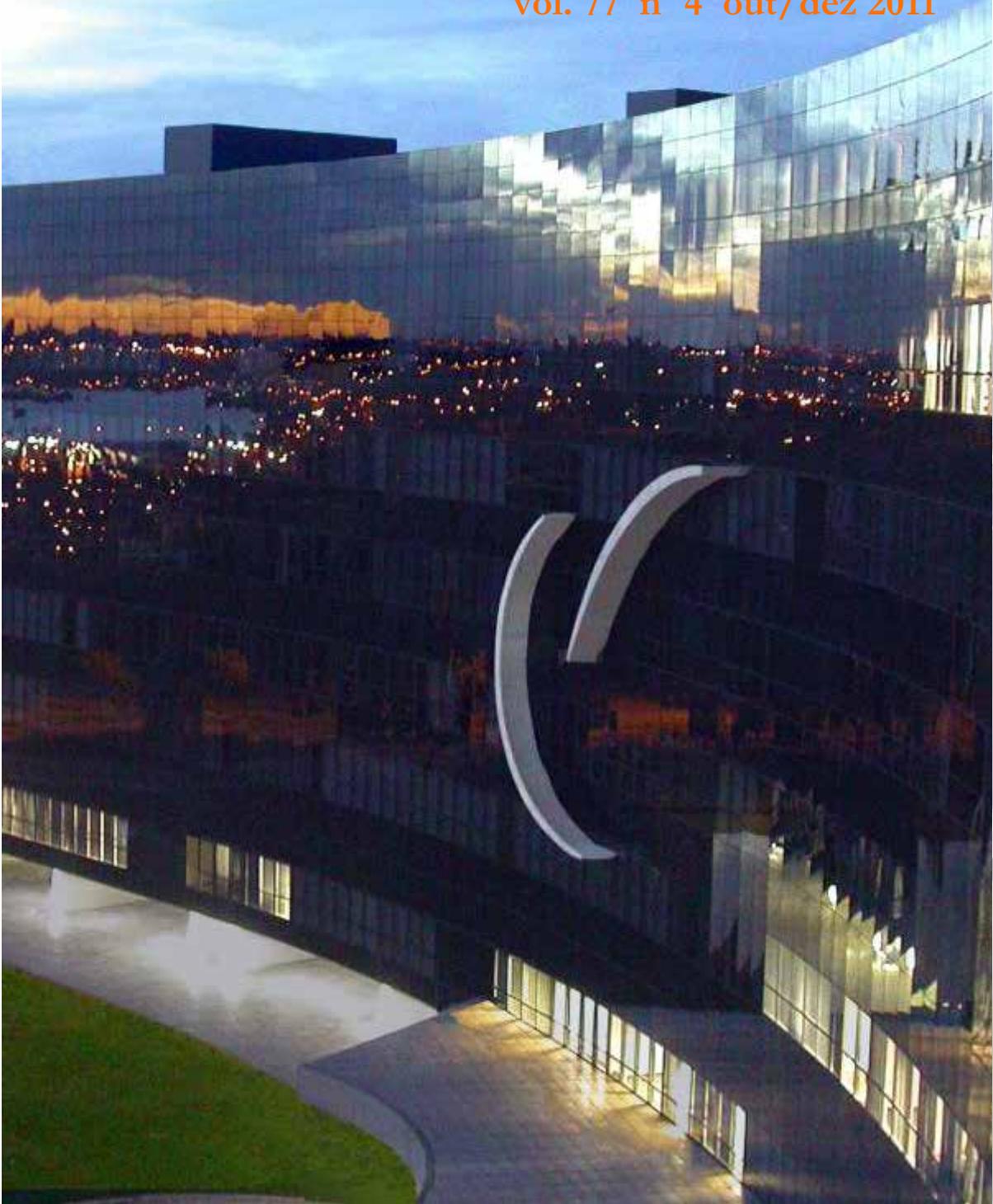


Revista do Tribunal Superior do Trabalho

vol. 77 nº 4 out/dez 2011



Revista do Tribunal Superior do Trabalho



PODER JUDICIÁRIO
JUSTIÇA DO TRABALHO
TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO

Revista do Tribunal Superior do Trabalho

Ministro João Oreste Dalazen
Presidente

Ministra Maria Cristina Irigoyen Peduzzi
Vice-Presidente

Ministro Antônio José de Barros Levenhagen
Corregedor-Geral da Justiça do Trabalho

Ministro Luiz Philippe Vieira de Mello Filho *(presidente)*

Ministra Rosa Maria Weber Candiota da Rosa

Ministro Walmir Oliveira da Costa

Ministro Augusto César Leite de Carvalho *(suplente)*

Comissão de Documentação

Ano 77 – nº 4 – out. a dez. – 2011

LEX MAGISTER

PRODUTOS JURÍDICOS

Rua da Consolação, 77 – 9º andar – CEP 01301-000 – São Paulo-SP
comercial@lex.com.br – www.lex.com.br

Revista do Tribunal Superior do Trabalho / Tribunal Superior do Trabalho. – Vol. 21, n. 1 (set./dez. 1946) – Rio de Janeiro : Imprensa Nacional, 1947-.

v.

Trimestral.

Irregular, 1946-1968; suspensa, 1996-1998; trimestral, out. 1999-jun. 2002; semestral, jul. 2002-dez. 2004; quadrimestral, maio 2005-dez. 2006.

Continuação de: Revista do Conselho Nacional do Trabalho, 1925-1940 (maio/ago.).

Coordenada pelo: Serviço de Jurisprudência e Revista, 1977-1993; pela: Comissão de Documentação, 1994-.

Editores: 1946-1947, Imprensa Nacional; 1948-1974, Tribunal Superior do Trabalho; 1975-1995, LTr; out. 1999-mar. 2007, Síntese; abr. 2007- jun. 2010, Magister; jul. 2010- , Lex.

ISSN 0103-7978

1. Direito do Trabalho. 2. Processo Trabalhista. 3. Justiça do Trabalho – Brasil. 4. Jurisprudência Trabalhista – Brasil. I. Brasil. Tribunal Superior do Trabalho.

CDU 347.998.72(81)(05)

Coordenação: Comissão de Documentação

Organização e Supervisão: Ana Celi Maia de Miranda

Revisão: José Geraldo Pereira Baião

Capa: Ivan Salles de Rezende (sobre foto de Marta Crisóstomo)

Editoração Eletrônica: Editora Magister

Os artigos publicados com assinatura não traduzem a opinião do Tribunal Superior do Trabalho. Sua publicação obedece ao propósito de estimular o debate sobre questões jurídicas relevantes para a sociedade brasileira e de refletir as várias tendências do pensamento jurídico contemporâneo. Instruções para submissão de artigo encontram-se no link “Revista do TST” na página www.tst.jus.br.

Tribunal Superior do Trabalho

Setor de Administração Federal Sul

Quadra 8, lote 1, bloco “B”, mezanino

70070-600 – Brasília – DF

Fone: (61) 3043-3056

E-mail: revista@tst.jus.br

Internet: www.tst.jus.br

Lex Editora S.A.

Rua da Consolação, 77 – 9º andar

01301-000 – São Paulo-SP

Fone: (11) 2126-6000

Assinaturas:

comercial@lex.com.br

www.lex.com.br

**Composição do
Tribunal Superior do Trabalho**

Tribunal Pleno

Ministro João Oreste Dalazen, Presidente do Tribunal
Ministra Maria Cristina Irigoyen Peduzzi, Vice-Presidente do Tribunal
Ministro Antônio José de Barros Levenhagen, Corregedor-Geral da Justiça do Trabalho
Ministro Milton de Moura França
Ministro Carlos Alberto Reis de Paula (Licenciado – Membro do CNJ)
Ministro Ives Gandra da Silva Martins Filho
Ministro João Batista Brito Pereira
Ministro Renato de Lacerda Paiva
Ministro Emmanoel Pereira
Ministro Lelio Bentes Corrêa
Ministro Aloysio Silva Corrêa da Veiga
Ministro Horácio Raymundo de Senna Pires
Ministra Rosa Maria Weber Candiota da Rosa
Ministro Luiz Philippe Vieira de Mello Filho
Ministro Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira
Ministra Maria de Assis Calsing
Ministra Dora Maria da Costa
Ministro Pedro Paulo Teixeira Manus
Ministro Fernando Eizo Ono
Ministro Guilherme Augusto Caputo Bastos
Ministro Márcio Eurico Vitral Amaro
Ministro Walmir Oliveira da Costa
Ministro Mauricio Godinho Delgado
Ministra Kátia Magalhães Arruda
Ministro Augusto César Leite de Carvalho
Ministro José Roberto Freire Pimenta
Ministra Delaíde Alves Miranda Arantes

Órgão Especial

Ministro João Oreste Dalazen, Presidente do Tribunal
Ministra Maria Cristina Irigoyen Peduzzi, Vice-Presidente do Tribunal
Ministro Antônio José de Barros Levenhagen, Corregedor-Geral da Justiça do Trabalho
Ministro Milton de Moura França
Ministro Carlos Alberto Reis de Paula (Licenciado – Membro do CNJ)

Ministro Ives Gandra da Silva Martins Filho
Ministro João Batista Brito Pereira
Ministro Horácio Raymundo de Senna Pires
Ministra Rosa Maria Weber Candiota da Rosa
Ministro Luiz Philippe Vieira de Mello Filho
Ministro Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira
Ministra Dora Maria da Costa
Ministro Fernando Eizo Ono
Ministro Márcio Eurico Vitral Amaro

Seção Especializada em Dissídios Coletivos

Ministro João Oreste Dalazen, Presidente do Tribunal
Ministra Maria Cristina Irigoyen Peduzzi, Vice-Presidente do Tribunal
Ministro Antônio José de Barros Levenhagen, Corregedor-Geral da Justiça do Trabalho
Ministra Dora Maria da Costa
Ministro Fernando Eizo Ono
Ministro Márcio Eurico Vitral Amaro
Ministro Walmir Oliveira da Costa
Ministro Mauricio Godinho Delgado
Ministra Kátia Magalhães Arruda

Subseção I da Seção Especializada em Dissídios Individuais

Ministro João Oreste Dalazen, Presidente do Tribunal
Ministra Maria Cristina Irigoyen Peduzzi, Vice-Presidente do Tribunal
Ministro Antônio José de Barros Levenhagen, Corregedor-Geral da Justiça do Trabalho
Ministro Milton de Moura França
Ministro Carlos Alberto Reis de Paula (Licenciado – Membro do CNJ)
Ministro João Batista Brito Pereira
Ministro Renato de Lacerda Paiva
Ministro Lelio Bentes Corrêa
Ministro Aloysio Silva Corrêa da Veiga

Ministro Horácio Raymundo de Senna Pires
Ministra Rosa Maria Weber Candiota da Rosa
Ministro Augusto César Leite de Carvalho
Ministro José Roberto Freire Pimenta
Ministra Delaíde Alves Miranda Arantes
Desembargador Sebastião Geraldo de Oliveira (Convocado)

Subseção II da Seção Especializada em Dissídios Individuais

Ministro João Oreste Dalazen, Presidente do Tribunal
Ministra Maria Cristina Irigoyen Peduzzi, Vice-Presidente do Tribunal
Ministro Antônio José de Barros Levenhagen, Corregedor-Geral da Justiça do Trabalho
Ministro Ives Gandra da Silva Martins Filho
Ministro Emmanoel Pereira
Ministro Luiz Philippe Vieira de Mello Filho
Ministro Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira
Ministra Maria de Assis Calsing
Ministro Pedro Paulo Teixeira Manus
Ministro Guilherme Augusto Caputo Bastos

Primeira Turma

Ministro Lelio Bentes Corrêa, Presidente
Ministro Luiz Philippe Vieira de Mello Filho
Ministro Walmir Oliveira da Costa

Segunda Turma

Ministro Renato de Lacerda Paiva, Presidente
Ministro Guilherme Augusto Caputo Bastos
Ministro José Roberto Freire Pimenta

Terceira Turma

Ministro Horácio Raymundo de Senna Pires, Presidente

Ministra Rosa Maria Weber Candiota da Rosa

Ministro Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira

Quarta Turma

Ministro Milton de Moura França, Presidente

Ministra Maria de Assis Calsing

Ministro Fernando Eizo Ono

Quinta Turma

Ministro João Batista Brito Pereira, Presidente

Ministro Emmanoel Pereira

Ministra Kátia Magalhães Arruda

Sexta Turma

Ministro Aloysio Silva Corrêa da Veiga, Presidente

Ministro Mauricio Godinho Delgado

Ministro Augusto César Leite de Carvalho

Sétima Turma

Ministro Ives Gandra da Silva Martins Filho, Presidente

Ministro Pedro Paulo Teixeira Manus

Ministra Delaíde Alves Miranda Arantes

Oitava Turma

Ministro Carlos Alberto Reis de Paula, Presidente (Licenciado – Membro do CNJ)

Ministra Dora Maria da Costa

Ministro Márcio Eurico Vitral Amaro

Desembargador Sebastião Geraldo de Oliveira (Convocado)

Ministros do Tribunal Superior do Trabalho



JOÃO ORESTE DALAZEN
Presidente



CRISTINA PEDUZZI
Vice-Presidente



BARROS LEVENHAGEN
Corregedor-Geral



MILTON DE MOURA FRANÇA



CARLOS ALBERTO



IVES GANDRA FILHO



BRITO PEREIRA



RENATO PAIVA



EMMANOEL PEREIRA



LELIO BENTES



ALOYSIO VEIGA



HORÁCIO SENNA
PIRES



ROSA MARIA WEBER



VIEIRA DE MELLO
FILHO



ALBERTO BRESCIANI



MARIA DE ASSIS
CALSING



DORA COSTA



PEDRO PAULO MANUS



FERNANDO EIZO ONO



GUILHERME
CAPUTO BASTOS



MARCIO EURICO
VITRAL AMARO



WALMIR OLIVEIRA
DA COSTA



MAURÍCIO GÓDINHO
DELGADO



KÁTIA MAGALHÃES
ARRUDA



AUGUSTO CÉSAR
LEITE DE CARVALHO



JOSÉ ROBERTO
FREIRE PIMENTA



DELAÍDE ALVES
MIRANDA ARANTES

Sumário

EDIÇÃO COMEMORATIVA DOS 70 ANOS DA JUSTIÇA DO TRABALHO

1. Pressupostos e funções da responsabilidade civil subjetiva na atualidade: um exame a partir do direito comparado
Ana Frazão 17
2. A discriminação na aplicação das normas de proteção às pessoas com deficiência
Christiani Marques 44
3. A eficácia dos Direitos Fundamentais nas relações entre particulares: o caso das relações de trabalho
Daniel Sarmiento e Fábio Rodrigues Gomes 60
4. Proteção dos direitos sociais: desafios do *ius commune* sul-americano
Flávia Piovesan 102
5. Tutela inibitória em matéria labor-ambiental
Guilherme Guimarães Feliciano 140
6. Considerações a respeito das relações entre a Constituição Federal de 1988 e os tratados internacionais de direitos humanos
Ingo Wolfgang Sarlet 162
7. Aspectos de alguns pressupostos histórico-filosóficos hermenêuticos para o contemporâneo Direito Civil brasileiro: elementos constitucionais para uma reflexão crítica
Luiz Edson Fachin 186
8. Eficácia horizontal dos direitos fundamentais nas relações de emprego – alguma verdade
Luiz Otávio Linhares Renault e Isabela Márcia de Alcântara Fabiano 204
9. O equilíbrio do meio ambiente do trabalho: direito fundamental do trabalhador e de espaço interdisciplinar entre o Direito do Trabalho e o Direito Ambiental
Norma Sueli Padilha 231

10. Gestão processual – mecanismo de efetividade e celeridade da atividade jurisdicional <i>Ricardo Fioreze</i>	259
---	-----

NOTAS E COMENTÁRIOS

TST promove audiência pública sobre terceirização de mão de obra ..	283
Ministra Rosa Maria Weber toma posse no Supremo Tribunal Federal	283

**Edição comemorativa dos 70 anos
da Justiça do Trabalho**

PRESSUPOSTOS E FUNÇÕES DA RESPONSABILIDADE CIVIL SUBJETIVA NA ATUALIDADE: UM EXAME A PARTIR DO DIREITO COMPARADO

Ana Frazão*

1 – INTRODUÇÃO

O objetivo do presente artigo é o de oferecer, a partir da análise do direito comparado, algumas considerações sobre os pressupostos da responsabilidade civil subjetiva na atualidade, notadamente no que diz respeito às suas funções e aos seus pressupostos.

O estudo inicia-se pelo resgate histórico da construção dos principais modelos de responsabilidade civil – o francês, o alemão e o inglês –, que influenciaram, em maior ou menor grau, o tratamento do assunto em praticamente todos os países ocidentais, incluindo o Brasil¹.

Apesar de cada um dos referidos modelos ter estruturado a responsabilidade civil subjetiva de forma própria e sob diferentes perspectivas, a evolução dos três possibilitou uma progressiva convergência. Tais aproximações intensificaram-se na atualidade, diante da preocupação comum de expandir a responsabilidade civil sem negligenciar a necessidade de distinguir o dano indenizável das perdas insuscetíveis de reparação².

* *Diretora da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília (UnB); professora de Direito Civil e Comercial da Universidade de Brasília (UnB).*

1 De acordo com Cees van Dam (2006, p. 7-8), França, Alemanha e Inglaterra representam as três maiores tradições jurídicas sobre o assunto, tendo o modelo alemão influenciado diretamente a Áustria, Grécia e Portugal e o modelo francês influenciado diretamente a Bélgica, Itália, Holanda, Polônia e Espanha. Já o modelo inglês influenciou os países de *common law*. No Brasil, é nitida a influência do modelo francês e, em alguns aspectos, do modelo alemão.

2 Vale ressaltar a seguinte lição de Cees van Dam (op. cit., p. 115): “The scope of application of fault liability needs to be limited since it is undesirable that each kind of loss or harm and each kind of harmful negligent conduct can give rise to liability”. Em sentido próximo, conclui Christian von Bar (2005, p. 6) que todos os sistemas europeus diferenciam o prejuízo ou perda (*harm* ou *loss*) do dano (*damage*) para efeitos da responsabilidade civil.

A partir da compreensão das semelhanças e das diferenças entre os modelos, procurar-se-á, em uma segunda etapa, propor reflexão sobre a responsabilidade civil subjetiva na atualidade, atenta ao fato de que a matéria é das que sofre mais diretamente os impactos das constantes mudanças sociais³, além de se sujeitar cada vez mais à influência recíproca entre os diferentes ordenamentos de um mundo globalizado⁴.

Daí porque o estudo do direito comparado, nessa seara, é de fundamental importância para a identificação das possibilidades e perspectivas que se abrem para a responsabilidade civil, tanto no âmbito do direito estrangeiro como no direito brasileiro.

2 – A CONSTRUÇÃO DA RESPONSABILIDADE CIVIL CONTEMPORÂNEA NO DIREITO OCIDENTAL

2.1 O modelo francês

O modelo francês foi elaborado a partir da influência direta do jusnaturalismo moderno, que vinculou a responsabilidade civil à finalidade ressarcitória e à culpa⁵. Nesse sentido, o Código Civil francês de 1804 baseou-se essencialmente em duas cláusulas gerais que, em seu conjunto, refletiram o princípio básico da culpa (*faute*) como fundamento da responsabilidade civil⁶, tornando desnecessária a tipificação dos atos ilícitos civis, tal como havia no direito romano.

É por essa razão que o modelo francês é classificado como principiológico ou conceitualista⁷, pois foi alicerçado essencialmente sobre o princípio ou o

3 Destaca-se a seguinte lição de Castronovo (2006, p. 100): “La dottrina, da canto suo, ha reso la responsabilità civile consciente di questo sue essere l’istituto giuridico di primi impatto sul quale si riflette in presa diretta il mutamento sociale”.

4 De acordo com Deakin, Johnston e Markesinis (2008, p. 15), “tort law is becoming by the day a more complex set of rules than it ever was, where national law mixes with legal ideas which emanate from foreign jurisdictions”. Não é sem razão que, como adverte Wagner (2006, p. 1.004), a responsabilidade civil tem sido uma das áreas de maior interesse do direito comparado.

5 Zeno-Zencovich (2005, p. 275) mostra que o jusnaturalismo, especialmente em razão da influência de Grocio e Pufendorf, deixou claro que a responsabilidade civil teria finalidade reparatória e seria baseada no princípio geral de que a culpa obriga o ressarcimento do dano, ao contrário do que ocorria no direito romano, no qual os ilícitos eram típicos. Patrice Jourdain (2000, p. 9) mostra que tal processo chegou ao ápice com Domat, que formulou, em termos gerais, o princípio segundo o qual não há responsabilidade sem falta (“il n’y a pas de responsabilité sans faute”).

6 O art. 1.382 prevê que “tout fait quelconque de l’homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par le faute duquel il est arrivé, à le réparer”. Já o art. 1.383 dispõe que “chacun est responsable du dommage qu’il a cause non seulement par son fait, mais encore par sa négligence ou par son imprudence”.

7 Wagner (op. cit., p. 1009) define o modelo francês como principiológico, enquanto que Cees van Dam (op. cit., p. 46 e 114) o classifica como conceitualista em sentido amplo, esclarecendo que o art. 1.382, do Código francês, é uma das mais gerais previsões sobre atos ilícitos jamais redigida.

conceito de *faute*. Tal noção, embora apresente inúmeros sentidos⁸ e englobe simultaneamente a ideia de ilicitude e de culpabilidade, acabou sendo mais associada à culpa em seu sentido moral⁹.

De qualquer forma, o Código Napoleônico não definiu a *faute* nem condicionou a responsabilidade civil à violação de direitos subjetivos ou de interesses previamente definidos, tal como ocorreria com o modelo alemão. Consequentemente, o modelo francês sempre apresentou grande maleabilidade, até porque coube à jurisprudência, especialmente à Corte de Cassação francesa, papel importantíssimo na construção dos pressupostos da responsabilidade civil, por meio da identificação da *faute* e da densificação dos requisitos específicos para a indenização¹⁰.

Com efeito, para compensar a elasticidade da noção de *faute*, a jurisprudência francesa lastreou os fundamentos da responsabilidade civil em importantes parâmetros objetivos, tais como o dano direto e o nexa causal, analisados a partir de cuidadoso balanceamento dos interesses envolvidos¹¹.

Não obstante tais mecanismos de controle, o modelo francês mostrou-se idôneo para considerar como dano a violação de qualquer interesse, ainda que meramente econômico, desde que fosse legítimo e certo¹². É inequívoca, portanto, a relação entre a estrutura flexível do modelo francês e a indeterminação dos interesses protegidos por meio da responsabilidade civil, o que possibilitou a sua fácil adaptação às transformações sociais pela via jurisprudencial.

8 Adverte Cees van Dam (op. cit., p. 48) que Rabut havia contado, em 1948, pelo menos 23 diferentes definições de *faute* na literatura jurídica francesa.

9 Marton (1938, p. 42-46) reconhece, com desagrado, que, diante da omissão do Código Napoleônico em prever a ilicitude do ato como elemento constitutivo da responsabilidade civil, parte expressiva da doutrina francesa adotou a *faute* em seu sentido subjetivo de reprovabilidade moral ou culpa, o que, no seu ver, seria fortemente criticável, diante da necessidade de se valorizar igualmente o descumprimento de um dever. Para Menezes Cordeiro (1997, p. 430), embora a *faute* abrangesse a ilicitude, a culpa e o nexa causal, foi muitas vezes apropriada pelo direito estrangeiro tão somente como culpa. Todavia, uma conclusão parece certa: como asseveram Zweigert e Kötz (1995, p. 313), os juristas franceses não chegaram a distinguir com clareza a antijuridicidade da culpabilidade.

10 Este aspecto é pacífico na doutrina, sendo bem explorado por autores como Zweigert e Kötz (op. cit., p. 310) e Cees van Dam (op. cit., p. 43).

11 É o que ensinam Alpa e Bessone (2001, p. 38-39), para os quais a jurisprudência francesa procurou compensar a insuficiência da culpa como fonte única de responsabilidade por meio de outros elementos objetivos (natureza do interesse lesado, certeza do dano, nexa causal e excludentes de responsabilidade), realizando, desde o século XIX, um atento balanceamento dos interesses a serem compostos pela responsabilidade civil. Daí a conclusão de Cees van Dam (op. cit., p. 42) de que os pressupostos da responsabilidade civil na França são a *faute*, o dano e a relação de causalidade.

12 Alpa e Bessone (op. cit., p. 38-39), com base na lição de Viney, concluem que os autores franceses mais modernos acabaram alargando progressivamente a vocação indenizatória da responsabilidade, a fim de estendê-la a qualquer interesse, desde que certo. Para Christian von Bar (op. cit., p. 32), o exame do direito francês sugere que nem todos os danos econômicos estão protegidos pela cláusula geral de responsabilidade, exigindo-se o requisito do interesse legítimo.

Outra característica importante do modelo francês é a sua preocupação fundamental de possibilitar a mais ampla reparação e proteção da vítima¹³. Somente no que diz respeito à concepção de culpa é que o modelo pode ser considerado restritivo, pois, pelo menos no século XIX, considerava apenas o aspecto subjetivo da conduta, relacionado à reprovabilidade moral da vontade do agente e à previsibilidade dos efeitos do seu comportamento¹⁴.

2.2 O modelo alemão

Segundo Cees van Dam (op. cit., p. 8), o modelo alemão de responsabilidade civil é o mais elaborado e sistematizado da Europa. Uma das explicações para tal sofisticação é a influência da Pandectística, que, dentre outros aspectos, concebia o ato ilícito extracontratual sob dupla perspectiva: (i) a ilicitude, vista a partir da violação das normas jurídicas, e (ii) a culpa, vista a partir da reprovabilidade da conduta¹⁵.

O modelo alemão jamais lidou, portanto, com uma categoria tão abrangente como a *faute*¹⁶. É precisa a conclusão de Fromont (2001, p. 59) de que aquilo que os franceses viam como *faute* os alemães desdobravam em *Rechtswidrigkeit* (ilicitude) e *Verschulden* (culpabilidade)¹⁷. Mesmo a noção de culpa era distinta do modelo francês, sendo entendida sob viés objetivo, em

-
- 13 A ênfase primordialmente compensatória e voltada para a proteção da vítima do modelo francês é enfatizada por vários autores, tais como Christian von Bar (op. cit., p. 243) e André Tunc (1965, p. 1091). Para Cees van Dam (op. cit., p. 186), a preocupação primária do direito francês é a de realizar a justiça prática em cada caso.
- 14 É o que se observa pela seguinte lição de Carbonnier (2004, p. 2.257): “La faute est une défaillance dans la conduite, qui suppose une défaillance dans la volonté; elle ne peut être reprochée, imputée, qu’à celui que a une volonté, rasoinnable et libre. La réparation du dommage, dans ce système, est subordonnée à une recherche psychologique et à une appréciation morale”.
- 15 Zeno-Zencovich (op. cit., p. 278) ensina que, enquanto o Código Napoleônico constituiu uma síntese do modelo romanístico revisto pelo pensamento jusnaturalista, o BGB é reflexo do modelo romanístico revisto pelo pensamento da Pandectística. Menezes Cordeiro (op. cit., p. 433-434 e 458) ressalta que o modelo alemão foi bastante influenciado por Jhering, para quem os pressupostos da responsabilidade seriam: (i) a ilicitude, como elemento objetivo, voltada para a inobservância das normas jurídicas, e (ii) a culpa, como elemento subjetivo, referente à censura à ação ou omissão.
- 16 Segundo Menezes Cordeiro (op. cit., p. 423-427), a responsabilidade civil extracontratual no século XIX desenvolveu-se no sistema romano-germânico a partir de dois modelos: a *faute* e o critério duplo da culpa e da ilicitude. A diferença essencial entre as duas abordagens é que, enquanto a francesa (*faute*) baseia-se em um juízo envolvente que verifica simultaneamente a desconformidade da conduta do agente com o direito e a censurabilidade desta, a alemã identificava primeiramente a ilicitude e depois o juízo de censurabilidade (culpa em sentido estrito). Por essa razão, o autor refere-se ao sistema francês como monista e o alemão como dualista.
- 17 De acordo com Cees van Dam (op. cit., p. 115), embora o conceito de antijuridicidade esteja no coração de cada sistema delitual – inclusive no direito anglo-saxão, que o conhece como *unlawfulness* ou *wrongfulness* –, apenas os alemães ousaram falar abertamente sobre tal mistério, em razão do seu caráter extremamente problemático.

razão do qual a reprovabilidade do ato era constatada por meio da sua comparação com o padrão de comportamento esperado¹⁸.

Outra importante peculiaridade do modelo alemão foi a de adotar estrutura intermediária entre as cláusulas gerais abrangentes do modelo francês, consideradas perigosas por possibilitarem grande subjetividade à apreciação judicial¹⁹, e a tipificação das condutas ensejadoras de responsabilidade civil existente no modelo anglo-saxão²⁰.

Por essa razão, o BGB, que entrou em vigor em 1900, além de conter disciplina mais pormenorizada e técnica do que a francesa²¹, previu três cláusulas gerais de responsabilidade, que abarcavam os seguintes tipos de atos ilícitos:

“(i) uma cláusula central²², que considerou dano suscetível de reparação a violação dolosa ou culposa praticada contra a vida, o corpo, a saúde, a liberdade, os bens ou outros direitos de um indivíduo fixados pela lei (§ 823, I);

(ii) uma cláusula supletiva²³, que considerou dano suscetível de reparação o decorrente da violação culpável de norma de proteção estabelecida em favor de outrem (§ 823, II)²⁴, e

-
- 18 Ensinam Zweigert e Kötz (op. cit., p. 286) que, no sistema alemão, a análise da reprovabilidade da conduta, como requisito do ato ilícito, tinha como pressuposto, portanto, a comparação entre a conduta examinada e a conduta que se esperaria, em situação objetiva idêntica, de um homem consciencioso.
- 19 Cees van Dam (op. cit., p. 66-67) mostra que a primeira redação do BGB alemão continha duas cláusulas gerais de responsabilidade, o que foi visto como algo perigoso, por deixar muita liberdade para os tribunais. Daí a solução de se ter três pequenas cláusulas com um escopo mais restrito de aplicação. Em sentido semelhante, Zweigert e Kötz (op. cit., p. 285) concordam com o fato de que a solução adotada pelo BGB procurou evitar os abusos que se identificavam em numerosas sentenças dos tribunais franceses diante de uma cláusula de responsabilidade muito geral.
- 20 Segundo Wagner (op. cit., p. 1.008), o sistema alemão decorreu de um compromisso entre uma estrutura de *torts* específicos e uma cláusula geral, opção última que preocupava os legisladores em razão da sua incerteza, motivo pelo qual queriam especificar os escopos de proteção a fim de conferir ao juiz certos *standards* objetivos para suas decisões.
- 21 Do ponto de vista quantitativo, o BGB trata do tema do § 823 ao § 851, enquanto que o Código Napoleônico disciplina a matéria em apenas cinco artigos: do 1.382 ao 1.386.
- 22 A proeminência do § 823, I, do BGB, no direito alemão, é explorada por Dannemann (1993, p. 55-56), dentre outros.
- 23 Markesinis e Unberath (2002, p. 885-886) advertem que a norma do § 823, II, é uma hipótese adicional de responsabilidade.
- 24 Esclarece Dannemann (op. cit., p. 60) que, para efeitos do § 823, II, do BGB, não importa se a norma de proteção pertence ao direito público, privado ou criminal, desde que tenha a finalidade de proteger a vítima como indivíduo ou como parte de certo grupo de indivíduos, não se destinando ao público em geral. Markesinis e Unberath (op. cit., p. 885) ensinam que o termo *Gesetz* (lei), utilizado pelo § 823, II, do BGB, é considerado em sentido amplo, a fim de abarcar todo tipo de lei de direito público ou privado, bem como atos normativos infralegais, tais como decretos governamentais e atos normativos locais, desde que pretendam proteger direitos legais essenciais ou valores, proibam determinados comportamentos considerados perigosos ou pretendam proteger determinadas situações pessoais, incluindo interesses econômicos.

(iii) uma cláusula residual²⁵ que considerou dano a conduta dolosa e violadora dos bons costumes (§ 826), assim considerados também a ordem econômica, a ordem jurídica e o interesse público.”²⁶

Diante desse quadro normativo, é fácil compreender porque o modelo alemão ficou conhecido pela peculiaridade de especificar os interesses protegidos pelas normas de responsabilidade civil, circunstância que revela certa aproximação com o sistema romano de atos ilícitos típicos²⁷.

Outra característica importante do modelo alemão é que, embora seja normalmente associado à violação de direitos absolutos²⁸, também adota como pressuposto da responsabilidade a violação culpável de normas de proteção de determinado grupo de pessoas ou a violação dolosa dos bons costumes.

Como as últimas duas hipóteses não se referem à violação de direitos subjetivos, pelo menos do ponto de vista apriorístico, tem-se a possibilidade de ressarcimento dos chamados danos puramente econômicos no direito alemão²⁹. Entretanto, subsiste a necessidade de que haja a violação de algum interesse

25 Para Cees van Dam (op. cit., p. 70), a hipótese do § 826 é nitidamente residual, pensada para situações de inaplicabilidade das hipóteses anteriores. Markesinis e Unberath (op. cit., p. 889) concordam com o caráter residual da norma, advertindo que a sua finalidade principal foi a de acomodar futuras expansões da responsabilidade civil na Alemanha.

26 Cees van Dam (op. cit., p. 70-71) ensina que a expressão “bons costumes” sempre foi interpretada extensivamente, para o fim de abarcar condutas contrárias à ordem econômica e jurídica e mesmo à ordem pública, admitindo até mesmo fundamentação conexa com os direitos fundamentais. Markesinis e Unberath (op. cit., p. 889-890) ressaltam a possibilidade do dolo eventual e esclarecem que, após um breve interlúdio durante o período do nazismo, quando tal previsão foi subvertida para servir à causa do nacional-socialismo, o conceito de bons costumes tem recebido uma constante definição, estando associado ao que o direito inglês chama de *public policy* ou ao que o direito francês chama de *ordre publique*. Dentre os exemplos de sua aplicação, Markesinis e Unberath (op. cit., p. 890-892) destacam a prestação de falsas informações, a elaboração de falsos balanços por diretores de companhias para atrair potenciais investidores, a obtenção de decisões judiciais mediante fraude, a indução de quebra de contrato, a atuação desleal nos negócios e até mesmo o abuso de direitos.

27 Daí a acertada conclusão de Zweigert e Kötz (op. cit., p. 285), segundo os quais o BGB acabou adotando uma solução intermediária entre a casuística do direito comum de origem romana e a adoção de apenas uma cláusula geral.

28 Tal conexão é reconhecida, dentre outros, por Zeno-Zencovich (op. cit., p. 279) e Menezes Cordeiro (op. cit., p. 437), até porque, como advertem Zweigert e Kötz (op. cit., p. 286-287), o § 823, I, do BGB sempre foi interpretado no sentido de que apenas se cogitaria da responsabilidade civil na hipótese de lesão a um dos bens jurídicos elencados na norma, ou seja, a vida, a pessoa, a saúde, a liberdade, a propriedade ou um outro direito. Segundo Alpa e Bessone (op. cit., p. 5), as exigências da maior liberdade empresarial possível, em razão do *laissez-faire*, faziam com que nem todos os danos pudessem ser ressarcíveis, mas tão somente aqueles identificados com os valores mais importantes da sociedade e que, exatamente por isso, seriam absolutos: a propriedade e a pessoa humana.

29 É o que defendem Markesinis e Unberath (op. cit., p. 886) em relação ao § 823, II, do BGB, Gordley (2006, p. 163) em relação ao § 826 e Cees van Dam (op. cit., p. 70) em relação a ambos os dispositivos.

previamente tutelado, pelo menos no que diz respeito aos atos culposos³⁰. Daí a conclusão de Christian von Bar (op. cit., p. 31) de que, no modelo alemão, saber se alguém é responsável civilmente por determinados danos depende largamente dos interesses qualificados que foram violados.

Outro aspecto curioso do modelo alemão é que a expansão da responsabilidade civil ocorreu principalmente por meio da criação de novos direitos subjetivos³¹, tais como o direito geral da personalidade³², o direito de exercer empresa e o direito de manter o emprego diante de terceiros³³.

2.3 O modelo inglês

O modelo inglês foi formado a partir das influências dos *writs* medievais para a defesa de direitos³⁴. Daí o surgimento dos *torts*, termo que não encontra correspondência no direito romano-germânico³⁵, já que não significa propriamente atos ilícitos, mas sim condutas ensejadoras de responsabilidade extracontratual. Com efeito, alguns *torts* são considerados *per se*, no sentido de que não exigem a análise da culpa e, em muitos casos, nem mesmo a prova do dano, já que a ação correspondente visa mais a assegurar o direito do que a compensar a vítima³⁶.

-
- 30 A ressalva dos atos culposos deve-se ao fato de que alguns autores, tais como Zeno-Zencovich (op. cit., p. 280) e Peter Stein (1995, p. 277), concluem que o direito alemão aceitou o princípio da responsabilidade geral por todos os danos causados dolosamente (§ 826 do BGB), mas, no caso dos danos decorrentes da culpa, condicionava a responsabilidade à violação de alguns dos interesses expressamente previstos na norma.
- 31 É esta a opinião de Cees van Dam (op. cit., p. 70), segundo o qual o modelo alemão evoluiu principalmente em razão da interpretação extensiva do § 823, I, do BGB, principalmente em matéria de propriedade. Markesinis e Unberath (op. cit., p. 889) destacam que, ao lado do reconhecimento de novos direitos, houve igualmente a expansão da responsabilidade contratual em área que poderia ser definida como província da responsabilidade extracontratual.
- 32 Em 1954, foi criado jurisprudencialmente o direito geral de personalidade (*das Allgemeine Persönlichkeitsrecht*) para a melhor proteção dos interesses ligados à pessoa (Cees van Dam, op. cit., p. 72).
- 33 Dentre os novos direitos que foram sendo reconhecidos, para o fim de justificar a responsabilidade civil extracontratual, Zeno-Zencovich (op. cit., p. 280) aponta o direito de empresa, que tutela os empreendedores dos inúmeros atos que prejudicam sua atividade, como a concorrência desleal. Christian von Bar (op. cit., p. 56) destaca o direito de manter o emprego diante de terceiros, bem como a liberdade de associação.
- 34 Segundo Wagner (op. cit., p. 1008), o direito inglês dos *torts* corresponde ao direito romano, ainda que uma recepção total nunca tenha havido.
- 35 Para Cees van Dam (op. cit., p. 4), “*tort* is a typical common law term which does not have a proper parallel in the continental legal systems”.
- 36 Ensina Christian von Bar (op. cit., p. 13) que o dano (*damage*), no direito anglo-saxão, é de difícil definição, até porque há *torts* acionáveis *per se*, em relação aos quais é dispensável a prova do dano. Segundo Deakin, Johnston e Markesinis (op. cit., p. 30), é melhor falar em *law of torts* do que em *law of tort*, pois não há um conjunto comum de características que todos os *torts* possuam. Alguns poucos são aperfeiçoados sem dano, como é o caso do *trespass* e *libel*, motivo pelo qual são considerados *per se*, hipótese em que a função do *Tort Law* é de assegurar os direitos e não necessariamente compensar a vítima, ainda que ela possa ser compensada se tiver sofrido danos. Outros *torts* são aperfeiçoados sem *fault* (*blameworthiness*), embora seja uma exceção.

Esse aspecto já revela características importantes do modelo inglês, pois ele foi arquitetado sem ter a finalidade compensatória como essencial em todos os *torts*, bem como em contexto no qual não havia identificação precisa entre a responsabilidade subjetiva e a objetiva³⁷, apesar da tendência mais recente de se exigir a culpa mesmo para os *torts* “objetivos”³⁸.

Não obstante algumas diferenças entre o direito norte-americano e o inglês³⁹, ambos estruturaram os seus modelos de responsabilidade na tipificação das condutas, vinculando-as às ações correspondentes⁴⁰. Somente a partir da segunda metade do século XIX, em razão de grande esforço sistematizador por parte da doutrina, é que se tornou possível falar de um regime de *torts*⁴¹.

É considerável, pois, a distância entre o regime de *torts* e o regime de responsabilidade civil encontrado no direito romano-germânico, especialmente em razão da inexistência, no primeiro, de cláusulas gerais. Consequentemente, a evolução da responsabilidade civil no direito anglo-saxão ocorreu principalmente por meio da adaptação dos *torts* já existentes às modificações econômicas e sociais, para o fim de criar novas obrigações de ressarcir danos.

Outro fator fundamental para o desenvolvimento da responsabilidade civil no modelo anglo-saxão foi a consolidação e a expansão da *negligence*, *tort* que, em seu sentido original, tinha como pressuposto a violação (*breach*) de um preciso dever de cuidado (*duty of care*) do qual resultasse um dano (*damage ou*

37 Vale ressaltar a seguinte lição de Gordley (op. cit., p. 165): “As Milsom and Fifoot have pointed out, the question is misleading because, traditionally, the common lawyers did not clearly distinguish fault-based and strict liability”. Prosseguindo, o autor afirma que, em relação a vários *torts*, não há resposta clara para a exclusão da responsabilidade em razão da inexistência de culpa.

38 Como explica Christian von Bar (op. cit., p. 206-207), há *torts* que exigem apenas o ato voluntário e não propriamente a intenção. Outros que exigem que o autor tenha consciência das consequências da sua ação. Há, todavia, uma tendência dos últimos cem anos para que mesmo *torts* considerados objetivos (*strict*) venham exigir a culpa.

39 Uma das principais diferenças, apontadas por Zeno-Zencovich (op. cit., p. 288), diz respeito às funções da responsabilidade civil, já que o direito norte-americano estrutura a responsabilidade civil principalmente nas suas funções afliativa e de desestímulo, por meio dos *punitive damages*. Segundo Ponzanelli (1992, p. 35), as funções punitiva e preventiva são um dos objetivos primários da responsabilidade civil nos Estados Unidos.

40 Daí a dificuldade, apontada por Zweigert e Kötz (op. cit., p. 294), de se considerar o direito dos *torts* como uma matéria unitária não apenas para efeitos acadêmicos, mas também judiciais. Acresce que, como destaca Gordley (op. cit., p. 164), o jurista do *common law* pensa mais em termos de *actions* do que de *torts*.

41 Vale ressaltar a lição de René David (2006, p. 109), segundo a qual, apesar das peculiaridades do regime de *torts*, a doutrina acabou conseguindo elaborar uma “verdadeira parte geral” sobre os mesmos, especialmente no que diz respeito às causas de exoneração de responsabilidade, à natureza do dano, ao montante da indenização e às ações respectivas.

injury)⁴² normalmente relacionado à vida, à integridade física e à propriedade⁴³. Com o passar do tempo, a exigência de específico dever de cuidado foi sendo flexibilizada para abarcar deveres mais gerais⁴⁴, possibilitando que a *negligence* evoluísse para se tornar um tipo mais flexível ou residual⁴⁵.

Diante de tal plasticidade, a *negligence* passou a ter posição central na primeira metade do século XX⁴⁶, absorvendo outros *torts*⁴⁷. Em decorrência, assumiu função equiparada à de uma cláusula geral de responsabilidade extracontratual⁴⁸, possibilitando a expansão da responsabilidade civil em diversos setores, tais como nas atividades empresariais⁴⁹.

Para a constatação da *negligence*, o aspecto fundamental é a existência do *duty of care*⁵⁰, que jamais foi considerado *erga omnes*, mas dependente de rela-

42 Por essa razão, Epstein (1999, p. 110) afirma que os elementos da negligência são: *duty, breach, cause e damage*. Este princípio é bem lembrado na seguinte lição de Lord Atkin em *Demogue vs. Stevenson*, de 1932 (Zweigert e Kötz, op. cit., p. 300).

43 Segundo Zeno-Zencovich (op. cit., p. 284), o espectro de proteção do dever de cuidado abrange essencialmente a vida, a integridade física e a propriedade, sendo mais incerta a sua extensão a outros interesses, sobretudo se não materiais.

44 De acordo com Ponzanelli (op. cit., p. 14), a evolução do conceito de *negligence* possibilitou a sua extensão não somente para os casos de omissão de um dever preexistente específico, mas também para abarcar a violação de um *standard* generalíssimo.

45 Zweigert e Kötz (op. cit., p. 299) asseveram que tal tipo de *tort* começou a ser reconhecido no curso do século XIX como título autônomo para o ressarcimento do dano aquiliano, a partir do princípio da responsabilidade por culpa (*no liability without fault*). Por essa razão, conclui Arsenault (op. cit., p. 15) que o tipo da negligência evoluiu até se tornar uma forma de ação geral e residual.

46 Assim como ocorreu nos países de *civil law*, a culpa ou *negligence* passou a ser progressivamente uma posição central na responsabilidade civil (Ponzanelli, op. cit., p. 56).

47 Segundo Wagner (op. cit., p. 1.009), a *negligence* brilha sobre os demais *torts*, constituindo o próprio *tort*, na medida em que vai abarcando outros, como *assault e battery*.

48 Vale destacar a seguinte lição de René David (op. cit., p. 109): “Todavia, a característica mais marcante do novo direito talvez seja a elaboração pelas Cortes, numa obra comparável à que foi realizada na França pela jurisprudência em relação ao art. 1384 do Código Civil, de um novo delito civil, o *tort* de negligência, graças ao qual os ingleses não estão distantes de ter estabelecido um princípio geral de responsabilidade”.

49 Vale ressaltar a seguinte lição de Deakin, Johnston e Markesinis (op. cit., p. 113): “The *tort* of *negligence* forms one of the most dynamic and rapidly changing areas of liability in the modern common law”. Zeno-Zencovich (op. cit., p. 283 e 287) mostra que, nos Estados Unidos, partindo do fundamento comum da *negligence*, houve um desenvolvimento jurisprudencial muito vasto e incisivo, com larga aplicação sobretudo nas atividades empresariais.

50 Segundo Deakin, Johnston e Markesinis (op. cit., p. 33 e 97), a noção de dever ocupa um papel cardinal no *common law of torts*, até porque, no *tort* da *negligence*, a primeira pergunta é saber se há o *duty of care* e se houve a violação correspondente. Daí porque ensina Christian von Bar (op. cit., p. 41) que a questão principal no direito inglês não é a de saber se um direito absoluto foi violado, mas sim se houve a quebra do dever de cuidado.

ção prévia entre o ofensor e a vítima⁵¹. Daí se explica a preocupação do direito anglo-saxão em delimitar o *duty of care*⁵², depurando os deveres específicos que justificariam a responsabilidade civil com base na *negligence*, inclusive para o fim de haver maior controle sobre as decisões judiciais⁵³. A imposição do *duty of care* a determinadas situações também sempre veio cercada de considerações relacionadas à previsibilidade do dano, à justiça e à razoabilidade de tal exigência e também à implementação de determinadas políticas⁵⁴.

Já no que se refere à constatação da violação do dever de cuidado, nunca houve maior preocupação com os aspectos subjetivos da conduta analisada⁵⁵, mas sim com padrões objetivos, por meio dos quais se poderia comparar a atuação do agente com o *standard* do *reasonable man*⁵⁶.

3 – AS PRINCIPAIS APROXIMAÇÕES E DISTINÇÕES ENTRE OS MODELOS DE RESPONSABILIDADE

3.1 Pressupostos e funções

Apesar das distinções apontadas, é fácil observar que existe grande similitude entre os pressupostos básicos da responsabilidade civil nos três modelos:

-
- 51 Zeno-Zencovich (op. cit., p. 282) mostra que um dos problemas fundamentais do dever de cuidado era exatamente o de delimitar quais seriam os destinatários deste. Para isso, o direito anglo-saxão desenvolveu a ideia de que um dos seus pressupostos era a existência de uma prévia relação entre o ofensor e a vítima (Ponzanelli, op. cit., p. 62-63). Arsenault (op. cit., p. 18-24) aponta a importância de Lord Atkin para o desenvolvimento da noção de proximidade suficiente, como pressuposto da existência do dever de diligência. Uma boa ideia desta relação de pertinência entre o ofensor e a vítima é dada por Gevurtz (2000, p. 274): “The idea is that persons, who engage in conduct which creates a risk of harm to others, have, as a general proposition, a duty to act as a reasonably prudent person would act under the same circumstances to avoid such harm”.
- 52 No caso do direito inglês, adverte Zeno-Zencovich (op. cit., p. 280), que foi em torno do *duty of care* que se concentrou a maior atenção dos estudiosos da matéria.
- 53 Arsenault (op. cit., p. 18) mostra que, até diante da tendência do júri popular indenizar sempre as vítimas, o dever de cuidado tornou-se importante mecanismo de controle da negligência, ainda que os tribunais admitissem facilmente este dever.
- 54 Segundo Cees van Dam (op. cit., p. 93-95), três requisitos foram estabelecidos pela *House of Lords* para a identificação da violação do *duty of care*: (i) que o dano seja razoavelmente previsível, (ii) que haja proximidade entre o autor e a vítima e (iii) que a imposição do *duty of care* seja *fair, just and reasonable*. Prossegue o autor (*idem*) mostrando que é preciso uma boa razão para a existência do *duty of care*, sendo certo que tal motivação, que funciona como limite para a responsabilidade civil, está igualmente associada a determinadas políticas. Deakin, Johnston e Markesinis (op. cit., p. 128) mencionam igualmente a necessidade da proximidade e que o *duty of care* precisa atender ao padrão do *fair, just and reasonable*.
- 55 Zeno-Zencovich (op. cit., p. 284) sustenta que o direito inglês não seguiu a tendência continental de distinguir entre os elementos objetivos (conduta, causalidade e dano) e os elementos subjetivos (culpa e dolo), já que a inobservância do comportamento devido determinaria automaticamente a existência do ato ilícito. Já em relação ao direito norte-americano, sustenta o autor (op. cit., p. 287) que o *tort* é, essencialmente, a violação objetiva de uma obrigação socialmente reconhecida.
- 56 Nesse aspecto, a semelhança com o direito alemão é clara, embora a identificação de parâmetros objetivos de comportamento sempre tenha sido objeto de controvérsias no *common law*, como ensina Epstein (op. cit., p. 110).

(i) na França, são requisitos da responsabilidade a *faute*, o dano e o nexo causal; (ii) na Alemanha, a *faute* é desdobrada em seus aspectos de antijuridicidade e culpabilidade, sendo igualmente exigíveis o nexo causal e o dano associado à violação de direitos ou de interesses juridicamente protegidos e (iii) no modelo anglo-saxão, a maioria dos *torts* exige a culpa, o dano e o nexo causal, com a ressalva de que, na *negligence*, é necessária a violação de um dever de cuidado previamente existente entre as partes⁵⁷.

Diante de tantas aproximações, Cees van Dam (op. cit., p. 113) conclui que a *faute* francesa é comparável tanto à combinação inglesa do *duty of care* e *breach of duty* como aos requisitos de ilicitude e culpabilidade exigidos pelo direito alemão. A diferença é que os dois últimos modelos contêm exigências adicionais.

Já no que se refere às funções da responsabilidade civil, as diferenças são maiores, pois os sistemas europeus continentais, como é o caso do francês e do alemão, priorizam essencialmente a compensação e o desestímulo, enquanto que o modelo anglo-saxão, especialmente o norte-americano, adota mais abertamente a função punitiva⁵⁸.

Ainda se pode observar algumas diferenças relacionadas aos objetivos últimos da compensação e desestímulo, já que os modelos francês e alemão preocupam-se mais com a situação da vítima e com a inserção da responsabilidade civil no contexto das políticas sociais, enquanto que o modelo inglês está mais focado na proteção das liberdades individuais e do mercado⁵⁹.

57 É o que ensinam Deakin, Johnston e Markesinis (op. cit., p. 30 e 113), para os quais a maioria dos *torts* exige a conduta (comissiva ou omissiva), o nexo causal, a culpa e o dano, equação já consolidada de forma programática no famoso art. 1.382 do código francês. No que diz respeito à *negligence*, a culpa é vista a partir da violação do *duty of care*.

58 Ressalta-se a lição de Deakin, Johnston e Markesinis (op. cit., p. 49): “The aims of the law of tort have changed throughout its history: appeasement, justice, punishment, deterrence, compensation and loss-spreading can be counted amongst them. None of them has offered a complete justification for the law”. De qualquer maneira, conclui Christian von Bar (op. cit., p. 13), com base na análise comparativa do direito europeu, que ainda se pode afirmar que a função principal da responsabilidade civil é a compensatória.

59 Segundo Cees van Dam (op. cit., p. 127-129), enquanto o direito inglês dos *torts* preocupa-se predominantemente com a justiça comutativa e a regulação de condutas, o direito francês tem como foco a proteção da vítima, inclusive por meio da ampliação crescente da responsabilidade objetiva, e o direito alemão adota uma postura intermediária. Acrescenta o autor (op. cit., p. 129) que a abordagem na França e na Alemanha é determinada por um conjunto de políticas sociais e de mercado, enquanto que a abordagem inglesa é predominantemente orientada para o mercado e para a liberdade.

Todavia, nota-se uma tendência geral, comum aos três modelos, de analisar a responsabilidade civil a partir do balanceamento dos interesses conflitantes e da busca por justiça e equidade⁶⁰.

3.2 Estrutura e finalidades

O breve exame dos três modelos possibilitou a percepção de diferenças sensíveis no que se refere à estruturação da responsabilidade civil:

“(i) o modelo francês está lastreado em cláusulas gerais amplas, que não se referem nem mesmo a direitos ou a interesses protegidos;

(ii) o modelo anglo-saxão, de forma oposta, baseia-se na tipificação das condutas ensejadoras de responsabilidade civil (*torts*), ainda que a *negligence* possa ser considerada uma cláusula geral de responsabilidade e

(iii) o modelo alemão, adotando solução intermediária, estrutura-se em cláusulas gerais de responsabilidade mais pormenorizadas e que exigem requisitos específicos, tais como a violação de direitos absolutos ou de normas de proteção.”

Do ponto de vista estrutural, há autores que consideram o modelo alemão até mais próximo do direito inglês do que do francês. É o caso de Cees van Dam (op. cit., p. 114), que classifica os modelos alemão e inglês como casuísticos, nos quais a fundamentação dos juízes tende a ser indutiva, e o modelo francês como conceitualista, no qual a fundamentação dos juízes tende a ser dedutiva.

Outra similitude entre os modelos alemão e anglo-saxão diz respeito à importância do dever de cuidado, utilizados por ambos como parâmetro, embora o primeiro tradicionalmente se concentre na situação da vítima, enquanto o segundo destaque essencialmente a situação do ofensor, a fim de verificar que

60 Christian von Bar (op. cit., p. 223 e 244) mostra que a questão da responsabilidade ultimamente depende dos fatos do caso individual e de se saber se a atribuição do dano é equitativa, justa e razoável, motivo pelo qual até mesmo a culpa demanda uma análise dos interesses conflitantes. Em sentido semelhante, vale destacar a seguinte lição de Cees van Dam (op. cit., p. 125-126): “Tort law is not just a system. It is about balancing the interests of individuals, private, and public bodies. It distributes rights, duties, and money. In this sense, tort law has a high policy impact and it goes without saying that there are diverging views on this topic throughout Europe”. Daí porque o autor conclui que as cortes, ao decidirem casos, não estão apenas tratando dos requisitos formais de responsabilidade, mas também estão sendo dirigidas por seu senso de justiça. Acrescenta ele (op. cit., p. 181) que a ideia de antijuridicidade não pode ser baseada na violação de um direito, mas sim como algo decorrente do balanceamento dos interesses do autor e da vítima, motivo pelo qual “this makes tort law a special branch of the fine art of balancing”.

extensão do dever de cuidado dele poderia ser exigida⁶¹. Porém, como a situação da vítima e do ofensor estão necessariamente interligadas na responsabilidade civil, é fácil constar que, mesmo adotando enfoques distintos, os diferentes modelos acabaram tendo, neste tópico, reflexões que mais se aproximam do que se distanciam.

Isso mostra que a tipicidade característica do modelo anglo-saxão não impossibilitou sua progressiva convergência com os modelos continentais, especialmente o alemão⁶². Da mesma maneira, a progressiva aproximação entre os modelos foi possível porque a generalidade do direito francês não foi óbice ao surgimento de “casos sintomáticos”, assim como a *negligence* acabou ocupando o papel de cláusula geral de responsabilidade no direito anglo-saxão⁶³. Não é sem razão que existem, na atualidade, inúmeras correspondências entre os *torts* e os atos ilícitos que vão sendo depurados nos demais modelos⁶⁴.

3.3 A questão do dano e de sua vinculação com a violação de direitos e interesses previamente delimitados

Se, como ensina Castronovo (2006, p. 103), a renovação da responsabilidade civil ocorre sobretudo na área do dano, é importante verificar que respostas os três modelos encontraram para tal questão, especialmente no que diz respeito à expansão dos danos indenizáveis.

Neste ponto, mesmo pertencentes à família romano-germânica, o direito alemão e o direito francês distanciam-se, pelo menos aprioristicamente.

61 Segundo Deakin, Johnston e Markesinis (op. cit., p. 116-117), o conceito de *duty of care* não tem equivalente preciso nos demais sistemas europeus. Os demais sistemas procuram fazer a triagem entre os danos ressarcíveis e as meras perdas por meio de uma determinação prévia dos interesses protegidos ou usando a noção de *faute*, causa ou dano. Sobre o tema, merece destaque a análise de Zeno-Zencovich (op. cit., p. 281), cuja conclusão principal é a de que o direito inglês estruturou o *duty of care* concentrando-se prioritariamente na posição do ofensor, o que explica a cautela dos juízes em relação ao alargamento do referido dever. Já o *civil law* acabou focando-se mais na situação da vítima, enfatizando a violação de direitos ou interesses que justificariam a responsabilidade civil.

62 Sobre o exagero do contraste entre o direito continental principiológico e o *common law* casuístico, assim conclui Wagner (op. cit., p. 1.009-1.010): “In fact, the two systems could easily be merged by simply abandoning the variety of intentional torts kept alive in England without much practical use”.

63 Segundo Zweigert e Kötz (op. cit., p. 318-319), mesmo os modelos francês e alemão tendendo a definir grupos de casos sintomáticos, a abordagem sistemática não é de todo estranha ao direito anglo-saxão, até mesmo em razão da “cláusula geral” reconduzível ao tipo da negligência. Wagner (op. cit., p. 1.012) também sustenta que a expansão da *negligence* acabou ocupando o espaço de uma cláusula geral de violação descuidada de direitos de outras pessoas.

64 Ensina Christian von Bar (op. cit., p. 41) que muitos atos ilícitos do direito europeu continental correspondem a *torts*. Dannemann (1993, p. 55) também mostra que diversos tipos de *torts*, como *negligence*, *assault*, *battery*, *trespass*, *conversion*, *libel*, *slander*, *false imprisonment* estão cobertos pelo § 823, I, do BGB.

Enquanto o primeiro é mais analítico e identifica os direitos e interesses protegidos de cuja violação decorreriam os danos, o segundo baseia-se na noção amplíssima de *faute*⁶⁵.

Todavia, muitos autores já consideravam, mesmo no século XIX, que não haveria diferenças significativas entre os modelos francês e alemão, na medida em que a violação de direitos subjetivos ou interesses legítimos seria um pressuposto implícito da *faute*⁶⁶.

Ressalta-se que a noção de interesses protegidos, que tanto caracteriza o modelo alemão, vem ganhando repercussão no direito francês e mesmo no direito anglo-saxão, especialmente no que diz respeito à *negligence*⁶⁷. Porém, enquanto o direito alemão prioriza o interesse protegido para depois pensar no dever de cuidado, o direito inglês valoriza essencialmente este último, no qual se funde o próprio interesse protegido⁶⁸.

65 Christian von Bar (op. cit., p. 242-243) mostra que os doutrinadores franceses já se depararam com a noção de ilicitude (*illicéité*), mas tendem a evitá-la, considerando-a inútil ou mesmo perigosa. Logo, continuam trabalhando com a noção de *faute*, por entenderem que é impossível listar todos os deveres cuja quebra constituiria um ato ilícito, bem como que é possível haver ilicitude mesmo sem a violação de um direito ou de um estatuto.

66 Nesse sentido, Alpa e Bessone (op. cit., p. 35) mostram que, para os primeiros intérpretes do Código Napoleônico (Baudry-Lacantinerie, Larombière), era evidente que as disposições sobre a responsabilidade civil deveriam ser aplicadas somente quando fosse violado o direito da vítima ou alguma norma posta à sua proteção. Citam (op. cit., p. 35-38) o trabalho de Sacco, que conclui haver uma equivalência entre o art. 1.382 do Código francês e o § 823 do BGB, advertindo que a relação entre o ressarcimento e a violação de direitos absolutos da vítima estava presente na lição de importantes juristas franceses, tais como Laurent, Planiol e Demogue. Não é sem razão que Jourdain (op. cit., p. 148) sustenta que, durante um longo período, a jurisprudência francesa subordinou a indenização das vítimas à lesão de um interesse legítimo juridicamente protegido. No que se refere à jurisprudência, Carbonnier (op. cit., p. 2.271) mostra que, de acordo com a Corte de Cassação francesa, o dano consiste em lesão de interesse legítimo juridicamente protegido, pressupondo um direito subjetivo violado. Todavia, o autor considera que bastaria a violação de um interesse desde que este seja legítimo, não contrário nem à lei nem aos bons costumes.

67 Segundo Cees van Dam (op. cit., p. 141-143), a ideia de interesses protegidos está associada ao § 823, I, do BGB, mas pode ser igualmente reconhecida na exigência inglesa do *duty of care* e, em menor extensão, na *faute* francesa. No caso dos *torts*, eles geralmente não focam na proteção de interesses, mas sim no remédio processual. Todavia, a questão dos interesses que estão sendo infringidos é relevante em alguns *torts*, não apenas no da *negligence*. Já o direito francês não proporciona uma definição *a priori* dos interesses protegidos, mas tal questão vem ganhando força na França, como nos casos do direito à segurança corporal (*droit à la sécurité corporelle*), das obrigações contratuais de segurança (*obligations de sécurité*) e do direito à privacidade.

68 Segundo Wagner (op. cit., p. 1.014), o *common law* também não tem um catálogo claro de direitos e interesses protegidos. Ao contrário do direito alemão, que identifica o interesse protegido para então aplicar o dever de cuidado, o direito inglês toma uma abordagem alternativa e limita o escopo do *duty of care* a certos interesses, integrando a questão do escopo da proteção no conceito de *duty of care*. Já o modelo francês não dá maior atenção a tal parâmetro pois, como adverte Cees van Dam (op. cit., p. 47), “*faute does not imply the notion of duty of care*”.

Não obstante todas as aproximações já destacadas, a maleabilidade da *faute* possibilitou a expansão da responsabilidade civil na França de forma mais livre. Para atingir o mesmo objetivo, a jurisprudência alemã teve que ampliar o rol de bens e direitos protegidos, bem como o espectro do dever de cuidado⁶⁹, assim como o modelo anglo-saxão teve igualmente que estender o dever de cuidado para novas situações.

Por essa razão, o modelo francês é o mais aberto à possibilidade de indenização de danos meramente econômicos, até porque não os distingue dos demais tipos de danos⁷⁰. Já os modelos alemão e inglês são mais refratários a esse reconhecimento, pois precisam justificar, no primeiro caso, o interesse tutelado e, no segundo caso, o dever de cuidado⁷¹.

Contudo, por diferentes estratégias, tanto o modelo alemão como o inglês chegaram a soluções que igualmente possibilitam a indenização de danos puramente econômicos, sendo que, no caso alemão, isso ocorreu principalmente por meio da ampliação dos direitos subjetivos previstos pelo § 823, I, e da utilização da cláusula residual de responsabilidade prevista no § 826 do BGB⁷².

69 Para Fromont (op. cit., p. 60-61), os feitos mais audaciosos da jurisprudência alemã sobre responsabilidade civil foram (i) o alargamento da lista dos bens e direitos protegidos, a partir da interpretação das palavras “ou um outro direito” que constava do § 823, I, do BGB, bem como (ii) o de associar o ato ilícito à violação do dever de diligência ou prudência, de forma a modificar a própria noção de ato ilícito, que deixou de ser a violação inescusável de certos direitos, passando a ser a violação de uma obrigação de diligência ou prudência.

70 Segundo Christian von Bar (op. cit., p. 53), os juristas franceses e oriundos dos demais países influenciados pelo modelo, tais como Bélgica, Luxemburgo e Espanha, nem entendem o que vem a ser mero interesse econômico. Afinal, não atrelam a responsabilidade à violação de direitos subjetivos. Cees van Dam (op. cit., p. 171) trata da questão com ironia, advertindo que os advogados franceses ergueriam suas sobrancelhas ao lerem sobre danos puramente econômicos, já que tal tópico não existe no direito francês, que autoriza a compensação do dano econômico tanto quanto outros tipos de danos.

71 Segundo Dannemann (op. cit., p. 55), o modelo alemão é mais refratário ao reconhecimento da responsabilidade civil por mero dano econômico (*reiner Vermögensschaden*), no que se distancia do modelo francês e se aproxima do anglo-saxão. Ao mesmo tempo, sistemas baseados em cláusulas gerais, como o francês, têm maiores dificuldades para justificar porque em certos casos não deve o réu ser responsável por puros prejuízos econômicos. Para Cees van Dam (op. cit., p. 170), o direito francês é aquele que tem uma abordagem mais aberta sobre esta questão, aparentemente autorizando a compensação por puras perdas econômicas.

72 Dannemann (op. cit., p. 57) mostra que as cortes justificaram a responsabilidade civil pelos puros danos econômicos ampliando o rol de direitos absolutos, tal como ocorreu com a criação do dever de estabelecer e exercer determinada atividade empresarial (*Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb*), para o fim de justificar a responsabilidade em casos em que o autor teve que suspender provisoriamente suas atividades depois que os réus tomaram ações legais contra eles, de forma negligente e injustificável. Todavia, o próprio Dannemann (op. cit., p. 61) reconhece que a norma do § 826 do BGB possibilita a cobrança dos danos meramente econômicos. No mesmo sentido, encontra-se Christian von Bar (op. cit., p. 53), para quem as cortes alemãs geralmente tendem a proteger os interesses puramente econômicos atenuando as exigências subjetivas do § 826 do BGB, especialmente a relativa à intenção.

Por outro lado, a abertura do modelo francês não levou à ampliação desmedida da responsabilidade civil, já que a distinção entre danos ressarcíveis e meras perdas foi realizada por meio de filtros desenvolvidos jurisprudencialmente como o nexo causal e o dano certo e direto⁷³. Ressalta-se que o nexo causal é considerado também importante mecanismo de controle do modelo anglo-saxão⁷⁴.

3.4 A reprovabilidade da conduta: a culpa em sua feição normativa

Um ponto no qual se observa a ampla convergência dos modelos diz respeito à concepção de culpa sob o viés objetivo ou normativo, ou seja, como um fato social, revelador de que o agente descumpriu um dever jurídico quando poderia ter agido de forma diferente⁷⁵.

Tal fenômeno de “objetivação” ou “normatização” da culpa ocorreu mesmo na França⁷⁶, motivo pelo qual se pode afirmar que, na atualidade, é uma tendência geral do direito ocidental a de avaliação da culpa a partir de um critério abstrato de diligência⁷⁷. Logo, a análise da reprovabilidade da conduta desloca-se dos parâmetros da previsibilidade, cognoscibilidade e evitabilidade

73 Segundo Cees van Dam (op. cit., p. 115 e 170), os sistemas conceitualísticos desenvolvem tais restrições pela via jurisprudencial e, no caso francês, o principal mecanismo de controle para prevenir responsabilidade infinita não é nem a *faute* nem o dano (*dommage*), mas sim o nexo causal (*lien de causalité*), embora os dois primeiros sejam igualmente importantes. Christian von Bar (op. cit., p. 32) afirma que, na França, um dos filtros de responsabilidade é o caráter certo e direto do dano.

74 Deakin, Johnston e Markesinis (2008, p. 116) ensinam que uma das formas de controlar e confinar a responsabilidade civil no modelo inglês é o nexo causal. Daí as referências a causas remotas, causas jurídicas, dentre outras.

75 Segundo Wagner (2006, p. 1024), um exame superficial da maioria dos sistemas jurídicos europeus mostra que uma concepção objetiva do *standard of care*, defendida pelos alemães desde a Pandectística, domina na atualidade todos os lugares.

76 Com efeito, esclarecem Cees van Dam (2006, p. 47) e Wagner (2006, p. 1.024) que, também na França, a culpa deixou de ter um conteúdo moral, passando a ser um conceito social.

77 Essa tendência é hoje verificada em todo o direito europeu, como se verifica na lição de Christian von Bar (2005, p. 262): “Despite some marginal deviations, modern European delict law unanimously agrees on the fact that it is not the ‘fault’ (which due to its very nature cannot be determined ‘abstractly’) which bears the liability, but rather the deviation from the standard of care which should have been applied in the case”. Zweigert e Kötz (1995, p. 318-319) defendem o mesmo entendimento, afirmando que todos os sistemas estudados convergem, em princípio, para o fato de que a responsabilidade do autor do dano deve ser decorrente da violação da diligência requerida nas relações sociais, ou como comportamento diverso daquele que deveria ser cumprido por um *homme avisé* ou um *reasonable man*. No mesmo sentido, Maria Elisabete Ramos (2002, p. 210), ao afirmar que “hoje parece imperar a compreensão normativa da culpa”, que “traduz uma degradação da conduta do agente perante um modelo abstrato imposto por uma regra, sendo este desvio que justifica a imputação do comportamento ao lesante”. Dentre os autores que defendem a ideia de culpa normativa, encontram-se Díez-Picazo e Gullón (2004, p. 542), Massimo Bianca (1994, p. 575), Perlingieri e Corsaro (2003, p. 615), Ponzanelli (1992, p. 85-86) e Antonio Janarelli (2004, p. 603-604). Caio Mário da Silva Pereira (2001, p. 67-69) cita vários autores que adotam noções semelhantes de culpa, dentre os quais se encontram Savatier, Planiol, Ripert, Colin, Capitant, Boulanger, Starck, Henri de Page, Santos Briz, Eismein e Alvino Lima.

para a própria omissão do comportamento devido⁷⁸, juízo para o qual interferirão a probabilidade e a gravidade do dano, bem como os custos para preveni-lo⁷⁹.

Obviamente, tal abordagem não se confunde com a responsabilidade objetiva, pois a chamada “culpa normativa” continua vinculada ao pressuposto da ilicitude ou da reprovabilidade do ato; o que muda é o parâmetro para a aferição da ilicitude, que procura sair do “psicologismo”, em busca da averiguação dos padrões de conduta socialmente exigíveis dos agentes, ainda que em face de suas circunstâncias específicas⁸⁰.

Obviamente que tal mudança facilita a questão da prova da culpa pois, como ensina Massimo Bianca (1994, p. 581), a reprovabilidade da conduta deixa de depender de aspectos psicológicos complexos, passando a ser constatada a partir do cotejo da conduta observada com padrões objetivos.

3.5 O nexu causal como juízo valorativo de imputação

É indiscutível que existem algumas diferenças de abordagem do nexu causal conforme o modelo de responsabilidade. Basta lembrar que os alemães o concebem mais sob perspectiva teórica enquanto os ingleses o analisam sob perspectiva pragmática e vinculada ao bom-senso⁸¹.

-
- 78 Guido Alpa e Mario Bessone (2001, p. 243-251) destacam as diferenças entre as duas correntes fundamentais sobre a culpa: uma que concebe a culpa como um fato exclusivamente psicológico, realçando o aspecto da representação do evento danoso, e outra que concebe a culpa como a simples transgressão da norma. Enquanto a primeira tem como caracteres de identificação a previsibilidade, a cognoscibilidade e a evitabilidade do dano, a segunda tem como ênfase a omissão do conteúdo devido. Daí porque alguns autores falam da noção de culpa “objetiva”, o que leva a comparar a conduta do agente com parâmetros como os do bom pai de família ou a diligência exigível no tráfico social.
- 79 Segundo Deakin, Johnston e Markesinis (op. cit., p. 224), as três variáveis – (i) probabilidade do dano, (ii) a gravidade do dano e (iii) os custos para a prevenção – são consideradas eficientes do ponto de vista da análise econômica, pois estabelecem um *standard* ótimo de cuidado para se evitar acidentes, partindo do princípio de que a sociedade deve tolerar certos níveis de acidentes quando os custos para os evitar superam os ganhos.
- 80 Wagner (2006, p. 1.027-1.028) adverte que tal concepção não implica a total desconsideração de aspectos subjetivos, citando o exemplo da Alemanha, onde as características pessoais são levadas em consideração por diversos meios. Alega o autor que há certo consenso entre os países europeus de que a informação média, a inteligência e as habilidades do agente devem ser consideradas na análise do *duty of care*. Em sentido próximo, Giovanna Visintini (2005, p. 52-53) ensina que aspectos subjetivos continuam sendo importantes – tais como as condições físicas, psicológicas, culturais e sociais do autor do ilícito – embora de forma mais restrita.
- 81 Segundo Dannemann (op. cit., p. 64), não há diferenças fundamentais entre o direito alemão e o inglês no que se refere ao nexu causal, mesmo sendo dito que a Europa continental tende a ver o nexu causal como uma questão de lógica, enquanto que o direito inglês vê tal questão como uma questão de bom-senso. Em sentido próximo, Markesinis e Unberath (op. cit., p. 112) destacam que a abordagem alemã é mais teórica e a inglesa mais pragmática, mas os resultados de ambas são próximos, já que a teoria da causalidade adequada, tão em voga na Alemanha, tem resultados próximos da *foreseeability theory* utilizada no direito inglês.

Todavia, os modelos acabam convergindo em relação aos resultados obtidos, na medida em que concebem o nexa causal cada vez mais como uma questão valorativa e não propriamente fática⁸².

Tal postura se reflete igualmente na questão da prova, para a qual se utilizam recursos como a regra do *res ipsa loquitur* (quando os fatos falam por si)⁸³ e as presunções, que são vastamente invocadas para distribuir o ônus da prova de forma mais equitativa, especialmente se houver grande desigualdade entre as partes⁸⁴. Isso é facilmente perceptível na Itália, onde as presunções são formas de se dispensar a prova do nexa causal diante da regularidade estatística de determinados eventos⁸⁵.

4 – PRESSUPOSTOS E FUNÇÕES DA RESPONSABILIDADE CIVIL NA ATUALIDADE

O exame da evolução dos três modelos de responsabilidade mostra como a responsabilidade civil vem se tornando instrumento flexível para a proteção não apenas de direitos absolutos, mas também de direitos relativos, de situações jurídicas e de interesses legítimos dos mais variados⁸⁶.

82 É o que sustenta Christian von Bar (op. cit., p. 438): “Under the doctrine of legal causation or attribution, this is no longer a scientific problem but a question to be answered by evaluation”. Logo depois, adverte o autor (op. cit., p. 440) que “even factual causation is in truth legal evaluation”.

83 A importância da regra do *res ipsa loquitur* no direito anglo-saxão é ressaltada por van Dam (2006, p. 262), na medida em que afasta o ônus da prova que pesa sobre a vítima sempre que os fatos falarem por si. Deakin, Johnston e Markesinis (2008, p. 241) ensinam que, embora caiba ao autor da ação de indenização a prova do dano e do nexa causal com base em um balanço de probabilidades, isso seria afastado quando os fatos falam por si.

84 Maddalena Rabitti (2004, p. 124-127) ensina que a jurisprudência italiana utiliza-se amplamente de presunções, especialmente para tutelar os interesses gerais da coletividade, realizar uma equilibrada distribuição do risco, tutelar um contraente mais débil ou mesmo para conter gastos. Segundo a autora, a importância das presunções no quadro probatório é tão significativa que viria sistematicamente invertendo o ônus da prova, determinando uma repartição do ônus bem diversa da estabilidade prevista na lei.

85 Perlingieri e Corsano (2003, p. 623) mencionam, com base na experiência italiana, que o nexa causal é muitas vezes afirmado com base nas regras da experiência comum, fundadas sobre a regularidade estatística de determinados eventos.

86 De acordo com Alpa e Bessone (2001, p. 7), a maior consequência da ampliação dos limites da responsabilidade jurídica é a impossibilidade de identificar *a priori* todos os singulares interesses mercedores de tutela, que vão sendo alargados, para abarcar direitos subjetivos relativos, bem como expectativas e interesses legítimos. Com base na jurisprudência espanhola, Díez-Picazo e Gullón (2004, p. 545) mostram que, ao lado dos ataques a direitos subjetivos ou bens jurídicos, toda agressão a interesses legítimos justifica a responsabilização civil. Em sentido próximo, conclui Cees van Dam (2006, p. 179) que o balanço geral da evolução dos modelos inglês, francês e alemão é o de que não há uma lista limitativa de interesses protegidos, já que a responsabilidade civil pode ser empregada para tutelar qualquer interesse considerado digno de proteção em determinada sociedade. Daí o acerto da lição de Carlo Castronovo (2006, p. 103) de que a renovação da responsabilidade civil ocorre principalmente no terreno do dano.

Dessa maneira, é a noção de dano injusto que passa a circunscrever o âmbito da responsabilidade civil subjetiva⁸⁷ e, de certa maneira, até mesmo da objetiva⁸⁸. Em decorrência, ao mesmo tempo em que a jurisprudência deve encontrar critérios para distinguir o dano indenizável das meras perdas insuscetíveis de reparação, por outro, passa a ter inúmeras possibilidades para a proteção de diversificados interesses e bens jurídicos⁸⁹, bem como para a criação de novos direitos e situações subjetivas⁹⁰, tal como é o caso da perda de uma chance.

