever-se-ia, portanto, dar um basta à intromissão do Estado na economia, devendo caber ao mercado a regulamentação econômica. O mercado, portanto, seria a melhor forma de se atingir o desenvolvimento econômico e social.⁵⁷

Como afirma Vizentini, para os economistas neoliberais, como Hayek, a crise pela qual passava o modelo econômico do pós-guerra era decorrente dos aumentos salariais e dos gastos sociais dos Estados. Assim, dever-se-iam reduzir o tamanho e as funções do Estado, o qual deveria se preocupar com a estabilidade monetária. Essa política seria viável através do

⁵⁵ KEYNES, John Maynard. *A teoria geral do emprego, do juro e da moeda – Inflação e deflação*. São Paulo: Abril Cultural, 1983, p. 217. Cabe referir, ainda, na mesma obra, a introdução feita por Adroaldo Moura da Silva, p. XVII e s., que traça as principais idéias de Keynes sobre a legitimidade da intervenção estatal.

⁵⁶ Faria salienta: “... Os dois choques do petróleo ocorridos em 1973 e 1979, deflagrando uma nova crise estrutural do sistema financeiro, subvertendo o regime de preços relativos, alterando os fluxos de inspiração social-democrata forjados no pós-guerra, provocando uma enorme recessão nos países desenvolvidos e abrindo caminho para uma revolução tecnológica, desencadeada com o objetivo de reduzir o impacto do custo da energia e do trabalho no preço final dos bens e serviços, puserem em xeque as engrenagens decisórias e o sistema político-jurídico do Estado-Providência. ...” FARIA, José Eduardo. *Direito e globalização: Implicações e perspectivas*. Organizador José Eduardo Faria. São Paulo: Malheiros Editores, 1996, p. 7 e 8. Já Calera, discorrendo sobre as crises do Estado Social de Bem-Estar, afirma: “..., el hecho es que a partir de los años 70 las cosas no han ido tan bien para esse Estado. Particularmente sus actuaciones em el campo de las políticas sociales y económicas se cuestionan radicalmente. Sobre todo las fuerzas sociales e idelógicas conservadoras opinan que el Estado intervencionista es um grave impedimento para el desarrollo económico. Se argumenta que las teorías de Keynes sobre la intervención del Estado em la vida económica han fracasado. Em consecuencia se vuelve a insistir em la necesidad de recuperar el viejo modelo económico del liberalismo y se apuesta decisivamente por el mercado para resolver los problemas de desarrollo y de distribución de la riqueza: *more Market, less State*. Esto es, se exige “desestatalizar” y despolitizar a economía, y dar paso de nuevo y com renovado vigor a la iniciativa privada.” CALERA, Nicolas Maria López. *Yo, el Estado. Bases para una teoría substancializadora (não substancialista) del Estado*. Madrid: Trotta, 1992, p. 16-17.

⁵⁷ Uma grande parte das propostas de Hayek pode ser vista sumariamente no “Prefácio da Edição Norte-Americana de 1975” da obra “O caminho da servidão”. HAYEK, Friedrich A.. *O caminho da servidão*. 4. ed. Rio de Janeiro: Expressão e Cultura – Instituto Liberal, 1987, p. 9.

aumento das taxas de juros, da redução de impostos para os rendimentos elevados, do corte de gastos sociais, da privatização de empresas públicas e da liberação financeira e comercial.⁵⁸

Assim, foram estabelecidas medidas (políticas) a serem seguidas como: a privatização das estatais; a diminuição do espaço público e ocupação desse espaço pelos entes privados; a desregulamentação/flexibilização dos direitos sociais trabalhistas e previdenciários; o estímulo à livre negociação entre patrões e empregados, mas com sérias limitações ao direito de greve e ao poder de negociação sindical; a adoção de medidas que facilitassem a livre circulação do capital especulativo estrangeiro; a quebra dos monopólios estatais e das barreiras alfandegárias e a desregulamentação da economia, que passa a ser regida somente pela lei de mercado.⁵⁹

Outro fator importantíssimo que permitiu que o neoliberalismo praticamente tomasse de assalto uma grande parte do planeta, impondo o “pensamento único”, foi a queda da URSS. Vizontini afirma que o

⁵⁸ VIZENTINI, Paulo G. Fagundes. *A “globalização”...*, op. cit., p. 43.

⁵⁹ Nesse sentido Faria, que descreve as rupturas produzidas por esse processo globalizante forjado pela doutrina neoliberal, todas tendo como denominador comum o esvaziamento da soberania e autonomia dos Estados nacionais, afirma: “... As rupturas mais importantes, cujos desdobramentos constituem o objeto de todos os ensaios que compõem esta coletânea, são as seguintes: 1 – mundialização da economia, mediante a internacionalização dos mercados de insumo, consumo e financeiro, rompendo com as fronteiras geográficas clássicas e limitando crescentemente a execução das políticas cambial, monetária e tributária dos Estados nacionais; 2 – desconcentração do aparelho estatal, mediante a descentralização de suas obrigações, a desformalização de suas responsabilidades, a privatização de empresas públicas e a “deslegalização” da legislação social; 3 – internacionalização do Estado, mediante o advento dos processos de integração formalizados pelos blocos regionais e pelos tratados de livre comércio e a subsequente revogação dos protecionismos tarifários, das reservas de mercado e dos mecanismos de incentivos e subsídios fiscais; 4 – desterritorialização e reorganização do espaço de produção mediante a substituição de plantas industriais rígidas surgidas no começo do século XX, de caráter “fordista”, pelas plantas industriais “flexíveis”, de natureza “toyotista”, substituição essa acompanhada pela desregulamentação da legislação trabalhista e pela subsequente “flexibilização” das relações contratuais; 5 – fragmentação das atividades produtivas nos diferentes territórios e continentes, o que permite aos conglomerados multinacionais praticar o comércio inter-empresa, acatando seletivamente as legislações nacionais e concentrando seus investimentos nos países onde elas lhe são mais favoráveis; 6 – expansão de um Direito paralelo ao dos Estados, de natureza mercatória (“lex mercatória”), como decorrência da proliferação dos foros de negociações descentralizados estabelecidos pelos grandes grupos empresariais. ...” FARIA. José Eduardo. *Direito e globalização*, op. cit., p. 10-11.

colapso do Campo Soviético e o fim da Guerra Fria aprofundaram ainda mais tais tendências no início dos anos 90. A ausência de um inimigo externo permitiu o aprofundamento da globalização, o triunfalismo do discurso neoliberal e o refluxo das forças politicamente de esquerda. ... O capitalismo neoliberal triunfante passou do discurso antiestatalista libertador à prática explícita da redução de salários, eliminação de postos de trabalho e esmagamento de direitos sociais conquistados com imensos sacrifícios ao longo de mais de um século.⁶⁰

Para Kuntz, a metamorfose dos mercados e a reforma do Estado são as palavras de ordem da reconstrução do capitalismo, o que acarreta, com a globalização neoliberal, o enfraquecimento do poder dos Estados nacionais de se auto-governarem apenas baseados nas suas premissas internas, havendo cada vez mais a ingerência de fatores externos.⁶¹

A noção moderna de Estado, fundada na soberania, evidencia, inegavelmente, uma crise que modifica o panorama do próprio conceito de Estado⁶². A nosso ver, todavia, embora essa crise seja geral, ou seja, afete os Estados nacionais em todo o planeta, não é simétrica.

⁶⁰VIZENTINI, Paulo G. Fagundes, A “globalização”..., cit., p. 46. Em sentido semelhante, afirma Uriarte “Más allá de sus diversos aspectos y manifestaciones – cuya variedad la convierten en um fenómeno complejo, multifacético y dinámico-, la globalización, puede ser reducida, en su mas intima esencia, a la expansión y profundización de la economía capitalista y de sus postulados teóricos, tales como libre competencia, mercado, libre cambio, incremento de exportaciones, etc. La caducidad del mundo bipolar que había caracterizado a la mayor parte del siglo XX, acelero e intensifico aquella expansión, a la vez que entronizo, sobre todo en el terreno econômico, el pensamiento único o hegemónico: el neoconservadorismo, neoclasicismo o neoliberalismo, originario de los años 30 y 40, ahora es desempolvado e instalado como verdad revelada, probablemente porque ya no parece (tan) necesario mitigar los aspectos más inequitativos del capitalismo.” URIARTE, Oscar Ermida. Globalización y relaciones laborales. Disponível em <http://www.mundodeltrabajo.org.ar>, p. 1.

⁶¹FARIA, José Eduardo e KUNTZ, Rolf. Qual o futuro dos Direitos? Estado, mercado e justiça na reestruturação capitalista. São Paulo: Max Limonad, 2002, p. 42-43.

⁶²Aliás, a crise conceitual é apenas uma das crises do Estado. Morais é um dos autores que enfrentam a questão das crises do Estado. Segundo o autor, devemos ter presente a profunda crise em que se encontra o Estado na contemporaneidade, o que se agravou por um profundo rearranjo econômico e tecnológico que colocou em xeque as estruturas tradicionais do Estado em sua visão territorial soberana. Com efeito, o processo de globalização neoliberal, com um capitalismo financeiro, facilitado pelos avanços tecnológicos (comunicação, transporte, energia, robótica), foge aos esquemas territoriais e abala profundamente a concepção de soberania do Estado. Assim, o autor divide a crise do Estado, para efeitos meramente analíticos e críticos, visto que estão profundamente entrelaçadas, em: conceitual, estrutural, institucional, funcional e política. Quanto à crise conceitual, que mais de perto nos interessa aqui, o autor afirma que a crise conceitual do Estado se apresenta pela percepção de que o conceito de Estado foi construído em torno da soberania política (poder) territorial em relação a uma determinada população; de uma separação rígida entre público e privado; da prevalência do poder estatal soberano em nível interno e da autodeterminação estatal em nível externo. Todavia, ocorre que o que se vê hoje é um esfacelamento dessas características conceituais, em virtude de uma hiper-complexidade social, que não permite respostas a partir da noção rígida de Estado. Assim, pode-se dizer que: a) a soberania, em seus aspectos interno e externo, é abalada pela configuração de espaços, de centros de poder, supra-nacionais (comunidades supra-nacionais – União Européia, MERCOSUL, organizações não-governamentais, organizações internacionais – ONU) e por uma autonomização radical dos organismos econômicos (mega empresas transnacionais que detém poder econômico superior a muitos Estados – neocapitalismo) que não dependem na mesma medida do poder estatal; b) a separação rígida entre público e privado é defasada diante do aparecimento de relações sociais marcadas pelo pluralismo político-social; c) na formação de centros de poder alternativos, que tomam decisões sem passar pelas estruturas estatais; d) no reconhecimento de direitos humanos fundamentais, que implicam o respeito e promoção por todos, impondo o seu respeito, como critério de legitimidade, por parte do próprio Estado. MORAIS, José Luis Bolzan de, As crises ..., op. cit., p. 16.

Parece-nos que a crise dos Estados nacionais é mais ou menos profunda de acordo com a posição de força que os Estados representam no contexto internacional. De acordo com seu maior ou menor peso (econômico, político, militar), a crise pode ser mais profunda ou mais epidérmica.⁶³

Portanto, a percepção global desse fenômeno é importantíssima para a busca das soluções aos problemas que se apresentam. Aliás, não podemos perder de vista que a própria noção de Estado nacional ainda é importante para o próprio movimento neoliberal, tanto que uma das bases do chamado “Consenso de Washington” é justamente, como afirma Faria, a “... ampliação da segurança patrimonial, por meio do fortalecimento do direito à propriedade”⁶⁴. Ora como isso vai se dar sem que o Estado nacional o faça? Logo, embora em crise, permanece, para os propósitos da globalização neoliberal, o papel dos Estados nacionais, mas agora voltados, primordialmente, a defender as pautas da globalização neoliberal. Além disso, cabe salientar que os Estados nacionais já não se apresentam como titulares únicos do poder.

Com a globalização neoliberal há um aumento enorme de complexidade para a estruturação e entendimento do fenômeno do poder geral (entendido até recentemente como poder público), tanto que Capella afirma que somente é possível se entender a nova configuração do poder a partir de metáforas, como a de “campo de forças”, pois não existe um único agente causal das decisões, mas, sim, a interação de várias determinações para a tomada das decisões. Afirma o autor:

⁶³ Aliás, sobre isso, interessante é lembrar a posição de John Kenneth Galbraith, segundo o qual a globalização não é um conceito sério, pois, inventado pelos Estados Unidos, apenas serve para dissimular a entrada econômica dos EUA em outros países. Este enfoque parece que não pode ser desconsiderado. Apud LIMA, Rogério Medeiros Garcia de. Aplicação do código de defesa do consumidor. Biblioteca de Direito do Consumidor – 23. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 35. Em outro enfoque, Fernandes afirma ainda a prevalência da noção de territorialidade, de acordo com a força de cada Estado Nacional, no panorama da globalização. Falando sobre as empresas transnacionais, mostra sua vinculação estreita com os Estados Nacionais mais fortes. Afirma o autor: “Mais de 85% de sua atividade tecnológica é concentrada em bases nacionais. No caso das grandes empresas norte-americanas, nada menos de 98% das cadeiras nos conselhos de administração são ocupadas por cidadãos norte-americanos. O que estes dados indicam é que o controle e as atividades estratégicas das empresas multinacionais continuam fortemente “territorializadas” (e, como veremos adiante, absolutamente entrelaçadas com a política internacional dos seus Estados de origem)”. FERNANDES, Luis. As armadilhas da globalização. “In” Globalização, neoliberalismo, privatizações – Quem decide este jogo? Raul K. M. Carrion e Paulo G. Fagundes Vizontini. Segunda edição. Porto Alegre: Editora da Universidade/UFRGS, 1998, p. 16-17.

⁶⁴ FARIA, José Eduardo. *Democracia e governabilidade: os Direitos humanos à luz da globalização econômica*. “In” Direito e globalização econômica – Implicações e perspectivas. José Eduardo Faria Organizador. 1. ed. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 148.

O poder “político” modificou sua estrutura profunda com a *grande transformação*; pela primeira vez a partir do nascimento da modernidade não pôde ser descrito em termos de soberania e legitimidade simples. O *campo de poder* contemporâneo – se sustentará aqui – está constituído pela *inter-relação* de um *soberano privado supra-estatal difuso* e – posto que se mantém a base territorial de assentamento do poder – um “estado permeável” ou umas “associações estatais” permeáveis, abertas ou porosas (como pode ser a União Européia). Analogamente, deixa de ser certo que o sistema de legitimação reconhecido no relato político aceito – nas metrópoles ocidentais, o relato democrático-representativo – seja o único operante: o *campo de poder* admite a co-presença de distintos sistemas de legitimação.⁶⁵

Capella denomina de “soberano privado supra-estatal difuso” ao titular de um poder que é supra-estatal e que produz efeitos de natureza pública ou política, impondo aos Estados nacionais determinadas políticas (neoliberais) e o trespasse de decisões capitais da esfera pública para a privada. Esse “soberano privado” é composto pelas grandes companhias transnacionais, pelos conglomerados financeiros, impondo-se por meio das instâncias convencionais inter-estatais (G-7, Banco Mundial, Fundo Monetário Internacional, Organização Mundial do Comércio) e da criação de Direito pela *lex mercatoria*. Todavia, salienta, esse “soberano privado difuso” não é um poder totalmente independente, mas se inter-relaciona com o que o autor chama de “estados permeáveis”, ambos integrando o chamado “campo de poder”. Portanto, as decisões do poder privado têm efeitos públicos justamente pela determinação das políticas estatais, pois o poder privado não é capaz de impor sozinho suas decisões, cabendo aos poderes dos estados-permeáveis subalternos implementá-las.⁶⁶

Toda essa reestruturação do fenômeno do poder e da economia em nível global torna possível que se constatem alguns efeitos, tais como macroeconomia globalizada e financeirizada; globalização dos meios de comunicação e da mão-de-obra; perda da soberania nacional (proporcional à força econômica, política e militar de cada Estado nacional) e a reestruturação do sistema produtivo. Para o mundo do trabalho a incidência desses fenômenos tem acarretado mudanças radicais.

⁶⁵ CAPELLA, Juan Ramón, op. cit., p. 255.

⁶⁶ Idem, ibidem, p. 257-259. Aliás, há algum tempo Galbraith já afirmava: “A instituição que mais influi em nossas vidas é a que menos compreendemos ou, melhor dizendo, a que mais nos esforçamos por não entender. É a grande e moderna multinacional. De semana a semana, mês a mês, ano a ano, ela exerce uma influência cada vez maior sobre o nosso ganha-pão e modo de vida do que os sindicatos, as universidades, os políticos, o próprio governo.” GALBRAITH, John Kenneth. A era da incerteza. 6. ed. São Paulo: Pioneira, 1984, p. 259.

A reestruturação produtiva, com a passagem de um sistema produtivo de tipo taylorista/fordista⁶⁷ para o toyotista, e a revolução tecnológica, combinadas com a retirada de proteção social por parte do Estado, têm provocado desemprego, precarização e a diminuição drástica da qualidade de vida de imensos contingentes humanos⁶⁸. Além disso, percebe-se um aprofundamento da violação e (so)negação não só dos direitos sociais, mas da própria dignidade pessoal dos trabalhadores, desconsiderados como pessoas integrais. No mundo do trabalho, nas relações de trabalho, a conseqüência de tudo isso é o surgimento do que se chama de “flexibilização”⁶⁹, com nítido caráter neoliberal.

A flexibilização das relações trabalhistas, conforme já explicitado, é uma das receitas neoliberais. Pretensamente, afirma que a diminuição da proteção trabalhista visa a aumentar o investimento, o emprego e a competitividade das empresas⁷⁰. Com isso, propõe uma profunda “individualização” das relações de trabalho até o limite do politicamente possível, pregando a não intervenção estatal nas relações individuais de trabalho, ou seja, postulando um afrouxamento da proteção estatal. Com isso, as relações individuais de trabalho voltam a se aproximar das relações civis, um retorno ao período anterior ao nascimento do Direito do Trabalho. Já as relações coletivas (travadas entre sindicatos de empregados e sindicatos de empregadores ou empresas) devem ser limitadas pelo Estado para impedir “práticas

⁶⁷ O modo produtivo capitalista denominado “fordista” é entendido por Antunes “fundamentalmente como a forma pela qual a indústria e o processo de trabalho consolidaram-se ao longo deste século, cujos elementos constitutivos básicos eram dados pela produção em massa, através da linha de montagem e de produtos mais homogêneos; através do controle dos tempos e movimentos pelo cronômetro taylorista e da produção em série fordista; pela existência do trabalho parcelar e pela fragmentação das funções; pela separação entre *elaboração e execução* no processo de trabalho; pela existência de unidades fabris concentradas e verticalizadas e pela constituição/consolidação do *operário-massa*, do trabalhador coletivo fabril, entre outras dimensões”. Configura-se, portanto, por um “forte despotismo e controle fabril” do trabalho. ANTUNES, Ricardo. Adeus ao trabalho? Ensaio sobre as metamorfoses e a centralidade do mundo do trabalho. 9. ed. Campinas: Cortez, 2003, p. 25 e 191.

⁶⁸ Dados da OIT do ano de 2005 demonstram que 180 milhões de pessoas estão em situação de desemprego aberto (procuram emprego mas não acham), sendo mais de um terço jovens entre 15 e 24 anos. Por outro lado, um terço da mão-de-obra no mundo está desempregada ou subempregada, havendo um grande aumento da economia informal, aumentando o subemprego e resultando em queda de produtividade e remuneração. Os dados podem ser conferidos no endereço eletrônico www.oitbrasil.org.br, consulta feita em 03 de março de 2006.

⁶⁹ As denominações “flexibilização” ou “flexibilidade” são utilizadas em sentido geral, ou seja, abarcando uma série de manifestações diferenciadas. Como afirma Uriarte, em geral, “sob a denominação genérica de flexibilidade tende-se a incluir dois conceitos diferentes. De um lado, sobretudo na doutrina européia, reserva-se a palavra “desregulamentação” para se referir à flexibilização unilateral, imposta pelo Estado ou pelo empregador, diminuindo ou eliminando benefícios trabalhistas, sem real participação da vontade do trabalhador e sem contrapartida ou sem contrapartida determinada e exigível. Por outro lado, essa mesma doutrina reserva o termo “flexibilização” para identificar a adaptação autônoma, negociada e condicionada, quer dizer, em troca de determinadas e exigíveis contraprestações e não em troca de uma mera expectativa.” URIARTE, Oscar Ermida, *A flexibilidade*, op. cit., p. 17.

⁷⁰ URIARTE, Oscar Ermida. *A flexibilidade*, op. cit., p. 9.

monopolistas” que impedem o livre jogo da oferta e da procura.⁷¹ Como se percebe, aumenta-se o poder das empresas e diminui-se ao máximo possível a proteção dos trabalhadores, flexibilizando-se o trabalho e protegendo-se o capital.⁷²

Vamos tentar esclarecer, minimamente, nossas afirmações sobre esses fenômenos.

O toyotismo é uma inovação na administração do processo produtivo⁷³ (reengenharia da empresa enxuta) introduzida, por volta dos anos de 1930, por Talichi Ohno, engenheiro que trabalhava nas fábricas têxteis da família Toyoda, a qual, a partir de 1947, foi empregada no setor automotivo (Toyota) e difundida mundialmente. Funciona na base de inovações como o *jus-in-time*, ocupando cada trabalhador ao máximo, trabalho em grupos, flexibilidade, polivalência, sub-contratação e outras mais.

No toyotismo, como já assinalado, o trabalho é prestado em grupos, com trabalhadores polivalentes no exercício de funções diversas. Os grupos têm objetivos a cumprir, mas os meios fornecidos para o alcance das metas são inferiores ao que seria normalmente utilizado, o que impõe o extermínio dos “tempos mortos” de trabalho, aqueles nos quais o trabalhador está ocioso durante o trabalho. É um sistema permanente, pois a cada vez que os objetivos são alcançados, após a chefia felicitar os trabalhadores por sua competência, os meios disponíveis para alcançar os objetivos são reduzidos, impondo um maior esforço para o alcance das metas (sistema chamado pelos trabalhadores japoneses de “Oh! No!”, ou seja, “Oh! Não!”). Assim, significa a “administração por estresse”⁷⁴. Além disso, a produção é vinculada à demanda, sendo bastante heterogênea para atender a um mercado mutável e constantemente incentivado

⁷¹ Idem, *ibidem*, p. 19-20.

⁷² Giovanni Alves é enfático ao afirmar que a flexibilidade da força de trabalho é uma estratégia para uma maior acumulação do capital: “...a categoria de flexibilidade possui uma ineliminável dimensão política – ela apenas robustece o poder do capital (contra a sua parte antagônica, o trabalho assalariado). Ela não atinge as prerrogativas “rígidas” do capital, tendo em vista que é ele quem decide ainda o que produzir e onde alocar os recursos. Até mesmo, sob a Terceira Revolução Tecnológica, com as novas tecnologias da telemática, a capacidade de centralização do capital torna-se maior. Por outro lado, a função social do trabalho assalariado continua restrita e parcial, apesar da polivalência operária, proclamada pelos novos experimentos da produção capitalista de cariz flexível, tais como o toyotismo, o trabalhador assalariado continua sendo, em sua essência, um “indivíduo parcial, mero fragmento humano que repete sempre uma operação parcial (Marx), apesar do “enriquecimento de tarefas” (Aglietta), ou da “desespecialização” (Coriat). ALVES, Giovanni. O novo (e precário) mundo do trabalho – Reestruturação produtiva e crise do sindicalismo. São Paulo: Boitempo, 2000, p. 24.

⁷³ Giovanni Alves afirma: “Para nós, o toyotismo não é considerado um novo modo de regulação do capitalismo, no estilo da Escola da Regulação (tal como fizeram, por exemplo, com o conceito de fordismo); o potencial heurístico do conceito de toyotismo é limitado à compreensão do surgimento de uma nova lógica de produção de mercadorias, novos princípios de administração da produção capitalista, de gestão da força de trabalho, cujo valor universal é constituir uma nova hegemonia do capital na produção, por meio da captura da subjetividade operária pela lógica do capital”. ALVES, Giovanni, O novo (e precário) mundo do trabalho, *op. cit.*, p. 31.

⁷⁴ GOUNET, Thomas. Fim do trabalho, fim do emprego? “In” A crise do capitalismo globalizado na virada do milênio. Raul K. M. Carrion e Paulo Fagundes Vizentini (Organizadores). Porto Alegre: Editora da Universidade/UFRGS, 2000, p. 102-103.

a “novas necessidades” de consumo; há, ainda, uma horizontalização do processo produtivo, com a terceirização de várias etapas produtivas (tanto é assim que, na fábrica fordista, 75% do seu produto era fabricado em seu interior e, na fábrica toyotista, apenas 25%).⁷⁵

De outro lado, o avanço tecnológico (telemática, informática etc) possibilita essa fragmentação da produção sem perda do controle efetivo sobre a mesma, conduzindo a que as empresas se organizem em redes, com uma grande quantidade de pequenas e médias empresas que se ligam com as empresas principais, formando complexos relacionais. Assim, contraditoriamente, embora haja a fragmentação da produção, existe uma cada vez maior concentração e centralização do capital.⁷⁶

As conseqüências da implementação desse sistema, impulsionado pela globalização neoliberal, segundo Antunes, tem provocado uma série de conseqüências drásticas no mundo do trabalho, tais como: a) a crescente diminuição do proletariado fabril estável; b) incremento acentuado de um novo proletariado, que é o sub-proletariado fabril e de serviços, marcado pelo trabalho precarizado (terceirizados, trabalho a tempo parcial, informais); c) aumento significativo do trabalho feminino, com maior índice nos trabalhos precarizados e informais; d) incremento de assalariados médios e de serviços; e) exclusão de jovens e de idosos do mercado de trabalho; f) inclusão precoce e criminosa de crianças no mercado de trabalho, principalmente nos países de industrialização intermédia e subordinada e, ainda, g) a expansão daquilo que Marx chamava de “trabalho social combinado”, no qual trabalhadores do mundo inteiro participam do processo de produção e de serviços.⁷⁷

Sustenta o autor que o que observamos é uma fragmentação, heteroginização e complexificação daqueles que vivem do trabalho, demonstrando não a sua eliminação, mas a precarização das condições de trabalho e a sua utilização ainda mais intensa, aumentando a exploração do trabalho e a dominação do capital.⁷⁸

Tudo isso implica, portanto, uma subordinação ainda maior do trabalho perante o capital, aumentando, principalmente nos países subdesenvolvidos, o fosso entre incluídos e

⁷⁵ ANTUNES, Ricardo. *Adeus ao trabalho? ...*, op. cit., p. 181-182.

⁷⁶ ALVES, Giovanni, O novo (e precário) mundo do trabalho, op. cit., p. 57. Castelo, que, ao analisar o impacto dos novos sistemas de produção e as novas tecnologias no mundo do trabalho, afirma: “Pela primeira vez na história da humanidade, a aceleração e difusão dos sistemas de transportes de mercadorias e no sistema de informações tornou possível organizar a produção e não apenas o comércio, em escala transnacional. “No fim do século XX e graças ao avanço da ciência, produziu-se um sistema de técnicas presidido pelas técnicas da informação que passaram a exercer um papel de elo entre as demais, unindo-as e assegurando ao novo sistema técnico uma presença planetária.”” CASTELO, Jorge Pinheiro. O Direito do Trabalho no século novo. Revista Jurídica Consulex – ano. IV, no. 48. São Paulo: Brasília, 2000, p. 1-2.

⁷⁷ ANTUNES, Ricardo. *Adeus ao trabalho?....*, op. cit., p. 182 e 183.

⁷⁸ Idem, *ibidem*, p. 183.

excluídos do “mercado”, apresentando-se, ainda, um aumento significativo do trabalho forçado.⁷⁹

Como percebemos, ocorrem mudanças radicais no mundo do trabalho, o que, todavia, não parecem caminhar no sentido de sua extinção. Lembramos o que afirma Antunes na contramão de muitos que falam da extinção do trabalho ou da perda de sua centralidade:

Em verdade, o sistema de metabolismo social do capital necessita cada vez menos de trabalho estável e cada vez mais de trabalho parcial – *part-time* -, terceirizado, precarizado, dos trabalhadores hifenizados de que falou Huw Beynon, da *classe-que-vive-do-trabalho* de que falei em *Adeus ao trabalho?* e que se encontra em explosiva expansão em todo o mundo produtivo e de serviços. Como o capital pode reduzir muito, mas não pode eliminar completamente o trabalho vivo do processo de criação de mercadorias, sejam elas materiais ou imateriais, ele deve, além de incrementar sem limites o trabalho morto corporificado no maquinário tecnocientífico, aumentar a produtividade do trabalho de modo a intensificar as formas de extração do sobretrabalho (de mais-valia) em tempo cada vez mais reduzido.⁸⁰

⁷⁹ Um levantamento realizado pela ONU em 2005 constatou uma realidade: “a globalização faz mal aos pobres e acentua as desigualdades entre povos e pessoas”. O relatório da ONU aponta que 15% da população mundial se beneficia de 80% da produção mundial; assim, os 20% mais ricos respondem por 85% do consumo mundial, ao passo que os 20% mais pobres não conseguem consumir 1% do que é produzido. A ONU conclui que a globalização não tem sido controlada, apontando três principais causas diretas do problema: a) concentração crescente da renda planetária e estagnação dos níveis de pobreza em patamares inaceitáveis; b) deterioração das regras de funcionamento e proteção do mercado de trabalho; c) a forma como se tem dado a liberalização comercial e financeira. Sobre a questão do mercado de trabalho, o Relatório afirma que as desregulamentações e flexibilizações do mercado de trabalho contribuem fortemente para o aumento da desigualdade, causando erosão salarial, redução de postos de trabalho e uma epidemia de informalidade e precariedade. Exemplos disso são a América Latina, onde 50% da população ativa está na informalidade, e a África, onde 80% da população ativa está na informalidade. KUPLER, José Paulo. A globalização faz mal aos pobres. Endereço Eletrônico <http://nominimo.ibest.com.br>, consultado em 01 de setembro de 2005. Dados recentes da OIT (2005) demonstram que as estimativas globais demonstram a existência de 12,3 milhões de pessoas vítimas de trabalho forçado no mundo, 9,8 milhões são explorados por agentes privados e 2,5 milhões são forçados a trabalhar para o Estado ou por grupos rebeldes militares. O trabalho forçado está assim distribuído: 360.000 estão na Europa e EUA; 9.490.000 na Ásia e Pacífico; 1.320.000 na América Latina; 260.000 no Oriente Médio e Norte da África; 210.000 em países considerados em transição e 660.000 na África Sub-Sahariana. Como se percebe, a maior quantidade de trabalho forçado concentra-se nos países pobres. Esses dados podem ser conferidos no endereço eletrônico www.oitbrasil.org.br, consulta em 03 de março de 2006. Quanto ao Brasil, especificamente, chamam a atenção os dados que demonstram o aumento do trabalho escravo. A Comissão Pastoral da Terra (CPT) apurou que entre 1973 e 1995 foram identificados 85 mil casos de trabalhadores escravos em todo o País, com uma média de 3,7 mil ocorrências ao ano. Em 2001, a CPT encontrou o trabalho forçado em 45 fazendas, envolvendo 2.416 trabalhadores, sendo 61 crianças e adolescentes. Já em 2002, foram registrados até o momento 5.391 (63 crianças e adolescentes) trabalhadores escravos em 127 fazendas. Essas informações podem ser conferidas no Endereço Eletrônico www.cpt.org.br, consultado em 03 de fevereiro de 2006.

⁸⁰ ANTUNES, Ricardo. O caracol e a sua concha – Ensaios sobre a nova morfologia do trabalho. São Paulo: Boitempo, 2005, p. 27. Em sentido oposto, mas com enfoques diversos entre si, ver DE MASI, Domenico. O futuro do trabalho – Fadiga e ócio na sociedade pós-industrial. Rio de Janeiro: UNB, 1999; RIFKIN, Jeremy. O fim dos empregos. São Paulo: M. Books, 20004 e BRIDGES, William. Um mundo sem empregos – job shift – os desafios da sociedade pós-industrial. São Paulo: Makron Books, 1995.

Diante de tudo isso, cabe, ainda, centrar fogo na análise do desemprego, cuja diminuição é um dos “atrativos retóricos” da flexibilização. Essa é uma questão paradoxal, pois a globalização neoliberal, apoiada no toyotismo e nas novas tecnologias, causa desemprego e, por outro lado, a globalização neoliberal propõe como solução para o desemprego a flexibilização das relações de trabalho, que tem demonstrado causar ainda mais precariedade e desemprego. Assim, os trabalhadores enfrentam uma situação bastante difícil, pois as políticas neoliberais flexibilizantes possibilitam o direcionamento de toda a evolução tecnológica no sentido da diminuição drástica dos postos de trabalho, enfraquecendo a posição dos trabalhadores e de seus sindicatos. Como afirma Capella, as “políticas neoliberais fazem possível orientar a informática em direção à minoração do trabalho”.⁸¹

Além disso, as novas tecnologias, combinadas com a postura imposta pela política neoliberal, que postula e acaba por impor a quebra das barreiras estatais, possibilitam o chamado *dumping social*, pois as mega-corporações podem escolher seletivamente onde irão produzir, levando em conta, entre outros fatores, as leis fiscais, ambientais e os direitos trabalhistas reconhecidos em determinados Estados nacionais. Assim, há uma seletividade excludente das ordens jurídicas estatais que são mais sensíveis à proteção dos trabalhadores.

Entretanto, a questão do desemprego é ainda mais complexa.

Se, por um lado, constatamos o desemprego estrutural que alcança os trabalhadores da indústria mesmo nos países de Primeiro Mundo, por outro, existe um aumento bastante elevado do emprego, embora muitas vezes precário, no setor de serviços⁸². Além disso, o desemprego alcança os Estados Nacionais de forma bastante diversa. Se, por um lado, o desemprego aumenta em alguns países europeus⁸³, nos EUA existem dados que demonstram que o conjunto de assalariados, que era de 75,66% da população ativa em 1948, passou para 87,9% em 1998.⁸⁴

Observamos, ainda, que também os investimentos tecnológicos não causam, necessariamente, desemprego. Dados da Organização Internacional do Trabalho demonstram que, em 1979, o mundo tinha 45 milhões de desempregados e o G-7 (grupo dos sete países mais ricos) respondia por 33% desse número. Já em 2002, o número de desempregados atingia 160 milhões no mundo e o G-7 respondia apenas por 12% desse total, ou seja, o

⁸¹ CAPELLA, Juan Ramón, op. cit., p. 245. No caso brasileiro, por exemplo, isso ocorre em franco contraste com a Constituição Federal de 1988, que em seu art. 7º, XXVII, prevê a proteção dos trabalhadores em face da automação na forma da lei, lei esta, todavia, até hoje não editada.

⁸² ANTUNES, Ricardo. *Adeus ao trabalho?...*, op. cit., p. 49.

⁸³ ROMAGNOLI, Umberto. *El derecho, el trabajo y la historia*. Madrid: CES, 1996, p. 165.

⁸⁴ GOUNET, Thomas. *Fim do trabalho, fim do emprego?*, op. cit., p. 101.

desemprego concentrou-se cada vez mais nos países pobres, que não têm condições de investir pesadamente em tecnologia.⁸⁵

Concluimos, portanto, sobre a existência de um aumento brutal do desemprego principalmente nos Estados menos desenvolvidos e que têm menor capacidade de investimento. Dessa forma, a questão do emprego está diretamente ligada, como afirma Pochman, à capacidade de inserção de cada país na economia internacional, no mercado internacional. Tanto é assim que o autor salienta a expansão em números absolutos do emprego industrial em países como EUA, Japão e Canadá nos últimos 24 anos, ficando claro, portanto, que a questão do emprego também é política⁸⁶. Assim, devem ser afastadas visões simplistas do fenômeno do desemprego.

Outra questão a ser considerada é se a flexibilização dos direitos dos trabalhadores tem conseguido, conforme o discurso neoliberal, aumentar o número de postos de trabalho. E aí, o que os dados demonstram é o fracasso das políticas flexibilizantes na geração de emprego.

⁸⁵ POCHMANN, Márcio. *Financeirização, concentração de renda e desemprego*. Como valorizar o trabalho? Revista Princípios. São Paulo: Anita Garibaldi, novembro de 2005, p. 31.

⁸⁶ POCHMANN, Márcio, *As trajetórias do trabalho...*, op. cit., p. 127-128. Aliás, o mesmo Pochmann, em entrevista concedida ao Diário Vermelho de 08/02/2006, perguntado sobre a situação do mundo do trabalho no Brasil, no qual os dados recentes demonstram desemprego em torno de 10% e informalidade em torno de 25% da população ativa, afirmou: “Há algumas interpretações da desestruturação do mundo do trabalho. Uma delas sustenta que foi decorrente das grandes transformações tecnológicas. O avanço causaria o desemprego, que deveria estar associado ao aumento da produtividade. Com isso, não haveria do que reclamar, já que cresceríamos tecnologicamente. Seria o custo do progresso. Para outra interpretação, as empresas estariam ávidas a contratar mais trabalhadores, que não estariam preparados para ocupar as vagas oferecidas. As duas explicações tiram a responsabilidade da política econômica e dos governos pelo desemprego. Foram levadas a exaustão e perderam a validade. Não somos um país condenado ao desemprego nem à exclusão social, que resultam das opções dos governos. A Pnad de 2004 mostrou que quando há crescimento econômico, amplia-se o nível de emprego, inclusive assalariado com carteira assinada, o melhor emprego gerado pelo capitalismo brasileiro.” POCHMANN, Márcio. País é prisioneiro da elite nacional. Endereço eletrônico www.vermelho.org.br, p. 2.

Süssekind aponta um dado bastante significativo sobre essa questão no Brasil. Em 1980 o Brasil tinha em torno de 964.000 desempregados, número que se elevou, em 2000, para 11.474.000 desempregados. Com base nesses dados, não se pode esquecer que a década de 1980 é considerada a década perdida e que toda a década de 1990 foi marcada por políticas neo-liberais e de flexibilização das leis trabalhistas brasileiras, não raras vezes com graves suspeitas de inconstitucionalidade.⁸⁷

Por seu turno, Uriarte analisa, além do Brasil, os casos da Argentina, Uruguai, Chile, Equador, Peru, Colômbia e Espanha, onde se comprova que a adoção de medidas flexibilizadoras da legislação trabalhista acabou resultando em maior desemprego⁸⁸. O mesmo fato é apontado por Baylos com relação à Espanha. Segundo o autor, as reformas trabalhistas realizadas na década de 1980 na Europa apontavam que a legislação trabalhista rígida dificultava a criação de empregos. Assim, a Espanha adotou uma série de medidas flexibilizantes que resultaram em maior desemprego, o que levou ao abandono de muitas delas.⁸⁹

Castelo também adverte que nos países centrais já se demonstra alguma reviravolta com relação à questão da flexibilização dos direitos trabalhistas, o que se pode constatar na Alemanha com a jurisprudência que reconhece a equiparação em direitos entre os empregados a tempo parcial e os demais empregados, bem como por meio de leis, como a lei francesa que diminuiu a jornada de trabalho e que resultou em aumento do número de vagas. Além disso, salienta o autor que devemos estar atentos ao que afirma Hobsbawm, o qual, ironicamente, lembra a diferença entre flexibilizar em países centrais e em países como o Brasil, dizendo:

⁸⁷ SÜSSEKIND, Arnaldo. Íntegra da palestra proferida no Fórum Internacional do Tribunal Superior do Trabalho sobre flexibilização do Direito do Trabalho. Endereço eletrônico www.tst.gov.br, 08/04/2003, p. 3. No tocante às medidas legislativas flexibilizantes, podem ser citadas como exemplos as adotadas ao longo da década de 1990, como a alteração do §2º. do art. 59 da CLT, prevendo a compensação anual da jornada de trabalho, também conhecido como “banco de horas”; a previsão pelo art. 58-A da CLT do trabalho em regime parcial, com diminuição do período de férias e do percentual do FGTS; a Lei no. 9.601/98 que aumentou a possibilidade de contratos por prazo determinado; a previsão do art. 476-A da CLT, que permite a suspensão do contrato de trabalho sem ônus para o empregador, para fins de capacitação do empregado com dinheiro do FAT (Fundo de Amparo ao Trabalhador); o parágrafo único do art. 442 da CLT sobre cooperativas de trabalho, que tem possibilitado uma ampla gama de fraudes trabalhistas. Cite-se, ainda, sobre medidas flexibilizantes tomadas pela jurisprudência, apenas como exemplos, a posição adotada pelo TST na Súmula 331, que abriu o leque para a terceirização em comparação com o antigo Enunciado no. 256, bem como a Súmula 349, que permitiu a diminuição da proteção à saúde do trabalhador por negociação coletiva. Por fim, cabe citar, ainda, o projeto de lei no. 5483/2001, retirado do Congresso em 2003, que previa a alteração do art. 618 da CLT, permitindo que o negociado prevalecesse sobre o legislado. Na crítica a este projeto de lei ver RIBAS, Nelson Julio Martini. Direito do trabalho e negociação coletiva: crítica ao projeto de lei no. 5.483/01, que altera o art. 618 da CLT. “In” Reflexões sobre direito do trabalho e flexibilização. José Mello de Freitas Organizador. Passo Fundo: UPF, 2003, p. 105.

⁸⁸ URIARTE, Oscar Ermida. *Flexibilização no Direito do Trabalho – A experiência latino-americana*. Endereço eletrônico www.tst.gov.br, 06 de fevereiro de 2006, p. 1-2 e Flexibilidade, op. cit., p. 56-58.

⁸⁹ BAYLOS, Antonio. *Direito do Trabalho e democracia*. Endereço eletrônico www.tst.gov.br, 20/10/2004, p. 1.

Nos países desenvolvidos, os seres humanos já não vivem sob o signo da carência, e podem escolher entre as coisas que desejam, em vez de terem de escolher entre não ter o suficiente para comer e não ter um teto para se abrigar. Eles não precisam mais se preocupar com o pão de cada dia, e têm apenas de decidir se querem seus sanduíches com pão italiano ou croissant, presunto cru ou cozido e tomates secos ou frescos..⁹⁰

De tudo isso podemos concluir que o discurso neoliberal que prega a flexibilização dos direitos trabalhistas não tem conseguido demonstrar sequer sua sustentação econômica no sentido de geração de empregos, isso para não se falar do desprezo das políticas neoliberais pelos aspectos ético-jurídicos ligados à questão dos direitos humanos fundamentais.

Na verdade, como bem frisa Uriarte, o Direito do Trabalho não é o responsável pelo desemprego nem a flexibilização é o remédio para tal mal, e isso se dá, inclusive, em razão do próprio custo do trabalho que nos países latino-americanos é, em média, de 10% do valor final de venda dos produtos e serviços. E conclui:

O fato é que o verdadeiro problema do emprego não é o Direito do Trabalho nem o sistema de relações de trabalho, cuja incidência no emprego é muito relativa. O verdadeiro problema é um sistema econômico que destrói mais do que gera postos de trabalho. A substituição da mão-de-obra por tecnologia, a possibilidade técnica de produzir com menos mão-de-obra, mais a conveniência economicista de manter um desemprego funcional são os reais problemas. E a solução não está no Direito do Trabalho, mas fora, porque o problema em si está fora. A solução não pode ser uma progressiva degradação das condições de trabalho, porque seria suicida e porque, além disso, nenhum empregador contrata trabalhador que não precisa, só porque é mais “barato”, e nenhum empregador deixa de contratar trabalhador de que precisa porque é um pouco mais “caro”.⁹¹

⁹⁰ CASTELO, Jorge Pinheiro. O Direito do Trabalho no século novo. *Revista Jurídica Consulex* – ano. IV, n°. 48. São Paulo: Brasília, 2000, p. 9.

⁹¹ URIARTE, Oscar Ermida. *Flexibilidade*, op. cit., p. 55, 56 e 59. Essa conclusão é reforçada pelos dados que demonstram que a questão do emprego tem uma ligação muito mais direta com o desenvolvimento econômico do que com políticas flexibilizantes. Tanto é assim, que dados da OIT demonstram um ligeiro aumento do número de empregos e da renda dos trabalhadores na América Latina, no ano de 2005, justamente em virtude de um crescimento econômico mais sólido. Conferir no endereço eletrônico www.oitbrasil.org.br, consulta realizada em 03 de março de 2006. Sobre a questão do “preço” do trabalho, Castelo demonstra o baixo custo da mão de obra no Brasil. Em dólares, em dados de 1998, o custo médio da mão-de-obra por hora de trabalho na Alemanha é de 24,87; na Noruega 21,90; no Japão 16,40; nos EUA 16,26; na França 15,38; em Taiwan 5,12; na Coreia do Sul 4,93; em Hong Kong 4,21 e, no Brasil, de apenas 2,68. Demonstra, ainda, que, mesmo com os chamados “encargos sociais”, o custo do trabalho no Brasil é infinitamente mais baixo. Além disso, enquanto um trabalhador americano precisa de 5 horas e meia para encher o tanque do carro, um trabalhador brasileiro precisa de três dias de trabalho. CASTELO, Jorge Pinheiro, O Direito do Trabalho, op. cit., p. 7-8.

Por tudo isso, podemos afirmar que a flexibilização neoliberal importa na precarização das relações de trabalho, tudo em nome do que se convencionou chamar de “modernização” e “competitividade” que, na verdade, mal conseguem esconder os seus reais intentos, ligados, principalmente, com uma maior concentração de capital.⁹²

Na verdade, o que se busca é a prevalência dos velhos princípios econômicos liberais (basicamente a defesa da propriedade e do contrato) disfarçados sob a rotulagem “neo”, na tentativa de afastar quaisquer empecilhos que representem algum tipo de regulamentação, instaurando, como tem dito Uriarte, uma “nova questão social”. Quanto a isso Capella afirma:

O impacto das políticas desreguladoras sobre o emprego redundava em um reforçado disciplinamento laboral. A capacidade de coerção econômica do empresariado se fortaleceu notavelmente (para consolo da Comissão Trilateral). Isso lança por terra outras conquistas dos trabalhadores do período anterior, relativas à segurança no trabalho, à higiene e sobretudo à dignidade pessoal. Em condições precárias se faz difícil e inclusive arriscado protestar para defender os próprios direitos legalmente reconhecidos (sobretudo quando o trabalhador ocupado tem sob sua responsabilidade outras pessoas, ou em situações de enfermidade, etc.).⁹³

Ora, com a globalização neoliberal tudo é instantâneo e descartável, e o que é rápido, simples e fácil é consumido pelo mundo todo com uma voracidade nunca antes vista. Nesse sentido, Maria Regina Gomes Redinha afirma que há uma síndrome de insegurança, incerteza e efemeridade, a qual não é privativa das relações de trabalho ou dos mecanismos da economia da impermanência, mas que se estende, igualmente, às esferas das relações pessoais e familiares, fruto da subjugação à mudança que caracteriza a contemporaneidade.⁹⁴

Ocorre que a flexibilização acaba por atingir diretamente os trabalhadores e a maioria da população mundial, principalmente nos países da periferia, que sequer experimentaram as

⁹² Conforme assevera Eric Hobsbawm, a ideologia neoliberal “baseia-se no pressuposto de que a liberalização do mercado otimiza o crescimento e a riqueza do mundo, e leva à melhor distribuição desse incremento. Toda tentativa de controlar e regulamentar o mercado deve, portanto, apresentar resultados negativos, pois restringe a acumulação de lucros sobre o capital, e, portanto, impede a maximização da taxa de crescimento.” Todavia, continua: “ninguém nunca conseguiu justificar de maneira satisfatória essa concepção”. ... “Para os profetas de um mercado livre e global, tudo o que importa é a soma da riqueza produzida e o crescimento econômico, sem qualquer referência ao modo como tal riqueza é distribuída.” Apud CASTELO, Jorge Pinheiro. O Direito do Trabalho...op. cit., p. 2.

⁹³ CAPELLA, Juan Ramón, op. cit., p. 249.

⁹⁴ Apud DALLEGRAVE NETO. José Affonso Dallegrave, Inovações, op. cit., p. 25. Aliás, Bauman também constata a incerteza que marca o mundo do trabalho. Afirma que “flexibilidade” é “o slogan do dia, e quando aplicado ao mercado de trabalho augura um fim do “emprego como o conhecermos”, anunciando em seu lugar o advento do trabalho por contratos de curto prazo, ou sem contratos, posições sem cobertura previdenciária, mas com cláusulas “até nova ordem”. A vida de trabalho está saturada de incertezas.” BAUMAN, Zygmunt. Modernidade líquida. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001, p. 169.

benesses do Estado de Bem Estar Social, pois concentra renda e joga milhões de pessoas em condições que agridem os direitos humanos mais elementares. Como sustenta Jucá, o modo de produção na “sociedade pós-industrial” estabelece uma cultura baseada na velocidade e na obsolescência, marcada pelas idéias de instantaneidade e descartabilidade, que são incorporadas ao processo produtivo e ao sistema econômico e social. Com isso, acaba provocando uma enorme e brutal exclusão humana, com grandes legiões sendo atingidas pelo desemprego estrutural e conjuntural.⁹⁵

Com efeito, se mesmo em países desenvolvidos, onde as condições econômicas e sociais são de todo diferenciadas dos países periféricos, como o Brasil, são constatadas graves repercussões sociais em virtude das políticas neoliberais, imaginem-se tais repercussões naqueles que sequer alcançaram um patamar mínimo de civilização para todos os seus habitantes.

Além disso, existe um outro grave problema que tem abalado as relações de trabalho, ou seja, a desconsideração do trabalhador como sujeito integral, como pessoa humana dotada de direitos humanos fundamentais que devem ser entendidos em sua indivisibilidade, direitos de que o trabalhador não abre mão ao se tornar sujeito de uma relação de emprego, direitos que não podem ficar “na porta da fábrica” esperando o término da jornada de trabalho. Esse problema também se torna global, ou seja, é enfrentado pelos trabalhadores nos mais diversos “cantos da Terra”, sendo facilitado pela flexibilização, que enfraquece cada vez mais a posição dos trabalhadores.

Embora essa questão pareça superficial diante da gama de problemas que os trabalhadores enfrentam, como o desemprego, os baixos salários, a precariedade das condições de trabalho e a falta de segurança, de fato a realidade não parece ser bem assim. A desconsideração pelos direitos humanos fundamentais de primeira dimensão dos trabalhadores, como as liberdades de pensamento e expressão, a privacidade, o devido processo legal e outros mais no âmbito das relações de emprego, vem sendo constatada cada vez mais e de forma bastante intensa. Além disso, é possível sustentar que muitas vezes é

⁹⁵ JUCÁ, Francisco Pedro. *Renovação do Direito do Trabalho – Abordagem Alternativa à Flexibilização*. São Paulo: LTr., 2000, p. 55. Aliás, Hobsbawn percebe muito bem a questão da instantaneidade em que vive a sociedade atualmente. Afirma que a quase totalidade dos “jovens de hoje crescem numa espécie de presente contínuo, sem qualquer relação orgânica com o passado público da época em que vivem. Por isso os historiadores, cujo ofício é lembrar o que os outros esquecem, tornam-se mais importantes que nunca no fim do segundo milênio.” HOBBSAWN, Eric. *Era dos Extremos – O breve século XX – 1914 – 1991*. São Paulo: Companhia das Letras, 1995, p. 13.

justamente a violação desses direitos que acaba resultando e facilitando a violação dos direitos humanos fundamentais sociais, num círculo vicioso.⁹⁶

Escartín é enfático ao afirmar a importância daquilo que chama de “direitos inespecíficos” na relação de emprego, ou seja, dos direitos humanos fundamentais que são reconhecidos a todas às pessoas humanas enquanto tais, não pela condição de trabalhador. Afirma o autor:

Retomando la cuestión del respeto y adecuado ejercicio de los derechos constitucionales “inespecíficos” por parte del trabajador, quizás se pueda pensar que la cuestión es excesivamente sofisticada, incluso secundaria, en un contexto dramático de desempleo y de precariedad en el empleo. Sin embargo, no la ha sido para aquellos trabajadores que arriesgaron su puesto de trabajo – y en principio lo perdieron –, porque, a toda costa – incluso con la amenaza, luego materializada, del despido – querían ejercer y que fuera respetado, por ejemplo, su derecho fundamental a la propia imagen y su libertad de expresión.⁹⁷

Vários problemas ligados a esses direitos têm sido objeto de preocupação no âmbito laboral. Por exemplo, essa discussão surge com muita força no que toca ao chamado “assédio moral”, que os espanhóis vêm denominando de “acoso moral”, também chamado de *mobbing*.⁹⁸

Nessas situações de perseguição contínua e reiterada aos trabalhadores dentro do local de trabalho, que vão desde uma mudança contínua e incessante de seu local de trabalho, dos horários de trabalho ou das funções que desempenha, até a uma sobrecarga de trabalho ou à própria negação de trabalho, bem como a exposição do trabalhador a condições vexatórias, o que se percebe é uma total desconsideração pela dignidade do trabalhador. Isso demonstra a

⁹⁶ As questões ligadas às dimensões dos direitos humanos fundamentais e da indivisibilidade e complementaridade dos mesmos serão tratadas no capítulo III.

⁹⁷ ESCARTÍN, Ignacio García-Perrote. Ley, Convenio Colectivo, Contrato de Trabajo y Derechos Fundamentales del Trabajador. Revista de Derecho Social. Espanha: Editorial Bomarzo, 1998, p. 37, especialmente p. 50.

⁹⁸ López afirma: “Como premissa básica, que merece ser reiterada aunque sea ya un valor adquirido en estas líneas, ha de partirse de que el “mobbing” es un comportamiento contrario a la dignidad del trabajador, de ello extrae los elementos que permiten indentificarlo: se trata de un comportamiento puesto en práctica por el empresario, los jefes o los compañeros de trabajo, de forma reiterada y sistemática, que tiene como consecuencia un empeoramiento de condiciones de trabajo o la restricción de derechos laborales de sus víctimas, que éstas no están obligadas a tolerar, porque exceden las exigencias limitativas de una organización racional del trabajo. La evolución de la normativa comunitaria nos demuestra que lo esencial em el “mobbing” es – como en la discriminación – este resultado depresivo de derechos, que al reducir significativamente la esfera de intereses del trabajador, ha de ser muy adecuadamente justificado por sus reponsables en motivos que nada tienen que ver com el substrato del “mobbing”, para que se destierre la sombra de éste.” LÓPEZ, Ma. Fernanda Fernández. “El acoso moral en el trabajo - ¿Una nueva forma de discriminación? Revista de derecho social. Albacete: Bomarzo, 1998, p. 69-70.

necessidade da tutela efetiva dos direitos humanos fundamentais, a que os espanhóis denominam de “inespecíficos”⁹⁹.

Aliás, sobre toda essa problemática cabe citar, pela singularidade da experiência, a pesquisa pessoal feita por Barbara Ehrenreich nos EUA. A autora, que escreve, entre outras, para a *The New York Times Magazine*, fez uma pesquisa de campo nos EUA ao viver de “subempregos”, justamente num período alardeado como de “pleno emprego”.

Dessa pesquisa resultou o livro *Miséria à americana – Vivendo de subempregos nos Estados Unidos*. Durante vários meses a autora procurou viver como vivem os trabalhadores considerados subempregados (em torno de 30% da força de trabalho americana), trabalhando como faxineira em empresas de limpeza, arrumadeira em hotéis, garçomete em lanchonetes e como vendedora numa das maiores redes americana de lojas de departamento.

Ehrenreich, além de descrever os baixos salários (em torno de 8 a 10 dólares a hora de trabalho, o que, segundo sua vivência, mal dava para pagar aluguel e alimentação), descreveu as situações degradantes pelas quais passam os empregados. Chamou a atenção para o poder cooptador da gerência frente aos empregados, o que se dá até pelo vocabulário usado para denominar os empregados (“associados”), e constatou a ligação direta entre as condições degradantes de trabalho e a manutenção de baixos salários. Afirma a autora:

⁹⁹ Idem, *ibidem*, p. 62.

A oportunidade de identificar-se com uma entidade poderosa e rica – a empresa ou o chefe – é apenas uma isca. Há também o porrete. O que mais me surpreendeu e ofendeu no local de trabalho de baixa renda (e, sim, aqui todos os meus privilégios de classe média estão totalmente expostos) foi até que ponto se exige que a gente abra mão de nossos direitos civis básicos e – o que vem dar na mesma coisa – de nosso amor-próprio. Aprendi isso no começo de minha carreira como garçonne, quando me avisaram que minha bolsa poderia ser revistada pelo gerente a qualquer momento. ... Depois do trabalho, dei alguns telefonemas e descobri que esta prática é inteiramente legal: se a bolsa está na propriedade do patrão – e é claro que estava – o patrão tem o direito de examinar o seu conteúdo. Os exames antidrogas são outra indignidade rotineira. Os defensores das liberdades civis consideram-nos uma violação do direito de não ser submetido a “revistas sem justificativa”, garantido pela Quarta Emenda à Constituição norte-americana; a maioria dos empregados e candidatos os consideram simplesmente embaraçosos. ... Eu acrescentaria os testes de personalidade admissionais à lista de intrusões aviltantes, ou pelo menos boa parte de seu conteúdo usual. ... Há outras maneiras mais diretas de manter em seu lugar os empregados de baixa renda. As regras contra “fofocas” ou mesmo “falar” tornam difícil desabafar suas queixas com os colegas ou, caso haja tamanha ousadia, alistar outros trabalhadores num esforço grupal para provocar mudanças, através de um esforço para organizar um sindicato, por exemplo. Os que saem da linha costumam enfrentar pequenas punições inexplicadas, como ter sua escala ou tarefas no trabalho alteradas unilateralmente. Ou a pessoa pode ser despedida ... Assim, se os trabalhadores de baixa renda nem sempre se comportam de um modo economicamente racional, ou seja, como agentes livres dentro de uma democracia capitalista, é porque vivem num lugar que não é livre nem de modo algum democrático. Quando se entra no local de trabalho de baixa renda – e em muitos locais de trabalho de média renda também – você deixa suas liberdades civis na porta, abandona os Estados Unidos e tudo o que o país supostamente representa e aprende a fechar a boca durante toda a jornada. As consequências desta rendição rotineira vão além da questão dos salários e da pobreza. Afinal de contas, mal podemos nos orgulhar de ser a democracia mais importante do mundo se grande quantidade dos cidadãos passam metade das horas em que estão acordados no que se resume, em palavras simples, a uma ditadura. ... Imagino que a indignidade imposta a tantos trabalhadores de baixa renda – os exames antidrogas, a vigilância constante, ser “malhado” pelos gerentes – é parte do que mantém os salários baixos. Se fizerem você se sentir suficientemente desvalorizado, talvez passe a achar que o que lhe pagam é o que você realmente vale. É difícil imaginar qualquer outra função para o autoritarismo no local de trabalho. ...¹⁰⁰

Como vemos, a situação dos trabalhadores é difícil não somente no tocante ao desemprego e às condições ligadas diretamente ao valor de seu trabalho e a seus direitos

¹⁰⁰ EHRENREICH, Barbara. *Miséria à americana* – Vivendo de subempregos nos Estados Unidos. Rio de Janeiro – São Paulo: Record, 2004., p. 217. Na p. 48, nota 5, a autora descreve outra situação por demais degradante: “Até abril de 1998, não havia lei federal que garantisse o Direito a pausas para ir ao banheiro. Segundo Marc Linder e Ingrid Nygaard, autores de *Void Where Prohibited: Rest Breaks and the Right to Urinate on Company Time* (Cornell University Press, 1997), “O Direito de descansar e urinar ou defecar no trabalho não é valorizado na lista de causas sociais ou políticas defendidas por trabalhadores burocráticos ou executivos, que gozam de liberdades pessoais no local de trabalho com as quais milhões de operários podem apenas sonhar. (...) Enquanto nos espantamos ao descobrir que faltava aos trabalhadores o direito reconhecido de usar o banheiro no trabalho, [os trabalhadores] ficaram espantados com a ingênua idéia dos que estão de fora de que seus empregadores lhes permitiriam realizar esta função corporal básica quando necessário. (...) Uma operária, sem permissão de parar durante os turnos de seis horas, urinava em absorventes usados sob o uniforme; e uma professora de jardim de infância, numa escola sem ajudantes, tinha de levar consigo todas as vinte crianças ao banheiro e colocá-las em fila do lado de fora da porta do cubículo enquanto evacuava”.

sociais trabalhistas, mas, também, no que tange à sua consideração como pessoas humanas dotadas de dignidade.

Essas questões têm despertado, ultimamente, o interesse também no Brasil. A doutrina tem opinado sobre a resolução desses problemas propondo soluções diferenciadas.

Nascimento postula a reforma da CLT para incluir os direitos de personalidade. Afirma o autor a necessidade de a reforma trabalhista incluir a proteção e afirmação da dignidade do trabalhador e cita como exemplo o Código de Portugal de 2002, que pune a discriminação, defende a liberdade de expressão e de opinião, garante a reserva da intimidade na vida privada, protege os dados pessoais do trabalhador, garante a confidencialidade das mensagens, o sigilo dos testes e exames médicos e veda o uso dos meios de vigilância a distância¹⁰¹.

De outro viés, na linha da crítica quanto ao modelo de regulação de relações de trabalho que não se preocupa com o trabalhador como pessoa humana, está também à posição de Aldacy Rachid Coutinho, que defende a aplicação da proteção constitucional da vida privada aos trabalhadores. A autora deixa clara a existência da relação de poder e domínio que se estabelece no contrato de trabalho, relação assimétrica em favor do empregador, e assevera:

¹⁰¹NASCIMENTO, Amauri Mascaro. CLT deve garantir Direito de personalidade. Disponível no endereço eletrônico www.tst.gov.br, Notícias de 06/02/2006. A nosso ver, embora não seja desprezível a inclusão dos chamados “direitos de personalidade” na legislação infraconstitucional, conforme será defendido no terceiro capítulo dessa dissertação os direitos humanos fundamentais, entre eles os de primeira dimensão, não dependem, em regra, de legislação infra-constitucional para serem aplicados aos contratos de trabalho, questão que é o objeto central deste estudo, podendo ser concretizados a partir da própria Constituição Federal de 1988.

O salário é o núcleo reprodutivo do trabalho, de presença necessária diante da entrega da disponibilidade da energia do empregado para utilização do empregador e, diante das novas formas de reestruturação produtiva não mais se encontra como instrumento valorativo da força de trabalho, mas mecanismo de controle e tomada da subjetividade. Mas ainda não vem sendo considerado como suficiente para domínio da pessoa do trabalhador. Tem-se como necessária, para saciar o anseio de domínio com vistas a garantir aumento da produtividade, a destruição da auto-estima na subjetividade. ... Como aduz Pierre Kayser, a proteção da vida privada não é uma questão posta somente para as “*vedettes de la scène et lê l’écran*”, mas a todo e qualquer simples mortal, inclusive aos integrantes da choldra ou patuléia como lembra Lenio Luiz Streck, e, particularmente, inclusive, destinada aos trabalhadores que no mercado de trabalho vendem sua força de trabalho para garantir a sobrevivência sua e da família, eis que permanecem em um estado permanente de sujeição ou subordinação ao poder empresarial, ainda não percebido como incidente sobre o trabalho e não a pessoa. ... Tanto mais o capitalismo projeta para o desemprego os integrantes da massa trabalhadora, tanto mais os níveis de aceitação e autodestruição da subjetividade se intensificam. O consentimento do sacrifício do trabalhador e a depuração do ganho e do lucro como um bem aceitável e tutelado com primazia na ordem mundial, docilizam as relações perversas. Não há projeto alternativo de sociedade democrática viável e eficaz para determinar uma mudança social se não garantir à classe que sobrevive do trabalho a inviolabilidade da vida privada do avanço do capital sem limites éticos.¹⁰²

Esses exemplos demonstram a crescente preocupação com aspectos até então totalmente descurados das relações de trabalho no Brasil. Como podemos constatar de todo o panorama descrito, a situação do trabalho e daqueles que vivem do trabalho é por demais complexa. Se não trabalham, estão no desemprego e na miséria; quando trabalham, não raro enfrentam a precariedade e a pobreza. Além disso, muitas vezes enfrentam no ambiente de trabalho condições que caracterizam a total desconsideração pela sua humanidade.

¹⁰²COUTINHO, Aldacy Rachid. Proteção constitucional da vida privada. “In” Diálogos Constitucionais: Brasil/Portugal. Antônio José Avelãs Nunes e Jacinto Nelson de Miranda Coutinho Organizadores. Rio de Janeiro-São Paulo: Renovar, 2004, p. 174.

Diante dessas perplexidades é que tentaremos, a seguir, traçar algumas linhas para possíveis saídas desses dilemas num Estado Democrático de Direito como o Brasil, já que como ficou marcado ao longo dessas linhas, apesar de inegável crise pela qual passa o Estado, a sua importância ainda é primordial na implementação de políticas públicas, entre elas de emprego, renda e concretização dos direitos humanos fundamentais, principalmente em países periféricos¹⁰³. Essa perspectiva não afasta outras, entre as quais, a da necessidade da construção de um paradigma mundializado, supra-estatal, de proteção aos direitos humanos fundamentais, que também será sumariamente abordada. Assim, podemos falar de saídas fundadas numa perspectiva interna e numa perspectiva externa ao Estado, sem que elas se excluam, pois, caso contrário, perde-se a possibilidade de entender e resolver a complexidade do mundo contemporâneo¹⁰⁴. É o que faremos a seguir.

2.4 O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E AS RELAÇÕES DE TRABALHO

Conforme já assinalado, o “Estado social de bem estar social”¹⁰⁵ foi abalado por profundas crises que acabaram por colocá-lo em xeque, principalmente através da postulação

¹⁰³ Aliás, sobre o papel do Estado na sociedade atual, em contraponto total ao projeto neoliberal, Calera é enfático ao afirmar: “... a mi entender, está inicialmente claro es que hoy se necesita mucho Estado, indudablemente democrático, radicalmente democrático, para que la convivencia social y su ordenación merezcan la pena calificarse de positivas y razonables. Hoy ya no cabe pensar una sociedad sin Estado. ...”. CALERA, Nicolas Maria López, ob. cit., p. 13. Mais, adiante, no que toca a outra questão pertinente, qual seja a da democracia no espaço privado, falando sobre a postulação de auto-organização eficiente da sociedade em espaços hoje ocupados pelo Estado, bem como sob a alegação de que a própria sociedade tem capacidade de integração e de solidariedade, conforme defendem alguns autores que entendem que deve haver uma diminuição significativa do papel do Estado, Calera afirma: “Sin embargo, lo que no está demostrado es que en ella existan aceptables niveles de democracia, por lo que desde estos sectores neoliberales se ha reconocido que, para volver a la sociedad civil, es necesaria también la “democratización de los espacios privados”. CALERA, Nicolas Maria López, ob. cit., p. 18.

¹⁰⁴ Segundo Morin, em seu sentido original, complexo significa “o que é tecido junto”. Para o autor, o desafio da globalidade do mundo atual é também um desafio de complexidade. Afirma Morin: “Existe complexidade, de fato, quando os componentes que constituem um todo (como o econômico, o político, o sociológico, o psicológico, o afetivo, o mitológico) são inseparáveis e existe um tecido interdependente, interativo e inter-retroativo entre as partes e o todo, o todo e as partes. Ora, os desenvolvimentos próprios de nosso século e de nossa era planetária nos confrontam, inevitavelmente e com mais e mais frequência, com os desafios da complexidade. ... Uma inteligência incapaz de perceber o contexto e complexo planetário fica cega, inconsciente e irresponsável.” MORIN, Edgar. A cabeça bem-feita – repensar a reforma – reformar o pensamento. 8. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2003, p. 14-15.

¹⁰⁵ A denominação “Estado social de bem estar social” é utilizada tendo em vista o que afirma Krell sobre a diferença entre o Estado Social, tal qual existente hoje na Alemanha, e o clássico *welfare state*, pois o primeiro procura harmonizar as idéias liberais de economia livre com a igualdade de chances e oportunidades. Assim o Estado ganha papel de prevenção de riscos, além de direcionar o processo de desenvolvimento social. KRELLI, Andréas J Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha – Os (des)caminhos de um Direito constitucional “comparado”. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002, p. 44.

e implementação de políticas neoliberais. Assim, pretendemos abordar as relações de trabalho no paradigma do Estado Democrático de Direito (perspectiva interna), bem como traçar breves linhas sobre uma perspectiva mundial de proteção dos trabalhadores a partir da idéia do paradigma dos direitos humanos fundamentais (perspectiva externa).

Na perspectiva interna ao Estado, no tocante à saída dos problemas delineados, devemos contextualizar e descobrir qual é o significado da fundação de um Estado Democrático de Direito pela Constituição Federal de 1988 num Estado periférico como o Brasil, que nunca viveu as políticas públicas de um “Estado social de bem estar social”.

A Constituição Federal de 1988, em seu paradigmático art. 1º, textualmente prevê que a República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados, Municípios e do Distrito Federal, constitui-se num Estado Democrático de Direito e tem entre seus fundamentos, entre outros, o valor social do trabalho, a cidadania e a dignidade da pessoa humana. A fundação de um Estado Democrático de Direito tem implicações por demais relevantes no entendimento de todo o regime jurídico e político de uma determinada comunidade¹⁰⁶. Dessa forma, a configuração de um regime constitucional democrático deve ser levada a sério no entendimento do fenômeno jurídico que se desvela nesse ambiente sóciopolítico-jurídico, principalmente no tocante ao entendimento dos princípios e dos direitos humanos fundamentais que são considerados a base da igualdade democrática.

Entendemos que o chamado “Estado Democrático de Direito” é uma evolução do Estado de bem estar social, no qual a participação efetiva do povo na condução dos assuntos públicos é postulado essencial. Além disso, nessa conformação estatal, os direitos humanos fundamentais são reconhecidos como princípios atuantes, vinculando tanto o Estado como os particulares.

Estabelece-se, nesse paradigma estatal, uma nova relação entre Estado e cidadãos. Aliás, o próprio conceito de cidadania ganha em extensão e conteúdo, pois deixa de ser uma relação vista pela padronização de direitos políticos (votar e ser votado, basicamente), para se tornar a expressão da liberdade, da igualdade, da responsabilidade, da dignidade da pessoa,

¹⁰⁶ José Afonso da Silva afirma que o regime político instituído pela Constituição de uma determinada comunidade é um complexo estrutural de princípios e forças políticas que configuram determinada concepção do Estado e da sociedade, e que inspiram seu ordenamento jurídico. SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 13. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1997, p. 125.

enfim, no direito a ter direitos, exercitável em todas as relações (públicas e privadas), bem como no direito de participar ativamente na construção do futuro.¹⁰⁷

Ultrapassa-se tanto a formulação do Estado liberal como a do Estado social, impondo-se ao Estado e à ordem jurídica, como tarefa principal, a transformação social no sentido do aprofundamento da democracia formal e substancial (democracia política, econômica e social) e a prevalência dos direitos humanos fundamentais. A questão da igualdade ganha, portanto, um conteúdo substantivo no sentido de assegurar juridicamente padrões de vida dignos às pessoas humanas, não só do prisma individual, mas considerados como seres que vivem em comunidade¹⁰⁸.

¹⁰⁷ Ver, sobre a extensão do conteúdo e dos espaços de expressão da cidadania, MORAIS, José Luis Bolzan. As crises do estado e da constituição, cit. p. 97. Sob outra perspectiva, mas na mesma linha, Carmen Lucia Silveira Ramos afirma: "... Nesta perspectiva, que significa a retomada pelo direito privado de sua vocação original de direito do cidadão – *jus civile* em oposição ao sentido de direito burguês, voltado para a proteção de interesses individuais, que lhe foi atribuído a partir da Revolução Francesa, a cidadania deixa de ser considerada apenas uma relação política entre o indivíduo e o Estado, para se fazer presente em outros níveis e espaços sociais e econômicos, como por exemplo na empresa, onde, superando o poder patronal a que tradicionalmente ficava submetido o trabalhador, passa a ter direito de expressão, de informação, de participação. ...” RAMOS, Carmem Lucia Silveira. A constitucionalização do Direito privado e a sociedade sem fronteiras. Repensando Fundamentos do Direito Civil Contemporâneo. Luiz Edson Fachin - Coordenador. Rio de Janeiro – São Paulo: 1998, p. 9. Ver, ainda, ampliando o leque tradicional sobre a noção de cidadania, a posição de Celso Lafer, que com base nos aportes de Hannah Arendt, fala em cidadania como o direito a ter direitos. LAFER, Celso. A Reconstrução dos Direitos Humanos – Um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt. São Paulo: Companhia das Letras, 2001, p. 22.

¹⁰⁸ KRELL, Andrés J., op. cit., p. 92-99. Ferrajoli, não à toa, diz que a atual concepção de igualdade é uma igualdade em direitos, tendo em vista uma visão substancial do Estado e da democracia. Daí o autor afirmar as características estruturais dos direitos fundamentais que os diferenciam dos demais, ou seja: a) a sua universalidade, pois correspondem a todos e na mesma medida, sem afastar as demais pessoas humanas, como ocorre com os direitos patrimoniais que têm caráter de exclusividade; b) sua natureza de direitos indisponíveis e inalienáveis, não estando disponíveis para o regateio do mercado ou da política, marcando o espaço do que pode/deve ou não ser decidido e vinculando a todos na sua tutela e satisfação. FERRAJOLI, Luigi. Derechos y garantías. La ley del más débil. Madrid: Editorial Trotta, 1999, p. 25.

O Estado Democrático de Direito apresenta como suas características marcantes: a) o aprofundamento da questão da igualdade, não mais apenas como igualdade formal, mas também material, e não só política, mas também econômica e social; b) a transformação do *status quo* pela implementação de um conjunto de direitos humanos fundamentais que englobam os direitos liberais, os direitos sociais, os direitos transindividuais e os de manipulação genética; c) a participação efetiva do povo nas decisões fundamentais do Estado passa a ser direito humano fundamental e, finalmente, d) dá-se novo papel ao Poder Judiciário, que passa a ser não só garantidor negativo de direitos (papel passivo), mas também de fomentador ativo/positivo na implementação de tal ideário (papel interventivo)¹⁰⁹.

¹⁰⁹ Streck afirma que a fundação de um Estado Democrático de Direito apresenta vários significados e vaticina: “Tais valores substantivos fazem parte do núcleo político da Constituição, que aponta para o resgate das promessas de igualdade, justiça social, realização dos direitos fundamentais. Dito de outro modo, da materialidade do texto constitucional extrai-se que o Estado Democrático de Direito, na esteira do constitucionalismo do pós-guerra, consagra o princípio da democracia econômica, social e cultural, mediante os seguintes pressupostos deontológicos: a) constitui uma imposição constitucional dirigida aos órgãos de direção política e da administração para que desenvolvam atividades econômicas conformadoras e transformadoras do domínio econômico, social e cultural, de modo a evoluir-se para uma sociedade democrática cada vez mais conforme aos objetivos da democracia social; b) representa uma autorização constitucional para que o legislador e os demais órgãos adotem medidas que visem a alcançar, sob a ótica da justiça constitucional, nas vestes de uma justiça social; c) implica a proibição de retrocesso social, cláusula que está implícita na principiologia do estado social constitucional; d) perfila-se como elemento de interpretação, obrigando o legislador, a administração e os tribunais a considerá-lo como elemento vinculado da interpretação das normas a partir do comando do princípio da democracia econômica, social e cultural; e) impõe-se como fundamento de pretensões jurídicas aos cidadãos, pelo menos nos casos de defesa das condições mínimas de existência.” STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica – Uma Nova Crítica do Direito*, op. cit., p. 32-34. Morais, por sua vez, afirma: “O *Estado Democrático de Direito* tem um conteúdo transformador da realidade, não se restringindo, como o Estado Social de Direito, a uma adaptação *melhorada* das condições sociais de existência. Assim, o seu conteúdo ultrapassa o aspecto material de concretização de uma vida digna ao homem e, passa a agir simbolicamente como fomentador da participação pública quando o *democrático qualifica o Estado, o que irradia os valores da democracia sobre todos os seus elementos constitutivos e, pois, também sobre a ordem jurídica*. E mais, a idéia de democracia contém e implica, necessariamente, a questão da solução do problema das condições materiais de existência.” MORAIS, José Luis Bolzan de. *As crises do estado e da constituição*, cit., p. 63, nota 55. Ver, ainda, MORAIS, José Luis Bolzan de. *Do direito social aos interesses transindividuais – O estado e o direito na ordem contemporânea*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996, p. 74-75.

Tendo em conta a historicidade e a lingüisticidade do processo de compreensão/interpretação dos fenômenos sociais, entre eles o jurídico, cabe, assim, construir outras possibilidades significativas para o Estado e o Direito, as quais se desvelam ao nos darmos conta do acontecimento desse novo horizonte de sentido que se faz presente pela fundação de um Estado Democrático de Direito, no qual o convívio entre princípios e valores conflitantes deve ser visto como salutar, não como uma maldição¹¹⁰, e onde o respeito e a efetivação dos direitos humanos fundamentais da pessoa humana, em sua unidade indivisível, são condição de possibilidade do convívio social numa sociedade mais justa e solidária.

O Estado e a sociedade democrática e pluralista, bem como a Constituição que as conforma, não são entes que possuem sentidos unívocos, dados *a priori*, que determinam a predominância de uma concepção única de vida, mas, sim, entes a serem desvelados em seus mais variados sentidos históricos e nas múltiplas possibilidades que a existência humana pode abrir. A Constituição de um Estado Democrático de Direito é como uma espécie de *mix* de princípios e valores muitas vezes contrastantes, que demandam um trabalho constante de concretização e de desenvolvimento ao longo do próprio curso da vida e da história.

Assim, o conflito entre esses princípios, valores e direitos, é ínsito ao regime constitucional de um Estado Democrático de Direito e às constituições que afirmam princípios e valores materiais (substanciais), não meramente procedimentais. Nesse sentido, Sanchís lembra que as constituições atuais, por serem documentos dotados de um forte conteúdo material de princípios e de direitos substantivos, não se circunscrevem a um delineamento homogêneo e fechado de escolhas morais, axiológicas e filosóficas. Assim, afirma que

¹¹⁰ CHAUI, que afirma que dois traços distinguem a democracia de outras formas sociais e políticas, ou seja: a) que na sociedade democrática o conflito é considerado legítimo, sendo as necessidades e interesses trabalhados politicamente e transformados em direitos que exigem respeito e reconhecimento. Além disso, na sociedade democrática os indivíduos e grupos se associam e criam frente ao Estado um contra-poder social que limita o poderio estatal; b) que a sociedade democrática é “verdadeiramente histórica, isto é, aberta ao tempo, ao possível, às transformações e ao novo”, pois a criação de direitos e a existência de contra-poderes sociais torna possível a incessante discussão das divisões e diferenças internas à sociedade, ficando aberta a possibilidade de mudanças (liberdade) e da alteração da sociedade em sua práxis. CHAUI, Marilena. Convite à Filosofia. 12. ed. São Paulo: Ática, 2002, p. 433.

conflictos non son infrecuentes en Derecho y tampoco constituyen una novedad propia del régimen constitucional, pero han cobrado una particular relevância y, tal vez también, una fisionomía especial en el marco de aplicación de los documentos constitucionales dotados de un importante contenido sustantivo, de una densidad material y de una fuerza jurídica desconocidas em el viejo constitucionlanismo.¹¹¹

Streck, por seu turno, é muito claro ao afirmar o “conflito quanto à hierarquia axiológica” que está manifesto na configuração do projeto de Estado Democrático de Direito. Em razão da complexidade das sociedades hodiernas, o conflito axiológico está positivado no próprio texto constitucional, quando, então, a Constituição não mais aponta um projeto único, um projeto determinado, pronto e acabado, de vida social em comum, mas estabelece os parâmetros para suas condições de possibilidade. Existe um rol variado de valores e princípios que devem ser passíveis de concretização a partir de uma escala hierárquica variável desses valores e princípios.¹¹²

Trazemos, ainda, a posição de Ferrajoli, o qual demonstra que no Estado Constitucional de Direito, tal como construído nas constituições hodiernas, a vinculação à constituição não é somente formal, mas também substancial. Com efeito, afirma:

En efecto, el sistema de las normas sobre la producción de normas – habitualmente establecido, em nuestros ordenamientos, con rango constitucional – no se compone solo de normas formales sobre la competencia o sobre los procedimientos de formación de las leyes. Incluye también normas sustanciales, como el principio de igualdad y los derechos fundamentales, que de modo diverso limitan y vinculan al poder legislativo excluyendo o imponiéndole determinados contenidos. Así, una norma – por ejemplo, una ley que viola el principio constitucional de igualdad – por más que tenga existencia formal o vigencia, puede muy bien ser inválida y como tal susceptible de anulación por contraste con una norma sustancial sobre su producción.¹¹³

¹¹¹ SANCHÍS, Luis Prieto. *Justicia constitucional y derechos fundamentales*. Madrid: Editorial Trotta, 2003, p. 185-186 e 188. Ver em sentido semelhante Ferrajoli, que afirma que a vinculação substancial que os direitos fundamentais e os princípios e valores constitucionais impõem na construção de uma democracia não só formal, mas substancial, provoca vários conflitos e faz impensável uma total coerência e plenitude do ordenamento jurídico, constatações estas que devem ser vistas não como um problema, mas como a maior virtude do Estado constitucional substancial. FERRAJOLI, Luigi, op. cit., p. 20-24. Copetti, que afirma a existência de uma significativa complexidade e conflituosidade axiológica na Constituição Federal Brasileira de 1988, possibilitando uma série de medidas legislativas factíveis a partir dos indícios formais presentes no texto constitucional. COPETTI, André. Por uma (neo)filosofia política constitucional no direito penal: uma exigência fenomenológica do Estado Democrático de Direito brasileiro. In: (Neo)Constitucionalismo: ondem, os códigos hoje, as constituições. Porto Alegre: Instituto de Hermenêutica Jurídica, 2004, p. 16.

¹¹² STRECK, Lenio Luiz. *A dupla face do princípio da proporcionalidade e o cabimento de mandado de segurança em matéria criminal*: superando o ideário liberal-individualista-clássico, p.1-2. Texto consultado em www.ihj.org.br.

¹¹³ FERRAJOLI, Luigi, op. cit., 2001, p – 20-21.

Como percebemos, o conflito entre princípios constitucionais, entre direitos humanos fundamentais, entre bens e interesses tutelados constitucionalmente, pode se fazer presente de forma contumaz na sociedade pluralista e democrática desse novo paradigma estatal, havendo a necessidade de um novo pensar jurídico, que possibilite o trabalho com essas colisões de forma a que não se torne inviável a concretização do ordenamento jurídico em sua diversidade axiológica/principiológica.¹¹⁴

Nesse contexto, o princípio da proporcionalidade exerce um papel decisivo na ponderação dos bens ou interesses que possam entrar em conflito, servindo como caminho para a concretização equilibrada e racional¹¹⁵ dos interesses em jogo. Tal princípio, além de limitar as restrições aos direitos humanos fundamentais, também impõe ao Estado uma proteção efetiva desses direitos, aspectos estes que serão desenvolvidos com mais vagar no segundo e terceiro capítulos desta dissertação.

A Constituição do Estado Democrático de Direito espelha toda essa riqueza e pluralidade social, requerendo uma nova postura em sua compreensão. Salientamos, ainda, que a Constituição não pode ser posta de lado na apreciação dos fenômenos atuais, em razão do seu caráter constituinte do modelo sócioeconômico-jurídico, bem como em virtude do fato de que não se pode perder de vista que o Estado ainda tem um papel importantíssimo na regulação e implementação dos direitos humanos fundamentais. Por incrível que isso possa parecer, mas como “o óbvio somente é óbvio quanto dito, desvelado, como óbvio”, é preciso afirmar, nas trilhas de Hesse e de Streck, que a constituição vincula, que a constituição é

¹¹⁴ Afirma Ohlweiler que a materialização dos princípios constitucionais não pode ser vislumbrada como uma operação de um saber objetivista, pois passa pela síntese entre o geral e o particular, como um verdadeiro acontecer que exige a adaptação do geral às circunstâncias do caso concreto. Assim, o sentido de um princípio somente surge no caso concreto, no momento de sua aplicação, sendo compreendido em cada momento e em cada situação de uma maneira nova. Há, portanto, um processo unitário entre o conhecimento de um ente-princípio e o ato de sua aplicação no caso concreto. OHLWEILWER, Leonel. Os princípios constitucionais da Administração Pública a partir da filosofia hermenêutica: condições de possibilidade para ultrapassar o pensar objetificante. Texto do Minter em Direito UNISINOS/UPF, 2005, p. 25-26.

¹¹⁵ A razão tem sido posta em xeque por várias correntes filosóficas, bem como sofre fortes ataques nesse momento que tem sido chamado por alguns de “pós-modernidade” e, por outros, de “transmodernidade”. Entendemos, todavia, que a razão, embora todos os ataques, merece aceitação. Como afirma Chauí: “... a permanência da razão se deve ao fato de considerarmos que a realidade (natural, social, cultural, histórica) tem sentido e que este pode ser conhecido, mesmo quando isso implique modificar a noção de razão e alargá-la. Dissemos também que a razão permanece porque a própria razão exige que seu trabalho de conhecimento seja julgado por ela mesma, e que, para esse julgamento da racionalidade dos conhecimentos e das ações, a razão oferece dois critérios principais: 1. o critério lógico da coerência interna de um pensamento ou de uma teoria, isto é, a avaliação da compatibilidade e da incompatibilidade entre os princípios, conceitos, definições e procedimentos empregados e as conclusões ou resultados obtidos; 2. o critério ético-político do papel da razão e do conhecimento para a compreensão das condições em que vivem os seres humanos e para sua manutenção, melhoria ou transformação.” CHAUI, Marilena, op. cit. p. 87.

normativa, que a constituição é condição de possibilidade de um agir legítimo do poder e da construção do Direito num Estado Democrático de Direito.¹¹⁶

Por isso, salientando o sentido da tradição no pensamento de Gadamer, Streck afirma que o Estado Democrático de Direito se assenta sobre duas vigas mestras, que são os direitos fundamentais e a democracia. Dessa forma, numa “Teoria da Constituição Adequada a Países de Modernidade Tardia”, em contraponto às ventanias neoliberais, é fundamental o papel que tem o Estado, integralmente considerado, e da justiça constitucional, em especial, na implementação desses direitos, o que vai revelar um papel mais ativo do Poder Judiciário.¹¹⁷

Importa, portanto, afirmar que o receituário neoliberal não se coaduna com a principiologia valorativa e os direitos humanos fundamentais, que são o núcleo-base do Estado Democrático de Direito fundado no Brasil pela Constituição Federal de 1988. Com efeito, a Constituição Federal de 1988, fruto do processo constituinte mais democrático já ocorrido no Brasil, constituiu, fundou, um Estado Democrático de Direito que tem na democracia efetiva e na realização dos direitos humanos fundamentais sua razão de ser¹¹⁸.

É nesse contexto, portanto, num país periférico em que sequer se conseguiu alcançar a implementação dos direitos liberais, quanto mais dos sociais e dos transindividuais; num país que possui uma Constituição Democrática e Dirigente, a qual se funda no princípio da dignidade da pessoa humana e nos direitos humanos fundamentais e onde o Estado (em todas as suas esferas) e a sociedade¹¹⁹, via de regra, ainda não se deram conta dessa mesma constituição, que se instaura o desafio maior dos juristas, ou seja, fazer com que essa

¹¹⁶ HESSE, Konrad. A força normativa da constituição. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991, p. 24 e STRECK, Lenio Luiz. *Heremênutica jurídica e(m) crise*, op. cit., p. 300-301.

¹¹⁷ STRECK, Lenio Luiz. *A concretização de direitos e a validade da tese da constituição dirigente em países de modernidade tardia*. In: Diálogos constitucionais: Brasil/Portugal. Organizadores: Antônio Jose Avelãs Nunes e Jacinto Nelson de Miranda Coutinho. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p 336 e 337. Ver no mesmo sentido, afirmando a centralidade dos direitos sociais no Estado Democrático de Direito, BARRETTO, Vicente de Paulo. Reflexões sobre os Direitos sociais. In: Direitos Fundamentais Sociais: Estudos de Direito Constitucional, Internacional e Comparado. Ingo Wolfgang Sarlet Organizador. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 110.

¹¹⁸ É justamente por isso que Streck propõe uma resistência constitucional, “entendida como o processo de identificação e detecção do conflito entre princípios constitucionais e a inspiração neoliberal que promove a implantação de novos valores que entram em contradição com aqueles: solidariedade frente ao individualismo, programação frente à competitividade, igualdade substancial frente ao mercado, direção pública frente aos procedimentos pluralistas.” STRECK, Lenio Luiz. O papel da jurisdição constitucional na realização dos Direitos sociais-fundamentais. In: Direitos fundamentais sociais: estudos de Direito constitucional, internacional e comparado. Ingo Wolfgang Sarlet Organizador. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 208.

¹¹⁹ Aqui cabe lembrar também que a sociedade, como um todo, não só o Estado, está vinculada a esse projeto de transformação social, entrando em debate a questão da eficácia frente aos particulares dos princípios e direitos humanos fundamentais. Interessante, nesse contexto, é a afirmação de Nagib Slaibi Filho quando sustenta que a “Constituição não é, simplesmente, um pacto da sociedade em face do Estado – é um pacto da sociedade, organizando o Estado e a si mesma.” FILHO, Nagig Slaibi. Anotações À Constituição de 1988. São Paulo: Editora Forense, 1989, p. 198.

constituição aconteça. É nesse marco que nos cabe perguntar sobre a validade e a legitimidade das posturas neoliberais e na implementação das políticas flexibilizadoras de direitos.

Ganha papel fundamental diante das questões traçadas, uma configuração substancial do Direito, na qual os princípios constitucionais têm um *plus* axiológico¹²⁰ e os direitos humanos fundamentais têm papel primordial, cabendo ao Estado, e ao Poder Judiciário em especial, pela atuação da jurisdição constitucional, assumir uma postura ativa no asseguramento de todas as dimensões dos direitos humanos fundamentais. No que tange mais diretamente às questões relativas ao trabalho e sua regulação, nessa mesma linha, não podemos esquecer que a Constituição Federal de 1988 estabeleceu, especificamente, alguns marcos diretivos que também não podem ser desconsiderados.

Dessa forma, sob o que denominamos de “prisma interno ao Estado”, não podemos perder de vista que a Constituição estabelece balizas ao processo de globalização neoliberal e de flexibilização dos direitos. Se, por um lado, refletindo a pluralidade de princípios e valores ínsitos ao Estado Democrático de Direito, a Constituição Federal abriu espaços para a flexibilização dos direitos dos trabalhadores, por outro, esses espaços são restritos, ou seja, estão devidamente estruturados e limitados pela Constituição Federal.

Com efeito, se, por um lado, o art. 7º. da CF de 1988 estabelece em seus incisos VI, XIII e XIV casos em que é possível a flexibilização por meio da negociação coletiva e no inciso XXVI, reconhece o direito dos trabalhadores à negociação coletiva, por outro, existe

¹²⁰STRECK, Lenio Luiz. *Heremênutica Jurídica e(m) crise*. 3. ed. op. cit., p. 238 e 239. Ver, também, Bonavides que escreve: “Tudo quanto escrevemos fartamente acerca dos princípios, em busca de sua normatividade, a mais alta de todo o sistema, porquanto quem os decepa arranca as raízes da árvore jurídica, se resume no seguinte: não há distinção entre princípios e normas, os princípios são dotados de normatividade, as normas compreendem regras e princípios, a distinção relevante não é, como nos primórdios da doutrina, entre princípios e normas, mas entre regras e princípios, sendo as normas o gênero, e as regras e os princípios a espécie. Daqui já se caminha para o passo final da incursão teórica: a demonstração do reconhecimento da superioridade e hegemonia dos princípios na pirâmide normativa; supremacia que não unicamente formal, mas sobretudo material, e apenas possível na medida em que os princípios são compreendidos e equiparados e até mesmo confundidos com os valores, sendo, na ordem constitucional dos ordenamentos jurídicos, a expressão mais alta da normatividade que fundamenta a organização do poder. As regras vigem, os princípios valem; o valor que neles se insere se exprime em graus distintos. Os princípios, enquanto valores fundamentais, governam a Constituição, o regime, a ordem jurídica. Não são apenas a lei, mas o Direito em toda a sua extensão, substancialidade, plenitude e abrangência.” BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 12. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2002, p. 259 e 260. Sobre o Pós-Positivismo, vide, também, Barroso, que chama a atenção para o fato de que no momento atual os princípios ganham normatividade, dando unidade e harmonia ao sistema, integrando as suas partes e atenuando as tensões normativas, figurando como a síntese dos valores abrigados no ordenamento jurídico e proporcionando uma reaproximação do Direito com a Ética. BARROSO, Luís Roberto. *Fundamentos teóricos e filosóficos do novo Direito Constitucional Brasileiro*, op. cit., p. 11. Ver, ainda, Dworkin que postula a necessidade de um diálogo entre o direito constitucional e a teoria moral. DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 233 e 234.

uma série de parâmetros constitucionais que determinam a interpretação restritiva de tais hipóteses de flexibilização.

Devemos salientar que, pela primeira vez na história constitucional brasileira, os direitos dos trabalhadores foram alçados pela Constituição Federal de 1988 ao patamar de direitos humanos fundamentais, que, apesar das divergências que em geral se baseiam em questão meramente literal, estão abrangidos pelas chamadas “cláusulas pétreas” previstas no §4º. do art. 60 da Constituição Federal de 1988¹²¹. Assim, são direitos humanos fundamentais sociais específicos, ou seja, que têm pertinência direta aos trabalhadores, principalmente os direitos humanos fundamentais sociais que estão previstos nos arts. 6º., 7º., 8º., 9º., 10., 11 e 227, § 3º., incisos I e II, todos da CF de 1988.

¹²¹ Ver, nesse sentido, entre outros, Sarlet que, fazendo a análise dos argumentos contrários à caracterização dos direitos sociais, entre eles os dos trabalhadores, é categórico em afirmar que são direitos fundamentais e estão abrangidos pela proteção das chamadas cláusulas pétreas. SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. Segunda Edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 363; também José Affonso Dallegrave Neto, que entende que os direitos sociais são direitos fundamentais que estão protegidos pelas chamadas cláusulas pétreas da Constituição Federal, sendo que, em defesa de sua posição cita, inclusive, voto do Ministro Sepúlveda Pertence, acolhido pelo Plenário do STF, no julgamento da ADIn – 1675-1, de 24.9.97. DALLEGRAVE NETO, José Affonso, op. cit., p. 55 e 87; MARTINS, Ives Gandra da Silva. A influência da Consituição Portuguesa sobre as normas imodificáveis da Constituição Brasileira. “In” Doutrina Jurídica Brasileira (CD-ROM), organizador Sérgio Augustin, Caxias do Sul: Plenum, 2001; BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito constitucional. 12. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2002, p. 594 e 595 e LIMA FILHO, Francisco das Chagas. Alteração do art. 618 da CLT. Ilegitimidade constitucional. Jus Navegandi. Endereço eletrônico www.jus.com.br, p. 1, 2 e 4. Em sentido contrário, e postulando a desconstitucionalização e flexibilização dos direitos dos trabalhadores ver a posição de SOUZA, Otávio Augusto Reis de. Nova teoria geral do Direito do Trabalho. São Paulo: LTr., 2002, p. 90.

Entretanto, é de importância salientar, também, que os direitos dos trabalhadores, considerados como direitos humanos fundamentais, não se esgotam no rol previsto expressamente na CF de 1988, visto que também alcançam os direitos implícitos que decorrem do regime e princípios constitucionais e os direitos previstos em tratados internacionais. Nesse sentido é o § 2º. do art. 5º da CF de 1988, verdadeira cláusula aberta que possibilita o entendimento de que os direitos humanos fundamentais não se restringem aos previstos expressamente na Constituição.¹²²

Outra inovação bastante significativa inserida pela CF de 1988 foi a elevação ao patamar constitucional do princípio trabalhista da norma mais favorável, já previsto nos arts. 444 e 620 da CLT. Com efeito, o art. 7º, caput, da CF de 1988 prevê que são direitos dos trabalhadores, urbanos e rurais, não somente os que estão expressamente previstos, mas também outros que visem à melhoria da condição social dos trabalhadores. Da interpretação do texto em análise, como percebemos, alça-se ao nível de direito positivo constitucional o princípio trabalhista da norma mais favorável, ou seja, estabelecendo um patamar mínimo de direitos que são qualificados como fundamentais dos trabalhadores e que não podem sofrer reversão, além de indicar um parâmetro interpretativo para as demais normas de Direito do Trabalho¹²³. Esse princípio, a nosso ver, tem estreita ligação com o princípio da proibição de retrocesso social¹²⁴, havendo entre eles um fortalecimento recíproco no tocante aos direitos humanos fundamentais dos trabalhadores.

¹²² Nesse sentido SARLET, Ingo Wolfgang, A eficácia dos direitos fundamentais, cit., p. 91 e 126 e s. Em outro texto, Sarlet afirma: “Todavia, não há como deixar de considerar que a noção de direitos implícitos, em sentido amplo, inclui os direitos decorrentes do “regime” e dos “princípios” consagrados pela nossa Constituição. Aqui, conforme demonstrado alhures, exercendo plenamente sua competência criativa, o intérprete atua na “construção jurisprudencial do direito”, revelando os direitos fundamentais que se encontram em estado latente na nossa Carta e que podem ser deduzidos diretamente do regime (democracia social) nela consagrado e dos princípios fundamentais que informam a ordem constitucional (artigos 1º a 4º). Nesta esfera, os limites são traçados pelo próprio alcance e significado do regime e dos princípios, bem como pelos direitos fundamentais positivados na Constituição formal, eis que não há como admitir-se a hipótese de direito decorrente (implícito) contrário a direito fundamental expresso.” SARLET, Ingo Wolfgang. Valor de alçada e limitação do acesso ao duplo grau de jurisdição: Problematização em nível constitucional à luz de um conceito material de Direitos fundamentais. “In” Doutrina Jurídica Brasileira – CD-ROM, org. Sérgio Augustin, Caxias do Sul: Plenum, 2001. No tocante ao acréscimo do § 3º ao art. 5º da CF de 1988 e às implicações com o § 2º do referido artigo, faremos breve alusão abaixo.

¹²³ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de direito do trabalho*. 17 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2001, p. 252, 253 e 254; DALLEGRAVE NETO, José Affonso, op. cit., p 55 e 87; GENRO, Tarso, op. cit., p. 85 e CAMINO, Carmen, op. cit., p. 75.

¹²⁴ Sobre o princípio da proibição de retrocesso social ver CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador – Contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas*. Reimpressão. Coimbra: Coimbra Editora, 1994, p. 413 e 414; SARLET, Ingo Wolfgang. *O estado social de direito, a proibição de retrocesso e a garantia fundamental da propriedade*. Doutrina Jurídica Brasileira (CD-ROM). Organizador Sérgio Augustin. Caxias do Sul: Plenum, 2001.

Assim, diante de conflitos de leis, nas revogações ou alterações constitucionais e legais, devemos indagar se são possíveis, validamente, dentro de nosso regime constitucional, leis que revoguem fundamentalmente um patamar social mínimo já consagrado sem o estabelecimento de qualquer compensação. Essa, portanto, é uma questão a ser levantada diante do fenômeno da flexibilização, ou seja, cabe perguntar se reformas constitucionais e legislativas podem acabar por dar uma conformação inconstitucional aos direitos humanos fundamentais sociais dos trabalhadores, por revogá-los ou restringi-los demasiadamente, sem que se assegure algum processo que efetive alguma forma de compensação. Além disso, também é de ser questionado o próprio poder de autonomia privada dos grupos (negociação coletiva), no sentido de analisar se podem e, em caso positivo, até que ponto, estabelecer normas inferiores aos padrões já alcançados¹²⁵.

Como afirma Sarlet, para se averiguarem a amplitude e intensidade da proteção derivada da proibição de retrocesso social devem ser observadas as especificidades do caso concreto, não podendo ser estabelecidas normas gerais sobre o assunto. No tema em questão, a utilização do princípio da proporcionalidade é paradigmática. Esse princípio serve para aferir a legitimidade não só das leis restritivas de direitos fundamentais, mas também para o exame da constitucionalidade da ação erosiva do legislador infraconstitucional que tenha por objetivo a implementação de mudanças e cortes no âmbito dos direitos sociais. Da violação

¹²⁵ Cabe referir aqui o recente Acórdão no. 509/02 proferido pelo Tribunal Constitucional Português, no qual se discute a inconstitucionalidade de um diploma legal que restringiu o alcance de prestações sociais (rendimento mínimo garantido) constitucionalmente previstas, que já haviam sido reguladas por lei. O tribunal analisa a questão, dentre outros enfoques, na ótica do princípio da proibição de retrocesso social. Na decisão se faz menção ao posicionamento do Conselho Constitucional francês que entende que esse princípio se aplica tanto aos chamados “direitos econômicos e sociais”, como também às chamadas “liberdades públicas”. No referido acórdão o tribunal reassenta, sobre a questão do princípio da proibição de retrocesso social, a posição adotada em outra decisão (Acórdão 39/84) nos seguintes termos: “[...] a partir do momento em que o Estado cumpre (total ou parcialmente) as tarefas constitucionalmente impostas para realizar um direito social, o respeito constitucional deste deixa de consistir (ou deixa de constituir apenas) numa obrigação positiva, para se transformar ou passar também a ser uma obrigação negativa. O Estado, que estava obrigado a actuar para dar satisfação ao direito social, passa a estar obrigado a abster-se de atentar contra a realização dada ao direito social”. O acórdão pode ser consultado no endereço eletrônico www.tribunalconstitucional.pt. No Direito brasileiro, mais estritamente no âmbito trabalhista, apesar do pouco tratamento dado ao princípio da proibição de retrocesso social tanto na doutrina como na jurisprudência, podemos citar a decisão proferida pelo Tribunal Regional do Trabalho da 4ª. Região no Acórdão 00646-1999-751-04-00-9 (AP), no qual o tribunal entendeu inconstitucional, por ferir o princípio da proibição de retrocesso social, uma lei municipal que limitou em valor inferior a trinta salários mínimos a possibilidade da expedição de requisição de pequeno valor para fins de pagamento de débito trabalhista devido pela Fazenda Pública Municipal. Entendeu o tribunal que, apesar da previsão constitucional que possibilita valores diversos tendo em conta a capacidade de pagamento de cada ente público, a lei municipal não podia ter infringido o disposto no art. 87 do ADCT da CF de 1988, que regulamentou provisoriamente a matéria, sob pena de diminuir o patamar de proteção social já alcançado. O acórdão pode ser consultado no endereço eletrônico www.trt4.gov.br.

desse princípio resulta a ofensa aos próprios direitos fundamentais sociais e ao princípio do estado social de Direito¹²⁶.

Em sentido semelhante, Streck entende que a Constituição não tem somente a tarefa de apontar para o futuro, mas tem, igualmente, a relevante função de proteger os direitos já conquistados. Desse modo, mediante a utilização da principiologia constitucional (explícita ou implícita), é possível combater alterações feitas por maiorias políticas eventuais, que, legislando na contramão da programaticidade constitucional, retiram (ou tentam retirar) conquistas da sociedade. O autor, então, cita decisão do Tribunal Constitucional de Portugal, que aplicou a cláusula da “proibição do retrocesso social”, inerente/imanente ao Estado Democrático e Social de Direito segundo a qual

... a partir do momento em que o Estado cumpre (total ou parcialmente) as tarefas constitucionalmente impostas para realizar um Direito social, o respeito constitucional deste deixa de consistir (ou deixa de consistir apenas) numa obrigação positiva, para se transformar ou passar também a ser uma obrigação negativa. O Estado, que estava obrigado a atuar para dar satisfação ao Direito social, passa a estar obrigado a abster-se de atentar contra a realização dada ao Direito social.¹²⁷

Portanto, a cláusula de proibição de retrocesso social, que tem origem na fundamentalidade dos direitos humanos fundamentais, nas cláusulas pétreas, como decorrência do princípio da confiança e da configuração de um Estado como Democrático de Direito, no âmbito do Direito do Trabalho ganha realce em conjunto com o princípio da norma mais favorável previsto no art. 7º, *caput*, da Constituição Federal de 1988.

¹²⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. *O estado social de Direito*, op. cit., Em outra obra, Sarlet afirma: “Em se levando em conta que o postulado da proibição de retrocesso social, por não ter caráter de regra geral e absoluta, mas, sim, de princípio, não admite solução baseada na lógica do tudo ou nada, aceitando determinadas reduções no âmbito das conquistas sociais ao nível infraconstitucional, encontra-se vedada, por evidente, sua supressão pura e simples. Por outro lado, não se poderá desconsiderar que estas restrições não poderão, em hipótese alguma, ferir o núcleo essencial dos direitos fundamentais sociais legislativamente concretizados, além da necessidade de se situarem sempre dentro dos limites fixados pelo princípio da proporcionalidade.” SARLET, Ingo Wolfgang, A eficácia dos direitos fundamentais, op. cit., p. 376.

¹²⁷ STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise*. Terceira edição revista, Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2001, pág. 245 e 246. Em outra obra, Streck: “Neste ponto adquire fundamental importância a cláusula implícita de proibição de retrocesso social, que deve servir de piso hermenêutico para novas conquistas. Mais e além de todos os limites materiais, implícitos ou explícitos, esse princípio deve regular qualquer processo de reforma da Constituição. Nenhuma emenda constitucional, por mais que formalmente lícita, pode ocasionar retrocesso social. Essa cláusula paira sobre o Estado Democrático de Direito como garantidora de conquistas. Ou seja, a Constituição, além de apontar para o futuro, assegura as conquistas já estabelecidas. Por ser um princípio, tem aplicação na totalidade do processo aplicativo do Direito.” STRECK, Lenio Luiz, *Jurisdição constitucional*, op. cit., p. 552.

Como já assinalamos, essa ótica não pode ser afastada quando se fala de flexibilização dos direitos dos trabalhadores, que não podem ser analisados somente da perspectiva, que já demonstramos falsa, de sua conveniência, pois merecem a análise na perspectiva da legitimidade constitucional. Sustentamos, portanto, que as hipóteses de flexibilização previstas art. 7º da CF de 1988 são restritas, não podendo ser alargadas. Essa é a resposta que nos parece adequada se operarmos no marco de uma interpretação conforme à Constituição, que não a entenda em tiras mas, sim, em sua unidade, levando em conta a necessidade de concordância prática de suas normas.

O art. 7º., *caput*, ao positivizar o princípio da norma mais favorável, está harmonizado com os princípios e valores fundantes da CF de 1988 (dignidade humana, cidadania, valorização do trabalho), bem como de acordo com o regime do Estado Democrático de Direito. Portanto, esse complexo normativo é de fundamental importância para que alcancemos a melhor interpretação conforme a Constituição. Esses argumentos são reforçados pelo que foi decidido pelo STF no Recurso Extraordinário no. 234.186-3, SP, julgado em 05 de junho de 2002, por unanimidade, tendo como relator o ministro Sepúlveda Pertence. No referido julgamento, em que se analisava a flexibilização de direitos através de negociação coletiva, o tribunal decidiu:

EMENTA: Estabilidade provisória da empregada gestante (ADCT, art. 10, II, b): inconstitucionalidade de cláusula de convenção coletiva do trabalho que impõe como requisito para o gozo do benefício a comunicação da gravidez ao empregador.

1. O art. 10 do ADCT foi editado para suprir a ausência temporária de regulamentação da matéria por lei. Se carecesse ele mesmo de complementação, só a lei a poderia dar: não a convenção coletiva, à falta de disposição constitucional que o admitisse.
2. Aos acordos e convenções coletivos de trabalho, assim como às sentenças normativas, não é lícito estabelecer limitações a Direitos constitucionais dos trabalhadores, que nem à lei se permite.¹²⁸

Na fundamentação do acórdão consta:

¹²⁸ O acórdão pode ser consultado no Endereço Eletrônico www.stf.gov.br.

...Depreende-se do preceito que – enquanto não disciplinada a matéria na lei complementar referida no art. 7º, I, da Constituição – o exercício da garantia só dependeria da confirmação da gravidez. O art. 10 do ADCT foi editado precisamente para suprir a ausência temporária de regulamentação da matéria por lei. Se carecesse ele mesmo de complementação, só a lei a poderia dar, o que, por si só, seria paradoxal, pois esvaziaria o significado de norma constitucional transitória. De qualquer sorte, jamais o poderia fazer a transação de natureza coletiva, à falta de disposição constitucional que o admitisse. Trata-se de Direito irrenunciável da empregada, que não pode ser afastado ou neutralizado por simples convenção. Aos acordos e convenções coletivos de trabalho, assim como às sentenças normativas, não é lícito estabelecer limitações a Direito constitucional dos trabalhadores, o que nem à lei é permitido. As cláusulas deles resultantes têm o seu âmbito circunscrito às categorias profissionais envolvidas, cujos integrantes não podem ter reduzidos ou eliminados os Direitos constitucionais, assegurados a todos os brasileiros em igual situação.

Como vemos, do prisma interno ao Estado brasileiro, um Estado Democrático de Direito, e tendo em conta a necessária contextualização histórica de nossas pré-compreensões, as respostas à globalização neoliberal apontam em sentido contrário ao da flexibilização geral e irrestrita. Em sentido inverso ao da flexibilização e precarização das relações de trabalho é que a CF de 1988 aponta, ou seja, aponta no sentido da preservação da dignidade humana do trabalhador, na valorização do trabalho e na proteção dos direitos humanos fundamentais, entre os quais os dos trabalhadores.

Ora, no art. 1º, inciso IV, primeira parte, e no art. 170, *caput*, da CF de 1988 está previsto como valor fundamental de nossa ordem jurídica a valorização social do trabalho, que, portanto, não pode ser tratado como simples mercadoria, pois é uma das bases do desenvolvimento da sociedade. A valorização do trabalho, assim, não significa apenas o aspecto econômico do trabalho, mas também o aspecto ético, demonstrando que o trabalho é fator de desenvolvimento não só de riquezas, mas também da própria personalidade humana, pois o trabalho deve possibilitar que a pessoa humana, em sua atividade, acabe por imprimir no mundo um pouco de sua individualidade e de sua contribuição na construção societária. Portanto, o trabalho não pode ser tratado numa visão meramente utilitarista/economicista, como muitas vezes é visto, mas, sim, levar em conta que está elevado como um dos pilares de nossa sociedade, na qual o trabalho não pode ser gênese de esvaecimento de quem o presta, mas, sim, uma fonte de dignificação e consideração pela pessoa que o presta.

Essa perspectiva pode abrir-nos os olhos para outras questões, como, por exemplo, não a restrição e a diminuição do campo de incidência do Direito do Trabalho, que são postulados pela flexibilização neoliberal, numa verdadeira “fuga do Direito do Trabalho”, mas um

aumento significativo do espectro de seu alcance protetivo¹²⁹. Assim, caberia, por exemplo, rever a distinção, fundada nos arts. 2º, 3º. e 442, todos da CLT, entre relação de trabalho e relação de emprego, pois, segundo essa distinção, o Direito do Trabalho só alcança um tipo específico de relações de trabalho, que são as relações de emprego, ficando fora de sua incidência uma grande parte das relações de trabalho¹³⁰.

Com efeito, tais dispositivos estabelecem, como afirma Marques de Lima, que a relação de emprego é uma espécie do que se pode denominar “relação de trabalho”, pois é uma relação de trabalho específica marcada pela subordinação, pelo trabalho prestado de forma não eventual, pessoal e remunerada por um empregado (pessoa física) a um empregador (arts., 2º, 3º e 442, todos da CLT).¹³¹

Ora, essa configuração afasta da incidência do Direito do Trabalho uma gama imensa de relações de trabalho, deixando grandes contingentes de trabalhadores sem qualquer proteção do Direito do Trabalho, o que se agrava por todos os processos postulados pela globalização neoliberal. Como bem nos lembra Uriarte, o Direito do Trabalho nasceu de uma desigualdade, entre trabalhadores e empregadores, e essa desigualdade continua e se agrava, razão pela qual entende que “a proteção não só não deve ser eliminada nem diminuída com relação aos clássicos trabalhadores subordinados, mas estendida aos trabalhadores autônomos e informais, tão, ou mais ainda, necessitados de tutela que os primeiros.”¹³²

No mesmo sentido, Dallegrave Neto aponta uma das saídas ao fenômeno da flexibilização, a luta por uma legislação trabalhista mais incluyente, a fim de que cada vez mais empregados e sub-empregados sejam por ela protegidos, eliminando a idéia de espectro privilegiado a poucas categorias organizadas, e também a busca de efetividade das normas da

¹²⁹ Desse ponto de vista concordamos com Romagnoli, o qual entende que todos os tipos de trabalho merecem proteção do Direito do Trabalho. ROMAGNOLI, Umberto, op. cit., p. 173.

¹³⁰ Cabe referir aqui duas questões importantes, uma de natureza “material” e outra de natureza “processual”. No aspecto material, cabe lembrar que a extensão da aplicação dos direitos fundamentais trabalhistas aos não empregados foi prevista num caso, expressamente, pela própria Constituição Federal de 1988. Trata-se do inciso XXXIV do art. 7º, que estende os mesmos direitos dos trabalhadores com vínculo empregatício aos trabalhadores avulsos (em regra os portuários). No mesmo sentido, cabe referir a Lei no. 5.889/73, que se aplica aos empregados rurais, que em seu art. 17 da Lei estende os direitos a trabalhadores eventuais e aqueles que estão em uma zona cinza entre o trabalho subordinado e autônomo, denominados por muitos de “parasubordinados”. No aspecto processual, cabe lembrar a Emenda Constitucional no. 45, que, ao alterar a redação do art. 114 da CF de 1988, previu a competência da Justiça do Trabalho para o julgamento de questões relativas às relações de trabalho e não somente às relações de emprego. Pela mudança processual, a Justiça do Trabalho pode julgar litígios que surjam de relações de emprego, nas quais se aplica o Direito do Trabalho, e litígios que surjam de relações de trabalho em que não se configura a relação de emprego, quando se aplicarão as normas do direito civil ou de outros ramos do Direito.

¹³¹ LIMA, Francisco Meton Marques de. *Elementos de Direito do Trabalho e processo trabalhista*. 4. ed. São Paulo: LTr. Editora, 1992, p. 55.

¹³² URIARTE, Oscar Ermida, A flexibilidade, op. cit., p.24-26.

Constituição, que salientam e asseguram não só direitos trabalhistas, mas o direito ao trabalho.¹³³

Durante o Fórum Internacional sobre Flexibilização no Direito do Trabalho, patrocinado pelo Tribunal Superior do Trabalho (TST), Pochman propôs um código do trabalho que abarque os trabalhadores hoje excluídos da CLT, entendendo que deve levar em conta as diferentes formas com que o trabalho assalariado é prestado em nossa sociedade¹³⁴.

Portanto, sob o viés interno ao Estado Democrático de Direito brasileiro, a saída legítima não é simplesmente flexibilizar, ou melhor, possibilitar a destruição dos direitos humanos fundamentais sociais mínimos, mas, sim, buscar políticas públicas de emprego, de crescimento, de inclusão e de distribuição de renda que alcancem esse grande número de pessoas que estão fora do sistema, além de garantir a efetividade das normas constitucionais que prevêm os direitos humanos fundamentais.

Por outro lado, sob um viés externo ao Estado, não podemos perder de vista a necessidade de uma “globalização dos direitos humanos fundamentais”, entre eles os dos trabalhadores, como resposta à globalização econômica. Não se trata, evidentemente, de desconsiderar o espaço nacional, mas de avançar na construção de balizas jurídicas mundiais que tenham como seu cerne os direitos humanos fundamentais.

Como diz Capella, diante das circunstâncias em que nos encontramos, ou se estabelece uma democratização social real, intensiva e extensiva, e daí a importância do questionamento das reais “leis que governam a sociedade”, ou se estabelece a barbárie. O autor insiste na importância do questionamento de “sistemas democráticos” onde a liberdade e a dignidade se ajoelham diante do dinheiro.¹³⁵

Com a possibilidade de fragmentação dos processos produtivos, com empresas flexíveis e fronteiras estatais cada vez mais débeis (principalmente as dos países periféricos), conforme já salientado, fica fácil para as mega-corporações escolherem seletivamente o direito interno de cada Estado a que vão se submeter, o que facilita o *dumping social*, ou seja, o direcionamento da produção para locais onde os direitos humanos fundamentais dos

¹³³ DALLEGRAVE NETO, José Affonso, op. cit., p. 42.

¹³⁴ A proposta do professor da UNICAMP pode ser conferida no endereço eletrônico www.tst.gov.br, notícias do dia 08 de abril de 2003. Em sentido semelhante foi a posição adotada pelo professor de Direito do Trabalho da Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG) Márcio Túlio Viana, debatedor no referido Fórum, em sua intervenção que pode ser conferida no mesmo endereço eletrônico, notícias de 09 de abril de 2003, quando afirmou a necessidade de proteção dos trabalhadores que prestam trabalho sob dependência econômica e sem proteção trabalhista.

¹³⁵ CAPELLA, Juan Ramón, Fruto proibido. op. cit., p. 287-288.

trabalhadores não são respeitados. Essa situação facilita, também, o processo de pressão do capital pela “desregulamentação nacional”¹³⁶.

Dessa forma, a globalização dos direitos humanos fundamentais, entre os quais os dos trabalhadores, seria uma pauta mínima a ser respeitada em todos os locais. Essa idéia se encontra presente em vários autores de posturas diversas, mas que concordam em torno da necessidade de um processo de mundialização dos direitos humanos fundamentais.

Bobbio entende que se faz necessário o reconhecimento dos direitos humanos acima de cada Estado:

Direitos do homem, democracia e paz são três momentos necessários do mesmo movimento histórico: sem direitos do homem reconhecidos e protegidos, não há democracia; sem democracia, não existem as condições mínimas para a solução pacífica dos conflitos. Em outras palavras, a democracia é a sociedade dos cidadãos, e os súditos se tornam cidadãos quando lhes são reconhecidos alguns direitos fundamentais; haverá paz estável, uma paz que não tenha a guerra como alternativa, somente quando existirem cidadãos não mais deste ou daquele Estado, mas do mundo.¹³⁷

Delmas-Marty propõe que, a partir dos direitos humanos, como “Direito dos direitos”, como “modelo comum a ser seguido”, devemos buscar a construção de um “direito comum” que não suprima as diferenças, mas que considere o múltiplo e a complexidade. E aduz:

¹³⁶ Tratando da relação entre capital e trabalho e a independência daquele de fatores territoriais, Bauman afirma que é “claro que a independência não é completa, e o capital não é ainda tão volátil como gostaria de e tenta ser. Fatores territoriais – locais – ainda devem ser considerados na maioria dos cálculos, e o “poder de confusão” dos governos locais ainda pode colocar limites constrangedores à sua liberdade de movimento. Mas o capital se tornou extraterritorial, leve, desembaraçado e solto numa medida sem precedentes, e seu nível de mobilidade espacial é na maioria dos casos suficiente para chantagear as agências políticas dependentes de território e fazê-las se submeterem a suas demandas. A ameaça (mesmo quando não expressa e meramente adivinhada) de cortar os laços locais e mudar-se para outro lugar é uma coisa que qualquer governo responsável, em benefício próprio e no de seus concidadãos, deve tratar com a maior seriedade, tentando subordinar suas políticas ao propósito supremo de evitar a ameaça de desinvestimento.” BAUMAN, Zygmunt, *Modernidade*, op. cit., p. 172.

¹³⁷ BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 1.

A partir dos direitos do homem, fica possível imaginar um “Direito dos Direitos” que permitiria aproximar, e não unificar, os diferentes sistemas. Aproximá-los numa harmonia feita tanto da subordinação deles a uma ordem supranacional como da coordenação deles segundo princípios comuns. Como nuvens que, levadas por um mesmo sopro, se ordenassem aos poucos guardando seu ritmo próprio, suas formas próprias.¹³⁸

Em linha semelhante, Bolzan de Moraes postula um projeto civilizatório na contramão da globalização neoliberal, um projeto assentado nos direitos humanos de todas as dimensões e em novos espaços para a democracia a serem abertos em nível local, regional, comunitário, supranacional, que envolva tanto as relações privadas como as relações inter-estatais.¹³⁹

Cabe referir também a posição de Barreto, que afirma:

... O atual estágio do processo de internacionalização da economia mostrou como alguns efeitos perversos da chamada globalização ignoram os direitos básicos da pessoa humana. Ao contrário do que sustentavam os ideólogos do liberalismo clássico, a internacionalização da economia aumentou a corrupção política, o tráfico de órgãos entre países ricos e países pobres, a exploração do trabalho infantil, a escravidão branca, o crime organizado etc. Todos esses resultados dos novos tipos de relações econômicas e sociais evidenciam um quadro de distorções e violações da dignidade da pessoa humana, que somente poderá ser corrigido – e esta é a contribuição central de Kant para a reflexão contemporânea – por um direito também global, cosmopolita, e que afirme e garanta os valores constitutivos da dignidade humana.¹⁴⁰

No campo específico do Direito do Trabalho essa preocupação também está presente tanto na doutrina como na postura que vem sendo adotada pelos órgãos internacionais.

Jean Claude Javillier, na condição de diretor do Departamento de Normas Internacionais do Trabalho da OIT, afirma a necessidade da implementação de normas

¹³⁸ DELMAS-MARTY, Mireille. *Por um Direito comum*. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. IX-XII e 306. E aqui cabe lembrar que esse projeto comum de direito a partir dos direitos humanos, certamente, não é um dos objetivos da globalização econômica neoliberal, que quer apenas liberdade, e cada vez maior, para o capital. Como afirma Bauman: “Lembremos mais uma vez o que Michel Cozier assinalou muitos anos atrás no seu pioneiro estudo sobre *O fenômeno burocrático*: toda dominação consiste na busca de uma estratégia essencialmente semelhante – deixar a máxima liberdade de manobra ao dominante e impor ao mesmo tempo as restrições mais estritas possíveis à liberdade de decisão do dominado. Essa estratégia foi outrora aplicada com sucesso por governos estatais, que agora no entanto se encontram do outro lado do processo. Agora é a conduta dos “mercados” – primordialmente das finanças mundiais – a principal fonte de surpresa e incerteza. Não é difícil portanto ver que a substituição dos Estados territoriais “fracos” por algum tipo de potências legislativas e policiais globais seria prejudicial aos interesses dos “mercados mundiais.” BAUMAN, Zygmunt. *Globalização – As conseqüências humanas*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1999, p. 77.

¹³⁹ BOLZAN DE MORAIS, José Luis, *As crises do estado*, op. cit., p. 98.

¹⁴⁰ BARRETO, Vicente. *Ética e direitos humanos: Aporias preliminares*. “In” *Legitimação dos direitos humanos*. Organizador: Ricardo Lobo Torres. São Paulo – Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 519.

internacionais de trabalho, principalmente no mundo globalizado, como forma de garantir a paz e o bem-estar geral, deixando clara sua posição ao afirmar que “o custo da ausência de Direito e de normas internacionais é a pobreza, a exclusão, a corrupção, a guerra e a morte.” Postulou, ainda, a ampliação do raio de ação do Direito Internacional do Trabalho para alcançar não só os trabalhadores subordinados, mas também levar em conta as novas formas de prestação de trabalho.¹⁴¹

É claro, que, conforme já dito, apesar de evidente necessidade das normas internacionais e a busca por soluções que abranjam mais do que um Estado, não podemos esquecer das questões locais, com suas singularidades e problemas específicos, como forma de não se perder de vista aspectos circunstanciais de cada Estado, bem como para não se alijarem da discussão amplas parcelas populacionais, o que apenas empobreceria o entendimento do momento atual.¹⁴²

Um dos autores que, no âmbito do Direito do Trabalho, tem dado atenção especial à problemática que envolve a globalização neoliberal e a flexibilização das relações de trabalho, propondo um novo direito internacional como solução é Oscar Ermida Uriarte. Diante da globalização econômica, Uriarte postula a necessidade da globalização dos direitos humanos. Afirma o autor que,

Se plantea así, por el agravamiento de la situación social y por el desplazamiento del centro de gravedad económico, político y social desde lo nacional hacia lo internacional, la re-regulación internacional de las relaciones laborales. Más aún, la globalización económica se acompaña con la universalización de los derechos humanos, que incluyen, por cierto, derechos del trabajador.¹⁴³

E adiante continua:

¹⁴¹ JAVILLIER, Jean Claude. *Fórum internacional sobre Direitos humanos e Direitos sociais*. Endereço eletrônico www.tst.gov.br, Notícias de 30 de março de 2004.

¹⁴² YAZBEK, Otávio. *Circulação e Transferência dos Modelos Jurídicos*. Direito Constitucional – Estudos em homenagem a Paulo Bonavides. Eros Roberto Grau e Willis Santiago Guerra Filho – Organizadores. São Paulo: Malheiros Editores, 2003, p. 557.

¹⁴³ URIARTE, Oscar Ermida. *Derechos laborales y comercio internacional*. Endereço eletrônico <http://www.mundodeltrabajo.org.ar/>, consulta em 10/01/2006, p. 2-3.

Sin embargo, una interpretación en notoria expansión – en consonancia, precisamente, con la mundialización –, postula que en tanto parte del *jus cogens*, los derechos humanos reconocidos como tales por la comunidad internacional en esas grandes Declaraciones y Pactos integran el orden público internacional y por tanto, gozan de *imperium* mas allá de todo acto de ratificación, convalidación o recepción nacional. ... Em efecto, hemos podido ser testigos del nacimiento y crecimiento de un Derecho de los derechos humanos, hijo del Derecho Internacional y del Derecho Constitucional, de ámbito o dimensión universal y que contiene normas imperativas de orden pública internacional que constituyen *principios básicos de convivencia internacional*. ... En general, la doctrina sostiene que pertenecen al *jus cogens* el principio *pacta sunt servanda*, la buena fe y los derechos humanos.¹⁴⁴

Em outro texto o autor postula uma “re-regulamentação” internacional do Direito do Trabalho. Afirma que as normas internacionais, as declarações e pactos de direitos humanos, além de convenções coletivas bi, pluri ou multinacionais, cláusulas e pactos sociais, já se apresentam como uma realidade incipiente em alguns aspectos, mas de necessidade de desenvolvimento impostergável. Segundo o autor, isso não significa, pelo menos a médio e longo prazo, a substituição dos sistemas nacionais por tais normativas, mas, sim, uma atuação na qual essas normativas devem conviver e interagir com os sistemas nacionais, pautando as diretivas para esses.¹⁴⁵

Durante o Fórum Internacional sobre Direitos Humanos e Direitos Sociais, realizado no TST, tratando da relevância dos direitos humanos consagrados na Constituição e por normas internacionais, após afirmar que os direitos humanos fundamentais, por serem essenciais à pessoa humana, “operam como um limite de ordem pública, são indisponíveis, encontram-se fora da esfera de disponibilidade dos poderes públicos e, por isso, são insuscetíveis de flexibilização”, Uriarte reafirma que os pactos internacionais podem ser vistos como normas integrantes de uma ordem pública internacional, nas quais a boa-fé, o cumprimento dos acordos e os direitos humanos são elementos fundamentais. Então propõe:

¹⁴⁴ Idem, ibidem, p. 9.

¹⁴⁵ URIARTE, Oscar Ermida. *A flexibilidade*, op. cit., p. 63.

- 1 – A Constituição é a norma máxima da ordem jurídica nacional, o que permite dizer que esse texto deve ser o primeiro passo de qualquer operação jurídica interpretativa ou aplicativa e por isso deve ser vista como de máxima eficácia e de aplicação direta;
- 2 – As normas internacionais sobre Direitos humanos são de hierarquia máxima e de aplicação direta e formam parte da nossa Constituição;
- 3 – Existe uma tendência de evolução para considerar os Direitos humanos como universais e não apenas como internacionais. Os Direitos humanos não correspondem a um problema de Direito internacional, entre nações, mas uma questão universal, da espécie humana;
- 4 – Superação da antinomia jusnaturalismo X positivismo. Quando encontramos na Constituição uma norma positiva, uma remissão a Direitos próprios da pessoa humana, temos uma norma positiva recolhendo em seu seio uma partes do jusnaturalismo e vice-versa;
- 5- Também há a superação da velha oposição entre monismo e dualismo, que envolvia as discussões entre prevalência da ordem internacional sobre a nacional ou o contrário. Na medida em que a Constituição remete a tratados internacionais, como ocorre no art. 5º § 2º do texto brasileiro, a discussão se torna obsoleta;
- 6 – Indisponibilidade dos Direitos humanos. Esses Direitos universais, reconhecidos como constitucionais e universais, estão supra-ordenados face à lei ordinária. É intangível, inalcançável pelo legislador nacional e, portanto, impassível de flexibilização. E permite, também, uma reconstrução do Direito do Trabalho, só possível aos magistrados;
- 7 – Necessidade de uma reconstrução conceitual, ou seja, a premência do desenvolvimento de um pensamento fundado em Direitos. Se a essência da ordem pública internacional e do constitucionalismo nacional é esse elenco de Direitos humanos fundamentais, nosso pensamento tem que partir daí e potenciar isso;
- 8 – Necessidade de uma reconstrução jurisprudencial, que corresponde a um papel dos juízes. A reconstrução do Direito do Trabalho só se faz real, só se torna real com a atuação dos magistrados. Este é o momento supremo do Direito, em que as obras jurídicas aterrisam e são aplicadas pelo juiz, com base na doutrina jurídica e a pedido dos advogados.¹⁴⁶

¹⁴⁶ URIARTE, Oscar Ermida. *Palestra proferida no Fórum Internacional sobre direitos humanos e direitos sociais do TST*. Endereço eletrônico www.tst.gov.br, Notícias de 31 de março de 2004.

Cabe-nos salientar, por fim, que a CF de 1988 dá plena sustentação a essa postura de construção de um direito comum, fundado nos direitos humanos fundamentais, pois expressamente prevê um processo comum de integração dos direitos fundamentais previstos na Carta com os direitos humanos previstos nas normativas internacionais. Com efeito, o § 2º do art. 5º da CF de 1988¹⁴⁷ veio dar uma visão diferenciada para as normas de direito internacional que tratam dos direitos humanos fundamentais. Essas normas internacionais são diferenciadas em relação às demais normas internacionais, pois àquelas são integradas no ordenamento interno no plano constitucional, ao passo que estas são integradas no plano infraconstitucional.¹⁴⁸

Portanto, tanto em nível interno ao Estado como no externo, existem saídas ao processo de exclusão social patrocinado pela globalização neoliberal, as quais não se excluem, mas, sim, são complementares.

Como percebemos a situação do trabalho em nível mundial encontra-se diante de sérias dificuldades, que foram aprofundadas pela globalização neoliberal e pelo discurso ideológico da única via. Todavia, não estamos condenados ao discurso único, pois existem saídas que apontam para outro viés, o viés dos direitos humanos fundamentais e da democracia. Esse outro caminho não está pronto, precisa ser construído, cabendo aos juristas também um papel nesse projeto civilizatório. Dessa forma, impõe-se uma postura marcada por um profundo mergulho na historicidade e de tomada de consciência histórica, o que

¹⁴⁷ Cabe lembrar, ainda, que a Emenda Constitucional no. 45/2004 incluiu o § 3º no art. 5º. da CF de 1988, dispositivo que causa perplexidade em sua interpretação. Se, por um lado, vem confirmar a interpretação que entende que os direitos humanos previstos em tratados e convenções internacionais ingressam no ordenamento jurídico brasileiro em patamar constitucional, por outro, faz essa integração depender de um procedimento formal agravado para sua aprovação por parte do Congresso Nacional. E aí surgem alguns problemas. Em primeiro lugar, cabe referir que a maior parte dos tratados, convenções e pactos internacionais mais importantes (Pactos de Direitos Civis e Sociais de 1966, por exemplo) já foi ratificada pelo Brasil antes da vigência de referido dispositivo. Como ficam essas normativas internacionais? Em segundo lugar, o § 3º altera, em parte, o que dispunha o § 2º do art. 5º. da CF de 1988, que previa uma espécie de eficácia imediata para a normativa internacional no âmbito interno. Ora, isso não ofende frontalmente as cláusulas pétreas previstas no art. 60 da CF de 1988? Em terceiro lugar, cabe lembrar que o Brasil se rege nas suas relações internacionais, segundo o que dispõe o inciso II do art. 4º da CF de 1988, pela prevalência dos direitos humanos. É possível não se reger desta forma no âmbito interno? Como vemos, parece-nos que a melhor saída é entender que continua a plena eficácia da interpretação que a melhor doutrina vinha dando ao § 2º. do art. 5º. da CF de 1988.

¹⁴⁸ CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. Tratado de Direito internacional dos Direitos humanos. Volume I. 1. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997, p. 407; SARLET, Ingo Wolfgang, A eficácia dos Direitos fundamentais, op. cit., p. 91 e 126; MAZZUOLI, Valério de Oliveira. Direitos humanos & relações internacionais. Campinas: Agá Juris, 2000, 102 e PIOVESAN, Flávia. Temas de Direitos humanos. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 2003, p. 44 e s. e, da mesma autora, Direitos humanos e o Direito constitucional internacional. 3. ed. São Paulo: Max Limonad, 1997, p. 103 e s. Embora esta posição ainda não seja prevalecente no STF, cabe citar, todavia, o voto vencido do Ministro Carlos Mário da Silva Velloso, proferido na ADIM 1.480 – DF, de 04/09/1997, que trilha no caminho aqui sustentado. O voto pode ser conferido na Revista LTr, nº. 09, vol. 61. São Paulo: LTr. Editora, setembro de 1997, p. 1.161.

possibilita novas posturas hermenêuticas que não congelem sentidos, mas que, tomando em conta o contexto, consigam abrir novas possibilidades de interpretação do fenômeno jurídico. A hermenêutica filosófica nos capacita a dar essas respostas que os novos tempos pedem, possibilitando uma nova leitura do papel civilizatório que os direitos humanos fundamentais podem ter para a humanidade e abrindo novos caminhos para uma compreensão adequada desses direitos num mundo novo.

3 A HERMENÊUTICA FILOSÓFICA E UMA NOVA POSTURA HERMENÊUTICA

Conforme o que foi observado no primeiro capítulo desta dissertação, a situação pela qual passam o trabalho e os trabalhadores (aqueles que vivem de sua força de trabalho) é por demais periclitante e cheia de incertezas no atual mundo globalizado orientado pela ótica neoliberal.

Diante das mudanças econômicas, políticas, sociais e culturais que ocorrem numa velocidade cada vez mais alucinante, faz-se necessário que os juristas reflitam sobre o contexto onde vivem e onde projetam as soluções para os problemas que se apresentam socialmente. Como já dito, o Direito, como fenômeno sócio-cultural, é essencialmente histórico, sendo, dessa forma, marcadas pela historicidade as soluções construídas ao longo dos tempos para o enfrentamento das aporias jurídicas.

Assim, não podemos perder de vista o contexto em que vivemos. Ao propormos soluções para os problemas graves que estão na ordem do dia, não podemos esquecer que vivemos no Brasil, nem que, em primeira mão, a Constituição Federal de 1988 é o pacto constituinte de um Estado Democrático de Direito. Em segundo lugar, não podemos esquecer que o Brasil é um país de Terceiro Mundo, que não conseguiu ainda vencer problemas existenciais para a maioria da sua população. Por outro lado, cabe-nos também tomar consciência do papel histórico que os direitos humanos fundamentais, como direitos necessários para se manter um mínimo de legitimidade de um ordenamento jurídico e de uma sociedade, podem ter no enfrentamento dos problemas criados pela possibilidade de *dumping social*, cada vez mais facilitado pela globalização neoliberal.

É nesse contexto, portanto, que a hermenêutica filosófica é um caminho teórico que torna possível darmos algumas respostas pertinentes à construção de uma concepção adequada sobre o papel fundamental que os direitos humanos fundamentais, entendidos em sua indivisibilidade e complementaridade, têm no enfrentamento dos graves problemas que surgem no mundo do trabalho. Em especial, cabe a reflexão sobre a eficácia dos direitos humanos fundamentais de primeira dimensão nas relações entre privados, em especial, no contrato de trabalho, aspecto que será aprofundado no terceiro capítulo da presente dissertação.

Nessa senda, no presente capítulo faremos a exposição de algumas noções operativas sobre a hermenêutica filosófica que consideramos como fundamentais para o deslinde dos

problemas propostos e que são indispensáveis para um novo olhar sobre os fenômenos do trabalho e sua regulamentação, na ótica dos direitos humanos fundamentais.

3.1 A HERMENÊUTICA FILOSÓFICA E O SEU PAPEL PRODUTIVO PARA O DIREITO

A hermenêutica filosófica, que se faz basilar para a construção do presente trabalho, não se coaduna com a visão metódica da hermenêutica própria ao senso comum teórico dos juristas¹⁴⁹, pois esta última se apresenta como uma hermenêutica marcada por métodos que, supostamente, possibilitam a interpretação do Direito. A hermenêutica filosófica não se apresenta como fundada em métodos que, supostamente, pela sua utilização, possibilitariam a construção de “receitas” aptas a dar respostas “objetivas e dotadas de certeza matemática” aos problemas jurídicos.¹⁵⁰

Ao contrário, a hermenêutica filosófica possibilita-nos uma abordagem mais produtiva do Direito, por meio de um diálogo aberto com a tradição democrática, no qual a historicidade do conhecimento e a impossibilidade do congelamento eterno de sentidos, são marcas indelévels para a solução dos problemas jurídicos.

Como lembra-nos Ohlweiler, com a hermenêutica filosófica há a superação da velha disputa, na interpretação dos textos jurídicos, entre os partidários da vontade do legislador (subjativistas) e os partidários da vontade da lei (objetivistas), não se atribuindo tanta importância, como costumeiramente se faz, à intenção de “quem quer significar algo”, pois o que importa é o contexto no qual se encontram o intérprete e o texto. A interpretação é sempre

¹⁴⁹WARAT afirma: “De uma maneira geral, a expressão “senso comum teórico dos juristas” designa as condições implícitas de produção, circulação e consumo das verdades nas diferentes práticas de enunciação e escritura do Direito. Trata-se de um neologismo proposto para que se possa contar com um conceito operacional que sirva para mencionar a dimensão ideológica das verdades jurídicas. Nas atividades cotidianas – teóricas, práticas e acadêmicas – os juristas encontram-se fortemente influenciados por uma constelação de representações, metáforas, estereótipos e normas éticas que governam e disciplinam anonimamente seus atos de decisão e enunciação. Pode-se dizer que estamos diante de um protocolo de enunciação sem interstícios. Um máximo de convenções lingüísticas que encontramos já prontas em nós quando precisamos falar espontaneamente para reificar o mundo, compensar a ciência jurídica de sua carência.” WARAT, Luiz Alberto. Introdução geral ao direito. Volume I. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1994, p. 13.