-
- 87 A noção de dano injusto é de extrema importância no direito italiano, até mesmo em razão da redação do art. 2.043 do *Código Civile*, segundo o qual “qualunque fatto doloso o colposo, che cagiona ad altri un danno ingiusto, obbliga colui che ha commesso il fatto a risarcire il danno”. Comentando o referido dispositivo, conclui Guido Alpa (2005, p. 871) que “l’espressione ‘ingiustizia del danno’ è una clausola generale; gli interpreti l’hanno intesa in vari modi”. A importância desta expressão pode ser observada no ensinamento de Perlingieri e Corsaro (2003, p. 618), segundo os quais, para ampliar a esfera dos interesses protegidos, a responsabilidade civil deve ser vista como uma reação ao dano injusto, sendo que tal injustiça define o próprio âmbito da responsabilidade. Ainda sobre o dano injusto no direito italiano, aponta Giovanna Visintini (2005, p. 426) que tal noção integra cláusula geral que remete aos juízes a valoração e a seleção dos interesses merecedores de tutela. A autora (2009, p. 97-98) também esclarece que, nesse processo, os juízes devem fazer um balanceamento ente os interesses contrapostos do ofensor (*danneggiante*) e da vítima (*danneggiato*).
- 88 Com efeito, a responsabilidade objetiva está igualmente alicerçada em aspectos relacionados à equidade e à justiça distributiva, de modo que se poderia considerar que a noção de dano injusto também é a ela aplicável, embora com um sentido distinto de reprovabilidade da conduta, que é pressuposto exclusivo da responsabilidade subjetiva.
- 89 A partir da questão da injustiça do dano, Alpa e Bessone (2001, p. 6) mostram algumas das possibilidades que vêm sendo cogitadas para a justificação da responsabilidade civil: (i) a vedação de comportamentos danosos desprovidos de causa de justificação prevista na lei (Schlesinger), (ii) o princípio da solidariedade social, que proíbe a violação de interesses referentes a uma situação jurídica subjetiva, ainda que não seja expressamente tutelada pela norma (Rodotà), (iii) a lesão de bens jurídicos, atribuindo-se a tal expressão o significado mais amplo possível, a fim de compreender qualquer interesse relativo à pessoa, incluindo seus atributos morais, suas relações familiares e suas atividades econômicas (Scognamiglio) e (iv) a tutela de situações prejudiciais a um sujeito causadas por efeito da atividade de outro (Spinelli).
- 90 Geneviève Viney (2008, p. 91-93) aborda o papel da responsabilidade civil no surgimento ou transformação de direitos subjetivos, citando como exemplo a teoria dos direitos de personalidade, que foi imposta na França principalmente graças aos princípios da responsabilidade delitual, o mesmo ocorrendo com a concorrência desleal, o direito à informação dos consumidores no período pré-contratual e mesmo o direito à segurança corporal. Daí a sua conclusão de que a responsabilidade civil permite não apenas fazer respeitar os direitos já existentes, mas também afirmar direitos que ainda não são reconhecidos ou formulados, sendo um meio de completar, aperfeiçoar e renovar o sistema jurídico. Segundo Arianna Thiene (2006, p. 3-4), há uma tendência atual à criação de direitos novos, incluindo aí o emblemático direito à integridade do patrimônio, bem como à ampliação do que se considera dano injusto, a fim de se utilizar a responsabilidade civil como chave para a solução de todos os problemas. Carlo Castronovo (2006, p. 110) também menciona o exemplo do direito à integridade do patrimônio para justificar a indenização de danos meramente econômicos.

Mais do que isso, essa nova perspectiva admite que se considerem como injustos todos os danos não toleráveis pelo ordenamento jurídico⁹¹, possibilitando inclusive que o critério de averiguação da injustiça seja unicamente a conduta do ofensor⁹².

Nesse processo de expansão da responsabilidade civil, as diferenças entre os sistemas típicos (como o anglo-saxão) e atípicos (como o francês) tornam-se ainda mais atenuadas⁹³, o que revela a aptidão da responsabilidade civil para, de uma forma geral, proteger interesses qualificados, tais como os constitucionalmente tutelados.

Quanto às funções da responsabilidade civil na atualidade, embora persista a importância da compensação⁹⁴, vem ganhando destaque a função normativa ou de desestímulo, cuja dimensão social é evidente, já que ultrapassa a relação entre o causador do dano e a vítima que requer a indenização. Essa é uma das razões pelas quais não há ranço acentuadamente patrimonialista que impeça a responsabilidade civil de cumprir a função de tutelar os mais diversos interesses, inclusive os públicos.

91 É o que demonstra Guido Alpa (2005, p. 886): “Il principio espresso è formulato in questi termini: “una volta stabilito che la normativa sulla responsabilità aquiliana ha funzione di riparazione del danno ingiusto, e che è ingiusto il danno che l’ordinamento non può tollerare che rimanga a carico della vittima, ma che va trasferito sull’autore del fatto, in quanto lesivo di interessi giuridicamente rilevanti, quale che sia la loro qualificazione formale, ed in particolare senza che assuma rilievo determinante la loro qualificazione in termini di diritto soggettivo, risulta superata in radice, per il venir meno del suo presupposto formale, la tesi che nega la risarcibilità degli interessi legittimi quale corollario della tradizionale lettura dell’art. 2043 c.c.”.

92 Segundo Christian von Bar (2005, p. 239), o direito da maioria dos países europeus hoje se ocupa mais com os deveres do ofensor do que com os direitos da vítima. Na mesma orientação, Arianna Thiene (2006, p. 7 e 89) explica que há hoje uma propensão da jurisprudência italiana para utilizar, na indagação sobre a injustiça do dano, critérios de valoração centrados na conduta do ofensor, de forma a se estabelecer uma relação entre a reprovabilidade da conduta e a injustiça do dano. Tal abordagem justifica que, nos casos de malícia, o prejuízo econômico da vítima seja transferido para o ofensor pois, como explica a autora (op. cit., p. 99-100), o critério da injustiça do dano é *in re ipsa* e não há necessidade de ser conexo à lesão de um interesse juridicamente protegido.

93 Após explicar as diferenças entre os sistemas típicos, nos quais os interesses singulares são expressamente tutelados pela lei, e os sistemas atípicos, assim conclui Guido Alpa (2005, p. 872): “Questa distinzione è però un po’ meccanica, l’evolvere dalla responsabilità civile registra un ampliamento dell’area del danno risarcibile nei sistemi tipici; nello stesso tempo, nei sistemi atipici la giurisprudenza seleziona gli interessi, ora sulla base di argomentazioni formali (relative allà natura giuridica di diritto assoluto, o relativo, che gli interessi hanno) ora sulla base del nesso di causalità. I due modelli tendono perciò a coincidire”.

94 Como explica Christian von Bar (2005, p. 13), a partir de análise comparada do direito europeu, “the general purpose of tort law is compensatory rather than confirmatory or punitive”.

Mesmo a função punitiva da responsabilidade civil, embora seja mais usual no direito norte-americano⁹⁵, não é de todo estranha ao direito romano-germânico, que a vem utilizando principalmente nas hipóteses de danos morais e concorrência desleal⁹⁶. Logo, não há óbices incontornáveis para a sua aplicação, ainda mais quando relacionada à equidade e ao enriquecimento sem justa causa.

Além das três funções já mencionadas, nota-se uma tendência geral, presente no direito comparado, de considerar a responsabilidade civil sob o enfoque do balanceamento de interesses conflitantes, da cessação do ilícito⁹⁷, da proteção dos valores constitucionais⁹⁸ e da busca por justiça e equidade⁹⁹. Este último aspecto reforça, inclusive, a importância da função punitiva da responsabilidade civil, para o fim de que a compensação seja proporcional ao grau de reprovabilidade da conduta¹⁰⁰.

95 Ressalta-se a lição de Deakin, Johnston e Markesinis (2008, p. 49) sobre os múltiplos objetivos do *Tort Law*, incluindo a função afliitiva: “The aims of the law of tort have changed throughout its history: appeasement, justice, punishment, deterrence, compensation and loss-spreading can be counted amongst them. None of them has offered a complete justification for the law”.

96 Segundo Cees van Dam (2006, p. 303-305), também se encontram no direito europeu continental elementos de *punitive damages*, especialmente em casos de violação de direitos de personalidade, ainda que as quantias sejam muito menores em comparação com os Estados Unidos. É o caso da França, onde, apesar de a responsabilidade civil ter como principal finalidade a compensatória, a doutrina reconhece a ideia de pena privada especialmente na área dos danos morais. Em sentido próximo, alerta Geneviève Viney (2008a, p. 54-55) que “mesmo nos países que ignoram oficialmente a privação de lucros punitiva, ela existe de fato, sob o manto do poder soberano do juiz, particularmente quando o prejuízo invocado é difícil de avaliar, como é o caso do prejuízo moral ou em caso de concorrência desleal”.

97 Geneviève Viney (2008, p. 94-95) leciona que a cessação do ilícito é geralmente apresentada pela doutrina francesa como uma variante da reparação *in natura*. Renan Lotufo (2008, p. 508) menciona igualmente o chamado “efeito paralisante”, que teria importância especialmente no abuso de direito.

98 Merece destaque o ensinamento de Guido Alpa (2005, p. 872): “Attualmente, si propone di intendere l’espressione ingiustizia del danno con riferimento ai principi costituzionali: è danno ingiusto la lesione di qualsiasi interesse direttamente tutelato dalla Costituzione (diritto allá salute, diritto di proprietá), qualsiasi interesse espressamente tutelato dalla legge e, ancora, qualsiasi interesse che, comparato con quello del danneggiante, risulta maggiormente meritevole di tutela”. Tal orientação é visível nas hipóteses de violação à pessoa humana. Por essa razão, sustenta Perlingieri (2008, p. 678-679) que diante do “processo de erosão do direito subjetivo como critério de seleção dos danos ressarcíveis em razão de um fato ilícito”, a ressarcibilidade dos danos deve estar associada ao valor da pessoa humana e dos interesses legítimos a ela relacionados.

99 Ver nota de rodapé nº 61.

100 Geneviève Viney (2008, p. 87) considera que os maiores obstáculos à função dissuasiva da responsabilidade civil são a generalização dos seguros e também o princípio da reparação integral, assim se posicionando sobre este último: “En outre, le principe de la “réparation intégrale” empêche, au moins théoriquement, d’établir une correspondance quelconque entre la gravite de l’acte censure et celle de la condamnation, de telle sorte qu’une maladresse insignifiante peut entraîner une responsabilité extrêmement lourde tandis qu’une faute grave manifestant une nocivité réelle peut rester sans conséquences civiles appréciables si le dommage est peu important. À ces deux points de vue, la responsabilité civile paraît donc moins bien armée que la responsabilité pénale pour assurer une dissuasion efficace (...)”.

Não é sem motivo que mesmo princípios constitucionais podem ser tutelados pela responsabilidade civil, especialmente por meio da vedação ao abuso de direito. Logo, a violação dolosa ou culposa de princípios constitucionais pode ser considerada ato ilícito, inclusive para o fim de determinar o ressarcimento dos danos a partir daí apurados¹⁰¹.

Por outro lado, a valorização da responsabilidade civil como instrumento de justiça comutativa reabre a discussão sobre (i) a sua função punitiva, ao menos para fim de propiciar, além da mera compensação da vítima, a anulação de todos os ganhos do ofensor¹⁰² e (ii) o nexo causal, que passa a ser visto cada vez mais como uma questão valorativa¹⁰³, que diz respeito essencialmente à

101 Arianna Thiene (2006, p. 120-126) cita interessante caso julgado pela Suprema Corte italiana em que, diante da prática de cartel, o tribunal entendeu que os consumidores teriam direito à diferença entre o preço pago e o preço que seria devido caso houvesse livre concorrência. Nessa hipótese, a Suprema Corte fundou a ação ressarcitória dos consumidores na cláusula geral de responsabilidade prevista no art. 2.043 do *Codice Civile*. Adverte a autora que a existência de eventual direito aí seria improvável, pois diria respeito ao direito à integridade do patrimônio ou ao direito do consumidor à correção, transparência e equidade nas relações contratuais. Entretanto, a Suprema Corte aderiu à interpretação extensiva de que, diante da natureza pluriofensiva do ilícito antitruste, haveria legitimação para agir não apenas em relação aos concorrentes mas também aos destinatários finais de produtos e serviços, que têm igualmente interesse no regime de livre concorrência.

102 Este aspecto é bem ressaltado por Ponzanelli (1992, p. 101-102), ao mostrar que há posição da doutrina norte-americana (Epstein, Robert Fletcher, Ernest Weinrib e Jules Coleman) segundo a qual a função reparatória da responsabilidade civil deveria ter papel secundário diante de aspectos de justiça comutativa, o que exigiria a anulação dos ganhos errados e também das perdas. Sobre o tema, vale ressaltar o interessante estudo de Paula Lourenço (2006) no qual, mesmo sob a perspectiva do direito romano-germânico, conclui sobre a idoneidade da função punitiva da responsabilidade civil, inclusive para o fim de absorver o escopo da pena privada. Dentre as hipóteses de aplicação da função punitiva, destaca-se precisamente a de anulação dos ganhos do ofensor já que, segundo a autora (op. cit., p. 373), seria insustentável que alguém violasse o direito de outrem e ainda lucrasse com isso. Destaca-se, ainda, a lição de Renan Lotufo (2004, p. 496-497), ao afirmar, sobre o ilícito, que “não interessa só o ressarcimento da vítima, mas prepondera tal ótica, que começou a sofrer abalos maiores justamente em razão do denominado dano moral e dos princípios da eticidade e da socialidade, que permitem sancionar com finalidade social, como se vê do parágrafo único do art. 883”.

103 É o que sustenta Christian von Bar (2005, p. 438), com base na experiência do direito europeu: “Under the doctrine of legal causation or attribution, this is no longer a scientific problem but a question to be answered by evaluation”. Logo depois, adverte o autor (op. cit., p. 440) que “even factual causation is in truth legal evaluation”. Segundo Galgano (2004, p. 371-372), é claro que o nexo causal não tem uma conotação apenas naturalística, mas principalmente jurídica, no sentido de que o evento danoso deve aparecer, segundo a experiência comum, como consequência imediata e direta do ato ilícito. Daí a adoção do critério da regularidade estatística, em razão do qual um determinado fato é considerado juridicamente como causa de um evento se, com base em um juízo de probabilidade *ex ante*, possa aparecer como consequência previsível e evitável deste fato.

identificação dos danos que podem ser imputáveis a alguém, de acordo com padrões de justiça e equidade¹⁰⁴.

Daí a acertada conclusão de Ponzanelli (1992, p. 102) de que o sistema de responsabilidade civil deve assegurar não apenas a compensação e a dissuasão, mas também a repartição interna de custos, a distribuição das perdas e aspectos de punição e de justiça.

Entretanto, observa-se, no direito comparado, a preocupação comum de que a expansão da responsabilidade civil seja cautelosa, a fim de diferenciar, com um mínimo de racionalidade, os danos das perdas insuscetíveis de reparação¹⁰⁵.

5 – CONCLUSÃO

O exame dos três modelos de responsabilidade mostrou não existir, na atualidade, diferenças insuperáveis entre os mesmos¹⁰⁶, motivo pelo qual hoje já se fala inclusive em um *European Tort Law*¹⁰⁷. Em 2005, o *European Group of Tort Law* apresentou os *Principles of European Tort Law*¹⁰⁸, que correspondem à consolidação dos aspectos comuns da responsabilidade civil na Europa, mesclando aspectos interessantes dos três modelos.

Tanto é assim que os *Principles* fazem expressa referência à *faute*, ao mesmo tempo em que consideram dano a violação de interesses juridicamente protegidos, embora esta última expressão seja utilizada em sentido amplo, de

104 Segundo Zweigert e Kötz (1995, p. 301-302 e 316), isso ocorre claramente no direito norte-americano, no qual a análise do chamado nexa causal envolve critérios como oportunidade, equidade, certeza do direito e justiça social, motivo pelo qual o ponto crucial da responsabilidade por ato ilícito consiste em definir, dentre os inúmeros eventos danosos, quais devem ser transferidos do ofendido para o autor do dano, conforme a ideia de justiça e de equidade dominante na sociedade. Mesmo no direito europeu continental, Carbonnier (2004, p. 2.282-2.283) mostra que a causalidade não é uma simples coincidência temporal ou espacial, nem de meros critérios lógicos, mas problema resolvido pela jurisprudência empiricamente, por meio de uma noção de causalidade mais moral do que material.

105 Daí a advertência de Christian von Bar (op. cit., p. 29): “The problem we are left with is how to develop a sensible legal method of defining what can still be regarded as damage and what should be considered as mere loss”. Em sentido semelhante, destaca Cees van Dam (2006, p. 115): “The scope of application of fault liability needs to be limited since it is undesirable that each kind of loss or harm and each kind of harmful negligent conduct can give rise to liability”. Destaca-se ainda conclusão de Anderson Schreiber (2009, p. 115) de que “hoje, juristas italianos e brasileiros, alemães e franceses, americanos e ingleses, juristas, enfim, de ordenamentos típicos e atípicos defrontam-se com o mesmo problema fundamental: o de identificar critérios e métodos aptos a promover, sobretudo em matéria de dano não patrimonial, a seleção dos interesses merecedores de tutela”.

106 É a conclusão a que chega, dentre outros autores, Christian von Bar (op. cit., p. 52).

107 Dentre os autores que se referem a este direito comum europeu dos *torts* estão Christian von Bar (op. cit.) e Cees van Dam (op. cit.).

108 O texto completo pode ser encontrado no site <http://www.egtl.org/Principles/text.htm>.

forma a abarcar até mesmo os danos meramente econômicos, ainda que, no tocante a estes últimos, com várias restrições¹⁰⁹.

Dentre os fatores que justificam a aproximação entre os modelos está a preocupação comum de encontrar a justa medida para a expansão controlável da responsabilidade civil, o que faz com que se utilizem de categorias próximas, como a culpa em seu sentido normativo e o nexo causal como um juízo de imputação.

Outra importante razão da similitude entre os modelos diz respeito à tendência atual de se transformar a responsabilidade civil em instrumento flexível para a proteção não apenas de direitos absolutos, mas também de direitos relativos, de situações jurídicas e de interesses legítimos dos mais variados, a serem identificados de acordo com as circunstâncias e as modificações sociais e também em razão dos valores constitucionais e dos ditames da justiça¹¹⁰.

Afinal, partindo-se do princípio de que a responsabilidade civil deve oferecer respostas para o problema do dano injusto, por meio do devido balanceamento de interesses envolvidos, a perquirição sobre o critério da “injustiça do dano” abre inúmeras possibilidades para a proteção de interesses e bens jurídicos, para a criação de novos direitos e situações jurídicas, bem como para se deslocar o critério de averiguação da injustiça do dano para a conduta do ofensor.

Paralelamente a este processo, aumenta-se o risco de que a responsabilidade civil transforme-se em indesejável panaceia, motivo pelo qual é necessário que se dê a devida atenção aos filtros e controles desenvolvidos pelos três modelos e que, apesar de distintos, chegaram a resultados muito semelhantes.

109 Com efeito, a influência do modelo francês pode ser vista no art. 1:101 (2) “a”, que assim define a hipótese de responsabilidade subjetiva: “Damage may be attributed in particular to the person whose conduct constituting fault has caused it”. Já a influência do modelo alemão pode ser notada no art. 2: 101 segundo o qual “damage requires material or immaterial harm to a legally protected interest”. Todavia, logo depois, esclarece o art. 2: 102 (4) que “protection of pure economic interests or contractual relationships may be more limited in scope. In such cases, due regard must be had especially to the proximity between the actor and the endangered person, or to the fact that the actor is aware of the fact that he will cause damage even though his interests are necessarily valued lower than those of the victim”.

110 Segundo Maiorca (1990, p. 487-493), além do modelo tradicional de responsabilidade, assentado na violação de direitos subjetivos ou interesses juridicamente protegidos, há modelo intermediário, para o qual a reparação do ilícito seria justificada por exigências da equidade ou por motivos sociais ou políticos, bem como o que o autor chama de “modelo do futuro”, que não diz respeito à técnica de seleção de interesses merecedores de tutela, mas concebe o ilícito a partir da injustiça do dano causado, o que seria aferido essencialmente pelas circunstâncias nas quais consiste o evento danoso.

Com efeito, a *faute* francesa, principalmente aliada aos parâmetros nexos causal e do dano direto, o *duty of care* anglo-saxão e a análise alemã de antijuridicidade e culpabilidade, somados à discussão sobre os direitos e interesses juridicamente protegidos, foram e continuam sendo importantes critérios para a importante função de distinguir os danos das meras perdas insuscetíveis de reparação, evitando, dessa maneira, uma expansão injustificada e caótica dos domínios da responsabilidade civil.

6 – REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALPA, Guido. *Manuale di Diritto Privato*. Padova: Cedam, 2005.

ALPA, Guido; BESSONE, Mario. *La responsabilità civile*. Milano: Giuffrè Editore, 2001.

ARSENAULT, Pierre. *La Responsabilité Civile Délictuelle*. Quebec: Les Éditions Yvon Blais Inc., 2002.

BAR, Christian von. *The Common European Law of Torts*. Volume II. New York: Oxford University Press, 2005.

BIANCA, C. Massimo. *Direito Civil*. Volume V (*La Responsabilità*). Milano: Giuffrè, 2004.

CARBONNIER, Jean. *Droit Civil*. Volume II (*Les Biens. Les Obligations*). Paris: Presses Universitaires de France, 2004.

CASTRONOVO, Carlo. *La nuova responsabilità civile*. Milano: Giuffrè, 2006.

DAM, Cees van. *European Tort Law*. New York: Oxford University Press, 2006.

DANNEMANN, Gerhard. *An Introduction to German Civil and Commercial Law*. Glasgow: Bell & Bain, 1993.

DAVID, René. *O direito inglês*. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

DEAKIN, Simon; JOHNSTON, Angus; MARKESINIS, Basil. *Markesinis and Deakin's Tort Law*. New York: Oxford University Press, 2008.

DÍEZ-PICAZO, Luis; GULLÓN, Antonio. *Sistema de Derecho Civil*. Volume II. Madrid: Tecnos, 2004.

EPSTEIN, Richard A. *Torts*. New York: Aspen Publishers, 1999.

EUROPEAN GROUP OF TORT LAW. *Principles of European Tort Law*. <http://www.egtl.org/Principles/text.htm>. Acesso em 01.06.2009.

FROMONT, Michel. *Droit allemand des affaires. Droit des biens et des obligations. Droit commercial et du travail*. Paris: Montchrestien, 2001.

GALGANO, Francesco. *Diritto Commerciale. Le società*. Bologna: Zanichelli, 2004.

GEVURTZ, Franklin A. *Corporation Law*. St. Paul: West Group, 2000.

GORDLEY, James. *Foundations of Private Law. Property, Tort, Contract, Unjust Enrichment*. New York: Oxford University Press, 2006.

70 ANOS DA JUSTIÇA DO TRABALHO

- JANARELLI, Antonio. “Struttura dell’atto illecito”. In: BESSONE, Mario. *Lineamenti di Diritto Privato*. Torino: Giappichelli Editore, 2004.
- JOURDAIN, Patrice. *Les principes de la responsabilité civile*. Paris: Dalloz, 2000.
- LOTUFO, Renan. *Código Civil comentado*. Volume I. São Paulo: Saraiva, 2004.
- LOURENÇO, Paula Meira. *A função punitiva da responsabilidade civil*. Coimbra: Coimbra Editora, 2006.
- MAIORCA, Carlo. *I fondamenti della responsabilità*. Milano: Giuffrè, 1990.
- MARKESINIS, Basil S; UNBERATH, Hannes. *The German Law of Torts. A Comparative Treatise*. Oregon: Hart Publishing, 2002.
- MARTON, G. *Les fondaments de la responsabilité civile. Revision de la doctrine. Essai dun système unitaire*. Paris: Librairie du Recueil Sirey, 1938.
- MENEZES CORDEIRO, Antônio. *Da responsabilidade civil dos administradores das sociedades comerciais*. Lisboa: LEX, 1997.
- NUNES, Pedro Caetano. *Responsabilidade civil dos administradores perante os accionistas*. Coimbra: Almedina, 2001.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Forense: 2001.
- PERLINGIERI, Pietro. *O Direito Civil na legalidade constitucional*. Tradução de Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- PERLINGIERI, Pietro; CORSARO, Luigi. “Responsabilità da fatto illecito”. In: PERLINGIERI, Pietro. *Manuale di Diritto Civile*. Napoli: Edizione Scientifiche Italiane, 2003.
- PONZANELLI, Giulio. *La responsabilità civile. Profili di diritto comparato*. Bologna: Il Mulino, 1992.
- RAMOS, Maria Elisabete Gomes. *Responsabilidade civil dos administradores e diretores de sociedades anônimas perante os credores sociais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2002.
- SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil. Da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos*. São Paulo: Atlas, 2009.
- STEIN, Peter. *I fondamenti del diritto europeo*. Milano: Giuffrè, 1995.
- THIENE, Arianna. *Nuovi Percorsi della responsabilità civile. Dalla condotta allo status*. Milano: Cedam, 2006.
- TUNC, André. “The Twentieth Century Development and Function of the Law of Torts in France”. *The International and Comparative Law Quarterly*. Volume 14, p. 1089-1103. London: The British Institute of International and Comparative Law. 1965.
- VINEY, Geneviève. *Introduction à la responsabilité*. Paris: L.G.D.J., 2008.
- _____. “As tendências atuais do Direito da Responsabilidade Civil”. In: TEPEDINO, Gustavo (Organizador). *Direito Civil contemporâneo. Novos problemas à luz da legalidade constitucional*. São Paulo: Atlas, 2008a.
- VISINTINI, Giovanna. *Cos’è là responsabilità civile. Fondamenti della disciplina dei fatti illeciti e dell’inadempimento contrattuale*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2009.

70 ANOS DA JUSTIÇA DO TRABALHO

_____. *Tratato breve della Responsabilità Civile*. Padova: Cedam, 2005.

WAGNER, Gerhard. “Comparative Tort Law”. In: REIMANN, Mathias; ZIMMERMANN, Reinhard. *The Oxford Handbook of Comparative Law*. New York: Oxford University Press, 2006.

ZENO-ZENCOVICH, Vincenzo. “La responsabilità civile”. In: ALPA, Guido e outros. *Diritto Privato Comparato*. Roma: Editori Laterza, 2005.

ZWEIGERT, Konrad; KÖTZ, Hein. *Introduzione al Diritto Comparato*. Volume II. Tradução de Estella Cigna. Milano: Giuffrè, 1995.

A DISCRIMINAÇÃO NA APLICAÇÃO DAS NORMAS DE PROTEÇÃO ÀS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA

Christiani Marques*

“Deficiente” é aquele que não consegue modificar sua vida, aceitando as imposições de outras pessoas ou da sociedade em que vive, sem ter consciência de que é dono do seu destino.

“Louco” é quem não procura ser feliz com o que possui.

“Cego” é aquele que não vê seu próximo morrer de frio, de fome, de miséria. E só tem olhos para seus míseros problemas e pequenas dores.

“Surdo” é aquele que não tem tempo de ouvir um desabafo de um amigo, ou o apelo de um irmão. Pois está sempre apressado para o trabalho e quer garantir seus tostões no fim do mês.

“Mudo” é aquele que não consegue falar o que sente e se esconde por trás da máscara da hipocrisia.

“Paralítico” é quem não consegue andar na direção daqueles que precisam de sua ajuda.

“Diabético” é quem não consegue ser doce.

“Anão” é quem não sabe deixar o amor crescer.

E, finalmente, a pior das deficiências é ser miserável, pois:

“Miseráveis” são todos que não conseguem falar com Deus.

(Deficiências – Mario Quintana)

INTRODUÇÃO

O objetivo deste estudo reside em demonstrar a discriminação na aplicação do direito às pessoas com deficiência, revelada em normas infralegais, institucionais e administrativas. Há um desígnio não revelado de discriminar e que não se percebe de forma explícita, muitas vezes revestido de certo conteúdo preconceituoso, à margem do comando constitucional.

* Doutora e mestre em Direito das Relações Sociais pela PUC-SP; professora da PUC-SP; advogada.

Trataremos dessa proteção no que tange ao mercado de trabalho, no âmbito privado.

O convite proposto é uma releitura da questão com as pessoas com deficiência.

1 – DO TERMO “DEFICIENTE”

A título de esclarecimento, sem aprofundar no mérito, foi a partir de 1988 que surgiu a importância à “pessoa”. O Texto Constitucional de 1988, de caráter inclusivo social, alterou a expressão “deficiente” utilizada anteriormente e passou a denominar “pessoa portadora de deficiência”.

Nessa esteira, em razão da crítica que ninguém “porta” deficiência, porque a mesma está na pessoa, deixou de se utilizar tal expressão e, atualmente, o termo mais aceito é “pessoa com deficiência”, conforme redação da Convenção Internacional dos Direitos e Dignidade das Pessoas com Deficiência, aprovada pela Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas (ONU).

Feita essa pequena consideração, passaremos aos pontos que tratam da proposta de uma interpretação não discriminatória e principiológica às pessoas com deficiência.

2 – DA PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL E DA IGUALDADE

A Lei Maior trata da igualdade material no art. 5º, contudo, em alguns momentos, excepciona essa regra, pois reconhece que determinado grupo de pessoas merece uma proteção especial.

O grupo a ser tratado diz respeito às pessoas com deficiência, cuja proteção especial tem sua justificativa na recomposição da desigualdade, porque foram sujeitos a processos de exclusão derivados de preconceitos e discriminação.

A realidade das pessoas com deficiência em 1988 era de 24,6 milhões. Aumentou. O censo realizado pelo IBGE em 2000 aponta cerca de 37 milhões de pessoas com deficiência no Brasil.

O IBGE no Censo 2000 mostrou que aproximadamente 24,6 milhões de pessoas, ou 14,5% da população total, apresentaram algum tipo de incapacidade ou deficiência. São pessoas com ao menos alguma dificuldade de enxergar, ouvir, locomover-se ou alguma deficiência física ou mental. Entre 16,6 milhões de pessoas com algum grau de deficiência visual, quase 150 mil se declararam cegos. Já entre os 5,7 milhões de brasileiros com algum grau

de deficiência auditiva, um pouco menos de 170 mil se declararam surdos. É importante destacar que a proporção de pessoas portadoras de deficiência aumenta com a idade, passando de 4,3% nas crianças até 14 anos, para 54% do total das pessoas com idade superior a 65 anos. Os dados do Censo 2000 mostram, também, que os homens predominam no caso de deficiência mental, física (especialmente no caso de falta de membro ou parte dele) e auditiva. O resultado é compatível com o tipo de atividade desenvolvida pelos homens e com o risco de acidentes de diversas causas. Já a predominância das mulheres com dificuldades motoras (incapacidade de caminhar ou subir escadas) ou visuais é coerente com a composição por sexo da população idosa, com o predomínio de mulheres a partir dos 60 anos. Quando se trata da inserção de pessoas portadoras de deficiência no mercado de trabalho, verifica-se uma proporção de pessoas ocupadas menor neste grupo que no das pessoas sem nenhuma das deficiências investigadas. Das 65,6 milhões de pessoas de 10 anos ou mais de idade que compõem a população ocupada no País, 9 milhões são portadoras de alguma das deficiências pesquisadas. O tipo de deficiência que dificulta mais a inserção no mercado de trabalho é a deficiência mental: somente 19,3% das pessoas que declararam apresentar deficiência mental permanente estão ocupadas. As outras incapacidades permitem uma inserção maior no mercado de trabalho: incapacidade física ou motora (24,1%), dificuldade na audição (34,0%) e dificuldade para enxergar (40,8%). Para quem não apresenta nenhuma destas deficiências, a proporção de pessoas ocupadas sobe para 49,9%.¹

Desta feita, considerando a realidade à época em 1988, o legislador constituinte estabeleceu as seguintes proteções às pessoas com deficiência:

- Reserva de vagas nos empregos e serviços públicos (37, inciso VIII)
- Igualdade na contratação e nas relações de trabalho (7º, inciso XXXI)
- Direito à inclusão social (203, inciso IV)
- Direito a um salário-mínimo ao portador com deficiência carente (203, inciso V).

Conclui-se que os artigos acima revelam verdadeira ação afirmativa do Estado, justificando sua intervenção, como forma de política inclusiva, em razão dos processos de exclusão que as pessoas com deficiência eram objeto.

A escolha de proteção foi do constituinte de 1988, e não do legislador infraconstitucional. Portanto, essa determinação constitucional não se altera.

1 www.ibge.gov.br/home/presidencia/noticias/noticia_visualiza.php?id_noticia+438&id_pagina=1

Ressalta-se que a ação afirmativa do Estado é para resguardar aquele que teve “deficiência” na sua formação. É possível que encontremos pessoa com deficiência e déficit na formação. Há pessoas com deficiência que estão perfeitamente integradas, como a atual Deputada Federal Mara Gabrilli; por outro lado, há pessoas que necessitam do Estado em matéria de proteção.

Contudo, esses mecanismos afirmativos não se operam isoladamente, há de se ter uma interpretação principiológica. Partimos do princípio da igualdade, associado ao princípio da dignidade humana em conjunto com o objetivo da República Federativa do Brasil de uma sociedade mais justa e solidária, sem preconceitos e discriminações por qualquer que seja o critério. Sendo assim, antes da crítica discriminatória à proteção às pessoas com deficiência, trataremos do princípio da dignidade humana, fundamental para análise posterior quanto à referida proteção.

3 – DO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

O princípio da dignidade da pessoa humana, no direito brasileiro, consubstanciado no art. 1º, inciso III, da Constituição Federal de 1988, previsto pela primeira vez em um Texto Constitucional, possui caráter inclusivo e cogente, sendo comparado em importância e abrangência ao direito à vida. Logo, não é admissível o direito à vida dissociado da dignidade.

Logo, incontestável que o referido princípio alcança o *status* de *Princípio Fundamental* do Estado de Direito Brasileiro, como forma de coibir todas as atrocidades humanas, discriminações e violações a direitos humanos.

Do ponto de vista filosófico, nosso ordenamento compartilhou das ideias de Immanuel Kant, as quais elevavam o ser humano a ser reconhecido como sujeito e não como objeto, porque para o filósofo não há nada equivalente ao ser humano; é insubstituível, logo não há coisa ou pessoa que o possa substituir; não se trata de mera mercadoria, com preço. Aduz Immanuel Kant:

“(...) quando uma coisa está acima de todo o preço, e, portanto, não permite equivalente, então tem ela dignidade.”²

Sendo assim, a importância da dignidade da pessoa humana representa os valores intrínsecos e subjetivos de cada um dos seres humanos e proporciona uma existência plena de liberdade e felicidade, em que qualquer Estado

2 KANT, Immanuel. *Fundamentos da metafísica do costume*. Tradução: Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70. p. 77.

Democrático deve proporcionar e continuamente buscar sem permitir que sua sociedade prive tal direito.

Contudo, em alguns momentos esse princípio é violado. O que fazer?

A solução encontrada em nosso ordenamento tem sido a reparação por meio do dano moral.

Entretanto, a medida reparatória pelo critério da indenização não reeduca, mas somente pune. Desta feita, há de se ter conjuntamente medidas preventivas e trabalhos a serem desenvolvidos e acompanhados por especialistas na área de pessoa com deficiência nos diversos locais de trabalho. A fixação de valores vultosos não corrige, não elimina, não expurga por completo.

Portanto, culminar medidas reparatórias em valores por demais expressivos, porque atingem o patrimônio ativo de um empregador e sua marca, talvez não seja a única ou a melhor alternativa, considerando que buscamos uma sociedade justa e solidária. Há, sim, de se ter medidas conjugadas e com bom-senso, porque a interpretação do nosso Texto Constitucional deve ser sistemática, sem violar outros fundamentos da Carta de 1988. Em outras palavras, não basta apenas o desembolso financeiro, mas a conscientização e um novo papel de interação social, pelo qual os indivíduos podem modificar seus comportamentos uns em relação aos outros.

A escolha está em nossas mãos, podemos optar e aprender com a experiência das pessoas com deficiência e seguirmos em frente e compartilhar com a superação em suas dificuldades; ou então, simplesmente desistir. Preenche-se a quota legal, sem ao menos se importar com a política de inserção; ou, ainda, continuar a enfatizar que as pessoas com deficiência podem gerar falhas no trabalho. Certa feita, em experiência em uma fábrica de eletrodomésticos, onde foram contratados diversos portadores com questões mentais, a primeira rejeição foi dos colegas de trabalho. Perguntavam: vamos parar o trabalho para levá-los ao banheiro? Não queremos! A empresa realizou uma política inclusiva e, depois de alguns meses, os portadores com deficiência eram os mais produtivos e, respeitados, além do maior índice de refugo obtido.

Ainda, nós não estamos preparados para vivenciar situações com pessoas com deficiência. As pessoas entram em estado de choque. Como reagir em uma situação como essa? Deve-se ajudar um cego a atravessar a rua? E o cadeirante, será que ele quer ser empurrado ou se locomover livremente?

Há perguntas das mais variadas, como ressalta Nick Vujicic (portador de deficiência nos membros inferiores e superiores. Não possui pernas e braços): “como vai se alimentar? Como vai frequentar a escola? Quem vai cuidar dele

se alguma coisa acontecer com a gente? Como vai conseguir viver de maneira independente?”³

E continua Nick ao pensar como ele poderia ser incluído na sociedade digno de um trabalho: “que tipo de emprego vou arranjar? Quem vai querer me contratar? Vão ter de contratar uma segunda pessoa para fazer o que devia fazer? Quem vai pensar em empregar uma pessoa pelo preço de duas?”⁴

Portanto, qualquer regra de hermenêutica quando tratar de pessoa com deficiência tem como premissa a norma cogente do princípio da dignidade da pessoa humana, logo não se admite flexibilizar direitos relativos à inserção dessas pessoas.

Nesse sentido, nossa Corte Trabalhista⁵ tem anulado cláusula de norma coletiva, com obrigação de não mais elaborar cláusulas que estabelecem a exclusão de determinados cargos existentes, nas áreas de produção das empresas. Em outras palavras, por meio de instrumento coletivo restringir cargos, em desconformidade com a regra legal da cota obrigatória, norma de ordem pública, de caráter previdenciário, não passível de flexibilização, por meio de norma coletiva. Portanto, não se pode limitar o acesso ao trabalho das pessoas com deficiência, direito constitucionalmente garantido.

Direito fundamental não se negocia – se assim pretendesse o legislador a ressalva teria sido feita no Texto Constitucional.

4 – DA PROTEÇÃO INFRACONSTITUCIONAL

A norma constitucional tratou de estabelecer a igualdade na contratação e nas relações de trabalho no art. 7º, inciso XXXI⁶. Trata de verdadeira ação afirmativa de integração social das pessoas com deficiência no âmbito laboral, porém não tratou de percentual reservado, não estabeleceu critérios. Enfim, coube à legislação ordinária tratar desses temas reflexos do comando constitucional.

Vejam os como o legislador infraconstitucional, em linhas gerais, disciplinou o tema no âmbito privado:

3 VUJICIC, Nick. *Uma vida sem limites*. Ribeirão Preto: Novo Conceito, 2011. p. 28.

4 VUJICIC, Nick. *Uma vida sem limites*. Ribeirão Preto: Novo Conceito, 2011. p. 32.

5 TST–ROAA–25600-74. 2006.5.15.0000. Relator Ministro Carlos Alberto Reis de Paula, Seção Especializada em Dissídios Coletivos, Data de Publicação: DJ 30.11.07.

TST – ROAA- 2030000-26.2007.5.02.0000. Relator Ministro Fernando Eizo Ono, Seção Especializada em Dissídios Coletivos, Data de Publicação: DJ. 21.10.2011.

6 “XXXI – proibição de qualquer discriminação no tocante a salário e critérios de admissão do trabalhador portador de deficiência.”

70 ANOS DA JUSTIÇA DO TRABALHO

– Lei nº 7.853, de 24.10.89 – dispõe sobre o apoio às pessoas portadoras de deficiência, sua integração social sobre a Corde, institui tutela jurisdicional de interesses coletivos ou difusos dessas pessoas, disciplina atuação do Ministério Público, define crimes.

– Art. 93, Lei nº 8.213, de 24.07.91 – fixa cotas para as pessoas com deficiência no setor privado.

– Lei nº 8.899, de 29.06.94 – concede passe livre às pessoas portadoras com deficiência no sistema de transporte coletivo interestadual.

– Decreto nº 3.298/99. Cota: art. 36, § 3º.

– Instrução Normativa nº 20, de 26.01.01, do Ministério do Trabalho e Emprego. art. 12.

Em todos os dispositivos mencionados, verifica-se que, embora ações com natureza inclusiva, apenas tratou-se de abranger uma parcela da sociedade, qual seja, pessoas com deficiência na relação de emprego. E foi-se mais adiante, limitando-se a proteção a um escalonamento percentual somente para empresas com mais de 100 empregados. Logo, todas as outras formas de relação de trabalho; ou, ainda, relação de emprego onde exista menos de 100 empregados desprotegidos pela legislação infraconstitucional. Portanto, aqui se revela o conteúdo discriminatório velado na legislação infraconstitucional no tocante à aplicação da proteção às pessoas com deficiência.

5 – DA PROPOSTA NÃO DISCRIMINATÓRIA

Iniciamos com uma situação concreta, ainda sob a égide da vigência da Carta de 1967 e Emenda Constitucional nº 1 de 1969, quando três (03) pessoas portadoras com deficiência física (“cadeirantes”) ajuizaram ação contra a Companhia do Metropolitano de São Paulo – Metrô – para eliminação das barreiras arquitetônicas. E qual foi a surpresa à época para a maioria da sociedade. Não havia legislação infraconstitucional determinando tal cumprimento da obrigação, e o fundamento foi a Constituição Federal. A ação foi julgada procedente para cumprimento da obrigação de fazer (eliminação das barreiras) e inclusão das pessoas com deficiência⁷.

Porém, nossa sociedade culturalmente eivada de preconceitos não moveria qualquer atitude para incluir pessoas com deficiência se não houvesse norma punitiva.

7 Autos 835/87. Procedimento Sumaríssimo. 2ª Vara da Fazenda Pública de São Paulo.

Desta feita, qualquer que seja a regulamentação infraconstitucional, a promoção da igualdade livre de preconceitos ou discriminação é Princípio Fundamental e Objetivo da República Federativa do Brasil.

Mas, em razão de inúmeras discriminações, o legislador resolveu disciplinar as regras por legislação infraconstitucional. Foram várias. E vários foram seus descumprimentos.

Dois pontos merecem destaque:

- Conceito de pessoa com deficiência
- Cota legal: limitação do número de empregados e relação de trabalho

Assim, para se falar em proteção à pessoa com deficiência há que partir do conceito, para que tal pessoa seja considerada “deficiente” e, portanto, sujeita às normas protetivas aplicadas.

O primeiro conceito surgiu no Decreto Regulamentar nº 3.298/99⁸.

8 “Art. 4º É considerada pessoa portadora de deficiência a que se enquadra nas seguintes categorias:
I – deficiência física – alteração completa ou parcial de um ou mais segmentos do corpo humano, acarretando o comprometimento da função física, apresentando-se sob a forma de paraplegia, paraparesia, monoplegia, monoparesia, tetraplegia, tetraparesia, triplegia, triparesia, hemiplegia, hemiparesia, amputação ou ausência de membro, paralisia cerebral, membros com deformidade congênita ou adquirida, exceto as deformidades estéticas e as que não produzam dificuldades para o desempenho de funções;
II – deficiência auditiva – perda parcial ou total das possibilidades auditivas sonoras, variando de graus e níveis na forma seguinte:
a) de 25 a 40 decibéis (db) – surdez leve;
b) de 41 a 55 db – surdez moderada;
c) de 56 a 70 db – surdez acentuada;
d) de 71 a 90 db – surdez severa;
e) acima de 91 db – surdez profunda; e
f) anacusia;
III – deficiência visual – acuidade visual igual ou menor que 20/200 no melhor olho, após a melhor correção, ou campo visual inferior a 20º (tabela de Snellen), ou ocorrência simultânea de ambas as situações;
IV – deficiência mental – funcionamento intelectual significativamente inferior à média, com manifestação antes dos dezoito anos e limitações associadas a duas ou mais áreas de habilidades adaptativas, tais como:
a) comunicação;
b) cuidado pessoal;
c) habilidades sociais;
d) utilização da comunidade;
e) saúde e segurança;
f) habilidades acadêmicas;
g) lazer; e
h) trabalho;
V – deficiência múltipla – associação de duas ou mais deficiências.”

Porém, esse conceito sofreu alterações nas deficiências física, auditiva e visual quase 10 (dez) anos depois, por meio do Decreto nº 5.296/04⁹. Este Decreto restringiu algumas deficiências, portanto, a partir de 2004 alguns deficientes até então considerados para efeito da proteção legal não mais seriam. Novamente, outro equívoco na interpretação. A Constituição Federal é inclusiva, portanto, o Decreto de 2004 não tem o condão de desproteger.

Mas, a controvérsia não se estancou. Em 9 de julho de 2008, com a ratificação no Brasil da Convenção Internacional das Pessoas com Deficiência com *status* de emenda constitucional¹⁰, foram incorporadas normas que acrescentaram mais benefícios às pessoas com deficiência. Em outras palavras, em razão da Convenção ingressar no sistema brasileiro com efeito de emenda constitucional, além de revogar direito, até então existente, que for contrário a ela, petrifica as normas do sistema, consoante art. 60, § 4º, da Constituição Federal.

Contudo, a finalidade da Convenção é proteger, incluir, acrescentar direitos, e não retirar proteção até então existente. Nesse sentido, a própria

-
- 9 “Art. 4º É considerada pessoa portadora de deficiência a que se enquadra nas seguintes categorias:
- I – deficiência física – alteração completa ou parcial de um ou mais segmentos do corpo humano, acarretando o comprometimento da função física, apresentando-se sob a forma de paraplegia, paraparesia, monoplegia, monoparesia, tetraplegia, tetraparesia, triplegia, triparesia, hemiplegia, hemiparesia, ostomia, amputação ou ausência de membro, paralisia cerebral, nanismo, membros com deformidade congênita ou adquirida, exceto as deformidades estéticas e as que não produzam dificuldades para o desempenho de funções;
 - II – deficiência auditiva – perda bilateral, parcial ou total, de quarenta e um decibéis (db) ou mais, aferida por audiograma nas frequências de 500HZ, 1.000HZ, 2.000Hz e 3.000Hz;
 - III – deficiência visual – cegueira, na qual a acuidade visual é igual ou menor que 0,05 no melhor olho, com a melhor correção óptica; a baixa visão, que significa acuidade visual entre 0,3 e 0,05 no melhor olho, com a melhor correção óptica; os casos nos quais a somatória da medida do campo visual em ambos os olhos for igual ou menor que 60º; ou a ocorrência simultânea de quaisquer das condições anteriores;
 - IV – deficiência mental – funcionamento intelectual significativamente inferior à média, com manifestação antes dos dezoito anos e limitações associadas a duas ou mais áreas de habilidades adaptativas, tais como:
 - a) comunicação;
 - b) cuidado pessoal;
 - c) habilidades sociais;
 - d) utilização dos recursos da comunidade;
 - e) saúde e segurança;
 - f) habilidades acadêmicas;
 - g) lazer; e
 - h) trabalho;
 - V – deficiência múltipla – associação de duas ou mais deficiências.”
- 10 O Brasil ratificou a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência – assinado em 30.03.07 – no dia 09.07.08 através do Decreto Legislativo nº186. E mais, a referida Convenção foi a primeira a ser aprovada, na forma do § 3º do art. 5º (parágrafo introduzido pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004), ou seja, não haveria necessidade do decreto de promulgação, bastariam as duas votações do Congresso Nacional. Ademais, inegável o caráter de Direitos Humanos da Convenção.

Convenção Internacional no art. 4º, *d*¹¹, destaca que ela somente incidirá onde houver necessidade de acréscimo.

Desta feita, em razão da ausência da definição legal de quem era pessoa com deficiência, na Lei nº 7.853/89, posteriormente veio o Decreto Regulamentar nº 3.298, de 20.12.99, o qual criou direito, quando deveria regulamentar, mas mesmo assim foi de grande valia, posto que foi a base conceitual para a proteção das pessoas com deficiência até julho de 2008.

Assim, com o advento da Convenção em nosso sistema, temos a partir de julho de 2008, de acordo com o art. 1º da referida Convenção, o conceito de pessoa com deficiência:

“Pessoas com deficiência são aquelas que têm impedimentos de natureza física, intelectual ou sensorial, os quais, em interação com diversas barreiras, podem obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade com as demais pessoas.” (grifos nossos)

Salienta Luiz Alberto David Araujo que o Decreto nº 3.298/99 “não pode ter o condão de redefinir o que a Convenção definiu. Se a Convenção não fixou causas, não pode o decreto fazê-lo. No entanto, se o conceito do decreto for restritivo e excluir determinada situação do conceito da Convenção, é evidente que deve este ser aplicado. Estamos, portanto, diante de um caso de interpretação conforme”¹².

Passada a premissa de quem é considerada pessoa com deficiência, vamos ao segundo tópico da questão. Cota legal: limitação do número de empregados e relação de trabalho.

Sob o aspecto da proteção ao mercado de trabalho, a Lei Maior não restringiu. Tratou da relação de trabalho (art. 7º, inciso XXXI). Contudo, foi o legislador infraconstitucional que disciplinou a questão somente para a relação de emprego e empresas com 100 (cem) ou mais empregados.

A intenção do legislador infraconstitucional foi excelente. Não tínhamos nada a respeito. Foi uma vitória e tanto! Porém, deixou de examinar as diversas situações de relação de trabalho, bem como as relações de emprego, com número de pessoas inferior a 100 (cem), livre do cumprimento da cota obrigatória, da fiscalização, ou qualquer outra medida extra ou judicial.

11 Art. 4º, *d*: Abster-se de participar de qualquer ato ou prática incompatível com a presente Convenção e assegurar que as autoridades públicas e instituições atuem em conformidade com a presente Convenção;

12 Proteção das pessoas com deficiência. In: *Manual dos direitos difusos*, p. 736.

70 ANOS DA JUSTIÇA DO TRABALHO

Sob nossa análise, as empresas com menos de 100 empregados também têm o dever de integração e inclusão, porque decorre do comando constitucional da igualdade ao trabalho (arts. 5º e 7º, inciso XXXI), além de atender aos valores fundamentais traçados no princípio da dignidade humana, valor social do trabalho, cidadania, como vetores e fundamentos do Estado Democrático de Direito. E, como a interpretação da Lei Maior deve ser principiológica, a tais valores soma-se o objetivo da República do Brasil em promover o bem de todos, sem preconceito de origem, raça, sexo ou quaisquer outras formas de discriminação. Leia-se: pessoas com deficiência também.

Desta feita, qualquer que seja a empresa, independentemente do número de empregados, ao deixar de incluir pessoa com deficiência descumpra o comando constitucional, porque viola direito fundamental. O Texto Constitucional não permite a discriminação no que tange à inclusão, portanto a regra infraconstitucional do sistema de cota não atende por completo o comando constitucional inclusivo. E tal diferença viola o Texto Constitucional. A política de inserção é para todos!

No entanto, há julgados na Corte Trabalhista e Regionais com entendimento diverso, sob o fundamento que as empresas com menos de 100 empregados estariam isentas da obrigação social, posto que a lei traçou o comprometimento àquelas que empregam número maior, conforme a gradação legal.

Ousamos discordar.

A regra constitucional é inclusiva e não exclui. Não há obrigação social maior que cumprir a proteção inclusive ao trabalho independentemente do número de empregados ou da espécie de relação de trabalho. Sendo assim, aqui se revela o conteúdo discriminatório na aplicação do direito a pessoa com deficiência.

Portanto, violada a norma constitucional que espelha a essência do nosso ordenamento jurídico, qual seja, a dignidade da pessoa humana, não somente como princípio fundamental, mas valor supremo, na qual todas as demais leis devem convergir a fim de que o ser humano tenha proteção para rechaçar atos que atentem contra a dignidade da pessoa.

Em consonância com o princípio constitucional da igualdade, para o grupo específico das pessoas com deficiência deve-se pensar em regras apropriadas ao seu modo de inserção ocupacional. E, atualmente, para corroborar mais ainda essa tese, a Convenção Internacional das Pessoas com Deficiência, alçadas no *status* constitucional como norma de direitos humanos, não há mais qualquer controvérsia, ou exceção, ou qualquer outro argumento. A inclusão

das pessoas com deficiência já se faz há muito obrigatória, cuja norma o Brasil foi signatário.

É, ainda, lamentável que tenhamos que agir dessa forma, e aclamar para que a sociedade seja menos individualista, egoísta, preconceituosa, porque as pessoas com deficiência têm os mesmos direitos e garantias constitucionais.

Portanto, se havia argumento que as demais relações de trabalho ou relações de emprego com números de empregados inferiores a 100 não estariam sujeitos a cota obrigatória, agora não há mais do que escapar, a Convenção que entra no *status* de emenda constitucional determina a inclusão.

Por fim, embora o sistema de cota não seja objeto de análise deste estudo, gostaríamos de destacar algo que nos tem chamado muita atenção em razão do cumprimento da cota legal. Surgiram as empresas que realizam a intermediação da mão de obra. Acende-se a luz vermelha: intermediação da mão de obra. Em segundo, algumas dessas empresas utilizam a fachada de ONGs (Organizações Não Governamentais), talvez por ser um critério de respeitabilidade mundial, porém, no Brasil isso é temerário, porque atuam como verdadeiros intermediadores dessa mão de obra, com exigências desproporcionais para as empresas que buscam a contratação de pessoas com deficiência, e exigem, na maioria das vezes, contribuições das pessoas com deficiência para dela participarem e, por outro lado, das empresas para que indiquem um profissional à vaga. São das mais variadas formas, exigem: valores em espécie, o recebimento do primeiro salário da pessoa com deficiência; doações (cadeiras de rodas, aparelhos ortopédicos, aparelhos auditivos, etc.).

6 – EXERCÍCIO DE CIDADANIA

Ao tratar da obediência ao comando constitucional da inclusão quanto às pessoas com deficiência, queremos compartilhar que para a implementação da igualdade de oportunidade no trabalho, há que se ter a sensibilidade de não discriminar situações que nos trazem diversidade. E para tanto, seguem exemplos de vida:

A jornalista Maria Helena Gouveia no livro *Fazer o bem faz bem* realizou diversas entrevistas. Gostaríamos de mencionar todas, pela grandiosidade dos depoimentos. Contudo, destacaremos duas vivências.

A primeira trata do fundador da Laramara – Associação Brasileira de Assistência ao Deficiente Visual, Victor Siaulys; a segunda, do responsável pela área de marketing da AACD – Associação de Assistência à Criança Deficiente, Philippe Et D’Audenhove. Vejamos:

70 ANOS DA JUSTIÇA DO TRABALHO

“Victor constituiu família. Casou-se com Mara, sua companheira de sempre, com a qual teve três filhos. Seus negócios cresciam. A vida familiar se solidificava. Quando a filha caçula completou seis meses, sua mulher começou a alertá-lo de suas desconfianças: Lara era deficiente visual. Ele, porém, não acreditava. Como? Conseguia realizar todas as suas metas, julgava-se um vencedor, um imbatível, estudava a fundo as novas descobertas científicas, os mais diversos remédios para os mais diversos males. Não era possível, isso não estava acontecendo com ele! Certamente a mulher estava enganada! Porém, quando se via sozinho com a menina, examinava minuciosamente seus olhinhos com uma lanterna. Chegou a colocar gelatina de várias cores em um projetor de slides com a esperança de que ela distinguisse as cores iluminadas na parede. Ele encontraria a medicação certa! O pai não queria acreditar. Relutou demais. Acabou tendo de se render à bárbara e traumática realidade: sua filha caçula era deficiente visual. O pedestal onde se encontrava ruía a seus pés. (...) E dessa união de sofrimentos, esperanças e certezas de um mundo mais humano e melhor nasceu Laramara. (...) Hoje, Lara é uma linda moça de vinte e dois anos. Movimenta-se com desenvoltura, é independente, entrou em duas faculdades.¹³

Rodrigo era um menino esperto, alegre e travesso. Gostava de jogar bola no campinho improvisado na rua, onde ele e seus amigos se divertiam. Um dia a bola foi mais longe, e Rodrigo também. Na ânsia de pegá-la, não prestou atenção no carro que se aproximava acelerado. A pancada foi mais rápida, e Rodrigo nunca mais correu atrás daquela bola. Nascido de uma família pobre, sem recursos, encontrou abrigo na AACD. Sofreu várias cirurgias. Ele e seus pais souberam o que era dor e, sobretudo, a falta de movimentos, falta de futuro. (...) Na AACD sentiu que era alguém tratado com atenção e muitos cuidados, que para aquela entidade ele não era um menino qualquer, ele era o Rodrigo que precisava viver, e para isso contava com o amor e a dedicação de todos os que o rodeavam. (...) a grande missão dessa entidade é reabilitar e reintegrar o deficiente à sociedade. Esses pacientes são, em sua maioria, vítimas de paralisia cerebral com deficiências motoras, o que exige um tratamento de dezoito meses, no mínimo. A família geralmente é a maior vítima dessa situação traumática. Via de regra, quando o paciente é uma criança com paralisia, o pai é o primeiro a abandoná-la. Na maioria dos casos, ele

13 GOUVEIA, Maria Helena. *Fazer o bem faz bem*. São Paulo: Gente, 2001. p. 74-66.

não tem estrutura para suportar essa provação. A criança quase sempre fica com a mãe, ou com a avó, quando a mãe precisa trabalhar fora.”¹⁴

Outra experiência que destacamos. Trata-se de situações cotidianas da ex-secretária da pessoa com deficiência e mobilidade reduzida da cidade de São Paulo, ex-vereadora paulista e atual deputada federal Mara Gabrilli, que após um acidente de veículo na Serra do Mar, em São Paulo, ficou tetraplégica:

“Não me perguntem por quê, mas geralmente esses insetos respeitam minha condição. Chego à loucura experimental de encarar as picadas como terapia. Fico olhando aquelas bolinhas vermelhas e tento associá-las a uma coceirinha... Afinal de contas, nenhum corpo é estático. No caso do meu, só saberei se estou ganhando sensibilidade se experimentar. Voltando para o fim da tarde em Angra, eis que um pernilongo resolve pousar no meu peito. Chacoalhei muito, e ele nem se incomodou. Iniciei nova tentativa de expulsá-lo usando como arma meu rabo de cavalo. O cabelo batia nele, mas o diabo do pernilongo continuava firme e, exatamente nesse momento, me mordeu. Fiquei totalmente pirada por estar servindo de anfitriã àquele folgado contra a minha vontade. Só me restava um recurso: matá-lo. Encostei o queixo no peito (tente essa posição imaginando acertar o pernilongo entre seus seios) e juntei muita saliva. Então deixei aquele riozinho escorrer gradativamente da boca, até chegar no peito, na região entre os seios. Apesar de ele já ter se alimentado de mim e provocado uma coceira desesperadora, eu o matei afogado enquanto a fila do telefone ficava assistindo a eu cuspir em mim mesma! (Meu lado vingativo e canibal, janeiro 2004).”¹⁵

CONCLUSÃO

A Lei Maior está passando por uma interpretação discriminatória no que tange à proteção das pessoas com deficiência, porque ela não restringe a igualdade de oportunidades.

Verifica-se, portanto, o descumprimento do comando constitucional, ao validar no âmbito privado o sistema de cotas com limitação à relação de emprego e aos destinatários (100 ou mais empregados). Há obrigação social para todos, sem qualquer limitação. Essa foi a origem da justificativa das normas protetivas às pessoas com deficiência no Texto Constitucional de 1988.

14 GOUVEIA, Maria Helena. *Fazer o bem faz bem*. São Paulo: Gente, 2001 p. 84-88.

15 GABRILLI, Mara. *Íntima desordem: os melhores textos na TPM*. São Paulo: Saraiva/Versar, 2009. p. 46-47.

E para validar mais ainda a impossibilidade do conteúdo negativo e, portanto, discriminatório, com o ingresso da Convenção Internacional da Pessoa com Deficiência com *status* de emenda constitucional, além da violação aos princípios fundamentais do estado brasileiro, viola-se também norma de direitos humanos.

Sem dúvida que a ação afirmativa do sistema de cota obrigatório foi fruto de um grande esforço e trabalho, e que este deve ser mantido no sistema. Contudo, não podemos continuar a corroborar o descumprimento da regra constitucional discriminando a Lei Maior ao excluir por meio do sistema infraconstitucional da cota obrigatória as demais situações, e ferir por completo a estrutura principiológica fundamental prevista em nosso Texto Constitucional de 1988.

O objetivo constitucional da inclusão é assegurar que as pessoas com deficiência gozem de igualdades de oportunidades no mercado de trabalho, por meio de contratação, recolocação profissional, permanência no trabalho e aproveitamento de oportunidades de ascensão na carreira profissional; e por outro lado, aos empregadores a implementação de política de gestão relativa a deficiência como parte integrante de sua política geral e de recursos humanos; maiores campanhas de conscientização sobre inclusão profissional de pessoas com deficiência; patrocínios como, por exemplo, ocorrem com a seleção para olímpica de basquete; responsabilidade social das empresas, como certificação AS 8000 (Social Account Ability 8000)¹⁶, certificação pela Norma 16001.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALVES, Rubens Valtecedes. *Deficiente físico: novas dimensões da proteção ao trabalhador*. São Paulo: LTr, 1992.

ARAÚJO, Luiz Alberto David. *Constitucionalizando direitos – 15 anos da Constituição brasileira de 1988*. Organizador: Fernando Facury Scaff. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

_____. *A proteção constitucional das pessoas portadoras de deficiência*. 3. ed. Brasília: CORDE, 2003.

_____. *Defesa dos direitos das pessoas portadoras de deficiência*. Coordenador: Luiz Alberto David Araujo. São Paulo: RT, 2006.

_____. RAGAZZI, José Luiz. *A proteção da pessoa portadora de deficiência: um instrumento de cidadania*. Bauru: Edite, 2006.

BENJAMIN, Antonio Herman de Vasconcellos e. “A tutela das pessoas portadoras de deficiência e o Ministério Público”. In: FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin de (Coord.). *Direitos das pessoas portadoras de deficiência*. São Paulo: Max Limonad, 1997. (Série Advocacia Pública & Sociedade, 1).

16 Primeira certificação internacional de responsabilidade social, criada com base nas normas da OIT, na Declaração Universal dos Direitos Humanos.

70 ANOS DA JUSTIÇA DO TRABALHO

DELGADO, Mauricio Godinho. “Proteções contra discriminação na relação de trabalho”. In: VIANA, Márcio Túlio; RENAULT, Luiz Otávio Linhares (Coords.). *Discriminação*. São Paulo: LTr, 2000.

DORON, Roland; PAROT, Françoise. *Dicionário de Psicologia*. Tradução: Odilon Soares Leme. São Paulo: Ática, 2007.

FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin de (Org.). *Direitos da pessoa portadora de deficiência*. São Paulo: Max Limonad, 1997.

FOLHA DE SÃO PAULO. Caderno Tendências e Debates, p. 3, 20.10.2011.

FONSECA, Ricardo Tadeu Marques da. *O trabalho da pessoa com deficiência e a lapidação dos direitos humanos: o direito do trabalho, uma ação afirmativa*. São Paulo: LTr, 2006.

FOURNIER, Jean-Louis. *Aonde a gente vai, papai?* Tradução de Marcelo Jacques de Moraes. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2009.

GABRILLI, Mara. *Íntima desordem: os melhores textos na TPM*. São Paulo: Saraiva: Versar, 2009.

_____. *Manual de convivência: Pessoas com deficiência e mobilidade reduzida*.

GOUVEIA, Maria Helena. *Fazer o bem faz bem*. São Paulo: Gente, 2001.

KANT, Immanuel. *Fundamentos da metafísica do costume*. Tradução: Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70, 2000.

MARQUES, Christiani. *O contrato de trabalho e a discriminação estética*. São Paulo: LTr, 2002.

MATARAZZO, Claudia. *Vai encarar? A nação (quase) invisível de pessoas com deficiência*. Consultoria de Mara Gabrielli. São Paulo: Melhoramentos, 2009.

MIRANDA, Pontes de. *Comentários à Constituição de 1967, com a Emenda nº 1 de 1969*. São Paulo: RT, 1972, v. 6.

NUNES Jr., Vidal Serrano. *Manual de direitos difusos*. São Paulo: Verbatim, 2009.

OLIVEIRA, Wanderley (pelo espírito Ermance Dufaux). *Diferenças não são defeitos – a riqueza da diversidade nas relações humanas*. Belo Horizonte: Dufaux, 2011.

RIBEIRO, Lauro Luiz Gomes. *Manual de direitos da pessoa com deficiência*. São Paulo: Verbatim, 2010.

SASSAKI, Romeu Kazumi. *Inclusão: construindo uma sociedade para todos*. Rio de Janeiro: WVA, 1997.

SOUSA, Carmen Verônica Aguiar de. “Deficiente: uma minoria desrespeitada”. In: *Direito das minorias*. Coord. Elida Séguin. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

SIMÃO, Antoinette; SIMÃO, Flávia. *Inclusão: educação especial: educação essencial*. 2. ed. São Paulo: Cia dos Livros, 2010.

VUJICIC, Nick. *Uma vida sem limites*. Tradução Renato Marques de Oliveira. Ribeirão Preto: Novo Conceito, 2011.

Página Web visitada:

http://www.ibge.gov.br/home/presidencia/noticias/noticia_visualiza.php?id_noticia=438&id_pagina=1

A EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES ENTRE PARTICULARES: O CASO DAS RELAÇÕES DE TRABALHO

Daniel Sarmento*

Fábio Rodrigues Gomes**

1 – INTRODUÇÃO

Uma das características do Direito contemporâneo, não só no Brasil, mas em praticamente todas as democracias constitucionais, é a ubiquidade dos direitos fundamentais, que passaram a ser invocados nos mais variados cenários e contextos. Na atualidade, dificilmente surge alguma controvérsia jurídica relevante sem que pelo menos uma das partes envolvidas sustente a violação ou ameaça a algum direito fundamental, constitucionalmente consagrado. Os direitos fundamentais tornaram-se centrais nos mais variados ramos do ordenamento jurídico, do Direito de Família ao Processo Penal.

No Direito do Trabalho não poderia ser diferente. Não há como pensar as relações de trabalho no cenário jurídico contemporâneo sem levar em consideração os direitos fundamentais – não apenas os trabalhistas, como também os demais direitos individuais, sociais e coletivos. Contudo, apesar do tema já ter penetrado nas decisões judiciais, existe ainda um certo déficit na literatura jurídica nacional no que concerne à discussão sobre os parâmetros para aplicação dos direitos fundamentais não trabalhistas no âmbito das relações de trabalho. O objetivo do presente artigo é contribuir para este importante debate, discutindo o problema da chamada “eficácia horizontal” dos direitos fundamentais, e propondo alguns critérios para a incidência destes direitos na esfera trabalhista.

O artigo compõe-se de duas partes. A primeira descreve o debate teórico sobre a vinculação dos particulares aos direitos fundamentais travado no âm-

* *Professor adjunto de Direito Constitucional da UERJ; mestre e doutor em Direito Público pela mesma instituição, com pós-doutorado na Yale Law School; procurador regional da República.*

** *Juiz federal do Trabalho; mestre e doutor em Direito Público pela UERJ; professor da Escola Judicial do TRT da 1ª Região.*

bito do Direito Constitucional, com a exposição das principais teorias sobre o assunto e da jurisprudência do STF, seguida de tomada de posição neste debate. A segunda traz a discussão para o campo do Direito do Trabalho, buscando formular alguns parâmetros específicos para a incidência dos direitos fundamentais nas relações trabalhistas.

2 – A EFICÁCIA HORIZONTAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS: APORTES TEÓRICOS E A JURISPRUDÊNCIA DO STF

A teoria liberal clássica limitava o alcance dos direitos fundamentais à regência das relações públicas, que tinham o Estado em um dos seus pólos. Tais direitos eram vistos como limites ao exercício do poder estatal, que, portanto, não se projetavam no cenário das relações jurídico-privadas. Hoje, tal concepção, que caracterizava o modelo de constitucionalismo liberal-burguês revela-se anacrônica. Parece indiscutível que se a opressão e a violência contra a pessoa provêm não apenas do Estado, mas de uma multiplicidade de atores privados, presentes em esferas como o mercado, a família, a sociedade civil e a empresa, a incidência dos direitos fundamentais na esfera das relações entre particulares se torna um imperativo incontornável.

Essa necessidade é ainda mais imperiosa em contextos sociais caracterizados por grave desigualdade social e assimetria de poder, como ocorre no Brasil. Em quadros como o nosso, excluir as relações privadas do raio de incidência dos direitos fundamentais importa em mutilar seriamente estes direitos, reduzindo a sua capacidade de proteger e promover a dignidade da pessoa humana.

Sem embargo, firmada essa premissa, é preciso aprofundar a análise, para verificar a forma como se dá a incidência dos direitos fundamentais nas relações entre particulares. Na verdade, não seria correto simplesmente transplantar o particular para a posição de sujeito passivo do direito fundamental, equiparando o seu regime jurídico ao dos Poderes Públicos, pois o indivíduo, diversamente do Estado, é titular de direitos fundamentais, e está investido pela própria Constituição em um poder de autodeterminação dos seus interesses. Uma equiparação do particular ao Estado, para fins de sujeição aos direitos fundamentais, tenderia a revelar-se autoritária, ao restringir em demasia a sua liberdade de fazer escolhas e agir de acordo com elas.

Poucos defenderiam, por exemplo, que o Direito pudesse interferir, com apoio no princípio da isonomia, no poder do indivíduo de convidar quem quiser para a sua festa de aniversário, por razões inteiramente caprichosas. Ou que fosse possível restringir a faculdade de uma pessoa de escolher os seus amigos

ou seu parceiro afetivo dentre aqueles que professam a sua religião, com base na proibição constitucional de discriminação por motivos religiosos. Esses exemplos singelos revelam que a hipertrofia da eficácia horizontal dos direitos fundamentais pode, em nome da utopia da realização destes direitos em todos os espaços sociais, converter-se numa verdadeira distopia, ao restringir em excesso a autonomia privada, ainda que com propósitos “politicamente corretos”. Teríamos aqui o paradoxo de um “fundamentalismo de direitos fundamentais”.

O tema da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais é um dos mais discutidos no Direito Constitucional Comparado na contemporaneidade, tendo suscitado respostas diferentes em diversos países, tendo em vista os respectivos sistemas constitucionais, culturas jurídicas e realidades socio-políticas¹. A questão já foi objeto de diversas decisões do Supremo Tribunal Federal, bem como de outros tribunais brasileiros, e vem sendo cada vez mais discutida pela doutrina nacional².

O tópico versado tangencia uma série de questões importantíssimas, como as concernentes à constitucionalização do ordenamento jurídico, à evolução das relações entre sociedade e Estado, e entre os espaços público e privado, e ao significado e limites da proteção constitucional conferida à autonomia privada. Por conta disso, e considerando os limites de espaço deste trabalho, iremos nos

-
- 1 Cf. Daniel Sarmento. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*, p. 185-234; e Mark Tushnet. “The Issue of State Action/Horizontal Effect in Comparative Constitutional Law”. In: *International Journal of Constitutional Law* nº 1, 2003, p. 79 ss.
 - 2 Veja-se na doutrina nacional, dentre outros, além da obra de Daniel Sarmento acima citada, Gilmar Ferreira Mendes. “Direitos Fundamentais: eficácia das garantias constitucionais nas relações privadas; análise da jurisprudência da Corte Constitucional alemã”. In: *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade: estudos de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 207-225; Ingo Wolfgang Sarlet. “Direitos Fundamentais e Direito Privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais. In: Ingo Wolfgang Sarlet (Org.). *A Constituição Concretizada*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p. 107-163; Paulo Gustavo Gonet Branco. “Aspectos da Teoria Geral dos Direitos Fundamentais”. In: Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho e Paulo Gustavo Gonet Branco. *Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2000, p. 169-180; Carlos Roberto Siqueira Castro. “Aplicação dos Direitos Fundamentais às Relações Privadas”. In: Antonio Celso Alves Pereira e Celso R. D. de Albuquerque (Orgs.). *Estudos em Homenagem a Carlos Alberto Menezes Direito*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 227-246; Ingo Wolfgang Sarlet (Org.). *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003; Wilson Steinmetz. *A Vinculação dos Particulares aos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2004; Jane Gonçalves Reis Pereira. “Apontamentos sobre a aplicação de normas de direito fundamental nas relações jurídicas entre particulares”. In: Luís Roberto Barroso (Org.). *A Nova Interpretação Constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 119-192; Thiago Luís Santos Sombra. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais nas Relações Jurídico-Privadas*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2004; André Rufino do Vale. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais nas Relações Privadas*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2004; Virgílio Afonso da Silva. *A Constitucionalização do Direito: Os direitos fundamentais nas relações entre particulares*. São Paulo: Malheiros, 2005; e Eduardo Ribeiro Moreira. *Obtenção dos Direitos Fundamentais nas Relações entre Particulares*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

ater, nesta primeira etapa, às noções gerais contidas nas teorias mais difundidas sobre o assunto, para, logo em seguida, nos debruçarmos detidamente sobre alguns aspectos da eficácia dos direitos fundamentais nas relações de emprego.

2.1 A negação da eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas e a doutrina da “state action”

No cenário norte-americano tem prevalecido a visão de que, em regra geral, os direitos fundamentais positivados na Constituição não se estendem às relações privadas³. É praticamente um axioma do Direito Constitucional norte-americano, quase universalmente aceito tanto pela doutrina como pela jurisprudência, a ideia de que os direitos fundamentais, previstos no *Bill of Rights* da Constituição daquele país, impõem limitações apenas para os Poderes Públicos e não atribuem aos particulares direitos frente a outros particulares com exceção apenas da 13^a Emenda, que proibiu a escravidão. Trata-se da chamada teoria da *state action*.

Para justificar essa posição, a doutrina apoia-se na literalidade do texto constitucional norte-americano, que se refere apenas aos Poderes Públicos na maioria das suas cláusulas consagradoras de direitos fundamentais. Mas também são invocados outros argumentos teóricos, sendo o principal deles a preocupação com a autonomia privada, vocalizada nas lições de Laurence Tribe:

“(...) imunizando a ação privada do alcance das proibições constitucionais, impede-se que a Constituição atinja a liberdade individual – denegando aos indivíduos a liberdade de fazer certas escolhas, como as de com que pessoas se associar. Essa liberdade é básica dentro de qualquer concepção de liberdade, mas ela seria perdida se os indivíduos tivessem de conformar sua conduta às exigências constitucionais.”⁴

Além do argumento liberal, outra justificativa invocada para a doutrina da *state action* liga-se ao federalismo. Nos Estados Unidos, compete aos Estados e não à União legislar sobre Direito Privado, a não ser quando a matéria envolva o comércio interestadual ou internacional. Assim, afirma-se que a *state*

3 Veja-se, a propósito, Laurence Tribe. *American Constitutional Law*. 2. ed. Mineola: The Foundation Press, 1988, p. 1688-1720; e “Refocusing the ‘State Action’ Inquiry: Separating State Acts from State Actors”. In: *Constitutional Choices*. Cambridge: Harvard University Press, 1985, p. 246-266; John E. Nowak. & Ronald D. Rotunda. *Constitutional Law*. 5th. ed. St Paul: West Publishing Co., 1995, p. 470-509; Juan María Bilbao Ubillos. *Los Derechos Fundamentales en la Frontera entre lo Público y lo Privado*. Madrid: McGraw-Hill, 1997; Mark Tushnet. *Weak Courts, Strong Rights*. Princeton: Princeton University Press, 2008, p. 161-195; e Erwin Chemerinsky. *Constitutional Law: principles and policies*. 3. ed. New York: Aspen Publishers, 2006, p. 507-539.

4 Cf. Laurence Tribe. *American Constitutional Law*, op. cit., p. 1.691.

action preserva o espaço de autonomia dos Estados, impedindo que as cortes federais, a pretexto de aplicarem a Constituição, intervenham na disciplina das relações privadas.

A acidentada trajetória da doutrina da *state action* nos Estados Unidos inicia-se com os *Civil Rights Cases*, julgados pela Suprema Corte norte-americana em 1883⁵. Em 1875, o Congresso Nacional norte-americano aprovava o *Civil Rights Act*, prevendo uma série de punições civis e penais contra a discriminação racial em locais e serviços acessíveis ao público, com fundamento na competência conferida pela 14ª Emenda à Constituição daquele país, a qual, logo após o fim da escravidão, obrigara os Estados a respeitarem os princípios da igualdade e do devido processo legal. No entanto, a Suprema Corte, apreciando cinco casos de pessoas indiciadas por terem cerceado o acesso de negros em hotéis, teatros e trens, afirmou a inconstitucionalidade da norma, sob o argumento de que a União tinha recebido da Constituição apenas a competência para editar normas impedindo as discriminações praticadas pelos próprios Estados, mas não aquelas cometidas por indivíduos e empresas privadas. Nestes julgamentos, ficaram assentadas duas premissas: (a) os direitos fundamentais estabelecidos na Constituição americana vinculam apenas os Poderes Públicos e não os particulares; e (b) o Congresso Nacional não tem poderes para editar normas protegendo os direitos fundamentais nas relações privadas, pois a competência para disciplinar estas relações é exclusiva do legislador estadual. A primeira das premissas permanece até hoje inalterada, conquanto tenha se sujeitado, com o passar do tempo, a certas atenuações, como se verá a seguir. Mas a segunda já foi revista pela jurisprudência, que admite atualmente a competência da União para legislar sobre direitos humanos mesmo quando nenhum ator estatal esteja envolvido, o que ocorreu com a promulgação de diversos diplomas na década de 60, na fase áurea do movimento em prol dos direitos civis nos EUA, dentre os quais se destaca o *Civil Rights Act* de 1964⁶.

A partir da década de 40 do século passado, a Suprema Corte americana, sem renegar a doutrina da *state action*, começa a esboçar alguns temperamentos a ela. Passou à Suprema Corte a adotar a chamada *public function theory*, segundo a qual quando particulares agirem no exercício de atividades de natureza tipicamente estatal, estarão também sujeitos às limitações constitucionais. Esta teoria impede, em primeiro lugar, que o Estado se livre da sua vinculação aos direitos constitucionais pela constituição de empresas privadas, ou pela dele-

5 Cf. John E. Nowak. & Ronald D. Rotunda, op. cit., p. 474-477.

6 Aceita-se mais a intervenção do Legislativo do que do Judiciário Federal nesta seara, sob o argumento de que, no primeiro, os Estados estão politicamente representados no Senado Federal.

gação das suas funções típicas para particulares, pois estes, quando assumem funções de caráter essencialmente público, passam a sujeitar-se aos mesmos condicionamentos constitucionais impostos aos Poderes Públicos⁷.

Ademais, existem, segundo a Suprema Corte, certas atividades que, independentemente de delegação, são de natureza essencialmente estatal, e, portanto, quando os particulares as exercitam, devem submeter-se integralmente aos direitos fundamentais previstos na Constituição. O caso mais emblemático de aplicação desta teoria foi o *Marsh v. Alabama*⁸, julgado em 1946. Discutia-se se uma empresa privada, que possuía terras no interior das quais se localizavam ruas, residências, estabelecimentos comerciais, etc., podia ou não proibir Testemunhas de Jeová de pregarem no interior da sua propriedade. A Suprema Corte declarou inválida tal proibição, pois ao manter uma “cidade privada” (*private owned town*), a empresa se equiparava ao Estado e se sujeitava à 1ª Emenda da Constituição norte-americana, que assegura a liberdade de culto.

A outra hipótese de vinculação dos particulares aos direitos fundamentais admitida no direito norte-americano relaciona-se aos casos em que é possível estabelecer uma conexão mais profunda entre a conduta do ator privado e alguma entidade governamental. O caso *Shelley v. Kraemer*⁹ constitui um relevante precedente nesta linha. Na hipótese, existia uma convenção privada vinculando os proprietários de vários imóveis de uma região, que os proibia de aliená-los a pessoas integrantes de minorais raciais. Apesar disso, o dono de um dos imóveis resolveu vendê-lo a um negro, contra o que se opuseram alguns dos demais coobrigados pela convenção, através do ajuizamento de uma ação. A questão chegou à Suprema Corte, que disse que se o Judiciário tutelasse o suposto direito dos autores com base na convenção, ele estaria emprestando a sua força e autoridade a uma discriminação contrária à Constituição. Por este artifício, reconheceu-se a presença de *state action* no caso, para rejeitar a ação.