¹⁵⁰ Como afirma Kaufmann, a hermenêutica não é em sua essência método, “mas sim filosofia transcendental. ... Ela é filosofia transcendental no sentido em que designa as *condições de possibilidade de compreensão do sentido em geral*. A hermenêutica, enquanto tal, não prescreve nenhum método. Ela apenas indica sob que pressupostos se pode compreender algo no seu sentido.” KAUFMANN, Arthur. A problemática da filosofia do direito ao longo da história. Filosofia do direito. Coimbra: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004, p. 149-150.

contextualizada, e é na fusão de horizontes que se dá a produção de novos sentidos. Assim, ao intérprete não cabe buscar uma vontade, seja do legislador, seja da lei (posturas metafísicas), mas adotar uma postura dialógica com o texto, que será compreendido na dialética circular das perguntas e das respostas.¹⁵¹

A hermenêutica que está marcada pelos métodos, a “hermenêutica metódica”, é uma postura praticada pelos juristas ainda imersos no senso comum teórico e que ainda não se deram conta da “viragem lingüística” (quando a linguagem, de terceira coisa entre sujeito e objeto, passou a ser condição de possibilidade de nosso modo de ser no mundo) e do rompimento da filosofia da consciência (relação de dominação entre sujeito e objeto, para a qual o sujeito está fora do mundo histórico e pode controlar o que está à sua frente – o objeto).¹⁵²

Streck demonstra, com base na hermenêutica crítica (hermenêutica de base filosófica), a precariedade da “hermenêutica metódica”, pois nesta os chamados “métodos” são apresentados como caminhos neutros e científicos para se chegar à verdade. Todavia, de fato, são procedimentos retóricos que escondem os valores que se quer preservar na interpretação do Direito.¹⁵³ Assim, ao contrário da “hermenêutica metódica”, a hermenêutica filosófica não oferece métodos, mas, sim, como afirma Hernández-Largo, é uma proposta de descrição das condições reais do intérprete. O intérprete está integrado num meio cultural, numa tradição sem a qual sequer é imaginável a interpretação. Afirma o autor:

No cabe situarse fuera del entorno cultural ni de la cadena interpretativa del texto. Pero, simultáneamente, ese sujeto no está atado indefectiblemente a una comprensión, pues, entender es siempre una actitud de apertura y antesala a algo creador y complementario del pasado. En la ciencia jurídica nunca se resaltaré suficientemente que la interpretación es una nueva lectura de las normas jurídicas y que cada caso será una nueva aplicación, algo así como si el derecho reverdeciera cada vez que es aplicado o cumplido.¹⁵⁴

¹⁵¹OHLWEILER, Leonel Pires. *Direito Administrativo em perspectiva* – Os termos indeterminados à luz da hermenêutica. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2000, p. 146.

¹⁵²Palmer afirma: “O método é uma tentativa de avaliação de controle por parte do intérprete; é o oposto de nos deixarmos guiar pelo fenômeno. A “abertura” da experiência – que altera o próprio intérprete em favor do texto – é a antítese do método. Assim o método é de facto uma forma de dogmatismo, separando o intérprete da obra, colocando-se entre esta e ele, e impedindo-o de experimentar a obra em toda a sua plenitude. A visão analítica é cega à experiência; é uma cegueira analítica.” PALMER, Richard E.. *Hermenêutica*. Lisboa: Edições 70, 1999, p. 248. É nessa ótica que aqui será postulada a ultrapassagem do modelo metódico para o modelo hermenêutico.

¹⁵³STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise*, op. cit., p. 109. Ver no mesmo sentido, WARAT, Luiz Alberto, op. cit., p. 33-38.

¹⁵⁴HERNÁNDEZ-LARGO, Antonio Osuna. *Hermenêutica Jurídica – En torno a la hermenéutica de Hans-Georg Gadamer*. Valladolid: Secretariado de Publicaciones, Universidad, D.L., 1992, p. 93.

É com essa matriz teórica, na qual a filosofia hermenêutica de Heidegger e a hermenêutica filosófica de Gadamer têm papel decisivo, que poderemos descortinar novos sentidos para os direitos humanos fundamentais no atual mundo do trabalho, tendo como mote perguntar pela construção de caminhos não metódicos que possibilitem o acontecer desses direitos em sua indivisibilidade, com especial referência à eficácia ou à vinculação dos sujeitos privados aos direitos humanos fundamentais de primeira dimensão.¹⁵⁵

A hermenêutica filosófica permite-nos uma abordagem do fenômeno jurídico que torna produtivo o estranhamento que vivenciamos ao perceber que ainda para o senso comum teórico dos juristas os direitos humanos fundamentais continuam a ser interpretados de uma ótica liberal em plena vigência de um Estado Democrático de Direito.

Streck defende que os intérpretes do Direito devem se dar conta da “viragem lingüística” e da superação da filosofia da consciência, quando de terceira coisa entre o sujeito e o objeto, a linguagem passa a ser condição de possibilidade de dizer o fenômeno jurídico, condição de possibilidade do próprio saber, condição de termos um “mundo como mundo”. Afirma, ainda, com Gadamer, o caráter produtivo da interpretação no Direito, que se dá a partir da fusão de horizontes entre o intérprete e o texto jurídico, fusão que é balizada pela tradição jurídica.¹⁵⁶

¹⁵⁵ Ohlweiler dá grande importância a essa temática. O autor cita o texto “A pergunta pela técnica” de Martin Heidegger, onde o “Filósofo da Floresta Negra” chama a atenção para o problema do método e para a adequada compreensão do que significa perguntar, quando diz: “perguntar es estar construyendo um camino. Por ello es aconsejable fijar la atención en el camino y no estar pendiente de frases y rótulos aislados. El camino es un camino del pensar.” OHLWEILER, Leonel. Os princípios constitucionais da administração pública a partir da filosofia hermenêutica: Condições de possibilidade para ultrapassar o pensar objetificante. Texto do MINTER em Direito UNISINOS/UPF, 2005, p. 19.

¹⁵⁶ STRECK, Lenio Luiz. Jurisdição constitucional e hermenêutica – Uma nova crítica do direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 169-175.

Ora, como afirma o autor¹⁵⁷, toda a interpretação pressupõe uma compreensão e, para compreender, precisamos ter uma pré-compreensão. Por seu turno, a pré-compreensão é uma estrutura prévia de sentido que se articula a partir de uma posição prévia, de uma visão prévia e de uma concepção prévia, a qual possibilita o entendimento do todo. Dessa forma, a pergunta pelo sentido do texto jurídico (o ser do ente) deixa de ser uma questão de método e passa a ser a pergunta de como o sentido se dá, isto é, de como o *Dasein* (ser-aí), como ente compreendedor que compreende o ser¹⁵⁸, compreende esse sentido (entendido como a articulação, como a perspectiva do projeto sobre o qual se estrutura a pré-compreensão)¹⁵⁹. Assim, a compreensão é entendida como um existencial, o modo de constituição do próprio homem, este entendido como poder-ser, como existência.

¹⁵⁷ Idem, ibidem, p. 169-171.

¹⁵⁸ Heidegger nas notas explicativas de “Ser e Tempo” afirma que o *Dasein* ou pre-sença “não é sinônimo nem de homem, nem de ser humano, nem de humanidade, embora conserve uma relação estrutural. Evoca o processo de constituição ontológica de homem, ser humano e humanidade. É na pre-sença que o homem constrói o seu modo de ser, a sua existência, a sua trajetória etc...”. HEIDEGGER, Martin. Ser e Tempo. Parte I. 14. ed.. Rio de Janeiro: Editora Vozes, 2005, p. 309. Em outra passagem, falando sobre o *Dasein*, a pre-sença, Heidegger afirma: “Elaborar a questão do ser significa, portanto, tornar transparente um ente – o que questiona – em seu ser. Como modo de ser de um ente, o questionamento dessa questão se acha essencialmente determinado pelo que nela se questiona – pelo ser. Esse ente que cada um de nós somos e que, entre outras, possui em seu ser a possibilidade de questionar, nós o designamos com o termo pre-sença.” HEIDEGGER, Martin, op. cit., p. 33. Já Hermann, com base em Safranski, diz que o “*Dasein* ou existência significa, pois, que nós não apenas somos, mas percebemos que somos. E nunca estamos acabados, como algo presente; não podemos rodear a nós mesmos, mas em todos os pontos estamos abertos para o futuro. Temos de conduzir nossa vida. Estamos entregues a nós mesmos. Somos aquilo que nos tornamos.” Então a autora afirma que a compreensão, para Heidegger, torna-se possível porque habitamos o mundo e o mundo antecede a separação entre pessoa e mundo objetivado, e conclui que o “mundo é o próprio ser e o homem é o ser-no-mundo”. Dessa forma, a compreensão não é uma das formas do comportamento do sujeito, mas o próprio modo de ser do *Dasein*, ou seja, o modo de ser do *Dasein*, do ser-no-mundo, é compreender. HERMANN, Nadja. Hermenêutica e educação. Rio de Janeiro: DP&A Editora. 2003, p. 33 e 34.

¹⁵⁹ Heidegger afirma que sentido “é aquilo em que se sustenta a compreensibilidade de alguma coisa. Chamamos de sentido aquilo que pode articular-se na abertura da compreensão. ... Sentido é a perspectiva em função da qual se estrutura o projeto pela posição prévia, visão prévia e concepção prévia. É a partir dela que algo se torna compreensível como algo. ... Sentido é um existencial da pre-sença e não uma propriedade colada sobre o ente, que se acha por “detrás” dela ou que paira não se sabe onde, numa espécie de “reino intermediário”. HEIDEGGER, Martin, op. cit., p. 208.

O Direito passa, nessa perspectiva, a ser visto como fenômeno histórico¹⁶⁰ que não pode ser reduzido a uma questão de métodos. Além disso, a verdade também prescindirá do método, ou melhor, deixa de ser a verdade do método para ser entendida como desocultação, como o desvelamento do ser, do sentido do Direito, que possibilita o grau de revelação dos entes jurídicos.¹⁶¹

É com base na filosofia hermenêutica (Heidegger) e na hermenêutica filosófica (Gadamer) que, entre outros, Streck abre toda uma gama de novas possibilidades para o acontecer do Direito num Estado Democrático de Direito, fazendo uma crítica áspera e corrosiva ao senso comum teórico, que teima em não deixar o fenômeno jurídico vir à tona. Na nova crítica do Direito de Streck, como já dito, Heidegger e Gadamer são fundamentais na construção de condições de possibilidade para ultrapassar o senso comum teórico. Por essa razão, faz-se necessária a abordagem de algumas questões imprescindíveis para o

¹⁶⁰ Fenômeno aqui é entendido no sentido heideggeriano. Heidegger esclarece que a expressão “fenômeno” significa mostrar-se; sendo assim, o que se mostra, o que se revela, são os fenômenos as coisas que se podem por à luz do dia, que podem ser reveladas em si mesmas. Assim, a fenomenologia “é a via de acesso e o modo de verificação para se determinar o que deve constituir tema da ontologia. A ontologia só é possível como fenomenologia. O conceito fenomenológico de fenômeno propõe, como o que se mostra, o ser dos entes, o seu sentido, suas modificações e derivados.” HEIDEGGER, Martin, op. cit., p. 58 e 66. Todavia, Heidegger salienta que o “mostrar-se” não é um mostrar-se qualquer, visto que o ser dos entes não pode ser uma coisa atrás da qual esteja outra que não se manifesta, pois atrás dos fenômenos não há nada, apenas o que ocorre, é que o que se mostra, pode se velar. É por isso que se torna necessária a fenomenologia, pois em geral as coisas não se dão, sendo o encobrimento o oposto de fenômeno. Em virtude disso, Pires diz, com base na afirmação de Heidegger de que a fenomenologia é a ciência do ser dos entes (ontologia), que a fenomenologia deve tratar justamente como tema aquilo que pode se esconder e pode ser mostrado. Segundo o autor, Heidegger descobre o conceito fenomenológico de fenômeno, assim, “o que se oculta nos entes deve ser revelado na sua verdade, deve tornar-se fenômeno”. É o ser dos entes que deve ser tematizado. PIRES, Celestino. Heidegger e o ser como história. Revista Portuguesa de Filosofia. Tomo XIX – Julho/Setembro de 1963. Fasc. 3. Braga: Faculdade de Filosofia Braga, 1963, p. 231. Já Palmer afirma que a fenomenologia significa “deixar que as coisas se manifestem como o que são, sem que projectemos nelas as nossas próprias categorias. Significa uma inversão da orientação a que estamos acostumados; não somos nós que indicamos as coisas; são as coisas que se nos revelam. Isto não sugere qualquer animismo primitivo, antes é o reconhecimento de que a própria essência do conhecimento verdadeiro é ser orientado pelo poder que a coisa tem de se revelar. Esta concepção é uma expressão da própria intenção de Husserl de regressar às coisas mesmas. A fenomenologia é um meio de ser conduzido pelo fenômeno, por um caminho que genuinamente lhe pertence.” PALMER, Richard E., op. cit., p. 133. José Carlos da Silva Filho, em linha semelhante, afirma que a fenomenologia de Heidegger não opõe fato e essência, parte do *a priori* do mundo da vida, em busca das *coisas* mesmas. Assim, a filosofia torna-se histórica e hermenêutica, pois a faticidade da existência humana, o *a priori* da existência humana em relação ao logos, é o próprio fundamento ontológico. SILVA FILHO, José Carlos. Hermenêutica filosófica e direito – O exemplo privilegiado da boa-fé objetiva no direito contratual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 52-53. Por fim, Stein deixa claro que a fenomenologia hermenêutica liga, é um caminho que descobre uma certa continuidade entre o conhecimento filosófico que o autor, utilizando a linguagem de Putnam, chama de “racionalidade I”, e o conhecimento empírico, que denomina de “racionalidade II”. Tanto um como o outro, segundo o autor, vão depender de uma filosofia da finitude. Assim, a racionalidade II tem como condição de possibilidade a racionalidade I. STEIN, Ernildo. Pensar é pensar a diferença – filosofia e conhecimento empírico. Ijuí: Editora Unijuí, 2002, p. 16.

¹⁶¹ STRECK, Lenio Luiz.. *Jurisdição constitucional e hermenêutica* – Uma nova crítica do Direito, op. cit., p. 178.

entendimento do pensamento desses filósofos, que acabam possibilitando um tratamento mais apropriado para a hermenêutica jurídica e para o tema em foco.

Salientamos, ainda, que uma hermenêutica crítica, tal como entendemos ser a hermenêutica filosófica, é condição de possibilidade para que possamos perceber novos horizontes na concretização dos direitos humanos fundamentais, em especial, com relação ao tema da eficácia dos direitos humanos fundamentais nas relações privadas. Dessa forma, faremos uma breve abordagem de três categorias fundamentais para essa reviravolta que a hermenêutica filosófica possibilita, quais sejam: a) o caráter constitutivo de mundo da linguagem; b) a diferença ontológica; c) o círculo hermenêutico.

Trataremos a seguir dessas questões, vistas de forma separada apenas para que se torne mais transparente o seu tratamento, pois todas estão intimamente co-implicadas. Após, trabalharemos nos diferenciados enfoques que essas categorias provocam na interpretação do Direito e de toda a produtividade que tornam possível para um novo desvelar do fenômeno jurídico.

3.2 O CARÁTER CONSTITUTIVO DE MUNDO QUE TEM A LINGUAGEM

Na abordagem hermenêutica a linguagem assume um papel central, por ser ela o *medium* onde ocorrem nossas experiências de mundo. É por meio da linguagem que temos mundo. Assim, é fundamental para essa análise crítica do Direito o entendimento de que a linguagem não é uma terceira coisa entre o sujeito e o objeto, nem é instrumento que possa ser usado e jogado fora ou posto de lado, mas é condição de possibilidade para podermos dizer e conhecer o fenômeno jurídico.

Demonstrando a importância da linguagem nas trilhas de Heidegger, Streck esclareceu:

A linguagem, então, é totalidade; é abertura para o mundo; é, enfim, condição de possibilidade. Melhor dizendo, a linguagem, mais do que condição de possibilidade, é constituinte e constituidora do saber, e, portanto, do nosso modo-de-ser-no-mundo, que implica as condições de possibilidades que temos para compreender e agir. Isto porque é pela linguagem e somente por ela que podemos ter mundo e chegar a esse mundo. Sem linguagem não há mundo, enquanto mundo. Não há coisa alguma onde falta a palavra. Somente quando se encontra a palavra para a coisa é que a coisa é uma coisa.¹⁶²

Com essas afirmações não queremos dizer que a linguagem crie o mundo, que não exista mundo antes da linguagem, mas, sim, que o mundo só se nos dá como mundo quando o nomeamos. O mundo como mundo só aparece enquanto mundo interpretado. A hermenêutica consiste, pois, justamente em “levar o ser do ente a se manifestar como fenômeno”. Sendo a ontologia heideggeriana a pergunta pelo ser do ente, a ontologia fundamental tem como tema “o ser dos entes, o sentido dos entes”.¹⁶³

Após salientar que a linguagem e a hermenêutica sempre estiveram presentes na obra de Heidegger, embora muitas vezes nas entrelinhas, Grondin analisa o que significa e como deve ser entendido, para Heidegger, na última fase do seu pensamento, o hermenêutico. Aduz o autor que, para Heidegger, o hermenêutico devia ser entendido como “aquele expor que traz a notícia, enquanto ele capacita a ouvir uma mensagem”. Então, afirma:

Antes de cada interpretação se manifesta o hermenêutico, como “a trazida de mensagem e notícia”. Esses informes, como a maior parte deles na obra tardia, devem ser encarados em sua singeleza. Nas palavras mais simples o hermenêutico expressa a trazida de uma mensagem que desperta um escutar. Em parte alguma de sua obra esteve Heidegger tão próximo da tradição hermenêutica, como aqui. Essa trazida de uma mensagem só é possível através da linguagem, e até se comprova como o fazer mais elementar da própria linguagem. É a linguagem, prossegue Heidegger, que carrega “a relação hermenêutica”. No final, a pergunta pelo hermenêutico funde-se, conseqüentemente, com a pergunta sobre a linguagem. ...¹⁶⁴

¹⁶² STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise*, op. cit., p. 193-194. Cabe lembrar aqui, ainda, as palavras de Bauman, que afirma: “Cabe um lembrete: “universo lingüístico” é um pleonasma: o universo em que cada um de nós vive é lingüístico, e não pode ser senão lingüístico – é feito de palavras. As palavras iluminam as ilhas das formas visíveis no oceano escuro do invisível e marcam os dispersos pontos de relevância na massa informe da insignificância. São as palavras que dividem o mundo em classes de objetos nomeáveis e fazem surgir seu parentesco ou oposição, proximidade ou distância, afinidade ou estranhamento – e enquanto estiverem sozinhas no campo elevam todos esses artefatos ao nível da realidade, a única realidade que existe.” BAUMAN, Zygmunt, *Modernidade*, op. cit., p. 236-237.

¹⁶³ STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica – Uma nova crítica do Direito*, op. cit., p. 176-177.

¹⁶⁴ GRONDIN, Jean. *Introdução à hermenêutica filosófica*. São Leopoldo: Editora Unisinos, 1999, p. 176-177.

Palmer acentua o caráter fundamental que a linguagem teve no pensamento de Heidegger e a crítica que este autor fazia às teorias que viam a linguagem como um mero instrumento de comunicação. Afirma que, para Heidegger, apenas há o *ser* quando ocorre um desvelamento, a aparição, a revelação. Assim, “como não pode haver ocorrência de *ser* sem apreensão, nem apreensão sem *ser*, também não pode haver *ser* sem linguagem, nem pode haver linguagem sem *ser*”.¹⁶⁵

Como percebemos, a questão do próprio *ser*, a questão do sentido, não pode ser colocada sem a linguagem. Não há experiência nem conhecimento sem linguagem.¹⁶⁶

Gadamer chama a atenção para o fato de que a linguagem não é somente condição para o processo de entendimento e de que todos os problemas de entendimento são problemas de linguagem, mas, além disso, alerta que todo o processo de compreensão é um acontecimento de linguagem¹⁶⁷. Gadamer é enfático ao dizer que pensamos com e por palavras e que pensar é pensar sobre alguma coisa, o que significa que é dizer algo para nós mesmos. Assim, o pensamento humano é composto pela linguagem, constituindo-se num diálogo infinito que mantemos com nós mesmos e que antecipa o diálogo com os outros. É nesse âmbito que o mundo se abre para nós, visto que toda a experiência é aberta por este diálogo.¹⁶⁸

Tanto para Heidegger como para Gadamer a linguagem tem papel fundamental, pois possibilita a compreensão; logo, não há compreensão sem linguagem, a qual, assim, não é instrumento, mas condição de possibilidade. Como afirma Rohden, para Gadamer, a linguagem é o meio universal. É na linguagem que se realiza a compreensão mesma. A linguagem é modo de ser que determina o próprio objeto da hermenêutica. Tanto o sujeito como o “objeto” têm caráter lingüístico e, assim, somente desse ponto de vista se legitimam como tais.¹⁶⁹ Com efeito, Gadamer afirma:

¹⁶⁵ PALMER, Richard E., op. cit., p. 157.

¹⁶⁶ Duarte Júnior, ao falar sobre a existência humana como diferente de todas as demais formas de vida que habitam nosso planeta, afirma: “O que funda esta diferença, o que torna o homem humano é, básica e decisivamente, a palavra, a linguagem. A consciência humana é uma consciência reflexiva porque ela pode se voltar sobre si mesma, isto é, o homem pode pensar em si próprio, tomar-se como objeto de sua reflexão. E isto só é possível graças à linguagem: sistema simbólico pelo qual se representam as coisas do mundo, pelo qual este mundo é ordenado e recebe significação.” DUARTE JÚNIOR, João-Francisco. O que é realidade. 4. ed. São Paulo: Editora Brasiliense, 1986, p. 18.

¹⁶⁷ GADAMER, Hans-Georg. Verdade e Método II. 2. ed.. Rio de Janeiro: Vozes, 2004, p. 216.

¹⁶⁸ Idem, ibidem, p. 234-335.

¹⁶⁹ ROHDEN, Luiz. Hermenêutica e Linguagem. In: Hermenêutica Filosófica – Nas trilhas de Hans-Georg Gadamer. Custódio Luis Silva de Almeida, Hans Georg Flickinger e Luiz Rohden. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2000, p. 155.

a linguagem é o *medium* universal em que se realiza a própria compreensão. A forma de realização da compreensão é a interpretação. ... Todo compreender é interpretar, e todo interpretar se desenvolve no *medium* de uma linguagem que pretende deixar falar o objeto, sendo, ao mesmo tempo, a própria linguagem do intérprete. ... Assim, como a conversação, a interpretação é um circuito fechado pela dialética de pergunta e resposta. É uma verdadeira relação vital histórica que se realiza no *medium* da linguagem e que, mesmo no caso da interpretação de textos, podemos chamar “conversação”.¹⁷⁰

Lembra Grondin que o encontro com a tradição, com a história, é condição de possibilidade para o conhecimento e, ao mesmo tempo, é o seu limite. Então, afirma que, para Gadamer, é através do “fio condutor da linguagem” que a tradição é transmitida.¹⁷¹

Em Gadamer, como acentua Palmer, a linguagem acaba por revelar o nosso mundo, o mundo da vida, não o mundo científico ou o mundo ambiente. Ter mundo, assim, não é o mesmo que ter ambiente. Os animais não têm mundo, mas apenas ambiente; somente o homem tem mundo. Para Gadamer, para “termos um mundo temos que estar aptos a abrir um espaço diante de nós, no qual o mundo se possa mostrar tal como é. Ter um mundo é ao mesmo tempo ter linguagem”. Palmer salienta que os animais não podem se entender/compreender sobre uma situação ou circunstância do passado ou do futuro porque não têm linguagem como poder de abrir espaços, de construir um mundo, mas apenas uma linguagem enquanto signo. O homem, pelo contrário, tem linguagem como poder real de construir um mundo.¹⁷²

Palmer lembra-nos ainda que, sendo a experiência hermenêutica um encontro entre a tradição e o horizonte do intérprete, entre um texto transmitido e o seu intérprete, é justamente a lingüisticidade que vai fornecer a base sobre a qual pode haver esse encontro. É por meio da

¹⁷⁰GADAMER, Hans-Georg. Verdade e Método I – Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. 6. ed. Rio de Janeiro: Vozes, 2004, p. 503-504.

¹⁷¹GRONDIN, Jean, op. cit., p. 179. Aliás, GADAMER afirma que a essência da tradição se caracteriza pelo seu caráter lingüístico. GADAMER, Hans-Georg. Verdade e Método I, op. cit., p. 504.

¹⁷²PALMER, Richard E., op. cit., p. 207-208. Por seu turno, Stein lembra uma questão importante nesse contexto. O autor afirma que o conceito de mundo, em Heidegger, é bem específico, pois mundo é entendido como totalidade de sentido em que o ser humano se move, sendo, então, o homem o ser-no-mundo. Lembra-nos ainda o autor que nossas relações com o mundo são sempre relações significativas, marcadas por um contexto histórico/cultural. Não existe um mundo natural em si, mas, sim, as relações que estabelecemos a partir desse contexto histórico/cultural com o mundo. Assim, o que a fenomenologia hermenêutica quer mostrar, segundo o autor, é que entre as nossas representações e o mundo natural se encontra a compreensão, enquanto o ser humano é, enquanto ser-aí, ele sempre compreende e se compreende como seu modo de ser ontológico. Por isso Stein afirma que “... o mundo natural nunca é natural em momento algum, enquanto houver ser humano, porque envolvê-lo na compreensão significa um desenvolver do cuidado, em cujo contexto, a vida fática já sempre assume o mundo natural como seu mundo. .. O mundo natural passa a ser situado no contexto do conhecimento, da familiaridade e do lidar com que lhe tira o caráter simplesmente objetivo e lhe impõe o caráter de algo significativo, vindo então o mundo ao nosso encontro com o caráter da significabilidade.” STEIN, Ernildo. Pensar é pensar a diferença – Filosofia e Conhecimento Empírico. Ijuí: Editora Unijuí, 2002, p. 121, 115-117.

linguagem que a tradição é transmitida e escondida; assim, a própria experiência hermenêutica ocorre na e pela linguagem. O autor afirma que a “lingüisticidade é algo que se difunde no modo de estar-no-mundo do homem histórico. Como observávamos, o homem tem um mundo e vive num mundo por causa da linguagem.”¹⁷³

Dessa forma, fica claro o caráter ontologicamente histórico da linguagem e do próprio homem (marcado pela sua finitude), tanto que, quando Gadamer afirma que “ser que pode ser compreendido é linguagem”, está salientando o limite de toda experiência do sentido. Nessa frase fica dito que o que é nunca pode ser inteiramente compreendido. Para Gadamer, o “que vem à linguagem permanece como aquilo que deve ser compreendido, mas sem dúvida é sempre tomado e percebido como algo. Essa é a dimensão hermenêutica na qual o “ser se mostra””. Assim, toda experiência hermenêutica de sentido é finita, é inconclusa.¹⁷⁴

Como podemos observar, é a linguagem que abre as condições de possibilidade para nós, que somos seres históricos e finitos, podermos ser e construir um mundo. A linguagem não é uma terceira coisa entre o sujeito e o objeto, mas o *medium* no qual o mundo se apresenta como mundo e se nos torna significativo.

3.3 SOBRE O CÍRCULO HERMENÊUTICO E A COMPREENSÃO

O círculo hermenêutico é outra questão fundamental para a hermenêutica filosófica, sendo um dos teoremas fundamentais da filosofia da finitude. Com efeito, Stein lembra que os dois teoremas fundamentais da filosofia da finitude são o círculo hermenêutico e a diferença ontológica. Afirma o autor que, ao passo que a lógica clássica trabalha com base nos princípios de não-contradição e da identidade, a lógica hermenêutica trabalha com a circularidade e a diferença.¹⁷⁵

Vale salientar aqui que toda a interpretação pressupõe a compreensão que, por sua vez, tem como condição de possibilidade as pré-compreensões do intérprete. Tanto é assim que Streck, no âmbito da NCD (Nova Crítica do Direito) de nítida matriz hermenêutica, registra:

¹⁷³ Palmer afirma: “A experiência hermenêutica é intrinsecamente lingüística. Não nos é possível compreender a importância que isto tem enquanto não concebermos a linguagem circunscrita ao horizonte da “lingüisticidade”, ou seja, não como um instrumento de uma consciência manipuladora mas como um meio pelo qual um mundo se coloca face a nós e dentro de nós.” PALMER, Richard E., op. cit., p. 210. e 243.

¹⁷⁴ GADAMER, Hans-Georg. Verdade e Método II, op. cit., p. 384 e 386.

¹⁷⁵ STEIN, Ernildo. *Pensar é pensar a diferença*. op. cit., p. 17 e 51.

A NCD busca, por meio de uma análise fenomenológica, o des-velamento (*Unverborgenheit*) daquilo que, no comportamento cotidiano, nos ocultamos de nós mesmos (Heidegger): o exercício da transcendência, onde não apenas somos, mas percebemos que somos (*Dasein*) e somos aquilo que nos tornamos pela tradição (pré-juízos que abarcam a faticidade e historicidade de nosso ser-no-mundo, no interior do qual não se separa o Direito da sociedade, isto porque o ser é sempre o ser de um ente e o ente só é no seu ser, sendo o Direito entendido como a sociedade em movimento), e onde o sentido vem antecipado (círculo hermenêutico) por uma posição (*Vorhabe*), um ver prévio (*Vorsicht*) e um pré-conceito (*Vorgriff*), isso porque, conforme ensina Heidegger, o ente somente pode ser descoberto, seja pelo caminho da percepção seja por qualquer outro caminho de acesso, quando o ser do ente já está revelado.¹⁷⁶

O autor deixa claro que no Direito, ao contrário do que pensam os juristas inseridos no senso comum teórico, a “fundamentação” de uma interpretação é produto do modo-de-ser-no-mundo do intérprete, daquilo que o levou a compreender daquele modo, ou seja, fruto de suas pré-compreensões (vetor de racionalidade I) e, assim, anterior ao ato explicativo da decisão (argumentação – vetor de racionalidade II), pois a compreensão é pressuposto da interpretação.¹⁷⁷

É fundamental esclarecermos o entendimento do círculo hermenêutico, como uma das questões fundamentais do pensar hermenêutico. É assim que, para Heidegger, a interpretação funda-se na compreensão, e esse fundamento é entendido como existencial. Na interpretação há uma apropriação por parte da compreensão daquilo que foi compreendido. Dessa forma, interpretar “não é tomar conhecimento do que se compreendeu, mas elaborar as possibilidades projetadas na compreensão...”¹⁷⁸. O mundo já compreendido se interpreta.

Para Heidegger, a interpretação move-se numa estrutura prévia já caracterizada e funda-se na compreensão, sendo o sentido o que se articula na interpretação, mas que já ficou pré-dado na compreensão como possibilidade de articulação. Assim, “a interpretação que se coloca no movimento de compreender já deve ter compreendido o que quer interpretar”. Dessa forma, Heidegger afirma que para a lógica o círculo hermenêutico é vicioso, posição que critica, pois considera que esse entendimento se configura como um mal-entendido acerca do que é a compreensão. Afirma que, para que possamos interpretar, não devemos

¹⁷⁶STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica (Jurídica)*: compreendemos porque interpretamos ou interpretamos porque compreendemos? Uma resposta a partir da Ontological Turn, op. cit., p. 227, nota 3.

¹⁷⁷ Idem, *ibidem*, p. 228.

¹⁷⁸ HEIDEGGER, Martin. *Ser e Tempo I*, p. 204-205. Cabe aqui também fazer um esclarecimento sobre as palavras “existência” e “existencial” em Heidegger, pois elas têm significados específicos. Nas notas explicativas de *Ser e Tempo*, p. 310 e 311, fica registrado que a palavra “existência” ficou reservada para designar “toda a riqueza das relações recíprocas entre pre-sença e ser, entre pre-sença e todas as entificações, através de uma entificação privilegiada, o homem. Nessa acepção só o homem existe. “A pedra é” mas não existe.” Já a palavra “existencial”, remete “às estruturas que compõem o ser do homem a partir da existência em seus desdobramentos advindos da pre-sença.”

desconhecer as condições essenciais de sua realização; assim, o que importa não é afastar o círculo, mas entrar no círculo da compreensão de modo adequado. O círculo “exprime a estrutura-prévia existencial, própria da presença.” Assim, nele

se esconde a possibilidade positiva do conhecimento mais originário que, de certo, só pode ser apreendida de modo autêntico se a interpretação tiver compreendido que sua primeira, única e última tarefa é não se deixar guiar, na posição prévia, visão prévia e concepção prévia, por conceitos ingênuos ou “chutes”.¹⁷⁹

A interpretação deve assegurar o tema a partir das coisas mesmas.

Segundo Grondin, com Heidegger a hermenêutica ganha impulso e avança de forma duradoura para o centro da reflexão filosófica. Heidegger propôs uma hermenêutica da faticidade, não uma hermenêutica como a anterior de Droysen e Dilthey, de caráter meramente epistêmico (secundária para Heidegger). Em Bultmaan, Heidegger vai buscar um impulso inicial, ou seja, de que a compreensão sempre se orienta por uma pré-compreensão, a qual emerge de uma situação existencial que vai marcar o tema e o limite de validade de cada tentativa de interpretação. Heidegger busca aquilo que dá condições de possibilidade para a tomada dos juízos, da compreensão; investiga a nossa habilidade, o poder, a arte de “entender-se sobre algo”. Assim, a compreensão (o entender) de algo é um situar-se no mundo, não um modo de conhecimento. A compreensão é o modo de ser do ser-aí, do *Dasein*. É do cuidado que temos ao lidar com as coisas do mundo e da preocupação que o ser-aí tem consigo mesmo que surge o caráter específico de esboço de nossas compreensões.

Então, continua Grondin, é de nossa relação com o mundo que surgem esses pré-esboços de compreensão; é desse como hermenêutico, desse encontro com as coisas do mundo que nos importam. Segundo o autor, para Heidegger a consideração meramente teórica do mundo não é desconsiderada; na verdade, ela é justamente a suspensão desses zelosos esboços.

¹⁷⁹ Idem, *ibidem*, p. 209-212. Vattimo afirma: “Ser-aí, com se sabe, significa essencialmente ser-no-mundo; mas isso, por sua vez se articula na tríplice estrutura dos “existenciais”, isto é, *Befindlichkeit*, Compreensão-Interpretação, Discurso. O círculo de compreensão e interpretação é a estrutura constitutiva central do ser-no-mundo que caracteriza o Ser-aí. ... O ser-aí existe na forma de projeto, no qual as coisas só são na medida em que pertencem a esse projeto, na medida em que têm um sentido nesse contexto. Essa familiaridade preliminar com o mundo, que se identifica com a própria existência do Ser-aí, é o que Heidegger chama de compreensão ou pré-compreensão. Qualquer ato de conhecimento nada mais é que uma articulação, uma interpretação desta familiaridade preliminar com o mundo. GIANNI, Vattimo. *O fim da modernidade – Niilismo e hermenêutica na cultura pós-moderna*. São Paulo: Martins-Fonte, 2002, p. 112.

Esses esboços não são de nossa escolha, em primeira mão; assim, somos lançados, jogados neles. Por isso, Grondin afirma que é justamente esse caráter de sermos lançados e de historicidade do ser-aí (*Dasein*) que caracteriza nossa faticidade. Assim, estamos jogados no círculo hermenêutico e somos conduzidos por essas perspectivas prévias que guiam nossas compreensões. Todavia, o autor nos lembra que isso não nos impõe, como tem sido dito do círculo hermenêutico, uma visão ofuscada e errante de andar à mercê dessas pré-estruturas, de nossos preconceitos, pois a “hermenêutica de Heidegger é exatamente o oposto disto. Ela visa um explícito esclarecimento dessa pré-estrutura historicamente dada”. Esse esclarecimento é o que Heidegger chama de interpretação, que é entendida como o esclarecimento da pré-estrutura da compreensão, fica marcado, segundo Grondin, o seu aspecto crítico. Todavia, a função esclarecedora da interpretação não quer dizer que seja algo diverso e separado da compreensão, pois na interpretação é que a compreensão se apropria do que compreendeu. Grondin assinala que, na interpretação, que só ocorre por sobre uma primeira compreensão, há uma auto-apropriação da compreensão, ou seja, a compreensão é “conduzida a si própria”.¹⁸⁰

A interpretação quer evitar o equívoco pessoal. Eis o seu aspecto crítico, que é o de levar à consciência a pré-estrutura da compreensão, o que não significa cair em subjetivismos. Como lembra Grondin:

Heidegger pensa, evidentemente, em algo muito mais primário: para, por exemplo, interpretar textos de maneira correta, exige-se que primeiro se torne transparente a própria situação hermenêutica, para que o estranho ou diferente do texto possa fazer-se valer antes de tudo, isto é, sem que nossos preconceitos não esclarecidos exerçam aí sua despercebida dominação e assim escondam o específico do texto. Quem descarta soberanamente sua própria situação hermenêutica, corre o risco de pôr-se à sua mercê de forma tanto mais acrítica.¹⁸¹

Seguindo as sendas abertas por Heidegger, Gadamer afirma que o círculo hermenêutico tem um sentido positivo. Na compreensão de algo como algo sempre partimos de uma posição prévia, de uma visão prévia e de uma concepção prévia. Assim, como tarefa impostergável da interpretação está, justamente, o não se deixar guiar por “conceitos ingênuos e chutes”, pois toda a interpretação correta deve ter cuidado com arbitrariedades e com hábitos mentais muitas vezes imperceptíveis, devendo “voltar-se “para as coisas mesmas”

¹⁸⁰ GRONDIN, Jean, op. cit., p. 155-167.

¹⁸¹ Idem, ibidem, p. 165.

(que, para os filósofos, são os textos com sentido, que por seu turno tratam novamente de coisas)”¹⁸².

Gadamer, ainda chamando a atenção para a produtividade do círculo hermenêutico, afirma “que no son tanto nuestros juicios como nuestros prejuicios los que constituyen nuestro ser”. O autor reconhece que, diante da noção de pré-juízos formulada pela Ilustração (francesa e inglesa), essa fórmula é provocativa, pois atribui um conceito positivo aos pré-juízos. E continua:

Los prejuicios no son necesariamente injustificados ni erróneos, ni distorsionan la verdad. Lo cierto es que, da la historicidad de nuestra existencia, los prejuicios en el sentido literal de la palabra constituyen la orientación previa de toda nuestra capacidad de experiencia. Son anticipos de nuestra apertura al mundo, condiciones para que podamos percibir algo, para que eso que nos sale al encuentro nos diga algo. Esto no significa, evidentemente, que estemos cercados por un muro de prejuicios y sólo dejemos pasar por la estrecha perta aquello que pueda presentar el pasaporte donde figura la frase: aquí no se dice nada nuevo. El huésped mejor recibido es justamente el que promete algo nuevo para nuestra curiosidad. Pero ¿cómo conocer al huésped que nos va a decir algo nuevo? ¿no es el fondo antiguo en el que estamos inmersos lo que determina nuestra expectativa y nuestra disposición a oír lo nuevo?...¹⁸³

Para Gadamer, a interpretação sempre começa com conceitos prévios que vão sendo substituídos ao longo do processo compreensivo por conceitos mais adequados, num constante projetar de novo, na elaboração de projetos corretos que tenham em conta a coisa

¹⁸²GADAMER, Hans-Georg. Verdade e Método II, op. cit., p. 74-75. Stein lembra que a palavra de ordem do movimento fenomenológico é “às coisas em si mesmas”. Então, afirma: “Compreendido o ser como velamento e desvelamento, decidido que o ser é “a coisa em si mesma”, estabelecido que o ser, desde a Antiguidade, se dá como tempo, determinado que o método da filosofia é o mostrar fenomenológico, então se apresenta toda a problemática heideggeriana até hoje envolta nas experiências e no seu contato com Husserl. Tarefa fundamental da filosofia será, portanto, para Heidegger, captar o ser como velamento e desvelamento por meio de um método adequado e no horizonte adequado. O método adequado será a fenomenologia esboçada em Ser e Tempo. O horizonte adequado será o tempo que, desde a Antiguidade vem ligado ao ser. Para analisar o ser ligado ao tempo é preciso partir daquele ente que esconde em suas estruturas o tempo em seu sentido: é o ser-aí. Portanto, é necessário partir da faticidade do ser-aí que esconde em suas estruturas a temporalidade para determinar o ser como tempo. Isto é possível, sem que se incorra no perigo de errar a analítica, porque o único ente cujo ser consiste em compreender o ser é o homem. Dessa maneira, uma hermenêutica das estruturas do ser-aí, realizada pelo método fenomenológico hermenêutico, conduzirá ao horizonte em que se poderá interrogar pelo sentido do ser que é o tempo. Afinal, interrogar pelo ser no tempo e partir da temporalidade do ser-aí é movimentar-se na finitude, é compreender a questão do ser fora do contexto da tradição metafísica. ... Heidegger rompe, portanto, com suas primeiras respostas ontoteológicas e se debruçou, mediante o método fenomenológico, sobre a finitude do ser-aí e a finitude do ser. Essa interrogação se realizou através do círculo hermenêutico por causa da circularidade da constituição do ser-aí que se movimenta no ser enquanto o ser nele se manifesta e enquanto o ser o sustenta. Assim, se instaurou, no pensamento de Heidegger, uma ontologia como o signo da finitude”. STEIN, Ernildo. Compreensão e Finitude. Estrutura e movimento da interrogação heideggeriana. Ijuí: Unijuí, 2001, p. 138 e 147.

¹⁸³ GADAMER, Hans-Georg. Verdade e Método II. Tradução Manuel Olasagasti. Segunda Edición. Salamanca: Ediciones Sígueme, 1994, p. 217 e 218.

mesma¹⁸⁴. Como percebemos, não se trata, simplesmente, de afastar os pré-conceitos, mas, sim, de reconhecê-los e elaborá-los na interpretação. Como essa tarefa sempre impõe o risco de nos deixarmos conduzir por pré-conceitos enganadores, deve haver o esforço compreensivo a partir da situação hermenêutica de alcançar a compreensão adequada à realidade.¹⁸⁵

Para isso, Gadamer dá uma importância fundamental ao “perguntar”. É a pergunta que possibilita o esclarecimento, a distinção entre os preconceitos que cegam e os preconceitos verdadeiros. Para isso existe a necessidade de que a consciência hermenêutica inclua uma consciência histórica, pois só assim se tornará possível o perguntar. É no encontro com a tradição que se torna possível reconhecer um preconceito, sem colocá-lo em aberto, ele atua imperceptivelmente; sem questioná-lo, ele não aparece como pré-conceito. Assim, Gadamer diz:

O primeiro elemento com que se inicia a compreensão é o fato de que algo nos interpela. É a primeira de todas as condições hermenêuticas. Agora vemos o que se exige para isso: uma suspensão fundamental dos próprios preconceitos. Toda suspensão de juízos, porém, começando pelos preconceitos, logicamente falando, possui a estrutura da pergunta.¹⁸⁶

É por meio da pergunta numa situação de diálogo que se colocam e que se mantêm as possibilidades em aberto, e, para isso, é fundamental que o conhecimento reconheça sua finitude e historicidade. Gadamer nos lembra ainda que a compreensão do falado deve ser

¹⁸⁴ GADAMER, Hans-Georg. Verdade e Método II, op. cit., p. 75. O autor afirma: “... a estrutura da compreensão que se encontra na base da hermenêutica; ela possui, como já vimos, as características de algo como um “pertencimento” à tradição.... Trata-se da relação circular entre o todo e suas partes: o significado antecipado em um todo se compreende por suas partes, mas é a luz do todo que as partes adquirem a sua função esclarecedora. ... a compreensão amplia e renova, em círculos concêntricos, a unidade efetiva do significado global e final que é o critério da compreensão. Quando essa coerência falha, falamos, então, de um malogro da compreensão.... Pensemos uma vez mais na interpretação de um texto. Tão logo descubra alguns elementos compreensíveis, o intérprete esboça um projeto de significação para todo o texto. Mas os primeiros elementos significativos só vêm à luz se ele se entregar à leitura com um interesse mais ou menos determinado. Compreender “a coisa” que surge ali, diante de mim, não é outra coisa senão elaborar um primeiro projeto que se vai corrigindo, progressivamente, à medida que progride a decifração.” GADAMER, Hans-Georg. Esboço dos fundamentos de uma hermenêutica. In: O problema da consciência histórica. Pierre Fruchon (Org.). Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas Editora, 1998, p. 58 e 61.

¹⁸⁵ GRONDIN, Jean, op. cit., p. 187.

¹⁸⁶ GADAMER, Hans-Georg. Verdade e Método II, op. cit., p. 80-81. Palmer salienta o aspecto dialético da pergunta. O autor lembra o aspecto de negatividade criativa da pergunta e da experiência em Gadamer, pois a experiência não nos diz aquilo que esperávamos, mas transcende e nega as expectativas, o mesmo ocorrendo com a pergunta, que para ser verdadeira não pode já ter a resposta final e deve permitir que o outro, que o texto, também suscite perguntas e bote em xeque o horizonte do intérprete. PALMER, Richard E., op. cit., p. 234 e 235.

vista numa situação de diálogo em que “a coisa suscita perguntas”, o mesmo ocorrendo entre texto e intérprete, visto que aqui também está em questão a coisa de que se fala, “seu ser assim ou assado”¹⁸⁷. Para Gadamer, a dialética de pergunta e resposta se dá como conversação. Além disso, como já dito, compreensão e aplicação coincidem, pois aplicamos a compreensão de acordo com e para a nossa situação.

Como, entretanto, distinguir os preconceitos que cegam dos preconceitos que esclarecem? É aí que Gadamer levanta a tarefa crítica da hermenêutica, esboçando a noção de distância temporal, segundo a qual a distância no tempo é uma possibilidade positiva e produtiva para esse esclarecimento. Embora a distância temporal não possa ser vista como princípio seguro, oferece-nos bons indícios¹⁸⁸.

Com efeito, Grondin questiona a produtividade absoluta da distância temporal, afirmando que Heidegger já tinha deixado claro que a história muitas vezes é encobridora. Contudo, salienta que Gadamer, como heideggeriano, sabia disso, tanto que reviu sua posição anterior que afirmava a perene produtividade da distância temporal e, na edição de 1985 de *Verdade e Método*, salientou que a distância temporal “frequentemente” é capaz de resolver a questão crítica da hermenêutica.¹⁸⁹

¹⁸⁷ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método II*. op. cit., p. 13.

¹⁸⁸ Gadamer chama a atenção para o fenômeno do pertencimento a uma tradição, aquilo que é comum a todos, e afirma: “A hermenêutica deve partir do fato de que compreender é estar em relação, a um só tempo, com a coisa mesma que se manifesta através da tradição e com uma tradição de onde a “coisa” possa me falar”. Gadamer vai salientar que este encontro não é sem problemas, pois existe uma tensão entre a familiaridade e a estranheza, estando o intérprete “suspenso entre o seu pertencimento a uma tradição e a sua distância com relação aos objetos que constituem o tema de suas pesquisas”. É aí que entra a situação hermenêutica e a distância temporal, sendo que esta distância não precisa ser vencida para que compreendamos, na verdade trata-se “na verdade, de considerar a “distância temporal” como fundamento de uma possibilidade positiva e produtiva de compreensão. Não é uma distância a percorrer, mas uma continuidade viva de elementos que se acumulam formando uma tradição, isto é, uma luz à qual tudo o que trazemos conosco do passado, tudo o que nos é transmitido faz a sua aparição.” GADAMER, Hans-Georg. Esboço dos fundamentos de uma hermenêutica. In: O problema da consciência histórica, op. cit., p. 66 e 67.

¹⁸⁹ GRONDIN, Jean, op. cit., p. 189. Gadamer, falando sobre a distância temporal, deixa claro o quanto de equívocos provocou essa sua afirmação. Ela obscureceu a importância do encontro com o outro, o diálogo, a alteridade. Segundo o autor, essa distância não é apenas uma distância histórica e, ainda, não é apenas a distância temporal, que em absoluto vai superar os pré-conceitos verdadeiros dos falsos. Salienta que referida distância pode também ocorrer na simultaneidade, pois o encontro com o outro, por exemplo, pode também trazer à consciência os erros. Gadamer põe em evidência a posição produtiva do diálogo, embora afirme que a distância temporal é um “auxílio” importante. GADAMER, Hans-Georg, *Verdade e Método II*, op. cit., p. 16.

Dentro dessa rede, outro conceito fundamental de Gadamer é o de consciência histórica efetual¹⁹⁰, o qual desempenha um papel imprescindível para o entendimento do tema central dessa dissertação. Para Gadamer a história é sempre efetiva, está sempre atuando sobre nós que somos seres históricos e finitos. Assim, não nos retiramos da história para compreender, estamos inextricavelmente na história e sob os seus efeitos. Gadamer deixa isso claro quando afirma que os efeitos da história efetual operam em toda a compreensão, mesmo que não estejamos conscientes disso. A consciência da história efetual, então, deve partir, em primeiro lugar, da consciência da situação hermenêutica. Afirma que uma situação hermenêutica se caracteriza pelo fato de não estarmos diante dela, mas nela, e nossa tarefa é elucidá-la, o que nunca se dá por completo, por ser isso impossível, em razão de nossa própria historicidade.¹⁹¹

¹⁹⁰ Gadamer entende que o conceito de consciência histórico-efetual encarna uma certa ambigüidade, que consiste “em que por ele se designa, por um lado, a consciência, ativada no curso da história e determinada pela história, e por outro, uma consciência do próprio ser ativado e ser determinado.” O que o autor quer marcar ao expor esta ambigüidade é justamente que a história está sempre atuando, mesmo que não se saiba disso, sobre o que chama de moderna consciência histórica ou mesmo a científica e, então afirma que a “consciência da história efetual é finita num sentido tão radical que o nosso ser, efetivado no conjunto de nossos envios de destino, sobrepuja de maneira essencial o seu saber sobre si mesmo.” GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método I*, op. cit., p. 20-21. Apropriando-se dessa categoria fundamental no pensamento de Gadamer, Olhweiler salienta a importância da chamada “consciência histórico-efetual” para a abertura de sentido dos entes. Trabalhando no âmbito do direito administrativo, o autor confere fundamental relevo a esta categoria, que é de importância fundamental para o entendimento sobre o papel do Estado na realização das políticas públicas. Assim, para o autor, se faz necessária a interrogação fenomenológica sobre as alterações e mudanças sociais e econômicas, políticas e filosóficas, que delinearam o processo de formação do direito administrativo. Dessa forma, é a consciência histórica efetual como, “a consciência, ativada no curso da história e determinada pela história, e por outro lado uma consciência do próprio ser ativado e determinado pela história”, que vai possibilitar as perguntas que podem levar a uma compreensão autêntica do assunto abordado e que não permita que esqueçamos da finitude de todo o compreender. OLHWEILER, Leonel. *Estado, administração pública e democracia: condições de possibilidade para ultrapassar a objetificação do regime administrativo*. In: *Anuário do programa de Pós-Graduação em Direito – Mestrado e Doutorado da UNISINOS*. Organizadores: Leonel Severo Rocha e Lenio Luiz Streck. São Leopoldo: UNISINOS, 2003, p. 274, 282 e 283.

¹⁹¹ Idem, *ibidem*, p. 398 e 399. Palmer afirma que compreender se efetua sempre tendo em conta aquilo que vemos, o que nossa compreensão da situação presente coloca e, ainda, de um sentido do que o futuro poderá trazer. Assim, toda interpretação se situa num contexto. E é por meio da linguagem, como repositório do passado, que podemos conhecer, é o meio que temos para conhecer, pois toda a compreensão é lingüística. Pela linguagem um mundo se nos abre, um mundo partilhado pela compreensão que se dá pela linguagem. Este mundo é delimitado, é finito e muda com o tempo. Assim, afirma o autor que “isto significa que é historicamente formado, e que cada ato de compreensão contém a actuação da história na e pela compreensão”. PALMER, Richard E., op. cit., p. 230.

Grondin afirma que, para Gadamer, a consciência histórica efetual é um verdadeiro “princípio”, que é observado em toda a sua hermenêutica. É, em primeira mão, a exigência de tornar consciente a própria situação hermenêutica, seu horizonte, para poder controlá-la; é a explicitação da pré-compreensão como queria Heidegger. Todavia, segundo Grondin, nesse ponto Gadamer foi mais marcante que Heidegger, por deixar claro que a história efetual não está em nosso poder, visto que, ao mesmo tempo em que permite e é a base para a tomada de consciência, nos permitindo dar-nos conta de nossas pré-compreensões, por outro lado, como está sempre atuante, também limita o esclarecimento total. É nesse sentido que o autor entende a afirmação de Gadamer de que a consciência histórica efetual seria “mais ser do que consciência”.¹⁹²

Ter consciência histórica é ter consciência da situação hermenêutica e dos horizontes de sentido dessa situação¹⁹³. Para Gadamer, o conceito de horizonte significa o campo de visão, o âmbito de visão que temos segundo uma determinada situação e que vai marcar o alcance e o limite do que pode ser visto. É a partir disso que Gadamer fala da compreensão como fusão de horizontes.¹⁹⁴ Segundo Gadamer, o horizonte de sentido de nosso presente está sempre em formação, porque constantemente estamos pondo à prova nossos preconceitos. Assim, o horizonte do presente está intrincado e ligado ao passado, não se forma à sua margem. Para Gadamer não existe um horizonte do presente por si mesmo nem horizontes do passado que seriam conquistados. Afirma que “compreender é sempre o processo de fusão desses horizontes presumivelmente dados por si mesmos”.¹⁹⁵ Como afirma Hermann

Essa bela metáfora da fusão de horizontes não refere uma ingênua absorção do passado, porque a própria situação hermenêutica é consciente da tensão que acompanha o texto e o presente. Essa tensão, por não ser oculta, é desenvolvida conscientemente. A fusão de horizontes preside a dialética entre estranheza e familiaridade, pertencimento e distanciamento, constitutiva da experiência hermenêutica.¹⁹⁶

O caráter conflitivo entre estranheza e familiaridade fica evidenciado quando Gadamer afirma que a compreensão sempre implica um confronto, de modo que é um contra-senso

¹⁹² GRONDIN, Jean, op. cit., p. 190-192.

¹⁹³ HERMANN, Nadja, op. cit., p. 49.

¹⁹⁴ GADAMER, Hans-Georg. Verdade e Método I, cit., p. 399.

¹⁹⁵ Idem, ibidem, p. 404.

¹⁹⁶ HERMANN, Nadja, op. cit., p. 50.

entender que o valor dado na hermenêutica à tradição configure uma aceitação acrítica da tradição ou uma espécie de conservadorismo político-social. De acordo com Gadamer:

Toda a experiência é confronto, já que ela opõe o novo ao antigo, e, em princípio, nunca se sabe se o novo prevalecerá, quer dizer, tornar-se-á verdadeiramente uma experiência, ou se o antigo, costumeiro e previsível, reconquistará finalmente a sua consistência. Sabemos que, mesmo nas ciências empíricas, como Kuhn em particular o demonstrou, os conhecimentos novamente estabelecidos encontram resistências e na verdade permanecem por muito tempo ocultos pelo “paradigma” dominante. O mesmo ocorre fundamentalmente com toda a experiência. Ela precisa triunfar sobre a tradição sob pena de fracassar por causa dela. O novo deixaria de sê-lo se não tivesse que se afirmar frente a alguma coisa.¹⁹⁷

Não estamos cegamente atados às nossas pré-compreensões, pois, apesar de nossas pré-compreensões serem limitadas, não são fechadas. A tradição não se impõe automaticamente, pois cabe ao intérprete ter uma atitude de questionamento perante a tradição, separando os pré-juízos autênticos dos inautênticos. Coreth, com propriedade, afirma:

Essa pré-compreensão, porém – como a totalidade de meu “mundo” – é, sim, sempre limitada, mas nunca está fechada em si. É limitada, porque jamais experimentei e compreendi tudo, mas muita coisa se subtraiu a meu conhecimento. Contudo, a pré-compreensão – como, repetamos, a totalidade de meu “mundo” – nunca está definitivamente fixada e fechada em si, mas é, por princípio, aberta. Representa só um primeiro e essencialmente provisório acesso da compreensão. Somente quem sempre mantém aberta de novo sua pré-compreensão, pronto a se deixar instruir e corrigir, está capacitado à legítima compreensão. Quer se trate de uma compreensão pessoal, objetiva, ou histórica, ela apresenta em sua essência um caráter dialogal. Deve entrar em conversação com o conteúdo de significado a ser compreendido; deve abrir-se para apreender o sentido que lhe é dito. Nesse acontecimento, o horizonte se transforma e se alarga, possibilitando dessa forma uma compreensão mais profunda e mais plena.¹⁹⁸

Além disso, para Gadamer, a compreensão não é reprodutiva, mas produtiva, pois “compreender é compreender-sempre-diferentemente”¹⁹⁹. O autor marca com essa afirmação o fato de, que sempre que compreendemos um texto, uma diretriz, isso se dá numa determinada situação em que nos encontramos e, diante de nossa historicidade ontológica,

¹⁹⁷ GADAMER, Hans-Georg. O problema da consciência histórica. op. cit., p. 14.

¹⁹⁸ CORETH, Emerich. *Questões fundamentais de hermenêutica*. São Paulo: Universidade de São Paulo, 1973, p. 112-113.

¹⁹⁹ GADAMER, Hans-Georg. Verdade e Método II, op. cit., p. 15.

essa situação é essencialmente cambiável. Essa interpretação se torna clara quando, sobre o sentido de um texto focado pelo intérprete, afirma:

O sentido de um texto supera seu autor não ocasionalmente, mas sempre. Por isso, a compreensão nunca é um comportamento meramente reprodutivo, mas também e sempre produtivo... Basta dizer que, quando se logra compreender, compreende-se de um modo diferente.²⁰⁰

Como nos lembra Grondin, para Gadamer a aplicação não é algo secundário à compreensão, pois, na trilha de Heidegger, entende que compreender é sempre um compreender-se. Dessa forma, compreender é aplicar um sentido à nossa situação, evidenciando, assim, o caráter produtivo da compreensão. Esclarece Grondin:

Entender um texto do passado significa traduzi-lo para a nossa situação presente, escutando nele uma discursiva resposta para os questionamentos de nossa era. ... a verdade, aqui concebida como abertura de sentido (aléteia), ocorre apenas no decurso da aplicação histórico-efetual. ... Um texto só se torna falante, graças às perguntas que nós hoje lhe dirigimos. Não existe nenhuma interpretação, nenhuma compreensão, que não respondesse a determinadas interrogações que anseiam por orientação.²⁰¹

De tudo o que foi dito percebemos que não podemos simplesmente nos colocar fora do mundo para que possamos encontrar as respostas adequadas para as perguntas que possam ser feitas, pois fora do mundo sequer se torna possível um verdadeiro perguntar. Devemos, sim, nos entender como irremediavelmente no mundo, embora não definitivamente atados acriticamente ao que nos vem do passado pela linguagem. Esse é o papel do esclarecimento dos pré-juízos que possibilitam a compreensão autêntica, possibilitando ao intérprete a abertura de novos sentidos adequados a novos contextos.

²⁰⁰ GADAMER, Hans-Georg. Verdade e Método I, op. cit., p. 392.

²⁰¹ GRONDIN, Jean, op.cit., p. 192-195.

3.4 A DIFERENÇA ONTOLÓGICA

A diferença ontológica é outro dos teoremas fundamentais para a compreensão da fenomenologia hermenêutica de Heidegger e que foi desenvolvida também por Gadamer em sua hermenêutica filosófica.

Segundo Stein, a diferença ontológica é a diferença essencial, onde está a unidade entre o ser humano e a compreensão do ser. Essa diferença não significa uma separação entre ser e ente, mas a relação entre ser e ente que se dá pelo comportamento do *Dasein*, do ser-aí. Assim, a função da diferença ontológica é o que possibilita a Heidegger fazer a pergunta, o questionamento²⁰², pelo ser, distinguindo-o dos entes. Lembra ainda o autor que a fenomenologia hermenêutica mostra que o processo da pré-compreensão sempre acompanha o ser-aí, sendo condição de possibilidade de qualquer conhecimento. Dessa forma, Stein conclui que a diferença ontológica é o teorema que supera a relação sujeito-objeto, pois precede essa relação e recupera, portanto, uma visão totalizante, em que se estabelece um vínculo entre o pensar filosófico e o pensar científico no qual se estabelece um espaço de encontro.²⁰³

Como afirma Streck, a questão sobre o sentido do ser é possível somente quando se dá a compreensão do ser, quando o sentido se dá já simbolizado. O *Dasein*, como ser no mundo, está desde já sempre inserido nessa estrutura simbólica; o *Dasein*, o ser-aí, existe compreendendo, pois a compreensão faz parte do seu modo de ser-no-mundo, do homem no mundo; a compreensão. Portanto, é um existencial, categoria por meio da qual o homem se constitui. Afirma o autor que em Heidegger a hermenêutica consiste em levar o ser do ente a se manifestar, a aparecer como fenômeno. A ontologia (fundamental) é o questionamento sobre o sentido do ser. Dessa forma,

²⁰² Heidegger afirma que todo “o questionamento é uma procura. Toda procura retira do procurado sua direção prévia. Questionar é procurar cientemente o ente naquilo que ele é e como ele é. A procura ciente pode transformar-se em “investigação” se o que se questiona for determinado de maneira libertadora”. HEIDEGGER, Martin, op. cit., p. 30-31. Réé, elucidando esta passagem de Heidegger, afirma que para Heidegger toda a pergunta é uma busca, sendo orientada pelo que é buscado. A pergunta é sobre algo e já contém esse algo sobre que pergunta, sendo também uma pergunta a algo. Assim, também pertence à pergunta o que é interrogado e o que se deve descobrir com a pergunta. RÉE, Jonathan. Heidegger. São Paulo: Editora UNESP, 2000, p. 13-14.

²⁰³ STEIN, Ernildo. Pensar é pensar a diferença, op. cit., p. 16, 17, 18, 19 e 100.

só é possível, aqui, como fenomenologia, que terá como temática o ser dos entes, o sentido dos entes. ... Não mais o ente enquanto ente, mas, sim, o ser (o sentido) do ente, uma vez que o ser sempre se manifesta nos entes. Só há ser no ente. A metafísica sempre pensou o ente, mas nunca pensou o ser que possibilita o ente, aduz o filósofo.²⁰⁴

Conforme Stein, a fenomenologia hermenêutica de Heidegger volta-se criticamente para a história da metafísica, tanto na filosofia como na ciência, demonstrando que ambas, embora em seus próprios temas, apenas acabaram por tratar dos entes e levaram ao esquecimento do ser. Assim, foi esquecida uma diferença essencial que se caracteriza por uma situação incontornável na qual está a unidade entre o ser humano e a compreensão do ser. Para o autor, a diferença ontológica não significa apenas uma separação ente ser e ente, mas uma relação entre eles que se dá pelo comportamento, pelo modo de ser de um ente que é o ser-aí (*Dasein*). Assim, “a diferença ontológica se constitui no contexto da compreensão do ser, mas, ao mesmo tempo, dá a essa o espaço de seu acontecer.”²⁰⁵

É justamente isso que fica claro da afirmação de Gadamer quando diz que, em Heidegger, é a diferença ontológica, a diferença entre ser e ente, que possibilita a própria pergunta e a compreensão do ser.²⁰⁶

Stein elucida que Heidegger não formula uma teoria do ser, nem responde à pergunta sobre o ser; o que ele faz é uma topologia do ser e é na diferença ontológica, diferença esquecida pela metafísica, que ele se movimenta. Afirma que a metafísica “sempre pensou o ser ligado ao ente. O ser como emergência do ser dos entes subtraiu-se à interrogação metafísica.” Através da hermenêutica da faticidade, pela analítica existencial, continua Stein, é que Heidegger promove a interrogação do ser na “zona privilegiada de sua manifestação, o

²⁰⁴ STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica* – Uma Nova Crítica do Direito, op. cit., p. 177.

²⁰⁵ STEIN, Ernildo. *Pensar é Pensar a Diferença* – filosofia e conhecimento empírico, op. cit., p. 16-18. Réé afirma que é o *Dasein* que tem a capacidade de questionar o ser e compreender o ser. Essa capacidade é inerente ao *Dasein*, do ser-aí, é de sua existência compreender o ser. O *Dasein* é compreendendo, em suas compreensões autênticas ou não. Assim, a peculiaridade do *Dasein* é ser um ente ontológico, pois a compreensão do ser é sua característica determinante (Heidegger). Além disso, “se nossa existência não é explicitamente ontológica, ela é pelo menos “pré-ontológica””. Dessa forma, a ontologia fundamental vai assumir o papel de clarificar e radicalizar nosso entendimento pré-ontológico do ser. A ontologia fundamental será radicalmente reflexiva, devendo ser buscada na analítica existencial do *Dasein*, mostrando que não existe fundamento último, mas, sim, que nossa existência não tem outra base que ela mesma. RÉE, Jonathan. op. cit., p. 15-18.

²⁰⁶ GADAMER, Hans-Geor. *Verdade e Método I*, op. cit., p. 345.

mundo humano do ser-aí.”²⁰⁷ As afirmações de Stein ficam ainda mais claras quando temos contato com o que Heidegger afirma sobre o ser e sobre o ente:

o ser não somente não pode ser definido, como também nunca se deixa determinar em seu sentido por outra coisa nem como outra coisa. O ser só pode ser determinado a partir de seu sentido como ele mesmo. O ser é algo derradeiro e último que subsiste por seu sentido, é algo autônomo e independente que se dá em seu sentido. ... Ser é o conceito mais universal. ... O conceito de ser é indefinível, em virtude de sua máxima universalidade. ... O ser não pode ser concebido como ente; *enti non additur aliqua natura*: o “ser” não pode ser determinado, acrescentando-lhe um ente. Não se pode derivar o ser no sentido de uma definição a partir de conceitos superiores nem explicá-lo através de conceitos inferiores ...

...

Chamamos de “ente” muitas coisas e em sentidos diferentes. Ente é tudo de que falamos, tudo que entendemos, com que nos comportamos dessa ou daquela maneira, ente é também o que e como nós mesmos somos. Ser está naquilo que é e como é, na realidade, no ser simplesmente dado (Vorhandenheit), no teor e no recurso, no valor e validade, na pre-sença, no “há”.²⁰⁸

Rée esclarece que Heidegger está em busca do que significa o ser, o significado do ser, não como algo que está atrás do ser, mas o sentido que este termo tem em nossas linguagens e compreensões. Salaria que Heidegger não diz o que é o ser, mas dá sugestões gerais, dizendo que o ser envolve uma questão crucial, assunto que diz respeito a todos nós, mesmo que não estejamos conscientes disso; daquilo que falamos quando falamos de alguma coisa e que acabou sendo trivializado pela tradição filosófica que acabou por esconder o ser.²⁰⁹

Assim, continua o autor, Heidegger afirma que o ser é o mais universal de todos os conceitos, o que não significa que seja o mais claro, pois é o mais obscuro; que o ser é vago e indefinível, sendo, portanto, diferente das entidades com as quais lidamos cotidianamente. Mostra, assim, que questões ontológicas (questões sobre o ser) não podem ser tratadas como questões ônticas (questões sobre entes particulares). Dessa forma, continua, se de algum modo compreendemos o que é ser, essa “compreensibilidade mediana” precisa ser analisada. Heidegger lembra ainda que constantemente somos tentados a tratar as questões ontológicas como questões ônticas, o que demonstra a importância de ser problematizada a questão do ser.

²⁰⁷ STEIN, Ernildo. Introdução ao Pensamento de Martin Heidegger. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2002, p. 143. Em outra passagem o autor nos lembra: “A vida já sempre se compreende de algum modo a si mesma. A fenomenologia analisa o ser-aí que compreende o ser e, assim, se transforma em fenomenologia hermenêutica. O ser-aí é analisado em sua existência fática e, por isso, emerge a analítica existencial. ... A analítica existencial visa ao desvelamento das estruturas do ser-aí A partir do ser-aí se desvelará o horizonte da temporalidade como horizonte transcendental do ser.” Idem, ibidem, p. 60.

²⁰⁸ HEIDEGGER, Martin, op. cit., p. 13, 28, 29 e 32.

²⁰⁹ RÉE, Jonathan, op. cit., p. 10-13.

Ocorre que, de alguma forma, “desde os albores de nossa existência, nas palavras de Heidegger, “já vivemos em um entendimento do ser”, até porque só existimos tendo algum tipo de compreensão do mundo e de nosso lugar nele.”²¹⁰

Heidegger, afirma o autor, pensa o ser de forma diversa da metafísica, pois, para ele, a compreensão não é algo ou uma operação oposta à própria vida constituinte, mas é o próprio modo originário do *Dasein*, modo original pelo qual o homem vive, existe no mundo, mundo que é o próprio ser e que nos chega sempre simbolizado pela linguagem. O homem é o ser-no-mundo que compreende como seu modo de existir.²¹¹

Dessa forma, a própria questão da verdade ganha outra dimensão. Réé demonstra que Heidegger critica a concepção (aristotélica) da verdade como correspondência entre juízos, de um lado, e em objetos, do outro. Por meio da analítica existencial, Heidegger não propõe simplesmente ignorar ou jogar fora toda a tradição filosófica que vem desde os gregos sobre a verdade, mas, sim, apropriá-la de forma primordial, indagando o que foi primordialmente indagado, através das palavras mais elementares do *Dasein*. Heidegger afirma que a verdade e o ser estão relacionados. A verdade, para Heidegger, é abertura, é desvelamento; a abertura é um modo de ser essencial do *Dasein*. Assim, para Heidegger, “só “há” verdade à medida que o *Dasein* existe. Entidades só são descobertas – e só se abrem uma vez que – o *Dasein* de algum modo existe.” Para Heidegger, sem *Dasein* não pode existir verdade, o que explica, segundo o autor, a posição de Heidegger quando falou sobre as Leis de Newton. Esclarece Réé,

que antes de Newton suas leis não eram nem verdadeiras e nem falsas não significa que as entidades descobertas e apontadas por essas leis antes não existiam. As leis se tornaram verdadeiras por meio de Newton, e, com elas, entidades ficaram acessíveis em si mesmas ao *Dasein*. Ao serem descobertas, essas entidades se mostraram precisamente como entidades que já existiam antes. Esse tipo de descoberta é o modo de ser da “verdade.”²¹²

²¹⁰ Idem, *ibidem*.

²¹¹ HERMANN, Nadja, *op. cit.*, p. 34.

²¹² RÉÉ, Jonathan, *op. cit.*, p. 41-42. Ver também Hermann, que salienta que, para Heidegger, o conceito de verdade deixa de ser a autenticidade da expressão ou prova da existência do real, ficando imerso no tempo e aberto às possibilidades do ser. Assim, a verdade passa a ser alétheia, desvelamento, desocultamento, sendo sempre relativa ao *Dasein* e de sua abertura ao mundo. A verdade deixa de ser subjetiva e passa para o mundo prático; é no interior da abertura ontológica que a verdade aparece e se oculta. Assim, não existem mais verdades atemporais, absolutas, pois isso seria uma fuga da finitude humana. HERMANN, Nadja, *op. cit.*, p. 38-40.

É com base nisso que Rée vaticina que, para Heidegger, “a ciência é indubitavelmente histórica, mas a história não é nenhuma inimiga da verdade”.²¹³

Para Palmer a experiência hermenêutica é a revelação da verdade, que não pode ser entendida como correspondência entre um juízo e um fato, pois que a verdade é emergência, é o surgimento do ser em sua manifestação. A verdade é sempre parcial, nunca total; é carregada de ambigüidade, visto que, ao mesmo tempo em que se revela, se oculta. Afirma o autor que a verdade

fundamenta-se na negatividade; esta é a razão pela qual a descoberta da verdade se processa melhor no interior de uma dialéctica onde o poder da negatividade possa actuar. A emergência da verdade na experiência hermenêutica aparece nesse encontro com a negatividade que é intrínseca à experiência; nesse caso a experiência surge como “momento estético” ou como “evento lingüístico”. A verdade não é conceptual, não é fato – acontece.²¹⁴

E é através do que Heidegger chamou de “indícios formais” que se trilha o caminho para a verdade, esta entendida como existencial, como desvelamento, na trilha a ser trilhada para o encontro das próprias coisas.²¹⁵

Como afirma Stein é através dos indícios formais que o ver fenomenológico trilha o caminho em relação às coisas mesmas. Aduz o autor que Heidegger chama de “analítica existencial” o processo de descrição dos indícios formais, o exercício de descrição das condições existenciais. Heidegger busca os indícios formais das características do *Dasein* e descobre dois indícios formais próprios do *Dasein*: a) o sentimento de situação, pelo qual desde sempre já sei de meu ser-jogado-no-mundo e b) a compreensão ligada ao sentimento de situação, que é uma pré-compreensão e, a partir daí, desenvolve um caminho de descrição do acontecer das coisas. Esses indícios são próprios do modo de ser-no-mundo do *Dasein*, estando presentes e operando em qualquer nível do conhecimento. Nessa mesma trilha, por

²¹³ RÉE, Jonathan, op. cit., p. 44.

²¹⁴ PALMER, Richard E., op. cit., p. 246.

²¹⁵ Grondin nos lembra que, visto que Heidegger queria, com sua hermenêutica filosófica, evitar o auto-equívoco e responsabilizar cada intérprete por suas interpretações, destruindo as sentenças universais e não mais questionadas do ser-aí, bem como para não cair em uma “escolastização”, ele acabou por introduzir seus conceitos como meros “indicadores formais”, o que impõe a quem interpreta apropriar-se sempre de novo dessas indicações, não meramente reproduzi-las acriticamente. Assim, o que deve ser buscado são as experiências específicas que se manifestam no universal. GRONDIN, Jean, op. cit., p. 167-170. Ver, ainda, sobre essa questão Ohlweiller, Leonel. A pergunta pela técnica e os eixos dogmáticos do Direito Administrativo: Algumas repercussões da fenomenologia hermenêutica. Texto de aula MINTER-UNISINOS-UPF. Passo Fundo, 2005, p. 22 e nota 59.

meio da analítica existencial, Heidegger vai também em busca do modo do acontecer das coisas, dos entes disponíveis.²¹⁶

Lembra ainda o autor que os indícios formais não dão conta do todo da coisa; assim, a sua descrição nunca é completa, mas é um caminho sempre a ser percorrido. Surge, portanto, uma base não-inferencial do conhecimento, mas, sim, uma descrição do modo-de-ser-no-mundo a partir de um encontro com a realidade, com as coisas mesmas.²¹⁷ Por fim, Stein ensina:

Como ser-no-mundo, o *Dasein* abre, pela pré-compreensão, um espaço para o acontecer de um encontro entre o sentido e a realidade, o significado e a experiência, as palavras e as coisas, o pensar e a experiência. Esse âmbito é constituído pela diferença ontológica. Dela surge um elemento não-inferencial, condição de possibilidade de qualquer inferência. A fenomenologia hermenêutica, através dos indícios formais, pretende abrir-nos o caminho para esse universo não-inferencial, o antepredicativo, que se dá em bases existenciais.²¹⁸

Dessa forma, é através de um encontro com a realidade, de um diálogo aberto com a tradição e pela análise dos indícios formais que se apresentam que se pode alcançar uma visão não metódica sobre a verdade, até porque, como lembra Gadamer, a ciência moderna, que busca estabelecer a verdade pelo uso de métodos (entendidos como “caminhos de seguimento” que sempre podem ser refeitos) acabou por trocar, como parâmetro do conhecimento, a verdade pela certeza; assim, esqueceu a verdade como desvelamento (*alethéia*), como encontro com as coisas mesmas e, por fim, deixou de ver a verdade para se afirmar apenas no método.²¹⁹

Faz-se necessária a volta ao questionamento fundamental, ao questionamento do ser, à busca fenomenológica pela verdade, não a cegueira analítica dos métodos. Isso não significa uma desconsideração total dos métodos, que podem auxiliar no processo de conhecimento, mas ter consciência de que estes não são caminhos que levam à verdade, mas que buscam a

²¹⁶ STEIN, Ernildo. *Pensar é pensar a diferença*, op. cit., p. 157-159 e 159-160, respectivamente.

²¹⁷ Idem, *ibidem*, p. 166-167. Ver, também, Silva Filho que afirma: “Tudo isso quer dizer que o sentido autêntico é o fruto de um adequado confronto das coisas que aparecem ao homem com a sua pré-compreensão. A essência dos entes se revela, assim, sempre a partir de uma estrutura de significado provisória e em constante mutação. Daí porque o homem nunca pode esgotar a enunciação do ser dos entes com os quais se defronta.” SILVA FILHO, José Carlos et al. *O Princípio da boa-fé objetiva no Direito Contratual e o problema do homem médio: Da jurisprudência dos valores à hermenêutica filosófica*. Texto de aula MINTER UNISINOS-UPF. Passo Fundo, 2005, p. 9,

²¹⁸ STEIN, Ernildo. *Pensar é pensar a diferença*. op. cit., p. 167-168.

²¹⁹ GADAMER, Hans-Geor. *Verdade e Método II*, op. cit., p. 59-71.

certeza. Esquece-se, dessa forma, do fundamental, ou seja, que a verdade é acontecimento, é *alethéia*.

Rée lembra o momento histórico em que Heidegger escreveu *Ser e Tempo*, quando na filosofia estava presente o debate entre verdade e história. Naquele momento, no qual a fé iluminista no progresso foi abalada pela Primeira Grande Guerra, abriu-se o campo para o relativismo, pois não haveria mais verdades absolutas transcendentais confiáveis. Heidegger, por sua vez, mostrou que, se os conceitos de particularidade histórica e verdade científica forem investigados a fundo, esse conflito não é tão radical. Segundo o autor, Heidegger demonstra que as “nossas peculiaridades individuais não são uma crisálida que deixamos para trás a fim de ascender a um sublime reino da verdade, mas a origem e âncora de todo o nosso conhecimento.”²²⁰ Mais adiante, Rée diz que

talvez já possamos discernir o caminho que Heidegger quer nos ver seguir: um caminho que nos mantém distantes tanto do absolutismo como do relativismo, e nos traz repentinamente de volta, surpresos, à nossa própria existência como bons ou maus intérpretes do mundo, como perguntadores pela questão do significado de *ser*, e como ontologistas que podem por fim ver por que a história é a melhor amiga da verdade.²²¹

Esse novo ver que brota da filosofia da finitude, da hermenêutica filosófica, pode abrir e abre novos caminhos para o Direito, desde que estejamos dispostos a nos deixarmos guiar pelo próprio caminho, pelas coisas, pela linguagem, não simplesmente pela metodologia. Dessa forma, a compreensão ganha novos ares e nova força com a hermenêutica filosófica, deixando para trás a relação sujeito-objeto e focando-se na relação sujeito-sujeito. O intérprete não é mais visto como o sujeito (*cogito*) que, pela sua consciência, domina o objeto (o que está à sua frente) conhecendo-o em sua essência fundamental; intérprete e texto estão imbricados de forma ontológica.

Cabe-nos todavia, esclarecer bem essa questão.

Stein descortina o pensamento de Heidegger sobre a relação entre ciência e filosofia quando analisa a questão da preservação da diferença ontológica perante a objetivação como o cenário próprio da filosofia. Aduz o autor:

²²⁰ RÉE, Jonathan, op. cit. p. 8.

²²¹ Idem, ibidem, p. 62.

O filósofo, de modo algum, negará que, no cotidiano, na ciência e em outros comportamentos, o ser humano necessariamente apela para a objetivação. O problema começa quando não percebemos que com a atitude de objetivar ou objetificar, estamos apenas permitindo que apareça um aspecto da nossa relação com as coisas, com os eventos e com as pessoas. É nesse sentido que a objetivação ou a objetificação passam a ser objeto de crítica. Pois, o filósofo, pelo próprio desenvolvimento de seu conceito de fenômeno, trabalha com o binômio velamento e desvelamento, o manifesto e aquilo que só se mostra através de uma espécie de ocultamento. A objetivação olharia apenas o aspecto do desvelamento e esse numa perspectiva de um sujeito que se situa diante de um objeto. Nessa relação, tanto a coisa como o evento ou a pessoa, passam a ser simplesmente objetos da representação do sujeito. Esse passa a ter um domínio sobre aquilo que ele coloca na sua frente e do qual ele dispõe como sujeito. Dessa maneira, o acontecer ou o apresentar-se, ou ainda o vir-ao-encontro com seu modo de ser, das coisas, dos eventos e das pessoas, é negado, é encoberto ou mesmo totalmente ignorado. Entretanto, é nesses aspectos que precisamente se dá a dimensão fundamental em que os entes se mostram em seu ser e, ignorar essa dimensão do acontecer do ser, significa não permitir que apareça a diferença ontológica.²²²

Portanto, buscamos não simplesmente ignorar o trabalho da ciência, e no nosso caso da ciência do Direito, mas guardar um espaço para o perguntar filosófico, para o acontecer do sentido do fenômeno jurídico, que não pode ser congelado de uma vez por todas por esquemas metodológicos que não atentam para a temporalidade do ser²²³. Superamos com isso, como já referido, a relação de dominação, para entrar numa relação dialogal. Não é à toa que Gadamer afirma:

Importa, portanto, reconhecer todas as formas da vida humana e articulações de cada uma de suas respectivas margens de mundo. Estamos, então, no domínio da hermenêutica. É assim que chamo a arte do compreender. Mas o que é, propriamente, compreender? Compreender não é, em todo caso, estar de acordo com o que ou quem se compreende. Tal igualdade seria utópica. Compreender significa que eu posso pensar e ponderar o que o outro pensa. Ele poderia ter razão com o que diz e com o que propriamente quer dizer. Compreender não é, portanto, uma dominação do que nos está à frente, do outro e, em geral, do mundo objetivo. Pode até se compreender que se compreenda para dominar. ...²²⁴

²²² STEIN, Ernildo. Pensar é pensar a diferença, op. cit., p. 191 e 193.

²²³ Cabe-nos aqui lembrar Silva Filho, que afirma: “Assim, pode-se entender o fenômeno jurídico como um ente, como uma manifestação da realidade que revela o seu ser continuamente, e para o qual deve-se ter ouvidos. A ciência do Direito, neste prisma, não pode aprisionar o ente que lhe diz respeito ao modo de um objeto a ser dominado, medido e quantificado e que, uma vez delimitado implica o permanente enquadramento de todo o acontecimento futuro dentro dos seus moldes, devendo, assim, o ente em sua manifestação ser inibido na revelação do seu ser em favor de uma projeção de um ser ou fundamento já transformado em objeto e de um procedimento metódico que o imortaliza.” SILVA FILHO, José Carlos Moreira, *Hermenêutica filosófica e direito*, op. cit., p. 170-171.

²²⁴ GADAMER, Hans-Georg. *Da palavra ao conceito*. A tarefa hermenêutica enquanto filosofia. Tradução de Hans-Georg Flickinger e Muriel Mais-Flickinger. *Hermenêutica Filosófica – Nas trilhas de Hans-Georg Gadamer*, op. cit., p. 23.

Essa é a postura da hermenêutica crítica, uma hermenêutica que se preocupa com a verdade enquanto acontecimento do sentido, que surge e se vela; com a pergunta pelo ser que é temporal; com a responsabilidade do intérprete pelo produto de sua interpretação, sem desatentar para o aspecto dialogal e intersubjetivo do Direito e, por fim, que se preocupa com a efetivação dos princípios e direitos humanos fundamentais no ambiente do Estado Democrático de Direito e de uma sociedade mais justa e solidária.

3.5 O PROCESSO HERMENÊUTICO NO DIREITO – O CARÁTER PRODUTIVO DA INTERPRETAÇÃO, SUA INSERÇÃO E SEU PAPEL NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Toda a base filosófica da hermenêutica de Heidegger e Gadamer tem sido apropriada por vários cultores do campo do Direito e, numa verdadeira *aplicatio*, tem instaurado uma série de novas possibilidades para dizer o fenômeno jurídico, além de colocar em xeque a visão metódica da interpretação.

Para a hermenêutica filosófica, como já mencionamos, a linguagem deixa de ser uma terceira coisa entre sujeito e objeto, passando a ser condição de possibilidade para o próprio pensar. Além disso, o intérprete não está fora do mundo, mas imerso no mundo e na circularidade hermenêutica. Por fim, a verdade deixa de ser correspondência entre coisa e enunciado, passando a ser o encontro (desvelamento/ocultamento) do ser, o aparecer das coisas mesmas na abertura propiciada pelo *Dasein*, tendo em vista a diferença ontológica. Assim, não é possível defender sentidos congelados, aistóricos, que impedem um novo encontro com a verdade.

É claro que essa abordagem certamente angustia²²⁵ e suscita perguntas, provoca nosso pensar para um caminho diverso e mais fecundo do que o pensar do senso comum teórico dos

²²⁵ Rée afirma que Heidegger nos lembra de que temos uma tendência para a inautenticidade, de estarmos no próprio-impessoal, perdidos no palavratório, entendendo o que se fala apenas por alto, na curiosidade que só quer se informar, mas que não se preocupa com conhecer e sim em só num tomar conhecimento. Isso implica a ambigüidade, que faz com que tudo pareça entendido quando de fato não está. Dessa forma, as novas criações, as genuínas criações já são antiquadas quando chegam a público. Para Heidegger, é a angústia do estranhamento que pode nos tirar da inautenticidade e nos levar à autenticidade; a angústia acorda o *Dasein*. Ao se sentir estranho, o *Dasein* se individualiza como ser-no-mundo, saindo de sua queda e absorção no mundo. Isso não significa um individualismo, mas, sim, que com a angústia o *Dasein* se coloca frente a frente com o seu mundo como ser-no-mundo. Portanto, não há fuga do mundo, mas uma “ousada descoberta e reapropriação deste”. RÉE, Jonathan, op. cit. 31.

juristas. Sobretudo, provoca-nos a ver o novo com os olhos do novo, não do velho, como afirma Streck. Para os fins da presente dissertação, a visão propiciada pela hermenêutica filosófica possibilita que percebamos os novos significados do fenômeno constituinte de 1988 e de seu fruto, a Constituição Federal de 1988, ou seja, a constituição de um Estado Democrático de Direito fundado em direitos humanos fundamentais, que são a base comum de um direito minimamente legítimo.²²⁶

Assim, devemos refletir sobre o processo interpretativo do Direito no ambiente (contexto) no qual estamos imersos, ou seja, num Estado dito Democrático de Direito. Devemos, ainda, atentar e ter em conta que a sociedade brasileira é uma sociedade altamente diversificada, pluralista e que tem dificuldades atinentes às condições de vida da população, as quais podem ser qualificadas como de primeira necessidade ou existenciais. Então, sem a inserção da interpretação nesse contexto certamente se perdem as novas possibilidades que podem surgir dessa inserção. Por isso, é por meio de um debate profícuo com a tradição democrática, alicerçada nos direitos humanos fundamentais, que é possível a construção de novos sentidos para o Direito.²²⁷

Ora, a inserção da interpretação nesse contexto é imprescindível, pois, como bem lembra Stein,

... Gadamer nos deu, com sua hermenêutica filosófica, uma lição nova e definitiva: uma coisa é estabelecer uma práxis de interpretação opaca como princípio, e outra coisa bem diferente é inserir a interpretação num contexto – ou de caráter existencial, ou com as características do acontecer da tradição na história do ser – em que interpretar permite ser compreendido progressivamente como uma autocompreensão de quem interpreta. E, de outro lado, a hermenêutica filosófica nos ensina que o ser não pode ser compreendido em sua totalidade, não podendo assim, haver uma pretensão de totalidade da interpretação.²²⁸

²²⁶ BARROSO, Luís Roberto; STRECK, Lenio Luiz, na obra coletiva *Canotilho e a Constituição Dirigente*. Jacinto Nelson de Miranda Coutinho. Organizador. Rio de Janeiro-SãoPaulo: Renovar, 2003, p. 33 e 81, respectivamente.

²²⁷ É interessante aqui lembrar o que diz Rée sobre a linguagem: uma “linguagem é evidentemente uma entidade histórica – uma herança cultural dinâmica e multifacetada, de desconcertante complexidade, produto das labutas poéticas, gramaticais e filosóficas de incontáveis gerações antecedentes. Como usuários de uma linguagem, é inevitável que sejamos parte de uma história que sempre nos sobrepuja.” Como afirma o autor, podemos nos relacionar, segundo Heidegger, de forma ôntica ou ontológica com a tradição. Podemos tratá-la como tesouro cultural que nos foi entregue pelo passado e que é apreendida de um modo temporal ligado ao presente (forma ôntica) ou podemos nos apropriar da tradição produtivamente, fazendo um retorno positivo ao passado e abrindo outras possibilidades para o futuro (forma ontológica), indo às fontes primordiais de onde nos chega esta tradição e levantar novamente a questão que colocou essa tradição em movimento, a questão do ser. RÉE, Jonathan, op. cit., p. 20-21.

²²⁸ STEIN, Ernildo. A Consciência da história: Gadamer e a Hermenêutica. Caderno especial de domingo Mais da Folha de São Paulo de 24 de março de 2002, p. 2 e 3. Disponível em: www.cfh.ufsc.br/~wfil/gadamer.htm.

Para isso, não podemos esquecer que, como afirma Streck, a norma não está contida de forma imediata no texto, mas é produzida no processo de concretização do Direito²²⁹. Dessa forma, como lembra o autor, “a hermenêutica de cariz filosófico não depende de procedimentos. Não é, portanto, normativa; é atribuição de sentido; é modo-de-ser-no-mundo, a partir da pré-compreensão do intérprete”²³⁰.

A interpretação é, então, produção de sentido que só se torna possível pela linguagem²³¹. A produtividade da interpretação está indissolúvelmente ligada não só ao intérprete e ao seu mundo, a suas pré-compreensões, que possibilitam e condicionam sua interpretação (história efetual), mas também está ligada intimamente ao caso, visto que a concretização da lei só se faz no caso concreto.

Silva Filho relata que, em carta escrita a Karl Jaspers, Heidegger descreveu-se como um zelador de museu que afastava as cortinas que encobriam as obras para que elas pudessem ser mais bem vistas. Isso quer dizer, segundo o autor, que a filosofia hermenêutica tem o papel de remover aquilo que encobre, aquilo que a habitualidade esconde, sendo o exercício do “deixar ver”. E continua:

Fazendo uma transposição para o intérprete-aplicador do Direito, cultivar este sentido do pensamento de HEIDEGGER significa tornar o jurista sensibilizado diante do caso concreto, do âmbito da norma e da mensagem que a norma traz, sem se deixar amparar previamente, de modo rígido, sufocante e alienado por uma interpretação prefixada ou uma tradição doutrinária que não se dispõe ao verdadeiro diálogo (*senso comum teórico*). Significa surpreender-se e, de fato, contemplar em seu ser o fenômeno social com o qual se depara. É este exercício do *deixar-ver* que possibilita os momentos de abertura no sistema e a conseqüente realização do desiderato de todo o jurista que preze esta qualificação: a busca da paz social através da justiça.²³²

²²⁹ STRECK, Lenio Luiz. Jurisdição constitucional e hermenêutica – Uma nova crítica do direito, op. cit., p. 548. Em outro texto o autor salienta a diferença entre texto e norma, esta última como atribuição de sentido pelo intérprete, embora deixando claro que isso não significa assumir a defesa da possibilidade de arbitrariedade do intérprete, pois a atribuição de sentido terá por base a sua situação hermenêutica, “de la tradición em que está incluído a partir de seus prejuícos. La diferencia ontológica, lócus del acto aplicativo (*applicatio*) funciona, así, como garantía contra esa discricionaridad representada por una pretendida “libertad de atribución de sentidos”.” STRECK, Lenio Luiz. Diferencia (ontológica) entre texto y norma: alejando el fantasma del relativismo. Disponível em: site www.leniostreck.com.br, p. 3.

²³⁰ STRECK, Lenio Luiz. Hermenêutica (Jurídica): comprendemos porque interpretamos ou interpretamos porque comprendemos? Uma resposta a partir da Ontological Turn, op. cit., p. 237.

²³¹ Streck, lembrando Heidegger, afirma: “Como o compreender só é possível se o homem é um ser-no-mundo, nosso acesso a esse mundo só é possível pela linguagem. Por isto vai dizer, mais tarde, na *Carta Sobre o Humanismo*, que a linguagem é a casa (morada) do ser.” STRECK, Lenio Luiz. Hermenêutica Jurídica e(m) Crise, op. cit., p. 193.

²³² SILVA FILHO, José Carlos Moreira da. op. cit., p. 230.

Como afirma Streck, os textos e os fatos sociais não podem ser tratados como meros objetos, pois estão juntos no mundo através da linguagem. Nesse mesmo mundo se encontra o intérprete, que não contempla objetos que estão à sua frente para, então, arrancar um sentido em si do objeto, mas já está desde sempre com tais “objetos” no mundo. Ultrapassa-se, assim, a relação sujeito-objeto (objetificante-metafísica) e passa-se para uma relação sujeito-sujeito (hermenêutica-dialógica). Além disso, a compreensão, a interpretação e a aplicação não estão separadas e somente ganham sentido diante dos casos concretos e da produtividade interpretativa.²³³

A hermenêutica filosófica, portanto, sustenta o caráter produtivo da interpretação, a qual não se resume a uma reprodução de sentidos já dados, mas envolve a construção de sentidos que se dão diante do caso concreto.²³⁴

Por ser produtiva, a hermenêutica também é, segundo Streck, crítica, visto que o intérprete não interpreta o Direito fora do mundo, como se estivesse isolado aos efeitos da história efetual de que fala Gadamer. Perde, assim, razão de ser qualquer alegação de um conformismo por parte da hermenêutica por esta estar ligada à tradição, visto que o aspecto crítico da hermenêutica “surge da situação hermenêutica em que está inserido o intérprete e da fusão de horizontes que ocorre entre o texto/realidade e o intérprete, uma vez que é na linguagem que surge a ação”.²³⁵

Gadamer explicita o caráter produtivo do caso particular no Direito, porque, segundo o autor, o juiz, além de aplicar a lei *in concreto*, promovendo a concreção do Direito, colabora, por meio da decisão, para a evolução do Direito. Portanto, a tarefa do juiz é prática, visto que

²³³ STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(m) crise*, op. cit., p. 254. Hernández-Largo afirma: “Al hilo del discurso de Gadamer, hemos ido percibiendo que este pensamiento se decantaba por una hermenéutica entendida como una estructura ontológica del intérprete y un desvelar la índole histórica de toda comprensión. Lo cual se traducía en una superación de una larga tradición de pensamiento que, originada en el romanticismo y en el historicismo, ha reflexionado sobre la hermenéutica con vía de acceso al conocimiento de algo histórico, pero dejando intactos los dos polos de tal conocimiento: el sujeto y el objeto. Ahora que se nos ofrece es que el sujeto pertenece a la comprensión misma y que el *interpretandum* sólo existe en la historia fáctica de la comprensión que genera.” HERNÁNDEZ-LARGO, Antonio Osuna, op. cit., p. 110.

²³⁴ STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(m) crise*, op. cit., p. 261.

²³⁵ Idem, *ibidem*, p. 260. Aliás, cabe afirmar que o autor deixa claro que a hermenêutica filosófica tem claros traços críticos, havendo uma unidade indissolúvel entre o método dialético, que parte da oposição, e o método hermenêutico, que parte da mediação, sendo, assim, a experiência hermenêutica dialética. Palmer afirma que “*A experiência hermenêutica é dialética*. Os frutos deste facto só podem colher-se quando a experiência for concebida não como consciência que percebe objetos, mas como compreensão que encontra uma negatividade que alarga e ilumina a autocompreensão.” PALMER, Richard E., op. cit., p. 243. Em sentido parcialmente divergente está Pérez Luño, pois, embora acate vários dos postulados da hermenêutica de Gadamer (caráter lingüístico da interpretação, pré-compreensão e círculo hermenêutico, debate com a tradição), acaba sustentando, também, em parte, a posição da chamada “crítica das ideologias” de Apel e Habermas, afirmando a necessidade de se adotar uma posição racional reflexiva sobre a interpretação. PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. *Derechos humanos, estado de derecho y constitucion*. 8. ed. Madrid: Tecnos, 2003, p. 263-265.

diante dos casos adapta a lei transmitida aos reclamos do presente, tentando reconhecer qual é o seu significado tendo em conta a sua própria história, o seu presente. Isso não implica arbitrariedade, pois “compreender e interpretar significam conhecer e reconhecer um sentido vigente. O juiz procura corresponder à “idéia jurídica” da lei, intermediando-a com o presente. Claro que ali se trata de uma mediação jurídica.”²³⁶

Afirma também Gadamer que ao juiz cabe a tarefa de interpretação produtiva, pois consistente em concretizar a lei em cada caso. Essa tarefa de aplicação é uma tarefa prática, o que não significa arbítrio judicial, visto que o juiz está sujeito à lei como qualquer outro membro da comunidade. Além disso, a própria idéia de uma ordem judicial, de uma decisão, não se coaduna com a de arbítrio, mas, sim, com a de uma “ponderação justa do conjunto”, que será possível somente para quem estiver consciente da situação da concreção e de suas especificidades. Assim, o autor diz que não basta o simples conhecimento dos artigos dos códigos, mas de toda a judicatura e de

todos os momentos que a determinam se quisermos julgar juridicamente um caso determinado. Não obstante, a única pertença à lei que se exige aqui é que a ordem jurídica seja reconhecida como válida para todos, sem exceção. ... Entre a hermenêutica jurídica e a dogmática jurídica existe, pois, uma relação essencial, na qual a hermenêutica detém a primazia. A idéia de uma dogmática jurídica perfeita, sob a qual se pudesse baixar qualquer sentença como um simples ato de subsunção, não tem sustentação.²³⁷

²³⁶ GADAMER, Hans-Georg. Verdade e Método I, op. cit., p. 79, 403 e 431. Nesse ponto, é possível afirmar uma grande afinidade nos pensamentos de Gadamer e Dworkin. Com efeito, a nosso ver as idéias de Gadamer estão presentes em Dworkin quando este autor afirma e entende a aplicação do Direito e o papel dos juízes nesta tarefa como interpretativa e criativa. Nessa tarefa, tendo em vista a busca de integridade no Direito, os juízes escrevem um “romance em cadeia”, pois, diante de um caso concreto, são autores e críticos. Ao mesmo tempo que levam em conta a tradição das decisões anteriores (precedentes e atos legislativos), introduzem acréscimos nessa tradição ao decidirem o caso num novo momento. DWORKIN, Ronald. O império do direito. São Paulo, 2003, p. 63-80 e 275 e s. A aproximação entre Gadamer e Dworkin e o desdobramento dessa aproximação são apontadas em STRECK, LenioLuiz, Verdade e consenso – Constituição, hermenêutica e teorias discursivas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 186., especialmente, p. 199. Cabe lembrar, ainda sobre o assunto a posição de Rocha, que, ao analisar a contraposição de Dworkin à tese de Hart sobre o poder discricionário do juiz nos *hard cases*, afirma que a postura de Hart é criticada por Dworkin, “que entende que o direito sempre proporciona uma “boa resposta”, já que o juiz ao julgar escreve a continuidade de uma história. Neste sentido, Dworkin coloca a célebre metáfora do romance escrito em continuidade, apontando o problema da “Narração”. A “boa resposta” seria aquela que resolvesse melhor à dupla exigência que se impõem ao juiz, ou seja, fazer com que a decisão se harmonize o melhor possível com a jurisprudência anterior e ao mesmo tempo a atualize (justifique) conforme a moral política da comunidade”. O autor salienta também a base em Rawls (fundamentação neo-contratualista) da posição de Dworkin. ROCHA, Leonel Severo. et. al. Introdução à teoria do sistema autopoiético do direito. Porto Alegre: 2005, p. 24-25.

²³⁷ Idem, ibidem, p. 432-433.

A influência de Gadamer no pensamento de Konrad Hesse é muito clara. Hesse sustenta que interpretar é concretizar. Assim, a interpretação tem caráter criativo, embora esteja vinculada à norma. Para o autor, a concretização pressupõe o entendimento do conteúdo da norma, que, por sua vez, está diretamente vinculado à pré-compreensão do intérprete e do problema a ser solucionado. O intérprete não compreende o conteúdo da norma situado no abstrato, fora da situação histórica, mas compreende-o em sua situação histórica concreta. É por uma pré-compreensão, que é condição de possibilidade para que o intérprete olhe a norma com certas expectativas, que ele projeta um sentido do todo da norma, um anteprojeto que carece de confirmação e que, por isso, precisa ser revisado e corrigido para se chegar à unidade de sentido. Cabe, portanto, ao intérprete, não se deixar levar pelas antecipações da pré-compreensão, mas torná-las conscientes, protegendo-se contra o arbítrio de idéias e a estreiteza dos hábitos, para, então, dirigir seu olhar “para as coisas mesmas”, sempre tendo em conta o caso concreto a ser solucionado. O autor afirma que a concretização só se torna possível diante de um caso concreto e, também, afirma a unidade do processo de interpretação e de aplicação no Direito. Entende que para isso se faz impostergável uma pré-compreensão tanto do problema como das normas jurídicas, sendo a teoria, a fundamentação teórica, condição de possibilidade da compreensão tanto da norma como do problema a ser solucionado²³⁸.

Streck, por sua vez, afirma que a hermenêutica jurídica descreve as condições reais do intérprete, porém não oferta métodos científicos. A compreensão é impossível fora do círculo hermenêutico. Ora, o intérprete está inserido num meio cultural, numa tradição, sem a qual não é possível pensar que se tenha acesso a um texto determinado. Portanto, é imprescindível situar o intérprete no ambiente cultural junto com o texto, o que não significa que ele esteja simplesmente amarrado por suas pré-compreensões, pois em cada interpretação se faz uma nova leitura dos textos jurídicos, uma nova produção de sentido; a cada caso se dá uma nova aplicação. O intérprete, portanto, está numa relação dialética e tensa entre familiaridade e estranheza com a tradição²³⁹. Adiante, continua afirmando que o intérprete só compreende o conteúdo do texto a partir de suas pré-compreensões, de um projeto prévio que terá de ser ajustado, pois não se trata simplesmente de seguir essas pré-compreensões, mas de explicitá-las, protegendo-se do arbítrio e indo “às coisas mesmas”.²⁴⁰

²³⁸ HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1998, p. 61.

²³⁹ STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(m) crise.*, op. cit., p. 210.

²⁴⁰ Idem, *ibidem*, p. 211.

Para a hermenêutica filosófica a compreensão, a interpretação e a aplicação não são momentos isolados, mas fazem parte de uma totalidade, ganhando relevo o sentido de *applicatio*, que, segundo Gadamer, é elemento constitutivo de todo compreender. Com efeito, Gadamer evidencia que a aplicação não é a submissão de uma situação concreta a regras já conhecidas em si e totalmente independentes do caso. O que a hermenêutica filosófica faz é refletir sobre os condicionamentos que sempre atuam sobre o compreender, visto que são constitutivos da própria compreensão prévia do intérprete, não significando, com isso, permitir o arbítrio do intérprete, pois este deve colocar em jogo seus próprios preconceitos. Dessa forma, o intérprete tem papel produtivo inegável na compreensão, mas, como já dito, isso não legitima subjetivismos e arbitrariedades, visto que “a coisa que está em questão a cada vez – o texto que se quer compreender – é o único critério dotado de validade”. Logo adiante, conclui o autor que o “intérprete e o texto possuem cada qual seu próprio “horizonte” e todo o compreender representa uma fusão desses horizontes”.²⁴¹

Aliás, Barroso, com razão, afirma que o trabalho de interpretação dos fenômenos políticos e jurídicos não se apresenta como exercício abstrato na busca de verdades que surgiriam como universais e atemporais, pois toda a interpretação é produto de uma época, da história, envolvendo não só os fatos, mas o sistema jurídico, as circunstâncias do intérprete e o imaginário de cada um. Assim, afirma: “A identificação do cenário, dos atores, das forças materiais atuantes e da posição do sujeito da interpretação constitui o que se denomina pré-compreensão”.²⁴²

Essa é a lição de Gadamer colhida por Hesse:

O intérprete não pode compreender o conteúdo da norma de um ponto de vista situado fora da existência histórica, por se assim dizer, arqui-médico, senão somente na situação histórica concreta, na qual ele se encontra, cuja maturidade enformou seus conteúdos de pensamento e determina seus saber e seu (pré)-juízo. Ele entende o conteúdo da norma de uma (pré)-compreensão, que primeiramente lhe torna possível olhar a norma com certas esperanças, projetar-se um sentido do todo e chegar a um anteprojetado que, então, em penetração mais profunda, carece da confirmação, correção e revisão até que, como resultado de aproximação permanente dos projetos revisados, cada vez, ao “objeto”, determine-se univocamente a unidade do sentido.²⁴³

²⁴¹ GADAMER, Hans-Georg. Verdade e método II, op. cit., p. 131-132.

²⁴² BARROSO, Luís Roberto. *Fundamentos Teóricos e Filosóficos do Novo Direito Constitucional Brasileiro*. Disponível em Jus Navigandi – www.jus.com.br, p. 1 e 18.

²⁴³ HESSE, Konrad. Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha, op. cit., p. 61-62.

Portanto, o intérprete não está fora do mundo, mas no mundo, e cabe ao intérprete esclarecer seus pré-juízos para que não se guie por “chutes” (Heidegger).

Além disso, Streck nos chama a atenção para outra questão fundamental, ou seja, a de que texto e norma não são a mesma coisa. Isso, todavia, não significa dizer que exista uma separação metafísica entre ambos; o que existe é uma diferença (diferença ontológica), pois texto e norma não têm existência autônoma: o texto só é na norma e a norma só é no seu texto (o ser é o ser do ente e o ente só é no seu ser). Então, continua o autor:

não há separação entre texto e norma; há, sim, uma diferença entre eles (que é ontológica), questão que pode ser retirada da assertiva heideggeriana de que *o ser é sempre o ser de um ente, e o ente só é no seu ser. Não há ser sem ente!* No plano da hermenêutica jurídica – e daquilo que aqui denomino de Nova Crítica do Direito –, é possível afirmar que a norma (que é produto da atribuição de sentido a um texto) *não é uma capa de sentido a ser acoplada a um texto “desnudo”*. Ela é, sim, *a construção hermenêutica do sentido do texto*. Esse sentido manifesta-se na síntese hermenêutica da *aplicatio*.²⁴⁴

A interpretação, portanto, é produção de sentido que se dá na totalidade do processo de compreensão, interpretação e aplicação do Direito, não como momentos separados, como na hermenêutica “metódica”, mas como totalidade coincidente. O processo interpretativo está marcado pela historicidade, aspecto fundamental para que não acabemos por cair, como o faz a dogmática jurídica tradicional, em uma postura metafísica na defesa de conceitos e sentidos aistóricos, absolutos, congelados.

A consciência da historicidade de toda a compreensão, a consciência de que estamos mergulhados no rio da história, bem como de que tanto o intérprete como todo o processo

²⁴⁴ STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(m) crise*, cit., 5. ed., p. 310-311. Em enfoque semelhante no tocante à diferença entre texto e norma ver GRAU. Eros Roberto. *A ordem econômica na constituição de 1988*. 7. ed. São Paulo: Malheiros Editores, nota 1, p. 183; do mesmo autor, *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do Direito*. São Paulo: Malheiros Editores, 2002, p. 71. Müller faz a distinção entre texto da norma e norma, e entre programa da norma, que é a ordem jurídica tradicionalmente entendida, e o âmbito da norma, que é o recorte da realidade social que o programa da norma escolheu como seu âmbito de regulamentação. Para o autor, a norma somente se apresenta pela interpretação de todo este material conjuntamente. MÜLLER, Friedrich. *Métodos de trabalho do direito constitucional*. Apresentação de Paulo Bonavides. 2. ed. Tradução de Peter Naumann. São Paulo: Max Limonad, 2000, p. 53. Por fim, Canotilho, nesta linha, diferencia texto (enunciado, disposição) da norma (resultado da interpretação), pois esta é o sentido, é o texto já interpretado juntamente com seu contexto. O autor, explicitamente, segue neste ponto a formulação de Muller, consistente na distinção entre o programa da norma e o âmbito da norma, sendo a interpretação o processo que leva ao sentido pela consideração conjunta desses dois campos através da concretização (processo de densificação das regras e princípios jurídicos). CANOTILHO, J. J. Gomes, *Direito constitucional*, op. cit., p. 1195.

interpretativo sofrem os efeitos da história efetual, é fundamental para que possamos abrir outros horizontes de sentido para o Direito.

Cabe-nos, entretanto, afirmar que, ao sustentarmos que na interpretação jurídica existe produção de sentido, isso não significa que qualquer resultado, que qualquer atribuição de sentido (norma) a um texto jurídico seja viável ou adequada, afinal de contas o que existe entre texto e norma é uma diferença, não uma separação. Essa questão é importante para desfazer um mito, ou seja, de que a hermenêutica filosófica permitiria um niilismo interpretativo.

Ao tratar da aplicação do Direito, Gadamer desfaz a compreensão incorreta que afirma que a hermenêutica levaria à impossibilidade de respostas adequadas:

Independentemente de toda codificação, a tarefa de busca do direito e do juízo correto implica uma inevitável tensão, já analisada por Aristóteles: a tensão entre a universalidade da legislação vigente – codificada ou não – e a particularidade do caso concreto. É evidente que o caso concreto numa questão jurídica não é um enunciado teórico, mas um “resolver coisas com palavras”. A aplicação da lei pressupõe sempre uma interpretação correta. Cabe afirmar, nesse sentido, que toda aplicação de uma lei ultrapassa a mera compreensão de seu sentido jurídico e cria uma nova realidade. ... Creio que a interpretação da lei num caso particular implica, de modo análogo, um ato interpretativo. Mas isso significa que toda aplicação de disposições legais que aparece como correta concretiza e aprimora o sentido de uma lei.²⁴⁵

Por seu turno, Streck preocupa-se com essa questão e afirma que, de forma alguma, a hermenêutica filosófica possibilita qualquer resposta. Esclarece que é em virtude da diferença (ontológica) entre texto e norma, não de uma separação entre texto e norma, que

a afirmação “a norma é (sempre) produto da interpretação do texto”, ou que o “intérprete sempre atribui sentido (*Sinngebung*) ao texto”, nem de longe pode significar a possibilidade deste – o intérprete – poder “dizer qualquer coisa sobre qualquer coisa”, atribuindo sentidos de forma arbitrária aos textos, como se texto e norma estivessem separados (e, portanto, tivessem existência autônoma).²⁴⁶

²⁴⁵ GADAMER, Hans-Georg. Verdade e método II, op. cit., p. 359-360.

²⁴⁶ STRECK, Lenio Luiz. Hermenêutica jurídica e(m) crise. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2005, p. 312-313. Na presente dissertação foram trabalhadas duas edições da obra ora referida para marcar a evolução do pensamento do autor sobre algumas questões. Ver, também, a posição de Hesse, que, fundado em Gadamer, afirma que a “Interpretação está vinculada a algo estabelecido”, sendo esse “algo estabelecido” a Constituição e o ordenamento jurídico. HESSE, Konrad, Elementos de direito, op. cit., p. 69. MÜLLER, Friedrich, Métodos de trabalho, op. cit., p. 75.

Streck esclarece bem o limite que o texto normativo impõe à produção de sentido que ocorre no processo interpretativo ao afirmar que o processo de atribuição de sentido “encontra limites na textura da Constituição. Há um significado de base nos textos que se mantém, e esse significado de base não permite interpretação que avance para além do explicitado”.²⁴⁷

Ora, em especial no campo jurídico, lidamos com limites, temos uma Constituição e leis que devem, como referido por Gadamer, ser válidas para todos. Portanto, não cabe ao intérprete simplesmente desconsiderar tais limites, o que também implica afirmar que existe, como afirma Streck, a resposta correta, adequada para o caso concreto.²⁴⁸

É preciso sustentar, ainda, com Streck, outra diferenciação, qual seja a de que vigência e validade jurídicas não são a mesma coisa. Cabe prevalência à validade frente à vigência, visto que um texto normativo vigente só terá validade se conforme com a Constituição em seu sentido material (princípios fundamentais e direitos humanos fundamentais) e formal. Portanto, diante de um texto normativo vigente e não válido, caberá ao juiz deixar de aplicá-lo por inconstitucional, no caso de controle difuso de constitucionalidade, ou declará-lo inconstitucional, no caso de controle concentrado de constitucionalidade.²⁴⁹

Diante desses esclarecimentos, portanto, afirmar que a hermenêutica possibilitaria um relativismo é uma questão que só pode ser colocada por quem acredita em fundamentos últimos, em verdades atemporais e, portanto, por quem despreza e desconsidera a finitude e a historicidade humana, ou seja, por um pensamento metafísico que quer, justamente, superar a temporalidade. Grondin é enfático ao dizer que um relativismo, segundo o qual seria possível dizer qualquer coisa sobre qualquer coisa, nunca foi defendido seriamente por ninguém, muito menos pela hermenêutica, a qual afirma que nossas experiências com a verdade não podem ser dissociadas da nossa situação, daquela conversação interior que fazemos conosco mesmos e com os outros. Portanto, não se aceita que tudo seja “igualmente válido e de igual valor”, o que afasta a questão do arbítrio. Ora, verdades absolutas nunca foram demonstradas e, ainda,

²⁴⁷ STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica – Uma Nova Crítica do Direito*, op. cit., p. 597.

²⁴⁸ STRECK, Lenio Luiz, *Verdade e consenso*, op. cit., p. 213. Nessa mesma obra e página o autor afirma: “Na medida em que o caso concreto é irrepetível, a resposta é, simplesmente, uma (correta ou não) para aquele caso. A única resposta acarretaria uma totalidade, *em que aquilo que sempre fica de fora de nossa compreensão seria eliminado*. O que sobra, o não dito, o ainda-não-compreendido, é o que pode gerar, na próxima resposta a um caso idêntico, uma resposta diferente da anterior. Portanto, não será a única resposta; será, sim, “a” resposta. A única resposta correta é, pois, um paradoxo: trata-se de uma impossibilidade hermenêutica e, ao mesmo tempo, uma redundância, pois a única resposta acarretaria seqüestro da diferença e do tempo (não esqueçamos que o tempo é a força do ser na hermenêutica). E é assim porque é conteudística, exurgindo do mundo prático. Ou seja, a resposta correta só pode ocorrer levando em conta a conteudística.”

²⁴⁹ Idem, *ibidem*, p. 548. Em sentido semelhante, em outra matriz, ver FERRAJOLI, Luigi, *Derechos y garantías* ..., op. cit., p. 20-21.

a falta de verdade absoluta não significa simplesmente falta de qualquer verdade, pois nós levantamos constantemente pretensões de verdade por algo significativo que está em consonância com as coisas tais quais as experimentamos e, assim, movimentamos argumentos e provas.²⁵⁰

Enfatiza Grondin que a própria idéia de um fundamento último é uma fuga do homem de sua temporalidade, o que significa o esquecimento da temporalidade humana, da sua finitude. Assim, com Heidegger, afirma que é justamente na estrutura de nossos pré-conceitos, vistos no sentido positivo atribuído ao círculo hermenêutico, que podemos buscar nossas possibilidades de compreensão a partir de nossa situação existencial.²⁵¹

Aliás, é por isso que Streck salienta que o fundamento tem de ser “sem fundo”, pois não é infinito nem objetivo. A hermenêutica de caráter heideggeriano e gadameriano introduz um novo conceito de fundamentação, como “fundamentação de caráter prévio, onde sempre já existe um “compreendermos a nós mesmos”, que é uma espécie de antecipação prévia de sentido que se explicita na compreensão do ser.”²⁵² Aduz o autor que a própria noção de Constituição é um paradoxo, porque funda sem ser fundamento último (*inconcussum*), não se podendo da Constituição deduzir normas, por ser ela um existencial²⁵³.

A hermenêutica deixa de ser metódica e passa a ser modo de deixar os fenômenos do Direito, da Constituição, da ordem jurídica como um todo vir à presença; assim, o que cabe é desobjetificar esses entes e fazer a pergunta originária, no caso da Constituição, em especial, a pergunta pelo sentido da Constituição e do projeto constitucionalizante.²⁵⁴

A fragilidade dos denominados “métodos de interpretação do direito” é flagrante, como conclui Streck, sendo ainda pior o fato de que tais métodos ou técnicas acabem por desresponsabilizar os intérpretes das injustiças levadas a efeito pelas suas decisões. O autor afirma que existem vários elementos (gramatical, teleológico, lógico, sistemático), que concorrem conjuntamente para a interpretação, os quais não podem ser encarados como

²⁵⁰GRONDIN, Jean, op. cit., p. 230-232. STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica (Jurídica): compreendemos porque interpretamos ou interpretamos porque compreendemos? Uma resposta a partir da ontological turn*, op. cit., p. 237.

²⁵¹GRONDIN, Jean, op. cit., p. 180.

²⁵²STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica (Jurídica): compreendemos porque interpretamos ou interpretamos porque compreendemos? Uma resposta a partir da Ontological Turn*, op. cit., p. 232-233.

²⁵³Idem, *ibidem*, p. 234.

²⁵⁴STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(m) crise*. 5. ed. op. cit., p. 319.

métodos ou técnicas. Ora, a compreensão não depende de métodos, pois não é modo de conhecer, mas modo de ser.²⁵⁵

É necessário, assim, dar-nos conta do papel da Constituição, do sentido de uma Constituição de um Estado Democrático de Direito que é fundado na dignidade da pessoa humana e nos direitos humanos fundamentais. Dessa forma, a hermenêutica filosófica, com seu apelo para a consciência histórica, para a historicidade e temporalidade do sentido, para o caráter constitutivo da linguagem, se constitui para o Direito num pensamento poderoso, porque abre horizontes muitas vezes velados.

Ora, num contexto histórico de profunda exclusão e marginalização, onde, em especial para os efeitos da presente dissertação, o trabalho humano e as pessoas que o prestam por conta alheia vivem momentos de profunda negação de seus direitos humanos fundamentais, em especial em sociedades desiguais como a brasileira, uma nova postura perante a incidência desses direitos nas relações sociais se faz premente. Como afirma Hernández-Largo, a hermenêutica

es el marco propio de los planteamientos acerca de la significatividad de las conclusiones científicas, de su relevancia y de su valoración. La hermenéutica invalida la pretensión de una ciencia desprovista de valores y de racionalidad subjetiva. La ciencia jurídica, en consecuencia, no puede ser descrita en su integridad sin referencia a los valores del derecho, a las finalidades humanas de las normas y a la situación histórica y concreta desde las que se plantean los interrogantes.²⁵⁶

Portanto, é preciso repensar, a partir de todo o contexto em que vivemos, qual o sentido dos direitos humanos fundamentais, especificamente para objetivo da presente dissertação, dos chamados “direitos humanos fundamentais de primeira dimensão”, no sentido de perguntarmos se esses direitos são eficazes e vinculam, em regra, apenas o Estado, ou se vinculam também pessoas e entidades privadas nas relações de trabalho. É nesse contexto, portanto, num país periférico como o Brasil, onde sequer conseguimos alcançar a implementação dos direitos liberais, quanto mais dos sociais e dos trans-individuais, é que se

²⁵⁵ STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(m) crise*. 3. ed. p. 297-299. Hesse afirma: “A vinculação da interpretação à norma a ser concretizada, à (pré)-compreensão do intérprete e ao problema concreto a ser resolvido, cada vez, significa, negativamente, que não pode haver método de interpretação autônomo, separado desses fatores, positivamente, que o procedimento de concretização deve ser determinado pelo objeto da interpretação, pela Constituição e pelo problema respectivo.” HESSE, Konrad, *Elementos de direito ...*, op. cit., p. 63.

²⁵⁶ HERNÁNDEZ-LARGO, Antonio Osuna, op. cit., p. 103.

instaura o desafio maior dos juristas, ou seja, fazer com que esses direitos, tão fartamente reconhecidos na Constituição Federal de 1988, aconteçam.

Para isso, ganha papel fundamental uma configuração substancial do Direito, na qual os princípios constitucionais têm um *plus* axiológico/finalístico e os direitos humanos fundamentais têm papel primordial, bem como o Poder Judiciário, pela jurisdição constitucional, devendo assumir uma postura ativa no asseguramento de todas as dimensões de direitos fundamentais. No momento pelo qual passa o Direito, na crise em que se encontra o senso comum teórico dos juristas, há a necessidade de os operadores jurídicos fazerem as perguntas adequadas e buscarem respostas adequadas para possibilitar um convívio social que se apresente como minimamente aceitável diante dos desafios históricos que se apresentam.

A nosso ver, nesse caminho a ser percorrido, o princípio da proporcionalidade e a ponderação apresentam-se como existenciais inelimináveis numa nova concepção de Direito, de Estado e de sociedade realmente democráticos e pluralistas.

3.6 A PROPORCIONALIDADE E A PONDERAÇÃO NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO²⁵⁷

Diante da tarefa de levar a cabo uma hermenêutica adequada à concretização do Estado Democrático de Direito, deparamos-nos com a necessidade de uma visão mais

²⁵⁷ Antes de adentrarmos no tema, precisamos fazer algumas precisões. Parcela da doutrina trata como intercambiáveis os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. Nesse sentido, por exemplo, está o posicionamento de Maria Rosynete Oliveira Lima, que afirma: “Razoabilidade e proporcionalidade podem até ser magnitudes diversas, entretanto, cremos que o princípio da proporcionalidade carrega em si a noção de razoabilidade, em uma relação inextrincável, e que não pode ser dissolvida, justificando, assim, a intercambialidade dos termos proporcionalidade e razoabilidade no ordenamento brasileiro”. LIMA, Maria Rosynete Oliveira. Devido processo legal. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999, p. 287. Por outro lado, outros autores entendem que esses princípios merecem tratamento diferenciado. Nesse último sentido, Guerra Filho sustenta a diferença entre referidos princípios. Afirma que a proporcionalidade tem em mira que o direito seja interpretado/aplicado atendendo à racionalidade na determinação da melhor interpretação possível, com a promoção simultânea e equilibrada dos vários direitos fundamentais e valores do ordenamento jurídico, ao passo que a razoabilidade tem em mira evitar que absurdos inaceitáveis sejam cometidos na elaboração do Direito. GUERRA FILHO, Willis Santiago. Princípio da proporcionalidade e teoria do Direito. Direito constitucional – Estudos em homenagem a Paulo Bonavides. Eros Roberto Grau e Willis Santiago Guerra Filho Organizadores. 1. ed. – 2ª. Tiragem. São Paulo: 2003, p. 283. Também trabalhando no sentido da não identificação dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade está a posição de ÁVILA, Humberto. Teoria dos princípios – Da definição à aplicação dos princípios jurídicos. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 101-103. Para o presente trabalho, os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade são entendidos como intimamente vinculados, servindo como parâmetros impostergáveis na solução dos conflitos por meio do juízo de ponderação, no qual atuam de forma imbricada.

apropriada dos significados que o chamado “princípio da proporcionalidade” e a “ponderação de interesses, direitos e bens” apresentam historicamente nesse ambiente. Assim, sustentaremos que esses existenciais são algumas das estruturas do *ser* do Estado Democrático de Direito.

No regime político-jurídico-constitucional de um Estado Democrático de Direito nos moldes fundados pela Constituição Federal de 1988, a convivência diante da pluralidade torna imprescindível a necessidade de uma concepção harmonizadora dos valores e bens jurídicos tutelados. Dessa forma, o princípio proporcionalidade e a ponderação são mais do que mecanismos ou técnicas para a concretização dos textos/normas jurídicas, configurando-se como existenciais ao próprio “modo de ser” do intérprete e do Estado Democrático de Direito, que, por ser pluralista e substancial, apresenta um grau não desprezível de conflituosidade na solução dos casos concretos quando estão em jogo os direitos humanos fundamentais, os princípios fundamentais e outros bens constitucionalmente tutelados.²⁵⁸

O princípio da proporcionalidade apresenta-se como parâmetro, como um existencial para a solução dos casos conflituosos em nível de valores, princípios e de direitos humanos fundamentais. Assim, a compreensão dos papéis desempenhados pelo princípio da proporcionalidade, que está intimamente ligado à ponderação interesses, bens e direitos²⁵⁹, a partir de pré-compreensões adequadas ao Estado Democrático de Direito, é essencial para uma nova postura perante o Direito.

Como já assinalado, numa sociedade altamente complexa e plural, o conflito entre princípios, entre direitos humanos fundamentais, enfim, entre interesses, bens ou valores

²⁵⁸ Não é à toa que Torres, na esteira de Walter Leisner, fala em “Estado de Ponderação” em virtude de que o atual Estado de Direito busca justiça através da proporcionalidade. TORRES, Ricardo Lobo. A legitimação dos direitos humanos e os princípios da ponderação e da razoabilidade. “In” Legitimação dos direitos humanos. Organizador: Ricardo Lobo Torres. Rio de Janeiro - São Paulo: Renovar, 2002, p. 525-526.

²⁵⁹ Muitas vezes a doutrina diferencia o princípio da proporcionalidade e a ponderação. Nesta pesquisa, todavia, são considerados como intimamente relacionados. Canotilho, por exemplo, afirma que a idéia presente na ponderação está também contida na observância do princípio da proporcionalidade em sentido estrito, lembrando que existem autores que sublinham que a ponderação cumpre as mesmas funções que a proporcionalidade. CANOTILHO, J. J. Gomes. Direito constitucional e teoria da constituição, op. cit. p. 1241. Alexy afirma a identidade entre a máxima parcial da proporcionalidade em sentido estrito, que abaixo será explicitada, e a ponderação de interesses propriamente dita. ALEXY, Robert. Teoría de los derechos fundamentales, op. cit., p. 112. Sarmento afirma que o princípio da proporcionalidade é essencial para a ponderação de interesses, que na verdade pressupõem-se reciprocamente, visto que é o princípio da proporcionalidade que permite o sopesamento dos interesses em conflito. SARMENTO, Daniel. A ponderação de interesses na Constituição Federal. 1ª. edição. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2002, p. 96. Por fim, Ana Maria D’Ávila Lopes afirma a estreita vinculação entre o princípio da proporcionalidade e a ponderação de interesses, embora a autora entenda que não se identifiquem, pois que a proporcionalidade está ligada à averiguação da relação meio e fim de uma intervenção, ao passo que a ponderação está ligada à questão da determinação de qual bem prevalecerá. LOPES, Ana Maria D’Ávila. Os direitos fundamentais como limites ao poder de legislar. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2001, p. 194.

tutelados pelo ordenamento jurídico é freqüente, impondo uma postura mais plástica perante a realidade na avaliação dos casos concretos e na verificação de qual dos interesses, bens, princípios, direitos, valores, deve prevalecer.

Ao longo do tempo a doutrina e a jurisprudência construíram, tendo por diretriz o princípio da proporcionalidade e da ponderação, critérios de solução para esses conflitos. Aqui cabe, todavia, uma advertência. Os critérios e soluções indicadas não são assumidos, na presente dissertação, como meras técnicas de solução, mas como indicadores que informam o caminho, mas não decifram e delimitam, *a priori*, os sentidos possíveis de uma vez por todas.

Segundo Sanchís, o conflito entre direitos fundamentais e o conflito entre princípios são solucionados da mesma maneira, ou seja, por meio da ponderação, embora se fale também de razoabilidade, proporcionalidade e interdição de arbitrariedade. Nos casos de ponderação sempre há razões em conflito, uma apontando uma solução e as adversas apontando soluções diversas. Assim, na solução dos casos de conflito, a ponderação é o caminho, embora não infalível, de solução dos casos, pelo estabelecimento de uma preferência condicionada, de uma “hierarquia móvel” ou “axiológica” entre os bens, interesses, direitos ou princípios em confronto. Dessa forma, a ponderação conduz a uma exigência de proporcionalidade no estabelecimento da prevalência relativa de um dos interesses em jogo no caso concreto, podendo essa prevalência ser alterada em outros casos, observadas as suas circunstâncias.²⁶⁰

Em linha semelhante está a posição de Canotilho, o qual lembra que as idéias de ponderação e balanceamento emanam da necessidade de correção na aplicação do Direito em casos de tensão entre bens juridicamente protegidos. Afirma, ainda, que existem várias razões que justificam a aplicação desses critérios, como: a) a inexistência de uma ordenação hierárquica abstrata entre os bens constitucionais; b) a formatação principal das normas constitucionais, implicando juízos de pesagem e ponderação no caso de conflitos entre

²⁶⁰ SANCHÍS, Luis Prieto, op. cit., p. 188.. No mesmo sentido ver Canotilho, J. J. Gomes. op. cit., p. 1258. Dworkin afirma que os princípios têm uma dimensão de peso ou importância. Assim, em caso de resolução de conflitos, deve-se observar a força relativa de cada um dos princípios em jogo mediante a ponderação. DWORKIN, Ronald. Levando os direitos a sério. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 42. Ver, ainda, Grau, que afirma: “Em cada caso, pois, em cada situação, a *dimensão do peso ou importância dos princípios* há de ser ponderada. Isso explica o quanto acima afirmei: a circunstância de em determinado caso a adoção de um princípio, pelo intérprete, implicar o afastamento do outro princípio, que com aquele está em testilhas, não importa que seja este eliminado do sistema, até porque *em outro caso*, e mesmo diante do mesmo princípio, este poderá vir a prevalecer.” GRAU, Eros Roberto. Ensaio e discurso sobre a interpretação do direito. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 175. Cabe lembrar aqui, o que não poderá ser desenvolvido, mas que serve como alerta, que não só no choque entre princípios está presente a dimensão ponderativa, mas também ela se apresenta no choque entre regras, que escondem, por detrás, choques entre princípios. Além disso, cabe afirmar que no conflito entre regras, embora a ponderação seja institucionalmente mais limitada, está presente. Sobre isso, ver a posição de FREITAS, Juarez. A interpretação sistemática do Direito. 3ª. edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2002 e de ÁVILA, Humberto. Teoria dos princípios, op. cit., 2003.

princípios; c) a fratura da unidade dos valores da comunidade, o que obriga a várias leituras dos bens em conflito. Ponderar, portanto, para o autor, significa “sopesar a fim de se decidir qual dos princípios, num caso concreto, tem maior peso ou valor”, o que implica uma hierarquia móvel entre os princípios em conflito.²⁶¹

Na doutrina nacional, Zavascki²⁶², por exemplo, trabalhando sobre o conflito entre direitos fundamentais, afirma que a chamada “concordância prática” entre os direitos que eventualmente estejam tencionados entre si é obtida mediante regras de solução estabelecidas ou por via da legislação ordinária (solução legislativa dos conflitos), ou pela via judicial direta. A primeira (solução pela “via legislativa”) é possível de se dar sempre que forem previsíveis os fenômenos de tensão e de conflito, sempre que for possível intuí-los, à vista do que comumente ocorre no mundo dos fatos. Já a construção da regra pela “via judicial” direta tornar-se-á necessária quando inexistir regra legislada de solução, ou quando essa (construída que foi à base de mera intuição de possíveis conflitos) se mostrar insuficiente ou inadequada à solução do conflito concretizado, que não raro se apresenta com características diferentes das que foram imaginadas pelo legislador. Em qualquer caso, considerada a inexistência de hierarquia rígida no plano normativo entre os direitos fundamentais previstos na Constituição, a solução do conflito há de ser estabelecida mediante a devida “ponderação dos bens e valores”, concretamente colidentes, na busca da identificação de uma relação específica de prevalência de um deles.²⁶³

²⁶¹ CANOTILHO, J. J. Gomes, op. cit., p. 1236-1241.

²⁶² ZAVASCKI, Teori Albino. Antecipação da tutela e colisão de direitos fundamentais. Revista da AJURIS, no. 64, julho/1995, p. 395 e seguintes. “In” Doutrina Jurídica Brasileira. CD-ROM. Org. Sérgio Augustin. Plenum: Caxias do Sul, 2001.

²⁶³ Na verdade, a ponderação se faz sempre presente, pois a “lei”, o texto, só ganha “sentido” diante do caso concreto e de suas circunstâncias, sempre estando aberta a possibilidade de consideração de eventual conflito entre os interesses em jogo. Aliás, Sanchís é claro em afirmar que a ponderação do legislador não afasta definitivamente a ponderação do juiz, embora deva ser levada em conta por este a ponderação feita por aquele. SANCHÍS, Luis Prieto, op. cit., p. 198.

É justamente na chamada “ponderação de interesses, bens e direitos” que o princípio da proporcionalidade e a preservação do núcleo essencial dos direitos humanos fundamentais ou princípios em choque deverão ser observados como pautas para uma solução que se apresente como dando guarida à conflituosa unidade do ordenamento jurídico e à razoabilidade e proporcionalidade da decisão tomada.²⁶⁴

Problemática semelhante à que ocorre no caso de conflito ou de tensão entre princípios e direitos humanos fundamentais, os chamados “conflitos normativos” também se apresentam nos casos de restrição aos princípios e direitos humanos fundamentais. Assim, como os princípios, também os direitos humanos fundamentais não estão imunes a restrições. Existem restrições expressamente previstas na própria Constituição e outras que são consideradas como imanes em virtude da previsão de direitos humanos fundamentais que se limitam reciprocamente, ou no caso de limitações de tais direitos feitas com base em outros valores constitucionais. Nas restrições aos direitos humanos fundamentais, tal como ocorre nos casos de colisões, o princípio da proporcionalidade e a ponderação têm papel operante em sua solução.

Nesse sentido, Luciane Amaral Corrêa afirma que, para se aferir a constitucionalidade de uma restrição a um direito fundamental, é íntima a conexão entre o chamado “núcleo essencial desses direitos” e o princípio da proporcionalidade, proibindo o excesso na ponderação dos interesses em jogo.²⁶⁵

Por sua vez, Steinmetz afirma, no tocante às restrições legislativas aos direitos fundamentais, que o legislador só pode restringir esses direitos caso haja previsão constitucional autorizando a restrição ou no caso de a restrição estar justificada de forma imanente na própria Constituição. Esta última questão está diretamente ligada aos princípios da unidade e harmonia na preservação de todos os bens constitucionais. Em qualquer dos

²⁶⁴ As idéias de razoabilidade, proporcionalidade, ponderação de interesses e preservação do núcleo essencial dos direitos fundamentais, ficam bem claras no art. 52, primeira parte, da Carta dos Direitos Fundamentais da União Européia, que dispõe: “Artículo 52. Alcance de los derechos garantizados> Cualquier limitación del ejercicio de los derechos y libertades reconocidos por la presente Carta deberá ser establecida por la ley y respetar el contenido esencial de dichos derechos y libertades. Sólo se podrán introducir limitaciones, respetando el principio de proporcionalidad, cuando sean necesarias y respondan efectivamente a objetivos de interés general reconocidos por la Unión o a la necesidad de protección de los derechos y libertades de los demás.”

²⁶⁵ CORRÊA, Luciane Amaral. O princípio da proporcionalidade e a quebra do sigilo bancário e do sigilo fiscal nos processos de execução. Ingo Wolfgang Sarlet (Organizador), A constituição concretizada – Construindo pontes com o público e o privado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p. 202 e nota 70 e p. 203. Ver também Alexy, que após analisar as várias configurações em que se apresenta o postulado do núcleo essencial dos direitos fundamentais nas decisões do Tribunal Constitucional Alemão, acaba por concluir pela sua ligação íntima com o princípio da proporcionalidade. ALEXY, Robert, op. cit., p. 286.

casos, seja autorizada explícita ou implicitamente, a restrição encontra-se submetida ao controle formal (competência, procedimento) e material (proporcionalidade e preservação do núcleo essencial) de constitucionalidade.²⁶⁶ Assim, as restrições aos direitos humanos fundamentais, advindas seja de emenda constitucional, seja de lei infraconstitucional ou de atos de privados²⁶⁷, não podem atuar sem consideração ao princípio da proporcionalidade e do núcleo essencial dos direitos humanos fundamentais na ponderação dos interesses em jogo, sob pena de inconstitucionalidade.²⁶⁸

Constatamos, portanto, a importância e a imprescindibilidade de uma compreensão mais arejada sobre o Direito, que seja afinada com a realidade e historicidade da existência humana, na qual a ponderação e o princípio da proporcionalidade atuem na conformação jurídica dos casos concretos com vistas à concretização dos princípios constitucionais e dos direitos humanos fundamentais. Conforme Bonavides, o princípio da proporcionalidade consagra a idéia de que se deve observar a existência de relação de adequação entre os fins que se quer alcançar e os meios que são empregados para tal desiderato, confrontando o fim e o fundamento de uma intervenção com os efeitos produzidos por esta, tendo em vista o controle de excesso.²⁶⁹

No nosso Direito o princípio da proporcionalidade tem o caráter de princípio constitucional, sendo reconduzido por alguns autores à cláusula do devido processo legal substancial, e entendido, por outros, como ínsito na configuração do próprio Estado de

²⁶⁶ STEINMETZ, Wilson Antônio. Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 37-38.

²⁶⁷ Essa questão está diretamente ligada ao problema da chamada “eficácia horizontal” ou “eficácia nas relações privadas” dos direitos humanos fundamentais, tema central no terceiro capítulo. Cabe, todavia, afirmar que essa é uma questão para a qual temos um exemplo que demonstra a fecundidade de um pensamento marcado pela historicidade e sabedor de sua finitude, que não se atrela a formalismos aistóricos. Tradicionalmente, o princípio da proporcionalidade e a ponderação são usados para aquilatar os atos restritivos operados pelos poderes públicos perante os princípios e direitos humanos fundamentais. Ocorre que não só atos dos poderes públicos restringem direitos, mas também atos de particulares. Assim, a proporcionalidade e a ponderação podem ser caminhos adequados para se aquilatar a adequação constitucional ou não desses atos. Sobre tal questão cabe citar UBILLOS, Juan María Bilbao. “En qué medida vinculan a los particulares los derechos fundamentales?”. Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado. Ingo Wolfgang Sarlet – organizador. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 299.

²⁶⁸ Canotilho afirma que o controle feito através do princípio da proporcionalidade (previsto no art. 5º. do Tratado da União Européia) trata-se de um controle difundido na Europa através do Tribunal de Justiça das Comunidades. Assim, o: “princípio da proporcionalidade é também utilizado na jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem na concretização/aplicação de algumas normas da Convenção Européia dos Direitos do Homem (art. 8º. e 11º.). As medidas restritivas dos direitos fundamentais devem ser proporcionais ao fim visado e jamais atingirem a substância do direito.” CANOTILHO, J. J. Gomes, op. cit., p. 269.

²⁶⁹ BONAVIDES, Paulo. Curso de direito constitucional. 12. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2002, p. 357. Ver, ainda, nesse sentido, STRECK, Lenio Luiz. Hermenêutica jurídica e(m) crise, op. cit., p. 244-245.