Além de não admitir, em princípio, a vinculação dos particulares aos direitos fundamentais constitucionalmente estabelecidos, a jurisprudência norte-americana, partindo de uma visão de extremado individualismo, ainda antepõe obstáculos diante da possibilidade de tutela pelo legislador ordinário destes direitos no âmbito das relações privadas. Uma decisão da Suprema Corte, proferida no ano 2000 no caso *Boy Scouts of America v. Dale*¹⁰, ilustra bem a assertiva. No Estado de New Jersey havia uma lei estadual proibindo qualquer

7 John E. Nowak. & Ronald D. Rotunda, op. cit., p. 478.

8 326 U.S. 501 (1946).

9 334 U.S. 1 (1948).

10 530 U. S. 640 (2000).

discriminação contra homossexuais. Apesar disto, a Boy Scouts (organização privada de escoteiros) resolveu expulsar de seus quadros um rapaz homossexual, ao descobrir a sua orientação sexual. O jovem ingressou com uma ação judicial questionando o ato, fundamentando-se na referida lei estadual anti-discriminatória, mas a inconstitucionalidade da norma foi arguida, e a questão acabou chegando à apreciação da Suprema Corte. Essa, em seu julgado, afirmou que a aplicação da lei estadual no caso violava a liberdade de associação, por obrigar que um grupo ligado por valores comuns – dentre os quais a rejeição ao homossexualismo – fosse integrado por pessoa indesejada.

Enfim, a doutrina da *state action*, apesar dos temperamentos que a jurisprudência lhe introduziu, não proporciona um tratamento adequado aos direitos fundamentais, diante do fato de que muitos dos perigos e ameaças à pessoa humana provêm não do Estado, mas de grupos, pessoas e organizações privadas. Ademais, ela não foi capaz de construir *standards* minimamente seguros e confiáveis na jurisdição constitucional norte-americana. Tal teoria está profundamente associada ao radical individualismo que caracteriza a Constituição e a cultura jurídica e social dos Estados Unidos. Não obstante, pelo grande prestígio e influência do Direito Constitucional norte-americano, ela acabou sendo também adotada em outros países, como o Canadá¹¹.

2.2 A teoria da eficácia indireta e mediata dos direitos fundamentais na esfera privada

A teoria da eficácia horizontal mediata ou indireta dos direitos fundamentais foi desenvolvida originariamente na doutrina alemã por Günter Dürig, em obra publicada em 1956¹², e tornou-se a concepção dominante no direito germânico, sendo hoje adotada pela maioria dos juristas daquele país e pela sua Corte Constitucional. Trata-se de construção intermediária entre a que simplesmente nega a vinculação dos particulares aos direitos fundamentais, e aquela que sustenta a incidência direta destes direitos na esfera privada.

Para a teoria da eficácia mediata, os direitos fundamentais não ingressam no cenário privado como direitos subjetivos, que possam ser invocados a partir

11 No Canadá, tal posição foi afirmada no precedente conhecido como *Dolphin Delivery*, julgado pela Suprema Corte do país em 1986. Para uma crítica contundente desta decisão, apontada como a mais criticada da Corte na sua primeira década de existência, veja-se David Beatty. “A Conservative Court: the Politicization of Law”. In: *University of Toronto Law Journal* 41, 1991, p. 147-167.

12 Günter Dürig, “Grundrechte und Zivilrechtsprechung”, in Theodor Maunz (Hrsg. Von). *Festschrift für Hans Nawiasky*. München: Beck, 1956, p. 157-190, apud Rafael Naranjo de la Cruz. *Los Límites de los Derechos Fundamentales en las Relaciones entre Particulares: La Buena Fé*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2000, p. 169.

da Constituição. Segundo Dürig¹³, a proteção constitucional da autonomia privada pressupõe a possibilidade de os indivíduos renunciarem a direitos fundamentais no âmbito das relações privadas que mantêm, o que seria inadmissível nas relações travadas com o Poder Público. Por isso, certos atos, contrários aos direitos fundamentais, que seriam inválidos quando praticados pelo Estado, podem ser lícitos no âmbito do Direito Privado. E, por outro lado, certas práticas podem ser vedadas pelo Direito Privado, embora se relacionem ao exercício de um direito fundamental. Sem embargo, Dürig admite a necessidade de construir certas pontes entre o Direito Privado e a Constituição, para submeter o primeiro aos valores constitucionais. Para ele, esta ponte é representada pelas cláusulas gerais e pelos conceitos jurídicos indeterminados acolhidos pelo legislador – verdadeiras “portas de entrada” dos direitos fundamentais no Direito Privado – os quais devem ser interpretados e aplicados pelos juízes sempre em conformidade com a ordem de valores subjacente aos direitos fundamentais¹⁴. Neste sentido, a teoria da eficácia mediata liga-se à concepção da Constituição como ordem de valores, centrada nos direitos fundamentais e, em especial, no princípio da dignidade da pessoa humana.

A teoria da eficácia mediata nega a possibilidade de aplicação direta dos direitos fundamentais nas relações privadas porque, segundo seus adeptos, esta incidência acabaria exterminando a autonomia da vontade, e desfigurando o Direito Privado, ao convertê-lo numa mera concretização do Direito Constitucional¹⁵. Afirmam os seus defensores que a aplicação direta dos direitos fundamentais nas relações privadas importaria na outorga de um poder desmesurado ao Judiciário, tendo em vista o grau de indeterminação que caracteriza as normas constitucionais consagradoras desses direitos. Neste quadro, seria irremediavelmente comprometida a liberdade individual, que ficaria à mercê da discricção dos juízes. Por isso, entendem os partidários desta tese que a Constituição não investe os particulares em direitos subjetivos privados, mas que ela contém normas objetivas, cujo efeito de irradiação leva à impregnação das leis civis por valores constitucionais¹⁶.

13 Cf. David Capitant. *Les Effets Juridiques des Droits Fondamentaux en Allemagne*, Paris: L.G.D.J., 2000, p. 249-250.

14 Cf. Alexei Julio Estrada. *La Eficacia de los Derechos Fundamentales entre Particulares*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2000, p. 111; e Hans Peter Schneider. “Aplicación Directa y Eficacia Indirecta de las Normas Constitucionales”. In: *Democracia y Constitución*. Trad. K.J. Albiez Dohrmann. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991, p. 81.

15 Cf. Ingo von Münch. “Drittwirkung de Derechos Fundamentales en Alemania”. In: Salvador Coderch. *Asociaciones, Derechos Fundamentales y Autonomia Privada*. Madrid: Editorial Civitas, 1997, p. 50.

16 Cf. Konrad Hesse. *Derecho Constitucional y Derecho Privado*. Trad. Ignacio Gutierrez. Madrid: Cuadernos Civitas, 1995, p. 60-61; e François Rigaux. *La Protection de la Vie Privé et des Autres Biens de la Personnalité*. Bruxelles: Bruylant, 1990, p. 680.

Portanto, os argumentos empregados pelos adeptos da eficácia indireta dos direitos fundamentais nas relações privadas são atenuações daqueles defendidos pelos que negam qualquer tipo de incidência destes direitos sobre os particulares. A diferença essencial consiste no reconhecimento, pelos primeiros, de que os direitos fundamentais exprimem uma ordem de valores que se irradia por todos os campos do ordenamento, inclusive sobre o Direito Privado, cujas normas têm de ser interpretadas à sua luz¹⁷.

Os defensores da teoria da eficácia horizontal mediata dos direitos fundamentais sustentam que tais direitos são protegidos no campo privado não através dos instrumentos do Direito Constitucional, e sim por meio de mecanismos típicos do próprio Direito Privado¹⁸. A força jurídica dos preceitos fundamentais estender-se-ia aos particulares apenas de forma mediata, através da atuação do legislador.

Nesta perspectiva, dentre as várias soluções possíveis no conflito entre direitos fundamentais e autonomia privada, competiria à lei a tarefa de fixar o grau de cedência recíproca entre cada um dos bens jurídicos confrontantes¹⁹. Esta primazia do legislador em detrimento do juiz na conformação dos direitos fundamentais no âmbito privado conferiria, por um lado, maior segurança jurídica ao tráfico jurídico, e, por outro, conciliar-se-ia melhor com os princípios da democracia e da separação de poderes.

Ao Judiciário caberia o papel de preencher as cláusulas indeterminadas criadas pelo legislador, levando em consideração os direitos fundamentais, bem como o de rejeitar, por inconstitucionalidade, a aplicação das normas privadas incompatíveis com tais direitos – tarefa confiada com exclusividade às Cortes Constitucionais nos países onde o controle de constitucionalidade é concentrado. Apenas em hipóteses excepcionalíssimas os defensores da teoria da eficácia horizontal mediata dos direitos fundamentais admitem a sua aplicação direta pelo Judiciário em litígios privados.

Mas quando o Judiciário resolvesse os conflitos privados, interpretando as normas ordinárias sem levar em consideração os direitos fundamentais, ele tornar-se-ia responsável por uma lesão a tais direitos, sujeitando-se à censura²⁰.

17 Cf. Christian Starck. *La Constitution Cadre et Mesure du Droit*. Paris: Ed. Economica, 2004, p. 105.

18 Cf. Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira da Silva. “Vinculação das Entidades Privadas pelos Direitos, Liberdades e Garantias”. In: *Revista de Direito Público* nº 82. São Paulo: RT, p. 45.

19 Neste sentido, Pablo Salvador Coderch e Josep Ferrer I Riba, “Asociaciones, Democracia y *Drittwirkung*”, In: Salvador Coderch. *Asociaciones, Derechos Fundamentales y Autonomia Privada*, op. cit., p. 95-96.

20 Cf. Ernst-Wolfgang Böckenförde. *Escritos sobre Derechos Fundamentales*. Trad. Juan Luis Pagés y Ignacio Menéndez. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 1993, p. 119.

Foi este o caminho encontrado pela Corte Constitucional alemã para apreciar, em sede de reclamação constitucional, decisões judiciais proferidas pela jurisdição ordinária, que não tinham conferido o devido peso aos valores constitucionais na interpretação e aplicação de normas ordinárias regulamentadoras de relações privadas. Nessa tarefa, entende a doutrina que a Corte Constitucional não deve, a pretexto de proteger os direitos fundamentais, converter-se em uma instância de revisão geral dos julgados da jurisdição ordinária, para analisar a correção das decisões de aplicação da legislação infraconstitucional. Só quando a decisão judicial do litígio privado desconsiderar gravemente o efeito de irradiação dos direitos fundamentais sobre o Direito Privado é que o recurso constitucional seria admissível²¹.

São diversas as decisões da Corte Constitucional que aplicaram a doutrina da eficácia mediata dos direitos fundamentais às relações privadas, valendo destacar a proferida no caso *Lüth* – um dos mais importantes de toda a história daquela Corte, pelas construções teóricas que sedimentou. Tratava-se de discussão relativa à legitimidade de um boicote contra um filme dirigido pela cineasta Veit Harlan, que fora colaborador do regime nazista, organizado em 1950 pelo Presidente do Clube de Imprensa de Hamburgo, Erich Lüth. A empresa distribuidora do filme insurgira-se contra o boicote e obtivera decisão da Justiça Estadual de Hamburgo, determinando a sua cessação, com base no § 826 do Código Civil alemão, segundo o qual “quem causar danos intencionais a outrem, e de maneira ofensiva aos bons costumes, fica obrigado a compensar o dano”. Inconformado com o julgamento, Lüth interpôs reclamação constitucional (*Verfassungsbeschwerde*) para o Tribunal Constitucional. Esse acolheu o recurso, fundamentando-se no entendimento de que cláusulas gerais do direito privado, como os “bons costumes” referidos no § 826 do BGB, têm de ser interpretadas à luz da ordem de valores sobre a qual se assenta a Constituição, levando em consideração os direitos fundamentais, o que não fora feito pela Corte de Hamburgo, que não atribuía, em sua decisão, qualquer influência à liberdade de expressão na interpretação da citada cláusula.²²

Esta orientação intermediária consolidou-se na jurisprudência alemã, representando uma espécie de compromisso entre a teoria mais “esquerdista” da eficácia horizontal direta, e a visão liberal clássica dos direitos fundamentais, que os confinava ao campo do Direito Público.

21 Cf. David Capitant, op. cit., p. 265-266.

22 BVerfGE 7, 198 (1958). Os trechos mais importantes deste julgado estão reproduzidos, em língua portuguesa, em Jürgen Schwabe. *Cinquenta Anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão*. Trad. Leonardo Martins et alli. Montevideo: Konrad Adenauer Stiftung, 2005, p. 381-394.

A teoria da eficácia indireta dos direitos fundamentais na esfera privada tem sido objeto de diversas críticas. Por um lado, há quem afirme que a impregnação das normas do Direito Privado pelos valores constitucionais pode causar a erosão do princípio da legalidade, ampliando a indeterminação e a insegurança na aplicação das normas civis, comerciais e trabalhistas²³. Da outra banda, a doutrina é criticada por não proporcionar uma tutela integral dos direitos fundamentais no plano privado, que ficaria dependente das decisões adotadas pelo legislador ordinário²⁴. E há ainda quem aponte para o caráter supérfluo desta construção, pois ela acaba se reconduzindo inteiramente à noção mais do que sedimentada de interpretação conforme a Constituição²⁵.

Na doutrina nacional é francamente minoritária a defesa da eficácia horizontal indireta dos direitos fundamentais. A ampla maioria dos autores que se debruçaram sobre o tema sustentam a vinculação direta e imediata dos particulares aos direitos fundamentais, até em vista de características singulares da nossa ordem constitucional, muito mais voltada para o combate à injustiça nas relações privadas do que a Lei Fundamental alemã²⁶. Neste cenário, são exceções Luís Afonso Heck²⁷, bem como Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins²⁸ – todos eles autores fortemente influenciados pelo pensamento constitucional alemão –, que advogam a adoção no Brasil da solução germânica para o problema da eficácia horizontal dos direitos fundamentais.

23 Esta a crítica do jurista austríaco A. Khol, exposta em artigo intitulado “The protection of human rights in relationships between private individuals: the Austrian situation”, *apud* Juan María Bilbao Ubillos, *La Eficacia de los Derechos Fundamentales frente a Particulares*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997, p. 317-318.

24 Neste sentido, Pedro de Vega García. “Dificultades y problemas para la construcción de un constitucionalismo de la igualdad (en caso de la eficacia horizontal de los derechos fundamentales)”. In: Antonio-Enrique Pérez Luño (Org.). *Derechos Humanos y Constitucionalismo ante el Tercer Milenio*, 3. ed. Madrid: Tecnos, 1990, p. 272.

25 Juan María Bilbao Ubillos. *La Eficacia de los Derechos Fundamentales frente a Particulares*, op. cit., p. 313.

26 A Lei Fundamental alemã foi adotada em 1949, pouco depois da traumática experiência do nazismo. Naquele contexto, era natural que o constituinte centrasse o seu foco nos perigos do arbítrio estatal. Assim, a Constituição germânica consagra expressamente a vinculação dos três poderes estatais aos direitos fundamentais, mas se silencia em relação à submissão a eles dos atores privados. Ela, por outro lado, não consagra direitos fundamentais expressamente dirigidos contra particulares, com a única exceção da garantia de associação sindical dos trabalhadores, também dirigida contra os seus empregadores (art. 9.3). Neste ponto, é total a diferença em relação à Constituição de 1988, pródiga na consagração de direitos voltados contra os particulares, como todo o elenco de direitos trabalhistas presentes no art. 7º do Texto Magno.

27 Luís Afonso Heck. “Direitos Fundamentais e sua Influência no Direito Civil”. In: *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, v. 16, 1999, p. 111-125.

28 Cf. Dimitri Dioulis e Leonardo Martins. *Teoria Geral dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: RT, 2007, p. 104-115.

2.3 A teoria da eficácia direta e imediata dos direitos fundamentais na esfera privada

A teoria da eficácia direta dos direitos fundamentais nas relações privadas foi defendida inicialmente na Alemanha por Hans Carl Nipperdey, a partir do início da década de 50²⁹. Segundo ele, embora alguns direitos fundamentais previstos na Constituição alemã vinculem apenas o Estado, outros, pela sua natureza, podem ser invocados diretamente nas relações privadas, independentemente de qualquer mediação por parte do legislador, revestindo-se de oponibilidade *erga omnes*. Nipperdey justifica sua afirmação com base na constatação de que os perigos que ameaçam os direitos fundamentais no mundo contemporâneo não provêm apenas do Estado, mas também dos poderes sociais e de terceiros em geral. A opção constitucional pelo Estado Social importaria no reconhecimento desta realidade, tendo como consequência a extensão dos direitos fundamentais às relações entre particulares.

A teoria de Nipperdey foi retomada e desenvolvida na doutrina germânica por Walter Leisner, em tese de cátedra referente ao tema, na qual advogou a ideia de que, pela unidade da ordem jurídica, não seria admissível conceber o Direito Privado como um gueto, à margem da Constituição e dos direitos fundamentais³⁰.

Embora minoritária no cenário germânico, a tese da eficácia horizontal imediata tem ampla penetração na doutrina de outros Estados europeus, como Espanha³¹, Portugal³² e Itália³³. Em alguns regimes constitucionais, aliás, ela parece resultar de expressa imposição constitucional, como é o caso de Portugal e da África do Sul, cujas constituições preveem a vinculação dos particulares aos direitos fundamentais, sem condicioná-la a qualquer mediação legislativa.

29 Segundo Alexei Julio Estrada (op. cit., p. 103), a primeira manifestação de Nipperdey sobre a matéria teria ocorrido em artigo publicado em 1950, sobre a igualdade do homem e da mulher em relação ao direito ao salário, mas a sua abordagem mais profunda sobre a questão estaria no seu livro, escrito conjuntamente com Ennecerus, sobre a parte geral do Direito Civil alemão, publicado em 1958 e intitulado *Allgemeiner teil des Bürgerlichen Rechts*.

30 Cf. Ingo Wolfgang Sarlet. “Direitos Fundamentais e Direito Privado...”, op. cit., p. 117.

31 Veja-se, na doutrina espanhola, dentre outros, Juan María Bilbao Ubillos. *La Eficacia de los Derechos Fundamentales frente a Particulares*, op. cit. p. 349-382; e Antonio-Enrique Pérez Luño. *Los Derechos Fundamentales*. 6. ed. Madrid: Tecnos, 1995, p. 22-23.

32 Cf. José Joaquim Gomes Canotilho. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 1998, p. 1.150-1.160; Ana Prata. *A Tutela Constitucional da Autonomia Privada*. Coimbra: Almedina, 1982, p. 137. Em sentido contrário, veja-se Jorge Reis Novais. *Os Direitos Fundamentais: Trunfos contra a Maioria*. Coimbra: Coimbra Editora, 2006, p. 69-116.

33 Cf. Alessandro Pace. *Problemática delle Libertà Costituzionali, Parte Generale*. 2. ed. Padova: CEDAM, 1990, p. 20-21; Pietro Perlingieri. *Il Diritto Civile nella Legalità Costituzionale*. 2. ed. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 1991, p. 189-200.

Os adeptos da teoria da eficácia imediata dos direitos fundamentais nas relações privadas não negam a existência de especificidades nesta incidência, nem a necessidade de ponderar o direito fundamental em jogo com a autonomia privada dos particulares envolvidos no caso. Não se trata, portanto, de uma doutrina radical, que possa conduzir a resultados liberticidas, ao contrário do que sustentam seus opositores, pois ela não prega a desconsideração da liberdade individual no tráfico jurídico-privado, mas antes impõe que seja devidamente sopesada na análise de cada situação concreta³⁴.

Tampouco se pode acusar a doutrina da eficácia imediata dos direitos fundamentais nas relações privadas de incompatível com o princípio democrático, por atribuir poder em demasia ao Judiciário, em detrimento do legislador. Isto porque, em primeiro lugar, a proteção de direitos fundamentais, no mais das vezes, não prejudica a democracia, mas antes assegura as condições necessárias ao seu bom funcionamento³⁵. Ademais, a maior parte dos adeptos desta teoria reconhece que, diante da existência de lei disciplinando a questão subjacente ao conflito privado, deve o Judiciário aplicar a norma vigente – e não dar ao caso a resposta que pareça mais justa a cada magistrado –, podendo afastar-se da solução preconizada pelo legislador tão somente quando concluir que esta se afigura incompatível com a Constituição.

Como já destacado acima, a teoria da eficácia horizontal direta e imediata dos direitos fundamentais é amplamente dominante no cenário brasileiro, sendo sustentada por autores como Ingo Wolfgang Sarlet, Luís Roberto Barroso³⁶, Gustavo Tepedino³⁷, Wilson Steinmetz³⁸ e Jane Reis Gonçalves Pereira³⁹, dentre tantos outros, e contando também com a nossa adesão, como será visto abaixo.

34 Cf. Robert Alexy. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Trad. Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 514.

35 A questão sobre a relação entre os direitos fundamentais e a democracia é complexa, e não há aqui espaço para discussão deste intrincado tema. Veja-se, na literatura brasileira, Cláudio Ari Mello. *Democracia Constitucional e Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

36 Luís Roberto Barroso. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 370-371.

37 Gustavo Tepedino. “Direitos Humanos e Relações Jurídicas Privadas”. In: *Temas de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 55-71.

38 Wilson Steinmetz. *A Vinculação dos Particulares aos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2004.

39 Jane Gonçalves Reis Pereira. “Apontamentos sobre a aplicação de normas de direito fundamental nas relações jurídicas entre particulares”. In: Luís Roberto Barroso (Org.). *A Nova Interpretação Constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 119-192.

2.4 Teoria dos deveres de proteção e a eficácia horizontal dos direitos fundamentais

Um importante segmento da doutrina alemã mais recente vem defendendo a tese de que a doutrina dos deveres de proteção do Estado em relação aos direitos fundamentais constitui a forma mais exata para solucionar a questão da projeção destes direitos no âmbito das relações privadas⁴⁰. Embora esta posição seja, de certa forma, uma variação da teoria da eficácia indireta acima analisada, vale a pena, pela sua representatividade, expor aqui os seus lineamentos mais gerais, o que será feito a partir de breve análise das lições do seu mais importante defensor e divulgador, Claus-Wilhelm Canaris.

Para Canaris⁴¹, os direitos fundamentais na ordem jurídica alemã vinculam diretamente apenas os Poderes Públicos e não os sujeitos de Direito Privado. Contudo, ele sustenta que o Estado, tanto ao editar normas como ao prestar a jurisdição, está obrigado não apenas a abster-se de violar os direitos fundamentais, como também a protegê-los diante das lesões e ameaças provenientes dos particulares. Para designar estas duas funções distintas dos direitos fundamentais – defensiva e protetiva – ele emprega as denominações “proibição de intervenção” e “imperativo de tutela” (ou “imperativo de proteção”).

Entende Canaris que é possível analisar a influência dos direitos fundamentais sobre o Direito Privado em diferentes planos. O primeiro deles é o da vinculação do legislador do Direito Privado aos direitos fundamentais. Esta vinculação, para ele, é direta e imediata, e decorre não só de expressa previsão no texto constitucional germânico (art. 1º, nº 3, da Lei Fundamental), como também do próprio princípio da supremacia da Constituição. Assim, as normas editadas no âmbito do Direito Privado não só não podem violar os direitos fundamentais dos particulares, como devem também proporcionar uma proteção adequada a estes direitos em face da conduta de outros atores privados.

O segundo plano de análise é o da “aplicação e desenvolvimento judicial do Direito Privado”. Neste ponto, Canaris criticou a ideia do efeito de irradiação dos direitos fundamentais, formulada no julgamento do caso Lüth, e que constitui a base teórica da teoria da eficácia indireta, não por discordar das suas consequências, mas por considerá-la uma mera “formulação metafórica extraída

40 Cf. Alexei Julio Strada. *La Eficacia de los Derechos Fundamentales entre Particulares*, op. cit., p. 141.

41 Há pelo menos dois textos de Canaris sobre o assunto disponíveis em língua portuguesa: a obra *Direitos Fundamentais e Direito Privado*. Trad. Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo Mota Pinto. Coimbra: Livraria Almedina, 2003, e o artigo “A Influência dos Direitos Fundamentais sobre o Direito Privado na Alemanha”. In: Ingo Wolfgang Sarlet (Org.). *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. Rio de Janeiro: Livraria do Advogado, 2003, p. 223-244.

da linguagem coloquial”⁴², que seria supérflua por nada acrescentar às funções “normais” dos direitos fundamentais – proibição de intervenção e imperativo de tutela. Para ele, não seria necessário recorrer a tal artifício, bastando o reconhecimento de que os juízes, como órgãos do Estado, ao decidirem litígios privados, devem não apenas abster-se de violar os direitos fundamentais das partes, como também buscar a sua efetiva proteção.

Portanto, de acordo com Canaris, tanto a função legislativa como a jurisdicional estão vinculadas negativa e positivamente aos direitos fundamentais, inclusive no que tange à sua atuação sobre o campo das relações privadas. Porém, a vinculação negativa, ligada à dimensão de proibição de intervenção sobre os direitos fundamentais, seria mais forte do que a vinculação positiva, correlacionada ao imperativo de proteção. Isto porque, no caso da vinculação negativa, haveria apenas um comportamento exigível dos Poderes Públicos, que é a abstenção de intervenção no âmbito do direito fundamental em causa. Já no que tange à vinculação positiva, existiria, em regra, uma maior liberdade de conformação por parte do legislador ou do juiz, uma vez que normalmente há múltiplas formas constitucionalmente admissíveis para assegurar a proteção dos direitos fundamentais.

Canaris admite que muitas vezes a aplicação dos direitos fundamentais no âmbito do Direito Privado depende de uma ponderação entre o direito em jogo e a autonomia privada do particular. Assim, o recurso à ponderação, pautada pelo princípio da proporcionalidade, torna-se geralmente necessário para o equacionamento da questão. Sem embargo, no caso de influência dos direitos fundamentais através da proibição de intervenção estatal, recorre-se à dimensão do princípio da proporcionalidade como *vedação do excesso*, no qual há espaço para um controle mais rigoroso da conduta dos poderes públicos. Já no caso da influência destes direitos através do imperativo de tutela, a dimensão pertinente do princípio da proporcionalidade é a *proibição de insuficiência*⁴³, em que o controle é mais brando.

Dita teoria também se sujeita a diversas críticas. Por um lado, alguns civilistas alemães, preocupados diante de supostos riscos à autonomia da sua

42 *Direitos Fundamentais e Direito Privado*, op. cit., p. 132.

43 Sobre o princípio da proibição de insuficiência como dimensão do princípio da proporcionalidade, veja-se, na doutrina nacional, Lenio Luiz Streck. “De proibição do excesso (*Übermassverbot*) à proibição da proteção deficiente (*Untermassverbot*): de como não há blindagem contra normas penais inconstitucionais”. In: *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica* n° 2, 2004, p. 243-284; e Ingo Wolfgang Sarlet. “Constituição e proporcionalidade: o Direito Penal e os direitos fundamentais entre a proibição do excesso e a proibição de insuficiência”. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminas* n° 47, 2004, p. 60-112.

disciplina, criticaram o fato de que ela conferiria poderes em demasia ao juiz constitucional, permitindo que este, com base em avaliações pouco objetivas, implantasse confusão entre as categorias tradicionais do Direito Privado, aumentando a insegurança jurídica⁴⁴. Do outro lado, há quem afirme que a teoria dos deveres de proteção encobre o fato de que, no contexto da sociedade contemporânea, só por mero preconceito se podem excluir os particulares, sobretudo os detentores de posição de poder social, da qualidade de destinatários dos direitos fundamentais. Ademais, a referida teoria, tal como a da eficácia indireta acima comentada, torna a proteção dos direitos fundamentais na esfera privada refém da vontade do legislador ordinário, negando a eles uma proteção adequada, compatível com a sua fundamentalidade⁴⁵.

Na verdade, a teoria dos deveres de proteção baseia-se na ideia correta de que cabe ao Estado proteger os direitos fundamentais dos particulares ameaçados pela conduta de outros particulares. Contudo, a premissa em que ela se lastreia – de que só o Estado estaria primariamente vinculado aos direitos fundamentais – parece francamente inadequada à realidade da vida moderna, além de eticamente injustificável. Não bastasse, aceitar a existência dos deveres de proteção e negar a vinculação imediata dos particulares aos direitos fundamentais encerra uma evidente contradição, já que, do ponto de vista lógico, só faz sentido obrigar o Estado a impedir uma lesão a um direito fundamental causada por um particular se se aceitar também que ao particular em questão não é lícito causar aquela lesão – vale dizer, que ele também está vinculado ao respeito do direito fundamental.

2.5 A eficácia horizontal direta na jurisprudência do STF

Antes da promulgação da Constituição de 1988, o STF não tinha uma posição clara sobre a vinculação dos particulares aos direitos fundamentais. De uma decisão da Corte proferida em 1968, era possível extrair o seu alinhamento à premissa tradicional, de limitação dos direitos à esfera das relações públicas, em que há a presença estatal. Trata-se do julgamento proferido no Recurso Extraordinário nº 63.279, em que a se discutiu a validade de cláusulas dos

44 Esta crítica foi feita por Uwe Diederichsen, em dois artigos doutrinários publicados em 1997 e 1998, conforme David Capitant, op. cit., p. 271.

45 Cabe reproduzir aqui a observação feita por Juan María Bilbao Ubillos: “A nuestro juicio, un derecho cuyo reconocimiento depende del legislador, no es un derecho fundamental. Es un derecho de rango legal, simplemente. El derecho fundamental se define justamente por la indisponibilidad de su contenido por el legislador. No parece compatible con esta caracterización la afirmación de que los derechos fundamentales sólo operan (entre particulares) cuando el legislador así lo decide”. (*La Eficacia...*, op. cit., p. 297)

Estatutos Sociais do “Santos Football Club”, impugnadas por um associado, por suposta ofensa ao princípio da igualdade. No voto proferido pelo Relator, Ministro Amaral Santos, acompanhado pelos demais integrantes da 3ª Turma do Tribunal, aduziu-se que “o princípio da isonomia é de aplicação nas relações de direito público, ou naquelas em que o direito público interfere. Assim, nas relações de direito privado, como são as que se estabelecem entre os sócios de uma associação esportiva e esta mesma associação, a primeira coisa a verificar-se, para se cogitar da aplicabilidade ou não do princípio, é se alguma norma de direito público a impõe. Inexistente esta norma, os estatutos da associação dessa natureza poderão livremente estabelecer aquelas relações conforme for do interesse associativo”.

Contudo, em outros julgamentos proferidos a partir de 1977, o STF reconheceu que certas emanações do direito à privacidade também vinculam os particulares, em casos em que se analisou a validade do emprego, como meio de prova em litígios entre particulares, de gravação telefônica feita por um interlocutor, sem o conhecimento do outro⁴⁶.

Após o advento da Constituição de 1988, o problema da eficácia horizontal ressurgiu no STF em 1995, por ocasião do julgamento do Recurso Extraordinário nº 160.222, da relatoria do Ministro Sepúlveda Pertence, em que se discutia a conduta da empresa *De Millus S.A.*, fabricante de roupas íntimas, que submetia as suas empregadas à prática de revista íntima, visando a impedir o furto de suas mercadorias. O gerente da empresa, denunciado pelo crime de constrangimento ilegal, havia sido condenado em 1ª instância e posteriormente absolvido por acórdão do Tribunal de Alçada do Estado do Rio de Janeiro, que destacara a validade do procedimento de revista íntima, porque previsto no contrato de trabalho celebrado pelas supostas vítimas. A Corte acabou não apreciando a questão de fundo da causa, que tocava à vinculação da empresa a respeito dos direitos à privacidade e à dignidade humana de suas empregadas, tendo em vista o reconhecimento da ocorrência de prescrição. No entanto, infere-se da manifestação do Ministro Pertence a sua posição contrária ao acórdão recorrido, na sua admissão da legitimidade do vexatório procedimento de revista íntima sob o argumento de respeito à autonomia contratual.

Pouco tempo depois, o Supremo Tribunal Federal aplicou diretamente a uma relação privada o direito fundamental ao devido processo legal. Tratou-se do Recurso Extraordinário nº 158.215-4/RS, julgado em 1996 pela 2ª Turma e relatado pelo Ministro Marco Aurélio, em que se discutiu a validade do ato de cooperativa que punira associado, excluindo-o do seu quadro, sem oportunizar-

46 Veja-se o REExt 85.439, Rel. Min. Xavier de Albuquerque; e REExt 100.094, Rel. Min. Rafael Mayer.

lhe o prévio exercício do direito de defesa. No sucinto acórdão, não se enveredou no debate sobre a vinculação de particulares a direitos fundamentais, mas esta foi simplesmente afirmada. O STF afirmou, já na ementa do julgado, que “na hipótese de exclusão de associado decorrente de conduta contrária aos estatutos, impõe-se a observância do devido processo legal, viabilizando o exercício da ampla defesa”.

No mesmo ano de 1996, a 2ª Turma do STF apreciou outro caso de incidência dos direitos fundamentais nas relações privadas no Recurso Extraordinário nº 161.243-6/DF, em que foi Relator o Ministro Carlos Mário Velloso. Cuidava-se de hipótese em que trabalhador brasileiro, empregado pela empresa aérea Air France, pretendia o reconhecimento de direitos trabalhistas assegurados no estatuto do pessoal da empresa, que a princípio só beneficiariam os empregados de nacionalidade francesa. Tal pretensão havia sido denegada no âmbito da Justiça do Trabalho, mas o STF acolheu o pedido do trabalhador, aplicando diretamente o preceito isonômico ao caso, por não vislumbrar qualquer razão legítima que justificasse a diferença de tratamento entre trabalhadores brasileiros e franceses. No acórdão foram tecidas considerações doutrinárias sobre o princípio da igualdade, mas imperou, mais uma vez, o silêncio sobre o controvertido tema da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais, que foi admitida sem qualquer problematização. Na ementa da decisão lavrou-se:

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

I – Ao recorrente, por não ser francês, não obstante trabalhar para empresa francesa, no Brasil, não foi aplicado o Estatuto do Pessoal da Empresa, que concede vantagens aos empregados, cuja aplicabilidade seria restrita ao empregado de nacionalidade francesa. Ofensa ao princípio da igualdade: (CF, 1967, art. 153, § 1º; CF, 1988, art. 5º, *caput*)

II – A discriminação que se baseia em atributo, qualidade, nota intrínseca ou extrínseca do indivíduo, como o sexo, a raça, a nacionalidade, o credo religioso, etc., é inconstitucional.”

A questão da validade das revistas íntimas promovidas pela *De Millus S.A.* voltou à pauta da Corte em 1999⁴⁷. Tratava-se, desta vez, de apreciar recur-

47 Agravo Interno no Agravo de Instrumento nº 22.0959, DJ 29.10.99.

so extraordinário contra decisão contrária ao pedido de condenação em danos morais da empresa, formulado por ex-empregadas que haviam sido submetidas à referida prática. A 1ª Turma do STF manteve decisão do Ministro Moreira Alves, que negara seguimento ao recurso, por não vislumbrar na conduta da empregadora qualquer afronta a direitos fundamentais. No acórdão, lavrado por Moreira Alves, averbou-se que a revista íntima, previamente divulgada e aceita pelos empregados, não ofenderia a dignidade da pessoa humana, nem tampouco outros direitos fundamentais, desde que “processada segundo os padrões éticos, com discrição, privacidade, respeitando e preservando a essência dos valores morais do ser humano”. Note-se que, embora a Corte não tenha visto, na hipótese concreta, ofensa a direitos fundamentais, a sua argumentação partiu da premissa implícita de que tais direitos vinculavam a entidade privada, independentemente de qualquer mediação legislativa.

Até a esta altura, a questão da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais era simplesmente presumida pelas decisões do STF, sem que a Corte se detivesse em qualquer análise teórica sobre o tema, nem tampouco debatesse a forma da incidência destes direitos – se direta ou indireta –, suas características e limites. Este panorama se modifica com o julgamento do Recurso Extraordinário nº 201.819-8, pela 2ª Turma da Corte, ocorrido em 2005.

O caso envolvia a União Brasileira de Compositores (UBC), que punira com a exclusão um associado, sem assegurar-lhe a prévia oportunidade de defesa. O Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro já havia invalidado a exclusão, por ofensa ao princípio constitucional da ampla defesa e contra esta decisão fora interposto o recurso extraordinário.

A relatora originária do recurso era a Ministra Ellen Gracie, que se manifestou favoravelmente ao seu provimento, por considerar que o princípio da ampla defesa não incidia na hipótese, mas apenas o estatuto social da UBC, que não teria sido violado. Após o voto da Ministra Ellen Gracie, o Ministro Gilmar Ferreira Mendes pediu vista, e, em seguida, apresentou extenso e erudito voto, em que expôs as principais correntes no debate sobre a vinculação dos particulares aos direitos fundamentais, com farta invocação de doutrina e jurisprudência estrangeira, sobretudo germânica. Em seu voto, o Ministro afirmou a aplicabilidade direta do direito à ampla defesa ao caso, mas não quis se comprometer com qualquer posição mais geral a propósito da controvérsia sobre a natureza mediata ou imediata da eficácia horizontal dos direitos fundamentais.

O Ministro Joaquim Barbosa também apresentou voto-vista, acompanhando Gilmar Mendes no provimento do recurso, para assentar a incidência direta do direito à ampla defesa na hipótese. Tal como o Ministro Gilmar,

Joaquim Barbosa não quis se comprometer com qualquer das teses que tratam da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais, apenas rechaçando a doutrina norte-americana da *state action*, que nega tal vinculação, pela sua incompatibilidade com o constitucionalismo brasileiro.

Prosseguindo o julgamento, o Ministro Carlos Velloso, em voto oral, alinhou-se à posição da Ministra Ellen Gracie. No entanto, ele não rechaçou a aplicação dos direitos fundamentais nas relações privadas, fazendo, ao revés, expressa referência a julgamento anterior que relatara, já mencionado acima, em que se reconheceu a violação do princípio da igualdade no âmbito trabalhista, em caso envolvendo a Air France. O voto de Velloso baseou-se na concepção – extremamente discutível, diga-se de passagem – de que seria impossível discutir em sede de recurso extraordinário suposta violação ao devido processo legal, uma vez que tal exame necessariamente envolveria questão infraconstitucional, porquanto “o devido processo legal se exerce em conformidade com a lei”.

Coube então ao Ministro Celso de Mello desempatar o julgamento, o que fez em extensa manifestação, em que acompanhou a posição de Gilmar Mendes e Joaquim Barbosa. Porém, diferentemente deste outros ministros, Celso de Mello endossou de forma explícita a tese da eficácia horizontal direta no sistema constitucional brasileiro, como se infere de alguns trechos do seu voto:

“Cumpro considerar, neste ponto, até mesmo para efeito de exame da questão ora em análise, a advertência de Ingo Wolfgang Sarlet (...): ‘uma opção por uma eficácia direta traduz uma decisão política em prol de um constitucionalismo da igualdade, objetivando a efetividade do sistema de direitos e garantias fundamentais no âmbito do Estado Social de Direito, ao passo que a concepção defensora de uma eficácia apenas indireta encontra-se atrelada ao constitucionalismo de inspiração liberal-burguesa (...)

É por essa razão que a autonomia privada – que encontra claras limitações de ordem jurídica – não pode ser exercida em detrimento 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 se 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.”

Nossa Suprema Corte revisitou a questão da eficácia horizontal dos direitos fundamentais em julgado proferido a propósito do direito à moradia, que envolveu a discussão sobre a validade de dispositivo legal que excepcionava,

da proteção da impenhorabilidade do bem de família, a residência do fiador em contratos de locação⁴⁸.

A primeira orientação do STF nesta matéria, adotada em 2005, no julgamento do Recurso Extraordinário nº 352.940, e posteriormente reiterada, pelos mesmos fundamentos, no Recurso Extraordinário nº 449.657, fora no sentido da incompatibilidade da referida restrição à impenhorabilidade do bem de família com o direito fundamental à moradia, inserido no texto constitucional brasileiro a partir da Emenda Constitucional nº 26/00. Ambas as decisões, relatadas pelo Ministro Carlos Mário Velloso, invocaram também o princípio da isonomia, por considerarem que a proteção do fiador do contrato de locação, afastada pela lei, tinha a mesma *ratio* que justificava a regra da impenhorabilidade do bem de família⁴⁹. Tais acórdãos não adentraram o exame da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, atendo-se ao exame da constitucionalidade do dispositivo legal em discussão.

Contudo, em 2006, ao apreciar o Recurso Extraordinário nº 407.688-8, relatado pelo Ministro Cezar Peluso, o STF reviu aquela posição originária, para assentar, por maioria, a constitucionalidade da exceção à impenhorabilidade do bem de família do fiador de contrato de locação, vencidos os Ministros Eros Roberto Grau, Carlos Ayres de Britto e Celso de Mello.

O relator do feito, Ministro Peluso, manifestou-se no sentido da validade da referida exceção, por considerar que o direito à moradia, “que não se confunde, necessariamente, com o direito à propriedade imobiliária (...) pode, sem prejuízo de outras alternativas conformadoras, reputar-se, em certo sentido, implementado por norma jurídica que favoreça o incremento da oferta de imóveis para fins de locação habitacional, mediante previsão de reforço das garantias contratuais dos locadores”. Nas suas palavras, a hipótese de penhorabilidade em discussão, ao diminuir os riscos inerentes ao contrato de locação residencial, tutelaria “o direito de moradia de uma classe ampla de pessoas (interessadas na locação), em dano de outra de menor espectro (a dos fiadores proprietário de um só imóvel, enquanto bem de família, os quais não são obrigados a prestar fiança)”. Para Peluso, a invalidação da norma sob aná-

48 A Lei nº 8.009/90 determinou, em seu art. 1º, a impenhorabilidade do imóvel residencial próprio da entidade familiar por qualquer dívida, estabelecendo algumas exceções. Posteriormente, a Lei nº 8.245/91, ao dispor sobre as locações imobiliárias, instituiu nova exceção à impenhorabilidade do bem de família, consistente na execução decorrente de dívida decorrente de fiança concedida em contrato de locação (art. 3º, VII).

49 Consta no RE 352.940: “(...) tendo em vista o princípio isonômico, o citado dispositivo – inciso VII do art. 3º, acrescentado pela Lei nº 8.245/91 –, não foi recebido pela EC nº 26, de 2000. Essa não recepção mais se acentua diante do fato da EC nº 26, de 2000, ter estampado, expressamente, no art. 6º, o direito à moradia como direito fundamental de 2ª geração, direito social”.

lise geraria “exigência sistemática de garantias mais custosas para as locações residenciais, com o consequente desfalque do campo de abrangência do próprio direito constitucional à moradia”.

Ao argumento de Peluso, somou-se o externado pelo Ministro Joaquim Barbosa. Se, para Peluso, o conflito subjacente entre direitos fundamentais subjacentes ao caso envolvia *moradia (dos não proprietários) v. moradia (dos fiadores)*, para Barbosa a hipótese seria de colisão entre *moradia e autonomia privada*. Com efeito, após destacar que os direitos fundamentais não têm natureza absoluta, podendo ceder diante de outros direitos, Joaquim Barbosa afirmou a prevalência, na hipótese, da autonomia privada: “A decisão de prestar fiança, como já disse, é expressão da liberdade, do direito à livre contratação. Ao fazer uso dessa franquia constitucional, o cidadão, por livre e espontânea vontade, põe em risco a incolumidade de um direito fundamental social que lhe é assegurado na Constituição. E o faz, repito, por vontade própria”. Este argumento também pesou no voto do Ministro Gilmar Mendes, que destacou a relevância da proteção da autonomia privada no contexto constitucional, como emanção da própria ideia de personalidade.

O Ministro Eros Grau capitaneou a divergência, invocando basicamente dois argumentos. O primeiro foi a suposta ofensa ao princípio da igualdade, pois lhe parecia anti-isonômico que o locatário, se proprietário de algum imóvel, continuasse a se beneficiar da impenhorabilidade do bem de família, mas não o seu fiador, que não dera causa à dívida. O segundo argumento foi no sentido de que a tutela de um direito fundamental, como a moradia, não poderia ficar submetida à lógica do mercado. A sua posição foi acompanhada pelo Ministro Celso de Mello, que teceu considerações sobre a importância do direito à moradia; e pelo Ministro Carlos Britto que agregou ao cenário ponderativo a proteção constitucional à família, aludindo, ainda, a uma alegada indisponibilidade do bem de família no contexto da fiança.

Vale destacar que, além de Peluso, também os Ministros Sepúlveda Pertence e Nelson Jobim valeram-se, em suas análises, de considerações consequencialistas, de cunho pragmático⁵⁰, para justificarem a posição adotada,

50 Veja-se, a propósito, Gustavo Binenbojm e André Rodrigues Cyrino. “O Direito à Moradia e a Penhorabilidade do Bem Único do Fiador em Contratos de Locação: Limites à Revisão dos Diagnósticos e Prognósticos Legislativos”. In: Cláudio Pereira de Souza Neto e Daniel Sarmento. *Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 997-1017. Para uma análise mais ampla sobre o consequencialismo nas decisões judiciais, cf. Diego Werneck Arguelhes. *Deuses Pragmáticos, Mortais Formalistas: a justificação consequencialista das decisões judiciais*. Dissertação de Mestrado apresentada ao programa de pós-graduação da Faculdade de Direito da UERJ, 2006.

favorável à constitucionalidade da norma questionada. Para eles, o efeito prático da invalidação da norma seria francamente desfavorável à proteção da moradia para a maior parte das pessoas, por encarecer o custo das locações ou ampliar o déficit habitacional. Por isso, seria incorreto expurgá-la do ordenamento com fundamento na própria tutela do direito de moradia.

Como se percebe, as divergências surgidas neste julgamento não gravitaram em torno da possibilidade ou da forma de incidência dos direitos fundamentais sobre relações privadas, mas sim ao redor das implicações da proteção do direito à moradia na hipótese em discussão⁵¹.

3 – A EFICÁCIA HORIZONTAL NO DIREITO BRASILEIRO: POSICIONAMENTO PESSOAL

Qualquer posição que se adote em relação ao tema da eficácia horizontal dos direitos fundamentais não pode descurar da moldura axiológica delineada pela Constituição de 1988, e do sistema de direitos fundamentais por ela hospedado. Não há dúvida, neste ponto, que a Carta de 88 é intervencionista e social, como o seu generoso elenco de direitos sociais e econômicos (arts. 6º e 7º, CF) revela claramente. Trata-se de uma Constituição que indica, como primeiro objetivo fundamental da República, “construir uma sociedade livre, justa e solidária” (art. 3º, I, CF) e que não se ilude com a miragem liberal-burguesa de que é o Estado o único adversário dos direitos humanos. Nossa Constituição consagra um modelo de Estado Social, voltado para a promoção da igualdade substantiva, não se baseando nos mesmos pressupostos ideológicos que sustentaram a separação rígida entre Estado e sociedade civil, e que serviram, historicamente, para fundamentar a exclusão dos direitos fundamentais do campo das relações entre particulares.

Portanto, a Constituição brasileira é francamente incompatível com a tese radical, adotada nos Estados Unidos, que simplesmente exclui a aplicação dos direitos individuais sobre as relações privadas. Da mesma forma, ela não se mostra afinada com a posição mais compromissória, mas ainda assim conservadora, da eficácia horizontal indireta e mediata dos direitos individuais, predominante na Alemanha, que torna a incidência destes direitos dependente da vontade do legislador ordinário, ou os confina ao modesto papel de meros vetores interpretativos das cláusulas gerais do Direito Privado.

51 Para uma erudita crítica a este julgamento, veja-se Ingo Wolfgang Sarlet. “A Eficácia e Efetividade do Direito à Moradia na sua Dimensão Negativa (Defensiva): Análise Crítica à Luz de alguns Exemplos”. In: Cláudio Pereira de Souza Neto e Daniel Sarmento (Orgs.). *Direitos Sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*, op. cit., p. 1.019-1.051.

Aliás, em relação ao modelo alemão, é importante ressaltar a existência de relevantes diferenças entre o seu sistema de direitos fundamentais e aquele adotado pela Constituição brasileira, para com isso evitar mimetismos descabidos. A Lei Fundamental de Bonn foi adotada em 1949, logo após o fim da traumática experiência do nacional-socialismo. Neste cenário, é natural que a grande preocupação do constituinte, no tema dos direitos fundamentais, tenha sido em relação ao arbítrio estatal. Assim, a Constituição alemã consagra expressamente a vinculação dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário aos direitos fundamentais (art. 1.3), mas se silencia em relação à submissão dos particulares aos mesmos direitos. Ela, por outro lado, diferentemente da Carta brasileira, não consagra direitos fundamentais expressamente dirigidos contra atores privados, com exceção do art. 9.3, que garante, em face dos empregadores, a liberdade de associação sindical dos empregados⁵². No Brasil, dá-se o contrário, com a previsão de inúmeros direitos voltados contra particulares, como todos os direitos trabalhistas do art. 7º da Constituição Federal. Ademais, a Lei Fundamental de Bonn prevê expressamente o princípio do Estado Social (art. 20), mas não enuncia diretamente nenhum direito social ou econômico⁵³, diferentemente do que ocorre na Carta brasileira, pródiga na garantia de prestações sociais. Assim, o sistema de direitos fundamentais inscrito na Carta brasileira está mais caracterizado pela socialidade do que o sistema germânico.

Portanto, se é certo que, mesmo no cenário alemão, já parece discutível a correção da tese da eficácia apenas indireta e mediata dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, no contexto brasileiro esta teoria não pode vingar. Na verdade, a Constituição brasileira, por todos os fatores acima apontados, favorece muito mais as interpretações que aprofundam a incidência dos direitos fundamentais na esfera privada do que a Carta germânica. Ademais, nada há no texto constitucional brasileiro que sugira a ideia de vinculação direta aos direitos fundamentais apenas dos poderes públicos. Afora, é certo, alguns direitos que têm como destinatários necessários o Estado (direitos do preso, por exemplo), na maioria dos outros casos o constituinte não estabeleceu de antemão nenhuma limitação no polo passivo das liberdades públicas, que afastasse os particulares. Muito pelo contrário, a linguagem adotada pelo

52 Cf. Christian Starck. *La Constitution Cadre et Mesure du Droit*, op. cit., p. 107.

53 Este fato deveu-se ao descrédito que se abateu sobre a Constituição de Weimar, que consagrava direitos sociais que nunca saíram do papel. Não obstante, a ausência de reconhecimento expresso de direitos fundamentais sociais não impediu que a jurisprudência criativa da Corte Constitucional alemã formulasse a teoria da proteção ao mínimo existencial, compreendendo as prestações materiais básicas necessárias para vida digna, a partir do princípio da dignidade da pessoa humana. Veja-se, a propósito, Andreas J. Krell. *Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha*, op. cit., p. 41-49.

constituente na redação da maioria dos direitos fundamentais transmite a ideia de uma vinculação passiva universal.

Não bastasse, existe um dado fático relevante, que não pode ser menos-prezado: a sociedade brasileira é muito mais injusta e assimétrica do que a da Alemanha, dos Estados Unidos ou de qualquer outro país do Primeiro Mundo. O Brasil, como se sabe, possui índices de desigualdade social vergonhosos, equiparados aos dos países mais miseráveis do mundo.

Estas tristes características da sociedade brasileira justificam um reforço na tutela dos direitos humanos no campo privado, em que reinam a opressão e a violência⁵⁴. Tal quadro impõe ao jurista a adoção de posições comprometidas com a mudança do *status quo*. Por isso, a eficácia dos direitos fundamentais na esfera privada é direta e imediata no ordenamento jurídico brasileiro.

Ademais, as objeções lançadas contra esta concepção não impressionam. Num esforço de síntese, é possível resumir os argumentos esgrimidos contra a tese da vinculação direta e imediata dos particulares aos direitos fundamentais às seguintes proposições: (a) esta vinculação direta compromete em demasia a autonomia privada; (b) ela é antidemocrática, pois importa em atribuição de poderes excessivos ao juiz, em detrimento do legislador, que é quem deve ponderar os direitos e interesses constitucionais em jogo nos litígios privados; (c) ela gera insegurança jurídica, na medida em que enseja que os conflitos privados sejam solucionados com base em princípios constitucionais vagos e abstratos, cuja aplicação é muitas vezes imprevisível; e (d) ela põe em risco a autonomia e identidade do Direito Privado, permitindo a sua “colonização” pelo Direito Constitucional.

Nenhuma das citadas objeções encontra lastro na ordem constitucional brasileira. Em relação à alegada restrição excessiva à autonomia privada, esta não representa um valor absoluto, podendo, portanto, ser ponderada com outros direitos e interesses constitucionais. Teria alguma procedência o argumento, se a doutrina da eficácia horizontal direta dos direitos fundamentais propusesse uma vinculação irrestrita dos particulares àqueles direitos, em regime idêntico ao que vigora para os poderes públicos, desconsiderando a proteção constitucional deferida à autonomia privada. Mas não é isso que ocorre, pois praticamente todos os defensores da tese em questão reconhecem a existência de especificidades na incidência dos direitos constitucionais nas relações entre particulares,

54 No mesmo sentido, Ingo Wolfgang Sarlet destaca que o maior grau de desigualdade social no país constitui argumento relevante para adoção, entre nós, da tese da eficácia direta e imediata dos direitos fundamentais nas relações privadas (“*Direitos Fundamentais e Direito Privado...*”, op. cit., p. 152-153).

decorrentes, sobretudo, da necessidade de ponderação entre o direito em jogo e a autonomia privada da pessoa cujo comportamento se cogita restringir.

Ademais, só existe efetivamente autonomia privada quando o agente desfrutar de mínimas condições materiais de liberdade. Isto não acontece em grande parte dos casos de aplicação dos direitos humanos nas relações entre particulares, nas quais a manifesta desigualdade entre as partes obsta, de fato, o exercício da autonomia⁵⁵. Pensar a autonomia privada, num sentido pleno, é considerar também os constrangimentos que lhe são impostos por agentes não estatais, no contexto de uma sociedade profundamente assimétrica e excludente. Em regra, é contra esses constrangimentos à liberdade humana que se volta a aplicação dos direitos fundamentais no campo das relações entre particulares. Portanto, afirmar a aplicabilidade direta e imediata dos direitos individuais nestas relações não atenta contra a autonomia privada, mas, ao inverso, visa a promovê-la no seu sentido mais pleno.

O argumento concernente ao caráter antidemocrático da teoria da eficácia direta também deve ser refutado. Ninguém questiona o fato de que existe um espaço legítimo para que o legislador pondere a autonomia privada com os direitos fundamentais, estabelecendo a partir daí as normas de regência das relações privadas⁵⁶. Afinal de contas, o legislador democrático também é intérprete da Constituição, e quando concretiza os seus valores, o faz com o lastro democrático haurido da eleição popular.

Por isso, a prioridade na ponderação entre os direitos fundamentais é, de fato, do legislador, razão pela qual as normas jurídicas, inclusive as do Direito Privado, gozam de presunção de constitucionalidade. Assim, os juízes devem aplicar tais normas na resolução dos casos concretos que envolvam direitos fundamentais, e só podem afastar-se delas se lograrem demonstrar a sua inconstitucionalidade. Neste caso, pesará sobre eles o ônus argumentativo correspondente.

Todavia, isto não obsta a aplicação direta da Constituição aos casos concretos, quando inexistir regra ordinária específica tratando da matéria, ou quando a sua aplicação revelar-se em descompasso com as normas e valores

55 Cf. Pedro de Vega García. “Dificultades y Problemas para la Construcción de un Constitucionalismo de la Igualdad (en caso de la eficacia horizontal de los derechos fundamentales)”, op. cit., p. 268-269.

56 Na mesma linha, Ingo Wolfgang Sarlet reconhece que é tarefa precípua do legislador a concretização dos direitos fundamentais na esfera das relações privadas, mas adverte que esta constatação não exclui a possibilidade de vinculação direta dos particulares àqueles direitos (“Direitos Fundamentais e Direito Privado...”, op. cit., p. 143.)

constitucionais. Afinal, a Constituição é norma jurídica e não mero repositório de conselhos dirigidos ao Poder Legislativo.

Ademais, a existência de conflitos entre princípios constitucionais, reclamando a necessidade de ponderações, não é particularidade da aplicação dos direitos fundamentais nas relações privadas⁵⁷. A mesma problemática se apresenta em diversos outros campos, e isto nunca excluiu a possibilidade de resolução judicial de litígios.

A objeção concernente à insegurança jurídica é ponderável, mas também pode ser refutada. Em primeiro lugar, porque no próprio direito infraconstitucional é também extremamente frequente o emprego de conceitos jurídicos indeterminados e de cláusulas gerais, dotadas de elevado grau de indeterminação⁵⁸. Portanto, deixar de lado a Constituição na resolução dos conflitos entre particulares não restauraria o “reino da segurança” da era da Escola da Exegese, pelas próprias características do Direito contemporâneo.

Além disso, a questão ligada à segurança na aplicação do direito não pode ser encarada a partir de uma perspectiva ultrapassada, que concebia o ordenamento jurídico como um sistema fechado de regras prontas a uma mecânica subsunção. O paradigma hermenêutico pós-positivista hoje vigente⁵⁹, que reconhece a plena juridicidade dos princípios, paga um certo preço à segurança jurídica: a interpretação e aplicação do direito tornam-se mais dinâmicas, elásticas, ricas do ponto de vista axiológico, mas também – é verdade – menos previsíveis. Este, no entanto, não é um problema ligado apenas à incidência dos direitos fundamentais nas relações entre particulares. Trata-se de questão mais ampla, que atinge a todos os ramos do conhecimento jurídico, e nada justifica a criação de uma redoma em torno ao Direito Privado, para deixá-lo imune aos sopros renovadores do pós-positivismo.

Por outro lado, existem várias formas e fórmulas para reduzir a incerteza decorrente da aplicação judicial de normas constitucionais abertas, como as que consagram os direitos fundamentais. Muito importante, neste particular, é o paulatino estabelecimento de *standards* para aplicação de cada direito fundamental nas relações privadas, com a identificação dos casos em que sua incidência deve prevalecer sobre a autonomia privada dos particulares, bem

57 Cf. Ingo Wolfgang Sarlet. “Direitos Fundamentais e Direito Privado...”, op. cit., p. 143.

58 Cf. Judith Martins-Costa. *A Boa-Fé no Direito Privado*. São Paulo: RT, 1999, p. 287 ss.

59 Sobre o paradigma dito pós-positivista, veja-se Luís Roberto Barroso. “Fundamentos Teóricos e Filosóficos do Novo Direito Constitucional Brasileiro: pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo”. In: *Revista de Direito Administrativo* nº 225, 2001, p. 5-37; e Daniel Sarmento. “O Neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades”. In: *Por um Constitucionalismo Inclusivo: história constitucional brasileira, teoria da Constituição e direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 223-272.

como aqueles onde deve ocorrer o contrário⁶⁰. São as chamadas “relações de “precedência condicionada entre princípios” a que aludiu Robert Alexy⁶¹, que a doutrina e a jurisprudência, na ausência de lei, vão consolidando, reduzindo com isso as margens residuais de subjetividade nas futuras decisões sobre questões semelhantes. A evolução da argumentação jurídica e da racionalidade prática neste campo, sob a atenta fiscalização da “comunidade de intérpretes” da Constituição, servirá para balizar caminhos e reduzir os decisionismos, fortalecendo a segurança jurídica.

Finalmente, o argumento sobre a perda da autonomia do Direito Privado também não convence. Nenhum ramo do Direito, público ou privado, sobrevive hoje às margens da normatividade constitucional⁶². Pelo contrário, a supremacia hierárquica formal e material da Constituição, fiscalizada e promovida por variados instrumentos de jurisdição constitucional, bem como o reconhecimento da força normativa de toda a Lei Maior, induziram à fecundação de todos os ramos do direito pelos valores, princípios e diretrizes hospedados em sede constitucional. E, no Brasil, a constitucionalização do Direito Privado não é sequer uma escolha do intérprete. A opção já foi feita pelo próprio constituinte, que se dedicou a disciplinar em linhas gerais inúmeros institutos do Direito Privado, como a família e a propriedade⁶³.

Por outro lado, a adoção da ideia de que o Estado tem de assegurar a fruição efetiva dos direitos fundamentais diante das ameaças representadas por terceiros – postulada pela teoria dos deveres de proteção, acima exposta – não exclui a vinculação direta dos particulares a tais direitos. Pelo contrário, ambas as concepções reforçam-se mutuamente, e podem ser reconduzidas a um denominador comum, que é a visão realista de que, no mundo contemporâneo, os atores privados, sobretudo quando investidos em maior poder social, representam um perigo tão grande como o próprio Estado para o gozo dos direitos fundamentais pelos mais fracos⁶⁴.

Obviamente, a possibilidade de aplicação direta dos direitos fundamentais nas relações privadas não exclui a obrigação dos juízes e tribunais de interpreta-

60 Propus diversos *standards* para essa ponderação no meu livro *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*, op. cit., p. 259-271, para o qual peço vênia para remeter o leitor.

61 *Teoría de los Derechos Fundamentales*, op. cit., p. 92.

62 Sobre o fenômeno da constitucionalização do Direito, vejam-se os textos que compõem a coletânea: Cláudio Pereira de Souza Neto e Daniel Sarmiento (Orgs.). *A Constitucionalização do Direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

63 Sobre a constitucionalização do Direito Civil no Brasil há extensa literatura. Veja-se, dentre outros, Gustavo Tepedino. *Temas de Direito Civil*. Rio de Janeiro: renovar, 1999; e Maria Celina Bodin de Moraes. *Na Medida da Pessoa Humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

64 Cf. Ingo Wolfgang Sarlet. “Direitos Fundamentais e Direito Privado...”, op. cit., p. 147.

rem as normas jurídicas infraconstitucionais – todas elas e não apenas as cláusulas gerais – no sentido que mais favoreça a garantia e promoção dos direitos fundamentais. O reconhecimento da eficácia direta dos direitos fundamentais na esfera das relações jurídico-privadas não é incompatível com o chamado efeito de irradiação desses mesmos direitos, que os torna vetores exegéticos de todas as normas que compõem o ordenamento jurídico. Assim, ao aplicar qualquer norma infraconstitucional a casos concretos, inclusive no campo das relações entre particulares, o Judiciário deve mirar os valores constitucionais, que têm no sistema de direitos fundamentais o seu eixo central, e no princípio da dignidade da pessoa humana o seu vértice. Caso não seja possível aplicar a norma ordinária existente em conformidade com os direitos fundamentais, deve o órgão jurisdicional exercer o controle incidental de constitucionalidade, para afastar o preceito viciado da resolução da questão, e, diante de eventual ausência de norma, solucionar o litígio através da invocação direta da Constituição. De resto, esta obrigação deriva do próprio princípio da supremacia da Constituição e da vinculação do Judiciário, como órgão estatal, aos direitos fundamentais nela positivados.

4 – OS DIREITOS FUNDAMENTAIS NÃO TRABALHISTAS E AS RELAÇÕES DE TRABALHO

A relação de trabalho é uma relação jurídica diferenciada, na medida em que se caracteriza por uma pronunciada desigualdade entre as partes. Nela, jamais existe uma plena simetria de poder entre empregador e empregado, ainda que o prestador de serviço seja altamente qualificado. Isso porque ele estará sempre submetido às diretrizes de organização, ao poder de fiscalização e às normas disciplinares estabelecidas pelo empregador. Em suma: estará sempre *juridicamente subordinado*⁶⁵.

Não foi por acaso que as formulações originais sobre a eficácia imediata dos direitos fundamentais entre os particulares surgiram no âmbito trabalhista. Como relembra Bilbao Ubillos:

“A nadie puede sorprender, por tanto, que la génesis y el desarrollo más fecundo de la teoría de la “Drittwirkung” de los derechos fundamentales haya tenido como escenario el campo de las relaciones laborales. Esta doctrina nace precisamente en los tribunales laborales

65 Cf., por todos, Arnaldo Süssekind *et al. Instituições de direito do trabalho*. 22. ed. São Paulo: LTr, 2005, p. 311.

y sigue encontrando entre los cultivadores de esta disciplina los más firmes apoyos.”⁶⁶

Esta natural proeminência do empregador sobre a atuação profissional do empregado – assim como a correlata sujeição do trabalhador ao poder de mando do empregador – acontece não apenas durante a execução de suas atividades, como também (e principalmente) no momento de admissão, quando, via de regra, o indivíduo precisa conquistar uma vaga no mercado de trabalho na tentativa de sobreviver dignamente⁶⁷. Por conta disso, grande parte dos autores admite a viabilidade da aplicação imediata dos direitos fundamentais na relação de emprego, uma vez que “Los poderes del empresario (el poder de dirección y el disciplinario) constituyen (...) una amenaza potencial par los derechos fundamentales del trabajador, dada la fuerte implicación de la persona de este en la ejecución de la prestación laboral”⁶⁸.

Esta intrínseca desigualdade justifica que, na seara trabalhista, a incidência dos direitos fundamentais ocorra de forma especialmente enérgica. Isto, no entanto, não significa que não haja espaço para ponderação com a autonomia privada das partes.

Em primeiro lugar porque, a não ser em situações específicas, o empregador privado não é equiparável ao Estado no que toca à vinculação aos direitos fundamentais, mantendo um grau de liberdade na sua atuação mais amplo do que aquele detido pelos Poderes Públicos. Um empregador, por exemplo, pode, em geral, selecionar um trabalhador em detrimento de outro candidato à mesma vaga, por ter sentido maior afinidade pessoal com o primeiro, mas jamais se admitiria que a Administração Pública agisse da mesma maneira num concurso público.

Ademais, não se pode ignorar que algumas das restrições a direitos fundamentais do trabalhador decorrem da relação contratual, cuja formação depende do consentimento do empregado. Se, por um lado, não se pode ignorar que a

66 Juan María Bilbao Ubilllos, *La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares*, p. 245.

67 Cf. Juan María Bilbao Ubilllos, *La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares*, p. 246, nota de rodapé nº 30 e José Carlos Vieira de Andrade. “Os direitos, liberdades e garantias no âmbito das relações entre particulares”. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 285, nota de rodapé nº 46.

68 Juan María Bilbao Ubilllos, *La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares*, p. 246-247; José Carlos Vieira de Andrade, *Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*, p. 254-259; J. J. Gomes Canotilho. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, p. 1.293, Reinhold Zippelius. *Teoria Geral do Estado*, p. 438-439 e 442; Ingo Wolfgang Sarlet, “Direitos Fundamentais e Direito Privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais”. In: op. cit., p. 140; Jane Reis Gonçalves Pereira, op. cit., p. 148; e Daniel Sarmento, *Direitos fundamentais e relações privadas*, p. 261 e 305.

autonomia contratual pode ser mera fachada para imposições heterônomas, violadoras de direitos, impostas pela parte mais forte, por outro, tampouco se deve reduzir a zero a possibilidade de autodeterminação dos próprios interesses pelos trabalhadores, tratando-os como se fossem sujeitos incapazes.

Portanto, para nortear a aplicação direta dos direitos fundamentais não trabalhistas nas relações de trabalho, é imprescindível formular parâmetros adequados, que possam resolver a colisão entre os valores constitucionais em rota de colisão⁶⁹.

Note-se que o que aqui se discute não é a aplicação de direitos trabalhistas (arts. 7º a 11 da CF/88), na qual, via de regra, a restrição dos direitos dos trabalhadores se legitima apenas com a participação sindical (art. 7º, VI e XIV, da CF/88). O que se pretende analisar é a possibilidade de o empregador limitar diretamente – durante a vigência do contrato e em razão das características que o circundam – o exercício de *direitos fundamentais individuais* dos empregados. Vejamos três exemplos:

Caso (1) – O empregado X foi admitido em 2002 pela Empresa Y – sociedade de economia mista – através de concurso público. Ocorre que em junho de 2007 ele foi dispensado sem justa causa. Inconformado, ajuizou ação trabalhista sob a alegação de ter sofrido “perseguição política”, requerendo a sua reintegração e indenização por danos morais. Em defesa, o empregador argumentou que utilizou requisitos técnicos para a dispensa e, mais do que isso, que não está obrigado a motivar sua decisão, conforme jurisprudência pacificada na Súmula nº 390, II, do TST⁷⁰ e na OJ nº 247, I, da SDI-I do TST⁷¹. No decorrer da fase instrutória, o juiz concluiu que apenas os empregados presentes em audiência pública na Câmara Municipal, e que se manifestaram contrariamente à privatização da Empresa Y, foram dispensados. De modo que julgou procedentes os pedidos, tendo sido sua decisão confirmada em 2º e 3º graus⁷².

Diante deste caso concreto, pergunta-se: está correta a decisão judicial? Por que o direito à liberdade político-ideológica do trabalhador deve prevalecer sobre a liberdade gerencial do empregador?

69 Daniel Sarmiento, *Direitos fundamentais e relações privadas*, p. 302-303 e 349 e J.J. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, p. 1.283.

70 “Ao empregado de empresa pública ou de sociedade de economia mista, ainda que admitido mediante aprovação em concurso público, não é garantida a estabilidade prevista no art. 41 da CF/1988”.

71 “A despedida de empregados de empresa pública e de sociedade de economia mista, mesmo admitidos por concurso público, independe de ato motivado para sua validade”.

72 Cf. TST-AIRR nº 61640-84.2007.5.23.0004, Rel. Min. Mauricio Godinho Delgado, DJ 18.02.2011.

Caso (2) – Na admissão e durante a vigência do seu contrato de emprego com a American Airlines, a empregada X, comissária de bordo, foi submetida ao “detector de mentiras” (polígrafo). Durante as entrevistas lhe foram feitas as seguintes indagações: você já cometeu crimes ou foi presa? Vende ou vendeu narcóticos? Tem antecedentes de desonestidade? Cometeu violações de trânsito? Deve dinheiro para alguém? Quem? Quanto? Já roubou qualquer propriedade do local onde trabalha? Desde seu último teste, já usou drogas ilegais? Intencionalmente já permitiu que alguém viajasse com documentos falsos? Permitiu que alguém violasse os procedimentos de segurança? Já permitiu contrabando em alguma aeronave?

Apesar de nunca ter sido reprovada nos exames, a empregada X ajuizou ação em face da American Airlines, requerendo indenização por danos morais, em razão, basicamente, da violação de sua privacidade.

Em sua defesa, o empregador argumentou (i) que as perguntas eram de natureza técnica e profissional (sem qualquer conotação sexual ou íntima), (ii) que a função da empregada X era bastante relevante, na medida em que um pequeno descuido poderia colocar em risco a segurança do voo, da tripulação e dos passageiros, (iii) que o exame era efetuado por meio de um programa de computador que aferia as ondas sonoras emitidas pelo entrevistado, comparando-as com as encontradas em níveis de normalidade, (iv) que era um exame efetuado em todos os empregados, (v) que o resultado não era divulgado e (vi) que o empregado consentia na realização do exame. Todas as afirmações da ré foram comprovadas ao longo da instrução processual.

O pedido foi julgado procedente em primeira instância. Houve reforma da sentença pelo TRT, mas o acórdão regional foi posteriormente revertido pelo TST⁷³.

Novamente, pergunta-se: qual das decisões judiciais está correta? Nesta hipótese concreta, o ato patronal caracteriza ou não violação indevida da privacidade da empregada X?

Caso (3) – A empregada X, contratada por uma associação beneficente sem fins lucrativos, afastou-se do emprego por quinze dias, a fim de se submeter a uma cirurgia. Quatro meses depois de retornar ao trabalho, ela se licenciou novamente por mais quinze dias. Após o segundo retorno, o empregador exigiu que X realizasse exame de sangue, de modo a verificar a presença do vírus HIV. De posse do resultado positivo, o empregador o informou à empregada e, ato contínuo, a transferiu para outro setor. Passados poucos meses, a empregada

73 Cf. TST-RR nº 28140-17.2004.5.03.092, Rel. Min. Mauricio Godinho Delgado, DJ 07.05.2010.

X foi transferida mais duas vezes para setores distintos e, ao cabo de pouco tempo, foi dispensada. Levada a questão a juízo, o empregador foi sentenciado a indenizar a empregada X por dano moral, o que foi confirmado, posteriormente, pelas instâncias superiores⁷⁴.

Pergunta-se mais uma vez: a decisão judicial está correta? Por que, neste caso concreto, o direito à privacidade da trabalhadora deve prevalecer sobre a liberdade gerencial do empregador e, mais especificamente, sobre o seu poder de fiscalização?

Diante das situações acima mencionadas, já se percebem as diversas variáveis que o aplicador do direito deverá considerar, na tentativa de compaginar a incidência dos direitos fundamentais individuais do trabalhador na relação de emprego, com a possibilidade de o empregador – justificadamente – restringi-los⁷⁵.

Deste modo, no intuito de evitar o extremismo – seja aquele radicado na defesa de uma *supressão absoluta dos direitos individuais não trabalhistas dos empregados nas relações de emprego* (em virtude da subordinação jurídica, do dever de lealdade do empregado e, quiçá, dos caprichos do empregador); seja aquele motivador da *total desconsideração das cláusulas contratuais* (emanação da autonomia privada), ensejando uma aplicação ilimitada dos direitos fundamentais individuais –, impõe-se a necessidade de delinear critérios. Nada muito diferente do que se faz, por exemplo, nos Estados Unidos da América, através da jurisprudência da Suprema Corte e do *Equal Employment Opportunity Commission – EEOC*, a agência federal (...) incumbida pelo *Civil Act Rights* de implementar a igualdade de condições de trabalho naquele país⁷⁶.

A ideia é de buscar a conciliação possível entre o respeito dos direitos individuais dos empregados com exigências que derivam do vínculo contratual mantido com o seu empregador, ligadas, no mais das vezes, às necessidades das atividades produtivas em que o trabalhador está engajado⁷⁷.

Neste ponto, devem ser evitadas duas posições extremas: a que ignora a participação da vontade do empregado na celebração do contrato de traba-

74 TST-AIRR nº 180440-10.2005.5.01.0245, Rel. Min. Maria de Assis Calsing, DJ 13.11.09.

75 Daniel Sarmento, *Direitos fundamentais e relações privadas*, p. 313.

76 Firmino Alves Lima. *Teoria da discriminação nas relações de trabalho*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011, p. 137, 182-184 e 220-221 e Álvaro Ricardo de Souza Cruz. *O direito à diferença*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2009, p. 32-36. Destaque-se que, no cenário norte-americano, a extensão dos direitos fundamentais às relações de trabalho não decorre da aplicação da Constituição, mas de intervenções legislativas.

77 Cf. Juan María Bilbao Ubillos. “En qué medida vinculan a los particulares los derechos fundamentales?”. In: op. cit., p. 330-331.

lho, assumindo posição excessivamente paternalista; e a que, em nome da sua autonomia contratual, se revela insensível diante da opressão privada, que pode ocorrer sob a fachada da autonomia contratual, sobretudo no contexto de relações assimétricas, como aquelas travadas entre patrão e empregado.

Nesta questão, a prática forense trabalhista demonstra que, subjacente às grandes controvérsias jurídicas, estão questões fáticas que não podem ser descuradas, que podem fazer grande diferença para a decisão judicial⁷⁸. Por isso, sem prejuízo da formulação de parâmetros gerais, o controle da ingerência privada sobre os direitos fundamentais individuais do trabalhador não pode prescindir de análise tópica e casuística⁷⁹, que permita a busca de solução adequada às especificidades de cada caso⁸⁰.

5 – ALGUNS PARÂMETROS PARA A APLICAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES DE EMPREGO

Um primeiro e importante parâmetro geral diz respeito à finalidade da restrição ao direito fundamental do trabalhador. Admitem-se, *a priori*, restrições proporcionais aos direitos individuais do trabalhador, que mantenham relação de estreita coerência com objetivos empresariais legítimos do seu empregador (o que os norte-americanos chamam de *business necessity*)⁸¹. Assim, por exemplo, pode ser admissível a exigência feita por um restaurante aos seus profissionais que mantenham as unhas cortadas, pela preocupação com a higiene dos alimentos preparados e servidos. A restrição à autonomia do trabalhador estará aqui justificada por uma razoável necessidade do serviço.

Algumas outras variáveis, relacionadas à natureza do empregador, são também relevantes, para calibragem da ponderação entre os direitos do trabalhador e os interesses legítimos do empregador:

(1) se este for um ente de grande envergadura, com grande número de empregados, cuja atuação for pautada por interesses econômicos, deverá

78 Sobre a importância das circunstâncias fáticas, cf., por todos, BARCELLOS, Ana Paula de, *Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional*, p. 120-123 e 287-292.

79 Ingo Wolfgang Sarlet. “Direitos Fundamentais e Direito Privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais”. In: op. cit., p. 159.

80 Daniel Sarmiento, *Direitos fundamentais e relações privadas*, p. 302-302, 313, 332, 349-350 e José Carlos Vieira de Andrade. *Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2001, p. 264.

81 Cf. Álvaro Ricardo de Souza Cruz, op. cit., p. 19-21 e Firmino Alves Lima, op. cit., p. 128-140. Cf., também, Ana Paula de Barcellos, *Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional*, p. 282-287 e 292, Humberto Ávila, *Teoria dos Princípios*, p. 70 e J.J. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, p. 465.

existir uma preferência *prima facie* para o direito fundamental do empregado em detrimento da conduta restritiva do empregador, haja vista que a relação jurídica existente é marcada por intensa desigualdade fática, e em jogo não estão liberdades existenciais do empregador⁸²;

(2) se a natureza da atuação do empregador for a de uma *entidade integrante da Administração Pública direta ou indireta* ou de *entidade que desempenhe função de natureza eminentemente pública*, deverá existir uma preferência *prima facie* para o direito fundamental do empregado. Aqui a vinculação do empregador aos direitos fundamentais é ou equivale àquela imposta ao Estado⁸³;

(3) se a natureza do empregador for a de *micro, pequeno, empresário individual ou entidade sem fins lucrativos*, deverá ser mitigada a preferência *prima facie* indicada no item (1), em face da menor desigualdade fática e da maior proximidade pessoal entre as partes (e as vontades) contratantes⁸⁴;

(4) se a natureza do empregador for a de *organização de tendência*, deverá continuar a existir a preferência *prima facie* indicada no item (1), mas com a possibilidade de inversão desta presunção, especialmente quando a discussão envolver a opção ideológica constante da própria finalidade da atividade empresarial (v.g., uma escola religiosa ou um partido político)⁸⁵. Mas desde que o empregado possua ciência no momento da admissão – algo próximo do instituto norte-americano da *bona fide occupational qualification (BFOQ)*⁸⁶;

(5) se a natureza do empregador for a de *empregador doméstico*, não deverá existir preferência *prima facie* do direito fundamental do empregado diante da escolha restritiva do empregador, uma vez que aquele não estará se

82 Daniel Sarmiento, *Direitos fundamentais e relações privadas*, p. 303-305 e 308-309, José Carlos Vieira de Andrade, op. cit., p. 252-253 e Wilson Steinmetz. “Princípio da Proporcionalidade e Atos de Autonomia Privada Restritivos de Direitos Fundamentais”. In: Virgílio Afonso da Silva (org.). *Interpretação constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 52-53. Em sentido semelhante, afirmando a prevalência de “direitos fundamentais do indivíduo, bem como de condições materiais necessárias para seu bem-estar mínimo e para o exercício da cidadania”, cf. Ana Paula de Barcellos, *Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional*, p. 235 e ss. Cf. também Ingo Wolfgang Sarlet. “Direitos fundamentais sociais, ‘mínimo existencial’ e direito privado: breves notas sobre alguns aspectos da possível eficácia dos direitos sociais nas relações entre particulares”. In: op. cit., p. 588.