Direito²⁷⁰. Aliás, Streck afirma, com o que concordamos, que o princípio da proporcionalidade, assim como ocorre com o princípio da interpretação conforme a Constituição, é um princípio imanente ao novo modelo de direito instaurado com o Estado Democrático de Direito.²⁷¹

Como dito acima, o princípio da proporcionalidade e a ponderação fazem-se impostergáveis na solução tanto dos casos de conflitos como nas restrições de princípios e de direitos humanos fundamentais, funcionando como critérios de avaliação da constitucionalidade dos atos estatais, sejam administrativos, legislativos ou judiciais, e atuando, ainda, frente aos atos dos particulares. Ao longo do tempo, a doutrina e a jurisprudência vêm traçando determinados indicadores na aplicação do princípio da proporcionalidade, verdadeiros indícios de como se pode compreender/aplicar esse princípio imprescindível para a ponderação na solução dos conflitos surgidos da tensão de princípios e direitos humanos fundamentais.

Sanchís lembra que o Tribunal Constitucional Espanhol tem estabelecido determinados critérios ou passos a serem observados no juízo de ponderação, os quais são: a) a adoção de uma determinada medida ou restrição que interfira num direito fundamental ou princípio constitucional deve apresentar um fim constitucionalmente legítimo; b) a medida ou restrição adotada deve ser apta, adequada ao alcance da finalidade buscada; c) deve ser demonstrado que não existe medida ou restrição menos gravosa ou restritiva ao direito ou princípio afetado, ou seja, a medida ou restrição deve ser necessária; d) por fim, a ponderação

²⁷⁰ Maria Rosynete Oliveira Lima entende que os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade estão vinculados com a cláusula do devido processo legal substancial. Afirma: “O devido processo legal projeta-se no momento da criação e da interpretação-aplicação do texto normativo, não para dar solução ao conflito de interesses em litígio, mas para servir de pauta orientadora e de conferência para o sujeito, tanto sob a dimensão material quanto processual. Significa, portanto, não só um guia de razoabilidade e proporcionalidade, mas um dever de obediência ao procedimento que melhor atenda aos interesses da justiça. Como guia de razoabilidade e proporcionalidade, o princípio do devido processo legal atua por ocasião da tarefa de concordância prática entre os bens protegidos constitucionalmente, a fim de que eles obtenham uma máxima efetividade.” LIMA, Maria Rosynete Oliveira, op. cit., p. 227 e 228. Já Barroso entende que o princípio da razoabilidade ou proporcionalidade (considerados intercambiáveis pelo autor) pode ser reconduzido como inerente ao Estado de Direito ou à cláusula do devido processo legal. BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. 3. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 1999, p. 228. Bonavides, por seu turno, afirma que o princípio da proporcionalidade é um “axioma” constitucional, estando positivado e fluindo do espírito do § 2º. do art. 5º. da CF de 1988, na consagração dos direitos e garantias que decorrem da essência do regime, do Estado de Direito e dos princípios consagrados “e que fazem inviolável a unidade da Constituição”. BONAVIDES, Paulo, op. cit., p. 396-397. Na ADIMC – 1407/DF, Relator Celso de Mello, DJ de 24.11.2000, julgada pelo Tribunal Pleno em 07/03/1996, endereço eletrônico www.stf.gov.br, ao aferir a constitucionalidade de preceito legal, o tribunal para fazer o controle de constitucionalidade material utilizou-se do princípio da proporcionalidade, observando se a norma não seria arbitrária ou irrazoável, entendendo que o referido princípio está ínsito no devido processo legal substancial e, assim, garantindo o controle material de constitucionalidade.

²⁷¹ STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise*, op. cit. p. 245.

é completada pelo chamado “juízo de proporcionalidade em sentido estrito”, que, segundo o autor, condensa as exigências anteriores e se constitui no núcleo mesmo da ponderação, sendo aplicado no caso tanto de interferências públicas como de privadas nos direitos ou princípios fundamentais. Esse juízo consiste na demonstração de certo equilíbrio entre os benefícios que se obtém com a interferência ou restrição num direito fundamental para proteção de outros bens ou fins legítimos e os danos que essa medida ou restrição causam no direito que sofreu a restrição ou interferência. Determina-se, assim, o peso de cada direito no caso concreto, numa valoração conjunta de satisfação e sacrifício.²⁷²

Em sentido semelhante, Canotilho afirma que o princípio da proporcionalidade se concretiza por meio de sub-princípios, quais sejam: a) da conformidade ou adequação, segundo o qual a medida adotada para persecução de um fim deve ser apropriada para o seu alcance; b) exigibilidade ou necessidade, que traz a idéia de que entre várias medidas possíveis para se alcançar um fim, deve-se adotar a menos onerosa; c) o princípio da proporcionalidade em sentido estrito ou da “justa medida”, segundo o qual

Meios e fim são colocados em equação mediante um juízo de ponderação, com o objectivo de se avaliar se o meio utilizado é ou não desproporcionado em relação ao fim. Trata-se, pois, de uma questão de “medida” ou “desmedida” para se alcançar um fim: pesar as desvantagens dos meios em relação às vantagens do fim.²⁷³

²⁷² SANCHÍS, Luis Prieto, op. cit., p. 199-203.

²⁷³ CANOTILHO, J. J. Gomes, op. cit., p. 269-270.

Essas questões também têm sido discutidas e salientadas pela doutrina nacional, a qual aponta que na aferição da atuação do princípio da proporcionalidade, além do fim constitucionalmente legítimo a ser alcançado pela medida sindicada, também deverão ser observados os chamados “elementos parciais” do princípio da proporcionalidade, também chamados “sub-princípios”, que são a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito.²⁷⁴

Podemos dizer, portanto, que, no caso de conflito entre direitos humanos fundamentais ou princípios, bem como na restrição dos direitos humanos fundamentais, a ponderação para a solução do conflito levará em conta o princípio da proporcionalidade e seus sub-princípios para averiguar se no caso: a) está presente a adequação, pertinência ou aptidão, ou seja, se, diante dos motivos apresentados como relevantes, os meios utilizados para atingir determinada finalidade apresentam as condições necessárias para tanto, ou seja, se podem

²⁷⁴ Sobre o assunto ver, exemplificativamente, BARROSO, Luís Roberto. Princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. Endereço Eletrônico www2.uerj.br/~direito/publicações; BONAVIDES, Paulo, op. cit., p. 360; CORRÊA, Luciane Amaral, op. cit., p. 199; LOPES, Ana Maria D’Ávila, op. cit., p. p. 195; SARMENTO, Daniel, A ponderação de interesses na Constituição Federal, op. cit., p. 87-90. Ver, ainda, embora longa, a posição de Sarlet que afirma: “Ponto de partida deverá ser a constatação de que nenhum direito fundamental consagrado na Constituição se encontra imune a restrições, mesmo que se trate de direito que não se encontra sob a reserva (simples ou qualificada) de lei, isto é, que não pode ser objeto de restrições pelo legislador ordinário. De acordo com a mais moderna doutrina, a noção de limites é inerente à natureza das liberdades, mesmo das consagradas e garantidas pelas normas de direitos fundamentais. Todo e qualquer direito fundamental contém limites denominados de imanentes, decorrentes da ordem constitucional. Via de regra, são apontadas duas espécies de limites imanentes: a) a existência de uma colisão entre direitos fundamentais; ou b) entre estes e outros valores constitucionais. No mais, nos casos em que incide a reserva legal, a restrição é viável apenas através de lei ou com base em lei. Em qualquer caso, vigora o princípio consagrado da proporcionalidade da restrição, segundo o qual a interferência limitadora no âmbito de proteção de um determinado direito fundamental deve obedecer a três requisitos: a) a necessidade da restrição, ou seja, a utilização do meio menos gravoso (aquele que menos limita a liberdade); b) a sua pertinência (adequação), no sentido da sua possibilidade de atingir o resultado almejado; e c) a proporcionalidade em sentido estrito, que outra coisa não quer dizer senão a observância do equilíbrio na relação entre o meio e o fim. Ademais, apenas uma finalidade constitucionalmente legítima autoriza uma restrição a um determinado direito fundamental. Nos casos de uma colisão entre direitos ou entre valores constitucionais, ocasião na qual não se cogita necessariamente de restrição pelo legislador, o que se busca é a otimização entre os direitos e valores em jogo, no estabelecimento de uma concordância prática (*praktische Konkordanz*), utilizando a linguagem de KONRAD HESSE, que deve resultar numa ordenação proporcional dos direitos fundamentais e/ou dos valores constitucionais restritivos. Em rigor, cuida-se de processo de ponderação no qual não se trata da atribuição de uma prevalência absoluta de um valor sobre outro, mas, sim, na tentativa de aplicação simultânea e compatibilizada de normas, ainda que no caso concreto se torne necessária a atenuação de uma delas. De qualquer modo, esta atividade encontra, por sua vez, limite na preservação do núcleo essencial (*Wesensgehalt*) do direito fundamental, que não pode ser completamente sacrificado. Ao contrário da Constituição portuguesa de 1976 e da Lei Fundamental da Alemanha de 1949, a Constituição Federal de 1988 não contém regra expressa no campo das restrições aos direitos fundamentais, à exceção da norma do artigo 60, § 4º, que veda a abolição dos direitos e garantias individuais, constituindo limite material ao poder de reforma constitucional, que, por uma decorrência lógica, também vincula o legislador ordinário. A teoria dos limites imanentes e o princípio da proporcionalidade, contudo, igualmente já se encontram consagrados na nossa doutrina e na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.” SARLET, Ingo Wolfgang. Valor de alçada e limitação do acesso ao duplo grau de jurisdição: Problematização em nível constitucional, à luz de um conceito material de direitos fundamentais. Doutrina Jurídica Brasileira (CD-ROM), organizador Sérgio Augustin, Caxias do Sul: Plenum, 2001.

levar a que realmente seja atendida a finalidade que se quer alcançar, além de consistir, também, numa análise sobre se os motivos e finalidades a serem alcançados são conformes à Constituição; b) se está presente a necessidade, ou seja, a sindicância para averiguar se a medida escolhida para atingir a finalidade se apresenta como indispensável, averiguando-se se não existe uma medida igualmente efetiva e que cause menores danos ou restrições ao direito. A medida adotada não pode exceder os limites do necessário, devendo ser escolhida aquela que menos restrição traga ao direito ou princípio em conflito; c) por fim, cabe, ainda, a averiguação da chamada “proporcionalidade em sentido estrito”, ou seja, a ponderação quanto a se as vantagens obtidas com a limitação ou restrição do princípio ou direito serão superiores às desvantagens causadas, levando em consideração os interesses que estão em jogo, verificando-se se há razoabilidade e justiça em que um dos bens ou interesses preceda ao outro no caso concreto.

Além disso, outra questão a ser tematizada, por estar intimamente ligada ao princípio da proporcionalidade e à ponderação, é a que se cunhou chamar de proteção do “núcleo essencial” dos direitos humanos fundamentais, aspecto não negligenciável e que já resultou de algumas passagens antes citadas.

Sobre o assunto, referimos o art. 19, alínea 2, da Lei Fundamental da Alemanha, o qual dispõe que, quando autorizada a limitação de um direito fundamental por lei, ou com fundamento em lei, em nenhuma hipótese o seu conteúdo essencial (*Wesensgehalt*) pode ser alterado, o que implica afirmar que não pode ser suprimido ou alterado a tal ponto que seu conteúdo se torne irreconhecível.²⁷⁵ No mesmo sentido, lembramos a Constituição Portuguesa, art. 18º/3, que prevê a proteção do núcleo essencial dos direitos fundamentais, bem como o art. 52, primeira parte, da Carta dos Direitos Fundamentais da União Européia, que dispõe que as restrições aos direitos e liberdades deverão observar o conteúdo essencial dos mesmos.

A doutrina e a jurisprudência têm trabalhado muito em torno dos sentidos da “cláusula de proteção do núcleo essencial” dos direitos humanos fundamentais, havendo divergência entre correntes que disputam o significado a ser dado à referida cláusula. Conforme afirma Canotilho, a idéia de um núcleo essencial parece ser simples, pois indicaria que os direitos fundamentais têm um núcleo que não pode ser violado, mesmo quando a própria Constituição

²⁷⁵ COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 59, nota 105.

permite a edição de medidas restritivas. O problema, como lembra o autor, é determinar qual o objeto de proteção e qual o valor da proteção.²⁷⁶

Quanto ao objeto da proteção, Canotilho refere duas teorias, a objetiva e a subjetiva. A primeira entende que a proteção do núcleo essencial protege o direito fundamental como norma objetiva, como garantia abstrata da norma objetiva (texto constitucional), não da proteção de um direito individual de um determinado sujeito, ao passo que a segunda entende que o que se protege é o núcleo de um direito subjetivo individual. Canotilho afirma que não é possível adotar nenhuma das teorias de forma radical, pois se deve atentar para a função que os direitos fundamentais têm na vida comunitária, tornando descabida uma teoria subjetiva que desconhecesse tal fato, visto a necessidade de limitação dos direitos fundamentais para a vida comunitária, como, por outro lado, também seria descabida a adoção, pura e simples, da teoria objetiva, pois não se pode abdicar da proteção em face de restrições que possam aniquilar um direito subjetivo individual.²⁷⁷

Quanto ao valor da proteção, também surgem duas orientações que disputam o sentido do “núcleo essencial”, as teorias absolutas e as teorias relativas. As primeiras entendem que o núcleo essencial é caracterizado por um conteúdo normativo abstratamente fixado e irrestringível, ao passo que as teorias relativas entendem que o conteúdo do núcleo essencial equivale ao resultado do processo de ponderação. Canotilho, também aqui, entende que não é possível abraçar quaisquer das posições radicais, pois as teorias relativas acabam por reduzir o núcleo essencial à proporcionalidade e as absolutas esquecem que o âmbito de proteção de um direito depende, necessariamente, da equação a ser feita com outros bens constitucionais.²⁷⁸

Canotilho argumenta que não podemos confundir, a partir da Constituição Portuguesa, o princípio da proporcionalidade com a exigência de salvaguarda do núcleo essencial. Assim, se, por um lado, é razoável entender que o âmbito de proteção de um direito deve ser determinado no caso concreto, por outro, não faz sentido afirmar a proteção do núcleo essencial se esse não se constituir num reduto último intransponível por qualquer medida restritiva. O autor cita dois exemplos:

²⁷⁶ CANOTILHO, J. J. Gomes, op. cit., p. 458-459.

²⁷⁷ Idem, ibidem, p. 459.

²⁷⁸ Idem, ibidem, p. 459-460.

Bastam dois exemplos para se ver a autonomia do núcleo essencial relativamente ao princípio da proibição do excesso. Quando se proíbe a pena de morte não se pretende dizer que esta pena é “apenas” excessiva. Pretende-se salientar que, depois do cumprimento desta pena, “não resta nada” do mais sagrado dos direitos – o direito à vida. Segundo exemplo: quando se censura a prisão perpétua, a ideia não é somente a de acentuar o seu carácter desproporcionado, como talvez seja o caso da discussão da pena máxima de prisão (25 anos? 30 anos?). A liberdade está sujeita à ponderação de direitos e bens, mas afirmar-se um núcleo absoluto significa só isto: o valor liberdade individual é constitutivo da ordem constitucional. É este o sentido que nos parece estar presente no projecto de Constituição Europeia, onde se estabelece (art. II-52) que “qualquer restrição ao exercício dos direitos e liberdades” “deve respeitar o conteúdo essencial desses direitos e liberdades”.²⁷⁹

Por seu turno Sanhís, tomando parte no debate entre os que defendem uma concepção absoluta do núcleo essencial e os que argumentam com uma concepção relativa do núcleo essencial, afirma que o núcleo essencial tem um carácter independente da ponderação e atua como seu limite, além do qual a ponderação não pode ir. Afirma o autor:

Em cierto modo, pues, cabe decir que la cláusula del contenido esencial desempeña una función independiente de la ponderación, que es precisamente no cerrar nunca por completo el paso a esta última em sede de aplicación judicial de los principios y derechos constitucionales; función independiente y em cierto modo también negativa, pues el contenido esencial no nos proporciona algo así como um dibujo definitivo del derecho com todas sus facultades “intocables”, pero si nos permite mostrar que ciertas intervenciones legales pueden desvirtualo em su esencia constitucional, que no es otra que su aptitud para la ponderación.²⁸⁰

Apesar das divergências sobre o tema, que, como vemos, são muitas, tem sido reconhecido um valor autónomo à proteção do núcleo essencial dos princípios e direitos humanos fundamentais como barreira última a restrições que possam significar seu aniquilamento. A Constituição Brasileira de 1988 não reconhece, de forma expressa, uma cláusula de proteção do núcleo essencial dos direitos humanos fundamentais, o que não tem impedido a doutrina brasileira de trabalhar sobre tal concepção.

Sarlet, analisando a função das chamadas “cláusulas pétreas” no tocante aos direitos fundamentais (art. 60, § 4º, IV, da CF de 1988), explica que a cláusula do núcleo essencial tem função de proteção autónoma no Direito brasileiro. As cláusulas pétreas têm o objetivo de impedir a destruição dos elementos essenciais da Constituição, preservando a sua identidade. Dessa forma, mesmo garantidos por cláusulas pétreas, os direitos fundamentais não são

²⁷⁹ Idem, ibidem, p. 460-461.

²⁸⁰ SANCHÍS, Luis Prieto, op. cit., p. 203 e 237.

absolutamente intangíveis, aplicando-se, assim, a tese da proteção de seu núcleo essencial, para que não sejam atingidos em seu cerne, o qual deve ser aferido no caso concreto. Afirma, ainda, que, no momento em que a Constituição veda as emendas que visem a abolir ou tendam a abolir os direitos fundamentais, está clara a busca da preservação do cerne de cada direito fundamental.²⁸¹

Steinmetz entende que a proteção do núcleo essencial dos direitos fundamentais deriva da supremacia da Constituição e do significado que os direitos fundamentais adquirem nos sistemas constitucionais que, como o nosso, possuem Constituição rígida, exprimindo-se como um postulado constitucional imanente. Dessa forma, funciona como limite dos limites para salvar a idéia mesma de fundamentalidade dos direitos fundamentais, pois sem ela os direitos fundamentais e seu conteúdo estariam à livre disposição dos poderes públicos, de modo especial do Legislativo.²⁸²

Constatamos, portanto, que, mesmo sem ter consagração expressa na Constituição Federal de 1988, a proteção do núcleo essencial dos direitos humanos fundamentais tem merecido a atenção da doutrina e já teve reflexos na jurisprudência pátria²⁸³. Assim, podemos dizer que o “núcleo essencial” é o limite à ponderação, barreira além da qual a ponderação não pode ir. Esse núcleo essencial mostra-se como certos indícios que fazem com que um determinado direito humano fundamental seja compreendido como aquele determinado direito humano fundamental. Essas características devem ser aferidas de acordo com as concepções de uma determinada comunidade e num determinado momento histórico. Dessa forma, podemos dizer que nem mesmo uma emenda constitucional pode alterar a conformação básica que um direito humano fundamental tem, aquilo que o caracteriza, que o torna identificável e

²⁸¹ SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais.. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 367. Cabe também citar Streck, que afirma que no plano hermenêutico não se pode entender que as “cláusulas pétreas” signifiquem o mesmo que “cláusulas petrificadas”, pois um texto sofre mutações histórico-temporais. Assim, o autor ratifica a posição de Canotilho, o qual entende que somente se garante a irreversibilidade das cláusulas materiais que tenham identidade com o núcleo, a “essência”, da Constituição. STRECK, Lenio Luiz. Jurisdição constitucional e hermenêutica, op. cit., p. 553, nota 171.

²⁸² STEINMETZ, Wilson Antônio. Colisão de Direitos Fundamentais e princípio da proporcionalidade. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2001, nota 515 da p. 163.

²⁸³ Neste sentido podem ser citadas as seguintes decisões proferidas pelo STF na ADIMC – 2381/RS/2001 – Rel. Sepúlveda Pertence, DJ 13/12/2001, j. 20/06/2001 – Tribunal Pleno e na ADIMC – 2024/DF – Sepúlveda Pertence, DJ 01.12.2000, Tribunal Pleno, julgado em 27/10/99, endereço eletrônico www.stf.gov.br. Adotando a teoria relativa sobre o núcleo essencial, que acaba por identificar o núcleo essencial com o princípio da proporcionalidade está a posição de SARMENTO, Daniel. A ponderação de interesses na Constituição Federal, op. cit., p. 111-113. Ver, também, Ana Maria D’Ávila Lopes, que afirma que se faz necessário um entendimento que torne possível a relativização dos direitos fundamentais em virtude de seu caráter histórico e de permanente atualização do direito, embora entenda que o núcleo essencial é um mecanismo indispensável na proteção dos direitos fundamentais. LOPES, Ana Maria D’Ávila, op. cit., p. 190.

reconhecido como tal, pois a sua desconfiguração ou amesquinamento ofende a Constituição.

Toda essa construção ligada ao princípio da proporcionalidade e à ponderação na busca da concretização dos princípios e dos direitos humanos fundamentais, que a melhor tradição jurídica vem construindo ao longo do tempo, é imprescindível para uma melhor atuação dos poderes que devem trabalhar na preservação e promoção dos mesmos.

Como ficou demonstrado no primeiro capítulo da presente dissertação, é insofismável o papel que o princípio da proporcionalidade desempenha na preservação dos direitos humanos fundamentais trabalhistas diante das alterações propostas pela flexibilização neoliberal. Além disso, como demonstraremos no terceiro capítulo, o princípio da proporcionalidade serve de marco também para a concretização dos direitos humanos fundamentais de primeira dimensão no contrato de trabalho, pois permite a ponderação e concretização desses direitos numa visão integral dos valores albergados constitucionalmente.

A complexidade da vida e do ordenamento jurídico ganha cada vez maior dimensão. Essa complexidade é potencializada no Estado Democrático de Direito, quando, então, também o entendimento do princípio da proporcionalidade, sem deixar de lado sua concepção de proteção contra o excesso, deve ser aberto para novas possibilidades de significação, para que possa continuar a cumprir o papel existencial na solução dos conflitos e na ponderação de interesses, bens e direitos. Abre-se, assim, a outra face do princípio da proporcionalidade, a proibição de proteção deficiente. É do que trataremos a seguir.

3.6.1 A proibição de proteção deficiente: a outra face da proporcionalidade no Estado Democrático de Direito

O Estado Democrático de Direito, tal qual como configurado em nossa Constituição Federal de 1988, visa transformar a realidade social e tem por finalidade a promoção e proteção dos princípios e direitos humanos fundamentais de forma integral, emergindo como novo paradigma estatal e societário.

Como afirma Copetti, com a Constituição Federal de 1988 a sociedade brasileira estabeleceu um novo modelo de sociedade, com base no paradigma do Estado Democrático de Direito. Com o deslocamento da idéia de democracia formal para a de democracia

substancial, a noção de garantia ganha novos contornos, não tendo apenas um aspecto negativo, no sentido de proibir as intervenções arbitrárias do Estado, mas ganhando importância também o aspecto positivo, ou seja, a obrigação de concretização de certos conteúdos inspirados nos ideais característicos do pensamento democrático, como, por exemplo, o igualitarismo.²⁸⁴

Assume papel fundamental uma configuração substancial do Direito, na qual os princípios constitucionais ganham, conforme já afirmamos, um plus axiológico/finalístico e os direitos humanos fundamentais têm papel primordial na construção da sociedade e do Direito. Por outro lado, o Poder Judiciário, pela jurisdição constitucional, deixa de ter uma postura meramente negativa e deve assumir uma postura ativa no asseguramento de todas as dimensões de direitos humanos fundamentais.

Bercovici assinala a importância que uma teoria da Constituição e uma teoria do Estado têm na concretização e força normativa da Constituição, sendo imprescindível uma teoria da Constituição constitucionalmente adequada, para, juntamente com uma concepção de Estado, completar as pré-compreensões do texto constitucional na efetivação da Constituição em seus problemas fundamentais, entre eles o desenvolvimento nacional e a superação das desigualdades. Afirma, também, que, embora a Constituição deixe abertura para manobras das forças políticas na implementação das opções políticas, essa abertura não é total, pois não se admite qualquer interpretação, visto que através dos princípios e procedimentos constitucionais é fixado tanto o que deve como o que não deve ficar aberto ao jogo político. A Constituição não é neutra e a ideologia constitucional vincula o intérprete, cabendo papel de especial relevo aos princípios fundamentais, entre eles o do art. 3º. da Constituição Federal de 1988, verdadeiro programa de ação e de legislação, que vincula todos os poderes estatais e a sociedade (pelos menos, para o autor, os detentores de poder econômico ou social não estatal).²⁸⁵

Todos os poderes estatais (Legislativo, Executivo e Judiciário), bem como os próprios poderes e atores sociais, devem, portanto, atuar no sentido de proteção e implementação dos direitos humanos fundamentais, procurando tornar realidade social o projeto constitucional descrito pelos princípios constitucionais fundamentais, verdadeira razão de ser do novel pacto constituinte.

²⁸⁴ COPETTI, André. A jurisprudencialização da constituição no estado democrático de direito, op. cit., p. 25.

²⁸⁵ BERCOVICI, Gilberto. *Desigualdades regionais, estado e constituição*. São Paulo: Max Limonad, p. 273, 289 e 299.

Propriamente para o Poder Judiciário se descortina um novo papel, um papel ativo na função de fiscalização e implementação de políticas públicas para a efetivação de todos os direitos humanos fundamentais vistos em sua integralidade²⁸⁶. Essas políticas passam a ficar sujeitas a um forte controle de constitucionalidade tanto dos meios utilizados para o alcance de objetivos, como dos objetivos que forem visados. Além disso, também caberá o controle não só negativo dessas políticas quando de sua implementação pelos Poderes Legislativo e Executivo, mas também o controle positivo no caso de omissão estatal.²⁸⁷

Como percebemos, na conformação desse novo paradigma estatal e societário, o Estado e o Direito não têm apenas uma feição negativa, mas também positiva. Por meio do Estado e do Direito devem ser não apenas garantidos espaços de não ingerência nos direitos humanos fundamentais, mas também haver a sua implementação e promoção dos mesmos.

Ora, conforme já demonstrado, o princípio da proporcionalidade mostra-se imprescindível para a ponderação dos interesses e solução dos conflitos entre princípios e direitos humanos fundamentais, ganhando, no Estado Democrático de Direito, em virtude da feição ativa que o Estado deve assumir na implementação dos princípios e direitos humanos fundamentais, uma nova dimensão. Assim, além de ter uma função negativa, ao vedar excessos, também tem uma função positiva, ao proibir a proteção deficiente.

Canotilho refere que o sentido mais geral do princípio da proporcionalidade está ligado à proibição do excesso. Todavia, adverte que, por outro lado, também se faz presente, a partir deste princípio e da idéia de proteção, a chamada “proibição por defeito”. Esse defeito de proteção se faz sentir quando determinadas entidades, que têm um dever de proteção, adotam medidas insuficientes, do ponto de vista constitucional, para garantir uma proteção adequada aos direitos fundamentais. E aduz:

²⁸⁶ Castellanos, falando sobre a concepção integral dos direitos humanos, afirma: “A Conferência de Viena (1993) deu um passo definitivo para a compreensão integral dos direitos humanos. Com ela abriu-se o panorama da universalidade, indivisibilidade e interdependência dos direitos humanos, apesar da tradição considerar que uns direitos são primordiais e outros quase que acessórios.” CASTELLANOS, Camilo. A democracia é um fogo *fátuo*. O papel dos direitos econômicos, sociais e culturais na formação da cidadania na América Latina. “In” Justiça social: uma questão de direito. Maria Elena Rodrigues Ortiz – Organizadora. DP&A, 2004, p. 129. Cabe salientar, ainda, em virtude da citação feita, de como é necessário um debate crítico com a tradição, para que sejam separadas concepções e tradições autênticas e inautênticas.

²⁸⁷ COMPARATO, Fábio Konder, Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas. In: Revista de Informação Legislativa n. 138. Brasília: 1998, p. 45-47. Cabe salientar, também, que dado o papel ativo que a cidadania tem no Estado Democrático de Direito, a tarefa de construção de políticas públicas não pode ficar a cargo somente do aparato estatal, bem como sob o controle exclusivo do Poder Judiciário. Cabe a abertura de possibilidades para a atuação constante da cidadania na construção de políticas, que devem ser sempre marcadas pelos fins e princípios constitucionais.

Podemos formular esta ideia usando uma formulação positiva: o estado deve adoptar medidas suficientes, de natureza normativa ou de natureza material, conducente a uma proteção adequada e eficaz dos direitos fundamentais. A verificação de uma *insuficiência de juridicidade estatal* deverá atender à natureza das posições jurídicas ameaçadas e à intensidade do perigo de lesão de direitos fundamentais.²⁸⁸

Ora, o Estado tem papel imprescindível na proteção dos direitos humanos fundamentais, e o princípio da proporcionalidade, em sua dupla face, faz-se necessário na implementação conjunta de todos esses direitos e demais bens constitucionalmente protegidos.

No Estado Democrático de Direito o princípio da proporcionalidade é desvelado em outras possibilidades, ou seja, não significa somente controle da proibição de excesso na concretização dos textos/normas jurídicas, mas também implica a proibição de proteção deficiente quando de sua concretização, visto o caráter transformador da realidade dessa concepção estatal. Nesse sentido, Streck afirma:

Há que se ter claro, portanto, que a estrutura do princípio da proporcionalidade não aponta apenas para a perspectiva de um garantismo negativo (proteção contra excessos do Estado), e, sim, também para uma espécie de garantismo positivo, momento em que a preocupação do sistema jurídico será com o fato de o Estado não proteger suficientemente determinado direito constitucional, caso em que estar-se-á em face do que, a partir da doutrina alemã, passou-se a denominar de “proibição de proteção deficiente” (*Untermassverbot*). Este conceito, explica Bernal Pulido, refere-se à estrutura que o princípio da proporcionalidade adquire na aplicação dos direitos fundamentais de proteção. A proibição de proteção deficiente pode definir-se como um critério estrutural para a determinação dos direitos fundamentais, com cuja aplicação pode determinar-se se um ato estatal – por antonomásia, uma omissão – viola um direito fundamental de proteção.²⁸⁹

Dessa forma, tudo isso implica um novo modo de ser do princípio da proporcionalidade, intimamente ligado à vinculação material do Estado (considerado unitariamente) e da sociedade aos valores e princípios constitucionais, alcançando não só a proteção contra as atitudes comissivas, mas também das atitudes omissas na proteção dos direitos humanos fundamentais. Dessa forma, tanto será inconstitucional o excesso praticado

²⁸⁸ CANOTILHO, J. J. Gomes, op. cit., p. 273.

²⁸⁹ STRECK, Lenio Luiz. A dupla face do princípio da proporcionalidade: da proibição de excesso (*Übermassverbot*) à proibição de proteção deficiente (*Untermassverbot*) ou de como não há blindagem contra normas penais inconstitucionais. Revista da AJURIS. Porto Alegre: AJURIS, março de 2005, p. 180.

no sopesamento entre fins e meios, como será inconstitucional a falta de proteção de um direito humano fundamental em virtude de omissão (total ou parcial) do Estado.²⁹⁰

Nessa perspectiva, no tocante à eficácia dos direitos humanos fundamentais no âmbito do contrato de trabalho, a face positiva do princípio da proporcionalidade impulsiona uma postura mais efetiva na proteção desses direitos também no âmbito laboral, aspecto a ser abordado no terceiro capítulo desta dissertação.

Desvelado em suas várias possibilidades, o princípio da proporcionalidade e a ponderação assumem papel imprescindível na configuração e concretização dos princípios e direitos humanos fundamentais múltiplos e tantas vezes colidentes na conformação do Estado Democrático de Direito e da sociedade democrática e pluralista, possibilitando a abertura de novos caminhos a serem trilhados na busca de uma sociedade mais justa e solidária.

No Estado Democrático de Direito a pluralidade e a diversidade de concepções de mundo e de vida refletem-se no ordenamento jurídico, em particular na Constituição. Assim, ao invés de se pretender estabelecer um projeto fechado, a sociedade de democracia substantiva é um *locus* simbólico para um projeto de civilização aberto à historicidade e ao poder-ser humanos. Essas pré-compreensões se fazem necessárias para uma adequada compreensão do sentido desse ente que é o Estado Democrático de Direito, o qual precisa ser desvelado em suas várias possibilidades, muitas delas ainda encobertas. Assim, a consciência histórica efetual e o questionamento de falsos pré-juízos que ainda tomam conta do imaginário dos juristas, atrelados a uma concepção liberal-individualista, são fundamentais para o acontecer das possibilidades dessa nova concepção estatal e societária.

O princípio da proporcionalidade e a ponderação, como existenciais, como modos de ser, modos de compreender essa nova realidade sóciopolítico-jurídica, assumem papel fundamental no balanceamento e sopesamento dos princípios e direitos humanos fundamentais que estão em jogo, tornando possível a concretização mais plástica e harmoniosa dos interesses legítimos estabelecidos na ordem constitucional.

Dada a atitude positiva, não só passiva, que sobretudo o Estado deve assumir na implementação e proteção dos princípios e direitos humanos fundamentais, cabe-nos falar de uma dupla face do princípio da proporcionalidade, não mais visto apenas como proibição de excesso, mas também como vedação, como proibição de proteção deficiente na implementação desses princípios e direitos humanos fundamentais. Abre-se, portanto, a

²⁹⁰ Idem, *ibidem*, p. 180.

possibilidade de um maior controle e fiscalização de atos arbitrários, sejam por ação, sejam por omissão, não só do Estado, mas também dos particulares, principalmente os dotados de poder (social, econômico ou jurídico), cabendo um papel mais ativo do Poder Judiciário na proteção dos princípios e direitos humanos fundamentais.

Assim, tendo em conta o contexto social em que nos situamos, olhado com a lente potente das categorias teóricas da hermenêutica filosófica, é que enfrentaremos no próximo capítulo o tema da eficácia dos direitos humanos fundamentais de primeira dimensão no contrato de trabalho, tentando descortinar novos horizontes para um processo civilizatório num dos campos mais conflituosos do Direito.

4 A EFICÁCIA DOS DIREITOS HUMANOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS. O CASO DO CONTRATO DE TRABALHO

Como temos afirmado na presente dissertação, as noções jurídicas não são atemporais, mas marcadas pela historicidade. Assim, por meio do diálogo com a tradição democrática, só possível pelo fio condutor da linguagem (meio pelo qual constituímos e temos mundo), juntamente com uma posição crítica marcada pela consciência histórica efetual, pelo círculo hermenêutico e pelo incontornável teorema da diferença ontológica, é possível que se vão descortinando sentidos até então velados do Direito, abrindo-se novas possibilidades de significação.

Durante muito tempo se acreditou que o Estado era o “grande vilão” frente aos direitos humanos fundamentais. Mas a doutrina e a jurisprudência têm constatado que não raras vezes não é o Estado que desempenha o papel de “vilão” em relação a esses direitos, mas, sim, que sujeitos privados, especialmente quando dotados de poder (jurídico, social ou econômico), apresentam-se como fortes “inimigos” desses direitos. Essa constatação ganha em importância quando o fenômeno da globalização neoliberal impõe graves restrições ao poder estatal e aumenta, de forma geométrica, o poder de grandes grupos privados.

No contrato de trabalho, por seu turno, o poder privado apresenta-se no cotidiano das relações, visto a própria relação de subordinação/vulnerabilidade e, portanto, de assimetria em que o empregado está diante do empregador. Assim, tendo por mote a indivisibilidade e complementaridade dos direitos humanos fundamentais, analisaremos a eficácia desses direitos nas relações privadas, dando enfoque específico ao contrato de trabalho e aos direitos de primeira dimensão.

Com base nessas idéias, faremos uma abordagem: a) sobre uma noção operativa de “direitos humanos fundamentais”; b) sobre a eficácia dos direitos humanos fundamentais nas relações privadas; c) sobre a eficácia dos direitos humanos fundamentais no contrato de trabalho e, por fim, d) sobre o caso exemplar do devido processo legal no contrato de trabalho.

4.1 DIREITOS HUMANOS E DIREITOS FUNDAMENTAIS: DIFERENÇAS E APROXIMAÇÕES. OS DIREITOS HUMANOS FUNDAMENTAIS E SUAS VÁRIAS DIMENSÕES

O apontamento de alguns indícios formais que delimitam os contornos da noção de “direitos humanos fundamentais” é de relevância ímpar na busca do desvelamento de sentidos mais autênticos para esses direitos que consideramos como imprescindíveis para uma vida humana digna.

Segundo Cançado Trindade, a idéia de direitos humanos e de direitos inerentes à pessoa humana é tão antiga quanto a história das civilizações, tendo aparecido ao longo do tempo em diversos momentos históricos e em diversas culturas e épocas. Essa idéia se fundou sempre na afirmação da dignidade da pessoa humana contra todas as formas de dominação, de exclusão ou opressão, na luta pela proteção contra as arbitrariedades e na busca da participação das pessoas na vida comunitária segundo um critério de legitimidade. Assim, para o autor, os direitos humanos são o “legado” não só da tradição ocidental, como costumeiramente se afirma, mas também de outras culturas, as mais diversas, e a sua vocação universal está presente na Declaração dos Direitos Humanos de 1948. Assim, segundo o autor,

o legado de tais correntes de pensamento para a *conceituação jurídica* contemporânea dos direitos humanos consagra as premissas de que os direitos humanos, inerentes a cada ser humano e inalienáveis, antecedem os direitos dos Estados; de que o poder estatal deriva da vontade do povo; e de que a justiça prima sobre o direito estatal positivo.²⁹¹

Os direitos humanos são, portanto, na visão contemporânea, direitos históricos, fruto de lutas e conquistas da humanidade na busca pelo reconhecimento e proteção da pessoa humana em todas as situações em que possam estar presentes seja a opressão, seja a exclusão,

²⁹¹ CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. Tratado de direito internacional dos direitos humanos. V. I. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997, p. 17-19. Sob ótica diversa, mas convergente, Fioravanti chama a atenção para o fato da existência de direitos fundamentais antes da existência do poder político estatal, ou seja, antes do Estado, analisando em especial a Idade Média. FIORAVANTI, Maurizio. Los derechos fundamentales. Madrid: Trotta, 2000, p. 26-27.

o medo ou a discriminação, enfim, todas as formas e maneiras de vilipêndio ao ser humano²⁹². Cabe lembrar que o homem é sempre um ser situado, é um ser-aí. Logo, os direitos humanos são a resposta, em cada momento histórico, às agruras e dificuldades que atingem ao homem.

Esses direitos, marcados pela historicidade, podem ser entendidos, nas palavras de Bolzan de Moraes, como

conjunto de valores históricos básicos e fundamentais, que dizem respeito à vida digna jurídico-político-psíquico-econômico-física e afetiva dos seres e de seu habitat, tanto daqueles do presente quanto daqueles do porvir, surgem sempre como condição fundante da vida, impondo aos agentes político-jurídico-sociais a tarefa de agirem no sentido de permitir que a todos seja consignada a possibilidade de usufruí-los em benefício próprio e comum ao mesmo tempo. Assim como os direitos humanos se dirigem a todos, o compromisso com sua concretização caracteriza tarefa de todos, em um comprometimento comum com a dignidade comum.²⁹³

Como afirma Comparato, a própria personalidade de cada ser humano é moldada por toda a carga da tradição, do passado coletivo carregado de valores, crenças e preconceitos. Assim, o ser humano tem o seu próprio ser como algo incompleto e inacabado, sempre em transformação, ou seja, lembrando Heidegger, o ser humano está num permanente inacabamento.²⁹⁴ Essa lição se aplica ao Direito em geral, e aos direitos humanos em especial, sempre sujeitos à historicidade da vida humana e social.

Lafer, trabalhando as categorias de Hannah Arendt, afirma que a idéia fundamental da autora sobre os direitos humanos é de que não é verdade que “os homens nascem livres e iguais em dignidade e direitos”, pois nós não nascemos iguais, mas, sim, “nos tornamos iguais como membros de uma coletividade em virtude de uma decisão conjunta que garante a todos

²⁹²Cabe fazer referência aqui a como Lyra Filho entendia o Direito, ou seja, o Direito era visto pelo autor como processo de positivação de liberdades. FILHO, Roberto Lyra. *O que é direito*. 6. ed. São Paulo: Brasiliense, 1986, p. 124.

²⁹³BONZAN DE MORAIS, José Luis. *As crises do estado e da constituição e a transformação espacial dos direitos humanos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 64.

²⁹⁴COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 29-31. Cabe salientar que para Comparato, apesar do caráter histórico dos direitos humanos, não se pode fundar esses direitos sobre um viés positivista. Para o autor, é “a consciência ética, a convicção longa e permanente da comunidade, de que a dignidade da condição humana exige o respeito a certos bens e valores em qualquer circunstância”, ainda que não reconhecidos pelos Estados ou pelos instrumentos internacionais, que dão fundamento vigoroso aos direitos humanos. *Idem*, *ibidem*, p. 59.

direitos iguais”. Assim, a igualdade não é um dado, mas um construído convencionalmente pelos homens através de sua ação conjunta na organização da comunidade política.²⁹⁵

Flavia Piovesan assume expressamente a idéia de Arendt, ou seja, a idéia de que os direitos humanos não são um dado, mas um construído, uma invenção humana, e afirma a historicidade desses direitos, optando por uma concepção contemporânea dos direitos humanos que se baseia na Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 e na Declaração de Direitos Humanos de Viena de 1993. A autora aduz:

Conclui-se que a Declaração Universal de 1948, ao introduzir a concepção contemporânea de direitos humanos, acolheu a dignidade humana como valor a iluminar o universo de direitos. A condição humana é requisito único e exclusivo, reitera-se, para a titularidade de direitos. Isto porque todo ser humano tem uma dignidade que lhe é inerente, sendo incondicionada, não dependendo de qualquer outro critério, senão ser um ser humano.²⁹⁶

Afirmamos, portanto, na concepção exposta, o caráter histórico dos direitos humanos, que devem ser reconhecidos a todos os seres humanos única e exclusivamente por assim se caracterizarem, o que não configura uma decaída na metafísica no sentido de se sustentar uma essência humana imutável e aistórica, mas, sim, que esses direitos são o resultado de postulados ético-jurídicos impostergáveis para a vida humana digna.

Cabe destacar que a doutrina tem traçado algumas diferenças entre as expressões “direitos humanos” e “direitos fundamentais”, embora muitas vezes sejam utilizadas como sinônimas²⁹⁷. É comum a doutrina afirmar que os direitos humanos estão em uma instância mais abstrata em relação aos chamados “direitos fundamentais”. Os direitos humanos são tratados como direitos inalienáveis que têm sua origem na própria natureza humana e que aspiram à validade universal, sem estarem adstritos a uma determinada ordem constitucional. Assim, estariam previstos em documentos internacionais e não possuiriam, em regra, meios jurídicos eficazes para sua exigência. Por sua vez, os direitos fundamentais são considerados aqueles direitos humanos que estão consagrados e positivados, que têm previsão mais precisa

²⁹⁵ LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos – Um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. São Paulo: Companhia das Letras, 2001, p. 150.

²⁹⁶ PIOVESAN, Flavia. Direitos humanos, o princípio da dignidade humana e a Constituição Brasileira de 1988. “In” (Neo) Constitucionalismo – Ontem, os códigos hoje, as constituições. Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica. Porto Alegre: Instituto de Hermenêutica Jurídica, 2004, p. 80 e 87.

²⁹⁷ Ver, neste último sentido, por exemplo, BONAVIDES, Paulo. Curso de direito constitucional. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 514.

e restrita, estando em consonância com uma determinada ordem constitucional; existe, assim, em caso de violação, a previsão de um recurso judicial para sua exigência e sua concretização prática²⁹⁸.

Canotilho fala de direitos fundamentais como direitos que estão positivados na Constituição, significando a “incorporação na ordem jurídica positiva dos direitos considerados naturais e inalienáveis do indivíduo”, considerando esses direitos como elementos que conferem legitimidade a um ordenamento jurídico. Afirma, ainda, que os direitos fundamentais apresentam tanto uma fundamentalidade formal, pois estão no ápice do sistema jurídico e encontram-se protegidos de alterações legislativas, como uma fundamentalidade material, já que “o conteúdo dos direitos fundamentais é decisivamente constitutivo das estruturas básicas do Estado e da sociedade.”²⁹⁹

Como percebemos, a qualificação de fundamentais a determinados direitos decorre não só de sua posição formal no ordenamento jurídico (integrantes da Constituição, estão no ápice do ordenamento jurídico; estão submetidos a limites formais e materiais de reforma constitucional – cláusulas pétreas -, bem como são normas diretamente aplicáveis e vinculam de forma imediata as entidades públicas e privadas), mas também de sua fundamentalidade material como elementos da Constituição material, como decisões fundamentais sobre a estrutura básica do Estado e da sociedade. A fundamentalidade material significa que essas decisões fundamentais têm em vista a posição ocupada nesses espaços pela pessoa humana, como vetores da positivação de valores fundamentais como liberdade, igualdade, dignidade da pessoa humana, vida e solidariedade³⁰⁰.

A diferenciação, assim, entre direitos humanos e direitos fundamentais é feita, basicamente, como mostramos acima, tendo em vista a positivação dos segundos nas constituições. Dessa forma, segundo tais concepções, tais direitos encontrariam mecanismos de proteção mais efetivos, bem como encarnariam a visão de uma determinada sociedade sobre os direitos humanos.

²⁹⁸ Ver nesse sentido a posição de SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais, op. cit., p. 33 e 34.; HECK, Luís Afonso. Direitos fundamentais e sua influência no direito civil. Artigo extraído de palestra apresentada no evento das Jornadas Preparatórias do XVII Congresso Argentino de Direito Civil, 1998 e CANOTILHO, J. J. Gomes. Direito constitucional e teoria da constituição, op. cit., p. 393.

²⁹⁹ CANOTILHO, J. J. Gomes, op. cit., p. 377. Sobre a fundamentalidade das normas de direitos fundamentais, tanto no sentido formal, como material, ver, ainda, a posição de ALEXY, Robert. Teoría de los derechos fundamentales, op. cit., p. 503-506.

³⁰⁰ Ver nesse sentido SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais, op. cit., p. 80.

A nosso ver, essa diferenciação entre direitos humanos e direitos fundamentais merece ser revista, ou pelo menos, “flexibilizada”, por razões tanto de ordem de legitimidade como também de conveniência, que estão intimamente interligadas.

Mencionamos o fato de que a própria legitimidade de um ordenamento jurídico constitucional tem sido medida por sua aceitação dos direitos humanos, implicando, cada vez mais, portanto, a aproximação entre os direitos fundamentais previstos nos ordenamentos jurídicos internos dos Estados e a assim denominada “ordem jurídica internacional dos direitos humanos”.³⁰¹ Isso implica, não só a aceitação da eficácia dos direitos humanos diretamente no ordenamento jurídico interno dos Estados³⁰², como também a necessidade da construção de mecanismos jurídicos supra-estatais cada vez mais eficazes para a proteção e promoção dos direitos humanos³⁰³. Com efeito, em virtude das próprias alterações da soberania e dos efeitos produzidos pela globalização econômica, a doutrina vem postulando a abertura de novos campos e possibilidades de proteção dos direitos humanos além das fronteiras estatais (podemos citar como exemplos o Tribunal Penal Internacional, a Corte Européia de Direitos Humanos e a Corte Interamericana de Direitos Humanos).

³⁰¹ Verdú afirma que, após a Segunda Grande Guerra, a doutrina vem postulando que os direitos humanos, que dimanam da dignidade da pessoa humana, são o “fundamento” das Constituições, que os recebem, reconhecem e lhes deve dar garantia. E afirma: “Las Constituciones son instrumentos fundametales que cumplen una función-poder. Es decir, se justifican en tanto que cumplen una exigencia deontológica al proteger esos derechos. Los derechos humanos, inspirados en valores, son postulados ético-sociales encaminados a una finalidad, a saber: tutelar el libre desarrollo de la dignidad humana en la sociedad. Son, también, puntos de vista exigidos por la Justicia.” VERDÚ, Pablo Lucas. Los derechos humanos como “región civil”. Derechos humanos y concepción del mundo y de la vida. Sus desafíos presentes. In: *Direito Constitucional – Estudos em homenagem a Paulo Bonavides*. Eros Roberto Grau e Willis Santiago Guerra Filho (Organizadores). 1. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 537-538. Ver, também, a posição de Cançado Trindade, que afirma a necessidade da aplicação da norma mais favorável na proteção dos direitos humanos, implicando a necessidade do entendimento conjunto dos direitos internacional e constitucional. CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto, op. cit., p. 22-23. Por fim, ver TORRES, Ricardo Lobo. A legitimação dos direitos humanos e os princípios da ponderação e da razoabilidade. “In”: *Legitimação dos direitos humanos*. Organizador Ricardo Lobo Torres. Rio de Janeiro-São Paulo: Renovar, 2002, p. 397.

³⁰² Sobre essa temática ver CANÇADO TRINDADE, op. cit., p. 430-443. Por seu turno, Binbenojm afirma, tomando a construção de Dworkin sobre os direitos, que: “Os direitos humanos prescindem, assim, de reconhecimento legislativo, e sua eficácia plena deve ser reconhecida pelo Poder Judiciário, inclusive com a adjudicação de direitos sociais integrantes do mínimo existencial. Por evidente, nenhuma maioria legislativa poderá deliberar contra os direitos humanos, não apenas em virtude de sua previsão expressa no texto constitucional, mas sobretudo em função de seu papel decisivo para a existência da própria democracia. ... Como afirma Robert Alexy, os direitos humanos são compatíveis com a democracia, mas representam, simultaneamente, uma desconfiança do processo democrático. São democráticos na medida em que asseguram a existência e desenvolvimento de pessoas capazes de manter o processo democrático em funcionamento, pois sem eles a democracia fica reduzida a mera figura de retórica. Por outro lado, com a vinculação também do legislador, os direitos fundamentais são subtraídos do poder decisório das maiorias parlamentares, o que reflete a aludida desconfiança na democracia.” BINENBOJM, Gustavo. *Direitos humanos e justiça social: as idéias de liberdade e igualdade no final do século XX*. In: *Legitimação dos direitos humanos*. Ricardo Lobo Torres Organizador. Rio de Janeiro-São Paulo: Renovar, 2002, 246-247. Sobre a tese dos direitos como princípios pressupostos da organização social e que não podem ser suprimidos mesmo pela maioria, ver DWORKIN, Ronald, *Levando os direitos a sério*, op. cit., p. 127.

³⁰³ BOLZAN DE MORAIS, José Luis, op. cit., p. 91-100.

Essas postulações implicam, por seu turno, uma relativização ainda maior das diferenças entre direitos humanos e direitos fundamentais. Percebemos, assim, diante do fenômeno da globalização, a necessidade de uma concepção mais aberta sobre esses direitos, na qual seja possível a defesa da pessoa humana em quaisquer tipos de relações, sejam internas ou não a um determinado Estado. Há, portanto, a necessidade do aperfeiçoamento dos mecanismos de proteção que atuem tanto dentro dos Estados como na esfera internacional.³⁰⁴

Portanto, diante da aproximação cada vez maior, desejável e fundamentada entre os direitos humanos e os direitos fundamentais, tanto no que tange ao seu entendimento como aos seus desafios, torna-se imprescindível um tratamento desses temas que antes privilegie as aproximações do que as diferenciações.³⁰⁵ É por isso que entendemos como mais satisfatória a denominação de “direitos humanos fundamentais”, expressão utilizada, entre outros, por Eusebio Fernández e que parece exprimir uma gama de significados subjacentes.

Fernández defende que com esta terminologia se consegue manifestar que toda a pessoa possui direitos morais pelo fato de ser pessoa e que esses direitos devem ser reconhecidos e garantidos pela sociedade, pelo Direito e pelo poder político sem nenhuma discriminação, seja social, econômica, jurídica, política, ideológica, cultural ou sexual. Ao mesmo tempo, significa que esses direitos são fundamentais, pois se acham estreitamente conectados com a idéia de dignidade humana e são ao mesmo tempo as condições do

³⁰⁴ Cabe lembrar aqui a posição assumida por Barreto, que afirma: “No pensamento social contemporâneo, encontramos a tentativa de identificar os direitos humanos fundamentais como, a “norma mínima” das instituições políticas, aplicável a todos os Estado que integram uma sociedade dos povos politicamente justa. Esse conjunto de direitos tem um estatuto especial no direito interno das nações, sendo exigência básica para que um Estado possa integrar a comunidade internacional.” O autor chama a atenção, ainda, para o pensamento de Hannah Arendt, que deixou muito claro que o reconhecimento de direitos apenas para os nacionais, em virtude de uma postura de valorização máxima da soberania nacional, redundou numa série de violações dos direitos básicos. Dessa forma, o autor sustenta a necessidade de uma fundamentação ética para os direitos humanos fundamentais, que se sobrepõem aos direitos nacionais, sendo condição de sua legitimidade. BARRETO, Vicente, *Ética e direitos humanos: aporias preliminares*, op. cit., p. 501.

³⁰⁵ Pérez Luño afirma: “Puede afirmarse, en primer lugar, que la internacionalización ha supuesto, desde el punto de vista de la *fundamentación* de los derechos humanos, una vuelta a la reivindicación de su carácter universal e supraestatal. Es innegable que en el proceso de constitucionalización de los derechos fundamentales el positivismo jurídico jugo un papel importante al plantear la exigencia de una concreción jurídica de los ideales jusnaturalistas, para dotarlos de autentica significación jurídico-positiva. Ahora bien, los acontecimientos políticos se han encargado de evidenciar, en ocasiones de forma trágica, la necesidad de situar la fundamentación del sistema de las libertades públicas en una esfera que rebasara el arbitrio de la jurisdicción interna de cada Estado.” PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. *Derechos humanos, estado de derecho y constitucion*. Madrid: Tecnos, 2003, p. 129.

desenvolvimento dessa idéia de dignidade. Referem-se, portanto, aos direitos mais essenciais em relação ao pleno desenvolvimento da dignidade humana.³⁰⁶

Constatamos, pois, com tal expressão que os direitos humanos fundamentais têm como sujeito passivo não só o Estado, mas também a sociedade e os demais indivíduos. Sendo afirmados como “direitos morais”, traduzem a idéia de uma fundamentação ética desses direitos que, assim, devem se fazer presentes tanto na esfera pública como na privada. Essa formulação, além de nos parecer acertada, ainda facilita o desenvolvimento da temática principal desta dissertação, ou seja, a eficácia desses direitos perante os particulares. Fernández defende uma fundamentação ética para os direitos humanos fundamentais, o que traz de pronto a idéia de que pressupõe uma visão ética do ser humano, da pessoa humana, em todas as suas relações, não só com o Estado.

Assim, como afirma o autor, a fundamentação ética, também chamada “axiológica”, parte do pressuposto de que a fundamentação dos direitos humanos não pode ser jurídica (no sentido do Direito Positivo), mas prévia ao jurídico, isso não querendo dizer que não seja importantíssimo para a eficácia desses direitos a sua previsão e garantia no direito positivo.³⁰⁷ O autor entende que existem certas exigências que são imprescindíveis como condição para uma vida digna, sendo os direitos humanos fundamentais direitos morais, quer dizer, aparecem como exigências éticas, como direitos que os seres humanos têm pelo fato de serem homens e, portanto, com um direito igual a seu reconhecimento, proteção e garantia por parte do poder público e do Direito. São direitos que o homem possui por ser homem, que possui em virtude de sua dignidade, sendo inerentes ao seu ser.³⁰⁸

Fernández chama de “direitos morais” os direitos humanos fundamentais para exprimir a idéia de síntese entre os direitos humanos entendidos como exigências éticas ou valores e os direitos humanos entendidos paralelamente como direitos. O qualificativo “moral” significa essa fundamentação ética, sendo esses direitos os que estão mais intimamente ligados com a idéia de dignidade humana. Já com o substantivo “direito” o autor sustenta a idéia de que esses direitos estão a meio-termo entre as exigências éticas e os direitos positivos, correspondendo, ainda, à pretensão de serem efetivamente garantidos e incorporados pelo ordenamento jurídico positivo. Assim, a fundamentação ética dos direitos

³⁰⁶ FERNÁNDEZ, Eusebio. Teoría de la justicia y derechos humanos. Madrid: Editorial Debate, 1991, p. 78. Ver, também defendendo a natureza de direitos morais sobre os direitos humanos a posição de NINO, Carlos Santiago. Buenos Aires: Astrea, 1989, p. 19-20.

³⁰⁷ Idem, ibidem, p. 106.

³⁰⁸ Idem, ibidem, p. 106-107.

humanos fundamentais baseia-se na consideração desses direitos como direitos morais, entendendo por direitos morais o resultado da dupla vertente ética e jurídica.³⁰⁹

O ponto de vista de Fernández é muito próximo ao que defende Pérez Luño, apesar das aparentes divergências em algumas questões, bem como pelo fato da concepção deste último autor ser mais aberta, e a nosso ver mais correta, por englobar de forma mais contundente os direitos sociais. Pérez Luño argumenta que a fundamentação dos direitos humanos só pode se dar sob o viés de um “jusnaturalismo deontológico”. Ao verificar a posição do autor, observamos, então, que o jusnaturalismo deontológico não tem o caráter estático das correntes tradicionais do jusnaturalismo clássico, mas, sim, que essa concepção está aberta à historicidade. Os direitos humanos são, para o autor, o conjunto de faculdades e institutos que, a cada momento histórico, tendo em conta as necessidades humanas, são descobertos pelo diálogo intersubjetivo e pela razão prática, concretizando as exigências ligadas à dignidade, à liberdade e à igualdade das pessoas humanas, e que aspiram seu reconhecimento no ordenamento jurídico positivo.³¹⁰

Entendemos, assim, que é possível, ponderando o conjunto dessas contribuições, adotar uma posição que sustenta que os direitos humanos fundamentais são históricos, são exigências éticas, estão abertos à historicidade e são pré-positivos, embora busquem positividade nos ordenamentos jurídicos, bem como que são condição de legitimidade dos ordenamentos estatais, servindo como parâmetros críticos dessa ordem. Como percebemos, isso não significa que não seja importante a positividade desses direitos nos ordenamentos constitucionais. Essa postura, além de, a nosso ver, constatar a essência existencial dos direitos humanos fundamentais como “trunfos das pessoas humanas frente ao poder e ao

³⁰⁹ Idem, *ibidem*, p. 108-109.

³¹⁰ PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique, *op. cit.*, p. 48-49 e 177-184. Cabe aqui traçar um paralelo entre o que diz Pérez Luño e o pensamento de Gadamer. Como se percebe, em Pérez Luño a experiência (razão prática) e o diálogo intersubjetivo (que pressupõe o reconhecimento do outro) possibilitam a descoberta e o reconhecimento dos direitos humanos. Na obra de Gadamer vislumbra-se a preocupação constante com o reconhecimento do outro e com o diálogo. Para Gadamer, só é possível um verdadeiro diálogo onde se reconheça o outro como outro. Portanto, embora o autor não aborde explicitamente a questão dos direitos humanos fundamentais, podemos aí ver uma contribuição importante para a compreensão dos mesmos. Gadamer afirma: “Assim como nossa apreensão sensível do mundo é ineludivelmente privada, também nossos impulsos e nossos interesses individualizam-nos, e nossa razão, comum e capaz de apreender o comum a todos, permanece impotente diante dos ofuscamentos alimentados pela nossa individualidade. Assim, o diálogo com os outros, suas objeções ou sua aprovação, sua compreensão ou seus mal-entendidos, representam uma espécie de expansão de nossa individualidade e um experimento da possível comunidade a que nos convida a razão. Poderíamos imaginar toda uma filosofia do diálogo, partindo dessas experiências: o ponto de vista intransferível do indivíduo, onde se espelha a totalidade do mundo, e a totalidade do mundo que se apresenta nos pontos de vista individuais de todos os outros como um e o mesmo.” GADAMER, *Verdade e método II*, *op. cit.*, p. 246 e 249.

arbítrio”, facilita, e, portanto, é oportuna, a sua defesa não só perante a eventuais Estados que neguem tais direitos, mas também sua defesa diante dos privados.

A nosso ver, a pergunta original que coloca como tema os direitos humanos fundamentais é justamente: como proteger as pessoas humanas diante do poder? Essa pergunta só pode ser respondida tendo em conta a historicidade do processo de afirmação desses direitos, o que não é nunca um processo acabado. A história efetual dos direitos humanos fundamentais permite-nos a compreensão da necessidade dessa pergunta pelo sentido dos direitos humanos fundamentais ter de ser sempre refeita em cada momento histórico, para que consigamos arrancar o seu sentido do velamento.

Assim, é em razão de toda essa tradição dos direitos humanos fundamentais, questionada a partir do horizonte histórico de um Estado Democrático de Direito num país “periférico” e tendo em conta as novas necessidades de enfrentamento do poder colocar pelos processos de globalização neoliberal em curso, que optamos pela denominação desses direitos como “direitos humanos fundamentais”.

Merece também nossa atenção o tema relativo às várias “dimensões ou gerações” dos direitos humanos fundamentais. A idéia de “gerações” de direitos está ligada ao fato de que ao longo do processo histórico, esses direitos foram surgindo e se afirmando em blocos, ligados a determinados valores tidos como impostergáveis para a proteção da pessoa humana. Todavia, a idéia de gerações tem acabado por gerar uma série de problemas, pois muitas vezes ofusca uma questão fundamental apontada pela doutrina contemporânea, ou seja, o entendimento da complementaridade solidária e da indivisibilidade dos direitos humanos fundamentais.

Com efeito, a Conferência Mundial de Direitos Humanos, realizada em Viena no ano de 1993, afirmou o princípio da complementaridade solidária e indivisibilidade desses direitos:

Todos os direitos humanos são universais, indivisíveis, interdependentes e inter-relacionados. A comunidade internacional deve tratar os direitos humanos globalmente, de modo justo e equitativo, com o mesmo fundamento e a mesma ênfase. Levando em conta a importância das particularidades nacionais e regionais, bem como os diferentes elementos de base históricos, culturais e religiosos, é dever dos Estados, independentemente de seus sistemas políticos, econômicos e culturais, promover e proteger todos os direitos humanos e liberdades fundamentais.³¹¹

³¹¹ COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. op. cit, p. 67.

Flavia Piovesan afirma a universalidade e indivisibilidade dos direitos em foco, visto que a sua proteção integral é condição para o respeito de todos esses direitos, já que são intimamente correlacionados e interdependentes; portanto, a proteção dos direitos civis e políticos é condição para a observância dos direitos sociais e econômicos, e vice-versa. A autora afirma:

A concepção contemporânea de direitos humanos caracteriza-se pelos processos de universalização e internacionalização destes direitos, compreendidos sob o prisma de sua indivisibilidade. Ressalte-se que a Declaração de Direitos Humanos de Viena, de 1993, reitera a concepção da Declaração de 1948, quando, em seu parágrafo 5º, afirma:

Todos os direitos humanos são universais, interdependentes e inter-relacionados. A comunidade internacional deve tratar os direitos humanos globalmente de forma justa e eqüitativa, em pé de igualdade e com a mesma ênfase.³¹²

Tendo em vista isso, optamos, no presente estudo por utilizar a expressão “dimensões” de direitos humanos fundamentais, visto que aquela expressão (gerações) pode dar a impressão de alternância entre as várias dimensões de direitos, como se uma substituísse a outra, quando, na verdade, o reconhecimento de novos direitos tem aspecto de complementaridade, de cumulação, no sentido de que uma dimensão vem a se somar à outra num processo de contínua construção, reconhecimento e positivação de direitos³¹³.

Os direitos humanos fundamentais têm sido classificados em várias dimensões, cada uma representando uma gama de conquistas da pessoa humana. Muitas vezes se correlacionam as dimensões desses direitos com os valores da tríade presente no lema da Revolução Francesa, ou seja, liberdade, igualdade fraternidade (lida hoje como solidariedade), ligando-se a cada um desses valores uma dimensão de direitos³¹⁴. Por outro lado, também, tendo em vista o caráter expansionista e histórico desses direitos, existe a postulação de uma série de novos direitos que vão se configurando como necessários para o pleno desenvolvimento da pessoa humana, o que leva a que autores defendam a existência de outras dimensões.³¹⁵

³¹² PIOVESAN, Flavia, op. cit., p. 81 e 85. CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto, op. cit., p. 24 - 25.

³¹³ SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais, op. cit., p. 49.

³¹⁴ BINENBOJM, Gustavo, op. cit., p. 226.

³¹⁵ BONAVIDES, Paulo. Curso de direito constitucional, op. cit., p. 516 e OLIVEIRA JUNIOR, José Alcebiades. Teoria jurídica e novos direitos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000, p. 99 e 100.

Assim, essa distinção entre várias dimensões não tem o sentido de estabelecer fronteiras rígidas e intransponíveis entre essas, mas sim, na linha do pensamento de complementaridade, unidade, cumulatividade e indivisibilidade dos direitos humanos fundamentais, focar a necessidade de proteção integral desses direitos³¹⁶. Tanto é assim que o aparecimento de novas dimensões de direitos humanos fundamentais não tem o papel de aniquilar as dimensões anteriores, como já assinalado, mas, certamente, pode ter o papel de redefini-las, ou melhor, de mudar o sentido que apresentavam, incorporando novas possibilidades de sentido.³¹⁷

Desveladas essas idéias básicas, sempre novamente postas à luz crítica da consciência histórica, é que trataremos do tema da vinculação dos privados aos direitos humanos fundamentais, tendo como enfoque principal a aplicação dos direitos de primeira dimensão no contrato de trabalho. Intentamos com essa análise, demonstrar a necessidade da proteção integral desses direitos em todas as relações jurídicas.

4.2 A EFICÁCIA DOS DIREITOS HUMANOS FUNDAMENTAIS FRENTE AOS PARTICULARES

A questão da eficácia dos direitos humanos fundamentais nas relações entre privados tem, ultimamente, ocupado lugar de destaque no debate doutrinário. Para o deslinde da questão em foco, faz-se necessário que algumas idéias sejam precisadas, especialmente: a) o que significa o termo “eficácia” dos direitos humanos fundamentais e b) o que significa afirmar esta eficácia nas relações com “particulares” ou “nas relações privadas”.

Com relação à primeira das questões, ou seja, no tocante ao significado da locução “eficácia dos direitos humanos fundamentais”, a expressão é utilizada no sentido de afirmar que esses direitos vinculam, que são passíveis de serem invocados e aplicados em determinada situação. Portanto, quando se afirma a eficácia desses direitos, significa dizer que geram

³¹⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais, cit., p. 49-50, STRECK, Lenio Luiz, La jurisdicción constitucional y las posibilidades de concretización de los derechos fundamentales-sociales. Site: www.leniostreck.com.br, p. 24-25 e FREITAS, Juarez. O intérprete e o poder de dar vida à constituição. In: Direito constitucional – Estudos em homenagem a Paulo Bonavides. Eros Roberto Grau e Willis Santiago Guerra Filho (Organizadores). 1. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 242.

³¹⁷ Sobre isso ver PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique, op. cit., p. 585—587; ANDRADE, José Carlos Vieira de. Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976. Coimbra: Almedina, 1987, p. 54 e BOLZAN DE MORAIS, José Luis, op. cit., p. 62, nota 54.

posições passivas (obrigações, deveres) perante a determinados entes (pessoas físicas, jurídicas e, mesmo, entes despersonalizados) que estão obrigados por esses direitos³¹⁸. Já, quanto, à segunda questão levantada, ou seja, sobre o que significa a expressão “relações privadas ou sujeitos privados”, as respostas são mais complexas.

Em primeiro lugar, cada vez se torna mais difícil fazer a distinção entre público e privado, seja no tocante aos institutos jurídicos, seja quanto aos interesses envolvidos. Assim, não há como estabelecer os limites matemáticos entre o público e o privado, não havendo como determinar uma diferença qualitativa entre os ramos do Direito, por exemplo, para fazê-los subsumidos a essa divisão; cabe, sim, entender que existem, em todos os ramos do Direito, espaços públicos e privados, o que configura apenas uma distinção quantitativa³¹⁹. Aliás, isso pode ser percebido, por exemplo, nos próprios dispositivos constitucionais sobre a ordem social, quando, por exemplo, o art. 194 da CF de 1988 dispõe que a seguridade social compreende um conjunto integrado de ações tanto de iniciativa dos poderes público como da sociedade, com o fim de assegurar os direitos à saúde, à previdência e à assistência social.

Dessa forma, quando dizemos que os direitos humanos fundamentais têm eficácia frente aos particulares, isso significa que atuam vinculativamente perante sujeitos privados (pessoas físicas, jurídicas e mesmo entes despersonalizados), não dotados de poder estatal nem ligados de alguma forma mais estreita ao poder estatal. Significa que uma pessoa pode invocar diretamente esses direitos numa relação estabelecida com outra pessoa não-estatal, pois esta pode ser considerada sujeito passivo desses direitos.³²⁰

Nessa questão trazemos o pensamento de Daniel Sarmento, o qual defende um grau de eficácia diferenciado desses direitos levando em conta quem é o sujeito passivo, o Estado ou um particular. Afirma que onde houver o “dedo estatal” deve ser dada uma eficácia mais enérgica, mais robusta a esses direitos, o que não afasta a eficácia desses direitos nas relações privadas, tendo em vista a necessidade de sua proteção integral, que, para o autor, decorre da

³¹⁸ ALEXY, Robert, op. cit., p. 507; SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais e direito privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais. In: A constituição concretizada – Construindo pontes com o público e o privado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p. 109, 112 e 115; FACCHINI NETO, Eugênio. Reflexões histórico-evolutivas sobre a constitucionalização do direito privado, op. cit., 44 e STEINMETZ, Wilson. A vinculação dos particulares a direitos fundamentais. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 40, 42, 52 e 53.