83 Neste sentido, cf. Daniel Sarmiento, *Direitos fundamentais e relações privadas*, p. 314-317: “as empresas estatais estão plenamente sujeitas aos direitos fundamentais e não podem invocar a sua autonomia empresarial como razão para mitigar esta submissão”. Cf., também, LIMA, Firmino Alves, op. cit., p. 64-66.

84 Daniel Sarmiento, *Direitos fundamentais e relações privadas*, p. 303-304 e 309.

85 Juan Maria Bilbao Ubillos, *La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares*, p. 703, nota de rodapé nº 631.

86 Roger Raupp Rios. *Direito da antidiscriminação: discriminação direta, indireta e ações afirmativas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 113-115 e Firmino Alves Lima, op.cit., p. 137, p. 140-143.

inserindo no bojo de uma atividade econômica, mas, sim, no entorno de um ambiente residencial/familiar, no qual deve ser preservada “uma margem de arbítrio, [que] é também uma liberdade emocional”⁸⁷⁻⁸⁸;

(6) *independentemente da natureza da atuação do empregador*, haverá uma *reforçada preferência prima facie* para o direito fundamental do empregado, sempre que a conduta restritiva do empregador colocar em jogo alguma *qualidade intrínseca ou existencial* do trabalhador (v.g., raça, gênero, idade ou nacionalidade)⁸⁹. Deve-se exigir, nestes casos, uma justificativa mais intensa do empregador (*strict scrutiny*), atentando-se, inclusive, para o impacto desproporcional acarretado pela decisão patronal (o que, no direito norte-americano, equivale à *disparate impact doctrine*)⁹⁰. Será sempre essencial perquirir a razão justificadora da restrição ao direito fundamental do trabalhador, e os critérios acima alinhavados concernem à intensidade do ônus argumentativo exigido em cada caso, para dar suporte às medidas restritivas. Neste passo, a *subordinação jurídica* (capaz de, por si só, reprimir direitos individuais dos empregados) e a *funcionalização da autonomia privada empresarial* (vista apenas como um meio para o cumprimento dos seus *objetivos econômico-patrimoniais*)⁹¹ são dois fatores que, pela sua importância na relação de emprego, sobrecarregam o dever justificador do empregador.

De toda sorte, tais critérios não reduzem o papel central do princípio da proporcionalidade na análise a ser realizada. Tal princípio permanece sendo um instrumento chave para racionalização do controle das medidas restritivas aos direitos fundamentais dos trabalhadores, na medida em que adiciona maior objetividade e previsibilidade à atuação jurisdicional⁹².

87 José Carlos Vieira de Andrade, op. cit., p. 269 e 324 e Daniel Sarmiento, *Direitos fundamentais e relações privadas*, p. 302 e 310-311.

88 Aqui nos referimos tão somente à liberdade de escolha do empregador no momento de contratação do empregado doméstico. Dito *standard* não pode ser empregado para tornar as relações de emprego no âmbito doméstico impenetráveis à força emancipatória dos direitos humanos, o que legitimaria a plena submissão do trabalhador doméstico aos desígnios e caprichos dos seus patrões, numa lógica perversa, em que ainda ressoam os ecos da escravidão.

89 José Carlos Vieira de Andrade, op. cit., p. 270-271 e Daniel Sarmiento, *Direitos fundamentais e relações privadas*, p. 308-311.

90 Sobre a teoria do impacto desproporcional, veja-se. Daniel Sarmiento. “A igualdade étnico-racial no direito constitucional brasileiro: discriminação ‘de fato’, teoria do impacto desproporcional e ação afirmativa”. In: *Livres e iguais*: estudos de direito constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 147-153, Roger Raupp Rios, op. cit., p. 117 e ss.; e Firmino Alves Lima, op. cit., p. 182-184 e 197-199 e CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza, op. cit., p. 30-36.

91 Daniel Sarmiento, *Direitos fundamentais e relações privadas*, p. 340.

92 Jorge Reis Novais. *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*, p. 356, Virgílio Afonso da Silva. *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*, p. 146-148 e Jane Reis Gonçalves Pereira, *Interpretação constitucional e direitos fundamentais*, p. 168.

Sendo assim, é possível que uma restrição de direito fundamental do empregado voltada à promoção da *análise administrativa* do empregador, e desprovida de qualquer intento discriminatório, seja, ainda assim, inválida, quando não resista a um exame pautado por criteriosa análise dos três sub-princípios em que se desdobra a proporcionalidade: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

Em outras palavras, a restrição a um direito do empregado, para ser considerada válida, deve pelo menos contribuir para a promoção de interesse legítimo do empregador (adequação); deve ser o meio mais suave para a promoção, com a mesma intensidade, daquele interesse (necessidade); e, numa relação de custos e benefícios, pautada não pela lógica econômica, mas por parâmetros extraídos da Constituição, a promoção do objetivo visado pelo empregador não pode implicar em sacrifício superior ao direito do empregado (proporcionalidade em sentido estrito). Enfim, toda e qualquer restrição a direito fundamental do trabalhador tem de ser compatível com o princípio da proporcionalidade, cabendo ao Poder Judiciário aferir, caso a caso, a conformidade da medida restritiva com os subprincípios da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, em que se decompõe dito princípio.

6 – A METODOLOGIA EM AÇÃO: PRATICANDO COM CRITÉRIOS SUGERIDOS

Voltemos agora para os exemplos antes esboçados, a fim de que possamos verificar as soluções obtidas através dos critérios propostos.

Solução do Caso (1)

Identificamos, de um lado, o art. 5º, VIII, da CF/88 e, pois, a liberdade político-ideológica (no sentido de exercício de convicção filosófica ou política a respeito da privatização de fatias da Administração Pública) como sendo o direito fundamental individual imediatamente restringido. De outra parte, apontamos os arts. 7º, I, e 173, § 1º, II, da CF/88, que dispõem sobre a permissão de dispensa sem justa causa dos empregados de sociedades de economia mista, como o interesse do empregador a ser promovido.

Inexiste finalidade lógica admitida, menos ainda, vinculação lógica entre a restrição do direito individual à liberdade política do empregado e a sua despedida, na medida em que esta teria sido fruto do mero exercício do seu direito potestativo do empregador de despedi-lo silenciosamente.

Indo adiante no trabalho de averiguação, há três circunstâncias fáticas que chamam a atenção: (i) a enorme envergadura econômica do empregador,

(ii) o fato de ele integrar a Administração Pública indireta e (iii) a insistência do empregador em se escorar no silêncio permitido constitucionalmente para justificar a sua decisão de despedimento, apesar de o ato ter sido praticado pouco tempo depois da manifestação política do seu empregado.

A enorme diferença de poder econômico entre as partes, associada ao dever de impessoalidade, moralidade e eficiência daquela espécie de empregador público (art. 37, *caput*, da CF/88), autorizam o julgador a atribuir preferência *prima facie* à liberdade política do empregado em detrimento do exercício do direito de dispensa sem justa causa da Empresa Y.

A rigor, a Empresa Y, mesmo se não integrasse da Administração Pública indireta, estaria em maus lençóis. Isso porque a acusação do empregado (respaldada por uma sequência temporal bastante suspeita entre o seu ato político e o desligamento da empresa) pode alterar a qualificação jurídica da decisão patronal (transformando-a de exceção permitida – dispensa sem justa causa – em uma regra geral de proibição – dispensa arbitrária). Neste sentido, ela obriga o empregador a quebrar o silêncio e dizer por que o dispensou.

Trata-se de uma inversão do ônus argumentativo, providência corriqueira na jurisprudência norte-americana⁹³. A par de fomentar a transparência e a boa-fé contratual, esta inversão obrigará o empregador a justificar qual foi a necessidade empresarial (*business necessity*) que o impeliu a tomar a decisão de despedida.

Ademais, a natureza estatal da empresa impõe a ela uma observância ainda mais rigorosa aos direitos fundamentais⁹⁴. Na verdade, a Empresa Y está obrigada a ir além do discurso voluntarista e a tratar a todos os seus empregados com impessoalidade (sem preferências ou discriminações subjetivas e obscuras), moralidade (justificando os seus atos para que possam ser aceitos ou, ao menos, compreendidos pelos seus destinatários) e eficiência, estando este último mandamento estreitamente vinculado à ideia de *business necessity* referida há pouco. Mas nada disso foi feito no caso.

Concluimos, deste modo, pela ilegitimidade da restrição do direito fundamental individual do trabalhador e, conseqüentemente, pela ilicitude da dispensa, que se revela juridicamente como arbitrária⁹⁵. Logo, a decisão judicial está correta, eis que alcançou este mesmo resultado.

93 Fábio Rodrigues Gomes, *O direito fundamental ao trabalho*, p. 128 e ss. Sobre este tipo de inversão do ônus argumentativo na jurisprudência norte-americana, cf. Roger Raupp Rios, *op. cit.*, p. 122-123, e Firmino Alves Lima, *op. cit.*, p. 128-140.

94 Cf. Daniel Sarmiento, *Direitos fundamentais e relações privadas*, *op. cit.*, p. 316.

95 Fábio Rodrigues Gomes, *O direito fundamental ao trabalho*, p. 128 e ss.

Solução do caso (2)

Identificamos, de um lado, o art. 5º, X, da CF/88 e, pois, o direito fundamental à privacidade como sendo o direito fundamental individual imediatamente restringido. De outra parte, apontamos o art. 1º, IV, da CF/88, que dispõe sobre a livre iniciativa e autonomia privada empresarial (suporte normativo do poder patronal de fiscalização), como o interesse do empregador a ser promovido.

Supõe-se que a finalidade lógica da restrição da privacidade da empregada X seria verificar se os empregados admitidos estavam desestabilizados emocionalmente e/ou desenvolvendo comportamento antissocial capaz de comprometer a segurança do voo e pôr em risco a vida dos demais tripulantes e passageiros.

Há uma forte relação de coerência entre a limitação do direito fundamental de privacidade da empregada X, a atividade profissional por ela exercida e a natureza da atuação da American Airlines, na medida em que o seu cargo (comissária de bordo) a envolveria numa área essencial para a manutenção dos objetivos traçados pelo empregador.

Modificam-se, aqui, as impressões expostas na solução do caso anterior. Ou seja, depois de efetuada a aplicação dos parâmetros mais genéricos acima sugeridos, encontramos boas chances de convalidar o ato patronal de submissão do empregado ao polígrafo. Pois – formalmente falando – ele está bem amparado juridicamente pelo direito fundamental de administrar sua empresa da forma mais segura possível.

Por outro lado, apesar de qualificar-se como ente de grande envergadura econômica, a American Airlines não pautou sua decisão por interesses exclusivamente (ou primordialmente) patrimoniais. Ao contrário, sua conduta visou à preservação da integridade física dos seus empregados e dos milhares de passageiros que transporta diuturnamente, tornando-se secundária a proteção do seu bem material.

As perguntas acima explicitadas evidenciam a relação de pertinência entre o exame realizado e objetivo empresarial alegado. Com efeito, as questões miraram apenas a prática de condutas ilícitas ou potencialmente geradoras de insegurança. Isto é, não houve invasão das preferências ou escolhas do empregado que fossem alheias ao fim empresarial objetivado.

A bem de ver, o indivíduo que se propõe a trabalhar numa área de atuação sabidamente arriscada (especialmente nos tempos atuais) tem ciência de que algumas concessões deverão ser feitas em prol do bem-estar da coletividade (com destaque para aquela inserida na mesma realidade).

Ademais, deve-se salientar que a existência de uma justificativa razoável para a medida adotada impede a sua classificação como discriminação arbitrária⁹⁶. Até mesmo porque ficou demonstrado que a generalidade dos empregados eram submetidos ao teste, mantendo a empresa sigilo absoluto sobre os resultados nele encontrados.

Enfim, o empregador, sem sombra de dúvidas, valeu-se de um mecanismo restritivo do direito fundamental à privacidade da empregada X. Mas por ser ele *adequado* ao fim a que se propõe, *necessário* para a sua efetivação, sublinhando-se o fato de o juiz não ser um especialista em segurança, sendo incapaz, portanto, de sugerir meio alternativo igualmente eficaz e menos lesivo (e não houve prova pericial neste sentido) e *proporcional em sentido estrito*, visto que a tibieza do sacrifício imposto (resposta a perguntas estritamente relacionadas com a manutenção da segurança de todos) é superada pela alta relevância do benefício auferido (maior proteção à vida dos tripulantes e passageiros), concluimos pela legitimidade do ato patronal e, conseqüentemente, pela licitude da sua submissão ao detector de mentiras. Logo, está correta apenas a decisão judicial regional, eis que alcançou este mesmo resultado⁹⁷.

Solução do caso (3)

Identificamos, de um lado, o art. 5º, *caput*, I e X, c/c o art. 7º, XXX, da CF/88 e, pois, os direitos fundamentais à igualdade de tratamento (no sentido de não ser discriminado sem a apresentação de critérios razoáveis) e à privacidade como sendo os direitos fundamentais individuais imediatamente restringidos da empregada X. De outra parte, figura o art. 7º, I, da CF/88, que dispõe sobre a permissão de dispensa sem justa causa dos empregados, como o direito promovido.

Tomando por base a argumentação da Empresa X, inexistente finalidade lógica admitida, ou, menos ainda, vinculação lógica entre a restrição dos direitos individuais a igual tratamento e à privacidade da empregada X e a sua despedida imotivada, na medida em que esta teria sido fruto do mero exercício do direito potestativo da associação de dispensá-la silenciosamente. Portanto, na visão do empregador, eventual restrição dos direitos individuais seria uma consequência alheia à sua decisão.

96 Fábio Rodrigues Gomes, *O direito fundamental ao trabalho*, p. 128 e ss.

97 É importante registrar que a decisão colegiada do TST não foi unânime, tendo o Ministro Aloysio Corrêa da Veiga proferido voto divergente, no mesmo sentido deste texto. Cf. também a decisão proferida no RO nº 0031800-30.2009.5.01.0082, Rel. Des. Alberto Fortes Gil, DJ 16.08.2011.

Há uma fraca relação de coerência entre a restrição do direito fundamental individual e a atividade profissional exercida pelo empregado, mormente diante do fato de que a sua tarefa contratual era eminentemente técnica e, assim, desligada de questões e/ou condicionamentos existenciais.

Tem-se, pois, uma repetição do padrão argumentativo desenvolvido na análise do Caso (1). Por outras palavras, depois de efetuada a subsunção do Caso (3) aos parâmetros mais genéricos acima sugeridos, encontramos enorme dificuldade para invalidar o ato patronal de dispensa, na medida em que – formalmente falando – ele está bem amparado juridicamente pela permissão constitucional de dispensa imotivada. Porém, será nos detalhes que encontraremos as circunstâncias indispensáveis à confirmação ou reformulação do raciocínio até agora entabulado.

Com efeito, no Caso (3), o que está em debate é a violação dos direitos fundamentais da empregada X em função de uma situação que lhe é intrínseca: a sua qualidade de portadora do vírus HIV. Deste modo, o critério mais adequado para o melhor encaminhamento da argumentação é o *Critério (6)*, que faz menção expressa a esta hipótese e, mais do que isso, registra a irrelevância da natureza da atuação do empregador, quando uma qualidade existencial do empregado estiver em jogo.

Portanto, há uma reforçada preferência *prima facie* dos direitos fundamentais individuais da empregada X, com a conseqüente inversão do ônus argumentativo e a exigência de uma justificativa extremamente convincente do empregador, para que as suspeitas em torno de sua conduta sejam desfeitas (*strict scrutiny*).

Não basta à associação defender-se com o argumento formal e circular de que dispensou imotivadamente a empregada X porque tem o direito de fazê-lo. Isso porque este discurso não esclarece o motivo por detrás de sua decisão (e motivo sempre há, pois as decisões gerenciais presumem-se racionais). Na verdade, esta impugnação vazia deixa no ar a existência de uma razão que não pode ser exposta ao público, seja porque é proibida institucionalmente, seja porque é condenável moralmente. De um jeito ou de outro, o silêncio patronal se torna eloquente o bastante para que sua decisão seja inexoravelmente invalidada.

Concluimos, deste modo, pela ilegitimidade da restrição dos direitos fundamentais à igualdade de tratamento e à privacidade da empregada X. Logo, está correta a decisão judicial, eis que alcançou este mesmo resultado.

7 – CONCLUSÃO

O tema da aplicação dos direitos fundamentais não trabalhistas no contexto das relações de emprego é extremamente rico e complexo. Neste estudo, apresentamos apenas alguns possíveis parâmetros, que estão longe de esgotarem a matéria.

A preocupação com a fixação destes parâmetros justifica-se pelo temor do decisionismo judicial, que acarreta insegurança jurídica e compromete a democracia. Embora os critérios não tragam soluções definitivas, eles podem auxiliar o intérprete na sua busca em cada caso, além de permitirem um maior controle intersubjetivo das decisões judiciais, tornando-as menos dependentes das pré-compreensões e idiosincrasias de cada magistrado.

A incidência dos direitos fundamentais nas relações de trabalho é essencial para tornar estas relações mais humanizadas e justas, considerando o cenário de desigualdade e assimetria que as caracteriza. Sem embargo, deve-se fugir de qualquer tipo de “fundamentalismo” dos direitos fundamentais, o que justifica a busca racional de critérios nesta área, tão importante na vida do ser humano e na conformação da nossa sociedade.

PROTEÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS: DESAFIOS DO *IUS COMMUNE* SUL-AMERICANO*

Flávia Piovesan**

1 – INTRODUÇÃO

Como compreender os direitos sociais sob a perspectiva da concepção contemporânea de direitos humanos? Em que medida merecem o mesmo grau de importância dos direitos civis e políticos? Qual é a principiologia aplicável aos direitos sociais? São direitos acionáveis e justiciáveis? Qual é o alcance de sua proteção nos sistemas internacional e regional interamericano? Como fortalecer a projeção e a incorporação de parâmetros protetivos globais e regionais no âmbito sul-americano? Como intensificar o diálogo vertical e horizontal de jurisdições visando à pavimentação de um *ius commune* em direitos sociais na região sul-americana?

São estas as questões centrais a inspirar o presente estudo, que tem por objetivo maior focar a proteção dos direitos sociais sob o prisma internacional e regional interamericano, com destaque aos desafios da implementação dos direitos sociais no contexto sul-americano visando à pavimentação de um constitucionalismo regional amparado em um *ius commune* social.

* Um especial agradecimento é feito à Alexander von Humboldt Foundation pela *fellowship* que tornou possível este estudo e ao Max-Planck Institute for Comparative Public Law and International Law por prover um ambiente acadêmico de extraordinário vigor intelectual.

** Professora doutora em Direito Constitucional e Direitos Humanos da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo; professora de Direitos Humanos dos Programas de Pós-Graduação da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, da Pontifícia Universidade Católica do Paraná e da Universidade Pablo de Olavide (Sevilha, Espanha); visiting fellow do Human Rights Program da Harvard Law School (1995 e 2000); visiting fellow do Centre for Brazilian Studies da University of Oxford (2005); visiting fellow do Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law (Heidelberg – 2007 e 2008); Humboldt Foundation Georg Forster Research Fellow no Max Planck Institute (Heidelberg – 2009-2011); membro do Conselho Nacional de Defesa dos Direitos da Pessoa Humana; membro da UN High Level Task Force on the implementation of the right to development e do OAS Working Group para o monitoramento do Protocolo de San Salvador em matéria de direitos econômicos, sociais e culturais.

2 – A AFIRMAÇÃO HISTÓRICA DOS DIREITOS HUMANOS E OS DIREITOS SOCIAIS

Os direitos humanos refletem um construído axiológico, a partir de um espaço simbólico de luta e ação social. No dizer de Joaquin Herrera Flores¹, os direitos humanos traduzem processos que abrem e consolidam espaços de luta pela dignidade humana. Invocam uma plataforma emancipatória voltada à proteção da dignidade e à prevenção do sofrimento humano. No mesmo sentido, Celso Lafer², lembrando Danièle Lochak, realça que os direitos humanos não apresentam uma história linear, não compõem a história de uma marcha triunfal, nem a história de uma causa perdida de antemão, mas a história de um combate.

Enquanto reivindicações morais, os direitos humanos nascem quando devem e podem nascer. Como realça Norberto Bobbio, os direitos humanos não nascem todos de uma vez e nem de uma vez por todas³. Para Hannah Arendt, os direitos humanos não são um dado, mas um construído, uma invenção humana, em constante processo de construção e reconstrução⁴. Simbolizam os direitos humanos, para parafrasear Luigi Ferrajoli⁵, a lei do mais fraco contra a lei do mais forte, na expressão de um contrapoder em face dos absolutismos, advenham do Estado, do setor privado ou mesmo da esfera doméstica.

Considerando a historicidade dos direitos humanos, destaca-se a chamada concepção contemporânea de direitos humanos, que veio a ser introduzida pela Declaração Universal de 1948 e reiterada pela Declaração de Direitos Humanos de Viena de 1993.

-
- 1 Joaquin Herrera Flores, *Direitos humanos, interculturalidade e racionalidade de resistência*, mimeo, p. 7.
 - 2 Celso Lafer, prefácio ao livro *Direitos humanos e justiça internacional*. 2. ed. revista, ampliada e atualizada, Flávia Piovesan, São Paulo, Saraiva, 2011, p. 22.
 - 3 Norberto Bobbio, *A Era dos Direitos*. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro, Campus, 1988.
 - 4 Hannah Arendt, *As Origens do Totalitarismo*, trad. Roberto Raposo, Rio de Janeiro, 1979. A respeito, ver também Celso Lafer, *A Reconstrução dos Direitos Humanos: Um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*, Cia. das Letras, São Paulo, 1988, p. 134. No mesmo sentido, afirma Ignacy Sachs: “Não se insistirá nunca o bastante sobre o fato de que a ascensão dos direitos é fruto de lutas, que os direitos são conquistados, às vezes, com barricadas, em um processo histórico cheio de vicissitudes, por meio do qual as necessidades e as aspirações se articulam em reivindicações e em estandartes de luta antes de serem reconhecidos como direitos”. (Ignacy Sachs, *Desenvolvimento, Direitos Humanos e Cidadania*, In: *Direitos Humanos no Século XXI*, 1998, p. 156). Para Allan Rosas: “O conceito de direitos humanos é sempre progressivo. (...) O debate a respeito do que são os direitos humanos e como devem ser definidos é parte e parcela de nossa história, de nosso passado e de nosso presente.” (Allan Rosas, *So-Called Rights of the Third Generation*, In: Asbjorn Eide, Catarina Krause e Allan Rosas, *Economic, Social and Cultural Rights*, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht, Boston e Londres, 1995, p. 243).
 - 5 Luigi Ferrajoli, *Diritti fondamentali – Un dibattito teorico*, a cura di Ermanno Vitale, Roma, Bari, Laterza, 2002, p. 338.

Esta concepção é fruto do movimento de internacionalização dos direitos humanos, que surge, no pós-guerra, como resposta às atrocidades e aos horrores cometidos durante o nazismo. É neste cenário que se vislumbra o esforço de reconstrução dos direitos humanos, como paradigma e referencial ético a orientar a ordem internacional. A barbárie do totalitarismo significou a ruptura do paradigma dos direitos humanos, por meio da negação do valor da pessoa humana como valor fonte do Direito. Se a Segunda Guerra significou a ruptura com os direitos humanos, o pós-guerra deveria significar a sua reconstrução. Nas palavras de Thomas Buergenthal: “O moderno Direito Internacional dos Direitos Humanos é um fenômeno do pós-guerra. Seu desenvolvimento pode ser atribuído às monstruosas violações de direitos humanos da era Hitler e à crença de que parte destas violações poderiam ser prevenidas se um efetivo sistema de proteção internacional de direitos humanos existisse”⁶.

Fortalece-se a ideia de que a proteção dos direitos humanos não deve se reduzir ao domínio reservado do Estado, porque revela tema de legítimo interesse internacional. Prenuncia-se, deste modo, o fim da era em que a forma pela qual o Estado tratava seus nacionais era concebida como um problema de jurisdição doméstica, decorrência de sua soberania. Para Andrew Hurrell: “O aumento significativo das ambições normativas da sociedade internacional é particularmente visível no campo dos direitos humanos e da democracia, com base na ideia de que as relações entre governantes e governados, Estados e cidadãos, passam a ser suscetíveis de legítima preocupação da comunidade internacional; de que os maus-tratos a cidadãos e a inexistência de regimes democráticos devem demandar ação internacional; e que a legitimidade internacional de um Estado passa crescentemente a depender do modo pelo qual as sociedades domésticas são politicamente ordenadas”⁷.

6 Thomas Buergenthal, *International human rights*, op. cit., p. 17. Para Henkin: “Por mais de meio século, o sistema internacional tem demonstrado comprometimento com valores que transcendem os valores puramente ‘estatais’, notadamente os direitos humanos, e tem desenvolvido um impressionante sistema normativo de proteção desses direitos”. (*International law*, op. cit., p. 2). Ainda sobre o processo de internacionalização dos direitos humanos, observa Celso Lafer: “Configurou-se como a primeira resposta jurídica da comunidade internacional ao fato de que o direito *ex parte populi* de todo ser humano à hospitalidade universal só começaria a viabilizar-se se o ‘direito a ter direitos’, para falar com Hannah Arendt, tivesse uma tutela internacional, homologadora do ponto de vista da humanidade. Foi assim que começou efetivamente a ser delimitada a ‘razão de estado’ e corroída a competência reservada da soberania dos governantes, em matéria de direitos humanos, encetando-se a sua vinculação aos temas da democracia e da paz”. (Prefácio ao livro *Os direitos humanos como tema global*, op. cit., p. XXVI).

7 Andrew Hurrell, Power, principles and prudence: protecting human rights in a deeply divided world, In: Tim Dunne e Nicholas J. Wheeler, *Human Rights in Global Politics*, Cambridge, Cambridge University Press, 1999, p. 277.

Neste contexto, a Declaração de 1948 vem a inovar a gramática dos direitos humanos, ao introduzir a chamada concepção contemporânea de direitos humanos, marcada pela universalidade e indivisibilidade destes direitos. Universalidade porque clama pela extensão universal dos direitos humanos, sob a crença de que a condição de pessoa é o requisito único para a titularidade de direitos, considerando o ser humano como um ser essencialmente moral, dotado de unicidade existencial e dignidade, esta como valor intrínseco à condição humana. Indivisibilidade porque a garantia dos direitos civis e políticos é condição para a observância dos direitos sociais, econômicos e culturais e vice-versa. Quando um deles é violado, os demais também o são. Os direitos humanos compõem, assim, uma unidade indivisível, interdependente e inter-relacionada, capaz de conjugar o catálogo de direitos civis e políticos com o catálogo de direitos sociais, econômicos e culturais. Sob esta perspectiva integral, identificam-se dois impactos: a) a inter-relação e interdependência das diversas categorias de direitos humanos; e b) a paridade em grau de relevância de direitos sociais, econômicos e culturais e de direitos civis e políticos.

Para Asbjorn Eide: “The term ‘social rights’, sometimes called ‘socio-economic rights’, refers to rights whose function is to protect and to advance the enjoyment of basic human needs and to ensure the material conditions for a life in dignity. The foundations of these rights in human rights law is found in the Universal Declaration of Human Rights, Article 22: ‘Everyone, as a member of society, has the right to social security and is entitled to realisation, through national effort and international cooperation and in accordance with the organisation and resources of each state, of the economic, social and cultural rights indispensable for his dignity and the free development of his personality’”⁸.

8 Asbjorn Eide, Social Rights, In: Rhona K.M. Smith e Christien van den Anker. *The essentials of Human Rights*, Londres, Hodder Arnold, 2005, p. 234. Para Asbjorn Eide: “Economic, social and cultural rights constitute three interrelated components of a more comprehensive package. The different components also have links to civil and political rights. At the core of social rights is the right to an adequate standard of living. The enjoyment of this right requires, at a minimum, that everyone shall enjoy the necessary subsistence rights – adequate food and nutrition rights, clothing, housing and necessary conditions of care. Closely related to this is the right of families to assistance (...). In order to enjoy these social rights, there is also a need to enjoy certain economic rights. These are the right to property, the right to work and the right to social security. (...) The notion of cultural rights is more complex. (...) cultural rights contain the following elements: the right to take part in cultural life, the right to enjoy the benefits of scientific progress and its applications, the right to benefit from the protection of the moral and material interests resulting from any scientific, literary or artistic production of which the beneficiary is the author, and the freedom indispensable for scientific research and creative activity”. (Asbjorn Eide, Economic, Social and Cultural Rights as Human Rights, In: Eide, A., C. Krause and A. Rosas (eds), *Economic, Social and Cultural Rights: a textbook*. 2nd revised edition, Dordrecht: Martinus Nijhoff Publishers, 2001, p. 17-18).

Ao examinar a indivisibilidade e a interdependência dos direitos humanos, leciona Héctor Gros Espiell: “Só o reconhecimento integral de todos estes direitos pode assegurar a existência real de cada um deles, já que sem a efetividade de gozo dos direitos econômicos, sociais e culturais, os direitos civis e políticos se reduzem a meras categorias formais. Inversamente, sem a realidade dos direitos civis e políticos, sem a efetividade da liberdade entendida em seu mais amplo sentido, os direitos econômicos, sociais e culturais carecem, por sua vez, de verdadeira significação. Esta ideia da necessária integralidade, interdependência e indivisibilidade quanto ao conceito e à realidade do conteúdo dos direitos humanos, que de certa forma está implícita na Carta das Nações Unidas, se compila, se amplia e se sistematiza em 1948, na Declaração Universal de Direitos Humanos, e se reafirma definitivamente nos Pactos Universais de Direitos Humanos, aprovados pela Assembleia Geral em 1966, e em vigência desde 1976, na Proclamação de Teerã, de 1968, e na Resolução da Assembleia Geral, adotada em 16 de dezembro de 1977, sobre os critérios e meios para melhorar o gozo efetivo dos direitos e das liberdades fundamentais (Resolução nº 32/130)”⁹.

A partir da Declaração de 1948, começa a se desenvolver o Direito Internacional dos Direitos Humanos, mediante a adoção de diversos instrumentos internacionais de proteção. A Declaração de 1948 confere lastro axiológico e unidade valorativa a este campo do Direito, com ênfase na universalidade, indivisibilidade e interdependência dos direitos humanos.

O processo de universalização dos direitos humanos permitiu a formação de um sistema internacional de proteção destes direitos. Este sistema é integrado por tratados internacionais de proteção que refletem, sobretudo, a consciência ética contemporânea compartilhada pelos Estados, na medida em que invocam o consenso internacional acerca de temas centrais aos direitos humanos, na busca da salvaguarda de parâmetros protetivos mínimos – do “mínimo ético irreduzível”. Neste sentido, cabe destacar que, até março de 2010, o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos contava com 165 Estados-partes; o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais contava com 160 Estados-partes; a Convenção contra a Tortura contava com 146 Estados-partes; a Convenção sobre a Eliminação da Discriminação Racial contava com 173 Estados-partes; a Convenção sobre a Eliminação da Discriminação contra

9 Héctor Gros Espiell, *Los derechos económicos, sociales y culturales en el sistema interamericano*, San José, Libro Libre, 1986, p. 16-17.

a Mulher contava com 186 Estados-partes e a Convenção sobre os Direitos da Criança apresentava a mais ampla adesão, com 193 Estados-partes¹⁰.

Ao lado do sistema normativo global, surgem os sistemas regionais de proteção, que buscam internacionalizar os direitos humanos nos planos regionais, particularmente na Europa, América e África. Adicionalmente, há um incipiente sistema árabe e a proposta de criação de um sistema regional asiático. Consolida-se, assim, a convivência do sistema global da ONU com instrumentos do sistema regional, por sua vez, integrado pelo sistema americano, europeu e africano de proteção aos direitos humanos.

Os sistemas global e regional não são dicotômicos, mas complementares. Inspirados pelos valores e princípios da Declaração Universal, compõem o universo instrumental de proteção dos direitos humanos, no plano internacional. Nesta ótica, os diversos sistemas de proteção de direitos humanos interagem em benefício dos indivíduos protegidos. O propósito da coexistência de distintos instrumentos jurídicos – garantindo os mesmos direitos – é, pois, no sentido de ampliar e fortalecer a proteção dos direitos humanos. O que importa é o grau de eficácia da proteção e, por isso, deve ser aplicada a norma que, no caso concreto, melhor proteja a vítima. Ao adotar o valor da primazia da pessoa humana, estes sistemas se complementam, interagindo com o sistema nacional de proteção, a fim de proporcionar a maior efetividade possível na tutela e promoção de direitos fundamentais. Esta é, inclusive, a lógica e a principiologia próprias do Direito Internacional dos Direitos Humanos, todo ele fundado no princípio maior da dignidade humana.

A concepção contemporânea de direitos humanos caracteriza-se pelos processos de universalização e internacionalização destes direitos, compreendidos sob o prisma de sua indivisibilidade¹¹. Ressalte-se que a Declaração de Direitos Humanos de Viena de 1993 reitera a concepção da Declaração de 1948, quando, em seu § 5º, afirma: “Todos os direitos humanos são universais, indivisíveis, interdependentes e inter-relacionados. A comunidade internacional deve tratar os direitos humanos globalmente de forma justa e equitativa, em pé de igualdade e com a mesma ênfase.”

10 A respeito, consultar *Human Development Report*, UNDP, New York/Oxford, Oxford University Press, 2010.

11 Note-se que a Convenção sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação Racial, a Convenção sobre a Eliminação da Discriminação contra a Mulher, a Convenção sobre os Direitos da Criança, a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e a Convenção para a Proteção dos Direitos dos Trabalhadores Migrantes e dos Membros de suas Famílias contemplam não apenas direitos civis e políticos, mas também direitos sociais, econômicos e culturais, o que vem a endossar a ideia da indivisibilidade dos direitos humanos.

Logo, a Declaração de Viena de 1993, subscrita por 171 Estados, endossa a universalidade e a indivisibilidade dos direitos humanos, revigorando o lastro de legitimidade da chamada concepção contemporânea de direitos humanos, introduzida pela Declaração de 1948. Note-se que, enquanto consenso do “pós-guerra”, a Declaração de 1948 foi adotada por 48 Estados, com 8 abstenções. Assim, a Declaração de Viena de 1993 estende, renova e amplia o consenso sobre a universalidade e indivisibilidade dos direitos humanos. A Declaração de Viena afirma ainda a interdependência entre os valores dos direitos humanos, democracia e desenvolvimento.

Não há direitos humanos sem democracia e nem tampouco democracia sem direitos humanos. Vale dizer, o regime mais compatível com a proteção dos direitos humanos é o regime democrático. Atualmente, 140 Estados, dos quase 200 Estados que integram a ordem internacional, realizam eleições periódicas. Contudo, apenas 82 Estados (o que representa 57% da população mundial) são considerados plenamente democráticos. Em 1985, este percentual era de 38%, compreendendo 44 Estados¹². O pleno exercício dos direitos políticos pode implicar o “empoderamento” das populações mais vulneráveis, o aumento de sua capacidade de pressão, articulação e mobilização políticas. Para Amartya Sen, os direitos políticos (incluindo a liberdade de expressão e de discussão) são não apenas fundamentais para demandar respostas políticas às necessidades econômicas, mas são centrais para a própria formulação destas necessidades econômicas¹³. Realça, ainda, Amartya Sen: “The protective power of political liberty reveals that no famine has ever taken place in the history of the world in a functioning democracy”¹⁴. Daí a relação indissociável entre o exercício dos direitos civis e políticos e o exercício dos direitos sociais, econômicos e culturais.

Além disso, em face da indivisibilidade dos direitos humanos, há de ser definitivamente afastada a equivocada noção de que uma classe de direitos (a dos direitos civis e políticos) merece inteiro reconhecimento e respeito, enquanto outra classe de direitos (a dos direitos sociais, econômicos e culturais), ao revés, não merece qualquer observância. Sob a ótica normativa internacional, está definitivamente superada a concepção de que os direitos sociais, econômicos e culturais não são direitos legais. A ideia da não acionabilidade dos direitos sociais é meramente ideológica e não científica. São eles autênticos

12 Consultar UNDP, *Human Development Report 2002: Deepening democracy in a fragmented world*, New York/Oxford, Oxford University Press, 2002.

13 Amartya Sen, Foreword ao livro *Pathologies of Power*, Paul Farmer, Berkeley, University of California Press, 2003.

14 Amartya Sen, *The Idea of Justice*, Cambridge, Harvard University Press, 2009, p. 343.

e verdadeiros direitos fundamentais, acionáveis, exigíveis e demandam séria e responsável observância. Por isso, devem ser reivindicados como direitos e não como caridade, generosidade ou compaixão.

Como aludem Asbjorn Eide e Allan Rosas: “Levar os direitos econômicos, sociais e culturais a sério implica, ao mesmo tempo, um compromisso com a integração social, a solidariedade e a igualdade, incluindo a questão da distribuição de renda. Os direitos sociais, econômicos e culturais incluem como preocupação central a proteção aos grupos vulneráveis. (...) As necessidades fundamentais não devem ficar condicionadas à caridade de programas e políticas estatais, mas devem ser definidas como direitos”¹⁵.

A compreensão dos direitos econômicos, sociais e culturais demanda ainda que se recorra ao direito ao desenvolvimento. Para desvendar o alcance do direito ao desenvolvimento, importa realçar, como afirma Celso Lafer, que, no campo dos valores, em matéria de direitos humanos, a consequência de um sistema internacional de polaridades definidas – Leste/Oeste, Norte/Sul – foi a batalha ideológica entre os direitos civis e políticos (herança liberal patrocinada pelos EUA) e os direitos econômicos, sociais e culturais (herança social patrocinada pela então URSS). Neste cenário surge o “empenho do Terceiro Mundo de elaborar uma identidade cultural própria, propondo direitos de identidade cultural coletiva, como o direito ao desenvolvimento”¹⁶.

É, assim, adotada pela ONU a Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento, em 1986, por 146 Estados, com um voto contrário (EUA) e 8 abstenções. Para Allan Rosas: “A respeito do conteúdo do direito ao desenvolvimento, três aspectos devem ser mencionados. Em primeiro lugar, a Declaração de 1986 endossa a importância da participação. (...) Em segundo lugar, a Declaração deve ser concebida no contexto das necessidades básicas de justiça social. (...) Em terceiro lugar, a Declaração enfatiza tanto a necessidade de adoção de programas e políticas nacionais como da cooperação internacional”¹⁷.

15 Asbjorn Eide e Alla Rosas, Economic, Social and Cultural Rights: A Universal Challenge. In: Asbjorn Eide, Catarina Krause e Allan Rosas, *Economic, Social and Cultural Rights*, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht, Boston e Londres, 1995, p. 17-18.

16 Celso Lafer, *Comércio, Desarmamento, Direitos Humanos: reflexões sobre uma experiência diplomática*, São Paulo, Paz e Terra, 1999.

17 Allan Rosas, The Right to Development, In: Asbjorn Eide, Catarina Krause e Allan Rosas, *Economic, Social and Cultural Rights*, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht, Boston e Londres, 1995, p. 254-255.

O direito ao desenvolvimento contempla, assim, três dimensões centrais: a) justiça social; b) participação e *accountability*; e c) cooperação internacional¹⁸.

De acordo com o art. 28 da Declaração de Direitos Humanos: “Toda pessoa tem direito a uma ordem social e internacional em que os direitos e liberdades estabelecidos na Declaração possam ser plenamente realizados”. A justiça social é um componente central à concepção do direito ao desenvolvimento. A realização do direito ao desenvolvimento, inspirado no valor da solidariedade, há de prover igual e oportunidade a todos no acesso a recursos básicos, educação, saúde, alimentação, moradia, trabalho e distribuição de renda.

Para a Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento, o desenvolvimento compreende um processo econômico, social, cultural e político, com o objetivo de assegurar a constante melhoria do bem-estar da população e dos indivíduos, com base em sua ativa, livre e significativa participação neste processo, orientada pela justa distribuição dos benefícios dele resultantes. Reconhece o art. 2º da Declaração que: “A pessoa humana é o sujeito central do desenvolvimento e deve ser ativa participante e beneficiária do direito ao desenvolvimento”.

Na promoção do desenvolvimento, igual consideração deve ser conferida à implementação, promoção e proteção dos direitos civis, políticos, econômicos, sociais e culturais. Medidas efetivas devem ser ainda adotadas a fim de proporcionar às mulheres um papel ativo no processo de desenvolvimento.

Além do componente de justiça social, o componente democrático é essencial ao direito ao desenvolvimento. É dever dos Estados encorajar a participação popular em todas as esferas como um importante fator ao direito ao desenvolvimento e à plena realização dos direitos humanos. Estados devem promover e assegurar a livre, significativa e ativa participação de indivíduos e grupos na elaboração, implementação e monitoramento de políticas de desenvolvimento. Neste contexto, os princípios da participação e da *accountability* são centrais ao direito ao desenvolvimento.

O direito ao desenvolvimento compreende tanto uma dimensão nacional como uma dimensão internacional. Prevê a Declaração sobre o Direito ao De-

18 Para a UN High Level Task Force on the implementation of the right to development: “The right to development is a right of individuals and peoples to an enabling environment for development that is equitable, sustainable, participatory and in accordance with the full range of human rights and fundamental freedoms – a national and global environment that is free from structural and unfair obstacles to development”. See the report of the UN High Level Task Force on the implementation of the right to development for the April 2010 session of the Working Group, including the attributes of the right to development and the list of criteria, sub-criteria and indicators – A/HRC/15/WG.2/TF/2. Add 2.

envolvimento que os Estados devem adotar medidas – individual e coletivamente – para criar um ambiente a permitir, nos planos internacional e nacional, a plena realização do direito ao desenvolvimento. Ressalta a Declaração que os Estados devem adotar medidas para eliminar os obstáculos ao desenvolvimento resultantes da não observância de direitos civis e políticos, bem como da afronta a direitos econômicos, sociais e culturais. Ainda que a Declaração reconheça ser os Estados os responsáveis primários na realização do direito ao desenvolvimento, enfatiza a importância da cooperação internacional para a realização do direito ao desenvolvimento.

Adiciona o art. 4º da Declaração que os Estados têm o dever de adotar medidas, individual ou coletivamente, voltadas a formular políticas de desenvolvimento internacional, com vistas a facilitar a plena realização de direitos, acrescentando que a efetiva cooperação internacional é essencial para prover aos países em desenvolvimento meios que encorajem o direito ao desenvolvimento.

O direito ao desenvolvimento demanda uma globalização ética e solidária. No entender de Mohammed Bedjaoui: “Na realidade, a dimensão internacional do direito ao desenvolvimento é nada mais que o direito a uma repartição equitativa concernente ao bem-estar social e econômico mundial. Reflete uma demanda crucial de nosso tempo, na medida em que os quatro quintos da população mundial não mais aceitam o fato de um quinto da população mundial continuar a construir sua riqueza com base em sua pobreza”¹⁹. As assimetrias globais revelam que a renda dos 1% mais ricos supera a renda dos 57% mais pobres na esfera mundial²⁰.

Como atenta Joseph E. Stiglitz: “The actual number of people living in poverty has actually increased by almost 100 million. This occurred at the same time that total world income increased by an average of 2.5 percent annually”²¹. Para a World Health Organization: “poverty is the world’s greatest killer. Poverty wields its destructive influence at every stage of human life, from the moment of conception to the grave. It conspires with the most deadly and painful diseases

19 Mohammed Bedjaoui, *The Right to Development*, in M. Bedjaoui ed., *International Law: Achievements and Prospects*, 1991, p. 1.182.

20 A respeito, consultar *Human Development Report 2002*, UNDP, New York/Oxford, Oxford University Press, 2002, p. 19.

21 Joseph E. Stiglitz, *Globalization and its Discontents*, New York/London, WW Norton Company, 2003, p. 06. Acrescenta o autor: “Development is about transforming societies, improving the lives of the poor, enabling everyone to have a chance at success and access to health care and education” (op. cit., p. 252).

to bring a wretched existence to all those who suffer from it”²². Em média 80% da população mundial vive em países em desenvolvimento, caracterizados por elevada exclusão e desigualdade social²³.

Um dos mais extraordinários avanços da Declaração de 1986 é lançar o *human rights-based approach* ao direito ao desenvolvimento²⁴. O *human rights-based approach* é uma concepção estrutural ao processo de desenvolvimento, amparada normativamente nos parâmetros internacionais de direitos humanos e diretamente voltada à promoção e à proteção dos direitos humanos. O *human rights-based approach* ambiciona integrar normas, *standards* e princípios do sistema internacional de direitos humanos nos planos, políticas e processos relativos ao desenvolvimento. A perspectiva de direitos endossa o componente da justiça social, realçando a proteção dos direitos dos grupos mais vulneráveis e excluídos como um aspecto central do direito ao desenvolvimento. No dizer de Mary Robinson: “The great merit of the human rights approach is that it draws attention to discrimination and exclusion. It permits policy makers and observers to identify those who do not benefit from development. (...) so many development programmes have caused misery and impoverishment -- planners only looked for macro-scale outcomes and did not consider the consequences for particular communities or groups of people”²⁵.

O desenvolvimento há de ser concebido como um processo de expansão das liberdades reais que as pessoas podem usufruir, para adotar a concepção

22 Paul Farmer, *Pathologies of Power*, Berkeley, University of California Press, 2003, p. 50.

23 Atenta Jeffrey Sachs: “eighth million people around the world die each year because they are too poor to stay alive” (Jeffrey Sachs, *The end of poverty: economic possibilities for our time*, New York, The Penguin Press, 2005, p. 1). Acrescenta o mesmo autor: “One sixth of the world remains trapped in extreme poverty unrelieved by global economic growth and the poverty trap poses tragic hardships for the poor themselves and great risks for the rest of the world (Jeffrey Sachs, *Common Wealth: economics for a crowded planet*, London, Penguin books, 2008, p. 6).

24 Sobre o tema, ver Mary Robinson, What Rights can add to good development practice, In: Philip Alston e Mary Robinson (ed.), *Human Rights and Development: towards mutual reinforcement*, Oxford, Oxford University Press, 2005, p. 37. Para Mary Robinson: “Lawyers should not be the only voice in human rights and, equally, economists should not be the only voice in development”. (op. cit)

25 Mary Robinson, What Rights can add to good development practice, In: Philip Alston e Mary Robinson (ed.), *Human Rights and Development: towards mutual reinforcement*, Oxford, Oxford University Press, 2005, p. 36.

de Amartya Sen²⁶. Acrescente-se ainda que a Declaração de Viena de 1993 enfatiza ser o direito ao desenvolvimento um direito universal e inalienável, parte integral dos direitos humanos fundamentais. Reitere-se que a Declaração de Viena reconhece a relação de interdependência entre a democracia, o desenvolvimento e os direitos humanos.

Feitas essas considerações a respeito da concepção contemporânea de direitos humanos e o modo pelo qual se relaciona com os direitos sociais, transita-se à análise da proteção dos direitos sociais no sistema global, com ênfase no Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, no Protocolo ao Pacto e na principiologia aplicável aos direitos sociais.

3 – A PROTEÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS NO SISTEMA GLOBAL

Preliminarmente, faz-se necessário ressaltar que a Declaração Universal de 1948, ao introduzir a concepção contemporânea de direitos humanos, foi o marco de criação do chamado “Direito Internacional dos Direitos Humanos”, como sistema jurídico normativo de alcance internacional, com o objetivo de proteger os direitos humanos.

Após a sua adoção, em 1948, instaurou-se uma larga discussão sobre qual seria a maneira mais eficaz em assegurar a observância universal dos direitos nela previstos. Prevaleceu o entendimento de que a Declaração deveria ser “juridicizada” sob a forma de tratado internacional, que fosse juridicamente obrigatório e vinculante no âmbito do Direito Internacional.

Esse processo de “juridicização” da Declaração começou em 1949 e foi concluído apenas em 1966, com a elaboração de dois distintos tratados internacionais no âmbito das Nações Unidas – o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais – que passavam a incorporar, com maior precisão e detalhamento,

26 Ao conceber o desenvolvimento como liberdade, sustenta Amartya Sen: “Neste sentido, a expansão das liberdades é vista concomitantemente como 1) uma finalidade em si mesma e 2) o principal significado do desenvolvimento. Tais finalidades podem ser chamadas, respectivamente, como a função constitutiva e a função instrumental da liberdade em relação ao desenvolvimento. A função constitutiva da liberdade relaciona-se com a importância da liberdade substantiva para o engrandecimento da vida humana. As liberdades substantivas incluem as capacidades elementares, como a de evitar privações como a fome, a subnutrição, a mortalidade evitável, a mortalidade prematura, bem como as liberdades associadas com a educação, a participação política, a proibição da censura,... Nesta perspectiva constitutiva, o desenvolvimento envolve a expansão destas e de outras liberdades fundamentais. Desenvolvimento, nesta visão, é o processo de expansão das liberdades humanas”. (Amartya Sen, *Development as Freedom*, New York, Alfred A. Knopf, 1999, p. 35-36 e p. 297). Sobre o direito ao desenvolvimento, ver também Karel Vasak, *For Third Generation of Human Rights: The Rights of Solidarity*, International Institute of Human Rights, 1979.

os direitos constantes da Declaração Universal, sob a forma de preceitos juridicamente obrigatórios e vinculantes.

A elaboração de dois Pactos, por si só, revela as ambivalências e resistências dos Estados em conferir igual proteção às diversas categorias de direitos.

O Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, que até 2010 contemplava a adesão de 160 Estados-partes, enuncia um extenso catálogo de direitos, que inclui o direito ao trabalho e à justa remuneração, o direito a formar e a filiar-se a sindicatos, o direito a um nível de vida adequado, o direito à moradia, o direito à educação, à previdência social, à saúde, etc. Como afirma David Trubek: “Os direitos sociais, enquanto *social welfare rights*, implicam a visão de que o Estado tem a obrigação de garantir adequadamente tais condições para todos os indivíduos. A ideia de que o *welfare* é uma construção social e de que as condições de *welfare* são em parte uma responsabilidade governamental, repousa nos direitos enumerados pelos diversos instrumentos internacionais, em especial pelo Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Ela também expressa o que é universal neste campo, na medida em que se trata de uma ideia acolhida por quase todas as nações do mundo, ainda que exista uma grande discórdia acerca do escopo apropriado da ação e responsabilidade governamental, e da forma pela qual o *social welfare* pode ser alcançado em específicos sistemas econômicos e políticos”²⁷.

Se os direitos civis e políticos devem ser assegurados de plano pelo Estado, sem escusa ou demora – têm a chamada autoaplicabilidade –, os direitos sociais, econômicos e culturais, por sua vez, nos termos em que estão concebidos pelo Pacto, apresentam realização progressiva. Vale dizer, são direitos que estão condicionados à atuação do Estado, que deve adotar todas as medidas, tanto por esforço próprio como pela assistência e cooperação internacionais, principalmente nos planos econômicos e técnicos, até o máximo de seus recur-

27 David Trubek, Economic, social and cultural rights in the third world: human rights law and human needs programs. In: MERON, Theodor (Editor). *Human rights in international law: legal and policy issues*. Oxford: Clarendon Press, 1984. p. 207. A respeito, ainda afirma David Trubek: “Eu acredito que o Direito Internacional está se orientando no sentido de criar obrigações que exijam dos Estados a adoção de programas capazes de garantir um mínimo nível de bem-estar econômico, social e cultural para todos os cidadãos do planeta, de forma a progressivamente melhorar este bem-estar.” (op. cit. p. 207). Sobre o tema, consultar ainda A. Chapman and S. Russell (eds), *Core Obligations: building a framework for economic, social and cultural rights*, Antwerp, Intersentia, 2002 e M. Craven, *The International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights: a perspective on its development*, Oxford, Clarendon Press, 1995.

dos disponíveis, com vistas a alcançar progressivamente a completa realização desses direitos (art. 2º, § 1º, do Pacto)²⁸.

No entanto, cabe realçar que tanto os direitos sociais como os direitos civis e políticos demandam do Estado prestações positivas e negativas, sendo equivocada e simplista a visão de que os direitos sociais só demandariam prestações positivas, enquanto que os direitos civis e políticos demandariam prestações negativas, ou a mera abstenção estatal. A título de exemplo, cabe indagar qual o custo do aparato de segurança, mediante o qual se assegura direitos civis clássicos, como os direitos à liberdade e à propriedade, ou, ainda, qual o custo do aparato eleitoral, que viabiliza os direitos políticos, ou do aparato de justiça, que garante o direito ao acesso ao Judiciário. Isto é, os direitos civis e políticos não se restringem a demandar a mera omissão estatal, já que a sua implementação requer políticas públicas direcionadas, que contemplam também um custo.

Sobre o custo dos direitos e a justiciabilidade dos direitos sociais, compartilha-se da visão de David Bilchitz: “Whilst a number of writers accept the legitimacy of judicial review for final decisions concerning civil and political rights, they object to it where decisions concerning social and economic rights are concerned. One of the most important objections that has been made concerning the involvement of judges in decisions relating to socio-economic rights has been that it is inappropriate for judges to decide how the budget of a society is to be allocated. (...) Judges are not traditionally experts on economic policy or on the complex issues involved in determining a budget. It is claimed that they are no therefore best placed to make determinations concerning the overall allocation of resources. In response, judicial review in a number of countries has for many years involved judges making determinations on civil and political rights. The realization of many of these rights also requires massive expenditure, which has an impact on the overall distribution of resources. (...) Yet, judges have generally acquitted themselves well in interpreting and enforcing these rights, and their role in this regard has not generally met with accusations that they are unqualified for the job, despite the resource implications of their decisions. (...) The rationale for this distinction seems to lie in

28 A expressão “aplicação progressiva” tem sido frequentemente mal interpretada. Em seu “General Comment n. 03” (1990), a respeito da natureza das obrigações estatais concernentes ao art. 2º, § 1º, o Comitê sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais afirmou que, se a expressão “realização progressiva” constitui um reconhecimento do fato de que a plena realização dos direitos sociais, econômicos e culturais não pode ser alcançada em um curto período de tempo, esta expressão deve ser interpretada à luz de seu objetivo central, que é estabelecer claras obrigações aos Estados-partes, no sentido de adotarem medidas, tão rapidamente quanto possível, para a realização destes direitos. (General Comment n.3, UN doc. E/1991/23).

the fact that the critics regard socio-economic rights are in some way inferior to civil and political rights and as not warranting equal protection. (...) there is no justifiable normative basis for this contention and the same normative foundations support both types of rights”.²⁹ Acrescenta o mesmo autor: “(...) if a society is justified in recognizing fundamental rights, and has good reasons for granting judges review powers, then the society is justified in allowing its judges to ensure that resources are allocated in accordance with the demands of fundamental rights. (...) Judges are given the power to review such decisions as to their conformity with the set of priorities mentioned in the Constitution. Judges are thus required to evaluate the allocation of resources against an area in which they have expertise: the application of human rights standards”³⁰.

O Pacto dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais apresenta uma peculiar sistemática de monitoramento e implementação dos direitos que contempla. Essa sistemática inclui o mecanismo dos relatórios a serem encaminhados pelos Estados-partes. Os relatórios devem consignar as medidas legislativas, administrativas e judiciais adotadas pelo Estado-parte no sentido de conferir observância aos direitos reconhecidos pelo Pacto. Devem, ainda, expressar os fatores e as dificuldades no processo de implementação das obrigações decorrentes do Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais.

Diversamente do Pacto dos Direitos Civis, o Pacto dos Direitos Sociais não estabelece o mecanismo de comunicação interestatal, mediante o qual um Estado-parte pode alegar haver um outro Estado-parte incorrido em violação aos direitos humanos enunciados no tratado. Até 2008 tampouco era previsto o direito de petição – instrumento que tem permitido a proteção internacional dos direitos civis e políticos desde 1966 por meio do Protocolo Facultativo ao Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos.

A respeito do monitoramento dos direitos sociais e seu impacto na justiciabilidade destes direitos, afirma Martin Scheinin: “The intimate relationship between the existence of a functioning system of international complaints, giving rise to an institutionalized practice of interpretation, and the development of justiciability on the domestic level, has been explained very accurately by the Committee on Economic, Social and Cultural Rights: ‘As long as the majority of the provisions of the Covenant are not subject of any detailed jurisprudential

29 David Bilchitz, *Poverty and Fundamental Rights: The Justification and Enforcement of Socio-Economic Rights*, Oxford/NY, Oxford University Press, 2007, p. 128-129.

30 David Bilchitz, op. cit. p. 132.

scrutiny at the international level, it is most unlikely that they will be subject to such examination at the national level either”³¹.

Somente em 10 de dezembro de 2008 foi finalmente adotado o Protocolo Facultativo ao Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, que introduz a sistemática das petições individuais, das medidas de urgência (*interim measures*), das comunicações interestatais e das investigações *in loco* em caso de graves e sistemáticas violações a direitos sociais por um Estado-parte. Em 1996, o Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais já adotava um projeto de Protocolo, contando com o apoio dos países da América Latina, África e Leste Europeu e a resistência de Reino Unido, EUA, Canadá, Austrália, dentre outros. Até 2010, o Protocolo contava com três Estados-partes³².

Reitere-se que desde 1966 os direitos civis e políticos contam com o mecanismo das petições individuais, mediante a adoção do Protocolo Facultativo ao Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, o que fortaleceu a justiciabilidade destes direitos nas esferas global, regional e local. Já os direitos sociais, apenas em 2008 passam a contar com tal sistemática, que virá a impactar positivamente o grau de justiciabilidade destes direitos. O Protocolo Facultativo é uma relevante iniciativa para romper com a proteção desigual conferida aos direitos civis e políticos e aos direitos econômicos, sociais e culturais na esfera internacional.

Ademais, para fortalecer a efetividade dos direitos econômicos, sociais e culturais, a Declaração de Viena de 1993 também recomenda o exame de outros critérios, como a aplicação de um sistema de indicadores, para medir o progresso alcançado na realização dos direitos previstos no Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Para Katarina Tomasevski: “The creation of indicators for economic and social rights provides an opportunity to extend the rule of law, and thereby international human rights obligations, to the realm of economics which has thus far remained by and large immune from demands of democratization, accountability and full application of human rights standards. Indicators can be conceptualized on the basis of international human rights treaties because these lay down obligations for governments”³³.

31 Martin Scheinin, *Economic and Social Rights as Legal Rights* Eide, A, C. Krause and A. Rosas (eds), *Economic, Social and Cultural Rights: a textbook*. 2nd revised edition, Dordrecht: Martinus Nijhoff Publishers, 2001, p. 49. Ver também UN doc A/CONF.157/PC/62/Add.5/, para. 24.

32 São eles: Equador, Mongólia e Espanha. Note-se que, para entrar em vigor, o Protocolo requer a ratificação de 11 Estados-partes.

33 Katarina Tomasevski, *Indicators*, In: Eide, A, C. Krause and A. Rosas (eds), *Economic, Social and Cultural Rights: a textbook*. 2nd revised edition, Dordrecht: Martinus Nijhoff Publishers, 2001, p. 531-532.

O sistema de indicadores contribuirá para fomentar informações pelo Estado, o que permitirá com maior precisão a formulação e a avaliação de políticas públicas, propiciando, sobretudo, a incorporação da perspectiva de direitos humanos na formulação de tais políticas.

Recomenda ainda a Declaração de Viena seja empreendido um esforço harmonizado, visando a garantir o reconhecimento dos direitos econômicos, sociais e culturais nos planos nacional, regional e internacional.

Sob a perspectiva integral, aplica-se aos direitos sociais o regime jurídico dos direitos humanos, com sua lógica e principiologia próprias. Extraí-se da jurisprudência internacional, produzida especialmente pelo Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, 5 (cinco) relevantes princípios específicos concernentes aos direitos sociais: a) o princípio da observância do *minimum core obligation*; b) o princípio da aplicação progressiva; c) o princípio da inversão do ônus da prova; d) o princípio da participação, transparência e *accountability*; e e) o princípio da cooperação internacional.

a) princípio da observância do minimum core obligation

A jurisprudência internacional, fomentada pelo Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, tem endossado o dever dos Estados de observar um *minimum core obligation* no tocante aos direitos sociais. Para el Comité DESC: “Minimum core obligations are those obligations to meet the ‘minimum essential levels of a right’”.

O dever de observância do mínimo essencial concernente aos direitos sociais tem como fonte o princípio maior da dignidade humana, que é o princípio fundante e nuclear do Direito dos Direitos Humanos, demandando absoluta urgência e prioridade.

A respeito da implementação dos direitos sociais, o Comitê adota os seguintes critérios: acessibilidade; disponibilidade; adequação; qualidade e aceitabilidade cultural. O Comitê ainda tem desenvolvido o conteúdo jurídico dos direitos sociais (moradia – recomendação geral nº 4; alimentação adequada – recomendação geral nº 12; saúde – recomendação geral nº14; e educação – recomendação geral nº 13).

b) princípio da aplicação progressiva dos direitos sociais do qual decorre os princípios da proibição do retrocesso social e da proibição da inação estatal

O General Comment nº 03 do Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais afirma a obrigação dos Estados de adotar medidas, por meio de ações concretas, deliberadas e focadas, de modo mais efetivo possível, voltadas

à implementação dos direitos sociais. Por consequência, cabe aos Estados o dever de evitar medidas de retrocesso social. Para o Comitê: “Any retrogressive measures would involve the “most careful consideration and would need to be fully justified by reference to the totality of the rights provided for in the Covenant in the context of the full use of the maximum available resources”.

Cabe reafirmar que o Pacto dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais estabelece a obrigação dos Estados em reconhecer e progressivamente implementar os direitos nele enunciados, utilizando o máximo dos recursos disponíveis. Da aplicação progressiva dos econômicos, sociais e culturais resulta a cláusula de proibição do retrocesso social em matéria de direitos sociais, como também a proibição da inação ou omissão estatal. Para J.J. Gomes Canotilho: “O princípio da proibição do retrocesso social pode formular-se assim: o núcleo essencial dos direitos sociais já realizado e efetivado através de medidas legislativas deve considerar-se constitucionalmente garantido, sendo inconstitucionais quaisquer medidas que, sem a criação de esquemas alternativos ou compensatórios, se traduzam na prática em uma anulação, revogação ou aniquilação pura e simples desse núcleo essencial. A liberdade do legislador tem como limite o núcleo essencial já realizado”³⁴.

Ainda no General Comment nº 03, como destaca David Bilchitz: “The UN Committee has provided various categorizations of the obligations imposed by socio-economic rights on state parties. In General Comment 3, it recognized the distinction between obligations of conduct and obligations of result. Obligations of conduct require the taking of action “reasonably calculated to realise the enjoyment of a particular right”. Obligations of result require “states to achieve specific targets to satisfy a detailed substantive standard. (...) socio-economic rights typically impose both obligations of conduct and obligations of result”³⁵.

Note-se que há medidas de aplicação imediata concernente aos direitos sociais, como é o caso da cláusula da proibição da discriminação. Como realçam os princípios de Limburg: “Some obligations under the Covenant require immediate implementation in full by the State parties, such as the prohibition of discrimination in article 2(2) of the Covenant. (...) Although the full realization of the rights recognized in the Covenant is to be attained progressively, the ap-

34 José Joaquim Gomes Canotilho, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, Livraria Almedina, Coimbra, 1998.

35 David Bilchitz, *Poverty and Fundamental Rights: The Justification and Enforcement of Socio-Economic Rights*, Oxford/NY, Oxford University Press, 2007, p. 183-184.

plication of some rights can be made justiciable immediately while other rights can become justiciable over time”³⁶.

Do princípio da aplicação progressiva dos direitos sociais, a demandar dos Estados que aloquem o máximo de recursos disponíveis para a implementação de tais direitos, decorre a proibição do retrocesso social e a proibição da inação estatal. A censura jurídica à violação ao princípio da aplicação progressiva dos direitos sociais pode, ademais, fundamentar-se no princípio da proporcionalidade, com destaque à afronta à proporcionalidade estrita sob o prisma da proibição da insuficiência³⁷.

c) princípio da inversão do ônus da prova

Nos termos do art. 2 (1) do Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, os Estados têm a obrigação de adotar todas as medidas necessárias, utilizando o máximo de recursos disponíveis, para a realização dos direitos sociais.

É com base neste dever que emerge o princípio da inversão do ônus da prova. Como leciona Asbjorn Eide: “A state claiming that it is unable to carry out its obligation for reasons beyond its control therefore has the burden of proving that this is the case and that it has unsuccessfully sought to obtain international support to ensure the availability and accessibility of the right”³⁸.

d) princípio da participação, transparência e accountability

O componente democrático é essencial para a adoção de políticas públicas em matéria de direitos sociais. Tais políticas devem inspirar-se nos princípios da participação, transparência e *accountability*.

36 The Limburg Principles on the implementation of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, paragraph 22 (UN doc.E/CN.4/1987/17). Como observa Asbjorn Eide: “State obligations for economic and social rights were elaborated by a group of experts, convened by the International Commission of Jurists, in Limburg (the Netherlands) in June 1986. The outcome of the meeting is the so-called Limburg Principles, which is the best guide available to state obligations under de CESCR. (...) A decade later, experts on economic, social and cultural rights met in Maastricht to adopt a set of guidelines on violations of human rights (The Maastricht Guidelines on Violations of Economic, Social and Cultural Rights).” (Asbjorn Eide, Economic, Social and Cultural Rights as Human Rights, In: Eide, A, C. Krause and A. Rosas (eds), Economic, Social and Cultural Rights: a textbook. 2nd revised edition, Dordrecht: Martinus Nijhoff Publishers, 2001, p. 25)

37 Note-se que o princípio da proporcionalidade compreende 3 (três) dimensões: a) adequação; b) necessidade; e c) proporcionalidade estrita – da qual resulta, de um lado, a proibição do excesso e, do outro, a proibição da insuficiência.

38 Asbjorn Eide, Economic, Social and Cultural Rights as Human Rights, In: Eide, A, C. Krause and A. Rosas (eds), Economic, Social and Cultural Rights: a textbook. 2nd revised edition, Dordrecht: Martinus Nijhoff Publishers, 2001, p. 27

Como explica Amartya Sen: “political liberties and democratic rights are among the constituent components of development”³⁹. Democracia requer participação política, diálogo e interação pública, conferindo o direito à voz aos grupos mais vulneráveis.

No entender de José Joaquim Gomes Canotilho: “a ideia de procedimento/processo continua a ser valorada como dimensão indissociável dos direitos fundamentais”, acrescentando que “a participação no e através do procedimento já não é um instrumento funcional e complementar da democracia, mas sim uma dimensão intrínseca dos direitos fundamentais”⁴⁰.

Considerando o princípio da participação⁴¹, fundamental é promover o direito à participação tanto no âmbito local como no âmbito internacional, particularmente nas instituições financeiras internacionais, de forma a ampliar a participação da sociedade civil internacional e a fortalecer a participação dos países em desenvolvimento⁴². Ressalte-se que as políticas adotadas pelas instituições financeiras internacionais são elaboradas pelos mesmos Estados que assumem obrigações jurídicas internacionais em matéria de direitos sociais ao ratificarem o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais⁴³. Nesse contexto, emergencial é um novo multilateralismo por meio de

39 Amartya Sen, *The Idea of Justice*, Cambridge, Harvard University Press, 2009, p. 347. “Democracy is assessed in terms of public reasoning, which leads to an understanding of democracy as “government by discussion”. But democracy must also be seen more generally in terms of capacity to enrich reasoned engagement through enhancing informational availability and the feasibility of interactive discussions. Democracy has to be judged not just by the institutions that formally exist but by the extent to which different voices form diverse sections of the peoples can actually be heard” (Amartya Sen, op. cit., p. XIII).

40 José Joaquim Gomes Canotilho, *Estudos sobre Direitos Fundamentais*, 1. ed., Portugal, Coimbra editora, 2008.

41 O direito à participação é consagrado em diversos instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos, incluindo o art. 21 da Declaração Universal de Direitos Humanos; o art. 25 do Pacto Internacional dos Direitos Cívicos e Políticos; o art. 7º da Convenção sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação contra a Mulher, dentre outros.

42 Sobre a matéria, ver *Analytical study of the High Commissioner for Human Rights on the fundamental principle of participation and its application in the context of globalization*, E/CN.4/2005/41, 23 December 2004. Como observa Joseph E. Stiglitz: “(...) we have a system that might be called global governance without global government, one in which a few institutions – the World Bank, the IMF, the WTO – and a few players – the finance, commerce, and trade ministries, closely linked to certain financial and commercial interests – dominate the scene, but in which many of those affected by their decisions are left almost voiceless. It’s time to change some of the rules governing the international economic order (...)”. (Joseph E. Stiglitz, *Globalization and its Discontents*, New York/London, WW Norton Company, 2003, p. 21-22).

43 O “Maastricht Guidelines on Violations of Economic, Social and Cultural Rights” considera uma violação de direitos humanos baseada em omissão estatal “the failure of a State to take into account its international legal obligations in the field of economic, social and cultural rights when entering into bilateral or multilateral agreements with other States, international organizations or multinational corporations”.

reformas da arquitetura financeira global, a fim de que se alcance um balanço mais adequado de poder na esfera global, fortalecendo a democratização, a transparência e a *accountability* das instituições financeiras internacionais⁴⁴.

e) princípio da cooperação internacional

O Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, em seu General Comment nº 12, realça as obrigações do Estado no campo dos direitos econômicos, sociais e culturais: respeitar, proteger e implementar.

Quanto à obrigação de respeitar, obsta ao Estado que viole tais direitos. No que tange à obrigação de proteger, cabe ao Estado evitar e impedir que terceiros (atores não estatais) violem estes direitos. Finalmente, a obrigação de implementar demanda do Estado a adoção de medidas voltadas à realização destes direitos⁴⁵.

Na visão de Katarina Tomasevski: “The obligations to respect, protect and fulfill each contain elements of obligation of conduct and obligation of result. The obligation of conduct requires action reasonably calculated to realize the enjoyment of a particular right. The obligation of result requires States to achieve specific targets to satisfy a detailed substantive standard. (...) The obligation to protect includes the State’s responsibility to ensure that private entities or individuals, including transnational corporations over which they exercise jurisdiction, do not deprive individuals of their economic, social and cultural rights. States are responsible for violations of economic, social and cultural rights that result from their failure to exercise due diligence in controlling the behaviour of such non-state actors”⁴⁶.

No campo dos direitos sociais, além das clássicas obrigações de respeitar, proteger e implementar direitos, destaca-se a obrigação de cooperar. Isto por-

44 Para Joseph Stiglitz: “We have a chaotic, uncoordinated system of global governance without global government”. (Joseph Stiglitz, *Making globalization work*, London, Penguin books, 2007, p. 21). O autor defende a adoção das medidas seguintes: “1) changes in voting structure at the IMF and the World Bank, giving more weight to developing countries; 2) changes in representations (who represents each country); 3) adopting principles of representation; 4) increase transparency (since there is no direct democratic accountability for these institutions); 5) improving accountability; and 6) ensuring a better enforcement of the international rule of law.” (Joseph Stiglitz, *Making globalization work*, London, Penguin books, 2007, p. 21)

45 Observe-se que: “In some of the general comments, the committee has split the obligation to fulfill into two parts: in obligation to facilitate and an obligation to provide.” (David Bilchitz, *Poverty and Fundamental Rights: The Justification and Enforcement of Socio-Economic Rights*, Oxford/NY, Oxford University Press, 2007, p. 184).

46 Katarina Tomasevski, Indicators, In: Eide, A, C. Krause and A. Rosas (eds), *Economic, Social and Cultural Rights: a textbook*. 2nd revised edition, Dordrecht: Martinus Nijhoff Publishers, 2001, p. 729 e 732.

que tal como o direito ao desenvolvimento, os direitos sociais têm como valor fundante a solidariedade, que, em uma ordem cada vez mais global, invoca o dever de cooperação internacional. A própria Declaração Universal de 1948, em seu artigo XXII, consagra o direito à segurança social e à realização, mediante o esforço nacional e a *cooperação internacional*, dos direitos econômicos, sociais e culturais indispensáveis à sua dignidade e ao livre desenvolvimento de sua personalidade”. O princípio da cooperação internacional vem contemplado ainda no art. 2º do Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais: “Cada Estado-Parte no presente Pacto compromete-se a adotar medidas, tanto por esforço próprio como pela *assistência e cooperação internacionais*, principalmente nos planos econômico e técnico, até o máximo de seus recursos disponíveis, que visem a assegurar, progressivamente, por todos os meios apropriados, o pleno exercício dos direitos reconhecidos no presente Pacto (...)”. Na mesma direção, realça o Protocolo de San Salvador em matéria de direitos econômicos, sociais e culturais, em seu art. 1º, que os “Estados-partes (...) comprometem-se a adotar as medidas necessárias, tanto de ordem interna como por meio da *cooperação entre os Estados*, especialmente econômica e técnica, até o máximo dos recursos disponíveis (...), a fim de conseguir, progressivamente (...), a plena efetividade dos direitos reconhecidos neste Protocolo”. A necessidade de cooperação internacional ainda vem realçada pela Convenção Americana, em seu art. 26, quando trata da aplicação progressiva dos direitos econômicos, sociais e culturais.

A respeito, observam Philip Alston e Gerard Quinn: “O Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais consagra três previsões que podem ser interpretadas no sentido de sustentar uma obrigação por parte dos Estados-partes ricos de prover assistência aos Estados-partes pobres, não dotados de recursos para satisfazer as obrigações decorrentes do Pacto. O art. 2 (1) contempla a frase ‘individualmente ou através de assistência internacional e cooperação, especialmente econômica e técnica’. A segunda é a previsão do art. 11 (1), de acordo com a qual os Estados-partes concordam em adotar medidas apropriadas para assegurar a plena realização do direito à adequada condição de vida, reconhecendo para este efeito a importância da cooperação internacional baseada no livre consenso. Similarmente, no art. 11 (2) os Estados-partes concordam em adotar ‘individualmente ou por meio de cooperação internacional medidas relevantes para assegurar o direito de estar livre da fome’⁴⁷.”

47 Philip Alston e Gerard Quinn, *The Nature and Scope of States Parties' obligations under the ICESCR*, 9 Human Rights Quarterly 156, 1987, p. 186, apud Henry Steiner e Philip Alston, *International Human Rights in Context: Law, Politics and Morals*, second edition, Oxford, Oxford University Press, 2000, p. 1.327.

Portanto, em matéria de direitos sociais, o princípio da cooperação internacional merece especial destaque.

4 – A PROTEÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS NO SISTEMA REGIONAL INTERAMERICANO

O sistema regional interamericano simboliza a consolidação de um “constitucionalismo regional”, que objetiva salvaguardar direitos humanos fundamentais no plano interamericano. A Convenção Americana, como um verdadeiro “código interamericano de direitos humanos”, foi ratificada por 25 Estados, traduzindo a força de um consenso a respeito do piso protetivo mínimo e não do teto máximo de proteção. Serve a um duplo propósito: a) promover e encorajar avanços no plano interno dos Estados; e b) prevenir recuos e retrocessos no regime de proteção de direitos.

No contexto sul-americano, o sistema regional interamericano se legitima como importante e eficaz instrumento para a proteção dos direitos humanos, quando as instituições nacionais se mostram falhas ou omissas. Com a atuação da sociedade civil, a partir de articuladas e competentes estratégias de litigância, este sistema tem tido a força catalizadora de promover avanços no regime de direitos humanos. Permitiu a desestabilização dos regimes ditatoriais; exigiu justiça e o fim da impunidade nas transições democráticas; e agora demanda o fortalecimento das instituições democráticas com o necessário combate às violações de direitos humanos e proteção aos grupos mais vulneráveis.

No que se refere à proteção dos direitos sociais no sistema interamericano, há que se mencionar o Protocolo de San Salvador, em matéria de direitos econômicos, sociais e culturais, que entrou em vigor em novembro de 1999. Uma vez mais, constata-se a ambivalência dos Estados no diverso tratamento conferido aos direitos civis e políticos e aos direitos sociais. Enquanto os primeiros foram consagrados exhaustivamente pela Convenção Americana de Direitos Humanos em 1969, contando, em 2010, com 25 Estados-partes, os segundos só vieram consagrados pelo Protocolo de San Salvador em 1988 – quase vinte anos depois, contando com apenas 14 Estados-partes. A mesma ambivalência há no sistema europeu, em que a Convenção Europeia de Direitos Humanos, que prevê exclusivamente direitos civis e políticos, apresenta 47 Estados-partes em 2010, ao passo que a Carta Social Europeia apresenta somente 27 Estados-partes.

Tal como o Pacto dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, este tratado da OEA reforça os deveres jurídicos dos Estados-partes no tocante

aos direitos sociais, que devem ser aplicados progressivamente, sem recuos e retrocessos, para que se alcance sua plena efetividade. O Protocolo de San Salvador estabelece um amplo rol de direitos econômicos, sociais e culturais, compreendendo o direito ao trabalho, direitos sindicais, direito à saúde, direito à previdência social, direito à educação, direito à cultura, dentre outros.

Este Protocolo acolhe – tal como o Pacto dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais – a concepção de que cabe aos Estados investir o máximo dos recursos disponíveis para alcançar, progressivamente, mediante esforços internos e por meio da cooperação internacional, a plena efetividade dos direitos econômicos, sociais e culturais. Este Protocolo permite o recurso ao direito de petição a instâncias internacionais para a proteção de dois dos direitos nele previstos – o direito à educação e os direitos sindicais, de acordo com o art. 19, § 6º.

No que se refere à jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos na proteção de direitos sociais, é possível criar uma tipologia de casos baseada em decisões que adotam 3 (três) diferentes estratégias e argumentos:

a) dimensão positiva do direito à vida

Este argumento foi desenvolvido pela Corte no caso Villagran Morales *versus* Guatemala (Street Children case, 1999)⁴⁸, em que este Estado foi condenado pela Corte, em virtude da impunidade relativa à morte de 5 meninos de rua, brutalmente torturados e assassinados por 2 policiais nacionais da Guatemala. Dentre as medidas de reparação ordenadas pela Corte estão: o pagamento de indenização pecuniária aos familiares das vítimas; a reforma no ordenamento jurídico interno visando à maior proteção dos direitos das crianças e adolescentes guatemaltecos; e a construção de uma escola em memória das vítimas.

À luz de uma interpretação dinâmica e evolutiva, compreendendo a Convenção como um *living instrument*, a Corte afirma que o direito à vida não pode ser concebido restritivamente. Introduce a visão de que o direito à vida compreende não apenas uma dimensão negativa – o direito a não ser privado da vida arbitrariamente –, mas uma dimensão positiva, que demanda dos Estados medidas positivas apropriadas para proteger o direito à vida digna – o “direito a criar e desenvolver um projeto de vida”. Esta interpretação lança um importante horizonte para proteção dos direitos sociais.