³¹⁹ Ver sobre o tema PERLINGIERI, Pietro. Perfis do Direito Civil – Introdução ao Direito Civil Constitucional. 2. ed. Tradução de Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro-São Paulo: Renovar, 2002, p. 52-54; TEPEDINO, Gustavo. Temas de Direito Civil. 2. ed. Rio de Janeiro-São Paulo: Renovar, 2001, p. 19. Ver, ainda, FACHIN, Luiz Edson. Teoria Crítica do Direito Civil. Rio de Janeiro-São Paulo: Renovar, 2000, p. 125 e 221.

³²⁰ Ver, nesse sentido, ALEXY, Robert, op. cit., p. 510-511. Ver, no mesmo sentido, mas fazendo algumas ressalvas, a posição de SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais e direito privado, op. cit. p. 113, 116 e 117.

opção axiológica da Constituição Federal de 1988 pela dignidade humana e a prevalência dos direitos humanos³²¹.

Afirma, ainda, que considera particulares (sejam pessoas físicas, associações, empresas privadas, por exemplos) somente aquelas pessoas e entes que não exercem nenhum tipo de atividade pública e não têm ligações com o Estado. Nessas relações os direitos humanos fundamentais incidem de forma diferenciada, menos enérgica, mais matizada.³²² Por outro lado, onde se caracterize a presença estatal deve haver uma eficácia mais exigente desses direitos. Segundo sua opinião, configura-se a eficácia desses direitos em relações estatais quando se apresentam no pólo passivo da relação: a) entidades que desempenham atividades estatais típicas (União, Estados, Distrito Federal, Municípios e seus poderes); b) entes que, embora com personalidade de direito privado, desempenham funções de relevantíssimo interesse público (partidos políticos, justiça desportiva); c) entes que se utilizam ou se constituem de alguma forma de bens ou recursos públicos (empresas públicas, sociedades de economia mista e suas subsidiárias, os concessionários e permisssoários de serviços públicos, bem como os serviços sociais autônomos – Sesc, Senai, Sesi -, que recebem contribuições parafiscais); d) entidades de direito privado que se utilizam de bens, recursos e serviços de agentes estatais (organizações sociais – Lei no. 9.637/98 – e entidades de apoio – Lei no. 8.958/94). Assim, onde estiver presente de alguma forma o Estado, a relação não se dá entre privados.³²³

Portanto, não podemos determinar *a priori* e de forma fechada o que se considera eficácia desses direitos perante o Estado ou os particulares. Apesar disso, os apontamentos feitos podem servir de parâmetros, de indícios, para a tomada das decisões nos casos concretos. É nos casos concretos que devemos averiguar se estamos perante um ente que detém poder estatal ou parcelas desse poder entendidas em sentido amplo, ou se estamos diante de um particular que atua despido de poder estatal ou de parcelas desse poder.

Entretanto, não podemos perder de vista ainda que, não raro, num momento de globalização neoliberal, grupos privados e empresas transnacionais muitas vezes acabam

³²¹ SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 313-315.

³²² Idem, *ibidem*, p. 314.

³²³ Idem, *ibidem*, p. 314-318. Andrade defende uma concepção em parte semelhante à sustentada por Sarmiento. Todavia, sustenta que somente devem ser considerados entes públicos para fins de eficácia dos direitos humanos fundamentais aquelas entidades (dotadas ou não de personalidade jurídica de direito público) que sejam dotadas de poder de *imperium*. No tocante aos demais entes, não dotados de poder de *imperium* (sociedades de economia mista, por exemplo), não caberia falar em vinculação a esses direitos da mesma forma que estão vinculado os poderes públicos, mas sim em vinculação como poderes sociais. ANDRADE, José Carlos Vieira de, *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, op. cit., p. 266-269.

detendo um poder de fato (político, econômico ou social) maior do que o poder de muitos Estados, o que torna problemática a afirmação de um maior grau de vinculação somente do Estado. Conforme o direito envolvido no caso e a situação que o caso concreto apresenta, também podem tornar esta afirmação prenhe de problemas. Pensemos, por exemplo, na discriminação racial na contratação de um empregado. Por que deveria haver uma eficácia do direito à igualdade de forma diferenciada perante uma empresa estatal e perante empresas particulares?

Entendemos, assim, em coincidência parcial com a linha sustentada por Sarmento, que onde estiver presente o “dedo estatal”, fato a ser averiguado no caso concreto, como já dito, a incidência dos direitos humanos fundamentais deverá ser mais contundente³²⁴. Por outro lado, sempre que estivermos perante sujeitos privados dotados de um enorme poder de fato (político, econômico ou social) equiparável ou superior ao próprio poder estatal, também se faz necessária essa vinculação mais incisiva. Essa mesma situação apresenta-se conforme o direito humano fundamental concretamente envolvido e as nuances do caso.

Estabelecidas essas linhas diretivas, é necessário analisar, de um prisma geral, a questão da eficácia dos direitos humanos fundamentais nas relações privadas.

4.3 A EFICÁCIA DOS DIREITOS HUMANOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS – ASPECTOS GERAIS

Antes de fazermos uma análise do problema da eficácia dos direitos humanos fundamentais no contrato de trabalho, faz-se necessária a abordagem de alguns aspectos gerais ligados ao assunto para que possamos descortinar alguns pontos de controvérsia. Dessa forma, assumindo o pensamento da hermenêutica dialogal de Gadamer, na qual a compreensão se dá em um processo de diálogo aberto pela estrutura da pergunta, precisamos questionar alguns temas para que possamos esclarecer certos pré-juízos necessários ao entendimento da eficácia dos direitos humanos fundamentais nas relações privadas.

³²⁴ Cabe lembrar que não raras vezes, no Brasil, tanto a administração direta como a indireta usam de contratos de trabalho para contratar seus servidores e empregados, sendo estes contratos regidos pelo Direito do Trabalho, de forma geral. Essa possibilidade se tornou ainda mais ampla após a Emenda Constitucional no. 19/1998. Assim, segundo a proposta a que aderimos com as ressalvas pertinentes, nesses contratos de trabalho a incidência dos direitos humanos fundamentais é tal qual é numa relação com o Estado, não cabendo falar em efeito diante de particulares.

4.3.1 Os direitos humanos fundamentais são originariamente contrapostos apenas ao Estado? Existe controvérsia na aplicação de todos os direitos humanos fundamentais perante os particulares?

A primeira questão que merece tratamento é a alegação de que os direitos humanos fundamentais são direitos que nasceram da tensão entre indivíduo e Estado. Segundo Lorenzetti, os direitos humanos fundamentais nasceram da tensão entre indivíduo e Estado na busca da contenção do poder. Afirmo o autor que, na sociedade moderna, a noção de poder, todavia, se expande, incluindo não só o conflito Estado-indivíduo, mas também os conflitos gerados nas relações entre grupos econômicos e indivíduos, entre maiorias e minorias e indivíduos entre si³²⁵. Lembra que hoje gigantescos grupos privados exercem um poder de fato não menos ameaçador que o poder do Estado, convertendo em pura ilusão a teórica igualdade das partes e a autonomia da vontade. Assim, segundo autor, muitas vezes o poder privado torna-se maior do que o poder do Estado e corre-se o risco de se ver arrasada a “sociedade civil” como modo de convivência juridicamente organizada³²⁶.

Em linhas gerais, é possível concordar com a análise de Lorenzetti. Conforme visto no capítulo I, realmente estamos diante do aumento geométrico do poder privado, o que implica a necessidade de expandir a aplicação dos direitos humanos fundamentais. Todavia, no que tange à afirmação de que esses direitos foram originariamente opostos somente frente ao Estado, a idéia merece esclarecimentos, pois a afirmação de que os direitos humanos fundamentais atuam apenas perante o Estado corresponde à interpretação liberal desses direitos.

É necessário, para fins de desvelar um sentido mais adequado para a questão da eficácia dos direitos humanos fundamentais, um mergulho crítico no rio da historicidade, com o que poderemos esclarecer as pré-compreensões sobre esses direitos e separar os pré-juízos autênticos dos inautênticos.

Canotilho chama a atenção para um fato importante, ou seja, de que o sentido original dos direitos do homem tal como previsto na Declaração de 1789 não era o de que tais direitos

³²⁵ LORENZETTI, Ricardo Luis. *Fundamentos do direito privado*. Tradução de Vera Maria Jacob de Fradera. São Paulo: RT, São Paulo, 1998, p. 125 e 126. STEINMETZ, Wilson, *A vinculação dos particulares a direitos fundamentais*, op. cit., p. 83-91.

³²⁶ LORENZETTI, Ricardo Luis. *Fundamentos do direito privado*. op. cit., p. 119 e 120.

somente fossem aplicados em relação ao Estado, mas também frente aos particulares. Afirma o autor:

A Declaração dos Direitos do Homem de 1789 não afirmava apenas o valor dos direitos fundamentais perante o Estado; dirigia-se também contra os privilégios da nobreza e do clero, contra posições desiguais, em virtude da classe social e poder econômico, no âmbito do direito privado (cfr., por ex., Constituição Portuguesa de 1822, arts. 12º. e 13º.). O Estado deveria, nesta perspectiva, assegurar também a liberdade no âmbito do direito privado. Só mais tarde, com a radicação da teoria liberal individualista, se alicerçaram duas idéias: (1) a função dos direitos fundamentais é a da defesa dos indivíduos perante o Estado (direitos de defesa); (2) o direito privado tem o seu próprio direito (sobretudo os códigos) separado do direito constitucional.³²⁷

Portanto, como percebemos, a concepção de uma radical separação entre sociedade e Estado, bem como o entendimento de que os direitos humanos fundamentais só seriam aplicáveis nas relações indivíduo-Estado, é fruto da concepção liberal individualista e positivista desses direitos que acabou por impor essa visão.³²⁸

Sarmento afirma que pela própria origem contratualista das teorias sobre os direitos humanos, considerados anteriores ao Estado, esses direitos eram invocáveis nas relações entre privados, pois o que justificava o poder estatal era a preservação desses direitos. A idéia de que os direitos humanos fundamentais são direitos perante o Estado e não aplicáveis nas relações privadas, portanto, é uma idéia da doutrina liberal dos direitos humanos.³²⁹

Sarlet, sobre o assunto, afirma:

Assim, recolhemos a lição de Peces-Barba, para quem a maioria das teorias contratualistas concebeu os direitos naturais como direitos dos indivíduos entre si, em face da ausência do Estado no estado de natureza, registrando, ademais, que mesmo nos primeiros textos constitucionais, em especial na Declaração de Independência Americana (1776) e Declaração Francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789), os direitos do homem são concebidos como direitos de todos, não excluindo os particulares da vinculação....³³⁰

³²⁷ CANOTILHO, J. J. Gomes, op. cit., p. 1289.

³²⁸ PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique, op. cit., p. 312-313.

³²⁹ SARMENTO, Daniel, Direitos fundamentais e relações privadas, cit., p. 27. Aliás, na p. 66, nota 153, o autor expõe o argumento de Dickson, que para defender a extensão dos direitos fundamentais às relações privadas, lembra que isso corresponde ao sentimento e à percepção populares, já que para o público em geral a questão dos direitos humanos jamais se limitou às relações de direito público.

³³⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais e direito privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais, op. cit., p. 148-149.

Por fim, recorremos a Ubillos, o qual entende que a aceitação da vinculação dos particulares aos direitos humanos fundamentais exige uma profunda revisão da concepção desses direitos vigente no chamado “Estado liberal”, concepção que está fundada na visão de uma profunda separação entre Estado e sociedade. O autor, ao postular a necessidade da extensão desses direitos às relações privadas, lembra a historicidade desses direitos e a urgência da abertura de outras possibilidades antes não pensadas no conflito entre liberdade e poder.³³¹

Percebemos, portanto, que os direitos humanos fundamentais têm uma origem mais densa e com maior espectro do que a veiculada pela teoria liberal desses direitos, a qual tradicionalmente negou a incidência desses direitos nas relações privadas³³². Cabe lembrar que os próprios motivos que nos levaram à denominação desses direitos como “direitos humanos fundamentais” têm como uma de suas pretensões dar sustentação à defesa da eficácia desses direitos nas relações privadas, por entender que não pode existir uma dupla ética nas relações das pessoas humanas em sociedade: uma em relação ao Estado e outra em relação aos particulares.

Fundamental, ainda, é termos em conta que, no processo de compreensão, existencialmente marcado pela historicidade, devemos nos resguardar da objetificação conceitual que congela os sentidos, bem como estar sempre prontos a colocar em xeque nossos pré-juízos, abrindo possibilidades de desvelar outras hipóteses de sentido. O contexto histórico em que vivemos, marcado pelo agigantamento dos poderes privados, é aspecto essencial que deve ser levado em conta para o entendimento mais adequado da questão da eficácia dos direitos humanos fundamentais nas relações privadas.

Quanto à segunda questão, ou seja, se existe controvérsia na aplicação de todos os direitos humanos fundamentais diante dos particulares, também precisamos fazer algumas precisões. O problema da eficácia dos direitos humanos fundamentais nas relações privadas só surge realmente como tema em algumas circunstâncias, pois, em outras, esses direitos são aplicados nas relações privadas sem maiores questionamentos. Por outro lado, também em

³³¹ UBILLOS, Juan María Bilbao. ¿En que medida vinculan a los particulares los derechos fundamentales?, op. cit., p. 299-300.

³³² Sobre o assunto ver, ainda, ANDRADE, José Carlos Vieira de, Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976, op. cit. p. 270-275; STEINMETZ, Wilson, A vinculação dos particulares a direitos fundamentais, op. cit., p. 65-83 e MENDES, Gilmar Ferreira. Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade – Estudos de direito constitucional. São Paulo: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1998, p. 214-217.

certas circunstâncias sequer é cabível falar de uma eficácia desses direitos em relações privadas.

Com efeito, existem determinados direitos humanos fundamentais que, sem a menor sombra de dúvida, são aplicáveis nas relações privadas, como, por exemplo, a indenização por dano moral e o direito de resposta previsto no inciso V art. 5º. da CF de 1988, ou muitos dos direitos dos trabalhadores, como, por exemplo, o gozo de férias anuais remuneradas, previsto no inciso XVII do art. 7º. da CF de 1988³³³. Por outro lado, existem direitos humanos fundamentais que são somente dirigidos ao Estado. Como exemplos, podemos citar a proibição de júízo ou tribunais de exceção e o direito do brasileiro nato de não ser extraditado, previstos, respectivamente, nos incisos XXXVII e LI, ambos do art. 5º. da CF de 1988.

Aliás, Canotilho afirma que a questão da eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas, como problema, só tem sentido em algumas hipóteses, estando em outras, já solucionado. Então aduz:

Duas observações prévias: a) o problema não se põe para os direitos fundamentais que só podem ter como sujeito passivo o Estado (assim, por ex., arts. 22º., 31º., 49º./1, 52º./2, etc.); b) o problema está resolvido, quando é a própria Constituição a reconhecer expressamente aos direitos fundamentais efeitos em relação a terceiros (ex.: arts. 37º/4, 38º./2, etc.). Por outro lado, o problema só adquire *autonomia* quando se admite terem os direitos fundamentais *eficácia imediata* em relação a terceiros.³³⁴

Como constatamos, existem casos nos quais o problema da eficácia dos direitos humanos fundamentais nas relações privadas não tem pertinência. Essa pertinência ou não, todavia, não pode ficar ligada a concepções estanques e aistóricas, visto que o processo histórico impõe a abertura de novas possibilidades de sentido. Assim, ganha importância a averiguação da melhor forma de se proteger integralmente a pessoa humana.

³³³ STEINMETZ, Wilson, A vinculação de particulares a direitos fundamentais, op. cit., p. 101.

³³⁴ CANOTILHO, J. J. Gomes, op. cit., p. 1288. Ver, também, nesse sentido, SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais e direito privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais, op. cit., p. 115-116 e SARMENTO, Daniel, Direitos fundamentais e relações privadas, op. cit., p. 8.

4.3.2 A eficácia dos direitos humanos fundamentais nas relações privadas: teorias que afirmam essa eficácia e contraposições

Podemos afirmar, com certa margem de precisão, que a negativa da eficácia dos direitos humanos fundamentais nas relações privadas é uma postura que tem ligações profundas com uma visão e interpretação liberal desses direitos. Nessa visão está pressuposta uma separação absoluta entre Estado e sociedade, cabendo, assim, ao chamado “Direito Público” resolver as relações entre indivíduo e Estado e, ao Direito Privado, resolver as relações entre particulares. Dessa forma, para essas correntes, os direitos humanos fundamentais são espaços de proteção do indivíduo perante o Estado, grande inimigo desses direitos, não havendo qualquer possibilidade de eficácia desses direitos nas relações privadas, pois deve ser mantida a autonomia individual como espaço preservado contra as ingerências estatais.

Quanto a essa postura de negativa absoluta de eficácia desses direitos nas relações privadas, podemos afirmar, também com certa margem de consenso, que foi abandonada ou mitigada.³³⁵ Superada a doutrina liberal, que negava, taxativamente, a eficácia dos direitos humanos fundamentais nas relações privadas, podemos dizer que, tradicionalmente, duas correntes disputam o sentido da chamada “eficácia ou vinculação dos particulares aos direitos humanos fundamentais”. Essas duas correntes são as teorias da eficácia direta e da eficácia indireta.

A nosso ver, são essas as duas principais teorias que disputam a questão sobre o tema. É certo que também surgiram outras teorias sobre o assunto, que, de uma maneira ou outra, acabam tomando de empréstimo e combinando argumentos das duas teorias básicas citadas. Podemos citar como exemplo a teoria dos deveres de proteção, subsidiária da teoria da eficácia indireta, segundo a qual cabe ao Estado o dever de proteção aos direitos humanos fundamentais nas relações privadas, que assim acabam atuando nessas relações através do Estado (Executivo, Legislativo ou Judiciário). Podem ser citadas, ainda, a teoria da convergência estatista (Alemanha) e a teoria da *state action* (EUA). A teoria da convergência

³³⁵ Sobre essas posturas, seu abandono ou mitigação ver, entre outros, ANDRADE, José Carlos Vieira de, op. cit., p. 271, PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique, op. cit., p. 297-298, STEINMETZ, Wilson, A vinculação dos particulares a direitos fundamentais, op. cit., p. 65, SARMENTO, Daniel, Direitos fundamentais e relações privadas, op. cit., p. 226 e s.; MENDES, Gilmar Ferreira, Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade, op. cit., p. 215, CANOTILHO, J. J. Gomes, Direito constitucional e teoria da constituição, op. cit., p. 1286 e s. e ALEXY, Robert, Teoría de los derechos fundamentales, op. cit., p. 505.

estatista nega a validade da discussão entre as teorias da eficácia imediata e mediata dos direitos humanos fundamentais nas relações privadas; segundo esta teoria, a atuação dos particulares se dá por uma permissão ou ação estatal, sendo o Estado o responsável pelas violações a esses direitos. Por outro lado, a teoria da *state action* afirma a impossibilidade de aplicação dos direitos humanos fundamentais nas relações eminentemente privadas, cabendo a aplicação desses direitos apenas nas relações em que particulares exercem funções estatais ou quando se possa imputar ao Estado a conduta de um particular que viola um direito. Por fim, podemos citar a posição de alguns que negam totalmente o interesse da discussão, posições estas já descartadas acima, pois afirmam que o problema desses direitos nas relações privadas deveria ser resolvido pelas leis civis e penais, não pelas leis de patamar constitucional³³⁶.

Iremos nos dedicar à análise e discussão das teorias da eficácia imediata e à da eficácia mediata dos direitos humanos fundamentais pelos motivos acima indicados, além de propormos uma solução diferenciada, ou seja, aquilo que podemos chamar de “eficácia imediata ponderada” dos direitos humanos fundamentais.

4.3.2.1. As teorias da eficácia mediata e imediata: considerações e questionamentos

Não é possível respondermos ao questionamento sobre a eficácia dos direitos humanos fundamentais nas relações privadas se não atentarmos para as pré-compreensões que são as condições de possibilidade de uma resposta adequada. Portanto, o esclarecimento dessas pré-compreensões passa, necessariamente, pela investigação das teorias que tratam do tema.

Canotilho afirma que existem duas correntes que tradicionalmente disputam o sentido da chamada “eficácia horizontal dos direitos fundamentais ou eficácia dos direitos fundamentais na ordem jurídica privada”: a teoria da eficácia direta e a teoria da eficácia indireta. Pela primeira, esses direitos se aplicam, obrigatória e diretamente, às relações do comércio jurídico com as entidades privadas, individuais ou coletivas. Assim, os indivíduos poderiam invocar diretamente tais direitos para regular suas relações sem a necessidade de interferência dos poderes públicos na sua regulamentação por meio de normas

³³⁶ Sobre todas essas teorias e posições ver SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais e direito privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais, op. cit., p. 120.; SARMENTO, Daniel, Direitos fundamentais e relações privadas, op. cit., p. 223; UBILLOS, Juan Maria Bilbao, op. cit., p. 308; STEINMETZ, Wilson, A vinculação dos particulares a direitos fundamentais, cit., p. 135 e s. e MENDES, Gilmar Ferreira, Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade, op. cit., p. 217

infraconstitucionais. Por sua vez, a teoria da eficácia indireta afirma que a eficácia desses direitos se dá, em primeira mão, perante o legislador, que deve regular tais direitos por meio de normas infraconstitucionais para sua aplicabilidade nas relações entre privados.³³⁷

Dessa forma, uma teoria propõe a aplicação direta desses direitos nas relações privadas, ao passo que a outra entende que não deve se dar essa aplicação diretamente, havendo a necessidade de intervenção do legislador infraconstitucional a fim de preservar a esfera privada da “colonização” constitucional.

Alexy também analisa as teorias da eficácia mediata e imediata dos direitos fundamentais nas relações privadas. Segundo o autor, a teoria da eficácia mediata tem como um dos principais defensores Dürig, tendo sido encampada pelo Tribunal Constitucional Federal Alemão. Esta teoria defende que os direitos fundamentais, enquanto direito objetivo (valores ou princípios objetivos), irradiam-se através das cláusulas gerais do direito privado, influenciando a interpretação e a aplicação do direito privado. Assim, os direitos fundamentais não são diretamente invocados perante os particulares, mas o juiz deve, de acordo com uma interpretação conforme aos direitos fundamentais, dar uma eficácia indireta desses nas relações privadas.³³⁸

Segundo Alexy, a teoria da eficácia imediata tem como seus maiores defensores Nipperdey, tendo repercussão nas decisões do Tribunal Federal do Trabalho. Seus defensores sustentam que, enquanto direitos subjetivos públicos, em sentido clássico (direitos dos cidadãos frente ao Estado), os direitos fundamentais são aplicáveis somente em face do Estado. Todavia, como direito objetivo, as normas de direitos fundamentais vinculam os particulares diretamente, ou seja, não se aplicam pela interpretação dos textos legais do direito privado, mas, sim, delas “fluyen directamente también derechos privados subjetivos del individuo”.³³⁹

Outro autor que trata do assunto é Ubillos, o qual afirma que a teoria da eficácia mediata ou indireta, na verdade, é uma solução intermediária no reconhecimento da eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas. Pela mediação de um órgão do Estado, que está vinculado objetivamente a esses direitos, esses se irradiam para as relações de direito privado como direito objetivo, seja pela intervenção do legislador infraconstitucional ao regulamentar esses direitos nas leis ordinárias, seja pelo juiz, quando da interpretação do

³³⁷ CANOTILHO, J. J. Gomes, *Direito constitucional e teoria da constituição*, op. cit., p. 1286-1287.

³³⁸ ALEXY, Robert, op. cit., p. 511-512. Para uma análise da posição dos tribunais alemães sobre o assunto, HECK, Luís Afonso. *Direitos fundamentais e sua influência no direito civil*.

³³⁹ ALEXY, Robert, op. cit., p. 512.

direito infraconstitucional. Já a teoria da eficácia imediata ou direta defende que uma grande parte dos direitos fundamentais, enquanto direitos subjetivos reforçados pelas garantias constitucionais, é diretamente aplicável nas relações privadas diante de violações a estes direitos praticadas por particulares. Assim, as normas constitucionais são diretamente invocáveis como normas de comportamento nas relações privadas.³⁴⁰

Como percebemos, ambas as teorias, seja a da eficácia mediata, seja a da eficácia imediata, defendem a eficácia dos direitos humanos fundamentais nas relações privadas, embora de forma e intensidade diversas³⁴¹. A teoria da eficácia indireta está diretamente ligada com a questão da chamada “dupla dimensão dos direitos humanos fundamentais”, ou dimensões objetiva e subjetiva desses direitos.³⁴²

Segundo a primeira dessas concepções, os direitos humanos fundamentais apresentam-se como uma ordem de valores, de princípios constitucionais que se irradiam por todo o ordenamento jurídico, alcançando tanto o direito público como o direito privado. Assim, o Estado deve não só respeitar, mas também promover tal ordem de valores e princípios. Por outro lado, tendo em vista a visão unitária do ordenamento jurídico, esses valores e princípios alcançam também a sociedade e os privados. Assim, esses direitos não podem ser pensados apenas do ponto de vista dos indivíduos, mas também da comunidade como um todo.

Um aspecto importante desta teoria é a possibilidade que traz no sentido de uma interpretação conforme à Constituição, da filtragem constitucional das normas infraconstitucionais, possibilitando a irradiação da Constituição, notadamente quanto a seus valores e princípios fundamentais, bem como dos próprios direitos humanos fundamentais por toda a ordem jurídica, considerada em sua unidade.

A ligação entre a dimensão objetiva dos direitos humanos fundamentais com a teoria da eficácia mediata desses direitos fica bem clara no famoso e controverso caso L \ddot{u} th, julgado pelo Tribunal Constitucional Alemão, em que o tribunal entendeu que a ordem de valores e

³⁴⁰ UBILLOS, Juan Maria, op. cit., p. 309-317.

³⁴¹ Sobre a eficácia das normas de direitos fundamentais nas relações privadas ver, ainda, FILHO, Nagig Slaibi. Anotações À Constituição de 1988, op. cit., p. 197-198; COUTO E SILVA, Clóvis Veríssimo do. A Obrigação Como Processo. São Paulo: José Buschatski, Editor, 1976, p. 23 e 24, LORENZETTI, Ricardo Luis. Fundamentos do direito privado, op. cit., p. 378 e 379 e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Aspectos de teoria geral dos direitos fundamentais. “In” Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais. Brasília: Brasília Jurídica, 2000, p. 169.

³⁴² Sobre referida temática ver CANOTILHO, J. J. Gomes, op. cit., p. 1256., BONAVIDES, Paulo, op. cit., p. 519; SARMENTO, Daniel, Direitos fundamentais e relações privadas, op. cit., p. 133 e SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais e direito privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais, op. cit., p. 118.

princípios consagrados na Lei Fundamental Alemã irradia por todo o ordenamento jurídico, alcançando a interpretação e concreção do direito privado.³⁴³

Já a segunda concepção entende que os direitos humanos fundamentais são, em primeira linha, direitos subjetivos das pessoas, ou seja, são reconhecidos como faculdades, como poderes atribuídos aos sujeitos ativos de tais direitos, os quais podem exigir comportamentos perante os sujeitos passivos. Assim, o que se põe de relevo é a proteção que deflui desses direitos com relação aos interesses, situação de vida, liberdades de uma pessoa encarada como sujeito de direitos.

Essa separação absoluta, a nosso ver, não faz sentido. Entendemos que essas concepções devem atuar em conjunto, com a dimensão objetiva dos direitos humanos fundamentais atuando como fortalecimento da dimensão subjetiva, tendo em conta a unidade do ordenamento jurídico. Apesar disso, pensamos que, quanto à eficácia perante os particulares, deve-se dar prevalência ao aspecto subjetivo desses direitos, para que se assegure a pessoa humana contra todos os atos de agressão aos direitos humanos fundamentais, que são reconhecidos e positivados justamente para proteger a pessoa humana.

Além disso, a que nos parece, a dimensão subjetiva dos direitos humanos fundamentais possibilita um maior espectro de proteção a esses direitos, pois não limita sua eficácia à mera irradiação pelo direito privado, que se faz necessitada do papel interventivo do Estado em nível infraconstitucional (seja através do Legislativo, ou seja do juiz na concreção dos textos infraconstitucionais), mas, sim, possibilita a aplicação direta, ainda que ponderada, desses direitos nas relações privadas.³⁴⁴

Portanto, a que nos parece, a teoria da eficácia mediata funciona como uma solução intermediária, visto que mantém os direitos humanos fundamentais destinados, em primeira mão, somente a ter como sujeito passivo o Estado, apenas sendo aplicados nas relações privadas pela mediação do legislador infraconstitucional, vinculado que está à ordem constitucional, ou pela mediação do juiz, este se utilizando de critérios interpretativos, numa espécie de “interpretação conforme aos direitos humanos fundamentais das normas infraconstitucionais de direito privado”, ou na concreção das chamadas “cláusulas gerais”, quando,

³⁴³ Sobre o caso Lüth ver, entre outros, MENDES, Gilmar Ferreira, Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade, op. cit., p. 220-221.

³⁴⁴ Além disso, cabe lembrar um argumento pragmático. Embora altamente criticável, pois impede um controle constitucional das normas infraconstitucionais, a posição do STF é no sentido de não conhecer recursos extraordinários que não estejam fundados em direta violação dos textos constitucionais. Dessa forma, teríamos uma barreira formal de acesso ao STF que poderia trancar a análise, por nossa Corte Suprema, dos efeitos irradiantes dos direitos humanos fundamentais nas relações privadas.

então, deve utilizar desses direitos como parâmetros de aplicação e concreção dessas cláusulas.

Assim, em nosso entendimento, um dos problemas dessa teoria está em seus pressupostos, o que ocasiona problemas em sua aplicação e na amplitude de seus efeitos. Com efeito, esta teoria aceita em primeira mão que os direitos humanos fundamentais somente vigoram diretamente perante o Estado, minorando a importância que têm nas relações privadas, principalmente nas relações privadas assimétricas (desigualdade de forças). Portanto, ao postular que os direitos humanos fundamentais não são diretamente invocáveis perante os particulares, a teoria enfraquece o âmbito de incidência desses direitos e o grau de proteção de que necessitam na contemporaneidade.

Dito isso, cabe-nos fazer uma breve análise sobre a teoria da eficácia imediata dos direitos humanos fundamentais. A teoria da eficácia imediata, por seu turno, aplicada em sua feição original e de forma absoluta, deixa de levar em conta uma série de circunstâncias, sobretudo o fato de que a eficácia dos direitos humanos fundamentais nas relações privadas deve ser ponderada em virtude de que nessas relações o sujeito passivo também pode ter direitos humanos fundamentais, que o Estado, de regra, não tem, os quais devem ser levados em conta na decisão³⁴⁵.

Outra questão levantada em face da teoria da eficácia imediata é que, se aplicada sem a devida ponderação, pode levar ao aniquilamento do direito privado. Nesse sentido podemos citar a opinião de Canaris, que sustenta que uma aplicação da teoria da eficácia imediata poria em risco o direito privado. Segundo o autor, a aplicação desta teoria colocaria em risco tanto o

³⁴⁵ Alexy afirma: “Actualmente se acepta, en general, que las normas iusfundamentales influyen en la relación ciudadano/ciudadano y, en este sentido, tienen un efecto en terceros o un efecto horizontal. Lo que se discute es como y en qué medida ejercen esta influencia. En la cuestión acerca de *como* las normas iusfundamentales influyen en la relación ciudadano/ciudadano, se trata de un *problema de construcción*. La cuestión acerca de *en qué medida* lo hacen formula un problema material, es decir, un *problema de colisión*. Tanto el problema de construcción como el de colisión resultan de una diferencia fundamental entre la relación Estado/ciudadano y la relación ciudadano/ciudadano. La relación Estado/ciudadano es una relación entre un titular de derecho fundamental y un no titular de derecho fundamental. En cambio, la relación ciudadano/ciudadano es una relación entre titulares de derechos fundamentales.” ALEXY, Robert, op. cit., p. 510-511. Por seu turno, Sarmiento afirma: “diversamente do Estado, que tem de ser juridicamente limitado, o indivíduo é essencialmente livre, e a sua autonomia, numa ordem democrática, constitui direito fundamental constitucionalmente protegido. Não seria aceitável sujeitar o cidadão ao mesmo regime vigente para o Estado, na qualidade de sujeito passivo dos direitos fundamentais, diante da liberdade constitucionalmente desfrutada pelo primeiro, que se apresenta como corolário inafastável da sua dignidade como pessoa humana, em oposição ao caráter intrinsecamente limitado do segundo.” SARMENTO, Daniel, Direitos fundamentais e relações privadas, op. cit., p. 5-6. Quanto a essa temática, cabe lembrar, por fim, a advertência de Andrade, para quem é perigoso estender demasiadamente os direitos humanos fundamentais às pessoas coletivas, pois essas apenas analogicamente podem ser consideradas titulares desses direitos como direitos atípicos, tanto que afirma que, nesses casos, não se trataria de verdadeiros direitos subjetivos, mas de garantias institucionais, já que os direitos humanos fundamentais têm como verdadeiro titular a pessoa humana. ANDRADE, José Carlos Vieira de, Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976, op. cit., p. 183.

direito contratual como o direito extra-contratual, que seriam substituídos pelo direito constitucional. Segundo o autor, essa teoria não leva em conta que os direitos fundamentais têm por seu destinatário direto apenas o Estado.³⁴⁶

Embora entendamos que a posição de Cannaris esteja fundada no pressuposto liberal de que a eficácia direta dos direitos humanos fundamentais se dá somente perante o Estado, não podemos desconsiderar, simplesmente, parte de sua fundamentação, ou seja, a que afirma a necessidade da preservação de um âmbito próprio do direito privado. Dessa forma, entendemos que o que podemos chamar de uma teoria da “eficácia imediata ponderada” é a melhor maneira de resolver a questão, pois, sem desconsiderar a necessidade de proteção dos direitos humanos fundamentais nas relações privadas, pode, por meio de um modelo de concreção proporcional/ponderado, descortinar os vários problemas que demandam solução para o tratamento adequado do tema em foco.

4.3.2.2 A defesa de uma “eficácia imediata ponderada”

Conforme já assinalamos, a proporcionalidade/ponderação é um existencial que se faz presente nas sociedades pluralistas e democráticas. A ponderação é o modo de ser dos Estados e das sociedades democráticas, cabendo também na questão da eficácia dos direitos humanos fundamentais nas relações privadas a consideração desse existencial.

Para Canotilho, o problema da eficácia dos direitos humanos fundamentais nas relações privadas deve ser resolvido por meio de “soluções diferenciadas”, tendo em conta a pluralidade de funções desses direitos e, ainda, tendo em conta qual o direito humano fundamental que está envolto no caso concreto. Segundo o autor, o problema dessa eficácia está inserido no âmbito da função de proteção desses direitos, que devem ser considerados princípios de ordenação objetiva, como direitos e garantias de proteção do Estado, que também alcança a ordem jurídica privada. Salienta, ainda, que, sobre uma eventual “hipertrofia” desses direitos, o que sufocaria a ordem privada, tal não se dá, pois não se

³⁴⁶ CANARIS, Claus-Wilhelm. A influência dos direitos fundamentais sobre o direito privado na Alemanha. In: Constituição, direitos fundamentais e direito privado. Ingo Wolfgang Sarlet (Organizador). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 235. Em sentido semelhante ver HESSE, Konrad. Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha, op. cit., p. 284-285.

pretende que nas relações privadas as pessoas sejam colocadas no mesmo pé de igualdade no qual devem estar nas relações com o Estado.³⁴⁷

Canotilho lembra, também, que os direitos, liberdades e garantias não protegem apenas os cidadãos em face do poder público, visto que as ordens jurídicas da liberdade de profissão e da liberdade, como exemplos, podem ser também perturbadas por forças do domínio social. Assim, a função de proteção dos direitos, liberdades e garantias não pode deixar de implicar a eficácia desses direitos no âmbito de relações privadas assimétricas, caracterizadas pela desigualdade das partes, cabendo às leis e aos tribunais, nestes casos, estabelecer normas de conduta e decisão que cumpram a função de proteção desses direitos, liberdades e garantias.³⁴⁸ Ainda, complementa Canotilho:

Em primeiro lugar, os direitos, liberdades e garantias são hoje *direitos subjectivos*, independentemente do carácter público ou privado; em segundo lugar, não se deduzem, com base em concepções imperativísticas, das normas legais. Por isso, nada impede que valham como direitos subjectivos na sua aplicação ao direito civil, se esta caracterização lhes trazer uma maior dimensão prática. Desde logo, a de fundarem o direito de acesso aos tribunais para defesa desses mesmos direitos e a de exigirem a aplicação dos princípios constitucionais materiais, como exemplo, os princípios da exigibilidade e da proporcionalidade.³⁴⁹

Sarlet também defende uma eficácia direta *prima facie* não absoluta, justamente por reconhecer que alguns dos argumentos dos que defendem a teoria da eficácia mediata, principalmente o fato de que nas relações privadas podem estar presentes titulares de direitos humanos fundamentais tanto no pólo ativo como no pólo passivo da relação, devem ser levados em conta. Assim, concorda com Canotilho na busca de soluções diferenciadas e afirma:

Com efeito, cuidando-se de relações entre titulares de direitos fundamentais, sempre se farão presentes – ponto de vista comum às teorias da eficácia direta e indireta – na esteira do que observou Alexy, conflitos ou, pelo menos, situações de tensão, que, por sua vez, reclamam soluções distintas, de acordo com o caso concreto e do (ou dos) direitos fundamentais em conflito (ou tensão), tratando-se, em última instância, de um problema de ponderação.³⁵⁰

³⁴⁷ CANOTILHO, J. J. Gomes, op. cit., p. 1289.

³⁴⁸ Idem, ibidem, p. 1293.

³⁴⁹ Idem, ibidem, p. 1295.

³⁵⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais e direito privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais, op. cit., p. 157.

Dessa forma, a eficácia imediata ponderada dos direitos humanos fundamentais nas relações privadas parece ser a melhor solução para o problema posto em foco. Defender uma eficácia imediata ponderada dos direitos humanos fundamentais nas relações privadas nada tem nada de extraordinário, como bem lembra Ubillos, partidário dessa concepção. Com efeito, lembra o autor que mesmo nas relações entre indivíduo e Estado os direitos humanos fundamentais não apresentam caráter ilimitado ou absoluto, mas estão sujeitos a limitações. Afirma que, tendo em vista o reconhecimento da autonomia e liberdade humanas, é impossível aplicar sempre o princípio da igualdade, enquanto proibição de arbítrio, nas relações privadas. Com base em L. Henkin, sustenta “a liberdade de ser irracional”, pois no âmbito estritamente privado existem comportamentos que não estão ao alcance das normas constitucionais (por exemplo, quem quero convidar para vir a uma festa em minha casa).³⁵¹

Ubillos defende a necessária ponderação na aplicação dos direitos humanos fundamentais quando nas relações entre os particulares, o que deverá ser feito segundo um juízo de ponderação/proporcionalidade dos interesses em conflito. Afirma o autor:

Descartada la hipótesis de una eficacia uniforme o indiscriminada, la clave está en la definición de los criterios que han de orientar esa compleja tarea. Habrá que determinar primero si en una determinada relación jurídico-privada rige un concreto derecho (si el derecho no puede operar en ese contexto, ahí acaba la indagación: no existe, por ejemplo, um derecho de acceso a los medios de comunicación privados) y, despejada esa incógnita, precisar, en un segundo momento, y mediante el correspondiente juicio de proporcionalidad, hasta qué punto há de ser respetado por un particular, porque sostener que un derecho fundamental está en juego en una determinada relación no significa postular que haya de prevalecer a toda costa. En caso de colisión, la ponderación es ineludible y no tiene por qué resolverse necesariamente en favor del titular del derecho fundamental.³⁵²

Nessa mesma direção vai o pensamento de Sarmento, o qual esclarece que na aplicação dos direitos humanos fundamentais nas relações privadas é a ponderação dos interesses em jogo que vai constituir o caminho da solução do problema. Segundo o autor, nessas relações podem entrar em conflito os direitos humanos fundamentais e a autonomia privada, também tutelada constitucionalmente. Dessa forma, não é possível aplicar esses direitos perante os particulares com a mesma intensidade que se aplicam nas relações com o Estado. Mesmo nas relações assimétricas com os chamados “poderes sociais”, onde, segundo o autor, a intensidade da eficácia desses direitos deve ser mais intensa, não devem ter a

³⁵¹ UBILLOS, Juan María Bilbao, op. cit., p. 332-333.

³⁵² UBILLOS, Juan María Bilbao, op. cit., p. 334-336.

mesma intensidade que nas relações com o Estado. Sustenta ainda que nas relações privadas deve ser garantida, em nome da liberdade pessoal, uma certa margem de arbítrio em determinadas circunstâncias, principalmente naquelas relações privadas ligadas às vivências afetivas. Quando, pelo contrário, entrar em conflito a autonomia privada ligada a interesses econômicos e os direitos humanos fundamentais, a eficácia desses poderá ser mais intensa.³⁵³

Diante dessas questões Ubillos, entre outros, indica dois critérios que podem ser de grande valia e que auxiliam o juiz na ponderação dos interesses em jogo diante do caso concreto quando da concreção dos direitos humanos fundamentais em relações jurídico-privadas:

Dos criterios que pueden ayudar al juez a decidir, por ejemplo, em qué medida el consentimiento del afectado excluye la inconstitucionalidad de la autorregulación privada. Em primer lugar, la capacidad de penetración de estos derechos en la esfera privada debería ser mayor cuando se detectase una relación asimétrica, análoga a la que se establece entre ciudadanos y poderes públicos. Es decir, cuando en la relación entre particulares una de las partes ostenta una posición de clara superioridad fáctica frente a la otra o cuando la propia relación jurídico-privada constituya en sí misma un “bien escaso” (Alfaro), dadas las dificultades objetivas que encuentra el particular para satisfacer los objetivos que persigue a través de una relación alternativa. Cuanto mayor sea la desigualdad de facto entre los sujetos de la relación, mayor será el margen de autonomía privada cuyo sacrificio es admisible, porque falla entonces el presupuesto o fundamento de la protección de esa autonomía. ... En segundo lugar, la incidencia de los derechos en el tráfico privado será más intensa cuando es la propia dignidad de la persona humana la que se ve directamente afectada. ...³⁵⁴

Portanto, conforme depreendemos das afirmações feitas, embora seja necessário dar um espaço para a autonomia privada, não se pode perder de vista a necessidade da tutela da

³⁵³ SARMENTO, Daniel, Direitos fundamentais e relações privadas, op. cit., p. 282, 299, 303, 307, 309 e 310.

³⁵⁴ UBILLOS, Juan María Bilbao, op. cit., p. 334. Sobre a vinculação dos particulares à dignidade humana, cabe lembrar Sarlet, que afirma: “Para além desta vinculação (na dimensão positiva e negativa) do Estado, também a ordem comunitária e, portanto, todas as entidades privadas e os particulares encontram-se diretamente vinculados pelo princípio da dignidade da pessoa humana. Com efeito, por sua natureza igualitária e por exprimir a ideia de solidariedade entre os membros da comunidade humana, o princípio da dignidade da pessoa humana vincula também no âmbito das relações entre os particulares.” SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 109-110. Ver, ainda, a posição de Bramante, que defende a eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas, chamando a atenção para o fato de que a finalidade protetora dos direitos básicos deve ter alcance universal, no mesmo nível de proteção comparável com as relações com poder público, principalmente nas áreas em que prevalecem as relações de poder assimétricas, como no vínculo empregatício, na posição do consumidor final e nas demais relações particulares que submetem o indivíduo a um vínculo de subordinação ou às instâncias decisórias privadas. BRAMANTE, Ivani Contini. Eficácia do contraditório e da ampla defesa nas relações interprivadas. Revista LTr.. Vol. 64, no. 08. São Paulo: LTr. Editora, agosto de 2000, p. 1015.

dignidade humana como princípio e valor indisponível³⁵⁵, bem como levar em conta, ainda, as chamadas “relações assimétricas” de poder nas relações privadas, quando, então, a incidência ponderada dos direitos humanos fundamentais deverá ter um grau maior de intensidade.

A questão dos poderes privados, dos poderes econômico-sociais, dos poderes de fato, aliás, ganha grande importância no momento em que vivemos. Cada vez mais, grandes grupos privados ocupam lugar de proeminência em relação aos Estados, em especial dos periféricos, impondo, de forma “oligárquica” suas leis (*lex mercatória*).³⁵⁶

Aponta Ubilos, categoricamente, a expansão do fenômeno do poder, o que torna uma ficção o entendimento de que nas relações privadas há o desfrute da liberdade pela simples proclamação do princípio da igualdade formal. Registra o autor:

³⁵⁵ O princípio da dignidade da pessoa humana expressamente agasalhado no texto constitucional brasileiro (art. 1º, inciso III, da CF de 1988) estabelece limitações à autonomia privada, mesmo de seu titular. Sarlet define a dignidade da pessoa humana: “Assim sendo, temos por dignidade da pessoa humana a *qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.*” SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988, op. cit. p. 57. Nobre Júnior, por seu turno, assinala: “Com base na sistematização de JOAQUÍN ARCE Y FLÓRES – VALDÉS, podemos, mediante as adaptações necessárias, revelar o substrato material da dignidade da pessoa humana em nossa ordem jurídica. Disso resulta que a interferência do princípio se espalha, entre nós, nos seguintes pontos: a) reverência à igualdade entre os homens (art. 5º, I, CF); b) impedimento à consideração do ser humano como objeto, degradando-se a sua condição de pessoa, a implicar a observância de prerrogativas de direito e processo penal, na limitação da autonomia da vontade e no respeito aos direitos de personalidade, entre os quais estão inseridas as restrições à manipulação genética do homem; c) garantia de um patamar existencial mínimo”. NOBRE JÚNIOR, Edílson Pereira. O Direito brasileiro e o princípio da dignidade da pessoa humana. Endereço Eletrônico www.jus.com.br. De ambas as posições, percebe-se que existe um espaço de proteção à dignidade humana que impede o próprio titular do direito de abrir mão desta esfera protetiva, ou seja, é uma esfera indisponível ao próprio titular, quanto mais a terceiros. Aliás, sobre esse assunto, ver ainda, sobre o célebre “caso do arremesso de anão” julgado pelo Conselho de Estado Francês, onde se reconhece a indisponibilidade da dignidade da pessoa humana, GOMES, Joaquim B. Barbosa. O poder de polícia e o princípio da dignidade da pessoa humana na jurisprudência francesa. Endereço Eletrônico www2.uerj.br/direito/publicacoes. Por fim, cabe citar Häberle, que afirma o caráter pré-positivo e vinculativo da dignidade humana frente a todos – Estado e sociedade – como valor fonte irrenunciável, caracterizando uma verdadeira “eficácia de irradiação” desse princípio. HÄBERLE, Peter. A dignidade humana como fundamento da comunidade estatal. “In” Dimensões da dignidade – Ensaios de filosofia do direito e direito constitucional. Ingo Wolfgang Sarlet – Organizador. Porto Alegre: Livraria do Advogado: 2005, p. 89.

³⁵⁶ Steinmetz, tratando do fenômeno do poder nas sociedades capitalistas modernas afirma: “...(re)define-se, aqui, poder como a relação entre, no mínimo, dois atores ou sujeitos (individuais ou coletivos) na qual um dos atores tem (i) a capacidade de induzir, determinar ou obrigar o outro a fazer algo, em uma determinada esfera ou âmbito de vida, que de outra forma não faria ou (ii) a capacidade de impedir, em uma determinada esfera ou âmbito de vida, que o outro faça algo que desejaria fazer. Em enunciação mais concisa, o poder é a capacidade que um sujeito tem de condicionar, restringir ou eliminar a liberdade de outrem em uma determinada esfera ou âmbito de vida. Ora, no mundo contemporâneo, o Estado não é o único sujeito capaz de condicionar, restringir ou eliminar a liberdade das pessoas (indivíduos ou grupos). Nas relações horizontais, entre particulares, também se verifica, amplamente, a capacidade de alguns sujeitos condicionarem, restringirem ou eliminarem as liberdades de outros sujeitos. STEINMETZ, Wilson, A vinculação dos particulares a direitos fundamentais, op. cit., p. 86-87.

...Hoy como ayer la realidad desmiente la existencia de una paridad jurídica en buena parte de los vínculos entablados entre sujetos privados. El Derecho privado conoce también el fenómeno de la autoridad, del poder, como capacidad de determinar o condicionar jurídicamente o de facto las decisiones de otros, de influir eficazmente en el comportamiento de otros, de imponer la propia voluntad. Basta con mirar alrededor y observar atentamente la realidad que nos rodea. Es un hecho fácilmente constatable la progresiva multiplicación de centros de poder privados y la enorme magnitud que han adquirido algunos de ellos....³⁵⁷

Aliás, Tepedino, em linha semelhante, ensina que a proteção dos direitos humanos fundamentais não mais pode ser perseguida a contento se confinada ao âmbito tradicional do chamado “Dereito Público”, sendo possível, mesmo, aduzir que as pressões do mercado, especialmente intensas na atividade econômica privada, podem favorecer uma conspícua violação à dignidade da pessoa humana, reclamando, por isso mesmo, um controle social com fundamento nos valores constitucionais.³⁵⁸

Pérez Luño, ao tratar do tema da eficácia dos direitos humanos fundamentais nas relações privadas, registra:

En cualquier caso, entiendo que la necesidad de extender la aplicación de los derechos fundamentales a las relaciones entre sujetos privados es fruto de dos argumentos básicos. El primero, que opera en el plano teórico, es corolario de la exigencia lógica de partir de la coherencia interna del ordenamiento jurídico lo que constituye, al propio tiempo, una consecuencia del principio de la seguridad jurídica. Se ha indicado, con razón, que el no admitir la eficacia de los derechos fundamentales en la esfera privada supondría reconocer una doble ética en el seno de la sociedad: la una aplicable a las relaciones entre el Estado y los particulares, la otra aplicable a las relaciones de los ciudadanos entre sí, que serían divergentes en su propia esencia y en los valores que consagran. El segundo obedece a un acuciante imperativo político del presente, en una época en la que el poder público, secular amenaza potencial contra las libertades, le ha surgido la competencia de poderes económico-sociales fácticos, en muchas ocasiones, más implacables que el propio Estado en la violación de los derechos fundamentales.³⁵⁹

³⁵⁷ UBILLOS, Juan María Bilbao, op. cit., p. 301. Sobre o fenômeno do poder privado, cabe lembrar também Capella, que afirma que o “soberano privado supra-estatal difuso” (mega-corporações e grupos privados) possui poder de natureza política, pois impõe decisões no âmbito, principalmente, da configuração econômica, o que foi favorecido pelas políticas neoliberais de enfraquecimento do Estado. CAPELLA, Juan Ramón, Fruto proibido – Uma aproximação histórico-teórica ao estudo do direito e do estado, op. cit., p. 257-258.

³⁵⁸ TEPEDINO, Gustavo. Temas de Direito Civil. Direitos Humanos e Relações Jurídicas Privadas. 2. ed. Rio de Janeiro – São Paulo: Renovar, 2001, págs. 60 e 66. Ver, também, sobre a questão do aumento do poder dos privados e a necessidade de novas posturas de proteção aos direitos humanos fundamentais, dentre elas, a eficácia desses direitos nas relações privadas, a posição de SARMENTO, Daniel, Direitos fundamentais e relações privadas, op. cit., p. 1-4.

³⁵⁹ PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique, Derechos humanos, estado de derecho y constitucion, op. cit., p. 314. Ver, também a posição de CAMPOS, Germán J. Bidart. Teoría general de los derechos humanos. Buenos Aires: Astrea, 1991, p. 12-14, 25 e 397.

Cabe ao intérprete-aplicador, portanto, tomar consciência das mudanças contextuais pelas quais passamos, nas quais o fenômeno do poder não se restringe à esfera estatal, cabendo, assim, a abertura de novos sentidos para os direitos humanos fundamentais, já que verdadeiros trunfos frente ao poder. Os intérpretes não podem ficar atrelados a uma concepção liberal dos direitos humanos fundamentais, que congelou o sentido desses direitos impedindo-os de fundar não só as relações indivíduo-Estado, mas, também, as relações entre privados.

A hermenêutica filosófica constantemente chama a atenção dos intérpretes para isso, para a responsabilidade ética e social dos intérpretes e para o seu papel de mediadores na tarefa prática, da razão prática, que sempre deve estar presente na solução dos casos jurídicos. É nesse sentido a postura de Hernández-Largo, que, ao falar da construção de uma hermenêutica jurídica sob o viés da hermenêutica filosófica, aduz:

Lo que así se reconstruye es una teoría de la razón práctica jurídica, en la que la racionalidad del discurso jurídico, la universalidad de su validez, la comprensibilidad de sus postulados y la justificación de sus conceptos y principios, estén fundados en la misma realidad óptica del ser humano social y en su ontológica apertura a los demás. En el derecho se encuentran la autoconsciencia ética del ser humano y su pretensión de construir formas posibles de convivencia con otros sujetos de igual condición y dignidad. Las situaciones conflictivas a que ese objetivo pueda dar lugar, no pueden solventarse más que introduciendo la razón circunstanciada del intérprete en la comprensión del conflicto. De ahí que las leyes sean asequibles a la razón al ser aplicadas y en referencia a las situaciones humanas desde las que se las interroga.³⁶⁰

É necessário, ainda, contextualizar o que denominamos de “autonomia privada”, já que é com esse princípio que não raras vezes os direitos humanos fundamentais terão de ser ponderados na esfera privada. Cabe afirmar que a autonomia privada, que consiste no poder conferido aos privados para conformarem (regularem) as suas relações jurídicas³⁶¹, não pode mais ser vista em sua feição liberal.

³⁶⁰ HERNÁNDEZ-LARGO, Antonio Osuna, op. cit., p. 14.

³⁶¹ ROPPO, Enzo. O contrato. Tradução de Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Livraria Almedina, 1988, p. 127 e 128; PERLINGIERI, Pietro. Perfis do direito civil – Introdução ao direito civil constitucional. 2. ed. Tradução de Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro-São Paulo: Renovar, 2002, p. 17.

Tendo como pressuposto a liberdade, a autonomia privada tem como sua expressão no campo constitucional brasileiro a livre iniciativa³⁶², prevista como valor social³⁶³ pelo inciso IV, *in fine*, do art. 1º. e no *caput* do art. 170, ambos da CF de 1988. Como observamos, a autonomia privada não pode mais ser entendida no sentido tradicional, como liberdade plena de contratar, mas, sim, como liberdade valorizada enquanto compatível com os demais princípios e regras que lhe são opostos e que lhe são limitativos, ficando evidenciada a sua proteção em especial no campo econômico, enquanto se justifique por sua função social.³⁶⁴ Além disso, a autonomia privada não é sinônimo de autonomia contratual, porque se manifesta em vários outros fenômenos jurídicos em que não há contrato. Por outro lado, como já afirmado, a dignidade humana, valor fonte no qual os direitos humanos fundamentais buscam sustentação, é limite intransponível à autonomia privada, limitando, inclusive, eventuais casos de renúncia dos próprios titulares de direitos humanos fundamentais.³⁶⁵

Essa contextualização do papel dos direitos humanos fundamentais leva-nos a concluir pela necessidade de aumento do espectro de seu alcance, devendo ser expandidos para todos

³⁶² AMARAL NETO, Francisco dos Santos. A autonomia privada como princípio fundamental da ordem jurídica. Perspectivas estrutural e funcional. Revista de Direito Civil no. 46., p. 12 e 17. No mesmo sentido NORONHA, Fernando. O Direito dos contratos e seus princípios fundamentais. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 74. Saliente-se, ainda, que a livre iniciativa, ainda mais quando qualificada como valor social, não pode ser entendida enquanto apenas livre iniciativa econômica, mas, sim, como um grau de autonomia da pessoa com respeito à sua própria liberdade, igualdade e dignidade, que tem projeção também no campo extra-patrimonial. Sobre essa perspectiva, PERLINGIERI, Pietro. Perfis do direito civil – Introdução ao direito civil constitucional, op. cit., p. 17.

³⁶³ Eros Roberto Grau, escrevendo sobre a livre iniciativa, afirma: “... Este em verdade enuncia, como fundamentos da República Federativa do Brasil, o valor social do trabalho e o valor social da livre iniciativa. Isso significa que a livre iniciativa não é tomada, enquanto fundamento da República Federativa do Brasil, como expressão individualista, mas sim no quanto expressa de socialmente valioso.” GRAU, Eros Roberto. A ordem econômica na Constituição de 1988. 7. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2002, p. 242. Quanto aos limites da livre iniciativa, cabe lembrar a lição de Lipari, que afirma: “La iniciativa económico-privada es libre”: en el reconocimiento, constitucionalmente garantizado, de una libertad de ejercicio de la iniciativa económica hay la fijación de un límite a tal ejercicio, no pudiendo actuarse con violación o, en todo caso, comprimiendo el mismo derecho de libertad atribuido a los demás sujetos. Es notorio que la coexistencia de libertades no puede por menos de traducirse en un límite a las libertades mismas. Cuál sea el límite se dice explícitamente en el propio art. 41 de la Constitución, cuando afirma que la libre iniciativa económica “no puede actuarse en contraste con la utilidad social, o de manera que comporte un daño a la seguridad, a la libertad e a la dignidad humana”. LIPARI, Nicolás. Derecho privado un ensayo para la enseñanza. Bolonia: Publicaciones del Real Colegio de España, 1980, p. 347. Embora a nossa Constituição Federal de 1988 não seja expressa nesse sentido, é por demais evidente que adota a mesma normatização.

³⁶⁴ Como afirma Judith Martins Costa: “Contemporaneamente, modificado tal panorama, a autonomia contratual não é mais vista como um fetiche impeditivo da função de adequação dos casos concretos aos princípios substanciais contidos na Constituição e às novas funções que lhe são reconhecidas. Por esta razão desloca-se o eixo da relação contratual da tutela subjetiva da vontade à tutela objetiva da confiança, diretriz indispensável para a concretização, entre outros, dos princípios da superioridade do interesse comum sobre o particular, da igualdade (em sua face positiva) e da boa fé em sua feição objetiva.” COSTA, Judith Martins. Crise e modificação da idéia de contrato no Direito brasileiro. Revista de Direito do Consumidor. n.º. 3. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 141.

³⁶⁵ Ver, além de outros já citados, ANDRADE, José Carlos Vieira de, Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976, op. cit., p. 292.

os campos do Direito, já que são trunfos na proteção da pessoa humana frente ao poder. Aliás, diante da ocupação dos espaços públicos por entes privados, o que denota o crescimento geométrico da força dos “poderes privados”, a preocupação na busca de proteção dos direitos humanos fundamentais também começa a se fazer presente no chamado Direito Internacional dos Direitos Humanos. Com efeito, alguns autores passam a defender uma extensão da proteção dos direitos humanos fundamentais também para as relações privadas.

Segundo essa postura, à qual nos filiamos, a proteção dos direitos humanos fundamentais diante do agigantamento dos poderes privados não pode mais se restringir ao campo estatal, pois também de outros centros de poder podem provir atentados e violações a estes direitos.

Afirma Cançado Trindade que as fontes de violação dos direitos humanos se diversificam, havendo a necessidade de superação da rígida distinção entre Direito Público e Direito Privado para a proteção da pessoa humana. Essa distinção rígida não resiste ao imperativo de proteção dos direitos humanos fundamentais, seja nas relações interindividuais, seja nos atentados praticados por agentes não identificados, por conglomerados econômicos, órgãos de comunicação ou outros entes não estatais. E complementa:

Só mediante o enfrentamento dos atentados perpetrados por estes agentes (não estatais) evitar-se-á que o atual paradigma de proteção se torne insuficiente e anacrônico, entendendo-se que mesmo nestas hipóteses permanece o Estado responsável por omissão, por não tomar medida positivas de proteção.³⁶⁶

O autor assinala que os Estados têm o dever de proteção dos direitos humanos de acordo com a normativa internacional por meio de medidas positivas, cabendo a responsabilização do Estado no caso de omissão dessas medidas. Aliás, lembra que mesmo o pretenso enfraquecimento do Estado e a erosão de seu poder na atualidade não podem servir de escusas nem eximem a responsabilização do Estado nos casos de não proteção dos direitos

³⁶⁶ CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto, op. cit., p. 24. Por seu turno Canotilho afirma que: “Deve notar-se que a eficácia horizontal dos direitos não se limita, hoje, à ordem estatal. Problemas semelhantes são agitados no âmbito das convenções internacionais de direitos do homem. A chamada *Drittwirking* da Convenção Europeia dos Direitos do Homem aponta precisamente para a necessidade de proteção dos direitos do homem perante a violação dos mesmos por entidades particulares.” CANOTILHO, J. J. Gomes, op. cit., p. 1290.

humanos. Essa responsabilidade por omissão, ainda que residual, subsiste mesmo no caso de violação dos direitos humanos praticados por agentes não estatais.³⁶⁷

Na mesma linha está o pensamento de Sarmento, que entende cabível a vinculação dos privados aos tratados de direitos humanos. Lembra que a Corte Européia de Direitos Humanos vem aceitando a eficácia desses direitos nas relações privadas, afirmando a doutrina das obrigações positivas do Estado, que deve proteger esses direitos nas relações privadas. O Estado, então, é garantidor desses direitos; se falhar na proteção, seja por meio do Legislador, seja do Judiciário ou do Executivo, pode ser acionado e responder perante a Corte. Essa mesma posição, segundo o autor, começa a ter adeptos também no âmbito da Corte Interamericana de Direitos Humanos.³⁶⁸

Portanto, a nosso ver, apresenta-se uma postura de expansão dos existenciais da proporcionalidade/ponderação, pois, além de servirem como limites às restrições e limitações dos direitos humanos fundamentais (aspecto negativo), também impõem uma proteção eficiente aos mesmos direitos (aspecto positivo). Com efeito, o aumento do poder dos grandes grupos empresariais, bem como uma fragilização da soberania estatal, leva a que sejam demandadas novas estratégias para a proteção dos direitos humanos fundamentais. Isso não afasta o dever de proteção dos Estados, mas, por outro lado, não vincula somente o Estado, mas também os privados, especialmente os mais poderosos.

Expostas as pré-compreensões necessárias para o entendimento do tema relativo à eficácia dos direitos humanos fundamentais nas relações privadas, cabe-nos, agora, analisar toda essa base teórica no âmbito do contrato de trabalho, principalmente no que tange aos direitos humanos fundamentais que chamaremos de “inespecíficos”, ou seja, aqueles que não se dirigem diretamente aos trabalhadores como tais, mas que são reconhecidos a todas as pessoas humanas.

4.4 OS DIREITOS HUMANOS FUNDAMENTAIS NO CONTRATO DE TRABALHO

Não é rara a aplicação dos direitos humanos fundamentais, mesmo daqueles que não são específicos dos trabalhadores, nas relações laborais. Ocorre que essa aplicação tem sido

³⁶⁷ CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto, op. cit., p. 442 e nota 71.

³⁶⁸ SARMENTO, Daniel. Direitos fundamentais e relações privadas, op. cit., p. 266-276.

feita sem uma fundamentação consistente pela jurisprudência, o que tem provocado uma série de problemas que resultam, ao cabo, na falta de efetiva proteção desses direitos.³⁶⁹ Aliás, observamos, em geral, um vazio na fundamentação/justificação das decisões que aplicam ou deixam de aplicar esses direitos nas relações laborais, não havendo maiores preocupações em enfrentar a questão da eficácia desses direitos nas relações privadas.³⁷⁰

Entretanto, a análise do problema da eficácia dos direitos humanos fundamentais no Direito do Trabalho tem uma importância prática e teórica não desprezível. Cordeiro salienta isso ao afirmar:

À importância prática soma-se uma *importância teórica* que tem passado despercebida, mas que é fundamental. Colocado em zonas de particular sensibilidade política, social e econômica e confrontado com um dinamismo que não se compadece com estruturas jurídicas anquilosadas, o Direito do trabalho constitui um importante espaço experimental para novas construções jurídicas. Temas fulcrais como os do princípio da igualdade, da projecção dos direitos fundamentais nas relações privadas, da adaptação do Direito a novas situações, do controlo das cláusulas contratuais gerais, da concretização de conceitos indeterminados, dos níveis colectivos na regulação jurídica, etc., assumem-se, frontalmente, no Direito do Trabalho, propiciando construções, instrumentos e conclusões que podem depois, com êxito, ser ensaiados noutras áreas do Direito e, designadamente, no Direito civil.³⁷¹

Ora, no campo do Direito do Trabalho colocam-se questões que têm interesse direto com o tema em foco, visto que na relação de emprego o empregado se encontra em posição de subordinação/vulnerabilidade perante o empregador, numa relação assimétrica na qual ao empregador é reconhecido o que chamamos de “poder empregatício ou poder de direção”. Essas são algumas das questões das quais vamos nos ocupar.

³⁶⁹ SARMENTO, Daniel, Direitos fundamentais e relações privadas, op. cit., p. 292-293.

³⁷⁰ Cabe lembrar, ainda, que a questão da fundamentação/justificação das decisões no Estado Democrático de Direito não é uma questão de “perfumaria”. Streck defende a postura de Dworkin que postula a responsabilidade política dos juízes e afirma: “Os juízes têm a obrigação de justificar suas decisões, porque com elas afetam os direitos fundamentais e sociais, além da relevante circunstância de que, no Estado Democrático de Direito, a adequada justificação da decisão constitui-se em direito fundamental. O sentido da obrigação de fundamentar as decisões previstas no art. 93, X, da Constituição do Brasil implica, necessariamente, a justificação dessas decisões. STRECK, Lenio Luiz, Verdade e consenso, op. cit., p. 242.

³⁷¹ CORDEIRO, António Menezes. Manual de direito do trabalho. op. cit., p. 82.

4.4.1 O contrato de trabalho: configuração e o fenômeno do poder empregatício

O contrato de trabalho dá vazão a uma relação de emprego que é uma relação jurídica obrigacional nascida do contrato e é travada e desenvolvida entre empregado e empregador, pelo qual o primeiro presta ou se obriga a prestar serviços de natureza não eventual, pessoal, remunerada e subordinada (sob dependência) ao segundo, que dirige a prestação dos serviços ou a obrigação de prestar os serviços do primeiro e remunera-o em virtude do trabalho feito e, em certas circunstâncias, pela simples obrigação de prestar trabalho. Todos esses elementos configuradores da relação de emprego encontram-se previstos nos arts. 2º, 3º e 442 da CLT.

Sem perder de vista os outros elementos citados, fulcral na configuração da relação de emprego e do contrato de trabalho é a subordinação. A doutrina dominante e tradicional entende a subordinação como hierárquica e jurídica, a qual se configura apenas quando o empregado está adstrito ao cumprimento de ordens numa organização de tipo piramidal.³⁷² Essa noção clássica de subordinação, todavia, precisa ser revista, pois nem sempre a subordinação assim se apresenta. Em outra linha, Genro afirma que a subordinação não é sempre a obediência a ordens do empregador no sentido comum do vocábulo, podendo se manifestar pela inserção do prestador de trabalho num sistema coordenado em função dos interesses do empregador, no qual os atos de trabalho do empregado não são atos de sua escolha, mas atos de integração no processo produtivo ou nos serviços exigidos pelas finalidades essenciais da empresa.³⁷³

A relação de emprego é, portanto, uma relação assimétrica, no qual a subordinação do empregado, combinada aos outros elementos acima citados, é nota primordial para sua própria configuração. Assim, se, de um lado dessa relação temos a subordinação do empregado, do outro, temos o poder de direção do empregador.³⁷⁴ Maranhão e Carvalho, por exemplo, informam que da subordinação resultam para o empregador os poderes de: a) dirigir e

³⁷² MARANHÃO, Délio e CARVALHO, Luiz Inácio B., op. cit., p. 64 e 65.

³⁷³ GENRO, Tarso. Direito individual do trabalho, op. cit., p. 99. Aliás, este tipo de subordinação integrativa do trabalhador na empresa torna-se cada vez mais comum, pois nos empreendimentos econômicos de hoje, por exemplo, para os cargos mais elevados dentro da empresa, nos casos de trabalhos prestados à distância (teletrabalho) e naqueles trabalhos prestados numa zona gris entre o trabalho autônomo e o trabalho subordinado, não há uma subordinação direta do empregado ao empregador, mas existe uma série de controles da própria engrenagem da empresa que retiram a autonomia do empregado, subordinando-o “indiretamente”, surgindo a noção de parasubordinação, que traduz esta subordinação mitigada. Nesse sentido, ver, ainda, DALLEGRAVE NETO, José Affonso. Novos contornos da relação de emprego diante dos avanços tecnológicos. Revista LTr. – maio 2003. São Paulo: LTr. Editora, p. 67-05/553. Ver, ainda, em sentido semelhante, CAMINO, Carmem. Direito individual do trabalho. op. cit., p. 85 e 86.

³⁷⁴ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. Iniciação ao direito do trabalho, op. cit., p. 164.

comandar a execução da obrigação contratual pelo empregado; b) controlar o cumprimento dessa obrigação; c) aplicar penas disciplinares (advertência, suspensão, dispensa) quando o empregado não satisfaz, devidamente, a prestação a que se obrigou, ou se comporta de modo incompatível com a confiança, que está na base do contrato.³⁷⁵

Surge, assim, a questão ligada ao chamado “poder empregatício”, que, a nosso ver, tem fundamento contratual, ou seja, é em virtude do contrato de trabalho que o empregador poderá exercer esse poder perante o empregado. O artigo 2º, *caput*, da CLT, ao definir o empregador, dispõe que ele dirige a prestação de serviços. Por outro lado, não podemos fechar os olhos ao fato de que, num regime capitalista, de livre iniciativa, mesmo que pautada pelo seu valor social (arts. 1º, inciso IV, e 170, ambos da CF de 1988), via de regra, o poder do comando da atividade econômica cabe ao proprietário ou controlador dos bens de produção.

Esse poder contratual conferido ao empregador tem várias facetas funcionais que se inter-relacionam, permitindo-lhe dirigir a prestação de trabalho do empregado e a regulamentar a forma como referida prestação laboral será realizada dentro da dinâmica da atividade do empregador (poder de comando ou direção), bem como conferindo ao empregador a possibilidade de fiscalizar a atividade laboral (poder de controle ou fiscalização). Confere, por fim, ao empregador o poder de disciplinar e punir o empregado que descumprir com as obrigações que nascem da realização do contrato (poder disciplinar ou punitivo).³⁷⁶

Assim, a própria ordem jurídica reconhece o poder empregatício, conferindo todas essas faculdades ao empregador na relação com o empregado. Entendemos, então, que é necessário interpretar a noção de poder empregatício possibilitando uma visão que insira essa manifestação de poder dentro do sistema jurídico vigente (regime democrático de Direito), considerando a ordem jurídica em seu sentido unitário, em que o exercício de qualquer poder dentro dela a tenha por fundamento e limite.

Portanto, isso nos remete ao papel que o constitucionalismo tem na preservação da própria continuidade democrática. Bolzan de Moraes chama-nos a atenção para essa questão, lembrando o papel do constitucionalismo para assegurar as “regras do jogo”, para que os “próprios jogadores” possam jogar com plena consciência das “circunstâncias, das garantias e dos riscos que envolvem tal ato”. O autor salienta o crescimento avantajado do poder privado no momento em que vivemos, bem como a substituição da política pelo mercado na tomada

³⁷⁵ MARANHÃO, Délio e CARVALHO, Luiz Inácio B, op. cit., p. 66 e 67.

³⁷⁶ DELGADO, Maurício Godinho. *O poder empregatício*. São Paulo: LTr. Editora, 1996 p. 191.

das decisões que regulam a sociedade. Diante disso, defende o papel que os direitos humanos fundamentais, que são históricos e se formulam diante das “circunstâncias sócio-histórico-políticas”, devem ter diante dessa realidade e a necessidade de torná-los efetivos.³⁷⁷

Assim, a nosso ver, é o fenômeno do poder empregatício que torna ainda mais imperiosa uma cuidadosa análise da eficácia dos direitos humanos fundamentais nas relações laborais. O fenômeno do poder privado, como já dito, é uma realidade que atinge toda a sociedade, todos os ramos do Direito e, em especial, o Direito do Trabalho, que tem ligações mais estreitas com a economia e sofre mais diretamente os efeitos das crises e das pressões do mercado que assolam as sociedades, sobretudo as mais desiguais e periféricas como a brasileira.

Ao postularmos que o poder empregatício deve ser entendido como um poder exercido de acordo e com fundamento na ordem jurídica como um todo, estamos chamando a atenção para a necessidade de proteção dos direitos humanos fundamentais nas relações de emprego, bem como de colocarmos em xeque nossos pré-juízos para que possamos compreender adequadamente esse fenômeno dentro de um Estado Democrático de Direito.

Francisco Pedro Jucá assevera o papel social e político da empresa, que decorre de ela funcionar como a organizadora da produção e do consumo, não só interpretando o imaginário e aspirações da sociedade, mas também influenciando na criação dessas, aglutinando forças e intervindo mesmo na formulação das ações do Estado-nacional, com o que fica evidente o seu poder político.³⁷⁸ Cabe-nos, todavia, aqui, fazer uma advertência. No âmbito das relações de emprego, não só as grandes empresas dispõem do poder empregatício, pois o poder empresarial é reconhecido aos empregadores em geral, aliás como decorrência do próprio regime capitalista e da conceituação de empregador, que é quem “dirige” a prestação de trabalho.

Dessa forma, diante do poder empregatício é que a questão da eficácia dos direitos humanos fundamentais na relação de emprego ganha relevo, pois, revelado o caráter de sujeição em que se encontra o empregado, resta evidenciada a necessidade de proteção desses

³⁷⁷ MORAIS, José Luis Bolzan de. Constituição ou barbárie: perspectivas constitucionais. A Constituição Concretizada – Construindo pontes com o público e o privado. Ingo Wolfgang Sarlet Organizador. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2000, p. 14-16.

³⁷⁸ JUCÁ, Francisco Pedro. Renovação do direito do trabalho - Abordagem alternativa a flexibilização. São Paulo: LTr., 2000, p. 47, 48, 53 e 54.

direitos diante do poder do empregador³⁷⁹. Todavia, isso não quer dizer que os direitos humanos fundamentais se apliquem apenas às relações assimétricas, mas, sim, como lembrou Ubillos, antes citado, devemos ter claro que o fato de uma relação ser assimétrica pela presença de um poder privado é um dado a ser levado em conta e que pesa a favor da aplicação desses direitos de forma mais intensa nas relações privadas. Assim, na ponderação entre os direitos humanos fundamentais e eventual restrição a esses aposta pela autonomia privada numa relação assimétrica, existem fortes razões para uma incidência mais intensa, mais robusta, a ser aferida no caso concreto desses direitos em confronto com dita restrição.³⁸⁰

Apontados esses aspectos, necessários para a aborgagem da questão, adentraremos agora na análise da eficácia dos direitos humanos fundamentais “inespecíficos” na relação de emprego.

4.4.2 Os direitos humanos fundamentais “inespecíficos” no contrato de trabalho

Os direitos humanos fundamentais sociais específicos dos trabalhadores, ou seja, os direitos trabalhistas, que, ao longo do processo histórico de afirmação dos direitos humanos fundamentais, foram alçados a esse patamar, são, em geral e em grande parte, sem maiores questionamentos, diretamente aplicáveis e exigíveis perante os empregadores. Direitos humanos fundamentais como a limitação da jornada de trabalho e as férias, como exemplos, aplicam-se nas relações privadas sem contestações por parte da doutrina e da jurisprudência. Resulta clara a eficácia desses direitos nas relações privadas, o que é inegável da própria formulação de sua previsão constitucional, de acordo com o resultado do processo interpretativo feito pela doutrina e pela jurisprudência. Exemplos disso são os direitos previstos no art. 7º. da CF de 1988, em geral, diretamente aplicáveis nas relações privadas.

³⁷⁹Tanto é assim que a STC 292/1993 do Tribunal Constitucional Espanhol assim dispôs: “el poder de dirección y gestión de la empresa tiene como limite infranqueable el respecto a los derechos fundamentales de los trabajadores”. ESCARTÍN, Ignacio García-Perrote, op. cit., p. 40, nota 96.

³⁸⁰Sarmento afirma: “De qualquer forma, é importante destacar que os direitos fundamentais não vinculam diretamente apenas os chamados “poderes sociais”, mas também os demais particulares, mesmo em casos de relações paritárias. De fato, mesmo em relações de tendencial igualdade, impõe-se uma proteção direta dos direitos fundamentais, sob pena de se proporcionar uma garantia incompleta à dignidade humana. ... Todavia, nestes casos, a proteção à autonomia privada há de ser mais intensa no momento da ponderação de interesses, já que não mais prevalecerá aquela presunção de que a parte mais fraca não agiu livremente, no momento em que “consentiu” com determinada restrição ao exercício de certo direito fundamental de que era titular.” SARMENTO, Daniel, Direitos fundamentais e relações privadas, op. cit., p. 306-307.

Entretanto, surgem problemas quanto à eficácia dos direitos humanos fundamentais nas relações de emprego quando fazemos a pergunta sobre se outros direitos humanos fundamentais, principalmente os que chamaremos, na senda aberta pela doutrina espanhola, de “inespecíficos”, são aplicáveis perante particulares nas relações de emprego.

A doutrina espanhola cunhou como direitos “inespecíficos” aqueles direitos humanos fundamentais que o trabalhador tem não como trabalhador, mas como pessoa humana, como cidadão que faz parte de uma determinada sociedade (liberdade de expressão, intimidade, própria imagem, devido processo legal, como exemplos). Surgem, então, questionamentos sobre a maneira como esses direitos podem ser exercidos perante o empregador e no local de trabalho³⁸¹. A questão a ser posta é aberta pela pergunta sobre se o trabalhador pode ou não ser despedido de seus direitos que lhe são reconhecidos como pessoa humana enquanto figura na posição de empregado. A questão é saber se aqueles direitos configurados como de primeira dimensão se aplicam ou não dentro da relação de emprego.

A nota a ser salientada sobre o problema é de que o empregado não perde a condição de pessoa humana, de cidadão, ao ingressar na relação de emprego, na qual necessita que os vários aspectos de sua personalidade e dignidade sejam protegidos, ou seja, não basta apenas a proteção dos seus direitos sociais, mas também importa ser tratado com dignidade e respeito.

Ora, a hermenêutica filosófica nos chama a atenção para o fato de que o sentido não é atemporal. Assim, não podemos cair na armadilha de entificarmos o sentido dos direitos humanos fundamentais e não nos darmos conta da necessidade de proteção integral desses direitos no contexto de uma sociedade que se pretende justa, livre e solidária.

O que se requer é a proteção integral da pessoa humana, às vezes mal- compreendida quando se defende a necessidade dos chamados “direitos de liberdade”, visto o falso entendimento que desses direitos se faz tanto no pensamento liberal como no pensamento socialista. Aliás, sobre o assunto, Ferrajoli sustenta o equívoco tanto dos liberais, que, equivocadamente, valorizam o direito de propriedade como direito do mesmo tipo que as liberdades, como dos marxistas, que desvalorizam as liberdades, por considerarem-nas desacreditadas como direitos “burgueses” do mesmo plano que a propriedade. O autor sustenta que os únicos direitos essenciais para o capitalismo e que não podem ser separados

³⁸¹ ESCARTÍN, Ignacio García-Perrote, op. cit., p. 37.

da economia de mercado são o direito de propriedade e a liberdade de contratar, ou seja, os direitos ligados à autonomia negocial. Assim, esclarece:

...derechos de libertad, autonomía contractual y derecho de propiedad son derechos diferentes no sólo desde el punto de vista estructural, sino también porque corresponden a sistemas sociales y políticos diferentes y en todo o caso independientes. Para empezar, los derechos de libertad no tienen nada que ver con el mercado, que puede tranquilamente prescindir de ellos, tal como se ha comprobado durante los diversos fascismos y en las diversas involuciones autoritarias de las democracias de nuestro siglo. Además estos derechos se encuentran virtualmente en conflicto no solamente con el Estado sino incluso con el mercado: no es posible alienar la propia libertad personal, al igual que no es posible vender el propio voto. Los derechos de libertad, como todos los demás derechos fundamentales, incluidos los derechos de autonomía privada, son, en efecto, inatacables e indisponibles y representan un límite no sólo frente a la política y a los poderes públicos, sino también frente al mercado y a los poderes privados.³⁸²

Estabelecer essas diferenças torna-se uma questão importante, pois, ao mesmo tempo em que se afastam pré-compreensões falsas, abre-se espaço para que percebamos a importância daquilo que já salientamos acima, ou seja, a imprescindibilidade de uma defesa integral dos direitos humanos fundamentais como estratégia para enfrentar as graves questões postas por um mundo que tem se apresentado hostil aos mais vulneráveis.

A postura adotada, ao valorizar a abordagem dos direitos de primeira dimensão, não significa a valorização apenas desses direitos, ao contrário: o que queremos demonstrar é justamente a necessidade de proteção integral dos direitos, pois a só proteção e preocupação com os direitos de segunda dimensão (sociais) na relação de emprego têm permitido a violação de direitos imprescindíveis para uma vida digna. Ora, cada vez são mais comuns as violações da intimidade, da privacidade, da liberdade de pensamento, do tratamento isonômico, do direito de defesa e do contraditório ínsitos ao devido processo legal nas relações de emprego.

Para demonstrar a importância da proteção integral dos direitos, basta citar como exemplo a possibilidade reconhecida pela ordem jurídica de aplicação de penas disciplinares pelo empregador. Nesses casos, a falta de tratamento isonômico ou a não observância de requisitos mínimos ligados ao devido processo legal e às garantias do direito de defesa e do contraditório, típicos direitos de primeira dimensão, podem afetar, no caso de uma despedida por justa causa, os direitos sociais, como o recebimento de salários, aviso prévio, férias, 40%

³⁸² FERRAJOLI, Luigi, op. cit., p. 45, 101 e 103.

sobre o FGTS, liberação do FGTS e seguro-desemprego. Portanto, a consideração da unidade e indivisibilidade dos direitos humanos fundamentais se faz premente.

Diante da questão da eficácia dos direitos humanos fundamentais “inespecíficos”, Escartín analisa a posição do Tribunal Constitucional Espanhol sobre o tema e chega a algumas conclusões. Segundo o autor, os chamados direitos “inespecíficos” são aplicáveis dentro da relação laboral em virtude da chamada “eficácia horizontal dos direitos humanos fundamentais”. Assim, esses direitos não ficam na “porta da fábrica” esperando o trabalhador sair; esses direitos são exercidos dentro da relação laboral, embora sujeitos a limitações/modulações. Essas limitações aos direitos humanos fundamentais, todavia, somente se demonstram aceitáveis se passarem por um juízo de proporcionalidade/ponderação.³⁸³

Evidencia-se, assim, a defesa de uma eficácia ponderada dos direitos humanos fundamentais de primeira dimensão nas relações de emprego. Aliás, compulsando duas decisões do Tribunal Constitucional Espanhol, fica clara a necessidade de ponderação dos interesses em jogo em casos de eficácia desses direitos nas relações laborais. Vamos nos ocupar apenas das diretrizes, dos parâmetros, que o Tribunal Constitucional Espanhol tem fixado para a solução desses casos.

Trata-se das sentenças STC 98/2000, de 10 de abril de 2000, e STC 196/2004, de 15 de novembro de 2004³⁸⁴. Na primeira (STC 98/2000) tratou-se do caso de instalação de microfones em determinados locais de uma empresa (cassino), onde já havia câmeras de vídeo. A discussão plantou-se em torno do direito à intimidade dos trabalhadores em confronto com o poder de comando do empregador. O tribunal assentou certas premissas para a decisão do caso:

- a celebração de um contrato de trabalho não implica, de modo algum, a privação para uma das partes, o trabalhador, dos direitos que a Constituição reconhece aos cidadãos (doutrina já assentada na STC 88/1985);

- o contrato de trabalho não pode considerar-se com um título legitimador de recortes no exercício dos direitos fundamentais que cabem ao trabalhador como cidadão, que não perde essa condição ao se inserir no âmbito de uma organização privada (doutrina já assentada na STC 99/1994), sendo inaceitáveis as manifestações de “feudalismo industrial” (doutrina assentada na STC 88/1985);

³⁸³ ESCARTÍN, Ignacio García-Perrote, op. cit., p. 45.

³⁸⁴ Essas sentenças podem ser conferidas no endereço eletrônico www.tribunalconstitucional.es.

- o direito à intimidade decorre da dignidade da pessoa humana, implicando a existência de um âmbito próprio e reservado frente à ação e conhecimento dos demais, de acordo com a cultura de uma determinada comunidade, tendo como objetivo manter uma qualidade mínima de vida humana (doutrina assentada já em várias sentenças, como exemplo, a STC 209/1988). O direito à intimidade, embora não seja absoluto, pois pode ceder frente a outros bens constitucionalmente protegidos e desde que para alcançar fins legítimos, só pode sofrer restrições se respeitado um juízo de proporcionalidade, bem como preservado o seu núcleo essencial (doutrina assentada em várias sentenças, como exemplo, a STC 57/1994);

- a limitação dos direitos fundamentais só é admissível na medida necessária à tutela de outros interesses constitucionalmente previstos, como as faculdades organizativas empresariais (poder empregatício), cabendo um juízo de ponderação no qual o princípio da proporcionalidade se faz presente;

- não basta a mera utilidade para a empresa a fim de justificar a restrição a um direito fundamental, pois para a restrição se mostrar legítima deve se mostrar imprescindível para a tutela dos interesses empresariais constitucionalmente legítimos.

Na segunda das decisões (STC 196/2004), tratou-se do caso da despedida de uma trabalhadora, considerada não apta ao trabalho pelo setor médico da empresa, visto ter sido flagrada em exame de urina por uso de maconha (*cannabis sativa*). Também entrou em conflito, no caso, a discussão sobre o direito à intimidade e os interesses organizativos da empresa (poder empregatício). Nessa decisão, as premissas já referidas quando da análise da STC 98/2000 foram ratificadas, razão pela qual não voltaremos a demonstrá-las, e foram assentados mais alguns parâmetros:

- o uso de exames médicos na relação laboral não pode ser um instrumento empresarial para o controle dispositivo da saúde dos trabalhadores, tampouco uma faculdade que se reconheça ao empregador para verificar a capacidade profissional ou a aptidão psicofísica de seus empregados com o propósito de seleção de pessoal ou similar, mas, sim, tem por fim a própria proteção da saúde dos trabalhadores;

- não há necessidade de intencionalidade para que a lesão a um direito fundamental possa produzir-se, pois o tribunal entende que a vulneração dos direitos fundamentais não está condicionada à ocorrência de dolo ou culpa na conduta do sujeito ativo, ou à indagação de fatores psicológicos e subjetivos de árduo controle. O elemento intencional é irrelevante,

bastando constatar um nexos de causalidade adequado entre o comportamento antijurídico e o resultado lesivo proibido pela norma (doutrina já assentada, entre outras, pela STC 225/2001);

- o ato de livre determinação que autoriza uma intervenção sobre o âmbito pessoal da intimidade do trabalhador requer que o trabalhador seja expressamente informado das provas médicas. Somente um conhecimento informado do trabalhador, com a ampla garantia de sua liberdade real de manifestação da vontade, poderia justificar a utilização dos exames pela empresa e, ainda, exclusivamente para os fins constitucionalmente legítimos e consentidos pelo trabalhador.

Como percebemos, o tribunal faz uma análise complexa dos interesses em jogo, ponderando os interesses dignos de tutela segundo um juízo de proporcionalidade/ponderação, para, só então, decidir sobre o grau de eficácia dos direitos humanos fundamentais e de suas restrições no caso concreto. A questão da eficácia dos direitos humanos fundamentais de primeira dimensão na relação de emprego, portanto, não possui uma resposta simples, pois para se tomar uma decisão adequada é preciso levar em consideração uma série de dados, entre eles o reconhecimento jurídico do poder empregatício e da autonomia privada, que envolve o direito de comando na empresa, diante de possíveis colisões com os direitos humanos fundamentais dos empregados.

Como já sustentado, as possíveis colisões e a solução das mesmas no âmbito desses direitos devem ser tratadas na ótica da ponderação, em que o princípio da proporcionalidade será de aplicação imprescindível. Numa possível colisão entre o poder patronal de determinar a forma de prestação de trabalho e o direito à imagem do empregado, por exemplo, será através da ponderação e da atuação do princípio da proporcionalidade que se poderá chegar uma solução adequada ao caso concreto. Portanto, é um modelo em que o juízo de ponderação se impõe, pois eventual restrição a um direito humano fundamental não pode implicar sua eliminação, visto o dever de preservação do seu núcleo essencial. Assim, somente diante do caso concreto e de suas circunstâncias podemos tomar uma decisão adequada ao caso.

Aliás, como estamos tratando de relações contratuais, embora assimétricas, devemos ter em conta que pode estar envolvida no juízo de proporcionalidade/ponderação a concordância do próprio afetado na restrição de seus direitos humanos fundamentais. Seria o caso do empregado que, no exercício de sua autonomia privada, tenha dado o seu assentimento para a restrição ou menoscabo a seu direito. Essa é uma questão crucial, pois não raro pode surgir este tipo de problema, ou seja, o próprio trabalhador poderia ter aberto

mão ou aceito restrições de seus direitos humanos fundamentais através de sua autonomia privada.

A concordância do afetado numa restrição aos seus direitos humanos fundamentais é um fato a ser levado em conta, como afirma Sarmento. Para o autor, nas relações privadas deve ser observado se a lesão a um direito humano fundamental tem base numa decisão heterônoma (do outro agente privado presente na relação que impõe sua autonomia) ou se está presente a concordância do afetado quanto à lesão. Assim, quando o atingido em seus direitos não participa com sua concordância para o ato de lesão, está em jogo apenas a autonomia privada da outra parte; já, quando o afetado participa com sua aquiescência, principalmente nos contratos, torna-se necessário apreciar a autonomia privada de ambas as partes. Esses aspectos devem ser apreciados na ponderação, sendo mais relevantes nas relações paritárias onde há igualdade das partes, presumindo-se a sua liberdade real. Nesses casos surge a questão da validade da renúncia aos direitos humanos fundamentais. Afirma o autor:

Sem embargo, nesta matéria, é incontroversa a existência de, no mínimo, dois limites muito claros que têm de ser respeitados: a vontade do titular do direito deve ser autenticamente livre, o que quase nunca ocorre nas relações privadas assimétricas, em que o consentimento do ofendido decorre em regra de condicionamentos heterônomos. Além disso, a renúncia ao exercício não pode importar em lesão ao princípio da dignidade da pessoa humana, nem ao núcleo essencial dos direitos fundamentais do indivíduo. Por mais livre que seja o agente, a ordem jurídica não admite que ele se submeta voluntariamente a situações que atentem contra a sua humanidade. Assim, mesmo em relações privadas paritárias e equilibradas, o livre consentimento da pessoa não legitima lesões ao núcleo essencial dos seus direitos fundamentais, nem tampouco à sua dignidade como pessoa humana, que são considerados irrenunciáveis.³⁸⁵

A simples concordância do afetado não torna legítima, por si só, a restrição ou afastamento dos direitos humanos fundamentais num caso concreto, até porque qualquer restrição a um direito humano fundamental só pode ser levada a cabo para assegurar outros interesses constitucionalmente legítimos e, ainda assim, deve passar por um juízo de proporcionalidade/ponderação, no qual deve restar preservado o núcleo essencial desses

³⁸⁵ SARMENTO, Daniel, *Direitos fundamentais e relações privadas*, op. cit., p. 311-312. Cabe citar sobre a questão a posição de Konrad Hesse. O autor, partidário de uma eficácia apenas mediata dos direitos humanos fundamentais nas relações privadas, entende que nas relações entre privados que estão em pé de igualdade a eficácia desses direitos deve ser muito cuidadosa em atenção ao princípio da autonomia privada. Todavia, quando se trata de relações assimétricas, onde o poder econômico ou social está presente, o autor entende que cabe uma eficácia mais rígida dos direitos humanos fundamentais, ou seja, cabe uma restrição maior da autonomia privada. HESSE, Konrad, *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*, op. cit., p. 285-286.

direitos. Cabe lembrar ainda, como já salientamos, que os efeitos (direitos, prerrogativas, interesses) ligados à dignidade humana são irrenunciáveis e indisponíveis, não podendo ser afastados mesmo pela vontade de seu titular.

Assentadas essas questões, é de bom tom que avaliemos como os tribunais brasileiros têm enfrentado os casos em que são invocados pelos empregados direitos humanos fundamentais de primeira dimensão para resolverem problemas surgidos nas relações de emprego.

Conforme já mencionado, os tribunais brasileiros vêm aplicando esses direitos nas relações privadas, em especial nas relações de emprego, embora, a nosso ver, sem maiores cuidados com a maneira com que essas questões são resolvidas, o que acaba por resultar num tratamento “discricionário”, no qual o juiz aplica ou deixa de aplicar esses direitos sem o esclarecimento das pré-compreensões que são pressupostos da decisão. Essa prática tem levado a uma falta total de possibilidade de controle e crítica das decisões, pois os direitos humanos fundamentais são aplicados ou deixam de ser aplicados sem, sequer, muitas vezes, o tribunal analisar a questão na ótica específica desses direitos. Assim, as decisões ganham um caráter voluntarista, tanto quando aplicam como quando deixam de aplicar esses direitos. A nosso ver, isso inibe a construção de uma doutrina mais sólida sobre o assunto, servindo como pano de fundo para melhores compreensões do assunto.

Não se trata, portanto, de crítica ao resultado de muitas das decisões que nos parecem corretas, mas, sim, à falta de desenvolvimento de uma motivação mais consistente. Para demonstrar isso, vamos fazer a análise de alguns casos julgados.

Interessante, nesse sentido, é a decisão proferida no Recurso Extraordinário no. 161.243-6 (DF), proferida pela 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal (STF) tendo como relator o Ministro Carlos Velloso. Nessa decisão, com base no princípio da igualdade, o tribunal reconheceu que se aplicavam a um trabalhador brasileiro, empregado de empresa francesa situada no Brasil, os estatutos de pessoal da empresa que concediam vantagens aos empregados franceses. Com efeito, a empresa, através do regulamento, restringia a aplicabilidade do regulamento aos empregados de nacionalidade francesa. O acórdão considerou discriminatória a cláusula do estatuto, pois a discriminação baseada em atributo,

qualidade, nota intrínseca ou extrínseca do indivíduo, como o sexo, a raça, a nacionalidade, o credo religioso etc., é inconstitucional e não pode ter qualquer aplicação válida.³⁸⁶

Portanto, houve aplicação imediata dos direitos humanos fundamentais de primeira dimensão, vedando-se o tratamento desigual com base na nacionalidade, no que, a nosso ver, andou bem a decisão para o caso. Todavia, em momento algum da fundamentação do acórdão o tribunal preocupou-se em estabelecer algum parâmetro sobre como se desenvolve a eficácia desses direitos nas relações privadas. Houve uma aplicação do princípio da igualdade tal qual se aplica frente ao Estado, sem se fazer qualquer distinção e precisão sobre o que teria levado a essa incidência de igual grau.

Em outro caso, o Tribunal Superior do Trabalho (TST) decidiu, nos Embargos em Recurso de Revista no. 217.791/95.3, proferido pela 2ª T., tendo como relator o Ministro Valdir Righetto, que a despedida procedida pela empresa de empregado portador de AIDS, embora sem haver texto legal que garantisse sua permanência na empresa, por ser discriminatória, ofendia o *caput* do art. 5º da CF de 1988 e, portanto, considerou nula referida despedida, afirmando que a norma que estabelece o princípio da isonomia alcança as relações de trabalho. Também na fundamentação do acórdão, em nenhum momento se procedeu a uma exposição de quais os parâmetros haviam sido utilizados para a referida conclusão.³⁸⁷

No Agravo Regimental no. 3427/85.1, o TST, por decisão de sua Seção Especializada em Dissídios Individuais, tendo como relator o Ministro Marco Aurélio Mendes de Farias Mello, decidiu que a despedida de empregado em virtude de sua convicção política não passava pelo crivo da Constituição, pois a liberdade política é atributo da cidadania, garantia mínima do cidadão trabalhador. Nessa decisão se determinou a nulidade da despedida pela violação de direito de primeira dimensão. A fundamentação do acórdão baseou-se na figura do abuso de direito, ou seja, o tribunal entendeu que, ao despedir o empregado em virtude de suas concepções políticas, o que é vedado constitucionalmente, o empregador teria exercido de forma anormal o seu direito potestativo de despedir. Novamente nada se discutiu sobre a eficácia ou não, e em que circunstâncias, dos direitos humanos fundamentais na relação de emprego.³⁸⁸

³⁸⁶ O acórdão citado pode ser conferido na Revista LTr., vol. 61, nº. 04, de abril de 1997, págs. 61-04/509 à 61/04/511.

³⁸⁷ O acórdão citado pode ser conferido na Revista LTr., vol. 64, nº. 04, de abril de 2000, págs. 64-04/505 à 6404/506.

³⁸⁸ O acórdão citado pode ser conferido na Revista LTr., vol. 55, nº. 08, agosto de 1991, págs. 55.08/966 à 55.08/970.

Existem várias decisões condenando empresas a indenizar e até a reintegrar seus empregados em virtude: a) de instalação de câmera em banheiro (TST - AIRR 1.507/2003); b) em razão de revista íntima (TST – RR 1540/2000); c) de imposição de castigos e constrangimentos pelo não alcance de metas de vendas (TST – AIRR 1024/2004); d) dispensa em virtude de discriminação por idade (TST – RR 462888/1998).³⁸⁹ Tendo em conta esses casos, duas conclusões podem ser tiradas.

Em primeiro lugar, comprova-se a importância da consideração integral dos direitos humanos fundamentais nas relações de emprego, ficando evidenciada a imprescindibilidade da consideração dos direitos de primeira dimensão no contrato de trabalho, bem como do *déficit* que a sua não aplicação dos mesmos implica para os trabalhadores. Em segundo lugar, em todos esses casos, embora fique evidente a aplicação desses direitos de forma direta e imediata nas relações privadas, em nenhum momento a questão da eficácia dos direitos humanos fundamentais nas relações privadas foi efetivamente debatida, o que gera um *déficit* de fundamentação que acaba por ter resultados danosos.

A nosso ver, é em razão disso que permanecem sintomas de “feudalismo empresarial” e “patrimonialismo” no Brasil, que acabam, em muitos casos, ganhando a chancela de nossos tribunais e, por outro lado, contam com uma quietude deprimente da doutrina trabalhista dominante. Os direitos humanos fundamentais merecem um tratamento mais sério, pois, afinal de contas, são os direitos básicos que legitimam o próprio ordenamento jurídico. Além disso, como adverte Gadamer, pressuposto de um ordenamento jurídico é que essa ordem seja válida para todos, o que acaba, por falta de cuidado no trato com esses direitos, não ocorrendo. Vamos analisar alguns casos que demonstram isso.

Como exemplo podemos citar a decisão proferida pelo TST no E-RR 564568/1999.2, na qual o tribunal reconheceu como legítima a punição aplicada de forma distinta a empregados que cometeram a mesma falta. Tratou-se de caso no qual vários empregados cometeram, em conjunto, fraudes dentro da empresa, estando todos diretamente implicados na questão. O tribunal reconheceu ao empregador o direito, emanado de seu poder de comando, de aplicar penas distintas aos empregados, demitindo uns por justa causa e perdoando outros. Essa distinção na aplicação das penalidades não estava ligada a aspectos relacionados a

³⁸⁹ Todas estas decisões podem ser consultadas no endereço eletrônico www.tst.gov.br.

participação de cada um na fraude, mas, sim, deveu-se a mero arbítrio do empregador, levando em conta os interesses da produção³⁹⁰.

Ora, o mesmo tribunal que invoca o princípio da igualdade para solucionar alguns casos deixa de lado este princípio fazendo preponderar os interesses empresariais em outro, sem sopesar as circunstâncias que viabilizaram ou impediram a aplicação do princípio, restando, portanto, uma aplicação arbitrária do Direito.

Outro exemplo paradigmático é a decisão tomada pelo TST no AIRR 613/2000. Nesta decisão o tribunal considerou legítima a despedida por justa causa de um empregado por ter se utilizado do correio eletrônico corporativo para enviar fotos de mulheres nuas a seus colegas. O tribunal entendeu que o empregador, no exercício de seu poder de comando e fiscalização, poderia controlar as mensagens de seus empregados. Assim, o empregador tem o direito de investigar o *e-mail* de seus empregados. O relator, Ministro Dalazen, afirmou que mesmo que o contrato de trabalho fosse omissivo na regulação sobre restrições ao uso do *e-mail*, este não poderia ser utilizado para fins moralmente censuráveis. Citou, ainda, para justificar a decisão, Lei do Reino Unido que garante ao empregador autorização para monitorar telefonemas e *e-mails* de seus empregados. Citou, ainda, o exemplo dos EUA, onde os Tribunais entendem que não existe “expectativa” de privacidade no *e-mail* fornecido pelo empregador.³⁹¹

³⁹⁰ Ver comentário sobre o referido acórdão no site do TST (www.tst.gov.br), notícias de 11 de novembro de 2004. No referido caso, o ministro Relator Rider de Brito afirmou: “Ora, faz parte do poder de comando do empregador ponderar sobre os prós e contras de manter um empregado faltoso na empresa, analisando os prejuízos que a sua ausência poderia gerar ou os benefícios de sua presença, que justificariam o perdão da falta cometida”. Aliás, esta decisão contraria a própria posição que vinha sendo sustentada pelos Tribunais Regionais do Trabalho, demonstrando uma “mudança” no sentido de valorização exclusiva e não ponderada dos “interesses da produção” frente à proteção dos direitos humanos fundamentais. Como exemplo, pode-se citar o caso julgado pelo Tribunal Regional do Trabalho da 6ª Região, no Recurso Ordinário no. 2.341/98, acórdão da 2ª T., Relatora Juíza Gisane Barbosa de Araújo, que considerou que em face do princípio da isonomia consagrado no *caput* do art. 5º da CF de 1988, correto converter a despedida por justa causa em sem justa causa de um empregado, visto que, como existia pluralidade de empregados faltosos, não tinha a empresa o direito de despedir alguns por justa causa e outros sem justa causa, tendo ficado provado que a empresa demitiu empregados envolvidos sem lhes aplicar a pena de justa causa. Saliente-se, todavia, que em momento algum, também, na fundamentação do acórdão consta qualquer motivação que trabalhe a doutrina dos direitos fundamentais. O acórdão citado pode ser conferido na Revista LTr., vol. 62, nº. 11, novembro de 1998, págs. 62-11/1535 à 62-11/1537.

³⁹¹ Como se percebe, no presente caso, a decisão afirmou uma regra geral, ou seja, o *e-mail* fornecido pelo empregador pode sempre por este ser investigado. Além disso, foi fixado que a privacidade do empregado não é levada em conta no ambiente de trabalho, pois não existe essa “expectativa” no tocante ao *e-mail*. Pergunta-se: e se o empregador sempre permitiu a utilização para questões particulares, mesmo que tacitamente, como fica a questão? Estar-se-ia, aqui, permitindo a obtenção de prova por meio ilícito (invasão do *e-mail*)? A invasão do *e-mail* para fins de obtenção de prova é um ato moralmente e juridicamente aceitável? Essas questões não foram debatidas. Assinale-se que o próprio TST, em outra decisão (RR 5300/2001), entendeu que a prova obtida por meio de escuta telefônica ilegal não poderia ser usada para aplicação de uma justa causa de despedida de uma empregada. Ambas as decisões podem ser consultadas no endereço eletrônico www.tst.gov.br.

Trazemos, ainda, a posição dominante nos tribunais trabalhistas, segundo a qual é possível a despedida por justa causa de empregado sem qualquer procedimento interno na empresa que lhe garanta o devido processo legal, o contraditório e a ampla defesa, a menos que a própria empresa tenha regulamento que preveja tal procedimento (Súmula no. 77 do TST). Aliás, sequer se considera necessária a comunicação ao empregado dos fatos concretos que lhe estão sendo imputados.

Em todos os casos citados, a nosso ver, há um *déficit* de fundamentação, pois as questões ligadas aos direitos humanos fundamentais são negligenciadas, o que importa em não levar a sério esses direitos. Mesmo quando aplicados em relações privadas, isso ocorre sem maior motivação, o que impede a consolidação do aspecto pedagógico que as decisões dos tribunais podem ter na proteção desses direitos. Assim, algumas vezes, os tribunais simplesmente desconhecem e sequer tocam no assunto e, em outras, permitem restrições a esses direitos sem qualquer filtragem por um juízo de ponderação/proporcionalidade.

Portanto, sustentamos a necessidade de um tratamento mais consistente do problema, além de ficar evidenciada a necessidade de proteção dos direitos humanos fundamentais, entendidos integralmente, nas relações de emprego. Parece-nos razoável afirmar que grande parte dos direitos humanos fundamentais que denominamos de “inespecíficos”, como o devido processo legal, englobando a ampla defesa e o contraditório, a igualdade, a liberdade de pensamento, e outros decorrentes da dignidade da pessoa humana, devem ter aplicação direta e imediata, embora ponderada nas relações privadas laborais, visto que, como direitos humanos fundamentais, os intérpretes devem lhes atribuir a maior eficácia e a interpretação mais favorável.³⁹²

As relações privadas, ao contrário do que pregou o ideário liberal e prega a sua roupagem “neo”, não é o campo da liberdade entre sujeitos iguais. Por outro lado, o Estado também não se apresenta sempre como o grande inimigo dos direitos humanos fundamentais. Não raras vezes, os direitos humanos fundamentais correm sério risco nas relações privadas e é muitas vezes, pela proteção Estatal, de acordo com a ordem jurídica considerada em sua unidade, que podem ser resguardados.

Nas relações de emprego, marcadas pela assimetria, a desconsideração dos direitos “inespecíficos” dos trabalhadores tem possibilitado violações diárias a esses direitos, rebaixando o trabalhador a um cidadão “minorado”, a uma pessoa humana de segunda classe,

³⁹² SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais, op. cit., p. 253.

que, ao chegar à “porta da empresa”, deixa vários de seus direitos humanos fundamentais pendurados atrás da porta, como se estes fossem vestimentas para serem usadas apenas da porta da empresa para fora.

Um ordenamento jurídico fundado na dignidade da pessoa humana e na prevalência dos direitos humanos, que reconhece um rol generoso de direitos humanos fundamentais, como é o caso do ordenamento constitucional brasileiro, não permite tal interpretação. Isso não significa que esses direitos não podem sofrer restrições nas relações de emprego, mas, sim, que tanto a eficácia desses direitos como eventuais restrições devem passar por um cuidadoso juízo de ponderação/proporcionalidade, preservando-se o seu núcleo essencial e os interesses mais diretamente ligados à dignidade da pessoa humana.

Portanto, é preciso colocar em xeque pré-juízos que nos cegam, não raras vezes determinados por uma tradição inautêntica (liberal-individualista), tomando consciência histórica do contexto existencial em que vivemos e, assim, preservando-nos de cairmos na tentação da objetificação do sentido dos direitos humanos fundamentais. Só assim, novos horizontes de sentido serão possíveis e, assim, os direitos humanos fundamentais podem ter uma melhor chance de efetivação.

4.4.3 Um caso exemplar: o “devido processo legal” e o poder de punir do empregador

A hermenêutica filosófica sempre nos chama a atenção para os casos exemplificativos, que acabam por fazer com que acordemos dos sonhos dogmáticos.

Como exemplo significativo de aplicação da eficácia ponderada dos direitos humanos fundamentais nas relações de emprego, cabe analisar, na ótica do “devido processo legal” – *due process of law*, o poder disciplinar reconhecido ao empregador, que pode punir os seus empregados no âmbito do contrato de trabalho.

O devido processo legal, expressamente consagrado no texto constitucional brasileiro como direito humano fundamental, é uma cláusula, um princípio fundamental que tem demonstrado uma grande capacidade de mutação ao longo do seu desenvolvimento histórico, fenômeno este que ganha realce diante de sua previsão numa Constituição de um Estado Democrático de Direito.

O nascimento da cláusula do *due process of law* está intimamente ligado a um dos textos mais lembrados quando se fala do desenvolvimento histórico dos direitos humanos fundamentais, ou seja, a Magna Carta Inglesa de 1215 (Carta Magna das Liberdades ou Concórdia entre o rei João e os Barões para outorga das liberdades da Igreja e do Reino inglês)³⁹³. Com efeito, é nesse texto que a idéia do devido processo legal aparece com força na história do desenvolvimento dos direitos humanos fundamentais, entendidos como limites contrapostos ao poder. A Magna Carta de 1215 teve um papel importantíssimo na positivação e desenvolvimento desses direitos, sendo um marco na luta contra o arbítrio dos poderes, embora, se vista num sentido puramente historicista, possa ser considerada apenas como a consagração de privilégios de determinadas “elites”.

A Magna Carta contém em seu art. 39 a idéia originária do *due process of law*, ao prever:

Nenhum homem livre será detido ou preso, nem privado de seus bens (*disseisiatur*), banido (*utlagetur*) ou exilado ou, de algum modo, prejudicado (*destruatur*), nem agiremos ou mandaremos agir contra ele, senão mediante um juízo legal de seus pares ou segundo a lei da terra (*nisi per legale iudicium parium suorum vel per legem terre*).³⁹⁴

Esse dispositivo seria fundamental para a consagração posterior dos limites do poder e para a preservação dos direitos dos “súditos”. Pérez Luño afirma que esse dispositivo da Magna Carta foi a base para o desenvolvimento posterior das liberdades dos súditos ingleses. No transcurso do tempo, as liberdades previstas na Magna Carta sofreram uma metamorfose radical, pois de “libertades en sentido exclusivo y estamental en régimen de derecho privado, pasan a ser libertades generales en el plano del derecho público...”³⁹⁵.

Em virtude de uma capacidade imensa de evolução, a idéia do devido processo legal sofreu metamorfoses e configurou-se como garantia de todos perante o poder. Hoje o devido processo legal ganha foros de princípio fundamental, de direito humano fundamental, estando

³⁹³ CANOTILHO, J. J. Gomes, Direito constitucional e teoria da constituição, op. cit. p. 492; PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique, op. cit., p. 112; COMPARATO, Fábio Konder. A afirmação histórica dos direitos humanos, op. cit., p. 80; SILVA, José Afonso da. Curso de direito constitucional positivo, p. 411; PORTANOVA, Rui. Princípios do Processo Civil. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, p. 145 e BARROSO, Luís Roberto. Interpretação e aplicação da constituição. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 218.

³⁹⁴ Conferir a redação do texto em COMPARATO, Fábio Konder, A afirmação histórica dos direitos humanos, op. cit., p. 83.

³⁹⁵ PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique, op. cit., p. 114. Em sentido semelhante, OLIVEIRA LIMA, Maria Rosynete, op. cit., p. 184.

consagrado expressamente nos arts. 8 e 10 da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, no art. 14 do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, bem como no ar. 5º, inciso LIV, da Constituição Federal de 1988.

A Constituição Federal de 1988 expressamente consagrou o devido processo legal, bem como os princípios ou sub-princípios do contraditório e da ampla defesa³⁹⁶, como direitos humanos fundamentais, expressamente reconhecendo a fundamentalidade formal e material desses princípios para o alcance de uma sociedade pluralista e democrática num Estado Democrático de Direito, que tem como um de seus princípios fundamentais a dignidade da pessoa humana (art. 1º, inciso III, da CF de 1988).

Como já afirmado, ao longo de seu desenvolvimento histórico, o princípio do devido processo legal ganhou novos contornos e novas significações, ultrapassando uma visão puramente processual, para ganhar também contornos substantivos. Assim, foram descortinados novos horizontes de sentido para esse princípio, que alteraram profundamente a sua concepção³⁹⁷. Assim, desenvolveu-se uma “dupla noção”, um “duplo viés” ou “dupla dimensão” do devido processo legal, ou seja, a procedimental e a substancial.

Como afirma Canotilho, a V e XIV Emendas à Constituição Americana permitiram uma dupla leitura do devido processo legal: por um lado, a partir dessa cláusula, para que fosse restringida a vida, a liberdade ou a propriedade se fazia necessário o “processo devido em direito”, ou seja, um processo justo definido em lei para se aplicar o direito; por outro lado, isso abriu as portas para se levantar a idéia de que o próprio processo deve ser um

³⁹⁶ Entendemos que os princípios da ampla defesa e do contraditório são verdadeiras concretizações, princípios ou sub-princípios que servem de apoio ao princípio do devido processo legal. São, assim, co-originários ao princípio do devido processo legal. Esses sub-princípios atuam como concretizações do princípio do devido processo legal, dando maior densidade em sua aplicação. Nesse sentido ver OLIVEIRA LIMA, Maria Rosynete, op. cit., p. 181.

³⁹⁷ Comparato afirma: “Mas o grande elemento revitalizador dos direitos fundamentais nos Estados Unidos tem sido, inegavelmente, a fórmula geral do necessário respeito ao *due process of law*. A jurisprudência, logo após o término da guerra civil, assentou que, além dos efeitos processuais (notadamente o direito a uma ampla defesa em todo processo-crime), a cláusula tem também um elemento substancial: toda vez que uma lei restringe ou suprime indevidamente a liberdade individual, ela viola um direito inato da pessoa, cuja proteção constitui a finalidade de toda a organização estatal.” COMPARATO, Fábio Konder, op. cit., p. 121. CANOTILHO, J. J. Gomes, op. cit., p. 493. A história do devido processo legal nos EUA, todavia, não é pacífica. A cláusula do *due process of law* serviu ao longo do tempo tanto para um aprofundamento dos chamados “direitos ou liberdades civis”, em uma postura de ativismo judicial que implicou várias decisões historicamente marcantes, como as que condenaram as políticas segregacionistas, bem como para a manutenção de uma visão conservadora e liberal clássica, como as decisões que nulificaram as políticas intervencionistas do New Deal, como a de salários mínimos. Sobre isso ver, BARROSO, Luís Roberto, Interpretação e aplicação da constituição, op. cit., p. 220 e s. e OLIVEIRA LIMA, Maria Rosynete, op. cit., p. 69.

“processo justo”, ou seja, o processo devido deve ser um processo justo de criação legal de normas jurídicas.³⁹⁸

Salienta Canotilho que assim surgem as teorias processual e substancial do devido processo legal: a primeira enfocando a idéia de que, para que uma pessoa seja privada de seus direitos, ela tem o direito de exigir que isso se faça de acordo com o processo especificado em lei; já a segunda se consubstancia na busca da idéia material de processo justo, não bastando ser apenas legal, mas legal, justo e adequado, ou seja, as autoridades legiferantes não podem, nem têm o direito de dispor arbitrariamente dos direitos das pessoas. Passa, então, o devido processo legal a ser utilizado como critério de apreciação da constitucionalidade das leis. Por fim, ambas as teorias se unificam servindo de critério de proteção dos direitos humanos fundamentais, através do *judicial review*.³⁹⁹

Essa dupla concepção do devido processo legal nem sempre é considerada na doutrina nacional, visto que os autores, muitas vezes, limitam-se a enxergar o devido processo legal apenas em sua dimensão puramente processual, sem qualquer conotação substancial, o que retira dessa cláusula sua função de parâmetro aberto e material de controle de constitucionalidade.⁴⁰⁰

De outro lado, boa parte da doutrina brasileira, principalmente a doutrina surgida após a Constituição Federal de 1988, começa a explorar as várias facetas do devido processo legal, visto já segundo um prisma constitucional, tanto no seu aspecto processual, como no seu aspecto substancial. Dessa forma, o devido processo legal surge como parâmetro material e aberto de controle da constitucionalidade dos atos normativos, tendo como diretrizes condutoras os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade.⁴⁰¹

Não podemos perder de vista que o sentido só se dá historicamente, ou seja, que a própria noção do *due process of law* é histórica, não sendo, assim, como frisa Portanova, um instrumento mecânico, mas um “processo de adaptação que inevitavelmente envolve o exercício do julgamento por àqueles a quem a Constituição confiou o desdobramento deste processo...”. Assim, o devido processo legal é um processo devido quando “se preocupa com a adequação substantiva do direito em debate, com a dignidade das partes, ...”.⁴⁰² O devido

³⁹⁸ CANOTILHO, J. J. Gomes, op. cit., p. 493.

³⁹⁹ Idem, ibidem, p. 494-495.

⁴⁰⁰ SANTOS, Ernane Fidélis. Manual de direito processual civil. Processo de conhecimento. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 37 e SILVA, José Afonso, op. cit., p. 411.

⁴⁰¹ LIMA, Maria Rosynete Oliveira, op. cit., p. 227 e 228 e BARROSO, Luís Roberto. Interpretação e aplicação da constituição, op. cit., p. 228.

⁴⁰² PORTANOVA, Rui, op. cit., p. 147.

processo legal, portanto, tem cumprido papel não só como garantia de feitiço processual, mas também, em sua faceta substancial, como parâmetro para o controle da constitucionalidade de restrições aos direitos humanos fundamentais.⁴⁰³

O Supremo Tribunal Federal tem aplicado o *due process of law* como critério de aferição de legitimidade de atos normativos, por meio do qual se aferem a razoabilidade e a proporcionalidade de medidas adotadas pelo poder público. Por esse teste busca-se apurar a compatibilidade, a adequação ou não desses atos à Constituição Federal de 1988.⁴⁰⁴

A evolução da cláusula do devido processo legal levou à consagração de uma dupla exigência para o atendimento do referido princípio, ou seja, além de um processo legalmente previsto (devido processo legal processual), também se faz necessário que esse processo seja justo, razoável e proporcional (devido processo legal substancial). Essas duas faces se integram numa unidade de sentido, as quais se concretizam através de vários pontos de apoio, sendo básicos o direito ao contraditório e à ampla defesa (de onde se concretizam uma série de direitos como: direito de ser citado e direito de tomar conhecimento da acusação; direito a um julgamento público em um prazo razoável; direito ao juiz natural; direito de produção de provas; direito à igualdade entre acusação e defesa; direito a não ser condenado em virtude de provas ilegítimas; direito de acesso ao processo etc), bem como da atuação dos princípios da proporcionalidade e razoabilidade.⁴⁰⁵

Tendo presente essas pré-compreensões, cabe-nos, agora, analisar o devido processo legal no campo da relação de emprego e sua pertinência ou não no controle do poder disciplinar do empregador.

⁴⁰³ OLIVEIRA LIMA, Maria Rosynete, op. cit., p. 180 e 187 e MARINONI, Luiz Guilherme. O direito à tutela jurisdicional efetiva na perspectiva da teoria dos direitos fundamentais. Material disponível no site www.jus.com.br, p. 19-20.

⁴⁰⁴ Nesse sentido, podem ser citadas como exemplos as decisões proferidas nas ADIn no. 1.407-2-DF, DJ de 24/11/2000 e ADIn 1.511-MC, DJ 06/06/2003, que podem ser consultadas no site www.stf.gov.br.

⁴⁰⁵ OLIVEIRA LIMA, Maria Rosynete, op. cit., p. 263, 273-274 e 289.

4.4.3.1. O poder disciplinar do empregador e o devido processo legal no contrato de trabalho

Conforme já sustentado, ao empregador é reconhecido o chamado “poder empregatício”, que tem facetas funcionais que se inter-relacionam. Vamos nos ocupar da faceta disciplinar do poder empregatício em contraste com o devido processo legal.

No Direito do Trabalho brasileiro a conformação e a forma de atuação do poder disciplinar do empregador, seus limites e condicionamentos não estão dados, em regra, nos textos legais da legislação trabalhista. A doutrina e a jurisprudência foram construindo, ao longo do tempo, alguns critérios que são utilizados como balizas para a atuação desse poder.⁴⁰⁶

Assim, foram sendo estabelecidas várias condicionantes para a atuação do poder disciplinar: a) o dever de obediência do empregado é limitado em razão da matéria (obrigações intrínsecas ou conexas ao contrato de trabalho) e em razão do tempo (vigência do contrato); b) não há punição sem culpa (*latu sensu*, englobando o dolo e a culpa *estricto sensu*); c) a pena deve ser proporcional à falta, que deve ser grave e aplicada com razoabilidade (a proporcionalidade e a razoabilidade não são, todavia, vistas na amplitude e densidade de princípios constitucionais); d) deve haver uma relação de causa e efeito entre a falta praticada e a punição aplicada (nexo etiológico); e) não se admite multa (salvo expressa previsão legal), rebaixamento ou transferência como formas de punição; f) falta não punida imediatamente é falta perdoada; g) para uma única falta só se pode aplicar uma única punição (*non bis in idem*); h) imodificabilidade ou insubstituibilidade da punição pelo Poder Judiciário (impossibilidade do juiz alterar a punição aplicada, ou seja, reconhece-a e ratifica-a ou não a reconhece e decreta sua invalidade); i) a suspensão disciplinar não pode ir além de 30 (trinta) dias. Se ultrapassar este prazo, caracteriza-se a rescisão injusta do contrato (art. 474 da CLT); j) os casos passíveis de punição são somente os previstos em lei (arts., 158, 482 e 508 da CLT, como exemplos).⁴⁰⁷

Existem, ainda, normas coletivas (acordos coletivos, convenções coletivas de trabalho, sentenças normativas), regulamentos de empresa e contratos individuais de trabalho que

⁴⁰⁶GOMES, Orlando e GOTTSCHALK, Élson, op. cit., p. 68.

⁴⁰⁷Este rol de condicionantes apresentado, com algumas diferenças, é o indicado em regra pela doutrina e aplicado pela jurisprudência. Para conferência, podem ser citados MARANHÃO, Délio e CARVALHO, Luiz Inácio B., op. cit., p. 89 e ANDRADE, Everaldo Gaspar Lopes. Direito do Trabalho – Itinerários da dominação. São Paulo: LTr., 1994, p. 171.

algumas vezes também traçam mais alguns critérios para a atuação do poder disciplinar, ficando, todavia, como se percebe, numa zona franqueada à autonomia privada (seja coletiva, seja individual).

Partindo disso é pacífico, tanto na doutrina como na jurisprudência trabalhistas, que é possível a punição do empregado pelo empregador sem qualquer procedimento interno na empresa que garanta o devido processo legal e os direitos de ampla defesa e do contraditório, a menos que a própria empresa a isso voluntariamente se tenha obrigado por meio de regulamento que preveja tal procedimento (Súmula no. 77 do TST)⁴⁰⁸, ou seja, essa obrigação não se concretiza a partir da previsão constitucional do devido processo legal.

Aliás, sequer é considerada necessária a comunicação ao empregado dos fatos concretos que lhe estão sendo imputados pelo empregador (informação sobre o conteúdo das acusações). O empregado pode ser despedido por justa causa sem tomar conhecimento dos fatos que fundamentam as acusações que estejam lhe sendo imputadas.⁴⁰⁹

Diante dessa realidade, portanto, parece-nos importante descortinar outros âmbitos do devido processo legal, mais propriamente, investigar a possibilidade de extensão de seus efeitos para as relações privadas.

Ora, punições eventualmente aplicadas pelo empregador acarretam a perda de direitos do empregado previstos como direitos humanos fundamentais sociais e podem afetar, ainda, a esfera moral do empregado. Vários direitos sociais podem deixar de ser pagos, acarretando

⁴⁰⁸ Referida Súmula no. 77 do TST prevê: "Nula é a punição de empregado se não precedida de inquérito ou sindicância internos a que se obrigou a empresa por norma regulamentar."

⁴⁰⁹ Esta postura atenta, a nosso ver, não só contra o devido processo legal, conforme abaixo será sustentado, mas atinge diretamente a dignidade da pessoa humana. Com as devidas ponderações, visto estar direcionada para o âmbito penal, cabe citar a seguinte decisão do STF: "Denúncia. Estado de direito. Direitos fundamentais. Princípio da dignidade da pessoa humana. Requisitos do art. 41 do CPP não preenchidos. A técnica da denúncia (art. 41 do Código de Processo Penal) tem merecido reflexão no plano da dogmática constitucional, associada especialmente ao direito de defesa. Denúncias genéricas, que não descrevem os fatos na sua devida conformação, não se coadunam com os postulados básicos do Estado de Direito. Violação ao princípio da dignidade da pessoa humana. Não é difícil perceber os danos que a mera existência de uma ação penal impõe ao indivíduo. Necessidade de rigor e prudência daqueles que têm o poder de iniciativa nas ações penais e daqueles que podem decidir sobre o seu curso" (HC 84.409, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJ 19/08/05). Esta decisão pode ser conferida no site www.stf.gov.br. Aliás, sobre a ligação do devido processo legal e a dignidade humana, Streck cita o pensamento de Tribe, quando esse autor afirma que o direito ao devido processo legal tem na sua base a dignidade pessoal, pois ser ouvido é parte do que significa ser pessoa. STRECK, Lenio Luiz, Verdade e consenso, op. cit., p. 20. Cumpre salientar, ainda, como nota histórica, mas de importância relevante, que o Anteprojeto de Código de Trabalho de Evaristo de Moraes Filho, apresentado em 31 de março de 1963, previa toda uma sistemática para a utilização do poder disciplinar. No art. 542, por exemplo, entre outros, previa que na aplicação da justa causa deveria o juiz observar o princípio da boa fé na execução dos contratos, sendo que, no art. 544 estabelecia a obrigatoriedade de especificação dos motivos que fundamentaram a demissão por justa causa, permitindo ao empregado a ampla defesa quanto à falta imputada.. Para mais informações sobre o referido Anteprojeto, consultar ANDRADE, Everaldo Gaspar Lopes de, op. cit., p. 174 e 175.

perdas patrimoniais ao empregado, em virtude da aplicação de uma penalidade. Como exemplo disso podemos citar os efeitos de uma suspensão disciplinar ou de uma despedida por justa causa. Uma suspensão disciplinar implica a perda de salário dos dias não trabalhados, além de afetar o repouso semanal remunerado e a contagem de tempo de serviço. Já uma despedida por justa causa priva o empregado do aviso prévio, do 13º. salário proporcional, das férias proporcionais, do FGTS, da multa de 40% sobre o FGTS e do seguro-desemprego. Além disso, os danos morais podem ser relevantes, inclusive numa simples advertência (sem efeitos patrimoniais), quanto mais numa suspensão ou despedida por justa causa (despedida por improbidade – art. 482, letra “a”, da CLT -, por exemplo).

Cabe-nos, portanto, formular duas perguntas: a) num Estado Democrático de Direito, fundado na dignidade da pessoa humana e no valor social do trabalho, entre outros valores, é legítimo o exercício de um poder sem a observância dos direitos humanos fundamentais?; b) o devido processo legal, o contraditório e a ampla defesa, como direitos e garantias fundamentais apenas se aplicam em processos onde houver a presença estatal ou se aplicam também perante poderes privados que em sua atuação possam afetar direitos?

Diante disso, precisamos investigar se o devido processo legal se constitui em direito humano fundamental diretamente aplicável no interior do contrato de trabalho, quando do exercício do poder disciplinar pelo empregador no contexto de um Estado Democrático de Direito, tal qual conformado no ordenamento jurídico brasileiro. Ora, o fato de nossa sociedade ter assumido a conformação de um Estado que tem um regime político estruturado como Democrático de Direito, deve ocasionar uma reavaliação de toda a dogmática anterior, tendo em vista a mudança da base sobre a qual se ergue o contrato social constitucional⁴¹⁰.

A democracia substancial não deve se cingir ao aspecto das escolhas estatais, mas, como regime político, deve se fazer presente em todas as relações intersubjetivas que ocorram na sociedade, principalmente onde houver relações de poder mesmo entre privados, respeitados os âmbitos recônditos das escolhas estritamente pessoais das pessoas. Nessa direção, ao tratar das transformações ocasionadas pela passagem dos modelos de Estado

⁴¹⁰ Como afirma Perlingieri, o “estudo do direito – e portanto também do direito tradicionalmente definido “privado” – não pode prescindir da análise da sociedade na sua historicidade local e universal, de maneira a permitir a individualização do papel e do significado da juridicidade na unidade e na complexidade do fenômeno social. O Direito é ciência social que precisa de cada vez maiores aberturas; necessariamente sensível a qualquer modificação da realidade, entendida na sua mais ampla acepção.” PERLINGIERI, Pietro. Perfis do direito civil – introdução ao direito civil constitucional. 2. ed. Tradução de Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro-São Paulo: Renovar, 2002, p. 1.

liberal e social para o Estado Democrático de Direito, com o seu *plus* transformador, Copetti afirma:

...Exige a concretização dos direitos humanos o cumprimento da Constituição não só pelos cidadãos componentes da população de um Estado, mas, principalmente, pelos próprios poderes públicos que têm uma função de proteção. Com isso, realizam-se no plano concreto as pretensões dos destinatários dos direitos fundamentais positivados no que se refere ao seu significado de proteção, seja em relação aos outros cidadãos, seja contra as instâncias de poder público ou privado.⁴¹¹

Os operadores do Direito devem concretizar as normas constitucionais na prática, levando em conta a realidade da vida, mas buscando alterá-la no sentido das normas constitucionais, efetivando a “força normativa da Constituição”, como bem ensinou Hesse.⁴¹²

Necessário se faz uma “filtragem constitucional” das noções antes tidas e “consagradas” sobre o poder empregatício, a fim de que esse poder se exerça não como um poder arbitrário e isolado dentro do contrato de trabalho, mas que se submeta aos ditames da ordem jurídica vigente. Afirmar que os direitos humanos fundamentais e os princípios constitucionais são limites e condicionamentos ao exercício do poder disciplinar do empregador é afirmar que o ser humano é um fim em si, não um meio, sendo dotado de dignidade, bem como que o empregado não deixa de ser cidadão ao adentrar no “chão-da-fábrica”.

Vemos nessa visão um profundo compromisso ético que o pensamento hermenêutico postula ao chamar a atenção dos intérpretes para a responsabilidade social de sua prática. Como afirma Rohden:

É inerente à hermenêutica filosófica a responsabilidade com os caminhos de uma sociedade ao afirmar que não há ciência, linguagem, conhecimentos “puros”, “objetivos”. Estes estão comprometidos, no tempo e no espaço, com uma determinada posição ético-política. Cabe à hermenêutica explicitar os “compromissos” existentes e repensar o projeto implícito que os condiciona e os determina, o que pressupõe uma concepção ética.⁴¹³

⁴¹¹ COPETTI, André, A jurisprudencialização da constituição no estado democrático de direito, op. cit., p. 27.

⁴¹² HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991, p. 24.

⁴¹³ ROHDEN, Luiz, op. cit., p. 190.

Em nossa opinião, as posturas que simplesmente negam ou aplicam *ad hoc* os princípios constitucionais e os direitos humanos fundamentais inerentes ao Estado Democrático de Direito, tal qual construído em nossa sociedade e nossa Constituição Federal de 1988, explicitam compromissos ético-jurídicos estranhos ao novo paradigma constitucional e humanitário. Essas posturas acabam por impor sua subjetividade, que não raras vezes se apresenta prenhe de ideários ligados ao positivismo liberal e a uma concepção do Estado e da ordem jurídica que não têm qualquer compromisso com a transformação social, em clara oposição à concepção do Estado Democrático de Direito.

Embora não dando destaque ao devido processo legal, mas aos sub-princípios do contraditório e da ampla defesa, Bramante entende que o inciso LV do art. 5º da CF de 1988, ao tratar do direito à defesa, sugere que há dois destinatários desse direito, ou seja, aos litigantes em processo judicial e administrativo e aos “acusados em geral”. Assim, o direito de defesa dos litigantes está vinculado ao processo judicial e administrativo, e o direito de defesa dos acusados em geral não está associado ao processo e é referido de modo indeterminado. Assim, conclui que a Constituição estabeleceu que o direito à defesa não socorre o cidadão apenas quando litiga com o Estado ou perante o Estado em processo judicial ou administrativo, mas também que a Constituição pôs o cidadão a recato quando confrontado com o arbítrio de outras instâncias de poder, cujos atos sejam dotados de cogência suficiente para submetê-lo unilateralmente a seus desígnios. Afirma, ainda, que, no tocante ao direito à defesa, houve uma mudança substancial quanto ao seu alcance. A Constituição Federal anterior remetia à lei a missão de assegurar aos acusados a ampla defesa, o que levou a jurisprudência a uma interpretação restritiva no sentido de que a garantia à defesa dependia da lei e os meios e recursos da defesa seriam aqueles previstos em lei. Todavia, na Constituição Federal de 1988 houve uma mudança nessa atitude, pois foi eliminada do texto a referência à lei para o exercício da ampla defesa, o que tornou essa norma “auto-executável”, dispensando a *interpositio legislatoris* e, portanto, não autorizando uma negação do direito, tampouco, comportando a espera de normas reguladoras procedimentais para o exercício do direito.⁴¹⁴

O STF já se manifestou sobre a questão no âmbito de relações privadas marcadas pela igualdade, o que justifica ainda mais o questionamento aqui feito no tocante às relações marcadas pela assimetria, como ocorre nas relações de emprego.

⁴¹⁴ BRAMANTE, Ivani Contini. Eficácia do contraditório e da ampla defesa nas relações interprivadas. Revista LTr. vol. 64, nº. 08. São Paulo: LTr., agosto de 2000, p. 1009 a 1016.

No acórdão proferido no RE – 158.215-4-RS, tendo como relator o Ministro Marco Aurélio, DJ 7.6.1996, p. 19.830, o STF reconheceu a nulidade de punição aplicada em relação privada em virtude de não ter sido assegurada a oportunidade de defesa. A ementa do acórdão está assim vazada:

Defesa – Devido Processo Legal – Inciso LV do Rol das Garantias Constitucionais – Exame Legislação Comum. A intangibilidade do preceito constitucional assegurador do devido processo legal direciona ao exame da legislação comum. Daí a insubsistência da óptica segundo a qual a violência à Carta Política da República, suficiente a ensejar o conhecimento de extraordinário, há que ser direta e frontal. Caso a caso, compete ao Supremo Tribunal Federal exercer o crivo sobre a matéria, distinguindo os recursos protelatórios daquelas em que versada, com procedência, a transgressão a texto constitucional, muito embora torne-se necessário, até mesmo, partir-se do que previsto na legislação comum. Entendimento diverso implica relegar à inocuidade dois princípios básicos em um Estado Democrático de Direito – o da legalidade e do devido processo legal, com a garantia da ampla defesa, sempre a pressuporem a consideração de normas estritamente legais. Cooperativa – Exclusão de Associado - Caráter Punitivo – Devido Processo Legal. Na hipótese de exclusão de associado decorrente de conduta contrária aos estatutos, impõe-se a observância ao devido processo legal, viabilizando o exercício ampla da defesa. Simples desafio do associado à assembléia geral, no que toca à exclusão, não é de molde a atrair a adoção de processo sumário. Observância obrigatória do próprio estatuto da cooperativa.⁴¹⁵

Também pode ser citado o acórdão do STF no AI 346.501-AgR/SP, tendo como relator o Ministro Sepúlveda Pertence, DJ de 25.02.2005, com a seguinte ementa:

EMENTA: 1. Agravo regimental: necessidade de impugnação da motivação da decisão agravada e de modo convincente (RISTF, art. 317, § 1º): precedentes. 2. Cooperativa: exclusão de cooperado: imposição de observância do devido processo legal: precedente (RE 158.215, Marco Aurélio, 2º T., DJ 7.6.1996). 3. Recurso extraordinário: descabimento: a invocação do artigo 5º, XVIII, da Constituição, relativo à liberdade de criação e à autonomia de funcionamento de associações e cooperativas, não afasta o fundamento do acórdão recorrido referente à inobservância dos princípios constitucionais da ampla defesa, do contraditório e do devido processo legal, verificada à luz de normas estatutárias: incidência das Súmulas no. 283 e 254.⁴¹⁶

Por fim, paradigmático é o acórdão proferido pelo STF no RE no. 201819-8, tendo como relator para o acórdão o Ministro Gilmar Mendes, julgado em 11/10/2005, pois nele, ao

⁴¹⁵ Este acórdão pode ser conferido em BRAMANTE, Ivani Contini, op. cit., p. 1015, bem como no site www.stf.gov.br.

⁴¹⁶ Este acórdão pode ser conferido no site www.stf.gov.br.

contrário de uma tendência à omissão no debate da questão da eficácia dos direitos humanos fundamentais nas relações privadas, já criticada, o tema é enfrentado.⁴¹⁷

No referido acórdão o STF negou provimento a um recurso extraordinário no qual se pedia a reforma de decisão na qual o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, pela aplicação do disposto no inciso LV do art. 5º. da CF de 1988 (direitos de ampla defesa e do contraditório), invalidara a punição aplicada por uma entidade privada (sociedade civil) a um de seus membros, visto não terem sido garantidos o amplo direito de defesa e o direito ao contraditório. A entidade recorreu para o STF de referida decisão. A relatora, Ministra Ellen Gracie, em seu voto deu provimento ao recurso entendendo que o dispositivo constitucional citado não tinha aplicação ao caso, pois totalmente descabida a aplicação do art. 5º, LV, da CF de 1988 a uma entidade privada. Esse voto foi acompanhado pelo voto do Ministro Carlos Velloso. Houve pedido de vista do Ministro Gilmar Mendes, que votou pela manutenção da decisão do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro; acompanhou Gilmar Mendes o Ministro Joaquim Barbosa. Em 11/10/2005, após o voto do Ministro Celso de Mello, foi desacolhido o recurso extraordinário e mantido o acórdão do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, tendo sido designado como relator do acórdão o Ministro Gilmar Mendes.

Em seu voto, o Ministro Gilmar Mendes fez as seguintes considerações:

⁴¹⁷ Este acórdão pode ser conferido no site www.stf.gov.br.