48 Villagran Morales et al. *versus* Guatemala (The Street Children Case), Inter-American Court, 19 November 1999, Ser. C, No.. 63.

b) aplicação do princípio da aplicação progressiva dos direitos sociais, especialmente para a proteção de grupos socialmente vulneráveis

Em outros julgados, a Corte endossa o dever jurídico dos Estados de conferir aplicação progressiva aos direitos sociais, com fundamento no art. 26 da Convenção Americana de Direitos Humanos, especialmente em se tratando de grupos socialmente vulneráveis.

No caso da comunidade indígena *Yakye Axa versus Paraguai* (2005)⁴⁹, a Corte sustentou que os povos indígenas têm direito a medidas específicas que garantam o acesso aos serviços de saúde, que devem ser apropriados sob a perspectiva cultural, incluindo cuidados preventivos, práticas curativas e medicinas tradicionais. Adicionou que para os povos indígenas a saúde apresenta uma dimensão coletiva, sendo que a ruptura de sua relação simbiótica com a terra exerce um efeito prejudicial sobre a saúde destas populações. A Corte afirmou o dever do Estado de adotar medidas positivas apropriadas para assegurar o direito desta comunidade indígena à existência digna, com proteção às suas vulnerabilidades específicas; o direito à identidade cultural; o direito à saúde; o direito ao meio ambiente sadio; o direito à alimentação (incluindo o direito à água limpa); o direito à educação e à cultura, com fundamento no art. 26 da Convenção Americana (aplicação progressiva dos direitos sociais) e no Protocolo de San Salvador.

No caso da comunidade indígena *Xákmok Kásek versus Paraguai* (2010)⁵⁰, a Corte Interamericana condenou o Estado do Paraguai pela afronta aos direitos à vida, à propriedade comunitária e à proteção judicial (arts. 4º, 21 e 25 da Convenção Americana, respectivamente), dentre outros direitos, em face da não garantia do direito de propriedade ancestral à aludida comunidade indígena, o que estaria a afetar seu direito à identidade cultural. Ao motivar a sentença, destacou que os conceitos tradicionais de propriedade privada e de posse não se aplicam às comunidades indígenas, pelo significado coletivo da terra, eis que a relação de pertença não se centra no indivíduo, senão no grupo e na comunidade – o direito à propriedade coletiva estaria ainda a

49 *Yakye Axa Community vs. Paraguay*, Inter-American Court, 2005, Ser. C, No. 125.

50 Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek. vs. Paraguay, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de agosto de 2010 Serie C No. 214. Note-se que, no sistema africano, merece menção um caso emblemático que, ineditamente, em nome do direito ao desenvolvimento, assegurou a proteção de povos indígenas às suas terras. Em 2010, a Comissão Africana dos Direitos Humanos e dos Povos considerou que o modo pelo qual a comunidade Endorois no Kenya foi privada de suas terras tradicionais, tendo negado acesso a recursos, constitui uma violação a direitos humanos, especialmente ao direito ao desenvolvimento.

merecer igual proteção pelo art. 21 da Convenção. Afirmou o dever do Estado em assegurar especial proteção às comunidades indígenas, à luz de suas particularidades próprias, suas características econômicas e sociais e suas especiais vulnerabilidades, considerando o direito consuetudinário, os valores, os usos e os costumes dos povos indígenas, de forma a assegurar-lhes o direito à vida digna, contemplando o acesso à água potável, alimentação, saúde, educação, dentre outros.

No caso *niñas Yean y Bosico versus República Dominicana* (2005), a Corte enfatizou o dever dos Estados no tocante à aplicação progressiva dos direitos sociais, a fim de assegurar o direito à educação, com destaque à especial vulnerabilidade de meninas. Sustentou que: “en relación con el deber de desarrollo progresivo contenido en el artículo 26 de la Convención, el Estado debe proveer educación primaria gratuita a todos los menores, en un ambiente y condiciones propicias para su pleno desarrollo intelectual”⁵¹.

No caso *Acevedo Buendía y otros (“Cesantes y Jubilados de la Contraloría”)* versus Peru (2009)⁵², a Corte condenou o Peru pela violação aos direitos à proteção judicial (art. 25 da Convenção Americana) e à propriedade privada (art. 21 da Convenção), em caso envolvendo denúncia dos autores relativamente ao não cumprimento pelo Estado de decisão judicial concedendo aos mesmos remuneração, gratificação e bonificação similar aos percebidos pelos servidores da ativa em cargos idênticos. Em sua fundamentação, a Corte reconheceu que os direitos humanos devem ser interpretados sob a perspectiva de sua integralidade e interdependência, a conjugar direitos civis e políticos e direitos econômicos, sociais e culturais, inexistindo hierarquia entre eles e sendo todos direitos exigíveis. Realçou ser a aplicação progressiva dos direitos sociais (art. 26 da Convenção) suscetível de controle e fiscalização pelas instâncias competentes, destacando o dever dos Estados de não regressividade em matéria de direitos sociais. Endossou o entendimento do Comitê da ONU sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais de que as medidas de caráter deliberadamente regressivo requerem uma cuidadosa análise, sendo justificáveis somente quando considerada a totalidade dos direitos previstos no Pacto, bem como a máxima utilização dos recursos disponíveis.

51 Caso de las niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana, Inter-American Court, 08 November 2005, Ser. C, N.130.

52 Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Acevedo Buendía y otros (“Cesantes y Jubilados de la Contraloría”) vs. Peru, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de julio de 2009 Serie C No. 198.

c) proteção indireta dos direitos sociais (mediante a proteção de direitos civis)

Finalmente, há um conjunto de decisões que consagram a proteção indireta de direitos sociais, mediante a proteção de direitos civis, o que confirma a ideia da indivisibilidade e da interdependência dos direitos humanos.

No caso *Albán Cornejo y otros versus Equador (2007)*⁵³ referente à suposta negligência médica em hospital particular – mulher deu entrada no hospital com quadro de meningite bacteriana e foi medicada, vindo a falecer no dia seguinte, provavelmente em decorrência do medicamento prescrito –, a Corte decidiu o caso com fundamento na proteção ao direito à integridade pessoal e não no direito à saúde. No mesmo sentido, no caso *Myrna Mack Chang versus Guatemala (2003)*⁵⁴, concernente a danos à saúde decorrentes de condições de detenção, uma vez mais a proteção ao direito à saúde deu-se sob o argumento da proteção do direito à integridade física.

Outros casos de proteção indireta de direitos sociais atêm-se à proteção ao direito ao trabalho, tendo como fundamento o direito ao devido processo legal e a proteção judicial. A respeito, destaca-se o caso *Baena Ricardo y otros versus Panamá (2001)*⁵⁵, envolvendo a demissão arbitrária de 270 funcionários públicos que participaram de manifestação (greve). A Corte condenou o Estado do Panamá pela violação da garantia do devido processo legal e proteção judicial, determinando o pagamento de indenização e a reintegração dos 270 trabalhadores. No caso *Trabajadores cesados del congreso (Aguado Alfaro y otros) versus Peru (2006)*⁵⁶, envolvendo a despedida arbitrária de 257 trabalhadores, a Corte condenou o Estado do Peru também pela afronta ao devido processo legal e proteção judicial. Em ambos os casos, a condenação dos Estados teve como argumento central a violação à garantia do devido processo legal e não a violação ao direito do trabalho.

Um outro caso emblemático é o caso “cinco pensionistas” *versus Peru (2003)*⁵⁷, envolvendo a modificação do regime de pensão no Peru, em que a Corte condenou o Estado com fundamento na violação ao direito de propriedade privada e não com fundamento na afronta ao direito de seguridade social, em face dos danos sofridos pelos 5 pensionistas. Em um sentido similar, destaca-se

53 *Albán Cornejo y otros vs. Ecuador*, Inter-American Court, 22 November 2007, serie C n. 171.

54 *Myrna Mack Chang vs. Guatemala*, Inter-American Court, 25 November 2003, serie C n. 101.

55 *Baena Ricardo y otros vs. Panamá*, Inter-American Court, 02 February 2001, serie C n. 72.

56 *Caso Trabajadores cesados del congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Peru*, Inter-American Court, 24 November 2006, serie C n. 158.

57 *Caso “cinco pensionistas” vs. Peru*, Inter-American Court, 28 February 2003, serie C n. 98.

a jurisprudência da Corte Europeia, ao assegurar a proteção de direitos sociais por via indireta, como obrigações positivas decorrentes de direitos civis notadamente do direito à vida privada e familiar⁵⁸. Para Martin Scheinin: “Other similar fields can be identified and elaborated on through the interpretation of treaty provisions on the right to life or the right to private and family life. The right to housing, or at least some dimensions of this right, seems particularly suitable for receiving protection under these provisions. In Lopez Ostra vs. Spain, the European Court on Human Rights found a serious case of environmental damage by accompanying health problems to be a violation of Article 8 on the protection of private and family life”⁵⁹.

A Corte Interamericana, por meio de uma interpretação dinâmica e evolutiva, inspirada na indivisibilidade e interdependência dos direitos humanos, tem permitido avanços na proteção dos direitos sociais. Tem desenvolvido seu próprio *framework* para a proteção destes direitos, ao consagrar a dimensão positiva do direito à vida, o princípio da progressividade dos direitos sociais (em especial para a proteção de grupos socialmente vulneráveis) e a proteção indireta de direitos sociais.

5 – A PROTEÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS NO ÂMBITO SUL-AMERICANO: DESAFIOS DO *IUS COMMUNE*

Considerando os direitos sociais sob a perspectiva da concepção contemporânea de direitos humanos, a principiologia aplicável aos direitos sociais e os

58 Como lecionam Luke Clements e Alan Simmons: “Although Article 8 does not guarantee the right to have one’s housing problem solved by the authorities, a refusal of the authorities to provide assistance in this respect to an individual suffering from a severe disease might in certain circumstances raise an issue under Article 8 of the Convention because of the impact of such a refusal on the private life of the individual”. (Luke Clements and Alan Simmons, *European Court of Human Rights: Sympathetic Unease*, In: Malcolm Langford (ed.), *Social Rights Jurisprudence: emerging trends in International and Comparative Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2008, p. 415). Na mesma direção, afirma Dinah L. Shelton: “In the case *Taskin and Others vs. Turkey* (Appl. N.46117/99, Eur. Ct. H.R., Nov. 10, 2004), the Court points out that Article 8 applies to severe environmental pollution which may affect individuals’ well-being and prevent them from enjoying their homes in such a way as to affect their private and family life adversely, without, however, seriously endangering their health (see also *López Ostra vs. Spain*, judgment of 9 December 1994, Series A n.303-C, paragraph 51). (...) As the *Taskin* case indicates, despite the fact that the European Convention contains neither a right to health nor a right to environment, cases have been brought for injury due to pollution, invoking the right to life (Art. 2) and the right to information (Art. 10), as well as the right to privacy and family life (Art. 8). (...) Decisions indicate that environmental harm attributable to state action or inaction that has significant injurious effect on a person’s home or private and family life constitutes a breach of Article 8 (1)”. (Dinah L. Shelton, *Regional Protection of Human Rights*, Oxford, Oxford University Press, 2008, p. 203).

59 Martin Scheinin, *Economic and Social Rights as legal rights*, In: Asbjorn Eide, Catarina Krause and Allan Rosas, *Economic, Social and Cultural Rights*, Dordrecht/Boston/London, Martinus Nijhoff Publishers, 2001, p. 41.

parâmetros protetivos do sistema global e regional interamericano, transita-se neste tópico ao exame da proteção dos direitos sociais no âmbito sul-americano. O foco central desta análise é identificar estratégias para fortalecer o diálogo global, regional e local na defesa dos direitos sociais, com vistas à pavimentação de um *ius commune* sul-americano em matéria de direitos sociais.

A análise da experiência sul-americana de proteção dos direitos sociais demanda sejam consideradas as peculiaridades da região. A América Latina é a região com o mais elevado grau de desigualdade no mundo, em termos de distribuição de renda⁶⁰. A este elevado grau de exclusão e desigualdade social somam-se democracias em fase de consolidação. A região ainda convive com as reminiscências do legado dos regimes autoritários ditatoriais, com uma cultura de violência e de impunidade, com a baixa densidade de Estados de Direitos e com a precária tradição de respeito aos direitos humanos no âmbito doméstico.

Dois períodos demarcam, assim, o contexto latino-americano: o período dos regimes ditatoriais e o período da transição política aos regimes democráticos, marcado pelo fim das ditaduras militares na década de 80 na Argentina, no Chile, no Uruguai e no Brasil.

No caso latino-americano, o processo de democratização na região, deflagrado na década de 80, é que propiciou a incorporação de importantes instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos pelos Estados latino-americanos. A título de exemplo, note-se que a Convenção Americana de Direitos Humanos, adotada em 1969, foi ratificada pela Argentina em 1984, pelo Uruguai em 1985, pelo Paraguai em 1989 e pelo Brasil em 1992. Já o reconhecimento da jurisdição da Corte Interamericana de Direitos Humanos deu-se na Argentina em 1984, no Uruguai em 1985, no Paraguai em 1993 e no Brasil

60 Para o ECLAC: “Latin America’s highly inequitable and inflexible income distribution has historically been one of its most prominent traits. Latin American inequality is not only greater than that seen in other world regions, but it also remained unchanged in the 1990s, then took a turn for the worse at the start of the current decade.” (ECLAC, *Social Panorama of Latin America – 2006*, chapter I, page 84. http://www.eclac.cl/publicaciones/xml/4/27484/PSI2006_Sumary.pdf (access on July 30, 2010). No mesmo sentido, advertem Cesar p. Bouillon e Mayra Buvinic: “(...) In terms of income, the countries in the region are among the most inequitable in the world. In the late 1990s, the wealthiest 20 percent of the population received some 60 percent of the income, while the poorest 20 percent only received about 3 percent. Income inequality deepened somewhat during the 1990s (...) Underlying income inequality, there are huge inequities in the distribution of assets, including education, land and credit. According to recent studies, the average length of schooling for the poorest 20 percent is only four years, while for the richest 20 percent is 10 years”. (Cesar p. Bouillon and Mayra Buvinic, *Inequality, Exclusion and Poverty in Latin America and the Caribbean: Implications for Development*, Background document for EC/IADB “Seminar on Social Cohesion in Latin America”, Brussels, June 5-6, 2003, p. 3-4, par. 2.8). Available at: <http://www.iadb.org/sds/doc/soc-idb-socialcohesion-e.pdf>, accessed on July 26, 2010.

em 1998. Atualmente constata-se que os países latino-americanos subscreveram os principais tratados de direitos humanos adotados pela ONU e pela OEA.

Quanto à incorporação dos tratados internacionais de proteção dos direitos humanos, observa-se que, em geral, as Constituições latino-americanas conferem a estes instrumentos uma hierarquia especial e privilegiada, distinguindo-os dos tratados tradicionais. Neste sentido, merecem destaque o art. 75, 22, da Constituição Argentina, que expressamente atribui hierarquia constitucional aos mais relevantes tratados de proteção de direitos humanos e o art. 5º, §§ 2º e 3º, da Constituição brasileira, que incorpora estes tratados no universo de direitos fundamentais constitucionalmente protegidos.

As Constituições latino-americanas estabelecem cláusulas constitucionais abertas, que permitem a integração entre a ordem constitucional e a ordem internacional, especialmente no campo dos direitos humanos, ampliando e expandindo o bloco de constitucionalidade. Ao processo de constitucionalização do Direito Internacional conjuga-se o processo de internacionalização do Direito Constitucional.

À luz deste contexto, serão destacados 10 (dez) desafios voltados ao fortalecimento do diálogo dos sistemas global e regional com a ordem local, por meio da incorporação dos parâmetros protetivos internacionais pela ordem local, visando a contribuir para a pavimentação de um *ius commune* em matéria de direitos sociais no âmbito sul-americano:

1) Promover a ampla ratificação dos tratados internacionais de proteção dos direitos humanos da ONU e da OEA

Com a democratização na região sul-americana, os Estados passaram a ratificar os principais tratados de direitos humanos. Ao longo dos regimes autoritários ditatoriais, os direitos humanos eram concebidos como uma agenda contra o Estado; apenas com a democratização é que passaram a ser incorporados na agenda estatal, sendo criada uma institucionalidade inspirada nos direitos humanos (compreendendo a adoção de Programas Nacionais de Direitos Humanos, Secretarias especiais, Ministérios e Comissões em casas do poder Legislativo em diversos Estados latino-americanos). Emerge a concepção de que os direitos humanos são um componente essencial ao fortalecimento da democracia e do Estado de Direito na região.

Contudo, embora os Estados sul-americanos tenham aderido a um universo significativo de instrumentos internacionais de proteção, resta ainda o desafio de ampliar a base consensual de ratificação do Protocolo de San Salvador em matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais – que até

2010 contava apenas com 15 Estados-partes – e do Protocolo Facultativo ao Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais – que até 2010 contava apenas com 3 Estados-partes.

Ao compartilhar desta base consensual, os Estados sul-americanos estariam a aceitar o mesmo piso protetivo mínimo no campo da proteção de direitos sociais, o que se converte em um ponto de partida para a composição de um *ius commune*.

2) *Fortalecer a incorporação dos tratados de direitos humanos com um status privilegiado na ordem jurídica doméstica*

O constitucionalismo sul-americano tem se caracterizado por contemplar cláusulas constitucionais abertas a fomentar o diálogo constitucional-internacional, bem como a recepção privilegiada de tratados de direitos humanos na ordem doméstica.

A título exemplificativo, a Constituição da Argentina, após a reforma constitucional de 1994, dispõe, no art. 75, inciso 22, que, enquanto os tratados em geral têm hierarquia infraconstitucional, mas supralegal, os tratados de proteção dos direitos humanos têm hierarquia constitucional, complementando os direitos e garantias constitucionalmente reconhecidos. A Constituição brasileira de 1988, no art. 5º, § 2º, consagra que os direitos e garantias expressos na Constituição não excluem os direitos decorrentes dos princípios e do regime a ela aplicável e os direitos enunciados em tratados internacionais ratificados pelo Brasil, permitindo, assim, a expansão do bloco de constitucionalidade. A então Constituição do Peru de 1979, no mesmo sentido, determinava, no art. 105, que os preceitos contidos nos tratados de direitos humanos têm hierarquia constitucional e não podem ser modificados senão pelo procedimento que rege a reforma da própria Constituição. Já a atual Constituição do Peru de 1993 consagra que os direitos constitucionalmente reconhecidos devem ser interpretados em conformidade com a Declaração Universal de Direitos Humanos e com os tratados de direitos humanos ratificados pelo Peru. Decisão proferida em 2005 pelo Tribunal Constitucional do Peru endossou a hierarquia constitucional dos tratados internacionais de proteção dos direitos humanos, adicionando que os direitos humanos enunciados nos tratados conformam a ordem jurídica e vinculam os poderes públicos. A Constituição da Colômbia de 1991, reformada em 1997, confere, no art. 93, hierarquia especial aos tratados de direitos humanos, determinando que estes prevalecem na ordem interna e que os direitos humanos constitucionalmente consagrados serão interpretados em conformidade com os tratados de direitos humanos ratificados pelo país. Também a Constituição do Chile de 1980, em decorrência da reforma constitucional de 1989, passou

a consagrar o dever dos órgãos do Estado de respeitar e promover os direitos garantidos pelos tratados internacionais ratificados por aquele país.

Logo, é neste contexto — marcado pela tendência de Constituições latino-americanas em assegurar um tratamento especial e diferenciado aos direitos e garantias internacionalmente consagrados — que se insere o desafio de encorajar todos os textos constitucionais latino-americanos a incluírem cláusulas abertas a conferir aos tratados de direitos humanos *status* hierárquico constitucional.

3) Fomentar uma cultura jurídica orientada pelo controle da convencionalidade das leis

Além da ratificação de tratados de direitos humanos, a serem recepcionados de forma privilegiada pela ordem jurídica local, fundamental é transformar a cultura jurídica tradicional, por vezes refratária e resistente ao Direito Internacional, a fim de que se realize o controle de convencionalidade. Sobre o tema, instigante estudo de Néstor P. Sagüés, acerca da “Situación (en los Tribunales nacionales) de la Doctrina del Control de Convencionalidad en el Sistema Interamericano”⁶¹, propõe uma classificação baseada em 4 categorias de controle de convencionalidade: a) admissão expressa (com destaque à Argentina); b) admissão tácita (com destaque à Costa Rica, Peru, Chile, El Salvador e Bolívia); c) silêncio (com destaque ao Equador, Brasil, México e Colômbia); e d) negação tácita (com destaque ao grave caso venezuelano, em que a Sala Constitucional do Tribunal Supremo de Justiça declarou não executável um sentença da Corte Interamericana, encorajando o poder Executivo a retirar-se da Convenção Americana de Direitos Humanos, em 18 de dezembro de 2008 (caso “Apitz Barbera”).

O pressuposto básico para a existência do controle de convencionalidade é a hierarquia diferenciada dos instrumentos internacionais de direitos humanos em relação à legalidade ordinária. A isto se soma o argumento de que, quando um Estado ratifica um tratado, todos os órgãos do poder estatal a ele se vinculam, comprometendo-se a cumpri-lo de boa-fé.

Como enfatiza a Corte Interamericana: “Quando um Estado ratifica um tratado internacional como a Convenção Americana, seus juízes, como parte do aparato do Estado, também estão submetidos a ela, o que lhes obriga a zelar para que os efeitos dos dispositivos da Convenção não se vejam mitigados pela aplicação de leis contrárias a seu objeto, e que desde o início carecem de efeitos jurídicos. (...) o poder Judiciário deve exercer uma espécie de ‘controle

61 Ver “Situación (en los Tribunales nacionales) de la Doctrina del Control de Convencionalidad en el Sistema Interamericano”, encuesta realizada por Néstor P. Sagüés, noviembre de 2010. Este estudo foi apresentado no simpósio “Construcción y papel de los derechos sociales fundamentales. Hacia un *ius commune* latinoamericano”, no Max-Planck-Institute, em Heidelberg, em 25 de novembro de 2010.

da convencionalidade das leis' entre as normas jurídicas internas que aplicam nos casos concretos e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Nesta tarefa, o Poder Judiciário deve ter em conta não somente o tratado, mas também a interpretação que do mesmo tem feito a Corte Interamericana, intérprete última da Convenção Americana”⁶².

O controle de convencionalidade das leis contribuirá para que se implemente no âmbito doméstico os *standards*, princípios e a jurisprudência internacional em matéria de direitos sociais. Também essencial é assegurar que as sentenças internacionais condenatorias de Estados sejam obrigatórias e diretamente executáveis, otimizando a justiciabilidade dos direitos sociais.

4) Fomentar programas de capacitação para que os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário apliquem os parâmetros protetivos internacionais em matéria de direitos sociais

A transformação da cultura jurídica requer a realização de programas de capacitação endereçados aos agentes públicos dos diversos poderes, a fim de que os instrumentos internacionais de proteção aos direitos sociais, a principiologia específica aplicável a estes direitos e a jurisprudência protetiva internacional convertam-se em referência e parâmetros a guiar a conduta de tais agentes.

A elaboração de normas, a formulação de políticas públicas e a formulação de decisões judiciais devem louvar o princípio da boa-fé no âmbito internacional, buscando sempre harmonizar a ordem doméstica à luz dos parâmetros protetivos mínimos assegurados na ordem internacional no campo dos direitos sociais.

5) Assegurar o reconhecimento dos direitos sociais como direitos humanos fundamentais na ordem constitucional com a previsão de instrumentos e remédios constitucionais que garantam sua justiciabilidade

Para fortalecer o diálogo entre a ordem internacional, regional e local em matéria de direitos sociais, fundamental é que o marco jurídico constitucional

62 Ver caso *Almonacid Arellano and others vs. Chile*. Judgment of 26 September 2006. A título ilustrativo, em 24 de novembro de 2010, no caso *Gomes Lund e outros versus Brasil*, a Corte Interamericana entendeu que a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n.153, em 29 de abril de 2010 – que manteve a interpretação de que a lei de anistia de 1979 teria assegurado anistia ampla, geral e irrestrita, alcançando tanto as vítimas como os algozes – afeta o dever internacional do Estado de investigar e punir graves violações a direitos humanos, afrontando, ainda, o dever de harmonizar a ordem interna à luz dos parâmetros da Convenção Americana. Concluiu a Corte que “não foi exercido o controle de convencionalidade pelas autoridades jurisdicionais do Estado brasileiro”, tendo em vista que o Supremo Tribunal Federal confirmou a validade da interpretação da lei de anistia sem considerar as obrigações internacionais do Brasil decorrentes do Direito Internacional, particularmente aquelas estabelecidas nos arts. 1º, 2º, 8º e 25º da Convenção Americana de Direitos Humanos.

acolha a concepção contemporânea de direitos humanos. Isto é, endosse a visão integral dos direitos humanos, baseada na indivisibilidade, interdependência e inter-relação dos direitos civis e políticos e dos direitos sociais, econômicos e culturais. Fundamental ainda é enfatizar a paridade hierárquica destes direitos.

Em decorrência da visão integral dos direitos humanos, o devido reconhecimento constitucional aos direitos sociais surge como medida imperativa, bem como a previsão de remédios que assegurem a sua proteção, em casos de violação. A proteção aos direitos sociais requer a existência de remédios efetivos voltados à sua garantia, enfatizando a fórmula “there is no right without remedies”. Neste sentido, o papel das Cortes não é o de formular políticas públicas em matéria de direitos sociais, mas o de fiscalizar, supervisionar e monitorar tais políticas considerando os parâmetros constitucionais e internacionais⁶³.

Note-se que a própria jurisprudência do Comitê da ONU de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, ao interpretar o art. 2º do Pacto, adverte ser dever dos Estados a adoção de medidas que visem a assegurar, progresivamente, por todos os meios apropriados, o pleno exercício dos direitos reconhecidos no Pacto – o que estaria a incluir medidas legislativas, administrativas e também judiciais⁶⁴.

Há que se fortalecer a perspectiva integral dos direitos humanos, que tem nos direitos sociais uma dimensão vital e inalienável, aprimorando os mecanismos de sua proteção e justiciabilidade, dignificando, assim, a racionalidade emancipatória dos direitos sociais como direitos humanos, nacional e internacionalmente garantidos.

63 A respeito, merece destaque decisão do Supremo Tribunal Federal do Brasil que consagra o direito à saúde como prerrogativa constitucional indisponível, garantido mediante a implementação de políticas públicas, impondo ao Estado a obrigação de criar condições objetivas que possibilitem o efetivo acesso a tal serviço. Acrescenta a decisão que “é possível ao Poder Judiciário determinar a implementação pelo Estado, quando inadimplente, de políticas públicas constitucionalmente previstas, sem que haja ingerência em questão que envolve o poder discricionário do Poder Executivo.” (AI 734487, Rel.^a Min^a Ellen Gracie, j. 03.08.2010, DJe-154, publicado em 20.08.2010). Também merece menção decisão proferida pelo Superior Tribunal de Justiça do Brasil a respeito da possibilidade do controle judicial de políticas públicas, em caso envolvendo a obrigação do Poder Público no fornecimento de medicamentos, com a conclusão de que a reserva do possível não pode opor-se ao mínimo existencial. De acordo com o julgado: “Não podem os direitos sociais ficar condicionados à boa vontade do Administrador, sendo de fundamental importância que o Judiciário atue como órgão controlador da atividade administrativa. Seria uma distorção que o princípio da separação dos poderes, originalmente concebido com o escopo de garantia dos direitos fundamentais, pudesse ser utilizado justamente como óbice à realização dos direitos sociais, igualmente fundamentais”. (AgRg no REsp 1136549/RS, Rel. Min. Humberto Martins, 2ª T., 08.06.2010, DJe 21.06.2010).

64 O Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais sustenta que a expressão “por todos os meios apropriados” deve ser interpretada da forma mais ampla possível, de forma a abranger remédios judiciais (General Comment n. 3, UN doc. E/1991/23).

6) *Garantir uma prioridade orçamentária para a implementação dos direitos sociais*

O princípio da utilização do máximo de recursos disponíveis voltados à implementação dos direitos sociais demanda seja fixada uma dotação orçamentária específica para a implementação de direitos sociais.

A título ilustrativo, a Constituição do Brasil estabelece um percentual da receita proveniente de impostos para a educação e para a saúde, sobe pena, inclusive, de intervenção federal, nos termos do art. 34, inciso VII, *e*. Na Constituição da Colômbia também é estabelecida a prioridade para gastos em educação e saúde no campo orçamentário, nos termos dos arts. 347 e 356 a 357. Na mesma linha, a Constituição do Equador prevê, no campo das finanças públicas, que os recursos para a saúde, educação e justiça são prioritários, nos termos do art. 286.

Imperioso é fomentar nos textos constitucionais latino-americanos previsões que assegurem dotação orçamentária específica para os direitos sociais, sobretudo a educação e a saúde, em respeito ao princípio da utilização do máximo de recursos disponíveis voltados à implementação dos direitos sociais consagrado no Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais – ratificado por 28 Estados da região⁶⁵. A este princípio soma-se também o princípio da observância do *minimum core obligation*, na medida em que é dever dos Estados prover, ao menos, um núcleo essencial mínimo concernente ao direitos sociais, em defesa da prevalência da dignidade humana.

7) *Aplicar indicadores para avaliar a progressividade na aplicação de direitos sociais*

Indicadores técnico-científicos capazes de mensurar a progressividade na aplicação dos direitos sociais surgem como uma medida de especial relevância voltada à plena implementação destes direitos⁶⁶.

Além de conferir maior rigor metodológico, a utilização de indicadores permite realizar o *human rights impact assessment* em relação às políticas, programas e medidas adotadas pelo Estado, permitindo a *accountability* com relação às obrigações contraídas pelo Estado no âmbito internacional e doméstico. Fomenta, ainda, a geração de dados, estatísticas e informações, que

65 Note-se que, dos 160 Estados-partes do referido Pacto, 28 são Estados membros da OEA.

66 A respeito, consultar o documento “Indicadores de progreso para medición de derechos contemplados en el Protocolo de San Salvador”, OEA/Ser.L/XXV.2.1, GT/PSSI/doc.2/11, 11 de março de 2011. Ver, ainda, report do UN High Level Task Force on the implementation of the right to development for the April 2010 session of the Working Group, including the attributes of the right to development and the list of criteria, sub-criteria and indicators – A/HRC/15/WG.2/TF/2. Add 2.

compõe a base sólida para a composição de um preciso diagnóstico sobre a progressividade dos direitos sociais. Fundamental, neste sentido, é gerar dados desagregados compreendendo os critérios de gênero, raça, etnia, idade, orientação sexual, dentre outros – o que permitirá aliar políticas especiais às políticas universalistas.

Por meio da utilização de indicadores é possível identificar avanços, retrocessos e inações dos poderes públicos em matéria de direitos sociais. É condição para compor um diagnóstico preciso do enquadramento das ações e inações públicas no marco dos direitos sociais, permitindo um balanço crítico de programas e medidas implementadas. É a partir de um diagnóstico preciso que também é possível identificar prioridades e estratégias visando ao aprimoramento da realização de direitos sociais, o que poderá compreender uma melhor e mais eficaz interlocução dos Poderes Públicos, mediante arranjos interinstitucionais orientados à plena implementação dos direitos sociais⁶⁷.

8) Impulsionar o componente democrático no processo de implementação dos direitos sociais

Em matéria de direitos sociais não bastam apenas os resultados, mas também importa o processo de sua realização. No campo da principiologia dos direitos sociais, especial relevância merece o princípio da participação, transparência e *accountability*.

O componente democrático é essencial para a adoção de ações, políticas e programas em direitos sociais. O componente participativo é estruturante aos direitos sociais, de forma a propiciar especialmente a participação dos grupos mais vulneráveis na formulação, implementação e monitoramento destes direitos.

Neste sentido, a Constituição do Brasil assegura a participação da comunidade nas ações e serviços públicos de saúde, nos termos do art. 198. A Constituição da Bolívia, no art. 18, afirma que o sistema único de saúde será universal, gratuito, equitativo, intracultural, intercultural, participativo e com controle social, realçando que os povos indígenas e camponeses têm direito a um

67 Sobre o tema, destaca-se, a título ilustrativo, audiência pública no Supremo Tribunal Federal do Brasil para debater as questões relativas às demandas judiciais que objetivam prestações de saúde, contando com 49 especialistas, em abril de 2009. Posteriormente, o Conselho Nacional de Justiça adotou a resolução nº 107, em 06 de abril de 2010, instituindo o Fórum Nacional do Judiciário para o monitoramento e resolução das demandas de assistência à saúde, com a atribuição de elaborar estudos e propor medidas concretas e normativas para o aperfeiçoamento, o reforço à efetividade dos processos judiciais e à prevenção de novos conflitos. Destaca-se também a sistemática de reenvio, mediante a qual, em demandas de alta complexidade e litígios estruturais, cabe ao poder Judiciário identificar os parâmetros jurídicos a serem observados, remanescendo ao Poder Executivo avaliar, sob o prisma técnico, a solução concreta a ser dada – o que expressa o diálogo entre os poderes públicos na implementação dos direitos sociais.

sistema de saúde que respeite sua cosmovisão e práticas tradicionais. Por sua vez, a Constituição do Equador enuncia que a prestação de serviços de saúde será regida por princípios de universalidade, solidariedade, interculturalidade, qualidade, eficiência, precaução e bioética, com enfoque de gênero e geracional. Prevê também a Constituição da Colômbia que os serviços de saúde serão organizados com a participação da comunidade, nos termos do art. 49. A respeito, destaca-se, ainda, emblemática decisão proferida pela Corte Constitucional colombiana (T-760-2008), ao frisar, em caso envolvendo a ampla revisão do sistema geral de seguridade social, que a progressividade dos direitos sociais demanda a existência de programas, ações e políticas públicas orientadas à realização gradativa destes direitos (sendo inaceitável a inação continuada do Estado), com a necessária observância da participação democrática, no processo de elaboração, implementação e avaliação de políticas públicas.

9) Fortalecer o princípio da cooperação internacional em matéria de direitos sociais

Defende este artigo que, tal como o direito ao desenvolvimento, os direitos sociais também demandam não apenas ações, programas e políticas nacionais, mas também assistência e cooperação internacional. O princípio da cooperação internacional encontra respaldo jurídico na Declaração Universal, no Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, na Convenção Americana de Direitos Humanos e no Protocolo de San Salvador, como já enfocado.

Daí a importância em avançar na arena da cooperação internacional vocacionada à proteção dos direitos sociais, a partir de uma agenda de prioridades regionais em matéria de direitos sociais.

10) Avançar no diálogo vertical e horizontal de jurisdições

A abertura da ordem local ao diálogo horizontal com outras jurisdições e ao diálogo vertical com jurisdições supranacionais é condição, requisito e pressuposto para a formação de um *ius commune* em matéria de direitos sociais.

De um lado, é essencial que os sistemas sul-americanos possam enriquecer-se mutuamente, por meio de empréstimos constitucionais e intercâmbio de experiências, argumentos, conceitos e princípios vocacionados à proteção dos direitos sociais. Também relevante seria identificar as *best practices* em direitos sociais, estimulando sua adoção, com os ajustes necessários considerando as especificidades e particularidades de cada país.

Por outro, a abertura das ordens locais aos parâmetros protetivos mínimos fixados pela ordem global e regional, mediante a incorporação de princípios,

jurisprudência e *standards* protetivos internacionais, é fator a dinamizar a pavimentação de um *ius commune* em direitos sociais na região.

Para a criação de um *ius commune* fundamental é avançar no diálogo entre as esferas global, regional e local, potencializando o impacto entre elas, para assegurar a maior efetividade possível aos direitos sociais sob a perspectiva emancipatória dos direitos humanos.

Por fim, se os direitos humanos não são um dado, mas um construído, as violações a estes direitos também o são. As violações, as exclusões, as injustiças são um construído histórico a ser desconstruído. É emergencial assumir o risco de romper com uma cultura que trivializa, naturaliza e banaliza a desigualdade e a exclusão social – especialmente em um contexto regional que ostenta a maior desigualdade do mundo.

Hannah Arendt afirma ser possível modificar pacientemente o deserto com as faculdades da paixão e do agir. Afinal, *if* “all human must die; each is born to begin”⁶⁸.

68 Hannah Arendt, *The Human Condition*. Chicago, The University of Chicago Press, 1998. **Para a autora:** “Fluindo na direção da morte, a vida humana arrastaria consigo, inevitavelmente, todas as coisas humanas para a ruína e destruição, se não fosse a faculdade humana de interrompê-las e iniciar algo novo, faculdade inerente à ação como perene advertência de que os homens, embora devam morrer, não nascem para morrer, mas para começar”. (Hannah Arendt, *A Condição Humana*, trad. Roberto Raposo, 10. ed., Rio de Janeiro, Forense Universitária, 2004, p. 258)

TUTELA INIBITÓRIA EM MATÉRIA LABOR-AMBIENTAL

Guilherme Guimarães Feliciano*

1 – INTRODUÇÃO. MEIO AMBIENTE E TUTELA PROCESSUAL INIBITÓRIA: ENTRONCAMENTOS

Insita à noção contemporânea de *devido processo legal substantivo* (*substantive due process*) está a ideia de efetividade de jurisdição, ora evocada como *princípio* (Ovídio Baptista), ora como *ideia diretora de política processual* (Sálvio de Figueiredo Teixeira), ora ainda como *direito fundamental do cidadão* (Guilherme Marinoni¹).

Do escólio deste último autor, releva mencionar que, a rigor, o instituto da jurisdição deve ser hoje compreendido já não como a função de “dizer a vontade concreta da lei” (Chiovenda²), mas como uma verdadeira *função de tutela* do direito material alegadamente menoscabado. Na dicção do autor,

“(…) a norma constitucional que afirma a ação [art. 5º, XXXV] institui o direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva, e, dessa forma, confere a devida oportunidade da prática de atos capazes de influir sobre o convencimento judicial, assim como a possibilidade do uso das técnicas processuais adequadas à situação conflitiva concreta. (...) O direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva obriga o juiz a garantir todos os seus corolários, como o direito ao meio executivo capaz de permitir a tutela do direito, além de obrigar o legislador a desenhar os procedimentos e as técnicas processuais adequadas às diferentes situações de direito substancial. (...) As novas técnicas processuais, partindo do

* Juiz titular da 1ª Vara do Trabalho de Taubaté; presidente da Associação dos Magistrados da Justiça do Trabalho da 15ª Região (AMATRA XV), gestão 2011-2013; doutor em Direito Penal e livre-docente em Direito do Trabalho pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo; professor associado do Departamento de Direito do Trabalho e da Seguridade Social da USP.

1 MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria Geral do Processo*. 3. ed. São Paulo: RT, 2008. v. I. *passim*.

2 CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. Campinas: Bookseller, 2000. v. I. p. 56. O processo, para o autor, é o “complexo dos atos coordenados ao objetivo da atuação da vontade da lei (com respeito a um bem que se pretende garantido por ela), por parte dos órgãos da jurisdição ordinária”.

pressuposto de que o direito de ação não pode ficar na dependência de técnicas processuais ditadas de maneira uniforme para todos os casos ou para alguns casos específicos, incorporam normas abertas, isto é, normas voltadas para a realidade, deixando claro que a ação pode ser construída conforme as necessidades do caso conflitivo”³.

Para se chegar a tal definição, com efeito, basta proceder à interpretação dos institutos fundamentais da Teoria Geral do Processo em conformidade com a Constituição. Para tanto, encontrar-se-á ancoragem constitucional no art. 5º, LII, da CRFB (devido processo legal); assim como no seu art. 5º, XXXV (acesso à justiça), desde que se o entenda (o acesso à justiça) em *sentido material*, como propõe, e.g., Teori Albino Zavascki ou Rui Portanova⁴.

Diga-se, ademais, que tal função de tutela é tanto mais necessária quanto mais sensível o direito material *sub judice*. Nesse sentido, a doutrina recente tem reservado especial função de tutela, em sede processual, para os chamados *direitos humanos fundamentais* (tanto os de primeira e segunda como os de terceira e até mesmo quarta geração ou dimensão). Entre os de terceira geração, exsurge eminente o *direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado*, inserto no art. 225 da CRFB. Cumpre lembrar que o conceito de *meio ambiente humano*, como consolidado na Conferência de Estocolmo (1972), perfaz uma *gestalt* que se desdobra em ao menos quatro manifestações: o meio ambiente natural, o meio ambiente artificial, o meio ambiente cultural (v. art. 216 da CRFB) e, não menos importante, o meio ambiente do trabalho (v. art. 200, VIII, da CRFB). Não são, portanto, ideias estanques ou fenômenos incomunicáveis. Bem ao revés, são facetas da mesma realidade fenomenológica: não é possível pensar o meio ambiente do trabalho sem considerar as influências do entorno natural, as condições/consequências da interferência do homem no seu *habitat* natural e os próprios elementos tradicionais de cultura que possam impregnar as relações sociais em certo ensejo epistemológico (a determinar, p.ex., uma baixa permeabilidade a trabalhadores do sexo feminino).

Se, porém, a jurisdição deve desempenhar primacialmente uma *função de tutela*, e se essa função de tutela é particularmente importante no contexto dos direitos humanos fundamentais universalmente reconhecidos (como é o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e, na espécie, o direito ao sadio equilíbrio labor-ambiental), em que ponto do mundo do dever-ser esses imperativos confluem?

3 *Op.cit.* p. 285-291.

4 V., por todos, PORTANOVA, Rui. *Princípios do processo civil*. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2003. p. 53.

Confluem nas chamadas *tutelas inibitórias e de remoção do ilícito*, que transitam entre as chamadas *tutelas de urgência* e aquelas ditas *tutelas de evidência* (ambas, aliás, recepcionadas pelo anteprojeto de lei que aprova o novo Código de Processo Civil, alhures já designado com o epíteto “código Fux” e que agora tramita pela Câmara dos Deputados com o número 8.046/2010⁵).

Com efeito, a tradição celetária infelizmente legou ao Direito do Trabalho um viés *contratualista* – a despeito da tentativa de contemporização do art. 442, *caput*, da CLT (que buscou equivaler, no contexto nacional, as visões de mundo contratualistas e anticontratualistas) – e sobretudo *patrimonialista*, encaminhando respostas monetárias – com inúmeros ensejos para multas, indenizações e reparações em pecúnia – onde a rigor caberiam *tutelas preventivas* ou *reparações específicas* (i.e., a recomposição do *status quo ante* e a garantia do direito *a se*, não de seu sucedâneo monetário). Essa tendência recrudescceu-se no foro, ao longo de meio século, a tal ponto que as próprias soluções não monetizantes da Consolidação foram ofuscadas e praticamente não se veem na prática forense⁶. Mais recentemente, a reboque dos novos ares pós-positivistas e, sobretudo, da atuação do Ministério Público do Trabalho em seara de tutela judicial coletiva, encorpou-se paulatinamente um movimento de *retorno às soluções judiciais não monetizantes* – notadamente aquelas providas por *tutelas inibitórias e de remoção de ilícito* –, que indubitavelmente melhor atendem tanto ao escopo contemporâneo da função jurisdicional (função de tutela) como ainda, em relação às questões labor-ambientais, o próprio perfil ontológico do bem da vida em crise.

Vejamos com mais vagar.

2 – MEIO AMBIENTE HUMANO E MEIO AMBIENTE DO TRABALHO: UM PERFIL ONTOLÓGICO PARA A ADEQUADA TUTELA JURISDICIONAL

Como visto, o caráter difuso do direito ao meio ambiente equilibrado também reclama, *a fortiori*, a primazia das tutelas preventivas e específicas, de modo a torná-lo oportunamente *útil e fruível* por seus titulares. Essa particular necessidade explica-se pela própria *natureza* do bem da vida em jogo: em sede ambiental, os danos são geralmente *extensos, sub-reptícios* e, não

5 No Senado Federal, tramitou como o PLS nº 166/2010, a passos largos e rápidos.

6 É o caso, p.ex., do art. 137, § 1º, da CLT (na redação do Decreto-Lei nº 1.535/77), pelo qual “vencido o (...) prazo [legal concessivo] sem que o empregador tenha concedido as férias, o empregado poderá ajuizar reclamação pedindo a fixação, por sentença, da época de gozo das mesmas”. Em quase quinze anos de Magistratura, o autor jamais se deparou com pedido vazado nesses termos em petição inicial.

raro, *irreversíveis*⁷. Daí a necessidade de se *prevenir* a ocorrência do dano, com os instrumentos judiciais ou extrajudiciais disponíveis; e, para a viabilidade dos primeiros, bastará sempre o *pressuposto fundamental* já evidenciado por E. Talamini: a *ameaça objetiva e atual de lesão do direito fundamental ao meio ambiente equilibrado*⁸. “Objetiva”, porque não se deve buscar a tutela judicial preventiva em face de qualquer temor, derivado da simples insegurança psicológica do titular do direito; impende demonstrar *indícios objetivos* do perigo alvitado. “Atual”, de outra parte, porque a transgressão deve ser iminente, não algo previsto para um futuro remoto e incerto. Ademais, o grau de “ameaça” exigido para a concessão da tutela preventiva, segundo Talamini, varia de um caso para outro, conforme a relevância jurídica dos bens da vida a proteger⁹. Logo, tratando-se de bens jurídicos dotados de jusfundamentalidade (como é o meio ambiente), admite-se a tutela preventiva perante graus menores de ameaça atual, à vista da elevada relevância do bem a tutelar.

Com efeito, um dos princípios fundantes do Direito Ambiental – ou *dois* deles, como se prefira – é o *princípio da prevenção/precaução*. As noções de *prevenção* e *precaução* não se confundem: a *prevenção* decorre diretamente do texto da *Declaração de Estocolmo* (1972), podendo ser juridicamente descrita como o mandado de otimização que preordena o *impedimento à ocorrência de atentados ao meio ambiente mediante meios apropriados, ditos preventivos* (Michel Prieur¹⁰).

Já o *princípio da precaução* deita raízes internacionais na *Declaração do Rio* (1992), consubstanciado no Princípio nº 15, pelo qual “quando houver ameaça de danos sérios ou irreversíveis, a ausência de absoluta certeza científica não deve ser utilizada como razão para postergar medidas eficazes e economicamente viáveis para prevenir a degradação ambiental”.

7 Cf. FELICIANO, Guilherme Guimarães. *Teoria da Imputação Objetiva no Direito Penal Ambiental brasileiro*. São Paulo: LTr, 2000. p. 329. *In verbis*: “Em suma: no primeiro significado, toma-se à consideração o meio ambiente como bem público (ou, na dicção constitucional, bem de uso comum do povo). No segundo significado, toma-se à consideração o fato jurídico da agressão ambiental, em vista da reação deletéria da natureza. Esse último aspecto obvia o que há de peculiar nos danos ecológicos, distinguindo-os das agressões antijurídicas à propriedade e ao patrimônio: à diferença dessas, a atividade humana ecologicamente predatória compromete os interesses de toda a coletividade, pela reação agressiva e não localizada que a degradação ambiental faz irromper (com elevados custos sociais e grande demanda de tempo para a recondução ao *status quo ante*, quando possível). Vamos mais além, para dizer que todo dano ambiental *lato sensu* é potencialmente *extenso* (qualquer dano sensível tende a se alastrar, em vista das inter-relações dos seres vivos entre si e com o entorno – como, e.g., nas cadeias alimentares), *insidiosos* (os desdobramentos perniciosos do evento danoso usualmente não podem ser determinados e/ou quantificados de modo claro e imediato) e *irreversível* (o que é consectário da esgotabilidade dos recursos naturais e da singularidade do patrimônio cultural)”.

8 TALAMINI, Eduardo. *Tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer: e sua extensão aos deveres de entrega de coisa* (CPC, arts. 461 e 461-A; CDC, art. 84). 2. ed. São Paulo: RT, 2003. p. 219-220.

9 *Idem, ibidem*.

10 PRIEUR, Michel. *Droit de l'environnement*. 3. ed. Paris: Dalloz, 1996. *passim*.

Como se vê, o princípio da prevenção atua no marco da *certeza científica*. Assim, e.g., quando se demanda de certa empresa a implantação de filtros para a liberação de seus resíduos, prevenindo a danosidade aos cursos d'água; ou, ainda, quando se demanda do Poder Público a instalação de equipamentos comunitários de saneamento básico, objetivando prevenir surtos de patologias de fundo séptico e/ou a própria danosidade ao meio ambiente de entorno; ou, enfim, quando se demanda do empregador a aquisição de equipamentos de proteção coletiva para evitar a concentração de gases tóxicos no ambiente da fábrica. O próprio *adicional de insalubridade* tem sido associado, no Direito do Trabalho, ao princípio da prevenção (conquanto seja, a rigor, também uma solução monetizante): em virtude da imposição genérica do adicional, desestimula-se a oferta de trabalhos com manipulação de tais agentes, produzindo “(...) efeitos imediatos ou a prazo (...) de forma antecipada, reduzindo ou eliminando as causas, prioritariamente à correção dos efeitos dessas ações ou atividades suscetíveis de alterarem a qualidade do ambiente”¹¹.

Já o princípio da precaução atua além dessas fronteiras, preordenando a conduta de menor risco em contextos de relativa imponderabilidade científica. É o que motivou, no final dos anos noventa, liminar inibitória deferida ao IDEC, no âmbito da Justiça Federal de primeiro grau, proibindo a Monsanto de expandir, no Brasil, plantações de soja transgênica (*round-up*), a despeito de toda a regulamentação que viria ulteriormente, pelas mãos da CTNBio, após sucessivos esforços de pesquisa. Ou ainda, em seara labor-ambiental, é o princípio que deve reger as decisões judiciais em torno da proteção do trabalhador contra a manipulação do amianto crisotila (no STF, e.g., v. a ADI nº 4066/DF, ajuizada pela Anamatra e pela ANPT em face da Lei nº 9.055/95, que autoriza o seu “uso controlado”¹²).

11 CORREIA, Fernando Alves. *O plano urbanístico e o princípio da igualdade*, Coimbra: Almedina, 1989. p. 80. O autor reporta-se a outro contexto, obviamente.

12 Segundo notícia do site do STF, “[a] Lei nº 9.055/95, que permite a exploração e a comercialização do amianto crisotila no país, é alvo de questionamento no Supremo Tribunal Federal (STF) pela ANPT (Associação Nacional dos Procuradores do Trabalho) e pela Anamatra (Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho). (...) A Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4.066, com pedido de medida cautelar, pede a revogação do art. 2º da lei questionada. Para a ANPT e a Anamatra, pesquisas científicas em vários países já teriam comprovado os malefícios – principalmente o câncer, causados pelo amianto, em suas diversas formas – tanto o marrom quanto o branco ou azul, também chamado de crisotila. (...) Tanto é assim, afirmam, que o amianto, em todas as suas modalidades, vem sendo sistematicamente abolido, não só pelos países desenvolvidos, mas também por muitas nações em desenvolvimento. As grandes empresas multinacionais, prosseguem as associações, migraram para países como o Brasil, onde a legislação de proteção ao trabalhador, à saúde e ao meio ambiente, por ser menos restritiva, ‘revela-se mais suscetível de abrigar empresas voltadas à exploração de atividades econômicas fundadas em matérias-primas poluentes ou revestidas de altíssimo nível de toxicidade para o organismo humano e o meio ambiente’. (...) Ao permitir a utilização dessas substâncias, a lei desrespeita dispositivos constitucionais, como o direito à saúde (art. 196). Outro problema relacionado ao amianto diz respeito a danos causados ao meio ambiente, afirmam as associações, fazendo com que a norma contrarie, também, os preceitos dispostos nos arts. 170 e 196 da Constituição Federal”.

De fato, e a toda evidência, todos esses conceitos aplicam-se igualmente às questões do meio ambiente do trabalho. Nem poderia ser diferente.

A tutela jurídica do trabalhador manifesta-se em três planos distintos de concreção: a *tutela individual* (inclusos todos os direitos individuais do art. 7º da CRFB e da CLT, ainda quanto dispostos como interesses individuais homogêneos, *ut* art. 81, parágrafo único, III, do CDC), a *tutela coletiva* (patrocinada pelos sindicatos profissionais, na esteira do art. 84º, III, da CRFB, do art. 81, parágrafo único, II, do CDC e do Enunciado 310 do TST) e a *tutela difusa* (acepção do art. 81, parágrafo único, I, do CDC). No presente tópico, interessa-nos apenas a tutela difusa. Dessa natureza é a tutela jurídica do meio ambiente do trabalho, que tem expressão constitucional, *ex vi* do art. 200, VIII, da CRFB.

É certo que o inciso VIII do art. 200 da CRFB consagra a expressão “meio ambiente do trabalho” no âmbito do sistema único de saúde. Essa locução não se repete em outro lugar; nada obstante, os seus consectários espraíam-se pelo texto constitucional. No art. 7º, a *redução dos riscos inerentes ao trabalho*, por meio de normas de saúde, higiene e segurança no trabalho (inciso XXII), é arrolada entre os direitos sociais dos trabalhadores urbanos e rurais, assim como os adicionais de remuneração para atividades penosas, insalubres ou perigosas (inciso XXIII), e as compensações financeiras – seguro e indenização – em caso de acidente de trabalho (inciso XXVIII). Do mesmo modo, a valorização do trabalho humano exsurge como fundamento da ordem econômica nacional, cuja realização pressupõe a observação dos ditames de justiça social e a defesa do meio ambiente (art. 170, *caput* e inciso VI).

A positividade do meio ambiente do trabalho não se exaure, porém, no texto constitucional maior. A Constituição do Estado de São Paulo, entre tantas outras constituições estaduais, cuida da matéria – e inclusive com maior minudência –, estabelecendo competir ao sistema único de saúde, nos termos da lei, a “colaboração na proteção do meio ambiente, incluindo do trabalho, atuando em relação ao processo produtivo para garantir: a) o acesso dos trabalhadores às informações referentes a atividades que comportem riscos à saúde e a métodos de controle, bem como aos resultados das avaliações realizados; b) a adoção de medidas preventivas de acidentes e de doenças do trabalho” (art. 223, IV). Essas competências foram depois discriminadas e instrumentalizadas pela Lei Estadual nº 9.505, de 11.03.97, que disciplinou, em São Paulo, as ações e os serviços de saúde dos trabalhadores no SUS e estabeleceu, em seu art. 1º, o dever do SUS de garantir o estado de saúde física, o estado de saúde mental e a segurança dos trabalhadores no processo de produção e no ambiente de trabalho. Mas a Constituição de São Paulo

não se ateu à função dos serviços públicos na defesa do meio ambiente laboral: consagrou, para além disso, o *direito de resistência* dos trabalhadores, autorizando paralisações individuais ou coletivas (greves) ao dispor que “em condições de risco grave ou iminente no local de trabalho, será lícito ao empregado interromper suas atividades, sem prejuízo de quaisquer direitos, até a eliminação do risco” (art. 229, § 2º).

A rigor, a peculiaridade do interesse ao sadio ambiente de trabalho pode promover a dúvida no espírito do intérprete: se há, entre os titulares provenientes de uma mesma classe ou categoria profissional, uma *relação jurídica de base* (o vínculo empregatício), não se cuidaria, mais propriamente, de um interesse coletivo, nos moldes do art. 81, parágrafo único, II, do CDC?

Como antes observado, a concreção daquele interesse pode assumir, no processo, feições as mais diversas: desde a de um interesse individual unitário até a de um interesse difuso propriamente dito, passando pelo interesse coletivo *stricto sensu*. Em termos abstratos, porém, a nota característica do meio ambiente do trabalho é certamente o caráter difuso do interesse suscitado. Se não, vejamos.

Haveria genuíno interesse coletivo *in abstracto* se, *e.g.*, determinada empresa “A” implantasse em todas as suas unidades um programa de cortes salariais proporcionais à faixa de remuneração, sem a correspondente redução de jornada, em desatenção ao art. 7º da CRFB (incisos VI e XIII) e à minguada de anuência sindical ou autorização judicial: nesse caso, o prejuízo recai sobre todos os empregados das unidades fabris, que titularizam um interesse coletivo em tese – à manutenção dos salários –, já que indivisível (a legalidade ou ilegalidade dos cortes não será mais ou menos ilegal para este ou aquele empregado¹³) e lastreado por uma relação jurídica de base (art. 3º da CLT). Nesse diapasão, outros trabalhadores não serão titulares do interesse em questão, ainda que trabalhem nos mesmos estabelecimentos (*e.g.*, trabalhadores de empresas de terceirização ou prestadoras de serviço, associados de cooperativas de mão de obra, etc.).

Não há o mesmo, contudo, quando se trata do meio ambiente do trabalho. O bom-senso vulgar pode dizê-lo: não é razoável entender que a empresa deva fornecer EPIs aos seus empregados e possa recusá-los aos empregados do terceirizador, que se ativam no mesmo local e se sujeitam aos mesmos agentes insalubres. Afirmar aquele direito de recusa seria negar, a esses últimos, a

13 MAZZILLI, Hugo Nigro. *A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 11.

própria dignidade humana. Dessarte, se o interesse prossegue indivisível (um ambiente insalubre o será para todos os que se ativam no local), a identificação dos titulares não parte de uma relação jurídica de base, mas de uma identidade factual baseada em “fatores conjunturais ou extremamente genéricos”¹⁴ (na espécie, a própria condição de ser humano). Significa dizer que a salubridade daquele espaço fechado interessa aos empregados da empresa “A”, mas também interessa aos terceirizados e sócios-cooperantes que trabalham no local, ou até mesmo aos quotistas da sociedade (se o negócio exigir-lhes presença constante na unidade), em função da nota de *humanidade* que é comum a todos – e apenas por isso.

Logo, o meio ambiente do trabalho equilibrado é um pressuposto constitucional da sadia qualidade de vida do trabalhador, e o interesse correspondente não é um interesse coletivo, mas um *interesse difuso in abstracto, ut art. 81, I, do CDC*¹⁵.

O meio ambiente do trabalho pode ser definido como “o local em que se desenrola boa parte da vida do trabalhador, cuja qualidade de vida está, por isso, em íntima dependência da qualidade daquele ambiente”¹⁶. Trabalhador, aqui, há de ser tanto os subordinados (empregados, avulsos) quanto os não subordinados (autônomos, eventuais, sócios-cooperantes etc.), os prepostos do empregador e ainda ele próprio, pessoa física, se inserido habitualmente no local de trabalho. Nessa ensanча, o conceito de Purvin de Figueiredo¹⁷ soa mais explícito, baseando-se no art. 3º, I, da Lei nº 6.938/81: meio ambiente do trabalho é o “conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica, que incidem sobre *o homem em sua atividade laboral*”, esteja ou não submetido ao poder hierárquico de outrem. Eloquente ainda é o conceito de Giampietro¹⁸, para quem o meio ambiente do trabalho é o complexo de bens

14 GRINOVER, Ada Pellegrini. “A problemática dos interesses difusos”. In: *A Tutela dos Interesses Difusos*. Ada Pellegrini Grinover (org.). São Paulo: Max Limonad, 1984. p. 30-31.

15 FELICIANO, Guilherme Guimarães. “Meio Ambiente do Trabalho (aspectos gerais e propedêuticos)”. In: *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da Décima Quinta Região*. São Paulo, LTr: 2002, n. 20, p. 160-203 (especialmente p. 166-170). Acrescentava, aos argumentos aqui expendidos, o de Jorge Luiz Ussier (*Justitia*, 171/45-48), divisando o interesse difuso da sociedade em que não deságuem anualmente levas e levas de mutilados inábeis à vida útil e dependentes de benefícios custeados pelo INSS, a expensas de todos.

16 SILVA, José Afonso da. *Direito Ambiental Constitucional* 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1995. p. 5.

17 FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin de. *Direito Ambiental e a saúde dos trabalhadores*. São Paulo: LTr, 2000. p. 44 (g.n.).

18 GIAMPIETRO, Franco. *La Responsabilità per Danno all’Ambiente*. Milano: Giuffrè, 1988. p. 113. *In verbis*: “L’ambiente di lavoro come complesso di beni immobili e mobili di pertinenza di un’impresa o di una società, eppertanto come oggetto di diritti soggettivi privati, nonché i diritti inviolabili della salute e dell’integrità fisica dei lavoratori, che lo frequentano, possono, peraltro, essere aggrediti e lesi da attività inquinante, proveniente da altra azienda o da insediamento civile di terzi”.

móveis e imóveis que, sendo objeto de direito subjetivo privado (propriedade de uma empresa ou de uma sociedade civil), é frequentado por trabalhadores cujos direitos invioláveis à saúde e à integridade física não podem ser agredidos ou ameaçados por atividades poluentes próprias ou provenientes de outra empresa ou estabelecimento civil¹⁹. Em suma: o direito subjetivo privado do empregador (direito de propriedade) é inoponível ao direito subjetivo público dos trabalhadores a um sadio meio ambiente de trabalho.

Se bem que inserido no universo do meio ambiente artificial (espaços fechados), o meio ambiente do trabalho pede tratamento em separado, seja pela ótica do direito interno (referência apartada na CRFB e em diversas constituições estaduais), seja pela ótica do direito internacional (cfr., *e.g.*, a Convenção OIT nº 155/81 – ratificada, aprovada e promulgada no Brasil – que dispõe sobre “o desenvolvimento, pelos países, de uma política nacional de saúde, segurança e meio ambiente do trabalho”, apartada das demais políticas ambientais).

A Convenção OIT nº 155 subministra elenco não exaustivo de objetivos políticos ínsitos ao tratamento jurídico do meio ambiente do trabalho, que se convolam em temas específicos no estudo da matéria: (1) a higidez do local de trabalho; (2) a segurança na construção e no manejo de máquinas e ferramentas; (3) a proteção dos trabalhadores contra agentes químicos, biológicos e físicos; (4) a gestão e a adequação das atividades, das operações e dos processos relacionados ao trabalho, com a determinação dos seus graus de risco e a sua classificação como proibidos, limitados ou controlados; (5) a implementação de um sistema apropriado de fiscalização do meio ambiente do trabalho; (6) as pesquisas de acidentes de trabalho e a publicação periódica das informações (no Brasil, o INSS divulgava periodicamente os dados coletados sobre os acidentes de trabalho por meio do BEAT – Boletim Estatístico de Acidentes de Trabalho); (7) a adoção compulsória de técnicas assecuratórias da segurança no trabalho e de processos de controle da ação de agentes químicos. Desse elenco, extrai-se que o objetivo global da tutela jurídica do meio ambiente do trabalho é, fundamentalmente, a *neutralização ou redução dos riscos inerentes ao trabalho e ao local de trabalho* (ut art. 7º, XII, da CRFB, como já apontado).

19 Sobre o conceito lato de *poluição labor-ambiental*, cfr. Guilherme Feliciano, *Meio Ambiente do Trabalho (aspectos gerais e propedêuticos)*, p. 180-183.

3 – TUTELA INIBITÓRIA E DE REMOÇÃO DO ILÍCITO:
INSTRUMENTALIDADE E PLASTICIDADE PROCEDIMENTAL. A
NECESSÁRIA VIRAGEM DE CULTURA

À diferença de outros países (como, *e.g.*, na Espanha, em que há a “acción de amparo”), o sistema processual brasileiro desconhece procedimento específico para a tutela preventiva de direitos fundamentais em geral. Não por outra razão, formulamos, ao lado de Souto Maior, Toledo Filho e Lacerda Pistori, a proposta de positivação legal da chamada *ação promocional trabalhista*, que priorizaria os provimentos preventivos, inibitórios e/ou de tutela específica, com um franco sentido de *despatrimonialização* e *desmonetização* do Direito do Trabalho²⁰.

No entanto, enquanto não se engendra legislativamente um instrumento mais adequado no imo do próprio sistema processual trabalhista, convirá às mais das vezes, para evitar a irreversibilidade do dano, recorrer à jurisdição inibitória e de remoção do ilícito, como temos frisado. Mas ao que nos reportamos exatamente?

A noção de tutela inibitória tem provável origem na *actio negatoria* do Direito Romano, cujas bases gerais chegaram às plagas sul-americanas por intermédio das Ordenações Filipinas (Livro 3º, Título 78, § 5º):

“se alguém se temer de outro que o queira ofender na pessoa, ou lhe queira sem razão ocupar e tomar suas cousas, poderá requerer ao juiz que o segure a ele e as suas cousas do outro que o quiser ofender, a qual segurança o juiz lhe dará; [...] e mais procederá contra o que a quebrantou, e menosprezou seu mandado, como achar por direito.”

Desse extrato legislativo primordial (para nós), e do que a doutrina contemporânea (em especial a anglo-americana) logrou construir por sobre o tema, pode-se hoje compor o *conceito* de tutela inibitória. A rigor, *tutela inibitória – em sentido lato – é um tipo de tutela jurisdicional definitiva, de conteúdo positivo ou negativo, contratual (specific performance, na tradição anglo-americana, para casos de breach of contract) ou extracontratual (injunction, na tradição*

20 Cf. FELICIANO, Guilherme Guimarães (org.). *Fênix*: por um novo processo do trabalho. São Paulo: LTr, 2011. *passim*.

anglo-americana, para casos de *tort*)²¹, voltada à prevenção da prática, da repetição ou da continuação de conduta ilícita ou danosa. Por ser definitiva, não se confunde com a tutela cautelar, que é provisória e precária. Nada obstante, serve tanto à tutela *preventiva* propriamente dita, evitando o dano originário – a que chamaríamos aqui de *tutela inibitória propriamente dita* –, como também serve à chamada *remoção do dano ou do ilícito*, que evita a permanência, a difusão e/ou o aprofundamento do dano já consumado (logo, também preventiva, ao menos na perspectiva da *descontinuação* do ilícito ou do dano: prevenir a sua sobrevida ou o seu aprofundamento)²².

Certa, nos termos já demonstrados, a *necessidade* de que a tutela jurídico-judicial seja, em matéria ambiental, eminentemente *preventiva* (e apenas residualmente reparatória ou repressiva), impende então discutir a concreta *compatibilidade* da tutela processual inibitória em sede de meio ambiente do trabalho.

Com efeito, quais seriam os *remédios judiciais* à disposição do juiz do Trabalho, no âmbito do processo laboral, para a tutela preventiva da higidez do meio ambiente do trabalho?

A Consolidação das Leis do Trabalho, como se sabe, não se preocupou em disciplinar sistematicamente as tutelas abreviadas – de urgência ou de evidência – no texto de 01.05.1943 (mesmo porque é anterior ao próprio Código Buzaid, de 1973, que sistematizaria a tutela processual cautelar no Brasil). Assim, a resposta àquela indagação passa inapelavelmente pelo diálogo das fontes formais e pela subsidiariedade da legislação processual civil, *ex vi* do art. 769 da CLT. Por essa via, reconhecida a omissão legislativa no universo celetário

21 Tanto a *specific performance* como a *injunction*, no direito anglo-saxão original, consubstanciavam modalidades de *equitable remedies*, i.e., um tipo de tutela que se pedia diretamente ao rei (e depois ao *Lord Chancellor*) para obter satisfação imediata em uma demanda – geralmente uma prestação *in natura* – que não era solucionada a contento pelas regras postas pelas cortes locais (*at law*). Eram, pois, remédios ligados à *equity* (e não à *common law*), que não tinham “a preocupação direta com a declaração e o reconhecimento dos direitos, mas com a principal ênfase em manter o poder estatal e a paz social” (ARENHART, Sérgio Cruz. *Perfis da tutela inibitória coletiva*. São Paulo: RT, 2003. p. 201-202).

22 Sobre o caráter eminentemente *preventivo* da tutela inibitória, tanto na inibição propriamente dita como na remoção do ilícito, veja-se, por todos, a nota de FRIGNANI: “L’azione inibitoria ha una funzione eminentemente preventiva, in quanto essa tende a bloccare l’illecito, o meglio a non permettere la ripetizione o continuazione. L’inibitoria perciò, se da un lato si basa sul passato (...) dall’altro mira al futuro in quanto impone ad un soggetto un determinato comportamento per il futuro” (FRIGNANI, Aldo. “Inibitoria (azione)”. In: *Enciclopedia del diritto*. Varese: Giuffrè, 1971. v. XXI. p. 559-581. Em sentido similar, distinguindo inclusive – com CALAMANDREI – a tutela cautelar da tutela inibitória (ambas preventivas no plano substancial, mas distintas no plano processual, ante o caráter provisório e não meritório da primeira), v. também SENA, Giuseppe. *I diritti sulle invenzioni e sui modelli di utilità (Trattato di diritto civile e commerciale)*. 4. ed. Milano: Giuffrè, 2011. p. 379.

e admitindo-se que não há quaisquer tensões relevantes, de fundo principiológico, entre as tutelas de urgência ou de evidência do sistema processual civil e o processo do trabalho (que, ao revés, é cultural e historicamente informado pelos princípios da celeridade e da efetividade da jurisdição²³), abre-se desde logo à jurisdição trabalhista as seguintes modalidades de tutela:

(a) a tutela cautelar (arts. 798 e ss. do CPC);

(b) a tutela inibitória propriamente dita (*e.g.*, art. 11 da Lei nº 7.347/85, art. 84 do CDC, art. 461 do CPC);

(c) a tutela antecipatória *stricto sensu* (art. 273 do CPC).

De fato, há décadas a tutela cautelar e a tutela antecipatória (essa mais recentemente) têm sido largamente aplicadas no âmbito da Justiça do Trabalho. Já a tutela inibitória tem sido (re)descoberta com mais cautela, em especial nas abordagens que propõem a superação do viés contratualista e patrimonialista que colonizou o processo do trabalho na segunda metade do século XX. Veja-se que, a rigor, ela sempre esteve direta ou indiretamente chancelada pela legislação celetária; nada obstante, ausentara-se por décadas da massa média de demandas apreciada pela Justiça do Trabalho. Basta examinar, para se chegar a tal conclusão, os exemplos mais comuns da doutrina nacional para a tutela inibitória ou de remoção do ilícito no campo trabalhista. Assim, p. exemplo, em Pozzolo²⁴:

23 Em outra obra, bem a propósito, identificamos os seguintes *princípios retores* do processo do trabalho brasileiro (propondo-os inclusive à positivação, em anteprojeto de lei que chancelaria alguns já clássicos entre nós e consolidaria outros ainda polêmicos): (a) os *princípios fundamentais*, de imediata ancoragem constitucional, a saber, o princípio da legalidade (art. 5º, II, CRFB); os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade (implícitos ao art. 1º, *caput, in fine* – princípio do Estado de Direito –, ao art. 5º, § 2º, e/ou ao art. 5º, LIV, todos da CRFB); os princípios da ampla defesa e do contraditório (art. 5º, LV, CRFB); o princípio da *efetividade da jurisdição* (implícito ao art. 5º, LIV, CRFB); o princípio do juiz do trabalho natural (art. 5º, XXXVII e LIII, CRFB); o princípio da publicidade (art. 5º, LX, e art. 93, IX, CRFB); o princípio da ação (art. 5º, XXXV e LIV, CRFB); o princípio da oficialidade (implícito ao art. 5º, LIV, CRFB); o princípio da conciliabilidade (outra explicito no art. 114, *caput*, da CRFB, anteriormente à EC nº 45/04, e hoje imane ao art. 5º, LXXVIII, *in fine*, e ao art. 114, § 2º, ambos da CRFB); o princípio da instrumentalidade das formas (implícito ao art. 5º, LIV e LXXVIII, CRFB); o princípio do devido processo laboral (art. 5º, LIV, CRFB); o princípio da oralidade (implícito ao art. 5º, LXXVIII, CRFB); (b) os *princípios inerentes* (aqueles ligados à atividade processual concretamente considerada, os ligados à audiência trabalhista e também os “princípios especiais”), a saber, o princípio da motivação dos atos judiciais decisórios (art. 93, IX, CRFB); o princípio da *celeridade processual* (art. 5º, LXXVIII, *in fine*, CRFB); o princípio da economia processual (*v., e.g.*, art. 841 da CLT); o princípio da simplicidade (*v., e.g.*, art. 840, §§ 1º e 2º, da CLT); o princípio do ônus dinâmico da prova (*v. e.g.*, a Súmulas ns. 16, 212 e 338 do C.TST); o princípio do livre convencimento racional e motivado (art. 131 do CPC); o princípio da identidade física do juiz (contra as Súmulas ns. 222 do STF e 136 do TST); o princípio da pluralidade regrada de instâncias (arts. 893 e ss. da CLT); o princípio da irrecorribilidade das decisões interlocutórias (art. 893, § 1º, da CLT); o princípio da gratuidade (*e.g.*, arts. 14, § 1º, da Lei nº 5.584/70 e 790, § 3º, da CLT); o princípio da imediatidade; o princípio da concentração dos atos processuais (*v. arts. 813, 843 e 851 da CLT*); o princípio da primazia da palavra; e os princípios da equidade, da *ultrapetição* e da *extrapetição* (mais específicos e conjunturais). Cfr. FELICIANO, G. G., *Fênix...*, p. 16 e ss.).

24 POZZOLO, Paulo Ricardo. *Ação inibitória no processo do trabalho*. São Paulo: LTr, 2001. p. 78-79.

“Vejam alguns exemplos práticos, diante de tantos: a transferência ilegal de empregado pode ser obstada pelo trabalhador a qualquer tempo, pois o ato contrário ao direito se renova dia a dia. O empregador que contrata empregado sem anotação na CTPS comete o ilícito continuado, violando o art. 29 da CLT, que estabelece o prazo de 48 horas para anotação. A qualquer tempo, o empregado pode pedir tutela inibitória positiva para que o empregador cumpra a obrigação, cessando a continuação do ilícito. As férias devem ser concedidas no período de doze meses subsequentes ao primeiro ano trabalhado, ou seja, após o período aquisitivo. Se o empregado não recebe suas férias no período legal de concessão, pode pleitear judicialmente a tutela inibitória, inclusive com as *astreintes* previstas no § 2º do art. 137 da CLT.”

São todas possibilidades que, a rigor, nasceram com a Consolidação das Leis do Trabalho (em especial as três primeiras, *ut arts.* 659, IX, 39, § 2º, e 137, § 2º, da CLT – vide, *supra*, a nota nº 06). Em geral, porém, o ilícito é reparado ou elidido apenas *ao final*, após terminado o vínculo empregatício: somente então, juntamente com os demais haveres trabalhistas pendentes, o ex-empregado reclama a anotação da CTPS (= tutela tardia de remoção do ilícito), a indenização dobrada das férias (= tutela ressarcitória) ou a indenização por danos biológicos, materiais ou morais pela transferência indevida ou pelo não fornecimento de equipamentos de proteção individual (= tutela ressarcitória/compensatória). Essa é o pendor cultural que demanda imediata superação, com vista à construção de um novo paradigma de processo laboral²⁵. Felizmente, o

25 Argumento recorrente, a tentar justificar essa cultura, é o de que o empregado que acaso se valer de ação judicial para obter a tutela inibitória ou de remoção de ilícito no curso do contrato de trabalho será provavelmente demitido, uma vez que não há garantia contra a dispensa arbitrária ou sem justa causa, exceto pela indenização do art. 18, § 1º, da Lei nº 8.036/90 (40% sobre o FGTS). A possibilidade da demissão instila, de fato, um inevitável temor. Por conta disso, no Anteprojeto de Reforma do Processo do Trabalho elaborado pelos juízes da 15ª Região do Trabalho, propúnhamos a introdução, no bojo da novel “ação promocional trabalhista” (que serviria inclusive para a tutela inibitória e de remoção do ilícito em sede trabalhista, como acima apontado), de uma *garantia provisória de emprego* (endoprocessual), “para todos os autores individuais em ações promocionais trabalhistas. A finalidade é contornar, com uma medida legal de força, a difundida cultura demissional do patronato brasileiro: as estatísticas revelam que os empregadores – notadamente os micros, pequenos e médios – apressam-se em demitir empregados que ajuizam ações trabalhistas, inclusive como forma de se “protegerem” e de evitarem maior alarido. Daí a blague segundo a qual a Justiça do Trabalho é, na verdade, a Justiça dos “sem trabalho” (i.e., a dos desempregados, porque os empregados procuram não discutir judicialmente seus direitos durante a relação do emprego). Ora, essa prática funesta é tendencialmente contrária à garantia social do trabalho e do emprego (arts. 6º e 7º, I, da CRFB), mesmo porque representa um modo obliquo de dispensa discriminatória, conquanto não previsto expressamente na Lei nº 9.029/95. A redação alvitrada para um novel art. 855-E da CLT pretende rever esse estado de coisas, impondo ao empresário a pronta conciliação ou a civilizada resignação com o natural exercício de um direito fundamental de seu empregado (a saber, o direito de ação) – ainda que, ao final, o Judiciário lhe dê razão” (FELICIANO, G.G. *Fênix...*, p. 58 e ss.).

emprego mais recorrente da tutela inibitória e de remoção do ilícito na Justiça do Trabalho tem sinalizado nessa direção. Mas ainda como fiapos de luz na negritude do alvorecer.

4 – PRINCÍPIOS RETORES DA TUTELA PROCESSUAL INIBITÓRIA: MENOR RESTRIÇÃO, MEIO MAIS IDÔNEO, PROPORCIONALIDADE

Reconhecida a compatibilidade concreta – ou, mais, a extrema conveniência – das tutelas inibitórias e de remoção do ilícito no processo do trabalho, exsurge, todavia, a questão do *bom emprego*, conseqüente àquela primeira: como bem manejar os remédios processuais que proveem tutela inibitória? Para a resposta, convém identificar os *princípios* que regem essa modalidade de tutela.

Consoante a melhor doutrina, são princípios retores da tutela processual inibitória o princípio da menor restrição, o *princípio do meio mais idôneo* e o *princípio da proporcionalidade* (esse, diga-se logo, na verdade um princípio fundante do próprio processo do trabalho – v., *supra*, a nota nº 23). Passemos em revista.

O *princípio da menor restrição* deita raízes no art. 620 do CPC, segundo o qual “quando por vários meios o credor puder promover a execução, o juiz mandará que se faça pelo modo menos gravoso para o devedor”. Compreende-se, porém, que esse mesmo comando sirva para outros procedimentos interventivos que interfiram imediatamente com os direitos ou o patrimônio do réu, como é o caso das tutelas inibitórias e, em geral, de todas as técnicas mandamentais e executivas *lato sensu* (acolhendo-se aqui a classificação *quinária* das sentenças²⁶).

Por outro lado, como corolário do princípio fundamental da efetividade da jurisdição (ínsito ao art. 5º, LIV, da CRFB e à própria ideia de “devido processo laboral”), também informa a tutela inibitória o *princípio do meio mais idôneo*, pelo qual “[é] adequado, ou idôneo, o meio que permite a efetividade da tutela do direito do autor e, ao mesmo tempo, traz a menor restrição possível ao réu”²⁷. E bem se vê, pela enunciação do princípio, que Marinoni já engasta no conceito a própria ideia de *ponderação*, inerente ao terceiro princípio usualmente associado à tutela processual inibitória (e que, num sentido maior, é princípio imbricado nas próprias bases constitucionais do Estado de Direito): o *princípio*

26 Cfr., por todos, MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado das ações*. Campinas: Bookseller, 1998. t. I. p. 140 e ss.