O tema versado nos presentes autos tem dado ensejo a uma relevante discussão doutrinária e jurisprudencial na Europa e nos Estados Unidos. Valho-me aqui de estudo por mim realizado constante da obra - Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade - Estudos de Direito Constitucional-, sob o título -Eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas - (...). Assim, ainda que se não possa cogitar de vinculação direta do cidadão aos direitos fundamentais, podem esses direitos legitimar limitações à autonomia privada seja no plano da legislação, seja no plano da Interpretação. É preciso acentuar que, diferentemente do que ocorre na relação direta entre o Estado e o cidadão, na qual a pretensão outorgada ao indivíduo limita a ação do Poder Público, a eficácia mediata dos direitos fundamentais refere-se primariamente a uma relação privada entre cidadãos, de modo que o reconhecimento do direito de alguém implica o sacrifício de faculdades reconhecidas a outrem. Em outros termos, a eficácia mediata dos direitos está freqüentemente relacionada com um caso de colisão de direitos. A posição jurídica de um indivíduo em face de outro somente pode prevalecer na medida em que se reconhece a prevalência de determinados interesses sobre outros. (...) Essas considerações parecem fornecer diretrizes mais ou menos seguras e, até certa parte, amplas, para a aplicação do direito de defesa no caso de exclusão de associados. Todavia, afigura-se-me decisivo no caso em apreço, tal como destacado, a singular situação da entidade associativa, integrante do sistema ECAD, que, como se viu na ADI nº 2.054-DF, exerce uma atividade essencial na cobrança de direitos autorais, que poderia até configurar um serviço público por delegação legislativa. Esse caráter público ou geral da atividade parece decisivo aqui para legitimar a aplicação direta dos direitos fundamentais concernentes ao devido processo legal, ao contraditório e à ampla defesa (art. 5º, LIV e LV, da CF) ao processo de exclusão de sócio de entidade. Estando convencido, portanto, de que as particularidades do caso concreto legitimam a aplicabilidade dos direitos fundamentais referidos já pelo caráter público - ainda que não estatal - desempenhado pela entidade, peço vênha para divergir, parcialmente, da tese apresentada pela Eminente Relatora. Voto, portanto, pelo conhecimento do recurso e, no mérito, pelo seu desprovimento.⁴¹⁸

O Ministro Celso de Mello, em seu voto no referido acórdão, é, a nosso ver, mais firme na postura de extensão dos direitos humanos fundamentais nas relações privadas, razão pela qual, apesar da extensão, faz-se interessante a citação de sua posição. Consta do voto:

... O exame da controvérsia suscitada nesta sede recursal extraordinária faz instaurar instigante discussão em torno de tema impregnado do mais alto relevo constitucional, consistente na análise da eficácia horizontal dos direitos fundamentais nas relações entre particulares,

...

O acórdão objeto do presente recurso extraordinário, ao assinalar que o estatuto das liberdades públicas (enquanto complexo de poderes, de direitos e de garantias) não se restringe à esfera das relações verticais entre o Estado e o indivíduo, mas também incide sobre o domínio em que se processam as relações de caráter meramente privado, reconheceu que os direitos fundamentais projetam-se, por igual, numa perspectiva de ordem estritamente horizontal.

...

⁴¹⁸ O voto pode ser conferido no site www.stf.gov.br, bem como *site* www.estadao.br, no link consultor jurídico, notícias de 11/10/2005.

Essa mesma reflexão sobre o tema é também compartilhada com WILSON STEINMETZ (“A Vinculação dos Particulares a Direitos Fundamentais”, p. 295, 2004, Malheiros), cujo magistério põe em destaque a significativa importância de estender-se, ao plano das relações de direito privado estabelecidas entre particulares, a cláusula de proteção das liberdades e garantias constitucionais, cuja incidência – como já referido no início deste voto – não se resume, apenas, no âmbito das relações verticais entre os indivíduos, de um lado, e o Estado, de outro:

“No marco normativo da CF, direitos fundamentais – exceto aqueles cujos sujeitos destinatários (sujeitos passivos ou obrigados) são exclusivamente os poderes públicos – vinculam os particulares. Essa vinculação se impõe com fundamento no princípio da supremacia da Constituição, no postulado da unidade material do ordenamento jurídico, na dimensão objetiva dos direitos fundamentais, no princípio constitucional da dignidade da pessoa (CF, art. 1º, III), no princípio constitucional da solidariedade (CF, art. 3º, I) e no princípio da aplicabilidade imediata dos direitos e das garantias fundamentais (CF, art. 5º, §1º).”(grifei)

É por essa razão que a autonomia privada – que encontra claras limitações de ordem jurídica – não pode ser exercida em detrimento ou com desrespeito aos direitos e garantias de terceiros, especialmente aqueles positivados em sede constitucional, pois a autonomia da vontade não confere aos particulares, no domínio de sua incidência e atuação, o poder de transgredir ou de ignorar as restrições postas e definidas pela própria Constituição, cuja eficácia e força normativa também se impõem, aos particulares, no âmbito de suas relações privadas, em tema de liberdades fundamentais.

...

Concluo, pois, presentes as razões expostas, no sentido de reconhecer, Senhores Ministros, que assiste, ao associado, no procedimento de sua expulsão referente à entidade civil de que seja membro integrante, a prerrogativa indisponível de ver respeitada a garantia do contraditório e da plenitude de defesa, com os meios e recursos a ela inerentes, consoante prescreve, em cláusula mandatária, a Constituição da República, em seu art. 5º, inciso LV, não obstante se trate, como no caso, de ato praticado na esfera e sob a égide de uma típica relação de ordem jurídico-privada.⁴¹⁹

O acórdão é paradigmático porque rompe com um silêncio de anos da jurisprudência brasileira sobre o tema relativo à eficácia dos direitos humanos fundamentais nas relações privadas, não porque esses direitos não tenham sido tantas vezes aplicados, mas, sim, por buscar uma motivação consistente na aplicação desses direitos nas relações privadas. Portanto, doutrina e jurisprudência têm aberto outros horizontes na aplicação do devido processo legal, estendendo sua aplicação para casos nos quais, mesmo no interior de relações privadas, uma das partes, em virtude da “cogência” e “auto-executividade” de seus atos, possa atingir a esfera jurídica de outrem.

No campo do poder disciplinar do empregador, por ser a relação de total assimetria, os argumentos apontados são ainda mais cogentes. Não se pode perder de vista que é dado ao empregador imputar uma conduta reprovável a um empregado, bem como em virtude disso

⁴¹⁹ O voto pode ser conferido no *site* www.stf.gov.br, bem como *site* www.estadao.br, no link consultor jurídico, notícias de 11/10/2005.

julgar e impor sua despedida por justa causa com uma série de conseqüências jurídicas, tanto de ordem patrimonial como moral, que são imediatamente desencadeadas com a despedida por justa causa, o que configura a auto-executoriedade da medida adotada pelo empregador.

Tanto a dimensão substancial como a processual da cláusula do devido processo legal podem ser invocadas em tais casos. Não é razoável nem proporcional que direitos humanos fundamentais (tanto morais como patrimoniais) possam ser atingidos por uma decisão unilateral do empregador sem um procedimento prévio justo. Por outro lado, a falta de qualquer procedimento para a aplicação de penalidades importa em desconsiderar totalmente aspectos processuais do devido processo legal, como seja, o contraditório, a ampla defesa e a informação dos fatos imputados.

Com relação ao devido processo legal no âmbito da relação de emprego, é oportuno lembrar a decisão do STF no julgamento da ADIMC – no. 1.480-3 - DF, em 25/09/96, tendo como relator o Ministro Celso de Mello⁴²⁰. Tratou-se do julgamento relativo à constitucionalidade da Convenção no. 158 da OIT, aprovada pelo Brasil através do Decreto Legislativo no. 68, de 16/09/92, promulgada pelo Decreto no. 1.855, de 10/04/96 e denunciada pelo Decreto de no. 2.100, de 20/12/96.

Nessa ação o STF considerou inconstitucional a referida Convenção na parte em que previa estabilidade no emprego de forma geral aos empregados, pois entendeu que essa parte da Convenção contrariava o art. 7º, I, da CF de 1988. O que nos importa, todavia, é a posição adotada no tocante à interpretação do art. 7º. da Convenção, considerado constitucional, o qual dispõe:

Art. 7º. – Não deverá ser terminada a relação de trabalho de um trabalhador por motivos relacionados com seu comportamento ou seu desempenho antes de se dar ao mesmo a possibilidade de se defender das acusações feitas contra ele, a menos que não seja possível pedir ao empregador, razoavelmente, que lhe conceda esta possibilidade.

Como percebemos, o artigo dispõe sobre o devido processo legal em casos relacionados ao comportamento ou desempenho do empregado que possam levar à extinção do contrato de trabalho. Ao analisar o dispositivo, o Ministro Relator Celso de Mello salientou alguns pontos que nos parecem cruciais:

⁴²⁰ Esta decisão pode ser conferida no site www.stf.gov.br.

... A Convenção n. 158/OIT, de outro lado, enuncia em seu Artigo 7º, um princípio de fundamental importância, destinado a permitir que o empregado tenha ciência das causas que lhe são imputadas pelo empregador e de cuja comprovação poderá resultar ulterior ruptura do contrato individual de trabalho. ... O reconhecimento, em favor do empregado, da possibilidade de pronunciar-se, previamente, sobre a falta que lhe é imputada – e de cuja prática pode derivar a ruptura unilateral do contrato de trabalho – impõe-se, enquanto providência compatível com os princípios gerais de Direito, como medida indispensável à formalização desse ato revestido de gravíssimas conseqüências no plano jurídico e social.

O Ministro Sepúlveda Pertence, em seu voto, concordou com o relator e afirmou que os “... arts. 7º, 8º e 9º. da Convenção são garantias processuais, o primeiro extrajudicial e os dois últimos judiciais, plenamente harmônicos com as múltiplas garantias do *due process of law*, da Constituição Federal. ...”. Por seu turno, o Ministro Carlos Velloso afirmou em seu voto: “... O artigo 7º. consagra medida salutar, que se relaciona com o devido processo legal inscrito no art. 5º., LV, da C.F. É dizer, ao empregado é concedido o direito de defesa, ou a possibilidade de se defender. ...”. Portanto, o próprio Supremo não anteviu nada de novo no dispositivo da Convenção no. 158, pois entendeu que esse já fazia parte de nosso ordenamento jurídico de base constitucional.

Percebemos na não aplicação dos direitos humanos fundamentais de primeira dimensão nas relações de trabalho, como é o caso do devido processo legal, é uma postura de total falta de questionamento dos sentidos que podem ser abertos com a instauração de uma ordem jurídica democrática, que não se cinge às relações Estado-indivíduo, mas que também normatiza as relações sociais como um todo. A nosso ver, essa postura está marcada por um conceitualismo dogmático que impede que os intérpretes se dêem conta de que o fenômeno jurídico se mostra e se vela ao longo da história. Cabe aos intérpretes, portanto, tomar consciência histórica e dirigir as perguntas adequadas para colocar à luz esses entes, tornando possível o esclarecimento de pré-juízos inautênticos e fazendo possível a abertura de sentidos mais adequados.

Portanto, parece razoável concluir que é obrigatória a observância do devido processo legal para que o empregador possa punir um empregado no interior do contrato de trabalho, mesmo sem legislação infraconstitucional que regule a matéria. Todavia, a aplicação desse direito não pode ser de tal forma que não leve em conta aspectos ligados à situação e aos sujeitos envolvidos, o que envolve um juízo de proporcionalidade/ponderação dos interesses e das circunstâncias do caso, como se denota da própria redação dada ao art. 7º. da Convenção

no. 158 da OIT (proibição de excesso), bem como não pode deixar de proteger o empregado (proibição de proteção deficiente).

Não é possível, por exemplo, exigir de um empresário individual, que tenha apenas um empregado, que no exercício de seu poder punitivo viabilize um procedimento complexo, com uma ampla possibilidade de recursos processuais e probatórios para o empregado. Por outro lado, nada impede que se exija numa situação dessas que seja o empregador obrigado a comunicar ao empregado os motivos da punição e ouvi-lo sobre a mesma. Por outro lado, no caso de uma grande empresa, não vemos motivo para que não se exija um procedimento mais complexo, com direito a ser informado sobre a acusação, de manifestar-se sobre a mesma, de produzir provas e de ter a decisão proferida por uma comissão, por exemplo.

Com isso, desvela-se mais uma aplicação para o devido processo legal, aliás, já entreaberta pela doutrina e pela jurisprudência, ou seja, estender seus efeitos para dentro do contrato de trabalho. Com efeito, diante da posição de superioridade em que se encontra o empregador e pela possibilidade que tem de aplicar punições ao empregado, não se justifica, salvo em hipóteses extremas (sumiço do empregado, por exemplo), que as punições sejam aplicadas sem a observância de um procedimento mínimo que garanta ao empregado as concretizações básicas do devido processo legal.

É evidente que seria salutar que medidas legais infraconstitucionais fossem editadas para estabelecerem um procedimento adequado para a aplicação de punições no contrato de trabalho. Todavia, isso não impede que o juiz concretize nos casos concretos, a partir do princípio, da cláusula, do direito humano fundamental ao *due process of law*, certos mecanismos que garantam ao empregado a efetiva concretização desse direito, sob pena nulidade da punição aplicada.

5 CONCLUSÃO

O trabalho realizado demonstrou a necessária vinculação entre o estudo do Direito e do Direito do Trabalho, em especial, com a história. A tomada de consciência da historicidade que marca o fenômeno jurídico é condição de possibilidade para o enfrentamento mais adequado dos problemas jurídicos.

O trabalho humano, ao longo do tempo, manifestou-se de várias formas e em cada fase existiu uma diferente maneira de regulamentá-lo. Para os fins específicos do Direito do Trabalho é a Revolução Industrial que constitui o processo necessário para o seu surgimento. Numa sociedade capitalista de signo liberal, com sujeitos de fato oprimidos e desiguais, mas juridicamente considerados plenamente livres e iguais, a exploração do homem pelo homem, por meio do contrato em sua feição clássica, ganha contornos gritantes.

Os trabalhadores, unidos pelas condições péssimas de vida em torno de ideais comuns, forçam o Estado a intervir, solapando as bases do Estado liberal clássico e levando a que haja a regulamentação do trabalho e o reconhecimento de alguns direitos básicos. Toda essa pressão social e política, combinada a outros fatores, conduz, com o passar do tempo, à criação do chamado Estado de bem estar social.

Esse processo de intervenção estatal nas relações de trabalho ocorreu, em primeiro lugar, nos países mais desenvolvidos e onde existia uma classe trabalhadora mais forte e organizada. Nos países desenvolvidos o trabalho passa a ter regulamentação estatal já a partir da primeira metade do século XIX, ao passo que, nos países periféricos, como é o caso do Brasil, o trabalho era ainda prestado, basicamente, no regime escravo, e os trabalhadores “livres” tinham suas relações estabelecidas em regime muito próximo ao feudal.

No Brasil, a abolição da escravatura e o avanço interno do capitalismo impõem mudanças econômicas e sociais e, então, abre-se espaço para a estruturação de novas relações de trabalho, aparecendo uma classe obreira reivindicativa. O Estado brasileiro, então, começa a intervir nas relações de trabalho, regulamentando-as. Por outro lado, à pressão interna pela regulamentação do trabalho vem a ser somada a pressão internacional, imposta pelos países desenvolvidos que queriam que os custos do trabalho fossem universalizados.

O nascimento do Direito do Trabalho no Brasil é, assim, marcado por pressões internas dos trabalhadores e por pressões internacionais. Essa regulamentação, basicamente

em sede infraconstitucional, é bastante intensa, principalmente no campo do Direito Individual do Trabalho. Com a Constituição Federal de 1988 os direitos dos trabalhadores são alçados, de forma generosa e nunca antes vista, ao rol dos direitos fundamentais e ganham, assim, um papel de maior relevo no ordenamento jurídico interno. Todavia, em contraposição a esta evolução protetiva dos direitos dos trabalhadores, surgem movimentos globais, que apontam em outra direção.

O mundo do trabalho é atingido por alterações econômicas, políticas e sociais que têm causado um impacto gigantesco nas condições de vida daqueles que vivem do trabalho. A globalização sob a feição neoliberal tem provocado um processo de corrosão das estruturas políticas e jurídicas, privilegiando os aspectos econômicos da produção ligados aos interesses do capitalismo transnacional em contraste com a possibilidade de uma globalização civilizatória fundada nos direitos humanos.

Com as crises do petróleo que desencadearam uma crise financeira nos Estados de bem estar social, dá-se vazão ao aparecimento no plano do receituário político/econômico da visão neoliberal, que se transforma numa espécie de pensamento único, principalmente após o colapso do campo soviético e o fim da Guerra Fria, e impõe políticas que não privilegiam o trabalho, mas, sim, o acúmulo cada vez maior de capital. O receituário da globalização neoliberal postula, em nível geral, a diminuição do espaço público e o enfraquecimento dos Estados nacionais. Assim, o espaço público é tomado pelos entes privados, o que ocasiona um aumento geométrico do seu poder econômico/político. Além disso, mais especificamente no campo do trabalho, são estabelecidas políticas de desregulamentação e flexibilização dos direitos humanos sociais.

Como dito, com a globalização neoliberal os Estados nacionais perdem força (não de forma simétrica, mas proporcional ao seu poderio econômico e militar) sendo colocado em xeque o conceito moderno de Estado como Estado soberano. Tanto é assim que surge no plano político um novo sujeito internacional, um “soberano privado supra-estatal e difuso”, formado pelas mega-corporações transnacionais e que, agindo por meio de instâncias interestatais como o FMI, o Banco Mundial e o G-7, impõe suas diretrizes e seu direito (*lex mercatória*) aos Estados nacionais permeáveis, que integram essas diretivas em seus ordenamentos jurídicos internos. Há um crescimento imenso do poder privado em contraponto com o esvaecimento do poder público tradicionalmente representado pelos Estados nacionais. Isso não significa dizer, todavia, que desaparece o poder estatal, mas, sim, que a globalização neoliberal quer o Estado fraco para não poder se contrapor aos seus

desideratos, mas forte o suficiente para impor, em nível interno aos seus nacionais, as diretrizes do neoliberalismo, ou seja, o fortalecimento da propriedade privada e dos contratos no seu sentido liberal, favorecendo o acúmulo de capital.

No campo do trabalho esses fenômenos são potencializados por uma forte reestruturação produtiva e o aparecimento de novas formas de produção, marcadas pela flexibilidade, pelas revoluções tecnológica e organizacional e por um aumento gritante das formas precarizadas de prestação de trabalho.

A globalização neoliberal gera desemprego, visto que seus objetivos não estão voltados para a criação de empregos e prega a flexibilização dos direitos dos trabalhadores como receita para a geração de empregos. A flexibilização das relações de trabalho é assim proposta para a solução do grave problema do desemprego. É a resposta neoliberal para um problema criado pelo neoliberalismo e suas políticas econômico/sociais.

Por outro lado, além do grave problema do desemprego, os trabalhadores que estão ativos no mercado de trabalho enfrentam, em nível global, a violação sistemática de sua dignidade, daqueles direitos humanos fundamentais que chamamos de “inespecíficos”. Não se trata aqui de questões de puro viés econômico, mas, sim, daquelas ligadas aos chamados “direitos humanos fundamentais de primeira dimensão” (liberdade de expressão e pensamento, privacidade, devido processo legal, intimidade), que são constantemente violados no ambiente de trabalho, configurando manifestações de “feudalismo empresarial”.

Na análise específica da flexibilização dos direitos dos trabalhadores e da precarização das relações laborais, analisamos esses fenômenos em dois enfoques diversos: um no plano da conveniência e outro no plano da legitimidade.

No plano da conveniência analisamos se o seguimento do receituário neoliberal realmente gera os empregos alardeados, argumento retórico que funciona como sua tentativa de legitimação. Constatamos que os dados apontam para uma resposta negativa. As experiências de flexibilização não têm mostrado aumento de empregos, mas, sim, mais desemprego, caindo por terra o argumento na ótica da conveniência. No plano da legitimidade, nossa análise se centrou no questionamento voltado a saber se as medidas flexibilizadoras se coadunam com o Estado Democrático de Direito Brasileiro (plano interno), bem como com uma perspectiva de globalização dos direitos humanos (plano externo), perspectivas essas que não se excluem, mas se complementam.

No plano interno, entendemos que, apesar do enfraquecimento do poder estatal, o Estado Democrático de Direito fundado no Brasil com a CF de 1988 apresenta-se como fundamental para a defesa dos direitos humanos fundamentais. Aliás, entendemos que as políticas flexibilizantes não se coadunam com os princípios fundamentais do Estado Democrático de Direito. Nessa forma estatal, marcada pela prevalência dos direitos humanos fundamentais em sua visão integral, bem como pela sua diretriz de transformação social, as políticas neoliberais flexibilizantes não encontram guarida, sendo marcadas, em regra, pela ilegitimidade constitucional.

No plano externo, em virtude do enfraquecimento das fronteiras estatais, bem como das mudanças organizacionais e tecnológicas das empresas que possibilitam o *dumping social* (seletividade na escolha de onde produzir), faz-se necessário uma outra globalização. Essa globalização, a que denominamos “civilizatória”, é a globalização fundada nos direitos humanos fundamentais. Postulamos, dessa forma, a necessidade de construção de um sistema global de defesa dos direitos humanos fundamentais que funcionem como verdadeiro *jus cogens*, pautando a legitimidade dos ordenamentos jurídicos internos dos Estados.

Cabe salientarmos que em toda a trajetória do estudo feito foi a hermenêutica filosófica que, explícita ou implicitamente, deu sustentação aos nossos questionamentos. Superando a visão metódica tradicional da hermenêutica jurídica, a hermenêutica filosófica nos propicia uma descrição das condições reais do intérprete, que é considerado não como um sujeito aistórico e situado fora do mundo, mas, sim, integrado a um meio cultural e numa tradição que são condição de possibilidade da interpretação. Com isso, a interpretação do Direito ganha um caráter produtivo, que se dá na fusão de horizontes do intérprete e do texto jurídico. O Direito, então, passa a ser visto como um fenômeno marcado pela historicidade. A verdade, por seu turno, deixa de ser a verdade do método (certeza) e passa a ser entendida como desocultação, como desvelamento do ser, do sentido dos entes jurídicos, nunca completa e absoluta, mas finita.

Desenvolvemos, assim, três categorias fundamentais da hermenêutica filosófica, que condicionaram o deslinde do nosso tema, quais sejam: o caráter constitutivo de mundo da linguagem, o círculo hermenêutico e a diferença ontológica.

Para a hermenêutica filosófica a linguagem deixa de ser uma terceira coisa entre sujeito e objeto e passa a ser condição de possibilidade para o dizer do fenômeno jurídico; ela é o *medium* universal em que se realiza a compreensão. É a linguagem que constitui o saber, pois onde não há linguagem não há mundo como mundo; o sentido só se dá na linguagem e

todo o processo de compreensão é lingüístico, pois pensamos com e por palavras. A própria consciência humana, com seu caráter reflexivo, em virtude de o homem poder pensar sobre si mesmo, só é possível graças à linguagem.

O conhecimento só se torna possível pelo encontro com a tradição, e é justamente pelo “fio condutor da linguagem” (Gadamer) que a tradição é transmitida. É no encontro entre o horizonte do intérprete e o horizonte do texto, somente possível pelo caráter lingüístico de ambos, que a experiência hermenêutica pode ocorrer, tanto no que tem de desvelamento da verdade como de sua ocultação. É na linguagem que o ser, que o sentido, vem como algo e, assim, “ser que pode ser compreendido é linguagem”(Gadamer).

Como já afirmamos, a hermenêutica filosófica descreve as condições de possibilidade da compreensão, entre as quais está o círculo hermenêutico. Ora, a interpretação funda-se na compreensão como uma apropriação e elaboração das possibilidades projetadas nesta (Heidegger). Por seu turno, a compreensão sempre se orienta por uma pré-compreensão na qual somos lançados, pois surge de nossa relação com o mundo, e é nessa relação que se formam esses esboços de compreensão. Partindo desses esboços, a compreensão busca esclarecê-los. Portanto, não estamos cegamente atados às nossas pré-compreensões, pois, para compreendermos adequadamente, devemos suspender esses pré-esboços, colocá-los em xeque. Ao longo do processo compreensivo, vamos substituindo esses primeiros esboços por outros mais adequados que tenham em conta a “coisa mesma”, no caso do Direito, os textos jurídicos.

O esclarecimento de nossos pré-juízos dá-se pelo questionamento, pela pergunta formulada numa situação de diálogo, na qual a consciência histórica efetual desempenha uma função fundamental. Isso não significa a infalibilidade dessa consciência, mas, sim, que ela pode desempenhar um papel importantíssimo para separarmos os pré-juízos que cegam dos que esclarecem. Ter consciência histórica, portanto, significa ter consciência de nossa situação hermenêutica, do contexto em que vivemos, bem como dos horizontes de sentido que temos a partir dessa situação. Portanto, a hermenêutica filosófica tem um profundo caráter crítico, colocando em jogo nossas pré-compreensões, pois toda compreensão, toda a experiência, tem o caráter de confronto entre o novo e o antigo, entre a familiaridade e a estranheza.

Por fim, a diferença ontológica é outro dos teoremas fundamentais da hermenêutica filosófica. A diferença ontológica marca a diferença, não a separação, entre o ser e os entes, relação que se dá pelo comportamento do *Dasein*, do ser-aí. Assim, o ser é sempre ser de um

ente e um ente só se dá no seu ser. Há nesse teorema uma crítica ferrenha à idéia de verdade como correspondência entre juízos e objetos; logo, a verdade deixa de ser correspondência e passa ser abertura, desvelamento do ser.

A hermenêutica filosófica é marcada pelo caráter de finitude e historicidade da experiência e do conhecimento. A diferença ontológica nos chama a atenção para que fuçamos da objetificação, ou seja, do congelamento do sentido, tão comum na visão dogmatista do Direito. A objetificação, a entificação do ser, permite que apenas uma faceta de nossa relação com as coisas, com as pessoas, com os eventos, apareça, pois nessa atitude se perde a dimensão do binômio velamento/desvelamento que marca os fenômenos. Isso não significa que nas ciências, em geral, e no Direito, em especial, não apelemos necessariamente para a objetivação. O problema é quando não nos damos conta de que nessa atitude de entificação só estamos nos atendo ao que foi desvelado, esquecendo o que se vela do fenômeno. Assim, o descobrimento de uma verdade não significa o seu congelamento, pois a verdade está marcada por um caráter de historicidade e finitude.

No momento em que a hermenêutica filosófica foi apropriada pelo Direito, em nosso entendimento, houve o arejamento do fenômeno da interpretação jurídica. Com a hermenêutica de matriz filosófica o processo de interpretação do Direito não mais pode ser separado de sua aplicação e, assim, do caso concreto. Na interpretação/aplicação do Direito deixa-se de levar em conta apenas o texto normativo, para que também o contexto fale. Dessa forma, a interpretação/aplicação do Direito, como tarefa teórico/prática, tem caráter produtivo, pois o juiz deve aplicar a lei *in concreto*, promovendo a concreção do Direito no caso. Isso não significa, de forma alguma, arbítrio judicial, pois o juiz deve fazer uma “ponderação justa do conjunto” (Gadamer), do caso e do Direito, tendo como pressuposto que “a ordem jurídica seja reconhecida como válida para todos”(Gadamer).

A interpretação jurídica é entendida, assim, como concretização que, embora criativa, está vinculada ao texto jurídico e ao caso a ser solucionado. O intérprete não pode entender o conteúdo da norma de um ponto de vista situado fora da existência histórica, mas somente diante da situação histórica concreta. As pré-compreensões do intérprete permitem-lhe projetar certas esperanças de sentido diante do texto, pré-projeto este que precisa de confirmação. A norma, portanto, é o resultado da interpretação do texto.

A hermenêutica filosófica nos chama a atenção para a historicidade de nossa compreensão e para a nossa própria finitude, o que nos faz acordar dos sonhos dogmáticos. Com isso, a necessária contextualização da compreensão nos remeteu ao paradigma do Estado

Democrático de Direito e à pergunta de como é possível concretizar seus valores, princípios e direitos humanos fundamentais constitutivos, não raramente conflitantes. Em resposta a esse questionamento, abordamos o princípio da proporcionalidade e a ponderação no Estado Democrático de Direito não como técnicas de solução, mas como verdadeiros existenciais, como modos de ser do intérprete e deste Estado.

A sociedade e o Estado Democrático de Direito são marcados pela pluralidade e complexidade. Assim, o conflito entre princípios, direitos e bens tutelados (constitucionalmente) não é um fato esporádico, requerendo solução que não exclua definitivamente um dos pólos da tensão. O juízo de proporcionalidade/ponderação apresenta-se, portanto, como diretriz básica no enfrentamento desses conflitos, buscando tutelar os princípios, direitos ou interesses colidentes pelo estabelecimento de prevalências variáveis de um em relação ao outro, tendo em conta o contexto do caso a ser resolvido e sempre preservando o núcleo essencial dos direitos em tensão. Com essas diretrizes busca-se preservar a pluralidade ínsita ao Estado Democrático de Direito, evitando, por um lado, medidas restritivas que sejam excessivas, como também, por outro, postulando uma proteção eficiente dos princípios, direitos ou interesses tutelados constitucionalmente.

Após termos contextualizado o momento pelo qual passa o mundo do trabalho e sua regulamentação, bem como de marcarmos a postura interpretativa que informa nossa análise, ingressamos no tema central desta dissertação, qual seja, o da eficácia dos direitos humanos fundamentais de primeira dimensão no contrato de trabalho/relação de emprego. Diante das doutrinas que separam os direitos humanos dos direitos fundamentais, optamos por aproximar essas duas categorias, unindo-as na expressão “direitos humanos fundamentais”. Isso não se tratou de mera questão terminológica, mas, sim, de uma opção teórica e prática que entende que esses direitos possuem uma fundamentação ética e, assim, reconhece uma visão substancial do Direito na qual existem pontes entre Direito e moral. Isso, todavia, não implica não reconhecer a importância da posituação desses direitos.

Entendemos que, por um lado, essa postura serve para instaurar uma instância crítica para aferirmos a legitimidade das ordens jurídicas estatais. Por outro, entendemos que com essa postura o tema da eficácia desses direitos em relação aos privados torna-se ainda mais consistente, já que se torna praticamente impossível que se sustente uma dupla ética, uma para as relações indivíduo-Estado e outra para as relações entre os indivíduos na sociedade.

Afirmamos que os direitos humanos fundamentais são exigências ético-jurídicas, abertas à historicidade, e que representam trunfos das pessoas humanas perante o poder e o

arbítrio para a manutenção de sua dignidade, liberdade, igualdade, abrindo a possibilidade de uma convivência social solidária. Esses direitos não surgiram de uma só vez, mas, sim, ao longo do processo histórico no qual foram sendo constatadas novas necessidades na defesa da pessoa humana diante do poder e do arbítrio. Optamos por defender a indivisibilidade e interdependência entre as várias dimensões dos direitos humanos fundamentais, demonstrando que a defesa integral desses direitos é impostergável para uma vida digna.

Com essas pré-compreensões firmadas, ingressamos no tema da eficácia dos direitos humanos fundamentais nas relações privadas e afirmamos que essa locução significa que esses direitos vinculam aos particulares, que podem ser sujeitos passivos desses direitos. Demonstramos, ainda, que alguns desses direitos são inegavelmente eficazes perante particulares, bem como que, para outros, nesse momento histórico, não faz sentido invocá-los perante esses.

Tradicionalmente, afirma-se que os direitos humanos fundamentais são contrapostos ao Estado, que é o grande inimigo desses direitos. Constatamos, porém, que esta é uma pré-compreensão inautêntica, pois, na verdade, cinge-se à visão liberal dos direitos humanos fundamentais, fundada na idéia de profunda separação entre o Estado e a sociedade, sendo esses direitos entendidos como um espaço reservado aos indivíduos perante a ingerência estatal. Aliás, ficou demonstrado que os direitos humanos fundamentais surgiram como direitos de todos perante a todos. Dessa forma, procuramos demonstrar a superação da doutrina liberal, para a qual não tem sentido falar de eficácia dos direitos humanos fundamentais perante a particulares.

Enfocando as teorias que sustentam a eficácia desses direitos diante dos privados, após a análise dos prós e contras das duas principais correntes sobre o assunto, ou seja, a teoria da eficácia imediata e a teoria da eficácia mediata, optamos por defender uma postura que sustenta a eficácia imediata ponderada desses direitos nas relações privadas. A eficácia imediata ponderada desses direitos nas relações privadas permite soluções diferenciadas, com base em juízos de proporcionalidade/ponderação que levam em conta tanto os direitos humanos fundamentais como outros princípios e bens fundamentais tutelados constitucionalmente, em especial, no campo das relações privadas, o princípio da autonomia privada. Constatamos, ainda, que o fenômeno do poder não pode ser mais cingido ao poder estatal, mas sim que nas relações entre particulares existem posições marcadas pela assimetria (seja fática, jurídica, econômica ou social).

Em virtude disso, duas balizas importantes que servem como parâmetros para uma maior ou menor intensidade na eficácia dos direitos humanos fundamentais nas relações privadas são, justamente, observar se a relação em foco é uma relação entre iguais ou uma relação assimétrica, bem como se ambas as partes estão no pleno gozo de sua autonomia privada ou se uma delas está em posição na qual sua autonomia resta limitada. Isso não significa afirmar que nas relações entre iguais não haja a incidência dos direitos humanos fundamentais, ou que possam ser renunciados, pois o núcleo em dignidade de tais direitos é irrenunciável. Sustentamos, ainda, que, no campo do Direito Internacional, o tema da eficácia dos direitos humanos fundamentais vem sendo considerado e existem posições fundadas defendendo a necessidade de sua proteção nas agressões de particulares, o que não invalida a responsabilidade estatal.

O trabalho realizado, portanto, foi de construção de suportes que foram necessários para uma melhor compreensão do tema central: a eficácia dos direitos humanos fundamentais de primeira dimensão no contrato de trabalho. Salientamos, então, que não é rara a aplicação dos direitos humanos fundamentais inespecíficos nas relações de emprego pela jurisprudência. O problema é que a aplicação ou não desses direitos não resulta de uma fundamentação sólida, mas de aplicações *ad hoc* sem que as pré-compreensões que as sustentam sejam esclarecidas. Assim, sustentamos a necessidade de uma teoria adequada que sirva de base para a crítica e controle dessas decisões.

Está assentado que na relação de emprego o empregado encontra-se em posição de subordinação/vulnerabilidade em relação ao empregador (seja este uma grande empresa ou não) ao qual se reconhece o poder empregatício. Portanto, essa relação é marcada pela assimetria, bem como pela limitação da autonomia do empregado. O poder empregatício desenvolve-se em várias facetas (regulamentar, fiscalizadora e punitiva), o que implica a sujeição do empregado às decisões tomadas unilateralmente pelo empregador. A centralização da análise dos direitos humanos nos de primeira dimensão não foi feita no sentido de estabelecer uma separação em relação aos direitos sociais, mas, sim, de demonstrar que o menoscabo dos direitos de primeira dimensão pode afetar os direitos sociais, com o que se marca uma clara posição de interdependência e indivisibilidade dos direitos humanos fundamentais.

Salientamos, também, que o ponto de partida da análise desses direitos na relação de emprego é a afirmação de que o empregado não perde a condição de pessoa humana, os seus direitos fundados na dignidade, liberdade igualdade e solidariedade ao adentrar nessa relação.

Não se torna um cidadão de segunda classe nessas relações, em especial numa sociedade e num Estado marcado pelo regime democrático e pela prevalência dos direitos humanos fundamentais.

Constatamos que a jurisprudência, em alguns casos, tem aplicado esses direitos de forma ponderada e em outros, os aplica sem maiores fundamentações, bem como, em outros casos, esses direitos deixam de ser aplicados. O problema é que a aplicação ou não desses direitos não raras vezes se faz sem um enfoque que os avalie como o são: direitos humanos fundamentais. Como caso exemplificativo (*aplicatio* hermenêutica), avaliamos o devido processo legal e sua aplicação às relações de emprego.

Demonstramos a evolução da cláusula do devido processo legal, desde suas origens, passando pela sua visão processual, até alcançar uma concepção substancial, na qual tem papel de parâmetro de aferição de constitucionalidade. Assentamos, também a ligação desta cláusula com os direitos, entre outros, ao contraditório e à ampla defesa. Com isso, adentramos na análise da possibilidade de aplicação do devido processo legal perante o poder disciplinar do empregador na relação de emprego, constatando que a eficácia desse direito humano fundamental é, além de correta, necessária.

Demonstramos que referida questão não é objeto de considerações pela jurisprudência trabalhista tendo por base a teoria dos direitos humanos fundamentais, bem como os graves problemas que isso causa, chegando-se ao ponto de admitir que um empregado seja punido sem ter conhecimento da acusação.

Por outro lado, demonstramos que a jurisprudência do STF tem aplicado o devido processo legal, o contraditório e a ampla defesa mesmo em relações privadas marcadas por maior igualdade das partes. Aliás, vimos que o STF, recentemente, discutiu diretamente a questão da eficácia dos direitos humanos fundamentais nas relações privadas e concluiu favoravelmente a essa eficácia. Com base nisso, defendemos que nas relações de emprego a incidência do devido processo legal, de forma direta e ponderada, levando em conta a situação em foco no caso concreto, é um imperativo impostergável que emana de nosso ordenamento jurídico constitucional, bem como deste *jus cogens* mundial que são os direitos humanos fundamentais.

Não mais se admite que, numa sociedade e num Estado sob o regime democrático, fundados na dignidade humana e na prevalência dos direitos humanos, alguns dos seus cidadãos continuem sendo tratados como pessoas de segunda classe, despidos de direitos que

são a base para uma convivência justa e solidária. Os direitos humanos fundamentais são, assim, considerados em sua integralidade, como condição de possibilidade para a construção de uma verdadeira comunidade (co-humanidade).

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. Teoría de los derechos fundamentales. *Madrid*: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001.

AMARAL NETO, Francisco dos Santos. A autonomia privada como princípio fundamental da ordem jurídica. Perspectivas estrutural e funcional. *Revista de Direito Civil*. nº 46.

ANDERSON, Perry. *Passagens da antiguidade ao feudalismo*. São Paulo: Brasiliense, 1994.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. Coimbra: Almedina, 1987.

ANDRADE, Everaldo Gaspar Lopes. *Direito do Trabalho – Itinerários da dominação*. São Paulo: LTr., 1994.

ANTUNES, Ricardo. *Adeus ao trabalho? Ensaio sobre as metamorfoses e a centralidade do mundo do trabalho*. 9. ed. Campinas: Cortez, 2003.

_____. *O caracol e a sua concha – Ensaio sobre a nova morfologia do trabalho*. São Paulo: Boitempo, 2005.

ALVES, Giovanni. *O novo (e precário) mundo do trabalho – Reestruturação produtiva e crise do sindicalismo*. São Paulo: Boitempo, 2000.

ASHTON, A. S. *A revolução industrial*. 6. ed. Portugal: Europa-América, s/d.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios – Da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. São Paulo: Malheiros, 2003.

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. 3. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 1999.

_____. *Interpretação e aplicação da constituição*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

_____. *Fundamentos Teóricos e Filosóficos do Novo Direito Constitucional Brasileiro*. Disponível em Jus Navigandi – www.jus.com.br, consultado em maio de 2003.

_____. *Princípios da razoabilidade e da proporcionalidade*. Disponível em: <http://www.uerj.br/~direito/publicações>. Acesso em: 5 de abril de 2005.

_____. e STRECK, Lenio Luiz, na obra coletiva Canotilho e a Constituição Dirigente. Jacinto Nelson de Miranda Coutinho. Organizador. Rio de Janeiro-São Paulo: Renovar, 2003.

BARRETO, Vicente. *Ética e direitos humanos: Aporias preliminares*. “In” Legitimação dos direitos humanos. Organizador: Ricardo Lobo Torres. São Paulo – Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

_____. *Reflexões sobre os Direitos sociais*. In: Direitos Fundamentais Sociais: Estudos de Direito Constitucional, Internacional e Comparado. Ingo Wolfgang Sarlet Organizador. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BAYLOS, Antonio. *Direito do Trabalho e democracia*. Disponível em: <http://www.tst.gov.br>. Acesso em: 20 de out. 2004.

BAUMAN, Zygmunt. *Globalização – As conseqüências humanas*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1999.

_____. *Modernidade líquida*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001.

BERCOVICI, Gilberto. *Desigualdades regionais, estado e constituição*. São Paulo: Max Limonad.

BINENBOJM, Gustavo. *Direitos humanos e justiça social: as idéias de liberdade e igualdade no final do século XX*. In: Legitimação dos direitos humanos. Ricardo Lobo Torres Organizador. Rio de Janeiro-São Paulo: Renovar, 2002.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 12. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2002.

BRAMANTE, Ivani Contini. Eficácia do contraditório e da ampla defesa nas relações interprivadas. *Revista LTr.* vol. 64, nº. 08. São Paulo: LTr., agosto de 2000.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Aspectos de teoria geral dos direitos fundamentais*. “In” *Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.

BRIDGES, William. *Um mundo sem empregos – job shift – os desafios da sociedade pós-industrial*. São Paulo: Makron Books, 1995.

CALERA, Nicolas Maria López. *Yo, el Estado*. Bases para uma teoria substancializadora (não substancialista) del Estado. Madrid: Trotta, 1992.

CAMINO, Carmen. *Direito individual do trabalho*. 3. ed. Porto Alegre: Síntese, 2003.

CAMPOS, Germán J. Bidart. *Teoría general de los derechos humanos*. Buenos Aires: Astrea, 1991.

CANARIS, Claus-Wilhem. *A influência dos direitos fundamentais sobre o direito privado na Alemanha*. In: *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. Ingo Wolfgang Sarlet (Organizador). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *Tratado de Direito internacional dos Direitos humanos*. Volume I. 1. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador – Contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas*. Reimpressão. Coimbra: Coimbra Editora, 1994.

_____. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CAPELLA, Juan Ramón. *Fruto proibido – Uma aproximação histórico-teórica ao estudo do Direito e do estado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

CASTELLANOS, Camilo. *A democracia é um fogo fátuo*. O papel dos direitos econômicos, sociais e culturais na formação da cidadania na América Latina. “In” *Justiça social: uma questão de direito*. Maria Elena Rodrigues Ortiz – Organizadora. DP&A, 2004.

CASTELO, Jorge Pinheiro. O Direito do Trabalho no século novo. *Revista Jurídica Consulex*. ano. IV, nº. 48. São Paulo: Brasília, 2000.

CHAUÍ, Marilena. *Convite à Filosofia*. 12. ed. São Paulo: Ática, 2002.

COMPARATO, Fábio Konder. Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas. *Revista de Informação Legislativa*. nº 138. Brasília: 1998.

_____. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

COPETTI, André. *Por uma (neo)filosofia política constitucional no direito penal: uma exigência fenomenológica do Estado Democrático de Direito brasileiro*. In: (Neo)Constitucionalismo: ondem, os códigos hoje, as constituições. Porto Alegre: Instituto de Hermenêutica Jurídica, 2004.

_____. *A jurisprudencialização da constituição no estado democrático de direito*. Disponível em: <http://www.ihj.org.br>. Acesso em: 18 fev.2006.

CORETH, Emerich. *Questões fundamentais de hermenêutica*. São Paulo: Universidade de São Paulo, 1973.

COUTINHO, Aldacy Rachid. *Proteção constitucional da vida privada*. “In” Diálogos Constitucionais: Brasil/Portugal. Antônio José Avelãs Nunes e Jacinto Nelson de Miranda Coutinho Organizadores. Rio de Janeiro-São Paulo: Renovar, 2004.

COUTO E SILVA, Clóvis Veríssimo do. *A Obrigação Como Processo*. São Paulo: José Buschatski, Editor, 1976.

CORDEIRO, António Menezes. *Manual de Direito do Trabalho*. Coimbra: Almedina, 1999.

CORRÊA, Luciane Amaral. *O princípio da proporcionalidade e a quebra do sigilo bancário e do sigilo fiscal nos processos de execução*. Ingo Wolfgang Sarlet (Organizador), A Constituição Concretizada – Construindo Pontes com o público e o privado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

COSTA, Judith Martins. Crise e modificação da idéia de contrato no direito brasileiro. *Revista de Direito do Consumidor*. nº. 3. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

DALLEGRAVE NETO, José Affonso. *Inovações na Legislação Trabalhista*. São Paulo: LTr. Editora, 2000.

_____. Novos Contornos da Relação de Emprego diante dos Avanços Tecnológicos. *Revista LTr.* – maio 2003. São Paulo: LTr. Editora.

DELGADO, Maurício Godinho. *O poder empregatício*. São Paulo: LTr. Editora, 1996.

_____. *Curso de direito do trabalho*. São Paulo: LTr., 2002.

DELMAS-MARTY, Mireille. *Por um direito comum*. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

DE MASI, Domenico. *O futuro do trabalho – Fadiga e ócio na sociedade pós-industrial*. Rio de Janeiro: UNB, 1999.

DUARTE JÚNIOR, João-Francisco. *O que é realidade*. 4. ed. São Paulo: Editora Brasiliense, 1986.

DUSO, Giuseppe. *O Poder – História da filosofia política moderna*. Petrópolis: Vozes, 2005.

DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

_____. *O império do direito*. São Paulo, 2003.

ESCARTÍN, Ignacio García-Perrote. Ley, Convenio Colectivo, Contrato de Trabajo y Derechos Fundamentales del Trabajador. *Revista de Derecho Social*. Espanha: Editorial Bomarzo, 1998.

EHRENREICH, Barbara. *Miséria à americana – Vivendo de subempregos nos Estados Unidos*. Rio de Janeiro – São Paulo: Record, 2004.

FACHIN, Luiz Edson. *Teoria Crítica do Direito Civil*. Rio de Janeiro-São Paulo: Renovar, 2000.

FACHINI NETO, Eugênio. *Reflexões histórico-evolutivas sobre a constitucionalização do Direito privado*. In: Constituição, direitos fundamentais e direito privado. Ingo Wolfgang Sarlet – Organizador. Livraria do Advogado: Porto Alegre, 2003.

FARIA, José Eduardo. *Direito e globalização: Implicações e perspectivas*. Organizador José Eduardo Faria. São Paulo: Malheiros Editores, 1996.

_____. *Democracia e governabilidade: os Direitos humanos à luz da globalização econômica*. “In” Direito e globalização econômica – Implicações e perspectivas. José Eduardo Faria Organizador. 1.ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

FARIA, José Eduardo; KUNTZ, Rolf. *Qual o futuro dos Direitos? Estado, mercado e justiça na reestruturação capitalista*. São Paulo: Max Limonad, 2002.

FERNANDES, Luis. *As armadilhas da globalização*. “In” Globalização, neoliberalismo, privatizações – Quem decide este jogo? Raul K. M. Carrion e Paulo G. Fagundes Vizentini. Segunda edição. Porto Alegre: Editora da Universidade/UFRGS, 1998.

FERNÁNDEZ, Eusebio. *Teoría de la justicia y derechos humanos*. Madrid: Editorial Debate, 1991.

FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías. La ley del más débil*. Madrid: Editorial Trotta, 1999.

FILHO, Nagib Slaibi. *Anotações à Constituição de 1988*. São Paulo: Editora Forense, 1989.

FILHO, Roberto Lyra. *O que é direito*. 6. ed. São Paulo: Brasiliense, 1986.

FIORAVANTI, Maurizio. *Los derechos fundamentales*. Madrid: Trotta, 2000.

FREITAS, Juarez. *A Interpretação Sistemática do Direito*. 3. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2002.

FREITAS, Juarez. *O intérprete e o poder de dar vida à constituição*. In: Direito constitucional – Estudos em homenagem a Paulo Bonavides. Eros Roberto Grau e Willis Santiago Guerra Filho (Organizadores). 1. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

GADAMER, Han-Georg. *Verdad y metodo II*. Tradujo Manuel Olasagasti. Segunda Edición. Salamanca: Ediciones Sígueme, 1994.

_____. *Verdade e método I – Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. 6. ed. Rio de Janeiro: Vozes, 2004.

_____. *Verdade e Método II*. 2 ed. Rio de Janeiro: Vozes, 2004.

_____. *Esboço dos fundamentos de uma hermenêutica*. In: O problema da consciência histórica. Pierre Fruchon (Org.). Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas Editora, 1998.

_____. Da palavra ao conceito. *A tarefa hermenêutica enquanto filosofia*. Tradução de Hans-Georg Flickinger e Muriel Mais-Flickinger. *Hermenêutica Filosófica – Nas trilhas de Hans-Georg Gadamer*. Porto Alegre: EDIPUC-RS, 2000.

GALBRAITH, John Kenneth. *A era da incerteza*. 6. ed. São Paulo, 1984.

GENRO, Tarso Fernando. *Direito individual do trabalho*. 2. ed. São Paulo: Ltr. Editora, 1994.

GIANNI, Vattimo. *O fim da modernidade – Nihilismo e hermenêutica na cultura pós-moderna*. São Paulo: Martins-Fonte, 2002.

GOMES, Joaquim B. Barbosa. *O poder de polícia e o princípio da dignidade da pessoa humana na jurisprudência francesa*. Disponível em: <http://www2.uerj.br/direito/publicações>. Acesso em 10 abr. 2004.

GOMES, Orlando; GOTTSCHALK, Élson. *Curso de direito do trabalho*. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994.

GOUNET, Thomas. *Fim do trabalho, fim do emprego? “In” A crise do capitalismo globalizado na virada do milênio*. Raul K. M. Carrion e Paulo Fagundes Vizentini (Organizadores). Porto Alegre: Editora da Universidade/UFRGS, 2000.

GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. 7. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2002.

_____. *Ensaio e Discurso sobre a Interpretação/Aplicação do Direito*. São Paulo: Malheiros Editores, 2002.

GRONDIN, Jean. *Introdução à hermenêutica filosófica*. São Leopoldo: Editora Unisinos, 1999.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Princípio da Proporcionalidade e Teoria do Direito. Direito Constitucional – Estudos em Homenagem a Paulo Bonavides*. Eros Roberto Grau e Willis Santiago Guerra Filho Organizadores. 1. ed.– 2ª. Tiragem. São Paulo: 2003.

HÄBERLE, Peter. *A dignidade humana como fundamento da comunidade estatal*. “In” Dimensões da dignidade – Ensaios de filosofia do direito e direito constitucional. Ingo Wolfgang Sarlet – Organizador. Porto Alegre: Livraria do Advogado: 2005.

HAYEK, Friedrich A. *O caminho da servidão*. 4. ed. Rio de Janeiro: Expressão e Cultura – Instituto Liberal, 1987.

HECK, Luís Afonso. *Direitos fundamentais e sua influência no direito civil*. Artigo extraído de palestra apresentada no evento das Jornadas Preparatórias do XVII Congresso Argentino de Direito Civil, 1998.

HEIDEGGER, Martin. *Ser e Tempo*. Parte I. 14. ed. Rio de Janeiro: Editora Vozes, 2005.

HERNÁNDEZ-LARGO, Antonio Osuna. *Hermenêutica Jurídica – En torno a la hermenêutica de Hans-Georg Gadamer*. Valladolid: Secretariado de Publicaciones, Universidad, D.L., 1992.

HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

_____. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1998.

HERMANN, Nadja. *Hermenêutica e educação*. Rio de Janeiro: DP&A Editora. 2003.

HOBSBAWN, Eric. *Era dos Extremos – O breve século XX – 1914 – 1991*. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

HUBERMAN, Leo. *História da riqueza do homem*. 21. ed. Rio da Janeiro: LTC, 1986.

IANNI, Octavio. *Industrialização e desenvolvimento social no Brasil*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1963.

JAVILLIER, Jean Claude. *Fórum internacional sobre Direitos humanos e Direitos sociais*. Disponível em: <http://www.tst.gov.br>. Acesso em: 30 mar. 2004.

JUCÁ, Francisco Pedro. *Renovação do Direito do Trabalho – Abordagem Alternativa à Flexibilização*. São Paulo: LTr., 2000.

KAUFMANN, Arthur. *A problemática da filosofia do direito ao longo da história*. Filosofia do direito. Coimbra: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004.

KEYNES, John Maynard. *A teoria geral do emprego, do juro e da moeda – Inflação e deflação*. São Paulo: Abril Cultural, 1983.

KRELLI, Andréas J. *Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha – Os (des)caminhos de um Direito constitucional “comparado”*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.

KUPLER, José Paulo. *A globalização faz mal aos pobres*. Disponível em: <http://nominimo.ibest.com.br>. Acesso em 01 set. 2005.

LAFER, Celso. *A Reconstrução dos Direitos Humanos – Um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. São Paulo: Companhia das Letras, 2001.

LIMA FILHO, Francisco das Chagas. *Alteração do art. 618 da CLT. Ilegitimidade constitucional*. Jus Navegandi. Endereço eletrônico www.jus.com.br, consultado em maio de 2003.

LIMA, Francisco Meton Marques de. *Elementos de Direito do Trabalho e processo trabalhista*. 4. ed. São Paulo: LTr. Editora, 1992.

LIMA, Maria Rosynete Oliveira. *Devido Processo Legal*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999.

LIMA, Rogério Medeiros Garcia de. *Aplicação do código de defesa do consumidor*. Biblioteca de Direito do Consumidor – 23. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

LIPARI, Nicolás. *Derecho privado un ensayo para la enseñanza*. Bolonia: Publicaciones del Real Colegio de España, 1980.

LOSURDO, Domenico. *Fuga da história? A revolução russa e a revolução chinesa vistas de hoje*. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2004.

LOPES, Ana Maria D'Ávila. *Os Direitos Fundamentais como limites ao Poder de Legislar*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2001.

LÓPEZ, Ma. Fernanda Fernández. *El acoso moral en el trabajo -?Una nueva forma de discriminación?* Revista de derecho social. Albacete: Bomarzo, 1998.

LORENZETTI, Ricardo Luis. *Fundamentos do direito privado*. Tradução de Vera Maria Jacob de Fradera. São Paulo: RT, São Paulo, 1998.

MARANHÃO, Délio e CARVALHO, Luiz Inácio B. *Direito do trabalho*. 17. ed. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1993.

MARINONI, Luiz Guilherme. *O direito à tutela jurisdicional efetiva na perspectiva da teoria dos direitos fundamentais*. Material disponível no site www.jus.com.br, consultado em novembro de 2005.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. *A influência da Constituição Portuguesa sobre as normas imodificáveis da Constituição Brasileira*. "In" Doutrina Jurídica Brasileira (CD-ROM), organizador Sérgio Augustin, Caxias do Sul: Plenum, 2001.

MATTEUCCI, Nicola. *Organización del poder y libertad – Historia del constitucionalismo moderno*. Madrid: Trotta, 1988.

WEBER, Max. *A ética protestante e o espírito do capitalismo*. 2. ed. São Paulo: Pioneira Thomson Learning, 2003.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Direitos humanos & relações internacionais*. Campinas: Agá Juris, 2000.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade – Estudos de direito constitucional*. São Paulo: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1998.

MORAIS, Jose Luis Bolzan de. *Do direito social aos interesses transindividuais – O estado e o direito na ordem contemporânea*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996.

_____. *Constituição ou barbárie: perspectivas constitucionais. A Constituição Concretizada – Construindo pontes com o público e o privado*. Ingo Wolfgang Sarlet Organizador. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2000.

_____. *As crises do estado e da constituição e a transformação espacial dos direitos humanos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

MORIN, Edgar. *A cabeça bem-feita – repensar a reforma – reformar o pensamento*. 8. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2003.

MÜLLER, Friedrich. *Métodos de Trabalho do Direito Constitucional*. Apresentação de Paulo Bonavides. 2. ed. Tradução de Peter Naumann. São Paulo: Max Limonad, 2000.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de direito do trabalho*. 17. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2001.

_____. *Iniciação ao direito do trabalho*. 28. ed. São Paulo: LTr., 2002.

_____. *CLT deve garantir Direito de personalidade*. Disponível no endereço eletrônico www.tst.gov.br, Notícias de 06/02/2006.

NINO, Carlos Santiago. *Ética y derechos humanos – Un ensayo de fundamentación*. 2. ed. Buenos Aires: Astrea, 1989.

NOBRE JÚNIOR, Edílson Pereira. *O Direito brasileiro e o princípio da dignidade da pessoa humana*. Endereço Eletrônico www.jus.com.br, consultado em maio de 2003.

NORONHA, Fernando. *O Direito dos Contratos e seus Princípios Fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 1994.

OLIVEIRA, José César de. *Formação histórica do direito do trabalho*. Curso de direito do trabalho – estudos em homenagem de Célio Goyatá. Coordenadora: Alice Monteiro de Barros. Vol. I. São Paulo: Ltr., 1993.

OLIVEIRA JUNIOR, José Alcebiades. *Teoria jurídica e novos direitos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

OHLWEILER, Leonel Pires. *Direito Administrativo em perspectiva – Os termos indeterminados à luz da hermenêutica*. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2000.

_____. *Estado, administração pública e democracia: condições de possibilidade para ultrapassar a objetificação do regime administrativo*. In: Anuário do programa de pós-graduação em direito – Mestrado e doutorado da UNISINOS. Organizadores: Leonel Severo Rocha e Lenio Luiz Streck. São Leopoldo: UNISINOS, 2003.

_____. *Os princípios constitucionais da Administração Pública a partir da filosofia hermenêutica: condições de possibilidade para ultrapassar o pensar objetificante*. Texto do Minter em Direito UNISINOS/UPF, 2005.

_____. *A pergunta pela técnica e os eixos dogmáticos do Direito Administrativo: Algumas repercussões da fenomenologia hermenêutica*. Texto de aula MINTER-UNISINOS-UPF. Passo Fundo, 2005.

PALMER, Richard E. *Hermenêutica*. Lisboa: Edições 70, 1999.

PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. *Derechos humanos, estado de derecho y constitucion*. 8. ed. Madrid: Tecnos, 2003.

PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do Direito Civil – Introdução ao Direito Civil Constitucional*. 2. ed. Tradução de Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro-São Paulo: Renovar, 2002.

PIOVESAN, Flávia. *Temas de Direitos humanos*. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 2003.

_____. *Direitos humanos, o princípio da dignidade humana e a Constituição Brasileira de 1988*. “In” (Neo) Constitucionalismo – Ontem, os códigos hoje, as constituições. Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica. Porto Alegre: Instituto de Hermenêutica Jurídica, 2004.

PIRES, Celestino. *Heidegger e o ser como história*. *Revista Portuguesa de Filosofia*. Tomo XIX – Julho/Setembro de 1963. Fasc. 3. Braga: Faculdade de Filosofia Braga, 1963.

POCHMANN, Márcio. *As trajetórias do trabalho no final do século XX*. “In” A crise do capitalismo globalizado na virada do milênio. Raul K. M. Carrion e Paulo Fagundes Vizentini (Organizadores). Porto Alegre: Editora da Universidade/UFRGS, 2000.

_____. *Financeirização, concentração de renda e desemprego*. Como valorizar o trabalho? *Revista Princípios*. São Paulo: Anita Garibaldi, nov. de 2005.

_____. *Páís é prisioneiro da elite nacional*. Diário Vermelho de 08/02/2006. Disponível em: <http://www.vermelho.org.br>. Acesso em: 08 fev. 2006.

PORTANOVA, Rui. *Princípios do Processo Civil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

PRADO JÚNIOR, Caio. *Formação do Brasil contemporâneo*. 23. ed. 7ª. reimpressão. São Paulo: 2004.

RAMOS, Carmem Lucia Silveira. *A constitucionalização do Direito privado e a sociedade sem fronteiras*. Repensando Fundamentos do Direito Civil Contemporâneo. Luiz Edson Fachin - Coordenador. Rio de Janeiro – São Paulo: 1998.

RÉE, Jonathan. *Heidegger*. São Paulo: Editora UNESP, 2000.

RIBAS, Nelson Julio Martini. *Direito do trabalho e negociação coletiva: crítica ao projeto de lei no. 5.483/01, que altera o art. 618 da CLT*. “In” Reflexões sobre direito do trabalho e flexibilização. José Mello de Freitas Organizador. Passo Fundo: UPF, 2003.

RIFKIN, Jeremy. *O fim dos empregos*. São Paulo: M. Books, 2004.

ROCHA, Leonel Severo. et. al. *Introdução à teoria do sistema autopoietico do direito*. Porto Alegre: 2005.

RODRIGUES PINTO, José Augusto. *Curso de Direito individual do trabalho*. São Paulo: LTr. Editora, 1994.

ROHDEN, Luiz. *Hermenêutica e Linguagem*. In: *Hermenêutica Filosófica – Nas trilhas de Hans-Georg Gadamer*. Custódio Luis Silva de Almeida, Hans Georg Flickinger e Luiz Rohden. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2000.

ROMAGNOLI, Umberto. *El derecho, el trabajo y la historia*. Madrid: CES, 1996.

ROPPO, Enzo. *O contrato*. Coimbra: Livraria Almedina, 1988.

RUSSOMANO, Mozart Victor. *Curso de direito do trabalho*. Rio de Janeiro: José Konfino, 1972.

SAAD, Eduardo Gabriel. *Curso de Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr. Editora, 2000.

SAES, Décio. *A formação do estado burguês no Brasil (1888-1891)*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1985.

SANCHÍS, Luis Prieto. *Justicia constitucional y derechos fundamentales*. Madrid: Editorial Trotta, 2003.

SANTOS, Ernane Fidélis. *Manual de direito processual civil*. Processo de conhecimento. São Paulo: Saraiva, 1994.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Direitos fundamentais e direito privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais, A Constituição Concretizada – Construindo pontes com o público e o privado*. Ingo Wolfgang Sarlet Organizador. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

_____. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

_____. *Valor de alçada e limitação do acesso ao duplo grau de jurisdição: Problematização em nível constitucional à luz de um conceito material de Direitos fundamentais*. “In” Doutrina Jurídica Brasileira – CD-ROM, org. Sérgio Augustin, Caxias do Sul: Plenum, 2001.

_____. *O estado social de direito, a proibição de retrocesso e a garantia fundamental da propriedade*. Doutrina Jurídica Brasileira (CD-ROM). Organizador Sérgio Augustin. Caxias do Sul: Plenum, 2001.

_____. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SARMENTO, Daniel. *A ponderação de interesses na Constituição Federal*. 1. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2002.

_____. *Direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 13. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1997.

SILVA FILHO, José Carlos. *Hermenêutica filosófica e direito – O exemplo privilegiado da boa-fé objetiva no direito contratual*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

_____. et all. *O Princípio da boa-fé objetiva no Direito Contratual e o problema do homem médio: Da jurisprudência dos valores à hermenêutica filosófica*. Texto de aula MINTER UNISINOS-UPF. Passo Fundo, 2005.

SODRÉ, Nelson Werneck. *Formação histórica do Brasil*. 5. ed. São Paulo: Brasiliense, 1968.

SOUZA, António Francisco de. *Fundamentos Históricos de Direito Administrativo*. Lisboa: Editores, 1995.

SOUZA, Otávio Augusto Reis de. *Nova teoria geral do Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr., 2002.

STEIN, Ernildo. *Compreensão e Finitude*. Estrutura e movimento da interrogação heideggeriana. Ijuí: Unijuí, 2001, p. 138 e 147.

_____. *Pensar é pensar a diferença – filosofia e conhecimento empírico*. Ijuí: Editora Unijuí, 2002.

_____. *Introdução ao Pensamento de Martin Heidegger*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2002.

_____. *A Consciência da história: Gadamer e a Hermenêutica*. Caderno especial de domingo Mais da Folha de São Paulo de 24 de março de 2002. Disponível em: www.cfh.ufsc.br/~wfil/gadamer.htm, consultado em julho de 2005.

STEINMETZ, Wilson Antônio. *Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

_____. *A vinculação dos particulares a direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2004.

STRECK, Lenio Luiz e MORAIS, José Luis Bolzan. *Ciência política e teoria geral do estado*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

_____. *Hermenêutica jurídica e(m) crise*. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

_____. *Jurisdição constitucional e hermenêutica – Uma nova crítica do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

_____. *O papel da jurisdição constitucional na realização dos Direitos sociais-fundamentais*. In: *Direitos fundamentais sociais: estudos de Direito constitucional, internacional e comparado*. Ingo Wolfgang Sarlet Organizador. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

_____. *Hermenêutica (jurídica): compreendemos porque interpretamos ou interpretamos porque compreendemos? Uma resposta a partir da Ontological Turn*. Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito – Mestrado e Doutorado. São Leopoldo: Unisinos, 2003.

_____. *A concretização de direitos e a validade da tese da constituição dirigente em países de modernidade tardia*. In: *Diálogos constitucionais: Brasil/Portugal*. Organizadores: Antônio Jose Avelãs Nunes e Jacinto Nelson de Miranda Coutinho. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

_____. *A dupla face do princípio da proporcionalidade e o cabimento de mandado de segurança em matéria criminal: superando o ideário liberal-individualista-clássico*. Texto consultado em www.ihj.org.br em outubro de 2005.

_____. *Diferencia (ontológica) entre texto y norma: alejando el fantasma del relativismo*. Disponível em: site www.leniostreck.com.br, consultado em outubro de 2005.

_____. *La jurisdicción constitucional y las posibilidades de concretización de los derechos fundamentales-sociales*. Site: www.leniostreck.com.br, consultado em outubro de 2005.

_____. *A dupla face do princípio da proporcionalidade: da proibição de excesso (Übermassverbot) à proibição de proteção deficiente (Untermassverbot) ou de como não há blindagem contra normas penais inconstitucionais*. Revista da AJURIS. Porto Alegre: AJURIS, março de 2005.

_____. *Verdade e consenso – Constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

SÜSSEKIND, Arnaldo. *Íntegra da palestra proferida no Fórum Internacional do Tribunal Superior do Trabalho sobre flexibilização do Direito do Trabalho*. Endereço eletrônico www.tst.gov.br, 08/04/2003.

TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil*. 2. ed. Rio de Janeiro-São Paulo: Renovar, 2001.

TORRES, Ricardo Lobo. *A legitimação dos direitos humanos e os princípios da ponderação e da razoabilidade*. “In” Legitimação dos direitos humanos. Organizador: Ricardo Lobo Torres. Rio de Janeiro - São Paulo: Renovar, 2002.

UBILLOS, Juan María Bilbao. *¿En qué medida vinculan a los particulares los derechos fundamentales?*. Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado. Ingo Wolfgang Sarlet – organizador. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

URIARTE, Oscar Ermida. *A flexibilidade*. São Paulo: LTr., 2002.

_____. *Palestra proferida no Fórum Internacional sobre direitos humanos e direitos sociais do TST*. Disponível em: <http://www.tst.gov.br>. 31 de março de 2004, Acesso em: 31 mar. 2004.

_____. *Derechos laborales y comercio internacional*. Disponible em: <http://www.mundodeltrabajo.org.ar>. Acesso em: 10 jan. 2006.

_____. *Derechos laborales y comercio internacional*. Disponível em <http://www.mundodeltrabajo.org.br>. Acesso em 06 fev.2006.

_____. *Globalización y relaciones laborales*. Disponível em <http://www.mundodeltrabajo.org.ar>. Acesso em 06 fev. 2006.

_____. *Flexibilização no Direito do Trabalho – A experiência latino-americana*. Disponível em: <http://www.tst.gov.br>. Acesso em: 06 fev. 2006.

WARAT, Luiz Alberto. *Introdução geral ao direito*. Volume I. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1994, p. 13.

VERDÚ, Pablo Lucas. *Los derechos humanos como “región civil”*. Derechos humanos y concepción del mundo y de la vida. Sus desafíos presentes. In: Direito Constitucional –

Estudos em homenagem a Paulo Bonavides. Eros Roberto Grau e Willis Santiago Guerra Filho (Organizadores). 1. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

VIANA, Márcio Túlio. *Fórum Internacional sobre Direitos Humanos e Direitos Sociais*. Disponível em: <http://www.tst.gov.br>. Acesso em: 09 abr. 2003.

_____. *Terceirização e sindicato: um enfoque para além do jurídico*. Revista LTr. ano 67, nº. 07. São Paulo: LTr., julho de 2003.

VIEIRA, Liszt. *Cidadania e globalização*. 2. ed. Rio de Janeiro-São Paulo: Record, 1998.

VIZENTINI, Paulo G. Fagundes. *A “globalização” e os impasses do neoliberalismo*. “In” Globalização, neoliberalismo, privatizações – Quem decide este jogo? Raul K. M. Carrion e Paulo G. Fagundes Vizentini (Organizadores). 2. ed. Porto Alegre: Editora da Universidade/UFRGS, 1998.

YAZBEK, Otávio. *Circulação e Transferência dos Modelos Jurídicos*. Direito Constitucional – Estudos em homenagem a Paulo Bonavides. Eros Roberto Grau e Willis Santiago Guerra Filho – Organizadores. São Paulo: Malheiros Editores, 2003.

ZAVASCKI, Teori Albino. *Antecipação da Tutela e Colisão de Direitos Fundamentais*. Revista da AJURIS, nº. 64, julho/1995, p. 395 e seguintes. “In” Doutrina Jurídica Brasileira. CD-ROM. Org. Sérgio Augustin. Caxias do Sul: Plenum, 2001.

ZOLA, Émile. *Germinal*. São Paulo: Cia. das Letras, 2005.

Sites consultados:

www.tribunalconstitucional.es.

www.tst.gov.br.

www.stf.gov.br.

OIT - www.oitbrasil.org.br, consulta feita em 03 de março de 2006.

Comissão Pastoral da Terra - Endereço Eletrônico www.cpt.org.br, consultado em 03 de fevereiro de 2006.

www.tribunalconstitucional.pt

www.trt4.gov.br

Revistas consultadas:

Revista LTr., vol. 61, nº. 04, de abril de 1997, p. 61-04/509 à 61/04/511.

Revista LTr., vol. 64, nº. 04, de abril de 2000, p. 64-04/505 à 6404/506.

Revista LTr., vol. 55, nº. 08, agosto de 1991, p. 55.08/966 à 55.08/970.

Revista LTr., vol. 62, nº. 11, novembro de 1998, p. 62-11/1535 à 62-11/1537.

Revista LTr., vol. 61, nº. 09, São Paulo: LTr. Editora, setembro de 1997.