27 MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela inibitória (individual e coletiva)*. 2. ed. São Paulo: RT, 2000. p. 116.

da *proporcionalidade*. Essa necessidade de uma concreta *concordância prática* (*praktischer Konkordanz*) entre os interesses em colisão – que não faz mais que vazar, para a hipótese da tutela inibitória, a função de *proibição de excesso* que Canaris²⁸ propugnou para os direitos humanos fundamentais – aparece ainda mais claramente em passagem anterior:

“[n]o direito brasileiro, ainda que se possa demonstrar a possibilidade de um futuro ilícito, não é possível se requerer uma tutela inibitória que, muito embora destinada a evitar o ilícito, acabe causando um dano excessivo ao réu. A tutela deve ser solicitada dentro dos limites adequados a cada situação concreta, evitando-se a imposição de um não fazer ou de um fazer que possa provocar na esfera jurídica do réu uma interferência que se revele excessiva em face da necessidade concreta de tutela. Ou seja, a inibitória deve ser imposta ao réu dentro dos limites necessários à prevenção do ilícito (...)”²⁹

Descobrir o meio mais idôneo será, pois, um esforço hermenêutico sempre indissociável das circunstâncias concretas do caso (interpretação/aplicação). Não raro, a fim de sopesar os interesses em jogo e descobrir a solução mais equilibrada para a tensão entre a *maior efetividade* e a *menor restrição* (= *meio mais idôneo*), e diante das grandezas envolvidas, o juiz deverá superar intelectualmente as três “provas mentais” inerentes ao juízo de proporcionalidade: (a) a *adequação* em sentido estrito (i.e.: a restrição proposta é *idônea* para a inibição ou remoção do dano ou ilícito, ou não é de fato apta para inibi-lo(s) ou removê-lo(s)?); (b) a *necessidade* (i.e.: a restrição proposta é realmente *necessária* para a inibição ou remoção do dano ou ilícito, ou haveria outra igualmente eficaz e menos restritiva para o réu?); e, por fim, (c) a *proporcionalidade* em sentido estrito (i.e.: para o caso concreto, a conjugação de valores, interesses e princípios – em especial aqueles associados a direitos humanos fundamentais – que milita em favor da restrição proposta permite *justificar*, no campo da argumentação ético-jurídica, a relativização dos valores, interesses e princípios a hipoteticamente restringir?)³⁰.

28 No original, “Übermassverbot”. Cfr. CANARIS, Claus-Wilhelm. “Grundrechtswirkungen um Verhältnismäßigkeitsprinzip in der richterlichen Anwendung und Fortbildung des Privatrechts”. In: *JuS*, 1989, p. 161.

29 MARINONI, L. G. *Tutela...* p. 113-115.

30 Sobre o princípio da proporcionalidade no plano constitucional, v. HESSE, Konrad. *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*. 4. Aufl. Heidelberg: C. F. Müller, 1970. p. 28-29 e 132 e ss. V. ainda, no Brasil, MENDES, Gilmar. “O princípio da proporcionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: novas leituras”. In: *Revista Diálogo Jurídico*. Salvador: Centro de Atualização Jurídica, agosto/2001. v. 1. n. 5.

Observe-se que, enquanto as duas primeiras “provas mentais” dizem com o mundo das coisas (são juízos fáticos), a terceira fase diz com o mundo dos valores (é um estrito juízo de direito). Não raro, as decisões judiciais que autorizam as intervenções mais violentas perpassam todas essas fases, ainda que de um modo amalgamado, sem clareza quanto ao início e ao fim de cada uma delas.

E, para ilustrar uma dessas hipóteses, convém abrir novo tópico.

5 – TUTELA INIBITÓRIA AMBIENTAL NO PROCESSO DO TRABALHO: INTERDIÇÃO DE ESTABELECIMENTO

Talvez a hipótese mais veemente de tutela inibitória ou de remoção de dano (ou perigo de dano), no contexto celetário, seja aquela disposta no art. 161, *caput*, da CLT (com a redação da Lei nº 6.514/77). *In verbis*:

“O Delegado Regional do Trabalho, à vista do laudo técnico do serviço competente que demonstre grave e iminente risco para o trabalhador, poderá interditar estabelecimento, setor de serviço, máquina ou equipamento, ou embargar obra, indicando na decisão, tomada com a brevidade que a ocorrência exigir, as providências que deverão ser adotadas para prevenção de infortúnios de trabalho.”

No entanto, o texto parece limitar a possibilidade de interdição de estabelecimento, setor de serviço, máquina ou equipamento, e bem assim o embargo de obra perigosa, à atuação da *fiscalização do trabalho*, acometendo tais poderes diretamente ao “delegado regional do trabalho” (hoje, o superintendente regional do trabalho e emprego). Estaria, pois, o Poder Judiciário alijado desse poderoso remédio de tutela inibitória?

Obviamente que não. Interpretar desse modo o sistema celetário – conquanto não haja qualquer menção a tal espécie de tutela no Título X da CLT (“Do Processo Judiciário do Trabalho”) – seria regredir para um modelo de tutelas judiciais típicas exauríveis pelo texto legal (em moldes semelhantes ao sistema das *actiones legis* do direito romano, até aproximadamente 149 a.C.) e desconhecer o princípio de acesso *material* à justiça a que nos reportamos alhures, que tem respaldo nos incisos XXXV e LII do art. 5º da Constituição. Seria, ademais, desconhecer a própria *função de tutela* da jurisdição (Marinoni), há séculos celebrizada, na tradição anglo-saxônica, pelo brocardo *remedies precede rights*. Se não houver remédio judicial capaz de prover a necessidade ingente de se paralisar obra ou interditar estabelecimento para preservar a integridade física dos trabalhadores, então estará em xeque a *existência* mesma

de um direito à indenidade física no meio ambiente de trabalho. E que sistema jurídico teríamos, ademais, se admitisse em tais casos a *autotutela* (v., e.g., o art. 229, § 2º, da Constituição do Estado de São Paulo³¹), mas não admitisse a tutela judicial?

Por tantas razões, por ocasião da *1ª Jornada de Direito Material e Processual da Justiça do Trabalho*, coordenada pela Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho e realizada nas dependências do Tribunal Superior do Trabalho (nov. 2007), logramos fazer aprovar o *Enunciado nº 60*, com a seguinte redação:

“INTERDIÇÃO DE ESTABELECIMENTO E AFINS. AÇÃO DIRETA NA JUSTIÇA DO TRABALHO. REPARTIÇÃO DINÂMICA DO ÔNUS DA PROVA.

1. A interdição de estabelecimento, setor de serviço, máquina ou equipamento, assim como o embargo de obra (art. 161/CLT), podem ser judicialmente requeridos na Justiça do Trabalho (art. 114, I e VII, da CRFB), em sede principal ou cautelar, pelo Ministério Público do Trabalho, pelo sindicato profissional (art. 8º, III, da CRFB) ou por qualquer legitimado específico para a tutela judicial coletiva em matéria labor-ambiental (arts. 1º, I, 5º, e 21 da Lei nº 7.347/85), independentemente da instância administrativa.

2. Em tais hipóteses, a medida poderá ser deferida: (a) *inaudita altera parte*, em havendo laudo técnico preliminar; (b) após audiência de justificação prévia (art. 12, *caput*, da Lei nº 7.347/85), caso não haja laudo técnico preliminar, mas seja verossímil a alegação, invertendo-se o ônus da prova, à luz da teoria da repartição dinâmica, para incumbir à empresa a demonstração das boas condições de segurança e do controle de riscos.”

Nesses termos, resulta indiscutível o grau de convencimento, entre os cultores e operadores do Direito do Trabalho (juizes, procuradores, advogados, sindicalistas, professores, etc.), de que as providências legais descritas no art. 161 da CLT podem ser requeridas *direta* ou *supletivamente* ao juiz do Trabalho, como não poderia deixar de ser. E, mais, que, para a concessão *liminar* dessa espécie de tutela inibitória (a prevenir ou remover o dano ou ilícito), à vista da grandeza dos direitos fundamentais em jogo (a saber, a própria vida ou indenidade física dos trabalhadores), bastará a existência de um laudo técnico

31 *In verbis*: “Em condições de risco grave ou iminente no local de trabalho, será lícito ao empregado interromper suas atividades, sem prejuízo de quaisquer direitos, até a eliminação do risco”.

preliminar ou, em sua ausência, a própria *verossimilhança das alegações* (*Anscheinsbeweis*), com a inversão do ônus da prova em detrimento do empresário (que sempre oporá a medidas deste calibre os seus próprios direitos fundamentais, como o de propriedade e o de livre iniciativa). Parece claro, aliás, que, a depender da verossimilhança da alegação, e sempre a critério da autoridade judiciária, a interdição ou o embargo liminar estará permitido *a qualquer tempo*, mesmo à míngua de laudo preliminar e antes de qualquer audiência de justificação prévia. A grandeza do direito ameaçado determinará, via de regra, a concessão da tutela inibitória preventiva, concedendo-se imediata concreção aos princípios ambientais já referidos (em especial os da prevenção e da precaução).

Aliás, *inversões do ônus da prova* em sede de tutela de direitos humanos fundamentais ou de hipossuficientes econômicos não é absolutamente uma novidade. Em relação aos hipossuficientes, basta ver o teor do art. 6º, VIII, do Código de Defesa do Consumidor. E, em relação à tutela das liberdades públicas, é do escólio de J. J. Gomes Canotilho (Portugal) e M. Nierhaus (Alemanha) que, ante a *insuficiência metódica* dos modelos de distribuição do ônus da prova nos processos envolvendo direitos constitucionais fundamentais, a *adequação* das regras legais é medida que se impõe para a preservação da supremacia daqueles próprios direitos³². Trata-se, pois, de uma modificação *ope iudicis* do regime de distribuição do ônus da prova, de acordo com a necessidade do caso concreto (= “distribuição dinâmica”), o que está certamente *autorizado* pelo art. 5º, XXXV, da CRFB³³.

6 – MECANISMOS DE COERÇÃO NA TUTELA INIBITÓRIA. PRISÃO CIVIL. PRISÃO PENAL. COMINAÇÕES PECUNIÁRIAS

Por fim, admitido e recomendado o largo emprego das ações inibitórias no processo do trabalho – e em particular nos ensejos labor-ambientais –, resta perguntar: quais *meios de coerção* estarão à disposição do juiz do Trabalho

32 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Estudos sobre Direitos Fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2004. p. 170 (“O Ônus da Prova na Jurisdição das Liberdades”). NIERHAUS, Michael. *Beweismass und Beweislast. Untersuchungsgrundsatz und Beteiligtenmitwirkung im Verwaltungsprozess*. Berlin: F. Vahlen, 1989. *passim*.

33 Nesse sentido, v. ARENHART, S. C. *Perfis...* p. 288-292. *In verbis*: “Claro está que essa modificação do regime do ônus da prova, sem autorização expressa de lei, depende da concorrência de dois fatores, já explicitados no parágrafo anterior: a) a impossibilidade concreta ou a dificuldade intransponível de o requerente produzir a prova sobre o fato futuro temido; b) a real possibilidade, vislumbrada pelo magistrado por evidências específicas do caso real, de que o réu venha a produzir provas capazes de demonstrar a inocorrência de futura violação do direito” (p. 289-290).

para fazer cumprir as ordens que exarar em sede mandamental ou executiva *lato sensu*?

A mais adequada, do ponto de vista da efetividade, seria a *prisão processual por contempt of court*. Já sustentamos inclusive a sua viabilidade no contexto constitucional brasileiro³⁴. Pareceria decorrer, ademais, das próprias possibilidades abertas pelo art. 462, § 5º, do CPC³⁵. No entanto, porque é geralmente confundida com a *prisão civil por dívidas* do art. 5º, LXVII, da CRFB, e sobretudo após a edição da Súmula Vinculante nº 25 (pela qual o Excelso Pretório pretendeu banir toda e qualquer modalidade de prisão por infidelidade depositária, esvaziando, a pretexto de dar concretude ao Pacto de San José da Costa Rica, a única hipótese constitucional de prisão civil praticada na Justiça do Trabalho), a tese de privação processual de liberdade daquele que se recusar a cumprir ordem judicial inibitória, ainda se de modo contumaz, passa a ser impraticável. A propósito, aliás, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (muito antes da SV nº 25):

“Embora compreensível a vontade do magistrado, no exercício da jurisdição cível, de querer ver satisfeita em sua plenitude a prestação jurisdicional, a ameaça efetiva de prisão, quando não se tratar das hipóteses de depositário infiel e devedor de alimentos, configura ilegalidade, por ausência de previsão legal” (STJ, HC nº 42.896/TO, rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, j. 28.06.05).

Restaria, pois, a *prisão penal* por crime de desobediência (art. 330 do CP). Essa, porém, torna-se igualmente improvável, agora à vista da legislação liberal que o Brasil vem abraçando, nos últimos anos, em seara penal e processual penal. Combinando-se o art. 302 do CPP com o art. 61 da Lei 9.099/95, e porque o delito de desobediência é crime de menor potencial ofensivo (ante a pena máxima inferior a dois anos), sequer cabe a prisão em flagrante, caso o réu negue-se a dar cumprimento à ordem judicial na presença do oficial de justiça. Quando muito, poder-se-á conduzi-lo à autoridade policial para lavratura de termo de ocorrência circunstanciado, bastando ao renitente, para livrar-se da prisão, assumir o compromisso de comparecer oportunamente perante o juiz criminal competente. Nesse diapasão, veja-se, por todos, STJ, HC nº 30.390/AL, Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, j. 03.02.04.

34 FELICIANO, Guilherme Guimarães. “Da prisão civil do depositário judicial infiel economicamente capaz: um outro olhar”. In: *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região*. Belo Horizonte: Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região, 2009. v. 79. p. 55-79.

35 Cfr., a respeito, GUERRA, Marcelo Lima. *Execução indireta*. São Paulo: RT, 1999. *passim*. V. ainda, do mesmo autor, “Inovações na execução direta das obrigações de fazer e não fazer”. In: *Processo de execução e assuntos afins*. Teresa Arruda Alvim Wambier (org.). São Paulo: RT, 1998. *passim*.

Assim, os únicos meios idôneos de coerção à disposição do juiz do Trabalho serão mesmo as *cominações pecuniárias* e as “*astreintes*” em particular. As multas diárias a rigor não buscam recompor prejuízo, mas estimular o ordenado à prática de certa conduta. Logo, são perfeitamente *cumuláveis* com as indenizações que acaso couberem (v., analogicamente, o art. 84, § 2º, do CDC). Tem, ademais, grande plasticidade, como se lê no texto do art. 461, § 6º, do CPC. Para bem aplicá-las, porém, o juiz do Trabalho deve observar as seguintes balizas: (a) a capacidade econômica do demandado; (b) a capacidade de resistência do demandado; (c) o comportamento mais ou menos culposos do réu; e (d) a repercussão individual e social da conduta indesejada. A partir desses critérios, o juiz fixará o valor da multa e o regime de acréscimo diário.

7 – CONCLUSÕES

Ao cabo dessas considerações, poderíamos finalizar, como de praxe fazemos, arrolando articuladamente as principais conclusões temáticas inferíveis do texto. Preparando as anotações iniciais, todavia, pareceu-me muito mais relevante, naquele ensejo, reproduzir as palavras de Lamartino Corrêa Lyra (discurso de paraninfo para turma de formandos na Universidade Federal do Paraná), transcritas por Arenhart em obra célebre³⁶. Ouviu-se em 1976, do velho mestre, o seguinte:

“Já não creio nas belas frases nem nos mitos bem pensantes. Continuo a crer, com fé amarga e sólida, nos valores dos quais as belas frases e belos mitos não passam de caricaturas. *Creio na Justiça.*” (g.n.)

Tais palavras instam ainda à reflexão. Ao cidadão, basta crer na Justiça?

Cremos que não. Não lhe bastará acreditar, apenas, na Justiça como valor filosófico. Por legado constitucional histórico, é-lhe dado também, em direito e escolha, acreditar na Justiça como *instituição* – o que nos remeterá, sempre, às ideias-força constitucionais de pleno acesso à Justiça, de devido processo legal substantivo e de efetividade da jurisdição.

Para tanto, serão de todo imprescindíveis, atemporalmente, os homens de boa vontade (Lucas, 2:10-14). Mas não só. Carece-se também de instrumentação adequada. Neste estudo, o que pretendemos demonstrar é como esses dois elementos podem, afinal, conjuminar-se em um único esforço hermenêutico-discursivo. Onde faltam os instrumentos, que venha a boa razão dos homens. E,

36 ARENHART, S. C. *Perfis...* p. 9. A citação introduz, na obra, o prefácio de Ovídio A. Baptista da Silva.

70 ANOS DA JUSTIÇA DO TRABALHO

onde faltam os homens de correta razão, que venham os melhores instrumentos. As ações inibitórias certamente estão entre eles.

8 – REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ARENHART, Sérgio Cruz. *Perfis da tutela inibitória coletiva*. São Paulo: RT, 2003.
- CANARIS, Claus-Wilhelm. “Grundrechtswirkungen um Verhältnismässigkeitsprinzip in der richterlichen Anwendung und Fortbildung des Privatrechts”. In: *JuS*, 1989. p.161 e ss.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Estudos sobre Direitos Fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2004.
- CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. Campinas: Bookseller, 2000. v. I. PORTANOVA, Rui. *Princípios do processo civil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.
- CORREIA, Fernando Alves. *O plano urbanístico e o princípio da igualdade*, Coimbra: Almedina, 1989.
- FELICIANO, Guilherme Guimarães. “Da prisão civil do depositário judicial infiel economicamente capaz: um outro olhar”. In: *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região*. Belo Horizonte: Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região, 2009. v. 79.
- _____. *Fênix: por um novo processo do trabalho*. São Paulo: LTr, 2011.
- _____. “Meio Ambiente do Trabalho (aspectos gerais e propedêuticos)”. In: *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da Décima Quinta Região*. São Paulo, LTr: 2002. n. 20.
- _____. *Teoria da Imputação Objetiva no Direito Penal Ambiental brasileiro*. São Paulo: LTr, 2000.
- FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin de. *Direito Ambiental e a saúde dos trabalhadores*. São Paulo: LTr, 2000.
- FRIGNANI, Aldo. “Inibitoria (azione)”. In: *Enciclopedia del diritto*. Varese: Giuffrè, 1971. v. XXI.
- GIAMPIETRO, Franco. *La Responsabilità per Danno all’Ambiente*. Milano: Giuffrè, 1988.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. “A problemática dos interesses difusos”. In: *A Tutela dos Interesses Difusos*. Ada Pellegrini Grinover (org.). São Paulo: Max Limonad, 1984.
- GUERRA, Marcelo Lima. “Inovações na execução direta das obrigações de fazer e não fazer”. In: *Processo de execução e assuntos afins*. Teresa Arruda Alvim Wambier (org.). São Paulo: RT, 1998.
- _____. *Execução indireta*. São Paulo: RT, 1999.
- HESSE, Konrad. *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*. 4. Aufl. Heidelberg: C. F. Müller, 1970.
- MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria Geral do Processo*. 3. ed. São Paulo: RT, 2008. v. I.
- _____. *Tutela inibitória (individual e coletiva)*. 2. ed. São Paulo: RT, 2000.
- MAZZILLI, Hugo Nigro. *A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

70 ANOS DA JUSTIÇA DO TRABALHO

MENDES, Gilmar. “O princípio da proporcionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: novas leituras”. In: *Revista Diálogo Jurídico*. Salvador: Centro de Atualização Jurídica, agosto/2001. v. 1. n. 5.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado das ações*. Campinas: Bookseller, 1998. t. I.

NIERHAUS, Michael. *Beweismass und Beweislast. Untersuchungsgrundsatz und Beteiligtenmitwirkung im Verwaltungsprozess*. Berlin: F. Vahlen, 1989.

POZZOLO, Paulo Ricardo. *Ação inibitória no processo do trabalho*. São Paulo: LTr, 2001.

PRIEUR, Michel. *Droit de l'environnement*. 3. ed. Paris: Dalloz, 1996.

SENA, Giuseppe. *I diritti sulle invenzioni e sui modelli di utilità (Trattato di diritto civile e commerciale)*. 4. ed. Milano: Giuffrè, 2011.

SILVA, José Afonso da. *Direito Ambiental Constitucional* 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1995.

TALAMINI, Eduardo. *Tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer: e sua extensão aos deveres de entrega de coisa (CPC, arts. 461 e 461-A; CDC, art. 84)*. 2. ed. São Paulo: RT, 2003.

CONSIDERAÇÕES A RESPEITO DAS RELAÇÕES ENTRE A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 E OS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS

Ingo Wolfgang Sarlet*

1 – NOTAS INTRODUTÓRIAS

As relações entre a Constituição (mas também do direito interno dos Estados em geral) e a ordem jurídica internacional seguem merecendo lugar de destaque na pauta das principais discussões doutrinárias e jurisprudenciais, seja no Brasil¹, seja no exterior. Com efeito, ainda mais no âmbito de um Mundo globalizado, a existência de um diálogo entre as diversas ordens jurídicas (nacionais e supranacionais) e o reconhecimento da necessidade de considerável dose de harmonização entre os ordenamentos dos diversos Estados (por meio de um efetivo Direito Internacional Público e, cada vez mais, por meio de um renovado e constitucionalizado Direito Internacional Privado), constituem demandas prioritárias. Neste contexto, à vista da abrangência do tema, optou-se aqui por desenvolver (no âmbito de uma revisita, a partir de textos anteriores!) apenas um aspecto da problemática, qual seja, o da relação entre a Constituição, os direitos fundamentais nela consagrados e os direitos humanos previstos nos tratados internacionais ratificados pelo Brasil.

Como é notório, tal problemática gerou acirrada controvérsia na comunidade jurídica pátria, especialmente a partir da promulgação da atual Constituição Federal de 1988 (doravante referida como CF) com a previsão, no § 2º

* *Doutorado e pós-doutorado em Direito (Universidade de Munique e Instituto Max-Planck de Direito Social Estrangeiro e Internacional); professor titular da Faculdade de Direito e dos cursos de mestrado e doutorado do Programa de Pós-Graduação em Direito da PUCRS; professor da Escola Superior da Magistratura (AJURIS); juiz de direito (RS).*

1 Entre nós, um dos grandes especialistas na matéria, RAMOS, André de Carvalho, “O Supremo Tribunal Federal e o Direito Internacional dos Direitos Humanos”, in: SARMENTO, Daniel; SARLET, Ingo Wolfgang (Coord.), *Direitos Fundamentais no Supremo Tribunal Federal: balanço e crítica*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 9, chegou a afirmar que “indiscutivelmente, o maior tema na doutrina brasileira referente ao Direito Internacional dos Direitos Humanos nos últimos anos foi o do estatuto normativo dos tratados internacionais de direitos humanos incorporados”.

do art. 5º, de que os direitos expressos na Constituição também abrangem os constantes dos tratados internacionais, registrando-se uma nova fase do debate quando da promulgação da Emenda Constitucional nº 45, de 08 de dezembro de 2004 (doravante denominada EC nº 45). A EC nº 45, após longa e tormentosa tramitação no Congresso Nacional, veiculou a assim chamada Reforma do Poder Judiciário, implicando a inserção de várias disposições diretamente relativas aos direitos humanos e fundamentais na CF, como foi o caso, apenas para citar o dispositivo mais próximo da temática aqui versada, da inclusão do § 3º do art. 5º, versando sobre a forma de incorporação, ao direito interno, dos tratados internacionais de direitos humanos.

Nesta perspectiva, objetivando acima de tudo integrar o processo de discussão e contribuir, quem sabe, para alguma reflexão adicional sobre o tema, que nos parece ainda longe de ter alcançado uma fase de sedimentação e consenso na esfera doutrinária e jurisprudencial, o nosso propósito é o de retomar a análise, não apenas as possíveis consequências da inserção do atual § 3º do art. 5º da CF, versando sobre a incorporação de tratados internacionais em matéria de direitos humanos ao sistema constitucional, quanto, em especial, discutir a relação deste dispositivo com o art. 5º, § 2º, da CF e o modo pelo qual doutrina e jurisprudência têm tratado da matéria.

Com efeito, o dispositivo inserido por meio da Emenda Constitucional nº 45/04 (§ 3º do art. 5º da CF), estabelecendo que “os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais”, ao que tudo indica, veio para complementar o já referido § 2º do mesmo artigo, que, consoante farta doutrina, consagrou expressamente a abertura material dos direitos fundamentais no sistema constitucional nacional², inclusive no que concerne aos tratados internacionais em matéria de direitos humanos, temática que tem sido amplamente versada na literatura, além de ter propiciado acirrado debate, especialmente no que diz com a hierarquia dos tratados em relação ao ordenamento jurídico interno. Embora nosso propósito seja o de explorar as principais questões vinculadas ao novo § 3º do art. 5º, não deixaremos de tecer, naquilo que for necessário, algumas considerações sobre o § 2º, até mesmo pelo fato de não ser possível dissociar os dois dispositivos, já que conexos e a desafiarem uma exegese conjunta.

2 Sobre o tema, v, dentre outros, o nosso *A Eficácia dos Direitos Fundamentais. Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*, 10. ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 78 e ss.

Considerando, portanto, o teor do “novo” dispositivo (no caso, o § 3º do art. 5º), não é de se estranhar que no âmbito da doutrina especializada a discussão tenha assumido novos contornos, acompanhada de grande variedade de posicionamentos, que alcançam desde a discussão em torno do regime jurídico dos tratados anteriores, até problemas vinculados ao novo processo de incorporação (por exemplo, o seu caráter facultativo ou cogente) e aspectos atinentes à hierarquia dos tratados incorporados pelo rito das emendas constitucionais, havendo até mesmo quem esteja a questionar a legitimidade constitucional da inovação trazido pela EC nº 45 neste particular.

Diante deste quadro, é nosso propósito retomar, aperfeiçoar e complementar uma série de considerações sobre pelo menos parte das questões ventiladas no âmbito da controvérsia doutrinária, com o intuito de contribuir de algum modo para alguma sistematização e sedimentação do debate, que, como já frisado, a despeito de todos os avanços, ainda se encontra em fase embrionária, de vez que, até o momento, apenas um tratado internacional foi submetido, no plano do processo legislativo nacional, ao procedimento previsto no art. 5º, § 3º, da CF, não tendo havido, ainda, pronunciamento dos Tribunais Superiores, notadamente do Supremo Tribunal Federal, sobre a matéria, salvo no que diz respeito à hierarquia dos tratados, aspectos que serão desenvolvidos mais adiante. Por fim, adverte-se o leitor de que, se em boa parte se está a reproduzir textos anteriores, houve aqui uma ampliação e atualização importante do debate, seja mediante a reavaliação e reforço de alguns argumentos, seja pela inserção de novas questões e de literatura não considerada nas versões anteriores³, mas também em função da consideração, com maior ênfase, da questão da hierarquia dos tratados de direitos humanos e da alteração da posição do Supremo Tribunal Federal nesta seara. Por derradeiro, ainda nesta fase preliminar, deixa-se consignado que a despeito das evidentes conexões entre os §§ 2º e 3º e o também novo § 4º do art. 5º, este último versando sobre a sujeição à jurisdição do Tribunal Penal Internacional (conexão que se pode vislumbrar também no que diz respeito ao incidente de deslocamento da competência da Justiça Estadual para a Justiça Federal nos casos de graves violações de direitos humanos assegurados nos

3 Foram publicados dois artigos de nossa autoria versando sobre a temática, um mais extenso, incluindo uma digressão sobre a distinção entre direitos humanos e direitos fundamentais e sobre a abertura material do catálogo constitucional (Os direitos fundamentais, a reforma do Judiciário e os tratados internacionais de direitos humanos: notas em torno dos §§ 2º e 3º do art. 5º da Constituição de 1988, in: *Revista de Direito do Estado*, nº 1, jan./mar. 2006, Rio de Janeiro: Renovar, p. 59-99) e outro mais reduzido, priorizando a discussão em torno do novo § 3º do art. 5º da Constituição (“A reforma do Judiciário e os tratados de direitos humanos: algumas notas sobre o novo § 3º do art. 5º da Constituição”, in: *Interesse Público*, nº 37, maio/jun. 2006, p. 49-64, também publicado na *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica* nº 4, Porto Alegre, 2006, p. 183-200).

tratados internacionais ratificados pelo Brasil (art. 109, V, § 5º, da CF) deixar-se-á de adentrar o exame dessas questões, que desafiavam outros estudos⁴.

2 – O § 3º DO ART. 5º DA CONSTITUIÇÃO E SEUS REFLEXOS NO QUE DIZ COM A INCORPORAÇÃO DOS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS

A EC nº 45, que cuidou da reforma do Poder Judiciário, acrescentou – como já frisado – um § 3º ao art. 5º da nossa Constituição. Tal preceito – para além de reforçar (pelo menos no que diz com o direito constitucional positivo) a corrente distinção entre direitos humanos e direitos fundamentais a partir do seu respectivo plano de reconhecimento e proteção jurídico-positivo⁵ – acabou por inserir no texto constitucional uma norma (no caso, uma regra do tipo procedimental, em primeira linha) dispondo sobre a forma de incorporação ao direito interno dos tratados em matéria de direitos humanos, que, interpretada em sintonia com o art. 5º, § 2º (de acordo com o qual os direitos e garantias expressos na Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios e os previstos em tratados internacionais), pode ser compreendida como assegurando – *em princípio e em sendo adotado tal procedimento* – a condição de direitos formalmente e materialmente fundamentais aos direitos consagrados no plano das convenções internacionais. Que tal exegese, como se pode perceber desde logo, não representa a única possível, é o que, a exemplo de outros, nos propomos a enfrentar com particular atenção neste segmento, ainda que sem a pretensão de esgotar as diversas alternativas hermenêuticas disponíveis. Por outro lado, importa destacar que em função da relação com a questão da hierarquia dos tratados uma vez regularmente incorporados, destacamos que aqui estaremos privilegiando aspectos atinentes ao procedimento e os principais problemas correlatos.

Em primeiro lugar, convém destacar que é pelo menos questionável – por mais sedutora que seja tal tese – que, por força da EC nº 45, todos os tratados em matéria de direitos humanos já incorporados ao sistema jurídico brasileiro (no caso, referimo-nos aos tratados aprovados antes da entrada em vigor da EC nº 45) possam ser considerados como equivalentes às emendas constitucionais, já que não há como aplicar neste caso o argumento da recepção quando se trata de

4 A respeito do incidente de deslocamento da competência inserido pela EC nº 45 v. SARLET, Ingo Wolfgang; FURIAN, Leonardo; FENSTERSEIFER, Tiago. “A reforma (deforma?) do Judiciário e a assim designada ‘federalização’ dos crimes contra os direitos humanos: proteção ou violação de princípios e direitos fundamentais”, in: SARLET, Ingo Wolfgang (Coord.), *Jurisdição e Direitos Fundamentais*, vol. I, Tomo I, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 49-106.

5 Sobre esta distinção, adotada com base nas diferenças entre o plano internacional de positivação (direitos humanos) e o plano constitucional (direitos fundamentais) v. o nosso *A Eficácia dos Direitos Fundamentais...*, p. 27 e ss.

procedimentos legislativos distintos, ainda que haja compatibilidade material, como se fosse possível transmutar um decreto legislativo aprovado pela maioria simples do Congresso Nacional em emenda constitucional que exige uma maioria reforçada de três quintos dos votos, sem considerar os demais limites formais das emendas à Constituição⁶. Em sentido diverso, há quem sustente, fundado em respeitável doutrina, a recepção dos tratados anteriores – naquilo que efetivamente versam sobre direitos humanos (no sentido de bens jurídicos indispensáveis à natureza humana ou à convivência social) – como se tivessem sido incorporados pelo rito mais rigoroso das emendas constitucionais, assegurando-lhes a respectiva supremacia normativa, no âmbito do que se costuma designar de recepção material⁷.

Tal entendimento como ainda teremos oportunidade de ver ao longo da exposição subsequente, dificilmente se revela como sustentável⁸, considerando a incompatibilidade total de rito (e natureza) dos decretos legislativos e das emendas constitucionais. A comparação entre lei ordinária e lei complementar – ainda que pressuponha diferença de rito e *quorum* de aprovação distinto – não pode, salvo melhor juízo, ser transposta automaticamente para os decretos legislativos e emendas constitucionais, já que tanto os decretos quanto as emendas não cumprem a mesma função das leis (ordinárias e complementares), isto sem falar na hierarquia constitucional das emendas, que passam a integrar a Constituição, o que não ocorre com as leis. Em caráter alternativo – mas substancialmente diverso da tese da recepção –, há como sustentar que os tratados internacionais (que já são materialmente constitucionais e, portanto, conforme ainda será objeto de maior desenvolvimento, *já possuem hierarquia constitucional* por força do próprio art. 5º, § 2º, da CF!) também poderão ser formalmente constitucionais, caso forem aprovados, a qualquer momento, pelo procedimento reforçado instituído pelo art. 5º, § 3º⁹, linha argumentativa que nos parece mais sólida. Em caráter complementar, a tese da recepção acima referida esbarra na circunstância de que o Congresso Nacional, ao aprovar a Convenção sobre os direitos das pessoas portadoras de necessidades especiais, o fez valendo-se do

6 Neste sentido, registra-se a posição de PIOVESAN, Flávia. Reforma do judiciário e direitos humanos. In: TAVARES, André Ramos; LENZA, Pedro; ALARCÓN, Pietro de Jesús Lora (Orgs.). *Reforma do judiciário analisada e comentada*. São Paulo: Método, 2005, p. 72.

7 Cf. TAVARES, André Ramos. *Reforma do judiciário no Brasil pós-88: (des)estruturando a justiça. Comentários completos à emenda constitucional n° 45/04*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 47-48; e, também, FRANCISCO, José Carlos. Bloco de constitucionalidade e recepção dos tratados internacionais. In: TAVARES, André Ramos; LENZA, Pedro; ALARCÓN, Pietro de Jesús Lora (Orgs.). *Reforma do judiciário analisada e comentada*. São Paulo: Método, 2005, p. 103-105.

8 Ver, justamente neste sentido, o enfático pronunciamento de PIOVESAN, Flávia, “Reforma do judiciário e direitos humanos”, *op. cit.*, p. 72.

9 Neste sentido, precisamente a conclusão de MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. O novo § 3º do art. 5º da Constituição e sua eficácia. *Revista da Ajuris*, v. 32, n. 98, Porto Alegre, jun. 2005, p. 321.

instrumento do Decreto Legislativo (no caso, o DL nº 186/08), mas observados os requisitos do art. 5º, § 3º, da CF, tudo a indicar que a tese da equivalência (pelo menos no plano formal) dos Decretos Legislativos anteriores e os que forem aprovados mediante observância do novo regime criado pela EC nº 45, há de ser – no mínimo! – submetida ao crivo do contraditório.

Há que observar, neste contexto, que a recepção – com qualidade de emenda constitucional – dos tratados anteriores acabaria sendo, em determinadas circunstâncias e a depender da interpretação imprimida no âmbito da jurisdição constitucional, até menos vantajosa do que a chancela de sua condição de normas materialmente constitucionais, já que, como voltaremos a discutir mais adiante, poderiam ser objeto de declaração de inconstitucionalidade pelo Poder Judiciário, se este vislumbrasse uma ofensa aos limites materiais à reforma constitucional. Assim, como afirma Flávia Piovesan, quanto aos tratados incorporados pelo rito mais rigoroso das emendas, em relação a estes se estaria apenas (?) a reforçar – no plano formal – a sua hierarquia constitucional material desde logo assegurada por força do art. 5º, § 2º, da CF¹⁰. Tal interpretação, mormente se compreendida isoladamente, não representa um avanço significativo, além de ser – como oportunamente adverte André Ramos Tavares – bastante problemática, especialmente se com isso se estiver pretendendo fundamentar a constitucionalidade dos tratados apenas no § 3º do art. 5º da CF, e não – como deveria ser – com base no § 2º do mesmo dispositivo, este introduzido pelo Constituinte de 1988¹¹. Pelo menos, consideramos que tais argumentos deveriam ser levados a sério.

O fato é que independentemente do problema da hierarquia dos tratados incorporados pelo sistema praticado até a EC nº 45 – do qual voltaremos a nos ocupar mais adiante – restam, notadamente em função da redação § 3º do art. 5º, uma série de questões a serem solvidas e que aqui serão apenas anunciadas e analisadas em caráter ilustrativo e essencialmente especulativo, visto que boa parte das questões segue controversa na doutrina, ao passo que na jurisprudência pouco se decidiu sobre o tema, salvo no que diz com a hierarquia dos tratados. De qualquer modo, o que nos parece relevante registrar, desde logo, é a possibilidade – a despeito de todas as dificuldades – de se outorgar ao relativamente novo instituto uma exegese que, no seu conjunto, não represente – embora plenamente justificadas as preocupações reveladas no âmbito da doutrina¹² – um retrocesso em relação ao entendimento hoje já majoritário no seio

10 Cf. PIOVESAN, Flávia, *Reforma do Judiciário e Direitos Humanos*, *op. cit.*, p. 72.

11 Cf. TAVARES, André Ramos, *Reforma do Judiciário no Brasil Pós-88...*, *op. cit.*, p. 42.

12 Cf., por todos, GALINDO, George Rodrigo Bandeira, "A reforma do Judiciário como retrocesso para a proteção internacional dos direitos humanos: um estudo sobre o novo § 3º do art. 5º da Constituição Federal", in: *Cena Internacional*, Ano 7, nº 1, 2005, p. 1-22.

da doutrina, pelo menos no que diz com a condição de direitos fundamentais em sentido material dos direitos humanos previstos em tratados incorporados ao direito interno.

Assim, apontando já um aspecto positivo, afirma-se que com a adoção do procedimento previsto no art. 5º, § 3º, da CF, os tratados em matéria de direitos humanos passariam a integrar o bloco de constitucionalidade, que representa a reunião de diferentes diplomas normativos de cunho constitucional (sem prejuízo da inclusão de direito constitucional apenas em sentido material, como é o caso do costume constitucional), que atuam, em seu conjunto, como parâmetro do controle de constitucionalidade, o que configura um avanço em relação à posição mais restritiva do nosso Supremo Tribunal Federal na matéria, que, por exemplo, não outorga (pelo menos por ora) força normativa superior e vinculante ao Preâmbulo da Constituição¹³. A despeito da correção do argumento, não se deve, contudo, perder de vista que independentemente de sua incorporação à Constituição formal, os direitos originários dos tratados internacionais, pelo menos para quem já vinha sustentando a sua condição de materialmente fundamentais (à luz do art. 5º, § 2º, da CF) são parte integrante do nosso bloco de constitucionalidade, que, consoante já frisado, não abrange necessariamente apenas normas constitucionais embasadas em disposições expressas de textos com hierarquia constitucional. Por outro lado, argumenta-se que a inovação trazida pela EC nº 45 é inconstitucional por violar os limites materiais à reforma constitucional, no sentido de que se acabou dificultando o processo de incorporação dos tratados internacionais sobre direitos humanos e chancelando o entendimento de que os tratados não incorporados pelo rito das emendas constitucionais teriam hierarquia meramente legal, de tal sorte que restou restringido, desta forma, o próprio regime jurídico-constitucional dos direitos fundamentais oriundos dos tratados¹⁴.

Outro aspecto digno de nota – e vinculado ao problema da alegada inconstitucionalidade da inovação – diz respeito ao caráter compulsório ou

13 Neste sentido, novamente, FRANCISCO, José Carlos, *op. cit.*, p. 99-101.

14 Neste sentido, mencionando a existência de um anacronismo e apontando para a “duvidosa constitucionalidade” da alteração efetuada pela EC nº 45/04, ver a opinião do advogado criminalista e professor da Universidade de Brasília, COSTA, Aldo de Campos. *Direitos humanos*. Disponível em: http://www.unb.br/fd/colunas_Prof/aldo_campos/aldo_01.htm. Acesso em: 12/02/06. De forma mais enfática, ver LOPES, Anselmo Henrique Cordeiro. *A força normativa dos tratados internacionais de direitos humanos e a Emenda Constitucional nº 45/2004*. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=6157>>. Acesso em: 12 fev. 2006. Na mesma linha, SGARBOSSA, Luis Fernando. *A emenda constitucional nº 45/04 e o novo regime jurídico dos tratados internacionais em matéria de direitos humanos*. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=6272>>. Acesso em: 11 fev. 2006 condena o fato de ter havido frustração da intenção do Constituinte no sentido de assegurar a inclusão automática dos direitos humanos no catálogo constitucional.

facultativo da adoção do procedimento mais rigoroso das emendas constitucionais, especialmente em face da redação do dispositivo (“os tratados que forem incorporados...”), que, no mínimo, dá ensejo a tal dúvida e sustenta a adoção do entendimento que a incorporação mediante o procedimento das emendas poderia ser opcional. Tal argumento assume ainda maior relevo em se considerando que – sob o ponto de vista da forma – a incorporação dos tratados em matéria de direitos humanos – consoante já apontado – se tornou mais dificultada, o que, em princípio, poderia ser encarado como contraditório, considerando a abertura material consagrada no art. 5º, § 2º, e o princípio (fundamental) da prevalência dos direitos humanos no plano das relações internacionais do Brasil estabelecido no art. 4º da nossa Lei Fundamental.

Com relação a este aspecto, parece-nos que há sim pelo menos espaço para uma interpretação teleológica e sistemática em prol da compulsoriedade do procedimento reforçado das emendas constitucionais. Com efeito, tendo em mente que a introdução do novo § 3º teve por objetivo (ao menos, cuida-se de interpretação em princípio afinada com a *ratio* e o *telos* do § 2º) resolver – ainda que remanescentes alguns problemas – de modo substancial o problema da controvérsia sobre a hierarquia dos tratados em matéria de direitos humanos, habitualmente incorporados por Decreto Legislativo e aprovados por maioria simples, de modo a assegurar aos direitos neles consagrados um *status* jurídico diferenciado, compatível com sua fundamentalidade, poder-se-á sustentar que, a partir da promulgação da EC nº 45, a incorporação destes tratados deverá ocorrer pelo processo mais rigoroso previsto no § 3º do art. 5º da CF. Quanto à objeção de que com isso se estaria a dificultar a incorporação dos tratados e convenções em matéria de direitos humanos (lembre-se que há os que sustentam até mesmo a dispensa de qualquer ato formal de incorporação para além da ratificação) há como revidar com o argumento de que, além de assegurar aos direitos dos tratados pelo menos uma hierarquia constitucional equivalente às normas constitucionais do tipo derivado (para usar a terminologia mais habitual) resta enrobustecida a legitimação democrática desses direitos, o que, por sua vez, concorre para a sua maior força normativa – em suma, para uma pretensão de eficácia e efetividade reforçadas – indispensável também para reforçar a posição do nosso país em face da comunidade internacional.

A importância de uma reforçada legitimidade democrática assume ainda maior relevo em se considerando que, uma vez incorporados por via de emenda constitucional, os direitos (agora também formalmente) agregados ao catálogo constitucional não apenas reformam a própria Constituição, mas também assu-

mem a condição – pelo menos é isso que se advoga¹⁵ – de limites materiais à própria reforma, sendo, após, insuscetíveis de supressão e esvaziamento, ainda que por nova emenda constitucional. Com isso – é bom que se frise –, não se está evidentemente a dizer que os direitos previstos nos tratados já incorporados antes da EC nº 45 não estejam jusfundamentalmente protegidos, visto que, embora não possam ser objeto de abolição direta por uma emenda (de vez que materialmente constitucionais e pelo fato de as emendas serem instrumentos de mudança formal da Constituição, exigindo, portanto, sempre alguma alteração no plano textual), reclamam proteção contra limitações e retrocessos de toda ordem, por conta de seu núcleo essencial e da incidência dos demais limites às limitações de direitos fundamentais¹⁶, temática que aqui, todavia, não poderá ser mais desenvolvida. Importa destacar, todavia, que na linha da argumentação aqui desenvolvida, há quem questione a possibilidade de tratados internacionais, ainda que aprovados pelo rito do art. 5º, § 3º, CF, possam assumir a condição de “cláusulas pétreas”, visto que, no sistema internacional, cabível a denúncia dos tratados, o que somente poderia ser contornado se, quando da aprovação, tal possibilidade fosse excluída pelo Congresso Nacional¹⁷.

Igualmente analisando a questão de modo crítico, Valerio de Oliveira Mazzuoli observa, todavia, que por meio da incorporação por emenda constitucional (em verdade, por mecanismo considerado como equivalente às emendas da constituição), a reforma constitucional daí resultante poderia até mesmo piorar a proteção de direitos fundamentais, notadamente quando a nossa Constituição for mais benéfica, sendo preferível que se admitisse pura e simplesmente a condição de norma constitucional (sem previsão do rito) de modo a sufragar a posição de acordo com a qual deverá ser dada prevalência à norma mais favorável à pessoa humana¹⁸. Tal argumentação, conquanto bem articulada, há de ser tomada com certa reserva. Com efeito, se o tratado resultar necessariamente (portanto, não sendo viável uma interpretação conforme a Constituição) em uma situação pior para a pessoa humana do que a decorrente do nosso sistema constitucional positivo, não haverá de se incorporar o tratado neste particular, já que violador de “cláusula pétrea” de nossa Constituição, não sendo – no nosso sentir – juridicamente relevante o argumento de que tal

15 Cf., por exemplo, PIOVESAN, Flávia, *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*, 7. ed., São Paulo: Saraiva, 2006, p. 77

16 Aqui estamos a nos referir aos assim designados limites dos limites (do alemão Schranken-Schranken) que compreendem as garantias constitucionais contra as restrições de direitos fundamentais, como é o caso da reserva de lei, do núcleo essencial e dos critérios da proporcionalidade.

17 RAMOS, André de Carvalho, “O Supremo Tribunal Federal e o Direito Internacional dos Direitos Humanos”, *op. cit.*, p. 15.

18 Cf. MAZZUOLI, Valerio, *op. cit.*, p. 323.

análise demandaria demasiado trabalho (resultante de uma investigação de todos os projetos tramitando no Congresso), notadamente pelo fato de que o juízo definitivo de constitucionalidade (ou inconstitucionalidade) deverá ocorrer no âmbito do controle jurisdicional repressivo (ou, em caráter excepcional, preventivo), sempre à luz de um determinado instrumento legislativo e tendo por base a parametricidade da nossa Constituição. O que poderá – isto sim – resultar problemático é a hipótese em que a proteção internacional é mais favorável à pessoa, podendo, em tese, os órgãos jurisdicionais nacionais optar por privilegiar o ordenamento constitucional, louvando-se no argumento das “cláusulas pétreas”, situação que, embora deva ser rara, não é de se excluir. Aqui o problema, novamente, conecta-se com uma adequada exegese do sentido e alcance da inovação – sem dúvida problemática, como se percebe – trazida pela EC nº 45. Como se cuida de tópico relativo especialmente à hierarquia dos tratados, voltaremos a nos manifestar sobre este aspecto logo adiante.

Uma possível vantagem da incorporação pelo rito previsto no § 3º do art. 5º da CF poderia residir no daí decorrente reforço do argumento – já sustentado com base no art. 5º, § 2º, da CF – de que impossível (mesmo por emenda constitucional, como leciona Valerio de Oliveira Mazzuoli) a denúncia do tratado por parte do Brasil, enrobustecendo não apenas a posição dos direitos humanos e agora também fundamentais no âmbito interno (desde que, é claro, se adote uma exegese que privilegie a força normativa desses direitos), mas também avança no concernente ao plano externo, das relações internacionais, enfatizando as vinculações assumidas pelo Brasil nesta seara¹⁹. Lembre-se, neste contexto, a pendência, no Supremo Tribunal Federal, de decisão sobre a necessidade de aprovação prévia por parte do Congresso Nacional da denúncia do tratado pelo Presidente da República²⁰, o que se aplicaria – tal qual sustentado pelos autores da impugnação da denúncia presidencial no caso referido – inclusive a tratados incorporados antes da inserção do § 3º no art. 5º da CF, já que não faz sentido que para a incorporação do tratado seja indispensável a aprovação pelo Congresso e para uma posterior denúncia se possa dispensar a intervenção

-
- 19 Ver, dentre outras, a argumentação bem sustentada por MAZZUOLI, Valerio, *op. cit.*, p. 325 e segs., destacando, com perspicácia, que, uma vez incorporada pelo rito introduzido pela EC nº 45, a denúncia passaria a acarretar (ao contrário do que poderia ocorrer no sistema do art. 5º, § 2º) a responsabilização do denunciante. No mesmo sentido, já discorrendo sobre a EC nº 45, consultar TAVARES, André Ramos, *op. cit.*, p. 44, bem como as igualmente pertinentes ponderações de GALINDO, George Rodrigo Bandeira, *op. cit.*, p. 15-16. Para além dos autores já referidos, importa destacar, dentre a doutrina que já vinha, mesmo antes da EC nº 45, sustentando a impossibilidade de denúncia dos tratados em matéria de direitos humanos e sua condição de “cláusulas pétreas”, v. também PAGLIARINI, Alexandre, *Constituição e Direito Internacional, Cedências Possíveis*, Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 211 e ss.
- 20 V. ADI 1.625, relator Min. Maurício Corrêa (substituído pelo Ministro Eros Grau), onde se discute a inconstitucionalidade da denúncia unilateral da Convenção nº 158 da OIT.

do Legislativo. Note-se que além de o texto constitucional não conter nenhuma disposição que expressamente afaste esta interpretação, ela, pelo menos no concernente aos tratados de direitos humanos, resulta de uma interpretação sistemática calcada tanto no art. 4º, II (que dispõe sobre a prevalência dos direitos humanos nas relações internacionais) quanto no art. 5º, § 2º, da CF, além de amparada no princípio democrático e, a depender da hipótese, no assim designado princípio da proibição de retrocesso, incidente também no âmbito da proteção internacional dos direitos humanos²¹. Todavia, como já referido, colocase a indagação sobre o fato de os tratados poderem ser objeto de denúncia pelos Estados pactuantes, o que, portanto, o próprio Congresso Nacional, ao aprovar o tratado, teria de expressamente excluir a possibilidade de denúncia. Aliás, no que diz com a denúncia dos tratados, segue dormitando no Supremo Tribunal Federal, aguardando julgamento, a ADI 1.625, distribuída em 19.06.97!!²², no bojo da qual se questiona a constitucionalidade da denúncia dos tratados de direitos humanos pelo Presidente da República, quando, segundo a tese esgrimida na ADI, a denúncia deveria ser autorizada pelo Congresso Nacional.

Ainda no concernente ao procedimento, consoante aponta Valerio de Oliveira Mazzuoli, existe questão relativa ao momento da incorporação pelo rito mais rigoroso, já que o novo § 3º do art. 5º da CF não suprimiu a fase prevista no art. 49, inciso I, da CF, de tal sorte que a aprovação da emenda de incorporação deverá sempre ser posterior à ratificação (portanto, pressuposta também a celebração pelo Presidente da República, a teor do art. 84, inciso VIII, da CF) do tratado regularmente vigente no âmbito internacional²². Como igualmente aponta o referido autor, compromete a segurança jurídica (nacional e internacional) e os princípios que regem as relações internacionais deixar ao alvedrio do legislador nacional a escolha de optar, ou não, pela outorga do *status* de emenda constitucional aos tratados²³, o que justamente parece representar, ao fim e ao cabo, mais um argumento em prol da obrigatoriedade do novo procedimento a partir da entrada em vigor da EC nº 45.

Em sentido diverso, todavia, há como argumentar que nada impede o legislador nacional (em especial mediante proposta de emenda constitucional) de, mesmo que o tratado internacional não esteja ainda em vigor, por falta das

21 Cf., entre nós e por todos, RAMOS, André de Carvalho, *Teoria Geral dos Direitos Humanos na Ordem Internacional*, Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 243. No âmbito da doutrina estrangeira, v. especialmente ABRAMOVICH, Victor; COURTIS, Christian. *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Madrid: Trotta, 2002, p. 92 e ss., embora priorizando, no contexto da obra, os direitos sociais. Sobre a proibição de retrocesso no direito constitucional, enfatizando uma perspectiva compatível com a ordem jurídica nacional, v. também o nosso já referido *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*, p. 434 e ss.

22 Cf. MAZZUOLI, Valerio, *op. cit.*, p. 316 e segs.

23 *Ibid.*, p. 319.

ratificações necessárias, inserir no seu sistema interno direitos humanos reconhecidos por determinado tratado, muito embora aqui não se trate da aprovação do tratado como um todo, mas sim, da constitucionalização de determinado direito ancorado em tratado internacional, mas que sempre pode ser reconhecido como fundamental pelas constituições. Basta olhar para a CF de 1988, para que se perceba que nela foram consagrados direitos fundamentais já positivados em tratados internacionais, embora tais tratados ainda não tivessem sido, à época, definitivamente incorporados ao direito interno, como é o caso da Convenção de São José da Costa Rica e dos Pactos Internacionais de 1966.

Além disso, agora no tocante ao problema da iniciativa legislativa e da participação do Presidente da República no procedimento, há que considerar, ainda, a ressalva – apontada por André Ramos Tavares²⁴ – no sentido de que, justamente em virtude da sistemática própria dos tratados (que reclamam regular e prévia ratificação e que implica automática submissão ao Congresso Nacional) a iniciativa do processo de emenda constitucional, haverá de ser, no caso dos tratados em matéria de direitos humanos, sempre do Presidente da República. Isto pelo fato de que – assim aduz o autor citado – o Presidente detém tanto a competência privativa para a celebração do tratado, quanto a prerrogativa da iniciativa das emendas constitucionais (art. 60, inciso II, da CF), dispensada, contudo, a ratificação presidencial, de vez que as emendas entram em vigor a partir de sua promulgação pelo Congresso Nacional (art. 60, § 3º, da CF). Cumpre notar, ainda, que tal exegese, de certo modo, parece reforçar os argumentos em prol do caráter cogente da deliberação por meio do procedimento qualificado das emendas constitucionais.

Em que pese tal linha argumentativa, também aqui há como divergir, visto que o art. 5º, § 3º, da CF, não exige que a aprovação se proceda no âmbito de projeto de emenda constitucional (basta lembrar o caso emblemático do DL nº 186/08), mas também não impede que outro dos legitimados para apresentar um projeto de emenda constitucional o possa fazer, ainda mais que o art. 5º, § 3º, da CF não exige a utilização de determinada figura do processo legislativo²⁵.

Guarda conexão com esse aspecto, a tese – oportunamente invocada por George Galindo – de que limitar a iniciativa das emendas dispendo sobre tratados em matéria de direitos humanos ao Presidente da República, acabaria tornando unilateral a “qualificação” de um tratado como sendo de direitos

24 Cf. TAVARES, André Ramos, *op. cit.*, p. 45.

25 No mesmo sentido v. agora também RAMOS, André de Carvalho Ramos, “O Supremo Tribunal Federal e o Direito Internacional dos Direitos Humanos”, *Op. Cit.*, p. 13, sugerindo que o Congresso Nacional poderá adotar o rito mesmo *ex officio*, posição que já sustentamos desde a nossa primeira manifestação sobre o tema, já se vão alguns anos.

humanos, já que ao Congresso Nacional caberia apenas aprovar ou rejeitar o *status* privilegiado do tratado e não se pronunciar sobre sua qualidade como tratado de direitos humanos, prejudicando a desejável pluralidade deste processo de qualificação²⁶.

Retomando a indagação a respeito da obrigatoriedade do rito estabelecido no § 3º do art. 5º da CF, verifica-se que muito embora o texto, como já frisado, sugira o caráter facultativo, o fato é que o Congresso Nacional, a exemplo do que ocorreu com o DL nº 186/08, deverá seguir adotando tal procedimento, o que também corresponde à percepção de José Francisco Rezek, cuja lição aqui tomamos a liberdade de transcrever:

“Não é de crer que o Congresso vá doravante bifurcar a metodologia de aprovação dos tratados sobre direitos humanos. Pode haver dúvida preliminar sobre a questão de saber se determinado tratado configura realmente essa hipótese temática, mas se tal for o caso o Congresso seguramente adotará o rito previsto no terceiro parágrafo, de modo que, se aprovado, o tratado se qualifique para ter estatura constitucional desde a sua promulgação – que pressupõe, como em qualquer outro caso, a ratificação brasileira e a entrada em vigor no plano internacional”²⁷.

Assim, abordados alguns dos principais problemas atinentes aos aspectos formais (procedimentais) da incorporação, resta discorrer brevemente sobre a questão da hierarquia dos direitos fundamentais (já incorporados ao texto constitucional) em relação ao direito interno, seja ele constitucional ou infraconstitucional.

3 – O PROBLEMA DA HIERARQUIA DOS TRATADOS EM MATÉRIA DE DIREITOS HUMANOS E A SUA (DOS DIREITOS HUMANOS) CONDIÇÃO DE AUTÊNTICOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

No que diz respeito à posição hierárquica ocupada pelos tratados em matéria de direitos humanos em relação ao direito interno, questão que de há muito tem ocupado doutrina e jurisprudência entre nós, é possível afirmar que o novo § 3º representou um significativo avanço ao assegurar, desde que observado o procedimento nele estabelecido, uma hierarquia constitucional equivalente a das emendas constitucionais, distinta da hierarquia supralegal atualmente consagrada pelo STF (que refutou, por maioria, a hierarquia constitucional),

26 Cf. observações enviadas ao autor do presente ensaio pelo articulista referido mediante correspondência eletrônica.

27 Cf. REZEK, José Francisco, *Direito Internacional Público. Curso Elementar*, 13. ed., São Paulo: Saraiva, 2011, p. 132-33.

visto que neste caso os tratados prevalecem sobre qualquer lei interna, mas seguem cedendo em face da CF. De outra parte, também é correto afirmar que com isso ainda não foi resolvida (pelo menos não como tem anunciado alguns entusiasmados defensores da reforma) a questão da hierarquia constitucional, em se considerando as relações entre o tratado incorporado (equivalente às emendas) e o texto constitucional originário. Convém lembrar, especialmente nesta quadra, que as emendas constitucionais sempre podem ser declaradas inconstitucionais em caso de conflito com as assim designadas *cláusulas pétreas* da nossa Constituição, que, consoante vitoriosa doutrina, abrangem tanto os limites materiais explícitos (art. 60, § 4º), quanto os limites materiais implícitos, mesmo que não se verifique um consenso em relação a qual exatamente a abrangência dos assim designados limites materiais implícitos.

Ainda que se parta do pressuposto de que uma eventual restrição ou ajuste do conteúdo dos limites materiais não necessariamente enseja uma inconstitucionalidade da emenda (aplicando-se a tese da imunidade apenas do núcleo essencial de cada princípio ou direito fundamental²⁸) é certo que a possibilidade de conflito é real, já que inevitáveis inclusive colisões entre os próprios direitos fundamentais originariamente assegurados pelo Constituinte, bastando lembrar aqui – no concernente às relações entre tratados e Constituição – a tão discutida questão da prisão civil do depositário infiel e do duplo grau de jurisdição, entre outras possibilidades²⁹. No mínimo, não se pode deixar de admitir a possibilidade de uma interpretação que venha a reconhecer um conflito insanável por uma interpretação conforme e que, por via de consequência, possa resultar em uma declaração de inconstitucionalidade de um ou mais aspectos do tratado (emenda) por violação das *cláusulas pétreas*.

Seguindo esta linha de raciocínio e em se partindo da premissa de que não há como falar, ainda mais no contexto dos direitos fundamentais, de uma hierarquia abstrata – mesmo para muitos dos que aceitam a distinção – entre normas formalmente (e, em regra, também materialmente) constitucionais e normas apenas materialmente constitucionais³⁰, a própria incorporação median-

28 Sobre o ponto, ver o nosso *A eficácia dos direitos fundamentais*, p. 428 e segs.

29 Cf. também a lembrança de GALINDO, George, *op. cit.*, p. 11 e ss.

30 Cf., por todos, MIRANDA, Jorge, *Manual de Direito Constitucional*, vol. IV, Coimbra: Coimbra Editora, 2. ed., 1993, p. 9, bem lembrando que em favor das normas formalmente constitucionais (o que se aplica também às normas de direitos fundamentais) vigora, por assim dizer, uma presunção de materialidade constitucional, entendimento que, embora não uníssono, corresponde – ainda que com variações no que diz com a formulação e fundamentação – à posição dominante, notadamente no que se rechaça a possibilidade de declaração da inconstitucionalidade de normas constitucionais originárias. De qualquer sorte, em que pese a sua relevância, cuida-se de discussão que não temos como adentrar nesta ocasião.

te emenda poderia até mesmo, a depender da exegese do § 3º, do art. 5º, CF, ser desvantajosa em relação ao sistema anterior. Com efeito, há que levar em conta que a prevalecer o argumento de que o reconhecimento da condição de materialmente constitucionais (e fundamentais!) dos direitos assegurados nos tratados, em função especialmente da abertura expressamente consagrada no art. 5º, § 2º, da CF, por si só já asseguram a hierarquia constitucional aos tratados em matéria de direitos humanos, o recurso ao § 3º do art. 5º não seria apenas desnecessário, mas, admitindo-se uma declaração de inconstitucionalidade da emenda pelo simples fato de contrastar com os limites matérias ao poder de reforma da Constituição, até mesmo desvantajoso. É que em se partindo de uma equivalência (também em termos de hierarquia normativa) entre os direitos da Constituição e os dos tratados incorporados por norma infraconstitucional, mas com *status* de materialmente constitucionais, como, de resto, advogado pela doutrina majoritária, haveriam de ser observados, consoante já sustentado no segmento anterior, os princípios e critérios que regem os conflitos entre os direitos e princípios originariamente reconhecidos pelo Constituinte, que exigem uma exegese sistemática e pautada por uma adequada ponderação dos interesses (valores) em pauta, sempre privilegiando, como destacado alhures, uma solução mais favorável à garantia da dignidade da pessoa³¹, aspecto que será retomado logo a seguir.

De qualquer modo, há de ser levado a sério o argumento de que mediante o cumprimento do disposto no § 3º do art. 5º da CF os tratados assim incorporados teriam um regime jurídico mais forte (status de emenda constitucional) do que os tratados anteriores, os quais, a prevalecer a atual orientação do STF, gozam de hierarquia supralegal, sem prejuízo, contudo, da possibilidade de uma interpretação que, ao fim e ao cabo, assegure uma paridade em termos de hierarquia. Por outro lado, o dispositivo introduzido pela EC nº 45 pode ser compreendido como buscando reforçar o entendimento de que os tratados anteriores, já por força do art. 5º, § 2º, da CF, possuem hierarquia materialmente constitucional,

31 Neste sentido, dentre tantos e limitados aqui ao universo da doutrina especializada (direito internacional), v. as já clássicas lições de TRINDADE, Antonio Augusto Cançado, *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*, vol. I (notadamente p. 409 e ss., destacando a mudança de paradigma ocorrida com a posição central da pessoa humana também no contexto das relações internacionais) e PIOVESAN, Flávia, *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*, 7. ed., São Paulo: Saraiva, 2006, o. 91 e ss., assim como os qualificados aportes de GALINDO, George Rodrigo Bandeira, *Tratados Internacionais de Direitos Humanos e Constituição Brasileira*, Belo Horizonte: Del Rey, p. 314 e ss., MAZZUOLI, Valerio de Oliveira, *Direito internacional: tratados e direitos humanos fundamentais na ordem jurídica brasileira*, Rio de Janeiro: América Jurídica, 2001, (que retoma e atualiza o tema no seu recente e alentado *Curso de Direito Internacional Público*, São Paulo: RT, 2006, p. 490 e ss), bem como PAGLIARINI, Alexandre, *Constituição e Direito Internacional*, *op. cit.*, todos também advogando, desde antes da EC nº 45, a hierarquia constitucional dos tratados internacionais de direitos humanos no direito brasileiro.

sem falar na interpretação – igualmente colacionada, mas aqui questionada – de acordo com a qual os tratados anteriores teriam sido recepcionados como equivalentes às emendas constitucionais pelo novo § 3º do art. 5º da CF.

Assim, à vista do exposto, enquanto não sobrevenha uma posição uniformizadora, ao que tudo indica, são três as possibilidades atualmente reconhecidas pelo STF: a) hierarquia equivalente a de emenda constitucional, no caso dos tratados de direitos humanos incorporados mediante observância do rito estabelecido pelo § 3º do art. 5º da CF; b) hierarquia supralegal, aplicável aos tratados de direitos humanos ratificados pelo sistema convencional, por meio de Decreto Legislativo aprovado com maioria simples; c) hierarquia de lei ordinária, que segue sendo a posição adotada em relação aos demais tratados, que não integram o sistema internacional de reconhecimento e proteção dos direitos humanos.

Retomando a evolução no que diz com a discussão sobre o valor jurídico dos tratados de direitos humanos, nunca é demais lembrar que a tese da paridade entre a Constituição e os tratados de direitos humanos (tese advogada de há muito por expressiva doutrina e mesmo acolhida por parte dos Ministros do STF) é anterior à EC nº 45 e encontra sustentação já no teor do § 2º do mesmo artigo, que, na sua condição de norma inclusiva, consagrando a abertura material do catálogo constitucional de direitos fundamentais, já vinha – e a doutrina já colacionada em prol da hierarquia constitucional assim já o sustenta há tempos³² – sendo interpretado como recepcionando os direitos humanos oriundos de textos internacionais na condição de materialmente constitucionais.

De resto, há que enfatizar sempre que a condição de direitos fundamentais é absolutamente incompatível com uma hierarquia normativa infraconstitucional, visto que direitos fundamentais são sempre direitos constitucionais e não podem estar à disposição plena do legislador ordinário³³. Entendimento diverso, mesmo em que seja em favor de uma hierarquia supralegal dos tratados (posição hoje adotada pelo Supremo Tribunal Federal na matéria!), ainda que tenha representado um considerável avanço em relação ao entendimento antes prevalente, em favor da paridade entre lei ordinária e tratado, segue relegando os direitos humanos consagrados nos tratados internacionais a uma posição secundária em face dos direitos fundamentais da Constituição, sendo, de tal sorte, no mínimo questionável.

32 Cf. nota nº 32, *supra*.

33 Cf., por todos, o nosso *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*, *op. cit.*, p. 88 e ss., bem como p. 145 e ss.

Nesta quadra, embora o reconhecimento, pelo STF, da hierarquia supra-legal dos tratados de direitos humanos, com prevalência, em caso de conflito, da solução preconizada pela Constituição, não há como transigir – no nosso sentir – com a noção de que direitos fundamentais são sempre direitos constitucionalmente assegurados e que não podem estar sujeitos a uma livre disposição por parte das maiorias legislativas, pena de contradição insuperável. Se por um lado é certo que não se deve negligenciar, como oportunamente lembrou o Ministro Gilmar Mendes, que “a sempre possível ampliação inadequada dos sentidos possíveis da expressão direitos humanos poderia abrir uma via perigosa para uma produção normativa alheia ao controle de sua compatibilidade com a ordem constitucional interna”, pois – assim prossegue o Magistrado e Jurista – “o risco de normatizações camufladas seria permanente³⁴”, não é, de outra parte, menos correto afirmar que tal argumento, por si só, não poderia ter o condão de deslegitimar a tese da paridade entre tratados de direitos humanos e Constituição. Com efeito, mesmo a possível multiplicação das hipóteses de conflitos entre os direitos consagrados na Constituição e os direitos – com igual dignidade normativa – assegurados nos tratados de direitos humanos, não poderia sustentar a tese da hierarquia infraconstitucional (ainda que – pelo menos – supralegal) destes tratados. Eventuais distorções – assim como ocorrem em casos de inadequada aplicação até mesmo dos direitos consagrados na Constituição (que, não esqueçamos, incluem os previstos nos tratados, consoante dicção expressa do art. 5º, § 2º) – haverão de ser superados, com sensibilidade, pela aplicação das cabíveis diretrizes hermenêuticas, como é o caso dos critérios da concordância prática, ponderação, e proporcionalidade.

Também o argumento de que a expressa referência de que cabe Recurso Extraordinário de decisão que declarar a inconstitucionalidade de tratado internacional importa em exegese excludente da hierarquia constitucional dos tratados em matéria de direitos humanos e implique em controle de constitucionalidade de todo e qualquer ato normativo que não o extraído diretamente da Constituição originária não convence. Em primeiro lugar, pelo fato de que se uma regra de competência em matéria recursal indica a possibilidade deste controle em matéria de tratados isto não significa necessariamente que esta seja uma solução para todo e qualquer tratado e que o próprio sistema constitucional, como evidentemente o fez com a redação outorgada ao § 2º do art. 5º, não possa prever exceções. Também esta norma de competência desafia interpretação afinada com a *ratio* e o *telos* de outras disposições constitucionais e da ordem constitucional em seu conjunto. Em segundo lugar, pela circunstância de que

34 Cf. passagem do seu voto no RE 466.343-1, São Paulo, p. 06.

nada impede que paralelamente ao direito constitucional em sentido também formal não possam existir normas materialmente constitucionais e que, ainda mais por força de dispositivo constitucional expresso, recebam igual valor normativo.

Por outro lado, para afastar o argumento de que mesmo vindo a prevalecer a tese da hierarquia constitucional, remanesceria problemática a situação envolvendo eventual conflito entre os tratados incorporados por emenda ou pelo procedimento estabelecido pelo § 3º do art. 5º e as assim chamadas cláusulas pétreas da Constituição, já que, nesta hipótese, poderia a nossa Corte Suprema declarar a inconstitucionalidade da emenda que incorporou o tratado. Embora correto o argumento, igualmente não nos parece que esta seja a única conclusão possível, ainda mais em se privilegiando uma exegese teleológico-sistemática, que parte do princípio da prevalência dos direitos humanos nas relações internacionais (art. 4º, inciso II) e, de modo especial, de uma leitura conjugada do conteúdo normativo dos arts. 5º, § 2º, e 5º, § 3º, todos da CF. Neste sentido, há que destacar a tese de que a inovação trazida pela Reforma do Judiciário pode ser interpretada como assegurando hierarquia pelo menos materialmente constitucional a todos os direitos fundamentais, já que, uma vez incorporados, os direitos humanos passam também – e acima de tudo – a serem todos direitos fundamentais, sem prejuízo da possibilidade de serem também formalmente constitucionais, em especial quando incorporados por emenda constitucional e mesmo pelo rito do art. 5º, § 3º, da CF (com estatuto equivalente ao das emendas)³⁵. Assim sendo, tais tratados receberiam (de vez que alguma diferenciação nos parece inevitável) um tratamento distinto (no sentido de mais reforçado), seja quanto ao fato de – ainda que não mediante alteração de dispositivos da Constituição – passarem a integrar a Constituição formal, seja quanto ao fato de enrobustecerem a (controversa, como já se viu na parte relativa ao processo de incorporação!) tese da impossibilidade de uma posterior denúncia do tratado e da responsabilização até mesmo interna se este vier a ocorrer.

Com isso, caso chancelada a posição de que sempre todos os direitos humanos sediados em tratados internacionais ratificados pelo Brasil (incorporados, ou não, por emenda constitucional) possuem *status* materialmente constitucional – compreendido este sempre no sentido de uma igual dignidade constitucional – eventual situação de conflito (neste caso mesmo em se cuidando de contraste entre emenda incorporadora de tratados de direitos humanos e disposições fundamentais da Constituição originária) haveria de se resolver,

35 Neste sentido, a posição sustentada, entre outros, especialmente por PIOVESAN, *op. cit.*, p. 72-73.

até mesmo para impedir um tratamento incoerente e inconsistente de tais conflitos no âmbito do sistema constitucional, pelas diretrizes hermenêuticas já referidas, tendo como norte a solução mais afinada com a máxima salvaguarda da dignidade da pessoa humana, mais de uma vez – e, convém que assim o seja – referida neste ensaio³⁶.

Assim, se é certo que comungamos da posição bastante difundida de que talvez melhor tivesse sido que o reformador constitucional tivesse renunciado a inserir um § 3º no art. 5º ou que (o que evidentemente teria sido bem melhor) – em entendendo de modo diverso – tivesse se limitado a expressamente cancelar a incorporação automática (após prévia ratificação) e com hierarquia constitucional de todos os tratados em matéria de direitos humanos, com a ressalva de

36 Que o acerto da premissa (também por nós adotada, cf. nosso *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*, *op. cit.*, p. 148), não leva necessariamente – e por si só – à substancial inconstitucionalidade da prisão civil do depositário infiel em todo e qualquer caso, deve ser no mínimo objeto de maior digressão. Com efeito, em que pese o inequívoco acerto do Supremo Tribunal Federal (na já citada decisão proferida no RE 466.343-1) em reconhecer – finalmente – a inconstitucionalidade da prisão do depositário infiel por força de contratos de alienação fiduciária, acima de tudo se a partir dessa decisão ficar consagrada a noção de paridade entre a Constituição e os tratados de direitos humanos, há argumentos para que, em caráter excepcional, se possa justificar uma prisão civil do depositário infiel. No mínimo, já que existentes uma série de situações diversificadas, a decisão em prol da possibilidade (ou não) da prisão há que considerar as circunstâncias do caso concreto e a natureza do conflito entre direitos e princípios constitucionais. Assim, por exemplo, a própria ilegitimidade da prisão do depositário em casos de alienação fiduciária, como bem demonstra o voto exarado pelo Ministro Cezar Peluso (Relator), pode ser sustentada mesmo sem recurso ao direito internacional, apenas desqualificando a figura do depósito nos casos de arrendamento mercantil ou alienação fiduciária, já que quem não é depositário não poderia estar sujeito à sanção da prisão civil. O erudito e minucioso voto do Ministro Gilmar Ferreira Mendes, por sua vez, investiu, com acerto, na aplicação do princípio da proporcionalidade, avaliando a questão do conflito entre direitos fundamentais e, com isso, apontado para uma solução mais genérica e apta a dar conta de todas as possíveis situações que envolvem a prisão do depositário e até mesmo eventuais problemas relacionados à prisão do devedor de alimentos. Certo é que se fomos observar o que ocorre na hipótese específica do depositário judicial (por força de uma penhora, por exemplo), o conflito a ser considerado envolve, por um lado, tanto eventual direito fundamental do autor da ação (não necessariamente um direito meramente patrimonial) quanto a garantia fundamental do acesso à justiça efetiva (não meramente individual), ambas contrastando com o direito de liberdade do depositário infiel. O próprio argumento da dignidade da pessoa humana poderá, a depender das circunstâncias, socorrer até mesmo mais ao autor da ação. Por outro lado, nem sempre uma restrição (ainda mais temporária e em condições adequadas) da liberdade corresponde a uma violação da dignidade, pois se assim fosse nem mesmo a prisão penal, por mais dignas que fossem as condições de execução da pena, teria amparo constitucional. É evidente, de outra parte, como bem frisou o voto do Ministro Gilmar Mendes, que a prisão civil já será inconstitucional se puder ser considerada (como de fato haverá de ser na generalidade das situações) desproporcional, o que pode ocorrer mesmo que não se verifique concretamente uma violação da dignidade da pessoa. De qualquer sorte, se a linha argumentativa ora aberta (que, reiterese, parte da premissa da dignidade constitucional dos tratados de direitos humanos) aponta para uma eventual possibilidade da prisão civil do depositário infiel, também é certo que tal possibilidade será sempre excepcional e condicionada tanto ao devido processo legal quanto à demonstração cabal da proporcionalidade da medida, naquilo em que uma restrição temporária da liberdade na esfera cível, de fato se revela como uma medida indispensável à salvaguarda de bem fundamental. Acima de tudo, porém, resulta evidente a necessidade de se investir mais na discussão do problema, considerando as peculiaridades de cada constelação fática e jurídica, seja qual for a tese vencedora.

que no caso de eventual conflito com direitos previstos pelo Constituinte de 1988, sempre deveria prevalecer a disposição mais benéfica para o ser humano (proposta legislativa esta formulada, nestes termos ou em termos similares, por autores como Antonio Augusto Cançado Trindade, Valerio Mazzuoli e Flávia Piovesan, entre outros ilustres e engajados defensores da hierarquia constitucional), e por mais que seja controverso, em cada caso, qual o direito de qual (ou quais) pessoa (s) a ser assegurado, também é correto que vislumbramos no dispositivo ora analisado um potencial positivo, no sentido de viabilizar alguns avanços concretos em relação à práxis ora vigente entre nós. Que uma posterior alteração do próprio § 3º, por força de nova emenda constitucional, resta sempre aberta, ainda mais se for para aprimorar e, portanto, reforçar a proteção dos direitos fundamentais oriundos dos tratados internacionais de direitos humanos, justamente nos parece servir de estímulo para um esforço hermenêutico construtivo também nesta seara.

4 – CONSIDERAÇÕES FINAIS

À vista do exposto, cientes de que apenas tivemos condições de esgrimir alguns argumentos em torno de algumas das possibilidades hermenêuticas suscitadas (e ainda por suscitar) em torno do novo § 3º do art. 5º da CF, não se poderá olvidar que todas as alternativas referidas estarão sempre sujeitas ao crivo da jurisprudência (vinculante!?) do Supremo Tribunal Federal, que, de resto, embora os questionamentos já formulados, está – como bem sinalou o Ministro Gilmar Ferreira Mendes no seu voto já referido – aceitando o desafio de revisitar criticamente a matéria das relações entre o direito internacional e o direito interno.

O argumento de que com a inserção do novo § 3º no art. 5º da CF teria ocorrido uma restrição do próprio regime da fundamentalidade dos direitos oriundos de tratados internacionais revela-se problemático pelo fato de que tal restrição, como já demonstrado, não necessariamente resulta em violação do núcleo essencial do art. 5º, § 2º, da CF, especialmente em face da existência de alternativas interpretativas idôneas, que viabilizam, pelo menos em princípio, uma interpretação conforme a Constituição. Nesta mesma linha de entendimento, resulta pelo menos discutível a tese de que poderia haver uma inconstitucionalidade de emenda constitucional que estivesse em conflito com uma determinada interpretação a respeito do regime de direitos fundamentais, ainda mais quando tal interpretação é objeto de importante dissídio na doutrina e jurisprudência. Importa, portanto, que também neste contexto reste consignada a lição de Lenio Luiz Streck, no sentido de que ao intérprete não é conferida a

possibilidade de “dizer qualquer coisa sobre qualquer coisa”³⁷, já que sempre sujeito aos limites textuais mínimos (explícitos e implícitos) estabelecidos pelo sistema constitucional.

Assim, dadas as opções discutidas (que não voltarão aqui a ser retomadas e avaliadas, até mesmo por não ser o nosso intuito enunciar qualquer conclusão fechada em relação às mesmas), verifica-se que há como outorgar ao novo § 3º do art. 5º uma interpretação que, a despeito de alguns aspectos problemáticos, lhe assegura um sentido útil e não necessariamente retrocessivo, valorizando o regime jurídico-constitucional dos tratados de direitos humanos anteriores e posteriores à vigência da EC nº 45. De outra parte, também não se haverá de ver no novo dispositivo apenas uma “fórmula de compromisso” destinada a resolver o problema da incorporação diferenciada dos tratados internacionais de direitos humanos em relação a outros documentos internacionais³⁸. Que a ocorrência de um possível avanço em termos substantivos depende, em primeiro plano, dos esforços sérios e conjugados da doutrina e da própria jurisprudência constitucional no plano do controle difuso, no sentido de tornar produtivo o princípio da interpretação conforme a Constituição, resulta evidente. O processo democrático – ainda que de modo distinto do que ocorre com o legislativo e o executivo – também permeia o modo de produção do direito jurisprudencial, especialmente no que diz com o pluralismo que caracteriza o processo decisório nos órgãos colegiados e com a possibilidade (mesmo que já mais restrita, em virtude da expansão do controle concentrado) de uma coparticipação ativa de todos os órgãos jurisdicionais e da intervenção social, notadamente por meio das partes e seus representantes, assim como por meio do Ministério Público (isto sem falar na figura salutar do *amicus curiae* no processo de controle abstrato) implica a valorização da concepção de uma sociedade aberta dos intérpretes da Constituição (Häberle) e a necessidade de se levar em conta eventuais câmbios hermenêuticos.

Com o intuito de sintetizar e clarificar a posição pessoal adotada, entendemos que a melhor resposta hermenêutica possível em relação ao § 3º do art. 5º da CF, em combinação especialmente (mas não exclusivamente) com os §§ 1º e 2º do mesmo artigo, é a que, utilizando-se da técnica da interpretação conforme, sustenta a tese de que o § 3º do art. 5º é constitucional desde que

37 Cf. STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise*. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 310 e segs., bem analisando o cunho não relativista da hermenêutica.

38 Neste sentido, ver as ponderações de MORAIS, José Luis Bolzan de. Artigo 5º – As crises do Judiciário e o acesso à justiça. In: AGRA, Walber de Moura (Org.). *Comentários à reforma do poder judiciário*. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 53, apontando para a possibilidade de se deduzir do novo § 3º do art. 5º uma espécie de “fórmula de compromisso”, mas questionando, com razão, a correção deste entendimento.

interpretado no sentido de assegurar a hierarquia constitucional (pelo menos em sentido material) dos tratados em matéria de direitos humanos já incorporados e hierarquia formal e material aos tratados eventualmente incorporados pelo rito estabelecido no dispositivo ora comentado, sem prejuízo das demais questões já destacadas, notadamente no que diz com a condição de limites materiais à reforma constitucional dos direitos assim incorporados e vedação da denúncia dos tratados uma vez internalizados desta forma.

Por derradeiro, frise-se que a discussão recém-retomada com outro alento, até mesmo como decorrência das incongruências resultantes da fórmula adotada pelo reformador constitucional, nos possibilita buscar, também no que diz com a relevante problemática da incorporação e força normativa dos direitos fundamentais oriundos dos tratados internacionais de direitos humanos, uma saída viável para que estejamos cada vez mais integrados à comunidade internacional dos direitos humanos e fundamentais. Tal desafio representa, já por si só, um motivo mais do que suficiente para seguir investindo no tema, até mesmo pelo fato de que a meta da melhor resposta possível – e, portanto, sempre constitucionalmente adequada – constitui também um processo de permanente construção e reconstrução do Direito. Assim, apenas a evolução do debate e a postura concreta adotada especialmente pelo Poder Judiciário e pelo Legislador em relação ao tema poderão revelar se estamos, ou não, vivenciando um retrocesso em matéria de proteção dos direitos humanos e dos direitos fundamentais.

Justamente nessa perspectiva, a recente e já referida decisão do nosso Supremo Tribunal Federal sobre a prisão civil do depositário infiel, em que pesem as críticas que se deve endereçar (como já visto) contra a tese da hierarquia supralegal (e não constitucional, como seria desejável, e, de resto, constitucionalmente adequado), sem prejuízo da necessidade de maior digressão também sobre a própria vedação absoluta de qualquer modalidade de prisão civil, mesmo que seja do depositário judicial³⁹, aponta – assim o queremos crer – para um futuro melhor também no que diz com a seara das relações entre a ordem jurídica interna e a internacional.

Por outro lado, e aqui uma nota crítica adicional, se não há como deixar de reconhecer algum avanço por conta da nova orientação do Supremo Tribunal Federal, ao abandonar a vetusta e constitucionalmente inadequada

39 Sobre o tema, v. por todos, SARLET, Ingo Wolfgang e PETERLE, Selma Rodrigues, “A prisão civil do depositário infiel no ordenamento jurídico-constitucional brasileiro: evolução e perspectivas em face da recente orientação adotada pelo STF”, *Revista da AJURIS*, ano XXXVI, n. 116, dez. 2009, p. 173-199.

tese da paridade entre tratados de direitos humanos e lei ordinária, a decisão (ora sumulada) que proscreeu qualquer modalidade de prisão civil, revela-se eivada, especialmente na sua versão sumular e em virtude das consequências daí advindas, de contradições que vão além da circunstância de que foi mantido um estatuto diferenciado para os tratados de direitos humanos, uns valendo mais (no caso dos tratados aprovados pelo rito do § 3º do art. 5º da CF) do que os outros (aprovados antes da EC nº 45).

O que aqui está em causa e merece ser enfatizado, é que ao proscreever toda e qualquer modalidade de prisão civil (diga-se de passagem, que os pactos internacionais vedam prisão por dívida, mas não toda e qualquer modalidade de prisão civil, que não se resume a casos de prisão por dívida) o Supremo Tribunal Federal, ao afirmar que mesmo por legislação posterior nenhuma modalidade de prisão civil poderá ser criada, embora tenha fundado sua decisão na hierarquia supralegal dos tratados, na prática tornou completamente sem efeito norma constitucional que segue no texto da vigente CF, e que autoriza que a lei crie hipóteses de prisão civil. Ora, com isso, salvo melhor juízo, o Supremo Tribunal Federal imprimiu – no caso da vedação da prisão civil – hierarquia superior a da CF aos tratados internacionais aplicáveis à hipótese. Proibiu-se, por completo, aquilo que a CF permite expressamente. Em outras palavras, aquilo que a CF permite que o legislador infraconstitucional faça (evidentemente submetido a um controle de constitucionalidade, em caso de violação das exigências da proporcionalidade e/ou afetação do conteúdo essencial de direitos fundamentais) lhe foi vedado sem margem de liberdade de ação.

Assim, a crítica que ora se formula e que se soma às anteriores (notadamente a redução dos direitos humanos dos tratados internacionais a direitos fundamentais de segunda classe na ordem constitucional interna) vai no sentido de que o Supremo Tribunal Federal, possivelmente para não dar margem a que, por conta de uma hierarquia constitucional dos tratados de direitos humanos, se amplie a parametricidade do controle de constitucionalidade (entre outros argumentos), negou a hierarquia constitucional aos tratados, mas, no caso da prisão civil, acabou por assegurar ao tratado um efeito de bloqueio em relação à própria constituição, ainda que sem o fazer diretamente. Melhor seria, então, reconhecer pelo menos a hierarquia constitucional dos tratados e, mediante uma argumentação consistente, resolver o conflito entre tratado e constituição em prol da proibição da prisão. O problema adicional é que mesmo a sufragada hierarquia supralegal demandará esforços adicionais para ser devidamente articulada, especialmente quando se sabe que em outros casos, pelo menos por ora, o Supremo Tribunal Federal segue sendo mais reativo em relação ao valor

a ser dado aos tratados de direitos humanos, como é o caso, por exemplo, do direito ao duplo grau de jurisdição, pelo menos em matéria criminal.

De qualquer sorte, ainda que críticas sejam necessárias, é certo que também no âmbito da nossa mais alta Corte se vivencia, gradativamente, um clima favorável à valorização dos tratados de direitos humanos, o que demonstra, além disso, que um autêntico diálogo – jurídico e cultural – é possível, ainda mais quando motivado pela valorização da pessoa humana e dos seus direitos humanos e fundamentais.

ASPECTOS DE ALGUNS PRESSUPOSTOS HISTÓRICO-FILOSÓFICOS HERMENÊUTICOS PARA O CONTEMPORÂNEO DIREITO CIVIL BRASILEIRO: ELEMENTOS CONSTITUCIONAIS PARA UMA REFLEXÃO CRÍTICA

Luiz Edson Fachin*

1 – NOTAS INTRODUTÓRIAS

Impende fazer algumas esclarecimentos iniciais. Apre(e)nder a abrangência e o significado de *hermenêutica* está para além de relacioná-la à acepção semiológica de pura e simples *interpretação de signos* ou à concepção jurídica de *conjunto de regras e princípios interpretativos*. Não se pode reduzir, etimologicamente, tal apreensão ao radical de *herméneutiké* como sendo a “arte de interpretar” relacionada tão somente ao estudo gramatical e retórico.

Tal complexidade evidencia, por si só, os limites iniciais do presente exame, claramente assumidos desde este preâmbulo. Ademais, tempo e espaço delimitam saberes e contextos.

Faz-se necessário partir da chamada *crise da razão ocidental* e de suas diferentes fontes, as quais refutaram o humanismo clássico que alicerçava a racionalidade até então vigente, a fim de se saber quais linhas de pensamento despontaram no início do século XX e em qual delas melhor se encaixa a chamada *filosofia hermenêutica*.

* *Professor titular de Direito Civil da Faculdade de Direito da UFPR (Universidade Federal do Paraná); mestre e doutor em Direito das Relações Sociais pela PUC-SP (Pontifícia Universidade Católica de São Paulo); pós-doutorado no Canadá pelo Ministério das Relações Exteriores do Canadá; membro do IAB (Instituto dos Advogados Brasileiros), do IAP (Instituto dos Advogados do Paraná); membro da Academia Paranaense de Letras Jurídicas (APLJ) e da Academia Brasileira de Direito Constitucional; atuou como colaborador no Senado Federal na elaboração do novo Código Civil brasileiro; membro da Associação Andrés Bello de juristas franco-latino-americanos; autor de diversas obras e artigos.*

Isso feito, e em certa medida pautando-se pelo que se pode haurir, nesse campo, das teorizações de Hans-Georg Gadamer, investigar-se-á o *fenômeno hermenêutico* aplicado à ordenação sistemática do Direito, buscando-se problematizar as possibilidades quer de restringir a hermenêutica a cânones científicos determináveis, quer de reduzir no sistema jurídico a hermenêutica apenas a ter vez quando do surgimento de uma “lacuna normativa”, e quer ainda de equivaler *hermenêutica à interpretação*, implicando ou não equivocidade elementar.

Por derradeiro, nos limites deste exame, tem sentido investigar em que medida isso pode contribuir para uma hermenêutica jurídica diferenciada, ligada à percepção civil-constitucionalista de índole prospectiva cujo *dever* encontra-se orientado pela *aletheia* de conceitos e relações jurídicas submetidos à contraprova histórica da concretude, visando sempre à promoção do *ser* como *humano* de necessidade e liberdade, *constituído dialeticamente* por intermédio de sua própria *ação*.

Anima o presente estudo, a partir de uma alavanca histórica e um determinado estímulo filosófico, sustentar a constitucionalização prospectiva de uma hermenêutica emancipatória do Direito Civil brasileiro.

2 – CRISE DA RAZÃO OCIDENTAL: BREVES APONTAMENTOS

Se da superação de um dado paradigma da cognoscibilidade fez-se premente o renascimento da *scientia* clássica no século XVI, rompendo-se definitivamente com a mentalidade medieval, não menos verdade é o fato de que a promoção deste conhecimento lastreou o desenvolvimento da racionalidade moderna, levando à ebulição política, que já se sagrava, de algum modo, no plano econômico e social; a manutenção dos privilégios da nobreza, já no apagar das luzes do século XVIII, não mais se fazia possível. Revolucionou-se, pois, não apenas uma sociedade, mas sim uma cultura e, por que não, uma certa racionalidade.

A um determinado conceito de metafísica clássica que outrora havia sido resgatado e lapidado sob o método cartesiano, que pela lógica matemática chegou à existência do *ser* pelo *pensar*¹, passa por uma forte turbulência, a qual pode ser apreendida como processo crítico de constante questionamento e (des)construção, cujo desiderato não poderá ser outro senão aquele que tem sua síntese numa revolução epistêmica.

1 DESCARTES, René. *Discurso do Método – Quarta Parte*. p. 19. Disponível em: <http://www.espacoetica.com.br/midia/publico/descartes_discursodometodo.pdf>. Acesso em: 18 jun. 2011.

Como se sabe dos fundamentos elementares, Comte deixou seu legado à ciência pela elaboração do *método científico positivista*², que buscava observar e explicar os fenômenos isoladamente considerados, incluindo-se aqui os *atos sociais*. Neste caso, o Direito foi cientificamente concebido na busca pela regulamentação dos fatos sociais por aquilo que se denominou de Estado, que elaboraria leis abstratas para prever e orientar as pessoas segundo um juízo de *dever ser* das condutas humanas. Os fatos se tornam gerais e abstratos compondo as leis e, do estudo destas, inaugurar-se-ia, pois, uma nova ciência, que desvinculou fato e norma, tomando esta por objeto.

O quadro não era linear nem imóvel. A exemplo, criticando a conformação social do século XIX, Nietzsche extraiu de sua externalidade política, cultural e organizacional a *vontade de poder* – uma necessidade histórico-psicológica do existir humano que visa “imprimir no *dever* o caráter de *ser*”³. Escancara-se, pois, a contradição intramuros não apenas da *coisa em si*, mas do próprio *sujeito racional*⁴.

Além de colocar em xeque a própria concepção de *sujeito racional*, Nietzsche procede a uma crítica feroz da moral e da própria formação cultural da sociedade, suscitando que os *significados* e os *valores* vigentes na sociedade são relativos e mutáveis, fruto de sua própria historicidade, inexistindo, assim, uma verdade absoluta⁵.

Há mais ainda nesse quadro de ebulições, nomeadamente no campo da filosofia. Assim, Marx, influenciado em boa medida pelo materialismo de Feuerbach e pela dialética de Hegel, elaborou um método novo, diferente daqueles até então existentes para o estudo das ciências sociais, o *materialismo histórico-dialético*. Por meio deste método, dedicou-se ao estudo das relações sociais e propugnou que a conformação social dos indivíduos, estratificados em classes, tratava-se do resultado histórico das relações de produção e de exploração praticadas pelo homem “nas relações materiais da vida”⁶. Depreende-se, assim, em cenário de clara conformação do Direito dentro do sistema econômico.

Ponderou Marx que as relações tidas em sociedade estavam na *infraestrutura* de um sistema cuja *superestrutura* estava ordenada à manutenção dessas

2 Para citar o básico: COMTE, Auguste. “Curso de filosofia positiva”. In: *Os pensadores*. São Paulo: Abril Cultural, 1978. p. 3.

3 NIETZSCHE, Friedrich Wilhelm. *A vontade de poder*. Rio de Janeiro: Contraponto, 2008. p. 316.

4 Ibidem. p. 291.

5 NIETZSCHE, Friedrich Wilhelm. *Além do bem e do mal*. São Paulo: Companhia das Letras, 1992. p. 172-175.

6 MARX, Karl. *Obras escolhidas – Tomo I*. Lisboa: Avante, 1982. p. 530.

relações de exploração por meio de aparatos tanto materiais quanto *ideológicos*. Nesse sentido, os valores disseminados socialmente por meio da religião e da moral condicionam ideologicamente o pensamento do homem, alienando-o e escamoteando as relações de exploração historicamente estabelecidas, conduzindo a uma “compreensão invertida dessa história ou à abstração total dela”⁷.

Deste modo, sem embargo de uma síntese reducionista, é possível afirmar, para os fins deste ensaio, que da crítica à metafísica clássica levada a cabo pelo positivismo de Comte, pelo niilismo de Nietzsche e pelo materialismo histórico-dialético de Marx emergiram diferentes posicionamentos no início do século XX, a saber: (i) provinda da noção de *ordem e progresso* trazida pela ciência positiva e pelo método científico, surgiu a Escola Positivista do Direito, que teve por expoente Hans Kelsen; (ii) derivado das críticas marxistas, sobreveio a Escola de Frankfurt, marcadamente preocupada com o aspecto social do homem e com as relações de exploração, manifestando, inclusive, especial interesse sobre a *arte* e sobre a *técnica* em uma perspectiva crítica; (iii) das críticas de Nietzsche, sobreveio a Filosofia Existencialista, cujo pensamento foi fortemente influenciado pela fenomenologia de Husserl e cujo estudo buscou a compreensão do homem em si, sobre como ele se coloca no mundo e quais eram os seus anseios pessoais, existenciais.

Tal sucinta apreensão fornece, nos seus limites, os primeiros pilares para assentar a presente reflexão.

3 – A PRÉ-COMPREENSÃO DE GADAMER: O MAGISTÉRIO DE HEIDEGGER

A partir da contextualização antes levada a efeito, chega-se ao pensamento de Martin Heidegger. Centrando sua filosofia sobre o *ser*, afirma que na modernidade houve um *esquecimento do ser* em prol do *ente*. Para ele, haveria uma diferença ontológica entre *ser* e *ente*, uma vez que enquanto o *ser* conforma uma questão estritamente humana, o *ente* diz respeito apenas à base material do *ser*. Ou seja, o *ente* é apenas um meio para que o *ser* se desenvolva.

Assim, Heidegger critica a ciência moderna – podendo-se assim se definir aquela desenvolvida a partir do método cartesiano – justamente por investigar o *ente* em detrimento do *ser*, colocando-o como objeto a ser entendido e estudado a partir de sua externalidade⁸.

7 MARX, Karl. *Teses sobre Feuerbach*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2007. p. 36.

8 HEIDEGGER, Martin. *Ser e tempo*. Parte I. 15. ed. Petrópolis: Vozes, 2005. p. 78.

Partindo do problema do *ser*, Heidegger coloca que a questão da existência humana precede o pensar (*existo, logo penso*), conformando aquilo que ele define por *das sein (ser-ai)*⁹. O homem, assim, não é um sujeito, mas o conjunto homem-mundo em um dado tempo; o homem apenas existe se no mundo e se estiver nele inserto em um dado tempo.

Passemos em revista algumas ideias elementares, suficientes *quantum satis* para a análise em desenvolvimento.

Ser, portanto, é um problema *temporal*, e não puramente espacial. Concebido em um todo que abarca o *ente* e, portanto, o espaço, o *ser* tem uma dimensão histórica, segundo a qual o homem se coloca na história por meio da linguagem (maneira pela qual pretende cultivar o *ser*)¹⁰. O *ser* se manifesta pela cultura, cultivada pela linguagem, e que se apresenta como uma questão aberta, ineludível, uma vez que a *linguagem fenomenológica* preenche-se pela intuição, “remonta as experiências de pensamento relativas ao mundo da vida que estão sedimentadas na linguagem, que originariamente também residiam à base da conceptualidade da tradição”¹¹.

A hermenêutica, para Heidegger, compreende a interpretação do objeto *ente* pela pré-concepção do intérprete *ser*, que só existe enquanto tal em um dado tempo. Assim, a *hermenêutica* se revela como *fenômeno* da *existência do ser*, que abarca ontologicamente a totalidade por traduzir o universo *ente* pela *compreensão* do sujeito *ser*.

Essa percepção vai migrar em relevante segmento do pensamento contemporâneo, como se verá.

4 – A FILOSOFIA HERMENÊUTICA DE GADAMER

É nesse contexto, especialmente a partir dos ensinamentos de Heidegger, que Gadamer passa a desenvolver sua base hermenêutica, colocando-a como um *processo que está para além do puro e simples interpretar*, pois transcende o texto escrito, compondo um colóquio dialético entre leitor e texto. Segundo Gadamer, isso ocorre porque a hermenêutica sintetiza um processo inerente ao saber humano e que tem por escopo uma *pré-compreensão* ligada à existência humana e às suas experiências¹².

9 HEIDEGGER, Martin. *Ser e tempo*. Parte II. 4. ed. Petrópolis: Vozes, 1996. p. 149.

10 Idem, 2005. p. 219-220.

11 GADAMER, Hans-Georg. “Heidegger e a linguagem”. In: *Hermenêutica em retrospectiva*. Petrópolis: Vozes, 2009. p. 27..

12 GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método*. Petrópolis: Vozes, 1997. p. 403.

Avancemos um pouco mais nessa direção tentando-nos manter fiel ao afirmar-se que todo saber humano tem uma *pré-compreensão* porque não se pode desvincular a interpretação do *ser*, do intérprete enquanto pessoa humana inserida em um dado contexto histórico, social, econômico e linguístico, e que guarda consigo um arcabouço de saberes que irão influenciar tanto a sua análise quanto a própria maneira de expressar a sua interpretação¹³. Desse modo, segundo Lenio Streck, a “linguagem [é] a casa do ser, onde a linguagem não é simplesmente objeto, e sim, horizonte aberto e estruturado. Daí que, para Gadamer, *ter um mundo é ter uma linguagem*”¹⁴.

Para Gadamer, o intérprete deve estar disposto a dialogar com o texto para que, na proporção desta abertura, componha-se um plexo dialético entre aquilo que é lido e aquilo que é pré-concebido, firmando-se, então, uma nova (e única) compreensão, que substituirá (ou não) os *pré-conceitos* por *conceitos* novos e mais adequados¹⁵. O fenômeno hermenêutico deixa, portanto, de ser percepção, passando a ser *compreensão*.

Nesse sentido a hermenêutica conforma um *fenômeno interpretativo* enquanto *compreensão do ser*, e não um método que orienta a interpretação genérica visando à obtenção de uma dada verdade.

Restringir, desse modo, a hermenêutica aos cânones objetivos e fechados da ciência implica reduzir-lhe a abrangência, limitar-lhe o diálogo para com o texto e, por consequência, tornar-lhe menos dútil, barrando o seu potencial transformador e emancipatório enquanto *compreensão* do próprio *sujeito*.

Eis aí, pois, um primeiro passo do exame em desenvolvimento. Impende, agora, desdobrar tais delineamentos.

5 – HERMENÊUTICA JURÍDICA: UM FENÔMENO CULTURAL ATRELADO À EXISTÊNCIA DE UM SISTEMA ABERTO

Tendo-se em mente essa concepção gadameriana de hermenêutica – segundo a qual a *interpretação* é a *compreensão* do *fenômeno* pelo *ser* que já lhe tem uma dada *pré-compreensão*, decorrente de sua conformação espaço-temporal, e não um *método* hábil à constatação de uma *verdade* –, passar-se-á à hermenêutica jurídica.

13 Idem.

14 STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000. p. 166.

15 GADAMER, op. cit., p. 43.

Inicialmente, impende destacar que a ideia de *pré-compreensão* é comungada por aqueles que desenvolvem no Direito uma teoria hermenêutica crítica, pautada num sistema jurídico aberto. Entre nós, na teoria constitucional de Luís Roberto Barroso, por exemplo, afirma-se que “toda interpretação é produto de uma época, de uma conjuntura que abrange os fatos, as circunstâncias do intérprete e, evidentemente, o imaginário de cada um”¹⁶. A lição advém de Canaris, o qual sustentava que “a apreensão hermenêutica da realidade – para o caso, da realidade jurídica – só é possível porque o sujeito cognoscente conhece de antemão a linguagem em jogo e o alcance da instrumentação nela usada. Há, pois, todo um conjunto de pré-estruturas do saber, a que se poderá chamar o pré-entendimento das matérias”¹⁷.

Dito isso, para que seja possível a interpretação jurídica, deve-se reduzir a *objetividade possível* do Direito ao *conjunto de possibilidades interpretativas da norma*¹⁸. Deduzir, entretanto, essas possibilidades interpretativas da norma não é tarefa fácil, quiçá possível, especialmente porque não se pode desprezar a real dimensão da própria hermenêutica.

Tamanha é a dificuldade de objetivar o conjunto de possibilidades interpretativas que Karl Larenz, após afirmar que “interpretar é uma actividade de mediação pela qual o intérprete compreende o sentido de um texto que se lhe tinha deparado como problemático”¹⁹, assevera, em outro capítulo de seu livro, que esse sentido não é de fácil determinação, uma vez que o “seu significado possível oscila dentro de uma larga faixa e que pode ser diferente segundo as circunstâncias, a relação objectiva e o contexto do discurso”²⁰.

Se fechado e hermético for o sistema, o rol de possibilidades interpretativas mostrar-se-á insuficiente à complexidade fática da questão sob análise, conduzindo à injustiça. E se aberto for, duas ponderações são possíveis.

Primeiramente, o sistema pode se revelar aberto àquilo que ele não pôde abarcar, dando-se azo a uma lacuna que deverá ser colmatada por critérios

16 BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 1.

17 CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996, p. LIV.

18 BARROSO, Luís Roberto. *A nova interpretação constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 9.

19 LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997. p. 282.

20 *Ibidem*, p. 439.

hermenêuticos²¹. Em segundo lugar, um sistema pode-se revelar aberto por uma hermenêutica dialética, que submete perenemente as regras aos preceitos constitucionais e à contraprova da realidade, tornando quase que impossível a *pré-determinação do conjunto de possibilidades interpretativas*.

Para Lenio Streck, a *tese das lacunas* existe para sustentar o Direito reproduzido de maneira *circular e controlada*, o que implicaria afirmar que o ordenamento é dinamicamente *autopoiético*, ou seja, que se reproduz por meio de sua *autorreferência*²².

Já a segunda tese deriva de uma concepção tanto mais complexa, que será adiante exposta, logo após uma breve investigação do *sistema jurídico* e da *revolução hermenêutica* levada a cabo na década de 1970.

Deste modo, para melhor se investigar o fenômeno hermenêutico, necessária se faz uma breve incursão à concepção de *sistema* e à sua estrutura, que restou recentemente modificada pelas teorias principiológicas do Direito.

Como se depreende, até este passo cumpre o estudo uma aproximação de pressupostos à luz de um debate central no Direito contemporâneo.

5.1 A abertura semântica do sistema jurídico: uma questão de princípio

Tal qual afirmamos em outra oportunidade²³, Tercio Sampaio Ferraz Jr., notadamente influenciado pela teoria luhmanniana, partiu do anseio de Emil Lask de *integração* do Direito para traçar a importância da *sistematização* da Ciência Jurídica, que tem na globalidade o seu fim último. Para ele, o *sistema*

21 Esses critérios referem-se à hermenêutica enquanto método, o que não é objeto do presente trabalho, entretanto seguem aqui arroladas as diferentes *técnicas interpretativas* mencionadas por Lenio Streck: “a) remissão aos usos acadêmicos da linguagem (método gramatical); b) apelo ao espírito do legislador (método exegético); c) apelo ao espírito do povo; apelo à necessidade (método histórico); d) explicitação dos componentes sistemáticos e lógicos do direito positivo (método dogmático); e) análise de outros sistemas jurídicos (método comparativo); f) idealização sistêmica do real em busca da adaptabilidade social (método da escola científica francesa); g) análise sistêmica dos fatos (método do positivismo sociológico); h) interpretação a partir da busca da certeza decisória (método da escola do direito livre); i) interpretação a partir dos fins (método teleológico); j) análise linguística a partir dos contextos de uso (método do positivismo fático); l) compreensão valorativa da conduta através da análise empírico-dialética (egologia); m) produção de conclusões dialéticas a partir de lugares (método tópico-retórico).” STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000. p. 98.

22 Ibidem. p. 91.

23 FACHIN, Luiz Edson. *Principios del Derecho Civil Contemporáneo y los nuevos campos transterritoriales de las normas jurídicas: propuestas y problematizaciones para un “código de principios”*. Lima: Estudio Muñiz, 2011. (no prelo).

jurídico fundar-se-ia sobre (a) o repertório de elementos que o integram; (b) a estrutura que o organiza; e (c) a unidade que lhe confere coerência interna²⁴.

Dentro desta filosofia, os princípios são pensados intrassistemicamente, conferindo ao sistema jurídico o aporte, a unidade e a coerência necessários, de forma que todas as demais regras (elementos) estruturar-se-iam sobre eles. Esta é, entretanto, uma relação apenas entre normas, deixando-se de lado o poder normativo dos fatos. Tal horizonte amputou possibilidades e fez emergir relevantes cenários renovados.

Com a *virada hermenêutica* do final da década de 1970²⁵, marcada pela valorização da Filosofia do Direito, conferiu-se abertura semântica ao Direito, passando-se a valorizar a *heterogeneidade* social, a força criativa dos fatos e o pluralismo jurídico, cuja síntese normativa somente se revelou possível pela reestruturação da concepção dos *princípios*.

Abre-se aqui uma especial atenção aos princípios.

Inicialmente preocupado em traçar uma crítica ao positivismo sistêmico (*general attack on Positivism*)²⁶, Dworkin classificou as normas como gênero do qual derivam as espécies *princípios* e *regras*. Estas seriam aplicáveis segundo o método do *tudo ou nada* (*all-or-nothing*) – sendo válida, a regra seria aplicável, do contrário, não –, enquanto que aqueles necessitariam de um método de *ponderação*, segundo o qual seria necessário avaliar o *peso* dos princípios colidentes (*dimension of weight*) para aplicá-los corretamente. Neste caso, os princípios em choque seriam igualmente válidos, mas não seriam igualmente aplicáveis²⁷.

Amparado quicá em alguma medida nas teorizações de Dworkin, Robert Alexy afirmou que os princípios seriam verdadeiros *mandados de otimização*²⁸, os quais deveriam atuar conjunta e paralelamente às regras, de forma a concretizar, por meio delas, sempre que possível, as suas finalidades intrínsecas, podendo, assim, variar de acordo com as vicissitudes do caso concreto. Vale mencionar que, para Alexy, regras são necessárias, haja vista o modelo exclu-

24 FERRAZ Jr., Tercio Sampaio. *Conceito de sistema no Direito. Uma investigação histórica a partir da obra jusfilosófica de Emil Lask*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1976.

25 BARRETTO, Vicente de Paulo (coord.). *Dicionário de Filosofia do Direito*. São Leopoldo: Unisinos; Rio de Janeiro: Renovar, 2006 p. 395.

26 DWORKIN, Ronald. "Is law a system of rules?" In: *The Philosophy of Law*. New York: Oxford University Press, 1977 p. 43.

27 DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

28 ALEXY, Robert. "Sistema jurídico, princípios jurídicos y razón práctica". In: *Doxa*, nº 5. San Sebastián: Universidad de Alicante, 1988 p. 139-151.

sivamente principiológico (*Prinzipien-Modell des Rechtssystems*) conduzir à inoperabilidade prática do próprio ordenamento, que seria incapaz de concretizar *in casu* aquilo que ele próprio propõe²⁹.

Deste modo, Dworkin e Alexy possibilitaram a abertura semântica do Direito ao acolher e sustentar que os próprios princípios que lhe dão fundamento também podem entrar em choque, devendo-se ponderá-los de acordo com o caso concreto. Tal proceder, como se sabe, não é imune à controvérsia.

Para essa abertura semântica, de qualquer modo, necessária se faz a compreensão do Direito como um sistema aberto, e não mais como um sistema fechado de normas, como previa a lógica positivista.

É necessário, nada obstante, compreender os reflexos dessa ordem de ideias para o Direito Privado.

5.2 O Direito como um sistema dialeticamente aberto

No caminho traçado, as linhas dos pressupostos buscados remetem a Claus-Wilhelm Canaris ao afirmar que a concepção de Direito como sistema possibilita sua unidade, sendo esta não apenas um pressuposto positivista de validade das normas hierarquicamente arranjadas, mas a verdadeira constatação do princípio da igualdade, o qual é inerente à ideia de justiça material³⁰. Nesse contexto, Canaris concebe a *hermenêutica* como a doutrina hábil a estabelecer critérios de objetivação dos valores que atuam com papel decisivo dentro do ordenamento jurídico³¹.

O autor afirma ser necessária a *adequação valorativa* dos *conceitos jurídicos* pelos *princípios* do sistema, o que implica afirmar que aos conceitos fechados incide uma valoração segundo a ordem principiológica, possibilitando-se a abertura do sistema e, por consequência, a manutenção de sua unidade.³²

Tal sentido teve (e tem) larga repercussão e acolhimento. Nesse sentido está Ricardo Luis Lorenzetti, para quem “o Direito não é um sistema meramente dedutivo, [mas] sim um *sistema dialético*, orientado ao problema, é uma

29 CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 2002. p. 1.146.

30 CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996. p. 18.

31 *Ibidem*, p. 33.

32 *Ibidem*, p. 83.

recopilação de pontos de vista sobre o problema em permanente movimento; é aberto e pragmático”³³.

Juarez Freitas afirma que após a constatação da complexidade do fenômeno jurídico, convém ao Direito ser tido como um sistema aberto, “*potencialmente contraditório, normativa e axiologicamente*”³⁴, cuja melhor significação se traduz pelo desvendar do alcance de cada um de seus preceitos normativos hierarquicamente estabelecidos num *todo aberto*, visando sempre à “resolução eficiente e eficaz dos conflitos individuais e coletivos”³⁵. Daí porque “ou a interpretação jurídica é sistemática ou não é interpretação”³⁶.

Neste ponto, Juarez Freitas se refere à ordem dialética que deve perpassar a hermenêutica jurídica, cuja solução não se conforma num único brocardo nem pode ser reduzida a uma fórmula, mostrando-se sempre aberta àquilo que emana da sociedade e a fundamenta axiologicamente.

Celso Ribeiro Bastos traduziu, a seu turno, a *interpretação jurídica* como *fenômeno cultural* e lembrou-nos do óbvio, mas que não raramente é esquecido quando da aplicação da norma: de que *o Direito é apenas um subsistema*, dotado de certa autonomia didática, de um todo mais genérico, qual seja, o *sistema social*³⁷.

Deste modo, pode-se verificar que o Direito é um sistema aberto, mas não só. É um *sistema dialeticamente aberto*, que deve ser *compreendido* por meio de uma hermenêutica crítica, que submete perenemente as regras aos preceitos constitucionais, destacando-se o princípio da *dignidade da pessoa humana*, e à contraprova da realidade.

Assim, crescente importância da filosofia e a vertiginosa valorização dos princípios não tardaram a correr a hermenêutica civilista e a rapidamente ganhar força e voz, cuja mais expressiva talvez seja a de Pietro Perlingieri. Dentro do Direito Civil, não seria exagero considerar essa reviravolta hermenêutica verdadeira *Virada de Copérnico*.

33 LORENZETTI, Ricardo Luis. *Fundamentos do direito privado*. São Paulo: RT, 1998. p. 80.

34 FREITAS, Juarez. *A interpretação sistemática do Direito*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 51.

35 *Ibidem*, p. 82.

36 *Ibidem*, p. 65.

37 BASTOS, Celso Ribeiro. *Hermenêutica e interpretação constitucional*. 3. ed. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2002. p. 19.

Não se trata de herança nem mesmo de legado; nada obstante, uma linha que beneplacita, de algum modo, sem reducionismos da teoria constitucional, um olhar diferenciado, como se expõe.

6 – HERMENÊUTICA CIVIL-CONSTITUCIONAL

Perlingieri foi um dos precursores da intitulada *constitucionalização do direito civil*, que buscou nos princípios e valores constitucionais, democraticamente erigidos, a (res)significação dos institutos do direito civil, promovendo a chamada *repersonalização do direito privado*, que deslocou o foco jurídico do patrimônio para a pessoa em si.

Nesse sentido, mais do que interpretar harmonicamente as leis constitucionais e infraconstitucionais, a compatibilização do Código Civil e demais leis à Constituição Federal compreende hoje uma “teoria da interpretação inspirada no personalismo e na preeminência da justiça sobre a letra dos textos”³⁸, cuja contribuição sintetiza uma dupla tentativa: de superar o tecnicismo positivista e de relê-lo criticamente, à luz de experiências práticas e culturais.

A essa tentativa dúplice deve ser acrescentado um dever que está para além dos cânones hermenêuticos rigidamente concebidos, compondo um *dever de práxis*, de aplicação prática dos princípios e das normas constitucionais, cujos limites transcendem o mero raciocínio silogístico de subsunção para compor uma lógica inversa, segundo a qual o fato informa a norma, e não o contrário³⁹.

Tomando-se por base a hermenêutica de Gadamer, quando um juiz interpreta uma norma – que, geral como é, “não pode conter em si a realidade prática com toda sua correção”⁴⁰ –, adaptando-a aos anseios de um novo tempo, ele está a resolver um problema prático, o que não significa que sua hermenêutica é arbitrária ou relativa. Pautando-se em Aristóteles, Gadamer afirma que “o justo também parece estar determinado num sentido absoluto, pois está formulado nas leis e contido nas regras gerais de comportamento da ética, que apesar de não estarem codificadas, mesmo assim têm uma determinação precisa e uma vinculação geral.”⁴¹

38 PERLINGIERI, Pietro. “O estudo do Direito e a formação do jurista”. In: *O direito civil na legalidade constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 54.

39 Perlingieri afirma que a força de emancipação da praxe como tal se revela pelo direito material (em oposição ao direito formal), pela supremacia da Constituição material, pelos “atos que têm força de lei”. PERLINGIERI, Pietro. “O estudo do Direito e a formação do jurista”. In: *O direito civil na legalidade constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 55.

40 GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método*. Petrópolis: Vozes, 1997. p. 473.

41 *Ibidem*, p. 472-473.

No Brasil, especial destaque e relevo tem a obra e o pensamento de Gustavo Tepedino nessa direção apontada.

Aceitar que o ordenamento sempre conformará uma *contradição em potencial*, conforme concebe Lorenzetti e Juarez Freitas, exige uma “consciência crítica e dialética para com a realidade (...), [cuja] centralidade do valor da pessoa impõe reler as relações econômicas e, sobretudo, aquelas macroeconômicas”⁴². Verifica-se, pois, ser esta a consciência necessária para uma hermenêutica crítica do Direito, uma vez que “o papel do conhecimento não é somente a interpretação do mundo, mas também a sua transformação”⁴³.

Perlingieri chama a atenção ao dinamismo e à complexidade do Direito e de seu conteúdo, afirmando que a *sensibilidade jurídica*, formada no seio do próprio direito positivo, porém arrimada em valores sociais, é o maior contributo do Direito Civil Constitucionalizado à doutrina hermenêutica, pois “a apropriação desta sensibilidade se traduz na aquisição de um instrumento lógico e com argumentos para utilizar não mecânica e repetitivamente, mas conhecendo os seus fundamentos culturais e as consequências também socioeconômicas de sua aplicação”⁴⁴.

Esta dinamicidade representa o eterno embate entre teoria e práxis, e que, à visão de Gadamer, devido ao suposto objetivo dogmático da teoria, também contribuiu para que a hermenêutica jurídica se separasse do conjunto de uma *teoria da compreensão*⁴⁵.

Destarte, as leis, tratados, convenções, decretos e regulamentos devem ser conhecidos pelo jurista não apenas em sua literalidade, mas sob uma hermenêutica aprofundada, funcionalizada e aplicativa, guiada pelo axioma da promoção da *dignidade pessoa humana* na permanente dialética entre a norma e fato, entre o formal e o social, cujo resultado, ainda que imprevisível, resulta na constante reinvenção e renovação do direito.

Ignorar a realidade no estudo do Direito é negar a própria ciência jurídica, uma vez que esta não se encerra em um conjunto de regras e princípios interconectados. O Direito compõe-se de uma *função ordenadora* para compor a estrutura de um todo maior, denominado *estrutura social* ou *realidade*

42 PERLINGIERI, op. cit., p. 57.

43 BARROSO, Luís Roberto. *A nova interpretação constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 14.

44 PERLINGIERI, op. cit., p. 59.

45 GADAMER, op. cit., p. 483.

*normativa*⁴⁶. Nesse sentido, “é indispensável que tanto o direito quanto a sua teorização não percam jamais o sentido da realidade”⁴⁷.

Àqueles que acusam essa hermenêutica de arbitrária e frágil por não guardar um método único ou regras que melhor a definam, conferindo-se, assim, maior previsibilidade ao destinatário da norma, responde-se que o Direito não corresponde ao clássico conceito de ciência, assim como a hermenêutica não é o método por esta usado, uma vez que, se assim o fosse, a lei seria, antes da interpretação, destituída de qualquer sentido, significado ou significante, conformando tão somente um objeto, quando, na verdade, ela própria já é fruto de uma dada *compreensão*.

Embora se afirme que o Direito pertence à superestrutura da sociedade, reproduzindo as relações de dominação existentes na história social, inoldável é o fato de que o Direito tem origem plúrima, que não se limita à fonte da qual emanam as leis. Nesse sentido, “o direito é estrutura da sociedade, força promocional transformadora, [sendo que] entre direito e ciências sociais não há reprodução mecânica, mas dialética contínua”⁴⁸. Assim, o Direito está na sociedade sem nela se esgotar em pura e simples normatividade.

Reconhecer as necessidades do presente e incorporar ao Direito aquilo que a sociedade e a cultura lhes têm para oferecer ainda no plano hermenêutico, independentemente de qualquer apreensão legislativa, conforma, como já dito, um dever de *práxis*, o qual, na atividade do jurista, implica a adequação da lei genérica e abstrata às necessidades do presente e do caso sob análise.

Este processo hermenêutico de adequação da lei às necessidades hodiernas não se revela arbitrário na filosofia gadameriana porque é pensado no *ser* inserto em um dado *tempo* e *lugar*, o que acaba por circunscrever a sua *compreensão* e sua *interpretação* ao *conhecimento* e ao *reconhecimento* de um sentido vigente⁴⁹. Há, pois, uma intermediação jurídica entre lei e fato presente por um intérprete que não elege arbitrariamente determinado *ponto de vista*, pelo contrário, este já lhe é dado anteriormente⁵⁰. Além do que, as normas de vinculação ética, conforme já explicitado, têm vinculação geral e determinação precisa.

46 PERLINGIERI, Pietro. “Complexidade e unidade do ordenamento jurídico vigente”. In: *O Direito Civil na legalidade constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 170.

47 AZEVEDO, Plauto Faraco de. *Crítica à dogmática e hermenêutica jurídica*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor. p. 54.

48 PERLINGIERI, op. cit., p. 172-173.

49 GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método*. Petrópolis: Vozes, 1997. p. 487.

50 Ibidem, p. 488.

70 ANOS DA JUSTIÇA DO TRABALHO

Para Perlingieri, esse ponto de vista, essa *visão de mundo* é um conceito plúrimo, que se apresenta ao sujeito pela sua própria cultura, compreendendo os valores éticos, morais, religiosos e econômicos que decorrem da vida em comunidade e à qual o jurista não será estranho ou indiferente quando aplicar as normas codificadas, uma vez que dela ele não poderá se livrar⁵¹.

Nesse sentido, espera-se que a lei vincule todos por igual, mas, no caso de *aplicação, de concretização da lei*, cabe ao juiz a *complementação produtiva do direito* por meio de uma *ponderação justa do conjunto* que lhe foi apresentado⁵².

Destarte, como a constituição do Direito se dá gradativa e dialeticamente, abarcando leis elaboradas em momentos histórico-ideológicos bastante distintos, busca-se uma hermenêutica crítica, que conceba no Direito a complexidade da vida, interpretando-o a partir de seus *princípios e valores fundamentais*; uma hermenêutica não adstrita à formalidade, mas alargada pela substancialidade do *ser humano* e de sua *dignidade*.

No tocante à conformação da hermenêutica, filiamo-nos à crítica de Lenio Streck, que propôs a eliminação do “caráter de ferramenta da Constituição”⁵³, uma vez que esta não é ferramenta, mas verdadeira *constituente*.

A Constituição deixa, assim, de ser vista apenas como um texto legal dotado de maior hierarquia para ser algo mais; passa a ser também um “*modo de olhar e interpretar todos os demais ramos do Direito*”⁵⁴. Gustavo Tepedino afirma que a hermenêutica civil-constitucional permite o revigoramento do Direito Civil, aproximando-o da realidade e, com isso, conferindo-lhe eficácia social⁵⁵. Com efeito, em nosso modo de ver, aí se insere a metodologia constitucional do Direito Civil.

7 – À GUISA DE COMPREENSÃO

Como a *hermenêutica está para além do puro e simples interpretar*, uma vez que transcende o que está escrito, compondo um colóquio dialético entre leitor e texto, premente se faz sua construção em um sistema *dialeticamente*

51 PERLINGIERI, Pietro. “Complexidade e unidade do ordenamento jurídico vigente”. In: *O Direito Civil na legalidade constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 197.

52 GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método*. Petrópolis: Vozes, 1997. p. 489.

53 STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000. p. 287.

54 BARROSO, Luís Roberto. *A nova interpretação constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 44.

55 TEPEDINO, Gustavo. “Premissas metodológicas para a constitucionalização do Direito Civil”. In: *Temas de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 21.

aberto, que submeta perenemente as normas aos preceitos constitucionais e à contraprova da realidade.

Deste modo, é possível afirmar que a hermenêutica conforma um *fenômeno interpretativo* enquanto *compreensão do ser*, ou seja, objetivar a hermenêutica e reduzir-lhe a método interpretativo implica reduzir-lhe a abrangência, limitar-lhe o diálogo para com o texto e, por consequência, tornar-lhe menos dúctil, barrando o seu potencial transformador e emancipatório como *compreensão* do próprio *sujeito*.

Tendo por pressuposto essas *compreensões*, verifica-se que a maior contribuição trazida ao Direito por uma hermenêutica diferenciada pode ser a consciência crítica e dialética para com a realidade de uma hermenêutica que não é somente a interpretação do mundo, mas também a sua transformação pelo próprio sujeito que nele está inserto. É assim que a permanente dialética entre a norma e o fato resulta na constante reinvenção e renovação do Direito.

Àqueles que acusam essa hermenêutica de arbitrária e frágil, impende fazer-se três afirmações: (i) que o Direito não corresponde ao clássico conceito de ciência, e nem a hermenêutica ao método, uma vez que, se assim o fosse, a lei seria, antes da interpretação, destituída de qualquer sentido, significante ou significado, conformando tão somente um objeto, quando, na verdade, ela própria já é fruto de uma dada *compreensão*; (ii) que o intérprete está inserto em um dado *tempo e lugar*, o que acaba por circunscrever a sua *compreensão* e sua *interpretação* ao *conhecimento* e ao *reconhecimento* de um sentido vigente; (iii) e que as regras gerais de comportamento ético, mesmo que não expressas, têm uma determinação precisa e uma vinculação geral.

Reconhecer aquilo que a sociedade e a cultura têm para oferecer ao Direito, o que inclui também o plano hermenêutico, independentemente de qualquer apreensão legislativa, conforma um dever de *práxis*, segundo o qual é necessária a adequação da lei genérica às necessidades do presente e do caso sob análise.

Considerar, assim, o fato um elemento fenomenológico informador do ordenamento jurídico importa reler a própria hermenêutica jurídica – a qual não pode ser vista separadamente de uma *teoria da compreensão*, como se dela diferisse – para que se possa levar em conta não apenas a norma, o que inclui a própria Constituição, mas também a própria *ação* legítima do sujeito concreto como *constituente* de sua própria personalidade e da história daqueles com quem dialeticamente se relaciona.

É somente por meio da *hermenêutica* como *compreensão* e *ação constitutiva* do próprio sujeito que se alcançará a imperiosa *sensibilidade jurídica* à

70 ANOS DA JUSTIÇA DO TRABALHO

reinvenção e renovação do Direito, reconhecendo-se as necessidades do presente e conformando-lhe um *modo de olhar* socialmente eficaz.

É nessa via que sustentamos uma principiologia axiológica de índole constitucional, fundada numa dimensão prospectiva da constitucionalização do Direito. São esses alguns dos aspectos que o presente ensaio traz à colação para debate.

8 – REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. “*Sistema jurídico, princípios jurídicos y razón práctica*”. In: *Doxa*, nº 5. San Sebastián: Universidad de Alicante, 1988.

AZEVEDO, Plauto Faraco de. *Crítica à dogmática e hermenêutica jurídica*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor.

BARRETTO, Vicente de Paulo (coord.). *Dicionário de Filosofia do Direito*. São Leopoldo: Unisinos; Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BARROSO, Luís Roberto. *A nova interpretação constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
_____. *Interpretação e aplicação da Constituição*. São Paulo: Saraiva, 1996.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Hermenêutica e interpretação constitucional*. 3. ed. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2002.

CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 2002.

COMTE, Auguste. “Curso de filosofia positiva”. In: *Os pensadores*. São Paulo: Abril Cultural, 1978.

DESCARTES, René. *Discurso do método – Quarta parte*. Disponível em: <http://www.espacoetica.com.br/midia/publico/descartes_discursodometodo.pdf>. Acesso em: 18.06.2011.

DWORKIN, Ronald. “Is law a system of rules?” In: *The Philosophy of Law*. New York: Oxford University Press, 1977.

_____. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FACHIN, Luiz Edson. *Principios del Derecho Civil Contemporáneo y los nuevos campos transterritoriales de las normas jurídicas: propuestas y problematizaciones para un “código de principios”*. Lima: Estudio Muñiz, 2011. (no prelo).

FERRAZ Jr., Tercio Sampaio. *Conceito de sistema no Direito. Uma investigação histórica a partir da obra jusfilosófica de Emil Lask*. São Paulo: RT, 1976.

FREITAS, Juarez. *A interpretação sistemática do Direito*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método*. Petrópolis: Vozes, 1997.

_____. “Heidegger e a linguagem”. In: *Hermenêutica em retrospectiva*. Petrópolis: Vozes, 2009.

70 ANOS DA JUSTIÇA DO TRABALHO

HEIDEGGER, Martin. *Ser e tempo*. Parte I. 15. ed. Petrópolis: Vozes, 2005.

_____. *Ser e tempo*. Parte II. 4. ed. Petrópolis: Vozes, 1996.

LORENZETTI, Ricardo Luis. *Fundamentos do Direito Privado*. São Paulo: RT, 1998.

MARX, Karl. *Obras escolhidas – Tomo I*. Lisboa: Avante, 1982.

_____. *Teses sobre Feuerbach*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2007.

NIETZSCHE, Friedrich Wilhelm. *A vontade de poder*. Rio de Janeiro: Contraponto, 2008.

_____. *Além do bem e do mal*. São Paulo: Companhia das Letras, 1992.

PERLINGIERI, Pietro. “Complexidade e unidade do ordenamento jurídico vigente”. In: *O Direito Civil na legalidade constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

_____. “O estudo do Direito e a formação do jurista”. In: *O Direito Civil na legalidade constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

TEPEDINO, Gustavo. “Premissas metodológicas para a constitucionalização do Direito Civil”. In: *Temas de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

EFICÁCIA HORIZONTAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES DE EMPREGO – ALGUMA VERDADE

Luiz Otávio Linhares Renault*
Isabela Márcia de Alcântara Fabiano**

“Stop.
A vida parou
Ou foi o automóvel?”
(Carlos Drummond de Andrade, *Alguma poesia*, 1930)

1 – OS DIREITOS FUNDAMENTAIS E AS SUAS DIMENSÕES

Os direitos fundamentais são aqueles positivados pelo ordenamento jurídico de cada Estado-Nação para consagrar os valores reputados essenciais para a promoção da dignidade humana¹. Diferentemente

* *Doutor em Direito pela UFMG; professor adjunto da PUC Minas nos cursos de graduação e de pós-graduação; desembargador-corregedor do TRT da 3ª Região; professor adjunto da Faculdade de Direito da UFMG.*

** *Mestre e especialista em Direito Material e Processual do Trabalho, respectivamente pela PUC Minas e pelo Instituto de Educação Continuada PUC Minas; graduada em Direito pela UFMG; servidora do TRT da 3ª Região; professora de Direito Processual do Trabalho no TRT da 3ª Região e em cursos de pós-graduação.*

1 O valor dignidade da pessoa humana ocupa o epicentro das Constituições contemporâneas. Na Constituição brasileira de 1988, sintetiza o principal fundamento axiológico do ordenamento jurídico nacional. É possível mencionar algumas de suas dimensões, de acordo com o magistério de Ingo Wolfgang Sarlet: a) a de natureza ontológica, mas não biológica, explica a dignidade como qualidade integrante e irrenunciável da própria condição de pessoa humana; b) a fórmula minimalista do homem-objeto, utilizada em número expressivo de julgamentos proferidos pelo Tribunal Federal Constitucional da Alemanha, embora não solucione inteiramente o problema de compreensão da dignidade humana, serve de parâmetro para verificar se o núcleo essencial da pessoa natural foi atingido, quando o ser humano é submetido a tratamento que o rebaixa a simples coisa. Para maiores detalhes, consultar SARLET, Ingo Wolfgang. “As dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível”. *Revista Brasileira de Direito Constitucional* – RBDC, n. 09, jan./jun. 2007, p. 366 e 379-380. Já Alexandre de Moraes analisa o princípio fundamental da dignidade da pessoa humana sob as duas perspectivas: a) a primeira a qualifica como direito individual assegurado ao titular particular nas relações que trava com o Estado e nos ajustes privados que celebra com outro particular; b) a segunda concepção descortina a dignidade como dever fundamental de tratamento igualitário e respeitoso aos semelhantes, desdobrado em três enunciados básicos do direito romano: *honestere vivere* (viver honestamente); *alterum non laedere* (não prejudicar o outro) e *suum cuique tribuere* (dar a cada um o que lhe é devido). Para maiores detalhes, consultar MORAES, Alexandre de. “Direitos humanos fundamentais e as constituições brasileiras”. In: PELLEGRINA, Maria Aparecida; SILVA, Jane Granzoto Torres da (coords.). *Constitucionalismo social: estudos em homenagem ao ministro Marco Aurélio Mendes de Farias Mello*. São Paulo: LTR, 2003. p. 229-230.

dos direitos humanos², sujeitam-se a transformações de conteúdo, titularidade e eficácia em verdadeira relação de causa-efeito com a evolução histórica do Estado contemporâneo. Daí a produção de dimensões³ de faculdades e de posições jurídicas variáveis conforme a ideologia e a modalidade estatal adotadas⁴.

A propósito da distinção das expressões “direitos fundamentais” e “direitos humanos”, Ingo Wolfgang Sarlet ensina que:

“(…) o termo “direitos fundamentais” se aplica para aqueles direitos do ser humano reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional positivo de determinado Estado, ao passo que a expressão “direitos humanos” guardaria relação com os documentos de direito internacional, por referir-se àquelas posições jurídicas que se reconhecem ao ser humano como tal, independentemente de sua vinculação com determinada ordem constitucional, e que, portanto, aspiram à validade universal, para todos os povos e tempos, de tal sorte que revelam um inequívoco caráter supranacional (internacional).”⁵

A fundamentabilidade pode ser imputada a alguns direitos mediante previsão formal contida na própria Constituição, ou via reconhecimento material. Nessa última hipótese, embora não tenham assento constitucional explícito, alguns direitos são fundamentais, porque destinados a tutelar a dignidade humana, valor intrínseco, irrenunciável e imprescritível a todas as pessoas naturais.

Doutrina majoritária e abalizada sustenta a eficácia direta e imediata dos direitos fundamentais, seja nas relações verticalizadas entre os indivíduos e o Estado, seja nas relações horizontais entre os particulares. Com isso, a aplicação desses direitos não está condicionada à publicação de legislação infraconstitucional ulterior, devendo-se dar a máxima efetividade às normas constitucionais, mormente àquelas que disciplinam os vários aspectos da personalidade humana.

2 A expressão “direitos humanos” foi erigida sob influxo do jusnaturalismo, que reconhece posições jurídicas atemporais e universais a todas as pessoas naturais, porque inerentes ao ser humano, independentemente da manutenção de vínculo com algum Estado-Nação.

3 A expressão “dimensões” é preferida ao vocábulo “gerações”, porquanto este faz presumir que o surgimento de novas categorias de direitos fundamentais conduziria, peremptória e automaticamente, ao sacrifício e à superação das perspectivas anteriores – o que não é verdade. Os direitos fundamentais ostentam racionalidade expansiva, respaldada na integração e na interdependência que nutrem entre si, geradoras de efeito cumulativo entre suas dimensões.

4 Para maiores detalhes, consultar BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 561.

5 SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009. p. 29.

Sobre a correlação entre o princípio da máxima efetividade e os direitos fundamentais, é esclarecedora a lição de José Joaquim Gomes Canotilho:

“Este princípio, também designado por princípio da eficiência ou princípio da interpretação efectiva, pode ser formulado da seguinte maneira: a uma norma constitucional deve ser atribuído o sentido que maior eficácia lhe dê. *É um princípio operativo em relação a todas e quaisquer normas constitucionais*, e embora a sua origem esteja ligada à tese da atualidade das normas programáticas (Thoma), *é hoje sobretudo invocado no âmbito dos direitos fundamentais (no caso de dúvidas deve preferir-se a interpretação que reconheça maior eficácia aos direitos fundamentais).*” (destaques acrescentados)⁶

A Revolução Francesa serviu de largada para a efetiva consagração dos direitos fundamentais de primeira dimensão. O movimento representou a ruptura do paradigma do Estado Absolutista, cuja base legitimadora era de cunho transcendental, já que o rei era visto e tratado como um representante divino na Terra⁷.

A ascensão política da burguesia lançou o alicerce para a fundação do Estado Liberal e foi determinante para o absentismo estatal na regulamentação do mercado e das contratações, medidas que interessavam ao desenvolvimento do capitalismo e que se amparavam no dogma da autonomia da vontade estruturado sobre os valores da liberdade e da igualdade formais e da propriedade privada⁸.

No mundo jurídico, o movimento libertário francês propiciou a retomada da clássica dicotomia entre direito público e direito privado, mesmo que à época algumas de suas fronteiras já se mostrassem timidamente ziguezagueantes. Sob os auspícios do liberalismo econômico e do individualismo, foi disseminada, segundo Eugênio Facchini Neto⁹, a distinção entre sociedade política, marcada pelo reino de desigualdades entre Estado e administrados, e a sociedade econômica, cuja nota distintiva era o império da igualdade entre os particulares.

No âmbito do confronto liberdade individual *versus* autoridade, a área de tensão foi circunscrita às relações entre indivíduos e ente estatal, como se

6 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 1991. p. 162.

7 As expressões cunhadas à época são significativas e, só por si, dizem quase tudo: “L’État c’est moi”; “Un roi, une foi, une loi”.

8 Vigorava, então, a regra, que se pretende reativar, segundo a qual “qui dit contractuel, dit juste”.

9 FACCHINI NETO, Eugênio. “Reflexões histórico-evolutivas sobre a constitucionalização do direito privado”. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p.18-19.

não fosse preciso defender os indivíduos de si mesmos, como se não houvesse os mais fortes e os mais fracos.

Para proteger os administrados da ingerência “nociva” do Estado, abominada pelos burgueses, foram catalogados os direitos fundamentais de primeira dimensão que privilegiam o valor liberdade tanto na vida civil quanto na vida política. Assim, foi imposto um não fazer ao Estado (*status negativus*). Em contrapartida, os indivíduos passaram a gozar de direitos de oposição e de resistência contra o ente estatal, considerado “inimigo” da ordem econômica.

Sob a influência do pensamento pandectista, o indivíduo era tratado como sujeito de direito, noção jurídica abstrata que mantém a pessoa natural isolada das demais. Sem rosto, sem traços identificatórios, o homem era desconsiderado enquanto ser com necessidades e características próprias. O tratamento normativo era idêntico para todos, como se fossem substancialmente livres e iguais em posses, oportunidades e anseios.

De acordo com Paulo Bonavides, os direitos fundamentais de primeira dimensão

“(...) têm por titular o indivíduo, são oponíveis ao Estado, traduzem-se como faculdades ou atributos da pessoa e ostentam uma subjetividade que é seu traço mais característico; enfim, são direitos de resistência ou de oposição perante o Estado (...). São por igual direitos que valorizam primeiro o homem-singular, o homem das liberdades abstratas da sociedade mecanicista que compõe a chamada sociedade civil, da linguagem jurídica mais usual.”¹⁰

É nesse contexto que surge a denominada “Era das Codificações”, assumindo o Código Civil, sobretudo o Napoleônico (considerada a oitava maravilha do mundo), o *status* de “Constituição do Direito Privado”. No aludido instrumento, inúmeras disposições escancararam a preocupação do legislador iluminista com o valor segurança em assuntos de família, de propriedade e de contratos, sendo valiosas as ponderações de Juan María Bilbao Ubillos nesse particular:

“(...) O Código Civil se erige então na verdadeira carta constitucional da sociedade autossuficiente, sancionando os princípios da autonomia da vontade e da liberdade contratual como eixos da regulamentação das relações jurídicas entre particulares. Carece de sentido estender a essas relações a eficácia dos direitos individuais se elas (as relações) se

10 BONAVIDES, *Curso de direito...*, p. 563-564.

estabelecem, inicialmente, entre iguais, porque entre iguais as relações não podem ser senão livres. Por definição. A liberdade se apresenta então (ideologicamente) como um precipitado da igualdade (formal ou jurídica).”¹¹ (tradução livre)

No plano normativo, Eugênio Facchini Neto¹² esclarece que o pensamento jurídico de então se fundava na “ideologia dos 3Cs” marcada pela:

a) completude da legislação, pois não havia omissões e lacunas a preencher;

b) clareza legislativa, porquanto os instrumentos normativos eram constituídos de regras jurídicas suficientes para a escorreita subsunção do fato à norma, desempenhando o julgador função meramente técnica e silogística, sem valoração jurídica nem visão crítica ao que fora legislado – ao juiz competia apenas ser o “magistrado de mármore”, “la bouche de la loi”;

c) coerência do sistema, que obstava antinomias fundadas em tempo, especialidade e hierarquia de leis. Tudo estaria, portanto, perfeito e acabado na estrutura normativa tradicional.

Essa lógica, no entanto, foi invertida com o término da Segunda Guerra Mundial. Pode-se dizer que a Europa sucumbiu ao primado do público sobre o privado, a partir da consolidação do constitucionalismo social no final da década de 1940, em face da maior intervenção estatal na regulamentação do mercado e na vida privada dos indivíduos, que estava baseada no dirigismo contratual.

Diante das barbáries e dos totalitarismos praticados pelos regimes nazista e fascista, que seriam ações legítimas segundo a leitura positivista dos respectivos ordenamentos jurídicos, era indispensável promover as garantias institucionais, bem como a igualdade e a liberdade materiais para que a todos fossem oferecidas as mesmas oportunidades, hábeis a assegurar o mínimo essencial para uma existência digna e sem preterição de nenhum ser humano.

11 No original: “El Código Civil se erige entonces en la verdadera carta constitucional de esa sociedad autosuficiente, sancionando los principios de la autonomía de la voluntad y la libertad contractual como ejes de la regulación de las relaciones jurídicas inter privados. Carece de sentido extender a este tipo de relaciones la eficacia de los derechos individuales si éstas se establecen, por principio, entre iguales, porque entre iguales las relaciones non pueden ser sino libres. Por definición. La libertad se presenta entonces (ideológicamente) como un precipitado de la igualdad (formal o jurídica).” (UBILLOS, Juan María Bilbao. “¿En qué medida vinculan a los particulares los derechos fundamentales?” In: SARLET, Ingo Wolfgang. *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 302).

12 FACCHINI NETO, “Reflexões histórico-evolutivas...”, in: SARLET, *Constituição, direitos...*, p. 22-23.

Faz-se rápida digressão para lembrar que a Constituição mexicana de 1917 lançou as primeiras sementes do constitucionalismo social com a enunciação de direitos trabalhistas e sociais em seu art. 123, cujo *caput* previa: “Toda pessoa tem direito ao trabalho digno e socialmente útil; efetivamente, serão promovidas a criação de empregos e a organização social para o trabalho, conforme a lei”. (tradução livre)¹³

Dentre outros direitos trabalhistas, a Norma Fundamental do México estabeleceu: a duração máxima de trabalho em 8 horas diárias (inciso I); a fixação de salário mínimo em valor suficiente para satisfazer as necessidades normais de um chefe de família, nos aspectos material, social e cultural, bastante para prover a educação obrigatória de seus filhos (inciso VI); a responsabilidade dos empresários por acidentes de trabalho e doenças profissionais dos trabalhadores sofridos em razão ou no exercício da atividade laboral, ficando o empregador obrigado a pagar indenização correspondente (inciso XIV); a faculdade de livre associação e constituição de sindicatos para a defesa de interesses da categoria (inciso XVI); o direito de greve e o reconhecimento de sua licitude quando a paralisação tivesse por objetivo atingir o equilíbrio entre os diversos fatores da produção, harmonizando os direitos do trabalho com os do capital (inciso XVIII) e a proteção contra dispensa sem justa causa executada em retaliação ao ingresso do empregado em associação profissional ou sindicato ou em participação em greve lícita, devendo o empregador reintegrar o trabalhador ou pagar indenização equivalente a três meses de salário (inciso XXII).

A mesma postura visionária da Constituição mexicana foi adotada pela Constituição alemã de Weimar, de 1919, a mais comemorada quando se estuda o pioneirismo do constitucionalismo social. Conforme lições de Fábio Konder Comparato¹⁴, o referido documento possuía estrutura mais elaborada e se pautava em conteúdo nitidamente dualista, uma vez que, em sua primeira parte, regulava a organização do Estado e, na segunda, consagrava direitos e deveres fundamentais que não estavam mais reduzidos às clássicas liberdades individuais. A estas foram agregados direitos de caráter social.

O art. 162 da Constituição de Weimar foi um dos mais importantes na seara trabalhista, à medida que preconizou a fixação de padrões mínimos de

13 No original: “Toda persona tiene derecho al trabajo digno y socialmente útil; al efecto, se promoverán la creación de empleos y la organización social para el trabajo, conforme a la ley.” MÉXICO. Constituição (1917). *Constitución Federal de República de México de 1917*. Disponível em: <<http://pdba.georgetown.edu/constitutions/mexico/mexico1917.html>>. Acesso em: 03 nov. 2011.

14 COMPARATO, Fábio Konder. A constituição alemã de 1919. Disponível em: <<http://www.dhnet.org.br/educar/redeedh/anthist/alema1919.htm>>. Acesso em: 03 nov. 2011.

regulação internacional do trabalho assalariado¹⁵. Já o art. 163 mencionou, expressamente, o direito ao trabalho, importando no dever estatal de promoção de política de desenvolvimento do pleno emprego. Quanto à propriedade privada, a sua função social foi ressaltada na célebre fórmula “a propriedade obriga”, constante do art. 153, segunda alínea, da Constituição de Weimar de 1919.

Malgrado as tentativas mexicana e alemã datem do início do século XX, apenas no final da década de 1940, sob a ideologia econômica keynesiana, foi que o *Welfare State* contribuiu para a efetiva propagação de direitos sociais, culturais e econômicos, classificados como fundamentais de segunda dimensão.

Sob essa nova racionalidade, o Estado deveria promover ações positivas e prestações em benefício dos administrados para a criação de pressupostos materiais para o exercício da igualdade substancial. Um dos trunfos do constitucionalismo social consistiu em privilegiar o interesse do grupo como um todo, em vez de manter o indivíduo insulado e desconectado da realidade ao seu entorno.

São valiosas as ponderações de Paulo Bonavides nesse sentido:

“Os direitos sociais fizeram nascer a consciência de que tão importante quanto salvaguardar o indivíduo, conforme ocorreria na concepção clássica dos direitos de liberdade, era proteger a instituição, uma realidade social muito mais rica e aberta à participação criativa e à valorização da personalidade que o quadro tradicional da solidão individualista, onde se formara o culto liberal do homem abstrato e insulado, sem a densidade de valores existenciais, aqueles que unicamente o social proporciona em toda a plenitude. Descobria-se assim um novo conteúdo dos direitos fundamentais: as garantias institucionais.”¹⁶

Nesse diapasão, aos direitos de resistência conquistados na primeira dimensão, de viés nitidamente individualista, associou-se o *status positivus* do ente estatal que visava à limitação da liberdade e do voluntarismo contratuais praticados até então sem peias durante o Estado Liberal. Imprimindo postura diligente e vibrante ao Estado, com a realização de direitos a prestações, aspirava-se à igualdade substancial e à liberdade material, em substituição às falácias de outrora. Simultaneamente, buscava-se o fortalecimento das instituições sociais.

No particular, destacam-se as observações de Fábio Konder Comparato:

15 Lembre-se de que a Organização Internacional do Trabalho (OIT) foi constituída, exatamente, em 1919.

16 BONAVIDES, *Curso de Direito...*, p. 565.

“Os direitos sociais (...) têm por objeto não uma abstenção, mas uma atividade positiva do Estado, pois o direito à educação, à saúde, ao trabalho, à previdência social e outros do mesmo gênero só se realizam por meio de políticas públicas, isto é, programas de ação governamental. Aqui, são grupos sociais inteiros, e não apenas indivíduos, que passam a exigir dos Poderes Públicos uma orientação determinada na política de investimentos e de distribuição de bens; o que implica uma intervenção estatal no livre jogo do mercado.”¹⁷

Em virtude da força expansionista dos direitos fundamentais, o rol não se esgotou nos dois primeiros estágios mencionados, emergindo, no final do século XX, os direitos de terceira dimensão, cuja principal característica é o caráter coletivo, difuso e indivisível. Como se identificam com os valores da fraternidade e da solidariedade, levam em conta o gênero humano, para que todos tenham direito, ilustrativamente, ao desenvolvimento, à paz, ao meio ambiente sadio, à educação e à cultura, à comunicação e à propriedade do patrimônio comum a toda humanidade.

Esclarece Ingo Wolfgang Sarlet:

“A nota distintiva destes direitos da terceira dimensão reside basicamente na sua titularidade coletiva, muitas vezes indefinida e indeterminável, o que se revela, a título de exemplo, especialmente no direito ao meio ambiente e qualidade de vida, o qual, em que pese ficar preservada sua dimensão individual, reclama novas técnicas de garantia e proteção. (...) Compreende-se, portanto, porque os direitos da terceira dimensão são denominados usualmente como direitos de solidariedade ou fraternidade, de modo especial em face de sua implicação universal, ou, no mínimo, transindividual, e por exigirem esforços e responsabilidades em escala até mesmo mundial para sua efetivação.”¹⁸

Parte da doutrina sustenta, ainda, a existência de direitos fundamentais de quarta dimensão, merecendo destaque o posicionamento de Paulo Bonavides¹⁹, para quem, em tempos de globalização e de neoliberalismo, as barreiras físicas e ideológicas do mundo devem cair para a expansão e universalização de direitos que assegurem o exercício da democracia, da informação e do pluralismo. Para o eminente constitucionalista, tal providência serviria como uma espécie de antídoto para a hegemonia de grupos supranacionais sobre outros

17 COMPARATO, *A constituição alemã...*

18 SARLET, *A eficácia dos direitos...*, p. 49.

19 BONAVIDES, *Curso de Direito...*, p. 570-572.

menos desenvolvidos e sobre países periféricos que se mantêm isolados no cenário mundial.

Pode-se dizer que o ordenamento jurídico brasileiro reconhece os direitos fundamentais de quarta dimensão, pois o preâmbulo da Constituição da República de 1988 preconiza, desde logo, a instituição de Estado Democrático. O *caput* do art. 1º da Norma Fundamental dispõe que esse Estado Democrático é de Direito, enquanto o parágrafo único do mesmo art. 1º prevê que todo o poder emana do povo, que irá exercê-lo diretamente ou por meio de representantes eleitos. De sua vez, o *caput* do art. 14 da Constituição da República de 1988 prevê o exercício da soberania popular pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com igual valor para todos. E, nos termos da lei, a soberania popular ainda poderá ser praticada mediante plebiscito, referendo e iniciativa popular, tudo nos termos dos incisos I, II e III do art. 14 da Norma Fundamental, respectivamente.

No plano infraconstitucional brasileiro, a realização de plenárias com a população para a definição dos empreendimentos que serão priorizados e executados com base no plano do orçamento participativo é mais um exemplo de direitos fundamentais de quarta dimensão, uma vez que fomenta a informação, incentiva a democracia participativa e abre espaço para o debate popular em assuntos de interesse público.

No âmbito do Poder Judiciário Trabalhista, a recente audiência pública, realizada pelo Tribunal Superior do Trabalho, para discutir a legalidade ou ilegalidade da terceirização de mão de obra, bem como as suas repercussões nas relações individuais e coletivas de trabalho, é mais um exemplo de exercício de direitos fundamentais de quarta dimensão, tendo em vista que a comunidade foi consultada para esclarecer questões fáticas, técnicas, científicas, econômicas e sociais pertinentes ao fenômeno da descentralização produtiva.

2 – O REDIMENSIONAMENTO DA TUTELA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS TRABALHISTAS A PARTIR DOS FENÔMENOS DO NEOCONSTITUCIONALISMO E DA CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO

As Constituições assumem relevante papel na persecução de segurança e de estabilidade para um povo, porquanto, em sua acepção formal, são documentos enunciadores de direitos e de garantias formulados com a intenção de durar, sem retrocessos, no tempo e no espaço. Dependendo da classificação das Constituições quanto à sua estabilidade (rígidas, flexíveis ou semirrígidas), elas

podem perpetuar instituições consideradas nucleares para determinado ordenamento jurídico, impondo o cumprimento de rígidos procedimentos especiais para eventual alteração em seu texto, ou facilitar sua renovação via processo legislativo igualmente exigível para a elaboração de leis ordinárias. Finalmente, as duas hipóteses acima podem ser mescladas para a operacionalização de reforma constitucional.

Embora o tratamento dogmático tradicional imponha que as mudanças constitucionais devam seguir as formalidades dispostas no corpo da própria Lei Fundamental, não há dúvidas de que as mutações fáticas cada vez mais frequentes em uma civilização pós-moderna, marcada por conflitos massificados e repetitivos, demandam do sistema jurídico maior celeridade e eficácia.

Em razão disso e considerando as monstruosas arbitrariedades cometidas pela Alemanha nazista e pela Itália fascista durante a Segunda Grande Guerra, sob o fundamento de que as suas condutas e opções políticas de extermínio estavam legitimadas por norma positivista pura, dissociada de conteúdo axiológico, é que a dogmática constitucionalista tradicional, a partir de 1945, sofreu fortes questionamentos. A necessidade premente de redemocratizar a Europa impunha a reaproximação do Direito da ética e da moral²⁰.

Luís Roberto Barroso aponta como baliza filosófica do novo constitucionalismo o movimento pós-positivista, fundado na convergência do jusnaturalismo e do positivismo naquilo que os dois têm de melhor a oferecer. No particular, acentua com ímpar propriedade:

“O pós-positivismo busca ir além da legalidade estrita, mas não despreza o direito posto; procura empreender uma leitura moral do Direito, mas sem recorrer a categorias metafísicas. A interpretação e aplicação do ordenamento jurídico hão de ser inspiradas por uma teoria de justiça, mas não podem comportar voluntarismos ou personalismos, sobretudo os judiciais.”²¹

Os dois ícones do pós-positivismo são a normatização dos princípios e o amadurecimento da teoria dos direitos fundamentais²². Ambos contribuem, sobremaneira, para o reconhecimento de força normativa à Constituição, considerada a Lei Fundamental de uma nação, que, em seu teor, por meio de prin-

20 Ressalte-se que, no Brasil, esse fenômeno só ocorreu tardiamente com a Constituição de 1988.

21 BARROSO, Luís Roberto. “Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito: o triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil”. In: *Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais*, ano XXV, v. 65, n. 4, 2007, p. 22.

22 Os direitos fundamentais já eram reconhecidos no jusnaturalismo e no positivismo. No entanto, foi no pós-positivismo que assumiram papel central no sistema jurídico.

cípios explícitos ou implícitos, consolidará a síntese dos valores considerados essenciais para aquele ordenamento jurídico.

De acordo com a nova dogmática constitucional, os princípios não enunciam meras normas programáticas, carentes de eficácia imediata; não têm função interpretativa subsidiária, embora eventualmente possam desempenhar esse papel secundário, nem representam promessas vazias, inatingíveis porque metafísicas. Pelo contrário, eles galgaram o *status* de mandados de otimização e, na sistemática constitucional, passaram a ocupar preeminência, já que sua densidade jurídica é suficiente para fins de irradiação, harmonização e correta interpretação de todo o sistema jurídico vigente.

Na condição de alicerces do edifício normativo, os princípios orientam o exegeta na compreensão das disposições constitucionais e infraconstitucionais, colaborando para a unidade e a harmonia do sistema jurídico como um todo. Eles possuem dimensão operativa, à medida que condicionam a validade dos atos praticados pelas três funções estatais à correta interpretação e aplicação das normas, conforme os valores maiores da Constituição.

A normatização dos princípios expandiu-se na seara constitucional e produziu efeitos nos demais ramos jurídicos, o que é salutar ante a definição da racionalidade jurídico-axiológica que passou a orientar a ordem jurídica. Por isso, a exaltação de princípios nos direitos material e processual é muito bem-vinda, principalmente quando estão em análise relações jurídicas essencialmente assimétricas e desiguais, como as decorrentes do contrato de emprego, quantitativa e qualitativamente relevante na ordem socioeconômica do sistema capitalista hegemônico.

Sobre os direitos fundamentais, eles consubstanciam o eixo central dos valores constitucionais, uma vez que promovem a dignidade da pessoa humana. Em razão dessa finalidade precípua, tornam-se “(...) vetores exegéticos de todas as normas que compõem o ordenamento jurídico”²³, ficando o Poder Judiciário, em decorrência do princípio da supremacia da Constituição, vinculado ao seu cumprimento.

Segundo Daniel Sarmento, se alguma norma jurídica estiver em desconformidade com os direitos fundamentais, ela deverá ser afastada do ordenamento jurídico mediante controle incidental de inconstitucionalidade. Se a hipótese for de ausência de norma, o litígio deverá ser solucionado através da

23 SARMENTO, Daniel. “A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais no direito comparado e no Brasil”. In: BARROSO, Luís Roberto. *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 266.

invocação direta da Constituição, ante o reconhecimento de eficácia direta aos direitos fundamentais²⁴.

Outra derivação do neoconstitucionalismo – além do reconhecimento da força normativa à Constituição, que deixou de ser vista e tratada como documento político, sem força jurídica, ou como carta, cujo objeto estava restrito à formação e à conformação do Estado – é a colocação da Lei Fundamental realmente em nível supremo na pirâmide normativa, e não mais apenas em nível retórico. Ela diz; ela se impõe, exuberantemente. Ela é por inteira; e, dentro de si, possui mecanismos eficazes contra a sua despotencialização, inclusive índole ideológica; ela não deixa resto, nem rastros interpretativos secundários, em face da normatividade piramidal.

Desse modo, valendo-se da teoria pura do direito desenvolvida por Hans Kelsen²⁵, conclui-se que a norma inferior encontra seu substrato na norma superior. Assim, torna-se inarredável que a carga axiológica priorizada pela norma constitucional reflita em todo o edifício jurídico, sendo dever do hermenêuta zelar pela supremacia da Norma Fundamental e pela interpretação conforme a Constituição. Em poucas palavras, está-se diante do fenômeno da constitucionalização do direito, também denominado por Luís Roberto Barroso de “filtragem constitucional”:

“A ideia de constitucionalização do Direito aqui explorada está associada a um efeito expansivo das normas constitucionais, cujo conteúdo material e axiológico se irradia, com força normativa, por todo o sistema jurídico. Os valores, os fins públicos e os comportamentos contemplados nos princípios e regras da Constituição passam a condicionar a validade e o sentido de todas as normas do direito infraconstitucional. Como intuitivo, a constitucionalização repercute sobre a atuação dos três Poderes, inclusive e notadamente nas suas relações com os particulares. Porém, mais original ainda: repercute, também, nas relações entre particulares.”²⁶

Feitas essas breves anotações, o neoconstitucionalismo e a constitucionalização dos direitos ou a “filtragem constitucional” traduzem enorme progresso no aperfeiçoamento da tutela de direitos fundamentais trabalhistas, cuja vulneração há de ser combatida com eficiência, seja nos liames firmados entre

24 SARMENTO, Daniel. “A vinculação...”, in: BARROSO, Luís Roberto. *A nova interpretação...*, p. 266.

25 Embora Hans Kelsen seja apontado como um dos expoentes do positivismo, sua teoria pura do direito acabou oferecendo subsídios para o desenvolvimento do fenômeno da “filtragem constitucional”, tão difundido pelo movimento pós-positivista.

26 BARROSO, “Neoconstitucionalismo e...”, in: *Revista do Tribunal de Contas do...*, p. 28.

o indivíduo e o Estado, seja nos ajustes celebrados entre particulares dentro e fora das relações de emprego.

3 – FUNDAMENTABILIDADE E EFICÁCIA IMEDIATA DOS DIREITOS SOCIAIS TRABALHISTAS

A fundamentabilidade dos direitos sociais foi questionada inicialmente sob a alegação de que a categoria não era concretizável de imediato. Pontuava-se que, contidos em normas programáticas, os direitos sociais seriam desprovidos de clareza terminológica e dependeriam de legislação ordinária ulterior para produzir efeito no mundo fático.

A crise de baixa normatividade dos direitos sociais, porém, na lógica pós-positivista que orienta o constitucionalismo moderno, foi ultrapassada, porquanto a técnica de utilização de conceitos jurídicos indeterminados vem sendo difundida universalmente e há de ser incentivada, por promover o contínuo arejamento do conjunto normativo e por mostrar coerência com o teor dos novos textos constitucionais, repletos de cláusulas abertas e de princípios.

No tocante à eficácia mediata dos direitos sociais, a tese não prospera. No Brasil, o art. 5º, § 1º, da CR/88, de maneira clara e enxuta, é explícito e genérico ao prever que “As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”. Nenhuma distinção fez o constituinte originário nesse particular, vedado ao intérprete criar entraves – onde estes não existem – para a concretização de direitos, que são elementares para a existência minimamente digna dos cidadãos.

Doutro tanto, a execução e a observância dos direitos sociais são pressupostos para a fruição dos direitos individuais, “(...) na medida em que criam condições materiais mais propícias ao auferimento da igualdade real, o que, por sua vez, proporciona condição mais compatível com o exercício efetivo da liberdade”²⁷. Assim, eventual limitação às garantias institucionais e aos direitos às prestações prejudicaria outros valores jurídicos tão queridos pelo Estado liberal e ainda hoje constantes em nossa Lei Maior.

Se isso não bastasse, a integração harmônica havida entre todas as categorias de direitos fundamentais determina que os esforços – materiais, hermenêuticos, orçamentários etc. – sejam empreendidos para a sua integral concretização, sem distinções de qualquer natureza.

27 SILVA, José Afonso da. *Garantias econômicas, políticas e jurídicas da eficácia dos direitos sociais*. Disponível em: <http://www.mundojuridico.adv.br/sis_artigos/artigos.asp?codigo=207>. Acesso em: 04 nov. 2011.

Enfrentando, especificamente, o argumento de que os direitos sociais não poderiam ser operacionalizados de plano ante os empecilhos decorrentes da “reserva do possível”, é preciso compreender, primeiro, os contornos dessa espécie de limitação fático-jurídica oposta à eficácia e à efetivação imediatas dos direitos sociais prestacionais.

Ingo Wolfgang Sarlet salienta que a “reserva do possível” apresenta dimensão tríplice, que abrange:

“a) a efetiva disponibilidade fática dos recursos para a efetivação dos direitos fundamentais; b) a disponibilidade jurídica dos recursos materiais e humanos, que guarda íntima conexão com a distribuição das receitas e competências tributárias, orçamentárias, legislativas e administrativas, entre outras, e que, além disso, reclama equacionamento, notadamente no caso do Brasil, no contexto do nosso sistema constitucional federativo; c) já na perspectiva (também) do eventual titular de um direito a prestações sociais, a reserva do possível envolve o problema da proporcionalidade da prestação, em especial no tocante à sua exigibilidade, e nesta quadra, também da sua razoabilidade.”²⁸

Mesmo que a efetivação e a implementação dos direitos sociais prestacionais, que são direitos fundamentais de segunda dimensão, tenham um custo econômico considerável e dependam das possibilidades orçamentárias do Estado, os limites traçados pela “reserva do possível” não são absolutos, enfatizando o mesmo doutrinador que eles não podem ser falaciosamente utilizados como “desculpa genérica para omissão estatal no campo da efetivação de direitos fundamentais, especialmente de cunho social”²⁹, o que, infelizmente, vem acontecendo.

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal também é contrária ao uso distorcido dos limites da “reserva do possível”, merecendo transcrição os fundamentos esposados pelo Ministro Celso de Mello, em decisão proferida nos autos do processo Medida Cautelar em Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 45 (ADPF 45 MC):

“(…) a cláusula da “reserva do possível” – ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível – não pode ser invocada, pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquila-

28 SARLET, *A eficácia dos direitos...*, p. 287.

29 SARLET, *A eficácia dos direitos...*, p. 356.

ção de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentabilidade.”³⁰

Ganha cada vez mais força a linha argumentativa que incumbe ao poder público “o ônus da comprovação efetiva da indisponibilidade total ou parcial de recursos, do não desperdício dos recursos existentes, assim como da eficiente aplicação dos mesmos”³¹. Em decisão proferida em 22 de outubro de 2008 pelo então Presidente do Supremo Tribunal Federal, Ministro Gilmar Mendes, nos autos do processo Suspensão de Antecipação de Tutela 268 (STA 268), além de ser enfrentada a questão da eficácia imediata dos direitos sociais – em especial do direito à saúde –, foi tratada a relacionada à distribuição do ônus da prova quanto à demonstração da real existência dos limites fático-jurídicos traçados pela cláusula da “reserva do possível”. Concluiu o Ministro-Relator da mais alta Corte brasileira pela aplicabilidade imediata dos direitos sociais e pela não demonstração, no caso concreto, por parte do ente público, de efetiva lesão ao erário na hipótese de manutenção da ordem judicial que determinou a concessão de medicamento a autor individual. A circunstanciada fundamentação constante dessa decisão é relevante para a concretização de todos os direitos sociais prestacionais, porque analisa genericamente a eficácia imediata dos direitos fundamentais de segunda dimensão, bem como os efeitos produzidos pela cláusula da “reserva do possível”³².

Soma-se aos argumentos acima a tendência do Judiciário brasileiro de se valer do critério denominado “proibição de proteção insuficiente” para justificar a intervenção judicial em prol da efetividade dos direitos sociais, nas hipóteses em que o Estado se omite ou não oferece satisfatoriamente os direitos prestacionais aos seus administrados.

A título de ilustração, registrem-se algumas decisões do Supremo Tribunal Federal (STF), da lavra do Ministro Gilmar Mendes, sobre a efetivação e judicialização dos direitos sociais (v.g., Suspensão de Tutela Antecipada 241/

30 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida cautelar em arguição de descumprimento de preceito fundamental 45. Relator (a): Ministro Celso de Mello. Data de Julgamento: 29.04.2004. Data de Publicação: 04.05.2004. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADPF%24%2ESCLA%2E+E+45%2ENUME%2E%29&base=baseMonocraticas>>. Acesso em: 05 nov. 2011.

31 SARLET, *A eficácia dos direitos...*, p. 356.

32 BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Suspensão de antecipação de tutela 268/RS. Relator (a): Ministro Gilmar Mendes. Data de Julgamento: 22.10.2008. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/diarioJustica/verDiarioProcesso.asp?numDj=204&dataPublicacaoDj=29/10/2008&incidente=2637411&codCapitulo=6&numMateria=162&codMateria=7>>. Acesso em: 05 nov. 2011.

RJ³³, Agravo Regimental na Suspensão de Liminar 47/PE³⁴ e Agravo Regimental na Suspensão de Tutela Antecipada 175/CE³⁵.

Respaldo em doutrinas estrangeiras, o mencionado Ministro analisa a aplicabilidade e a eficácia imediata dos direitos sociais, discorre sobre o critério da “proibição de proteção insuficiente”, para, caso a caso, com suporte no princípio da proporcionalidade, apreciar e decidir a real necessidade de determinação judicial de suprimento de falhas cometidas pelo poder público no oferecimento de direitos sociais prestacionais. Com propriedade, o Ministro Gilmar Mendes afirma que o Poder Judiciário, quando determina o cumprimento de dever constitucional específico ao Poder Executivo, não está violando o princípio da separação de poderes, mas fazendo cumprir a determinação advinda da própria Constituição, cujo respeito e efetividade devem ser garantidos por todas as funções estatais.

Assim, são robustos os argumentos favoráveis à fundamentabilidade e à eficácia imediata dos direitos sociais. E, considerando que o direito ao trabalho está expressamente inserido no rol dos direitos fundamentais de segunda dimensão, nos termos do art. 6º da Constituição da República de 1988, estreme de dúvidas de que merece idêntico tratamento, com a mesma garantia por parte de todos os agentes políticos e funções estatais.

Finalmente, se a relação de emprego, apesar das múltiplas tentativas de fraude, de precarização, de flexibilização e de desregulamentação do Direito do Trabalho, continua sendo o principal instrumento de acesso à inclusão social do trabalhador e de sua família, de distribuição de renda, de erradicação da pobreza, de diminuição das desigualdades, e de dignificação da pessoa humana, não há motivos para privar os direitos sociais trabalhistas de aplicabilidade e de eficácia imediatas.

33 BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Suspensão de antecipação de tutela 241/RJ. Relator (a): Ministro Gilmar Mendes. Data de Julgamento: 10.08.2008. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/diario-Justica/verDiarioProcesso.asp?numDj=196&dataPublicacaoDj=16/10/2008&incidente=2620579&co dCapitulo=6&numMateria=154&codMateria=7>>. Acesso em: 05 nov. 2011.

34 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo regimental na suspensão de liminar 47/PE. Relator (a): Ministro Gilmar Mendes. Data de Julgamento: 17.03.2010. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginador/paginador.jsp?docTP=AC&docID=610254>>. Acesso em: 05 nov. 2011.

35 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo regimental na suspensão de antecipação de tutela 175/CE. Relator (a): Ministro Gilmar Mendes. Data de Julgamento: 17.03.2010. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginador/paginador.jsp?docTP=AC&docID=610255>>. Acesso em: 05 nov. 2011.

4 – A VINCULAÇÃO DO PODER PÚBLICO E DOS PARTICULARES AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

A vinculação do poder público aos direitos fundamentais, mais conhecida como eficácia vertical dos direitos fundamentais, ocorre nas relações entre o Estado e os particulares. Ela se dirige ao legislador, ao juiz e aos entes estatais em geral³⁶, porque, possuindo o indivíduo a titularidade dos direitos fundamentais, limites não de ser impostos à atuação estatal. Assim, é vedado ao poder público intervir indevidamente na esfera privada dos particulares. Faz-se isso como forma de proteger os direitos e as liberdades individuais.

Paralelamente, o Estado tem os deveres de propiciar as condições necessárias para a imediata aplicação dos direitos fundamentais³⁷ e de tutelá-los em caso de agressão ou vulneração.

Consoante magistério de Daniel Sarmiento, a denominada “teoria dos deveres de proteção” apresenta dois aspectos, haja vista que “(...) o Estado tem a obrigação não apenas de abster-se de violar os direitos fundamentais, mas também de protegê-los diante de lesões e ameaças provenientes de terceiros, inclusive particulares”³⁸.

Como a transição do Estado Liberal para o Estado Social exigiu uma postura ativa do ente público, o redimensionamento político-ideológico tendente à promoção de inclusão social tornou imprescindível o alargamento da abrangência dos efeitos dos direitos fundamentais para incluir, também, os particulares em suas relações privadas.

Segundo Juan María Bilbao Ubillos,

“Hoje como ontem a realidade desmente a existência de uma paridade jurídica em boa parte dos vínculos entabulados entre sujeitos particulares. O direito privado conhece também o fenômeno da autoridade, do poder, como capacidade de determinar ou condicionar juridicamente

36 Nesse sentido, PIMENTA, José Roberto Freire; BARROS, Juliana Augusta Medeiros de. A eficácia imediata dos direitos fundamentais individuais nas relações privadas e a ponderação de interesses. Disponível em: <http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/bh/jose_roberto_freire_pimenta.pdf>. Acesso em: 05 nov. 2011.

37 Como bem acentua Ingo Wolfgang Sarlet, o princípio da aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais pode ser entendido como um mandato de otimização que vincula o Estado, impondo-lhe o dever de aplicar incontinenti os direitos fundamentais e de conferir a estes a maior eficácia possível. Mesmo que a norma constitucional dependa de normatização ulterior infraconstitucional, ou seja, ainda que tenha eficácia limitada, será vedado ao legislador editar quaisquer regras que infrinjam o sentido e a finalidade das normas constitucionais definidoras dos direitos e garantias fundamentais. Para maiores detalhes, vide SARLET, *A eficácia dos direitos...*, p. 366.

38 SARMENTO, Daniel. “A vinculação...”, in: BARROSO, Luís Roberto. *A nova interpretação...*, p. 236.

ou de fato as decisões de outros, de influenciar eficazmente o comportamento de outros, de impor a própria vontade. Basta olhar ao redor e observar atentamente a realidade que nos rodeia. É um fato facilmente constatável a progressiva multiplicação de centros de poder privados e a enorme magnitude que alguns deles vêm adquirindo. Representam na atualidade uma ameaça nada desprezível para as liberdades individuais. O poder já não está concentrado no aparato estatal, está disperso, disseminado na sociedade (...).³⁹ (tradução livre)

Surge, então, a vinculação dos particulares aos direitos fundamentais, também denominada de eficácia horizontal, eficácia privada ou eficácia em relação a terceiros, tão indispensável para proteger os indivíduos de seus semelhantes, vez que atores privados também cometem atos contrários à dignidade da pessoa humana, abusam do direito, discriminam, oprimem os mais fracos e se beneficiam de centros de poder, que não são mais exclusividade do Estado. Ao revés, cada vez mais se expandem e se alastram na esfera privada, diante do forte crescimento econômico, principalmente e com mais ênfase nos países emergentes, sob o argumento sedutor de que é necessário deixar que o mercado se conduza por si só. Mãos invisíveis moldando o tráfego jurídico-econômico mundial, em rede de informações instantâneas, para pessoas sem rosto e massificadas, permitindo que a desigualdade se aprofunde cada vez mais. A recente crise econômica na União Europeia, e a conseqüente alternância política de poder, que colocam em xeque os primados do Estado de Bem-Estar, acendem o sinal de alerta em torno da importância não apenas da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, notadamente os de conotação sócio-trabalhistas, mas também o princípio do não retrocesso, e a respectiva construção jurisprudencial sobre a temática.

5 – A EFICÁCIA HORIZONTAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES DE EMPREGO

Infelizmente, os contratos de emprego têm sido campo fértil para o desrespeito aos direitos fundamentais, porque as empresas, na qualidade de

39 No original: “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. Representan en la actualidad una amenaza nada desdeñable para las libertades individuales. El poder ya no está concentrado en el aparato estatal, está disperso, diseminado en la sociedad.” (UBILLOS, “¿En qué medida...”, in: SARLET, *Constituição, direitos...*, p. 303.

titulares de centros de poder privados, não raras vezes, vilipendiam valores intrínsecos à personalidade humana.

Sob o dúplice argumento de que a empresa constitui “(...) uma universalidade integral (de pessoas, bens e relações), equiparada a sujeito de direitos e obrigações, que assume o risco da produção, ou da circulação de bens e serviços”⁴⁰, e de que a sobrevivência do empreendimento depende de organização e de disciplina intensas⁴¹, os sócios ou proprietários do negócio abusam na direção, no controle e na fiscalização, bem como na punição de empregados que, aos seus olhos, teriam descumprido deveres de obediência, de diligência e de fidelidade. Para tanto, aproveitam-se da vulnerabilidade econômica do trabalhador, que precisa manter o emprego para manter a si e a sua família.

Ocorre que o direito de propriedade e o princípio da autonomia da vontade apontados para justificar a ação empresária não são absolutos, tampouco bastantes para validar o exercício abusivo e ilícito do poder empregatício. O centro de poder privado não pode ser palco de desmandos e arbitrariedades contra os direitos fundamentais trabalhistas, nem motivo para retirar de (ex-) empregados direitos básicos e inerentes à afirmação de sua dignidade.

Com efeito, antes de desempenharem qualquer modalidade de atividade, os indivíduos são pessoas humanas, cujo mínimo existencial há de ser assegurado, e a função do Direito do Trabalho é compensar juridicamente a desigualdade material insita às contratações de emprego. Essa a alma do Direito do Trabalho. Logo, há de ser superado o paradigma econômico que insiste em tratar a energia despendida pelo empregado como mero objeto do contrato de trabalho, simples mercadoria, totalmente desvinculado da pessoa que o produziu, como se fosse possível separar os membros superiores e/ou inferiores do trabalhador do restante de seu corpo, para não dizer de sua mente e seus sentimentos. Na pessoa humana não há apenas o eu; há o eu e o ser...

6 – CONCORDÂNCIA PRÁTICA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Um dos problemas desencadeados pelo reconhecimento da eficácia horizontal dos direitos fundamentais reside na coexistência de direitos cons-

40 CATHARINO, José Martins. *Compêndio de Direito do Trabalho*. São Paulo: Saraiva. v. 1, p. 108.

41 Dependendo do tamanho dessa desigualdade, é possível sustentar a existência de relação vertical ou de sujeição em ajustes privados. Nesse sentido, salienta Ingo Wolfgang Sarlet: “(...) a expressão eficácia horizontal não dá conta das situações de manifesta desigualdade de poder entre indivíduos e portadores de poder social, que, no que diz com o exercício de poder e imposição da vontade em detrimento da outra parte da relação jurídico-privada, assumem feições manifestamente verticalizadas, no sentido de similares às relações entre os particulares e o poder público. Por tais razões, o mais apropriado é, de fato, falarmos de uma vinculação dos particulares aos direitos fundamentais ou mesmo da eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares.” (SARLET, *A eficácia dos direitos...*, p. 375)

titucionalmente assegurados a cada uma das partes da relação jurídica. Ante a aparente colisão que os envolve, tornou-se imperioso desenvolver técnica que, mediante a imposição de limites, compatibilize-os de forma harmônica⁴².

O método encontrado para promover a concordância prática dos direitos fundamentais em choque é a ponderação, que, avaliando o peso dos valores colidentes, estabelece condicionamentos recíprocos com vistas a harmonizar os bens imateriais e materiais pretendidos, sem sacrifício absoluto de uns em relação aos outros.

Nesse balanceamento, devem ser observados alguns parâmetros apresentados por Daniel Sarmento⁴³: quanto maior for a desigualdade fática dos envolvidos “mais intensa será a proteção ao direito fundamental em jogo, e menor a tutela da autonomia privada”⁴⁴; quanto maior a essencialidade do bem da vida perseguido, maior a sua proteção, cedendo a autonomia privada a direitos reputados indispensáveis ao exercício satisfatório da personalidade.

Robert Alexy⁴⁵ esclarece que a ponderação é um aspecto do princípio da proporcionalidade, postulado genérico subdividido nos seguintes critérios parciais: a) adequação (aptidão do meio escolhido ao fim almejado); b) necessidade (utilização do meio menos gravoso para o menor sacrifício do direito restringido – esse critério também é conhecido como “menor ingerência possível” ou “proibição de excesso”) e c) proporcionalidade em sentido estrito (avaliação da equação custo-benefício, sendo que as vantagens trazidas por uma escolha em detrimento de outra devem superar os ônus impostos no caso concreto.

No âmbito da relação de emprego, a questão assume extrema e aguda importância ante a vulnerabilidade do empregado frente ao empregador, sendo que a contratação do primeiro pelo segundo não significa estado de sujeição pessoal, tampouco o fim da dignidade do contratado. É natural e justificável que os direitos fundamentais tenham peso maior que os demais direitos e faculdades, pois, “enquanto houver fortes e fracos, incluídos e excluídos, poderosos

42 Nesse sentido, PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. “Apontamentos para a aplicação das normas de direito fundamental nas relações jurídicas entre particulares”. In: BARROSO, Luís Roberto (org.). *A nova interpretação constitucional – ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. 2 ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 143.

43 SARMENTO, Daniel. “A vinculação...”, in: BARROSO, Luís Roberto. *A nova interpretação...*, p. 270-283.

44 SARMENTO, Daniel. “A vinculação...”, in: BARROSO, Luís Roberto. *A nova interpretação...*, p. 272.

45 ALEXY, Robert. “Ponderação, jurisdição constitucional e representação popular”. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. *A constitucionalização do Direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 295.

e sem-poder, os primeiros tenderão a subjugar os segundos, cuja autonomia tornar-se-á fictícia”⁴⁶.

7 – EFICÁCIA HORIZONTAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES DE EMPREGO – ALGUNS CASOS CONCRETOS

Chegam perante o Poder Judiciário brasileiro múltiplos casos concretos nos quais a controvérsia gira em torno da eficácia horizontal dos direitos fundamentais no âmbito das relações privadas e da licitude ou ilicitude de condutas empresárias – comissivas ou omissas – que, potencial ou efetivamente, venham a impedir ou a embaraçar os direitos personalíssimos dos trabalhadores em geral.

Pelas impossibilidades material, temporal e espacial de mencionar todas as hipóteses pertinentes ao tema, que apresentam uma gama inesgotável de variáveis, serão noticiados cinco julgamentos que enfrentaram a questão tanto no âmbito nacional, quanto nas esferas regional e local.

Em 1996, o Supremo Tribunal Federal proferiu decisão emblemática sobre a eficácia horizontal dos direitos fundamentais nas relações de emprego. No julgamento do Recurso Extraordinário nº 161.243-6, com amparo no princípio da igualdade, determinou a extensão a empregado brasileiro da *Compagnie Nationale Air France* dos benefícios previstos em regulamento empresarial que até então eram privativos dos empregados que tivessem a mesma nacionalidade da empresa. Segundo o Relator, Ministro Carlos Velloso, “A discriminação que se baseia em atributo, qualidade, nota intrínseca ou extrínseca do indivíduo, como o sexo, a raça, a nacionalidade, o credo religioso etc., é inconstitucional”⁴⁷.

Em 2011, o Tribunal Superior do Trabalho proferiu duas decisões que, expressamente, abordam a eficácia horizontal dos direitos fundamentais nas relações privadas de emprego. Na primeira, exarada nos autos do processo RR – 105500-32.2008.5.04.0101, cuja redação do acórdão coube à Ministra Rosa Maria Weber, o recurso de revista não foi conhecido, confirmando-se a ordem de reintegração de empregado dispensado arbitrariamente, por ser portador de esquizofrenia. Nos termos da fundamentação, o direito potestativo de denúncia vazia do contrato de trabalho está sujeito a limites impostos pelos princípios da não discriminação, da função social da propriedade e da proteção da relação de emprego contra a despedida arbitrária. No concernente ao art.

46 SARMENTO, Daniel. “A vinculação...”, in: BARROSO, Luís Roberto. *A nova interpretação...*, p. 273.

47 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Autos do processo n. Recurso Extraordinário 161.243-6. Ministro-Relator: Carlos Velloso. Data da Publicação: DJ 19.12.1997. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=213655>>. Acesso em: 13 nov. 2011.

7º, I, da Constituição da República de 1988, restou consignado que, embora o referido dispositivo ainda não esteja regulamentado, ele é dotado de eficácia normativa. A questão também foi analisada sob o prisma das Convenções ns. 111 e 117 e da Declaração sobre os Princípios e Direitos Fundamentais no Trabalho, de 1998, todas da OIT; do art. 187 do Código Civil de 2002, que trata do abuso de direito, e da Lei nº 9.029/95, que veda a adoção de qualquer prática discriminatória tendente a inviabilizar a admissão de um trabalhador ou a justificar o rompimento arbitrário do seu contrato de emprego em razão de sexo, origem, raça, cor, estado civil, situação familiar, idade ou qualquer outro motivo infundado.

Nas palavras da Ministra Redatora,

“O arcabouço jurídico sedimentado em torno da matéria deve ser considerado, igualmente, sob a ótica da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, como limitação negativa da autonomia privada, sob pena de ter esvaziado seu conteúdo deontológico. (...) o exercício de uma atividade laboral é aspecto relevante no tratamento do paciente portador de doença grave e a manutenção do vínculo empregatício, por parte do empregador, deve ser entendida como expressão da função social da empresa e da propriedade, sendo, até mesmo, prescindível averiguar o *animus* discriminatório da dispensa.”⁴⁸

Na segunda decisão proferida pela mais alta Corte Trabalhista, cujo relator foi o Ministro Vieira de Mello Filho, não conhecido o recurso de revista, manteve-se a condenação do empregador ao pagamento de indenização por danos morais em favor de empregado que, na qualidade de motorista de caminhão de lixo, era obrigado a usufruir de seu intervalo intrajornada próximo ao veículo de trabalho e não dispunha de sanitário para sua higiene pessoal e necessidades fisiológicas.

Para o ministro-relator,

“(...) a preservação da saúde obreira deve ser garantida (por meio de todas as medidas que tornem o seu local de trabalho isento de riscos à integridade física e psicológica do laborante), sob pena de se tornar ineficaz (e, portanto, carente de força normativa) o postulado previsto

48 BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Autos do processo nº Recurso de Revista 105500-32.2008.5.04.0101 Ministra Redatora: Rosa Maria Weber, Data de Publicação: DEJT 05.08.2011, Disponível em: <<http://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/inteiroTeor.do?action=printInteiroTeor&format=html&highlight=true&numeroFormatado=RR-105500-32.2008.5.04.0101&base=acordao&rowid=AAANGhABIAAACxlAAO&dataPublicacao=05/08/2011&query=eficácia horizontal direitos fundamentais>>. Acesso em: 13 nov. 2011.

no primeiro artigo da Carta Republicana, o que não se coaduna com a eficácia horizontal dos direitos fundamentais reconhecida pela doutrina e pela jurisprudência majoritárias de nosso País.”⁴⁹

O Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região, no julgamento do RO nº 0101200-02.2009.5.15.0096⁵⁰, manteve a condenação solidária das reclamadas ao pagamento de indenização por danos morais, porquanto a deliberação empresarial de esconder trabalhadores ‘terceirizados’ quando a empresa tomadora de serviços era visitada por representantes de outras unidades, inclusive internacionais, ultrapassa os limites do poder diretivo e importa em tratamento discriminatório e degradante em face de trabalhadores que laboravam em condições idênticas às dos empregados efetivos da empresa cliente. A par disso, a aludida conduta assemelhou pessoas a coisas indesejadas, passíveis de ocultação, como se fossem os trabalhadores que estivessem sujando a imagem do contratante...

Já a sentença proferida pelo juízo da Vara do Trabalho de Ubá/MG, nos autos do processo nº 0001002.10.2010.5.03.0078, revela evidente violação aos direitos fundamentais de trabalhadoras que foram obrigadas a abaixar as suas roupas íntimas sob o argumento empresarial de que era imprescindível descobrir quem estava em período de regras e era responsável pelo fato de o vaso sanitário do banheiro feminino estar sujo de sangue.

Realmente, nos dizeres do Juiz do Trabalho Breno Ortiz Tavares Costa, a “conduta dos proprietários da reclamada foi horrenda, demonstrando um enorme atraso gerencial e, inclusive, moral”⁵¹, sobretudo porque o procedimento adotado, além de ser abusivo e invadir a intimidade das empregadas, em elevado grau, é completamente inadequado, desnecessário e desproporcional ao fim colimado.

Para reforçar o caráter pedagógico da condenação, o julgador impôs à reclamada a obrigação de publicar o inteiro teor da sentença no *site* da empresa,

49 BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Autos do processo n. Recurso de Revista 458400-06.2003.5.09.0019, Ministro-Relator: Luiz Philippe Vieira de Mello Filho, Data de Publicação: DEJT 18.03.2011. Disponível em: <[http://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/inteiroTeor.do?action=printInteiroTeor&format=html&highlight=true&numeroFormatado=RR-458400-06.2003.5.09.0019&base=acordao&rowid=AAANGhAA+AAALYDAAM&dataPublicacao=18/03/2011&query=eficacia horizontal direitos fundamentais](http://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/inteiroTeor.do?action=printInteiroTeor&format=html&highlight=true&numeroFormatado=RR-458400-06.2003.5.09.0019&base=acordao&rowid=AAANGhAA+AAALYDAAM&dataPublicacao=18/03/2011&query=eficacia%20horizontal%20direitos%20fundamentais)>. Acesso em: 13 nov. 2011.

50 BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região. Autos do processo n. Recurso Ordinário 0101200-02.2009.5.15.0096. Desembargador-Relator: CLAUDINEI ZAPATA MARQUES. Data de Publicação: DEJT 30.09.2011. Disponível em: <http://consulta.trt15.jus.br/consulta/owa/pDecisao.wAcordao?pTipoConsulta=PROCESSO&n_idv=1181635>. Acesso em: 13 nov. 2011.

51 BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região. Autos do processo n. 0001002.10.2010.5.03.0078. Juiz Sentenciante: Breno Ortiz Tavares Costa. Data de Publicação: 06.12.2010. Disponível em: <<http://as1.trt3.jus.br/consulta/detalheProcesso2.htm?conversationId=3222908>>. Acesso em: 13 nov. 2011.

a fim de que o julgamento ganhasse ampla divulgação, e a sociedade em geral se conscientizasse do abuso cometido pela reclamada, que deveria agir com responsabilidade social.

CONCLUSÃO

O reconhecimento da eficácia horizontal dos direitos fundamentais constitui importante instrumento para a efetiva tutela da dignidade do cidadão-trabalhador e do trabalhador-cidadão, à medida que a existência de centros privados de poder não se confunde com “licença ou autorização” para o cometimento de atos que afrontem a licitude, a ética, a moral, o equilíbrio, a razoabilidade, o respeito e o bom-senso nas relações de emprego.

Nem mesmo a fundamentabilidade atribuída expressamente pela Constituição brasileira à propriedade privada isenta a empresa de respeitar o mínimo existencial necessário para a garantia dos direitos personalíssimos do empregado, uma vez que as atividades econômicas são instrumento para a valorização social do trabalho e devem ser desempenhadas em harmonia com a racionalidade do neoconstitucionalismo, que coloca a pessoa humana no epicentro do ordenamento jurídico. Tudo gira em torno e em prol, intensa e extensamente, da pessoa humana, a quem o Direito se destina com o fito de proporcionar a busca da realização material e metafísica.

O Poder Judiciário não pode fechar os olhos para a eficácia irradiante dos direitos fundamentais, que se espraiam nos contratos de trabalho. No balanceamento dos interesses em jogo, os magistrados devem utilizar a técnica da ponderação de interesses, a fim de investigar, caso a caso, a partir de critérios previamente estipulados, quais bens deverão prevalecer sobre os demais. Esse mecanismo confere segurança jurídica aos jurisdicionados, aumenta a justiça da decisão e, principalmente, equilibra o exercício das liberdades constitucionais, cujo contingenciamento não pode exceder o necessário e o razoável nas relações privadas de trabalho.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. “Ponderação, jurisdição constitucional e representação popular”. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. *A constitucionalização do Direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 295-304.

BARROSO. Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. 5. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2003.

70 ANOS DA JUSTIÇA DO TRABALHO

_____. “Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito: o triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil”. In: *Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais*, ano XXV, v. 65, n. 4, p. 22-28, 2007.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo regimental na suspensão de antecipação de tutela 175/CE. Relator (a): Ministro Gilmar Mendes. Data de Julgamento: 17.03.2010. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginador/paginador.jsp?docTP=AC&docID=610255>>. Acesso em: 05 nov. 2011.

_____. Agravo regimental na suspensão de liminar 47/PE. Relator (a): Ministro Gilmar Mendes. Data de Julgamento: 17.03.2010. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginador/paginador.jsp?docTP=AC&docID=610254>>. Acesso em: 05 nov. 2011.

_____. Autos do processo nº Recurso Extraordinário 161.243-6. Ministro-Relator: Carlos Velloso. Data da Publicação: DJ 19.12.1997. Disponível em: <<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=213655>>>. Acesso em: 13 nov. 2011.

_____. Medida cautelar em arguição de descumprimento de preceito fundamental 45. Relator (a): Ministro Celso de Mello. Data de Julgamento: 29.04.2004. Data de Publicação: 04.05.2004. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADPF%24%2ESCLA%2E+E+45%2ENUM%2E%29&base=baseMonocraticas>>. Acesso em: 05 nov. 2011.

_____. Suspensão de antecipação de tutela 241/RJ. Relator (a): Ministro Gilmar Mendes. Data de Julgamento: 10.08.2008. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/diarioJustica/verDiarioProcesso.asp?numDj=196&dataPublicacaoDj=16/10/2008&incidente=2620579&codCapitulo=6&numMateria=154&codMateria=7>>. Acesso em: 05. nov. 2011.

_____. Suspensão de antecipação de tutela 268/RS. Relator (a): Ministro Gilmar Mendes. Data de Julgamento: 22.10.2008. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/diarioJustica/verDiarioProcesso.asp?numDj=204&dataPublicacaoDj=29/10/2008&incidente=2637411&codCapitulo=6&numMateria=162&codMateria=7>>. Acesso em: 05. nov. 2011.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região. Autos do processo nº 0001002.10.2010.5.03.0078. Juiz Sentenciante: Breno Ortiz Tavares Costa. Data de Publicação: 06.12.2010. Disponível em: <<http://as1.trt3.jus.br/consulta/detalheProcesso2.htm?conversationId=3222908>>. Acesso em: 13. nov. 2011.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região. Autos do processo nº Recurso Ordinário 0101200-02.2009.5.15.0096. Desembargador-Relator: Claudinei Zapata Marques. Data de Publicação: DEJT 30.09.2011. Disponível em: <http://consulta.trt15.jus.br/consulta/owa/pDecisao.wAcordao?pTipoConsulta=PROCESSO&n_idv=1181635>. Acesso em: 13. nov. 2011.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Autos do processo nº Recurso de Revista 105500-32.2008.5.04.0101 Ministra Redatora: Rosa Maria Weber, Data de Publicação: DEJT 05.08.2011, Disponível em: <<http://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/inteiroTeor.do?action=printInteiroTeor&format=html&highlight=true&numeroFormatado=RR-105500-32.2008.5.04.0101&base=acordao&rowid=AAANGhABIAAACxlAAO&dataPublicacao=05/08/2011&query=eficácia horizontal direitos fundamentais>>. Acesso em: 13. nov. 2011.

_____. Autos do processo nº Recurso de Revista 458400-06.2003.5.09.0019, Ministro-Relator: Luiz Philippe Vieira de Mello Filho, Data de Publicação: DEJT 18.03.2011. Disponível em:

70 ANOS DA JUSTIÇA DO TRABALHO

<<http://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/inteiroTeor.do?action=printInteiroTeor&format=html&highlight=true&numeroFormatado=RR-458400-06.2003.5.09.0019&base=acordao&rowid=AAANGhAA+AAALYDAAM&dataPublicacao=18/03/2011&query=eficácia horizontal direitos fundamentais>>. Acesso em: 13. nov. 2011.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 1991.

CATHARINO, José Martins. *Compêndio de Direito do Trabalho*. São Paulo: Saraiva, v. 1.

COMPARATO, Fábio Konder. A constituição alemã de 1919. Disponível em: <<http://www.dhnet.org.br/educar/redeedh/anthist/alema1919.htm>>. Acesso em: 03. nov. 2011.

COUTINHO, Aldacy Rachid. “A autonomia privada: em busca da defesa dos direitos fundamentais dos trabalhadores”. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 167-187.

FABIANO, Isabela Márcia de Alcântara. *Mecanismos processuais para a solução de conflitos trabalhistas cumulados, massificados e repetitivos*. 2011, 215f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte.

FACCHINI NETO, Eugênio. “Reflexões histórico-evolutivas sobre a constitucionalização do direito privado”. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 13-62.

FERNANDES, Mateus Beghini. *Eficácia privada dos direitos fundamentais nas relações trabalhistas no Brasil*. 2008, 131f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. “Eficácia horizontal dos direitos fundamentais na relação de emprego”. *Revista LTr*, São Paulo, v. 75, n. 01, p. 24-29, jan. 2011.

MÉXICO. Constituição (1917). *Constitución Federal da Republica de México de 1917*. Disponível em: <<http://pdba.georgetown.edu/constitutions/mexico/mexico1917.html>>. Acesso em: 03. nov. 2011.

MORAES, Alexandre de. “Direitos humanos fundamentais e as constituições brasileiras”. In: PELLEGRINA, Maria Aparecida; SILVA, Jane Granzoto Torres da Silva (coords.). *Constitucionalismo social: estudos em homenagem ao ministro Marco Aurélio Mendes de Farias Mello*. São Paulo: Editora LTr, 2003. p. 226-262.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. “Apontamentos para a aplicação das normas de direito fundamental nas relações jurídicas entre particulares”. In: BARROSO, Luís Roberto (Org.). *A nova interpretação constitucional – ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 119-192.

PIMENTA, José Roberto Freire; BARROS, Juliana Augusta Medeiros de. A eficácia imediata dos direitos fundamentais individuais nas relações privadas e a ponderação de interesses. Disponível em: <http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/bh/jose_roberto_freire_pimenta.pdf>. Acesso em: 05. nov. 2011.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

70 ANOS DA JUSTIÇA DO TRABALHO

_____. “As dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível”. *Revista Brasileira de Direito Constitucional – RBDC*, n. 09, p. 361-388, jan./jun. 2007.

SARMENTO, Daniel. “A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais no direito comparado e no Brasil”. In: BARROSO, Luís Roberto. *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 193-284.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 1994.

_____. Garantias econômicas, políticas e jurídicas da eficácia dos direitos sociais. Disponível em: <http://www.mundojuridico.adv.br/sis_artigos/artigos.asp?codigo=207>. Acesso em: 04. nov. 2011.

SIMM, Zeno. “Os direitos fundamentais nas relações de trabalho”. *Revista LTr*, São Paulo, v. 69, n. 11, p. 1.287-1.303, nov. 2005.

UBILLOS, Juan María Bilbao. “¿En qué medida vinculan a los particulares los derechos fundamentales?” In: SARLET, Ingo Wolfgang. *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 301-340.

O EQUILÍBRIO DO MEIO AMBIENTE DO TRABALHO: DIREITO FUNDAMENTAL DO TRABALHADOR E DE ESPAÇO INTERDISCIPLINAR ENTRE O DIREITO DO TRABALHO E O DIREITO AMBIENTAL

Norma Sueli Padilha*

I – INTRODUÇÃO

Em tempos de pressão sobre o ordenamento jurídico trabalhista e sua função tutelar dos direitos humanos do trabalhador, a presente análise pretende contribuir para alicerçar e consolidar a proteção da pessoa do trabalhador no seu ambiente de trabalho, de forma mais ampla e mais eficaz, abrangendo a sua saúde física, mental e psicológica, por meio de mecanismos jurídicos que venham contribuir com o sistema jurídico laboral, somando-se ao arcabouço de normas de proteção àquele, que pela Constituição Federal, deve estar colocado em ordem de prioridade, acima e antes, dos meios de produção: o ser humano trabalhador e sua dignidade como pessoa humana.

O meio ambiente do trabalho equilibrado é tema de profunda importância e atualidade, cuja sistematização e construção normativa foi propiciada pela Constituição Federal de 1988, em decorrência da ampla e abrangente proteção constitucional dada ao meio ambiente, albergando todos os seus inúmeros aspectos, seja do meio ambiente natural, seja do meio ambiente artificial, nele incluído o do trabalho.

* Advogada, mestre e doutora em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC-SP; professora adjunta da UFMS; professora do Programa de Mestrado em Direito da Universidade Católica de Santos – UNISANTOS; pesquisadora do CNPq e líder de grupos de pesquisa; autora dos livros: *Do meio ambiente do trabalho equilibrado*, Editora LTr; *Colisão de direitos metaindividuais e a decisão judicial*, Sergio Antonio Fabris; *Gramática dos Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*; *Fundamentos Constitucionais do Direito Ambiental brasileiro*, Editora Campus Elsevier – obra laureada com o Prêmio Jabuti 2011 na categoria Direito.

Referido expressamente pela Carta Constitucional de 1988¹, o meio ambiente do trabalho compreende o *habitat laboral* onde o ser humano trabalhador passa a maior parte de sua vida produtiva provendo o necessário para a sua sobrevivência e desenvolvimento por meio do exercício de uma atividade laborativa, abrange a segurança e a saúde dos trabalhadores, protegendo-o contra todas as formas de degradação e/ou poluição geradas no ambiente de trabalho.

A previsão constante no Direito do Trabalho, anteriormente a Constituição Federal de 1988, referente ao regramento das condições do local ou meio no qual o trabalhador exerce sua atividade profissional, estava contida nos estreitos limites da previsão legal a que se refere à Consolidação das Leis do Trabalho, no Capítulo destinado à Segurança e Medicina do Trabalho.

Entretanto, o meio ambiente do trabalho estende sua abrangência para além da seara do Direito do Trabalho, uma vez que está inserido dentro do contexto de um dos maiores e mais grave problemas da atual sociedade globalizada e de alta tecnologia, qual seja, a questão ambiental. Os problemas ambientais suscitados pela atual sociedade de risco global não se limitam às agressões e degradação sistemática do meio ambiente natural, mas atinge o ser humano em todos os seus ambientes artificialmente construídos, desde o espaço urbano das cidades até o espaço laboral das atividades produtivas.

O ambiente do trabalho encontra-se atualmente inserido em um mercado econômico altamente agressivo e centrado na busca de altas taxas de produtividade por meio de constantes inovações tecnológicas, na qual a finalidade primordial, a busca pelo lucro, se dá, senão em detrimento da qualidade de vida do ser humano trabalhador e de sua dignidade, com certeza desconsiderando tais valores de forma prioritária.

Nesse sentido, a extensão da problemática ambiental suscitada na atualidade demanda uma nova maneira de conceber a tutela do trabalhador no seu meio ambiente de trabalho, ampliada sobremaneira em seus limites e contornos, pela proteção constitucional, geradora da real concepção do “meio ambiente do trabalho”, não mais abrangida na sua ampla e complexa dimensão, pela previsão legal mínima da Consolidação das Leis do Trabalho, mas referida a realidade qualitativa e quantitativamente extremamente diversa, cuja adequada proteção exige novos mecanismos de tutela jurídica, mais abrangentes e complexos, em busca de uma concreta efetividade.

1 Conforme o Art. 200 do Texto Constitucional que dispõe que: “Ao Sistema Único de saúde compete, além de outras atribuições, nos termos da lei: (...) VIII – colaborar na proteção do meio ambiente, nele compreendido o do trabalho”.

Desta forma, a nova e ampla roupagem constitucional referida à proteção do “meio ambiente” impõe um novo paradigma de proteção do ser humano trabalhador no seu ambiente de trabalho, exigindo uma análise de seus reflexos e consequências no ordenamento jurídico trabalhista, na busca de uma sistematização da real dimensão de tutela jurídica desse direito essencial a sadia qualidade de vida do homem trabalhador: o direito ao “meio ambiente do trabalho equilibrado”².

A proposta da presente pesquisa é uma reflexão sobre a imperiosa necessidade de se compreender o espaço de diálogo e interdisciplinaridade entre o Direito do Trabalho e o Direito Ambiental, demonstrando seus pontos de intersecção e interação, que abrem caminho para uma cooperação e parceria por meio desta seara comum a ambos – o meio ambiente do trabalho – propiciadora da ampliação de proteção da qualidade de vida do ser humano enquanto exerce sua atividade laboral.

II – ELEMENTOS TÍPICOS DOS SISTEMAS LABORAL E AMBIENTAL PROPICIADORES DA INTERDISCIPLINARIDADE

1. Direito do Trabalho e Direito Ambiental: fenômenos da massificação dos direitos

O fenômeno da massificação dos direitos tem estreita correlação com o desenvolvimento da ideia de um tipo especial de Estado, a qual se pode denominar de Estado Social de Direito, que por sua vez, ocorreu como resultado de um acontecimento histórico de importância fundamental, a Revolução Industrial, deflagradora de profundas consequências e transformações sociais, econômicas, culturais, políticas e ambientais.

Essa grandiosa revolução tornou hegemônico o modelo de produção capitalista, caracterizado por uma organização de produção, distribuição e consumo de proporções de massa.

Os valores tradicionais da sociedade contemporânea moderna foram sendo sobrepujados em correlação direta com a evolução da sociedade industrial e aceleração do ritmo do sistema de produção, franqueado pela descoberta de novas fontes energéticas. Desenvolve-se a economia de mercado, baseada na livre iniciativa e no acúmulo de capital, produzindo concomitantemente dois fenômenos que vão exigir uma nova postura do Direito – a questão social e a

2 Conforme já referido pela autora na obra *Do meio ambiente do trabalho equilibrado*, São Paulo: LTr, 2002.

questão ambiental –, pois o modelo capitalista de produção, ao mesmo tempo em que provocou a degradação da qualidade de vida e da saúde da grande massa de trabalhadores, também causou um processo de degradação e devastação sem precedentes dos recursos naturais.

A produção em massa, com diminuição de custos e concentração de lucros, relegou os valores da vida, da saúde e da dignidade do ser humano trabalhador a segundo plano, diante das inovações tecnológicas e força produtiva da máquina. Por sua vez, a evolução das descobertas de novas fontes de energia, a propulsionar o ritmo crescente no modo de produção e acumulação de riquezas, também impôs uma agressividade sem precedentes na extração de recursos naturais, propiciando avançados estágios de dominação das forças da natureza e extensa produção de resíduos tóxicos.

Conforme o alerta de Norberto Bobbio³, “os direitos não nascem todos de uma vez. Nascem quando devem e podem nascer”. Nesse sentido, o progresso técnico, gerador de inúmeras ameaças a integridade da saúde do trabalhador, gerou uma nova concepção de direitos e um novo paradigma jurídico, o Direito do Trabalho, enquanto um fenômeno da derrocada do Estado Liberal, e da necessária intervenção na vida social e econômica do Estado Social, como forma de reação à opressão imposta pelo mercado capitalista à massa dos trabalhadores.

As liberdades sociais afirmadas pelo Estado Social foram indubitavelmente decorrentes do crescimento e do amadurecimento do movimento dos trabalhadores, enquanto grupo, portanto, pode-se afirmar que a origem do Direito do Trabalho está umbilicalmente ligada a uma conotação de *coletivização de direitos*, enquanto resultado da luta de um grupo, o dos trabalhadores. Verifica-se, assim, o pioneirismo do Direito do Trabalho na abordagem inédita de um direito coletivo, o da classe dos trabalhadores, numa ótica diversa do tratamento aplicável ao simples interesse individual da cada trabalhador singularmente considerado.⁴

Nesse sentido, tanto a degradação da qualidade de vida e da saúde do trabalhador quanto da degradação do meio ambiente, estão inseridas no mesmo contexto econômico-social, entretanto, enquanto para o trabalhador essa degradação resulta em doenças ocupacionais e acidentes do trabalho, para o meio ambiente natural a degradação significa a perda irreparável do equilíbrio

3 BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução Carlos Nelson Coutinho. 8. ed. Rio de Janeiro: Campus, 1992. p. 6.

4 Conforme já defendido pela autora na obra: PADILHA, Norma Sueli. *Colisão de direitos metaindividuais e a decisão judicial*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2006. p. 32

dos ecossistemas, a destruição de biomas, a poluição de águas, de solos férteis, a extinção de espécies.

Contra a degradação da saúde e proteção da segurança do trabalhador surgiram as primeiras normas do Direito do Trabalho, com forte influência da Organização Internacional do Trabalho, resultado de um processo de luta de classe, decorrente de uma *consciência coletiva* do movimento de trabalhadores desde o início do século XX.

Por sua vez, a proteção jurídica do meio ambiente, como resultado da afirmação do Direito Internacional do Meio Ambiente, é fenômeno que só se manifesta em meados da década de setenta, tendo como marco a Conferência de Estocolmo de 1972, que segundo José Afonso da Silva, “abriu caminho para que as Constituições supervenientes reconhecessem o meio ambiente ecologicamente equilibrado como um direito fundamental entre os direitos sociais do Homem”⁵.

A reação social que provocou o início da proteção jurídica ao meio ambiente também se baseia em uma consciência coletiva, a da *cidadania ambiental*, decorrente da extensão global dos problemas ambientais.

A partir deste ponto de vista de reflexão de uma matéria tão abrangente, pode-se afirmar que *o meio ambiente e o trabalhador*, desde a Revolução Industrial e seu desaguar na presente Revolução Tecnológica, que nos transformou na atual sociedade de risco global, estão no centro dos conflitos desta inescapável relação da sociedade com o ambiente e os processos produtivos, conflitos acirrados e não minimizados com o transcurso do século XX e início do século XXI. O processo agressivo e irracional de produção continua a vitimar tanto o meio ambiente quanto o ser humano trabalhador.

Nesse sentido, embora a sistematização do Direito do Trabalho tenha sido construída e afirmada anteriormente a do Direito Ambiental, mais tardia e ainda em construção, e, embora também se possa afirmar que tanto o sistema jurídico laboral quanto o ambiental possuem farta e forte produção legislativa, destacada pela importância e qualidade, ocorre que, hodiernamente, ambos os sistemas se veem sob forte pressão para o desmantelamento de suas funções

5 SILVA, José Afonso da. *Direito Ambiental Constitucional*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 69-70.

primordiais – a proteção do trabalhador e a proteção da qualidade do meio ambiente –, pressão ainda mais acentuada em tempos de crise econômica global⁶.

O avanço de argumentos contra o sistema de proteção “labor ambiental” baseia-se também na falta de eficácia social da legislação que, na verdade, apenas comprova que a falha não está na proteção jurídica, mas na ausência de sua efetiva aplicabilidade, pois a realidade brasileira insiste no descarte de patrimônios insubstituíveis e inigualáveis: por um lado, a natureza e sua biodiversidade violada e, de outro, o trabalhador e sua saúde reduzida no ambiente de trabalho, ambos objeto de descarte pela agressividade do mercado.

Por fim, nessa pequena referência a evolução do modelo econômico capitalista até o modelo atual adotado pelo texto constitucional, por meio da evidente correlação entre a evolução dos meios de produção e sua afetação no meio ambiente, seja o ecológico, seja o do trabalho, quer-se destacar que a efetiva reação contra as condições adversas criadas pela Revolução Industrial deu-se inicialmente na *serra coletiva*. A partir daí nasceu a *consciência ecológica* como fenômeno de cidadania e, por sua vez, o Direito do Trabalho como fenômeno de *consciência de classe*⁷.

2. Direito do Trabalho e o Direito Ambiental: a quebra da dicotomia público/privado

A discussão da natureza jurídica, quer do Direito do Trabalho, quer do Direito Ambiental, possui pontos extremamente semelhantes que denotam a originalidade e pioneirismo de ambos os sistemas jurídicos.

A própria sistematização do Direito do Trabalho, enquanto disciplina autônoma, denota a inoperância prática da clássica divisão binária entre direito público e direito privado, uma vez que o enquadramento de sua natureza jurídi-

6 Neste sentido o entendimento de Purvin de Figueiredo, que afirma: “Ao discorrer sobre as origens históricas da questão ambiental, aponto a coincidência com a questão social. A busca da qualidade de vida é objeto de dois diferentes ramos do Direito: o Direito Ambiental e o Direito do Trabalho. Todavia, a despeito de idêntico seu objeto, motivos de ordem econômica e política ensejaram a evolução do Direito do Trabalho com muito maior rapidez do que a do Direito Ambiental. Isso se deve, quiçá, ao fato de que as lesões à saúde e os riscos para a vida dos trabalhadores sempre foram muito mais intensos e flagrantes do que os similares riscos e lesões ambientais que o restante da população viria a sofrer mais de um século e meio após o advento da Revolução Industrial – ou seja, quando os recursos naturais (ar, água e solo não contaminados, por exemplo) passaram a escassear.” In: FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin de. *Direito Ambiental e a saúde dos trabalhadores*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2007. p. 19-20.

7 Orlando Gomes afirma que “Sob esse aspecto pode afirmar-se que surgiu, primeiro, um Direito Coletivo impulsionado pela Consciência de Classe e, em seguida, um Direito Individual do Trabalho”, In: GOMES, Orlando. *Introdução ao Direito Civil*. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997. p. 3.

ca em um desses campos estanques se demonstrou inoperante. Nesse sentido, afirma Süssekind⁸ que “nada mais relativo, portanto, do que a divisão do direito em público e privado e o enquadramento dos seus ramos autônomos numa das categorias desse binômio”, razão por que sempre se debateu a doutrina trabalhista a respeito da natureza jurídica do Direito do Trabalho.

Nesse contexto há os que defendem seu enquadramento num *tertium genus*, como ramo de um direito social, em decorrência da característica socializante em oposição ao individualismo dos direitos clássicos, afirmando-se a supremacia ou o primado do direito coletivo. Entretanto, a maior corrente sobre a natureza jurídica do Direito do Trabalho é formada por aqueles que afirmam constituir-se ele de regras mistas. Não obstante, outros defendem ainda que, por não constituir-se de regras estanques, que devam ser aplicadas segundo critérios doutrinários distintos, deve-se reconhecer sua unidade conceitual, como síntese do caráter público e privado, concernentes ao contrato de trabalho, afirmando assim a natureza jurídica unitária do Direito do Trabalho.

Na verdade, a interminável discussão a respeito da natureza jurídica do Direito do Trabalho é um excelente ponto de análise a partir do qual se pode denotar que em decorrência do acolhimento de direitos sociais, de segunda geração, tais como o referido a coletividade dos trabalhadores, o ordenamento jurídico nacional sofreu profundas e necessárias mudanças no intuito de adequar-se a um novo modelo de sistema jurídico que, diferentemente do modelo tradicional, se identifica com uma nítida *conotação coletiva*. Mudanças ocasionadas, portanto, pelo acesso à jurisdição de direitos não mais voltados a concepção tradicional da construção normativa de defesa de direitos meramente individuais, daí a dificuldade de enquadrá-lo na divisão binária de público ou privado.

Registre-se, ainda, que o Direito do Trabalho é o primeiro sistema jurídico nacional a adotar uma ação coletiva, e que hoje se insere no contexto da *tutela processual coletiva*, qual seja, o *dissídio coletivo*, uma forma de tutela jurisdicional de direitos referidos a uma coletividade, pioneira na quebra da concepção tradicional da *legitimidade de parte*, enquanto condição de ação que impunha o vínculo direto do autor da ação com a titularidade do direito material, criando a possibilidade de uma *legitimidade adequada*, referida a um grupo, uma classe, uma categoria, além de ampliar sobremaneira os efeitos da coisa julgada. Sem dúvida nenhuma, o dissídio coletivo é pioneiro dentre as ações coletivas do país, anterior a previsão, nesse sentido, constante da própria Lei da Ação Popular (Lei nº 4.717/65) e da Ação Civil Pública (Lei nº 7.347/85).

8 SÚSSEKIND, Arnaldo Lopes; MARANHÃO, Délio; VIANNA, Segadas. *Instituições de Direito do Trabalho*. 14. ed., São Paulo: LTr, 1993. v. 1. p. 126-133.

Entretanto, o processo de coletivização de direitos não se esgota nos direitos sociais, de segunda geração, mas continua a se manifestar até o reconhecimento de direitos de *natureza difusa*, como o direito ao meio ambiente. Registre-se que, o acolhimento pelo ordenamento jurídico nacional de direitos com diferentes níveis ou graus de coletivização é referido por Rodolfo de Camargo Mancuso como um fenômeno de ocorrência de uma ‘escala crescente de coletivização’, sem olvidar que diferentes tipos de interesses sempre existiram e interagiram, todavia a complexidade do fenômeno jurídico, na atual sociedade de massa, contempla formas mais recentes de uma classe diversificada de direitos, denominados de *meta ou transindividuais*⁹.

Ocorre vivermos, desde as duas últimas décadas do século XX, uma nova revolução industrial, a revolução da informática, da microeletrônica e das telecomunicações. A realidade social do nosso cotidiano é moldada pelas transformações acarretadas por essa *nova revolução*. Uma *nova realidade* reclama um *novo direito*. Mais do que isso: o direito de nosso tempo já é outro, apesar da doutrina jurídica, apesar dos juristas, apesar do ensino ministrado nas faculdades de direito. Recorrendo aos versos da canção, *o futuro já começou*¹⁰.

É nesse contexto que se depreende o surgimento dos denominados direitos de *terceira geração*, providos de uma abrangência que não se limita tão somente aos contornos individuais ou mesmo coletivos. Segundo Paulo Bonavides, são direitos “dotados de altíssimo teor de humanismo e universalidade”, fundamentados na fraternidade, emergindo da reflexão sobre temas referentes “ao desenvolvimento, à paz, ao meio ambiente, à comunicação e ao patrimônio comum da humanidade”¹¹.

Dessa forma, trata-se dos denominados *direitos metaindividuais*, portadores de alta complexidade na sua identificação, até porque, de impossível delimitação em contornos definidos, seu reconhecimento advém da atual concepção de sociedade de massa, não possuindo titular certo nem objeto divisível, mas sempre referidos ao bem-estar. E cabe ao “direito ao meio ambiente”, concebido como um direito de *terceira dimensão*, consagrado em meio a um processo de massificação de uma sociedade globalizada e altamente complexa em todos os sentidos, um papel de destaque dentre os direitos metaindividuais,

9 MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Interesses difusos: conceito e legitimação para agir*. 5. ed. São Paulo: RT, 2000. p. 54.

10 GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988 (interpretação e crítica)*. 2. ed. São Paulo: RT, 1991. p. 79-80.

11 BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 8. ed. rev. ampl. atual. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 522-523.

na mesma medida que se reconhece, para a classe dos trabalhadores, o papel de destaque na consagração dos direitos de segunda dimensão.

O direito de viver em um ambiente poluído, enquanto reconhecido, como tal, por um ordenamento jurídico, não era sequer cogitado quando foram propostos os direitos de segunda dimensão, da mesma forma que esses não foram concebidos, quando foram reconhecidas as primeiras declarações de direitos dos homens. De acordo com Bobbio, “essas exigências nascem somente quando nascem determinados carecimentos, novos carecimentos nascem em função da mudança das condições sociais e quando o desenvolvimento técnico permite satisfazê-los”¹².

Portanto, os direitos nascem quando podem e devem nascer, nesse sentido, o Direito do Trabalho atende o clamor da necessidade de defesa do trabalhador hipossuficiente inaugurando os direitos de segunda dimensão. E, por sua vez, o Direito Ambiental nasce da necessidade de proteção ao meio ambiente, vítima da exploração e agressão crescente e desproporcional, inaugurando uma nova dimensão aos direitos até então conhecidos, numa elevação crescente de coletivização que os identifica como metaindividuais e de terceira dimensão¹³.

Nesse sentido, a partir do progresso tecnológico decorrente da revolução industrial, pode-se verificar, na análise da sucessão das diferentes etapas de afirmação dos direitos em sua conotação coletiva, um “sincronismo entre as grandes declarações de direitos e as grandes descobertas científicas ou invenções técnicas”, como já afirmado por Comparato, que esclarece ainda que, sem a contribuição do progresso técnico, não haveria como se consolidarem as condições materiais indispensáveis ao “fortalecimento universal da comunhão humana”, que, na história moderna, tem sido impulsionado por dois grandes fatores da solidariedade humana, quais sejam: pelas invenções técnico-científicas e pela afirmação dos direitos humanos, uma vez que, a evolução tecnológica,

12 BOBBIO, Norberto. Op. cit., 1992. p. 7.

13 O Supremo Tribunal Federal reconhece o meio ambiente na qualidade de um direito fundamental de terceira dimensão, conforme o seguinte julgado: “... o direito à integridade do meio ambiente – típico direito de terceira geração – constitui prerrogativa jurídica de titularidade coletiva, refletindo, dentro do processo de afirmação dos direitos humanos, a expressão significativa de um poder atribuído, não ao indivíduo identificado em sua singularidade, mas, num sentido verdadeiramente mais abrangente, à própria coletividade social. Enquanto os direitos de primeira geração (direitos civis e políticos) – que compreendem as liberdades clássicas, negativas ou formais – realçam o princípio da liberdade e os direitos de segunda geração (direitos econômicos, sociais e culturais) – que se identificam com as liberdades positivas, reais ou concretas – acentuam o princípio da igualdade, os direitos de terceira geração, que materializam poderes de titularidade coletiva atribuídos genericamente a todas as formações sociais, consagram o princípio da solidariedade e constituem um momento importante no processo de desenvolvimento, expansão e reconhecimento dos direitos humanos, caracterizados, enquanto valores fundamentais indisponíveis, pela nota de uma essencial exauribilidade.” (STF, DJU 30.10.95, p. 39206, MS 22.164-SP, Rel. Min. Celso de Mello).

responsável pelas transformações na forma de vida social e econômica, mas alheia aos fins, precisa ser completada pela harmonização ética, para impedir o imperativo fatal da prevalência dos mais fortes sobre os mais fracos, mediante a busca do valor supremo da justiça.

“A solidariedade técnica traduz-se pela padronização de costumes e modos de vida, pela homogeneização universal das formas de trabalho, de produção e troca de bens, pela globalização dos meios de transporte e de comunicação. Paralelamente, a solidariedade ética, fundada sobre o respeito aos direitos humanos, estabelece as bases para a construção de uma cidadania mundial, onde já não há relações de dominação, individual ou coletiva.”¹⁴

3. Direito do Trabalho e Direito Ambiental: características peculiares

Dentre inúmeras características identificadoras das várias peculiaridades tanto do Direito do Trabalho quanto do Direito Ambiental, ambos microssistemas jurídicos inovadores e instigantes, destaque-se, para efeito da intersecção que ora se pretende demonstrar entre ambos, o *plurinormativismo* do Direito do Trabalho e a *transversalidade e multidisciplinaridade* do Direito Ambiental.

No Direito do Trabalho o sistema binário de fontes formais admite tanto as decorrentes de iniciativa heterônoma quanto as de iniciativa autônoma, o que o torna um sistema jurídico *plurinormativo* no qual a função das fontes formais não é cobrir lacunas, mas melhorar as condições de vida do trabalhador. Nesse sentido, de forma peculiar e diferentemente dos outros ramos do Direito, o vértice da pirâmide normativa no Direito do Trabalho, para efeito da hierarquia das normas trabalhistas, será sempre ocupado pela norma mais favorável ou vantajosa ao trabalhador.

Tal possibilidade de pluralismo no processo de formação do Direito do Trabalho, que permite normas jurídicas de origem estatal, mas também aquelas de origem não estatal criadas pelos grupos profissionais e econômicos, por meio dos ajustes de natureza normativa consignados nas convenções e acordos coletivos decorrentes da negociação coletiva promovida pela tutela sindical, bem demonstram a peculiaridade do Direito do Trabalho que permite a construção de direitos pela via coletiva a incidirem sobre a relação contratual individual, numa manifestação de efeito *erga omnes* do contrato coletivo, o

14 COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 3. ed. rev. ampl. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 37-38.

que demonstra o pioneirismo da ideia de coletivização de direitos iniciada pelo sistema juslaboral.

O próprio art. 7º da Constituição Federal ao estabelecer os direitos dos trabalhadores no âmbito constitucional admite além dos nele referidos “outros que visem à melhoria de sua condição social”.

Assim é que, o Direito do Trabalho não só se adapta perfeitamente ao diálogo interdisciplinar com o Direito Ambiental, como o facilita por seu plurinormativismo que irá se adequar perfeitamente com a característica peculiar do Direito ao Meio Ambiente, sua transversalidade e multidisciplinaridade.

A questão ambiental hodiernamente envolve temas de suma importância em todas as áreas do conhecimento humano, produzindo um saber ambiental multidisciplinar, ao qual não se impõe uma delimitação rígida e estática, envolvendo a persecução de seu objetivo – o equilíbrio ambiental – os mais diversos campos da atividade humana.¹⁵

O “meio ambiente”, ou seja, “o conjunto de condições naturais e de influências que atuam sobre os organismos vivos e os seres humanos”¹⁶, é pela própria definição, uma temática de natureza multidisciplinar.

Pode-se afirmar que o meio ambiente é tudo aquilo que cerca um organismo (o homem é um organismo vivo), seja o físico (água, ar, terra, bens tangíveis pelo homem), seja o social (valores culturais, hábitos, costumes, crenças), seja o psíquico (sentimento do homem e suas expectativas, segurança, angústia, estabilidade), uma vez que os meios físico, social e psíquico são os que dão as condições interdependentes necessárias e suficientes para que o organismo vivo (planta ou animal) se desenvolva na sua plenitude. No meio ambiente é possível enquadrar-se praticamente tudo, ou seja, o ambiente físico, social e o psicológico; na verdade, todo o meio exterior ao organismo que afeta o seu integral desenvolvimento.

Todos esses fatores que compõem o meio ambiente, tais como os fatores bióticos e abióticos, os fatores sociais, culturais e psicológicos, dão ao meio ambiente o caráter de integração e multidisciplinaridade que, indubitavelmente,

15 PADILHA, Norma Sueli. *Fundamentos constitucionais do Direito Ambiental brasileiro*. Rio de Janeiro: Campus/Elsevier, 2010. p. 229.

16 FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo dicionário Aurélio da língua portuguesa*. 2. ed. rev. e ampl., Rio de Janeiro: Editora Nova Fronteira, 1986. p. 1.113.

ele possui, e que exige, em qualquer questionamento sobre a matéria, uma visão global, sistêmica e abrangente¹⁷.

A sadia qualidade de vida, elevada em nível constitucional como direito fundamental, não é uma questão isolada, restrita a determinadas áreas, tampouco é de interesse exclusivo de ecologistas ou biólogos. Assim, o reconhecimento da necessidade dessa visão de sistema global, do qual é constituído o meio ambiente, é de vital importância para promoção da qualidade de vida.

A multidisciplinaridade¹⁸ se reflete na abertura ao saber ambiental do Direito e pelo Direito, obrigando-o a que respeite o conhecimento científico produzido nas demais ciências que estudam o meio ambiente, sob pena de não alicerçar as suas normas reguladoras em fundamentos aptos a lhe propiciar o enfrentamento dos enormes desafios do Direito Ambiental e da eficácia de seus instrumentos.

O Direito Ambiental é assim, um direito em movimento, envolvendo a perseguição de seu objetivo – o equilíbrio ambiental – os mais diversos campos da atividade humana.

Por outro lado, em decorrência de seu objeto multidisciplinar e revigorado pela nova roupagem constitucional dada ao tema do meio ambiente pela Constituição de 1988, é que se destaca também o caráter *transversal* do Direito Ambiental, pois lhe cabe atuar sobre toda e qualquer área jurídica que envolva tal temática, impondo a reformulação de conceitos, institutos e princípios, exigindo a adaptação e reestruturação do modelo socioeconômico atual com o necessário equilíbrio do meio ambiente, tendo em vista a sadia qualidade de vida.

Assim é que, nessa imensa variedade de problemas ambientais da sociedade moderna, o Direito Ambiental abrange todas aquelas normas jurídicas que já tradicionalmente protegiam isoladamente determinados aspectos da natureza e do meio ambiente, impondo sobre as mesmas a direção determinada por seus princípios, na busca da viabilização da proteção ambiental, coordenando os interesses conflitantes e concorrentes, inclusive, reescrevendo com seu caráter reformulador, conceitos e institutos que se encontram nos mais diversos ramos do direito.

17 ELY, Aloísio. *Economia do meio ambiente*, uma apreciação introdutória interdisciplinar da poluição, ecologia e qualidade ambiental. Porto Alegre: Fundação de Economia e Estatística, 1986. p. 3.

18 O fenômeno da multidisciplinaridade entre o conhecimento científico de diversas ciências (disciplinas), diz respeito ao estudo de um objeto de uma única e mesma disciplina, efetuado por diversas disciplinas ao mesmo tempo.

Desta forma, o Direito Ambiental perpassa *transversalmente* todo o ordenamento jurídico, não se lhe impondo uma delimitação rígida e estática, uma vez que o seu objeto – a qualidade do meio ambiente – reflete-se em todas as demais áreas do direito, mantendo intensas relações com os principais ramos do Direito Público e do Direito Privado, influenciando os seus rumos na medida em que carrega para o interior dos núcleos tradicionais do Direito a preocupação com a tutela jurídica do meio ambiente.

Tal relação transversal obriga que se leve em conta a proteção ambiental em cada um dos diversos ramos do Direito, inclusive no campo afeto ao Direito do Trabalho, pois o meio ambiente do trabalho não se satisfaz apenas com a proteção jurídica referente às normas contratuais, mas necessita do auxílio do regime sistemático do Direito Ambiental.

III – MEIO AMBIENTE DO TRABALHO: SEARA COMUM DO DIREITO DO TRABALHO E DO DIREITO AMBIENTAL

A valorização do meio ambiente do trabalho implica uma *mudança de postura ética*, ou seja, na consideração de que *o homem está à frente dos meios de produção*. O meio ambiente do trabalho deve garantir o exercício da atividade produtiva do indivíduo, não considerado como máquina produtora de bens e serviços, mas, sim, como ser humano ao qual são asseguradas bases dignas para manutenção de uma sadia qualidade de vida. As interações do homem com o meio ambiente, no qual se dá a implementação de uma atividade produtiva, não podem, por si só, comprometer esse direito albergado constitucionalmente.

A concepção de meio ambiente envolve sempre a existência de *ecossistemas*, que por sua vez, implicam na “circulação, transformação, e acumulação de energia e matéria através de inter-relações das coisas vivas e de suas atividades”¹⁹. Ao transportarmos tal concepção para o meio ambiente do trabalho, podemos então vislumbrá-lo, como o *ecossistema* que envolve as inter-relações da força do trabalho com os meios e formas de produção, e sua afetação no meio ambiente em que é gerada. O meio ambiente do trabalho compreenderia, assim, a inter-relação da força do trabalho humano (energia) e sua atividade no plano econômico através da produção (matéria), afetando o seu meio (ecossistema)²⁰.

19 ELY, Aloisio. *Economia do meio ambiente*, uma apreciação introdutória interdisciplinar da poluição, ecologia e qualidade ambiental. Porto Alegre: Fundação de Economia e Estatística, 1986. p. 25.

20 PADILHA, Norma Sueli. *Fundamentos constitucionais do Direito Ambiental brasileiro*. p. 377.

Portanto, quando o “habitat laboral” se revela inidôneo a assegurar condições mínimas para uma razoável qualidade de vida do trabalhador, teremos aí uma lesão ao meio ambiente do trabalho, e esse complexo de bens materiais e imateriais pode ser agredido e lesado tanto por fontes poluidoras externas como internas, provenientes de outros empreendimentos, trazendo à tona, inclusive, a questão da responsabilização pelos danos, uma vez que os danos ao meio ambiente do trabalho não ficam restritos ao ambiente em que o trabalhador exerce seu labuto, mas o acompanham após o fim do expediente²¹.

É por isso que a interligação entre os vários aspectos do meio ambiente é incontestável, pois conforme acentuado por José Afonso da Silva²², a proteção da segurança do meio ambiente do trabalho significa também proteção do meio ambiente e da saúde das populações externas aos estabelecimentos industriais, já que a um meio ambiente poluído e inseguro não se impõem fronteiras, pois esta é uma característica da poluição, ela simplesmente se expande.

Portanto, a real dimensão do direito ao meio ambiente do trabalho equilibrado não se limita, em absoluto, à relação obrigacional, nem tampouco aos limites físicos dos empreendimentos industriais, uma vez que se está apenas pontuando um dos múltiplos aspectos do meio ambiente e, meio ambiente equilibrado é, por natureza, um direito difuso.

Assim, é relevante destacar que, o meio ambiente do trabalho embora se encontre numa seara comum ao Direito do Trabalho e ao Direito Ambiental, distintos serão os bens juridicamente tutelados por ambos, uma vez que, enquanto o primeiro ocupa-se preponderantemente das relações jurídicas havidas entre empregado e empregador, nos limites de uma relação contratual privativa, o Direito Ambiental, por sua vez, irá buscar a proteção do ser humano trabalhador contra qualquer forma de degradação do ambiente onde exerce sua atividade laborativa.

Corroborando nosso entendimento, nesse sentido, o ensinamento de Celso Antonio Pacheco Fiorillo e Marcelo Abelha Rodrigues: “O que se procura salvaguardar é, pois, o homem trabalhador, enquanto ser vivo, das formas de

21 Segundo este enfoque global do meio ambiente do trabalho, Sebastião Geraldo de Oliveira preleciona alguns fatores que interferem no bem-estar do empregado, afirmando: “Não só o posto de trabalho, mas tudo que está em volta, o ambiente do trabalho. E não só o ambiente físico, mas todo o complexo de relações humanas na empresa, a forma de organização do trabalho, sua duração, os ritmos, os turnos, os critérios de remuneração, as possibilidades de progresso, a satisfação dos trabalhadores etc.” OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. *Proteção jurídica à saúde do trabalhador*. 2. ed. São Paulo: LTR, 1998. p. 82.

22 SILVA, José Afonso da. Op. cit., p. 24.

degradação e poluição do meio ambiente onde exerce seu labuto, que é essencial à sua sadia qualidade de vida”²³.

Esclarecem os autores supracitados, que a proteção ao “meio ambiente do trabalho” é distinta da proteção do “direito do trabalho”, uma vez que a proteção do meio ambiente do trabalho tem por objeto a saúde e a segurança do trabalhador, a fim de que este possa desfrutar de uma vida com qualidade, além disso, jamais se deve restringir a proteção ambiental trabalhista a relações de natureza unicamente empregatícia, já que as regras acerca da prevenção e da medicina do trabalho não são somente aplicadas a relações laborais de natureza subordinada, nos termos da CLT, mas, na verdade: “(...) toda vez que existir qualquer trabalho, ofício ou profissão relacionada à ordem econômica capitalista, haverá a incidência das normas destinadas a garantir um meio ambiente do trabalho saudável e, por consequência, a incolumidade física e psíquica do trabalhador”²⁴.

Importante frisar, ainda, que na Constituição Federal de 1988, a verdadeira acepção da palavra “trabalho”, engloba muitos outros fatores além das normas que regulam as relações individuais e coletivas entre empregados e empregadores. Na verdade, representa um contexto e uma visão muito mais abrangente, que situa, inclusive, o primado do trabalho como base da ordem social brasileira, objetivando o bem-estar e a justiça sociais (art. 193 da CF).

Nesse sentido também o entendimento de Washington Luiz da Trindade, para quem “já se vê que as questões de riscos ambientais deixam o campo restrito do Direito do Trabalho e ganham nova dimensão, certamente mais interessante aos trabalhadores que passam a contar com outros instrumentos normativos, já que o risco que cobre o autor da poluição e da devastação é o mesmo que cobre a floresta e os recursos ao seu redor”²⁵.

Destaque-se, ainda, o alerta de Sebastião Geraldo de Oliveira, ao afirmar que, atualmente, o homem não busca apenas a saúde no sentido estrito, anseia por qualidade de vida e, como profissional, não deseja só condições higiênicas para desempenhar sua atividade, mas pretende qualidade de vida no trabalho:

“As primeiras preocupações foram com a segurança do trabalhador, para afastar a agressão mais visível dos acidentes do trabalho; posteriormente, preocupou-se, também com a medicina do trabalho para curar

23 FIORILLO, Celso Antonio Pacheco; RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Manual de Direito Ambiental e legislação aplicável*. São Paulo: Max Limonad, 1997. p. 66.

24 *Idem*, p. 66.

25 TRINDADE, Washington Luiz da. *Riscos do trabalho*. São Paulo: LTr, 1998. p. 25.

as doenças; em seguida, ampliou-se a pesquisa para a higiene industrial, visando a prevenir as doenças e garantir a saúde do trabalhador, na busca do bem-estar físico, mental e social. Agora, pretende-se avançar além da saúde do trabalhador: busca-se a integração deste com o homem, o ser humano dignificado, que tem vida dentro e fora do ambiente do trabalho, que pretende, enfim, qualidade de vida.”²⁶

IV – DA PRINCIPIOLOGIA AMBIENTAL E A AMPLIAÇÃO DA TUTELA JURÍDICA DO MEIO AMBIENTE DO TRABALHO

A Constituição Federal de 1988 consolidou um novo paradigma de proteção ao “meio ambiente”, termo sequer citado em qualquer outro texto constitucional brasileiro que a tenha antecedido. E ao se referir, em seu art. 225, ao direito de “todos” ao *meio ambiente ecologicamente equilibrado*, enquanto um bem jurídico diferenciado, de uso comum do povo, e essencial à sadia qualidade de vida não só das presentes, mas também das futuras gerações, albergou um direito fundamental, referido aos direitos de solidariedade, enquanto um direito humano de terceira dimensão.

Na leitura principiológica dos valores protegidos pelo art. 225 do texto constitucional, não resta dúvida que dentre “todos” incluem-se o ser humano na sua qualidade de trabalhador, pois no exercício desta condição submete diariamente sua saúde e energia vitais a um ambiente, que embora artificialmente construído, deve também proporcionar-lhe sadia qualidade de vida, por meio de controle de agentes degradadores que possam afetar sua saúde em todos os seus múltiplos aspectos.

Portanto, a rede de proteção jurídica do ser humano trabalhador no seu ambiente de trabalho foi sobremaneira ampliada pela Constituição Federal de 1988 e sua ampla abordagem do meio ambiente do trabalho. Desta forma, toda a sistemática de proteção da qualidade de vida decorrente da legislação ambiental incide hodiernamente sobre o meio ambiente do trabalho. Nesse sentido, a aplicação dos princípios do Direito Ambiental faz-se necessária para a reestruturação e revisão dos meios e formas da implementação da atividade econômica e do modo como o trabalhador se insere neste processo, na busca de sua salvaguarda contra qualquer forma de degradação e poluição do meio ambiente onde exerce seu labuto.

26 OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. Op. cit., p. 81.

1. A precaução e prevenção no meio ambiente do trabalho

A aplicação dos princípios ambientais é de suma utilidade na ampliação da rede de proteção jurídica do ser humano trabalhador no seu ambiente de trabalho, pois a ótica que orienta todo o Direito Ambiental assenta-se na prevenção. É o direito que não se contenta, assim, em reparar e reprimir o dano ambiental, uma vez que a degradação ambiental, como regra, é irreparável. Prevenir a ocorrência de danos ambientais é a pedra fundamental do Direito Ambiental para o alcance de seu objetivo primordial, a proteção e melhoria da qualidade do meio ambiente. O simples “direito do dano” não tem condições de responder às indagações trazidas pela irreparabilidade e irreversibilidade do dano ambiental, só um novo modelo jurídico – o do “direito do risco” – pode solucionar a ameaça coletiva do dano ambiental, prevenindo-o.

Os princípios de prevenção de danos e da precaução são colocados no centro da principiologia do Direito Ambiental, pois é preciso priorizar as medidas que evitem danos ao meio ambiente ou eliminem as causas de risco a qualidade ambiental. A precaução e a prevenção se inserem na maioria dos instrumentos jurídicos internacionais desde a Conferência de Estocolmo de 1972, sendo adotado também na Declaração de Princípios da Conferência das Nações Unidas sobre meio ambiente e desenvolvimento do Rio de Janeiro, em 1992, que assim ressalta o “princípio da precaução” (nº 15):

“Com o fim de proteger o meio ambiente, os Estados deverão aplicar amplamente o critério de precaução conforme suas capacidades. Quando houver perigo de dano grave ou irreversível, a falta de certeza científica absoluta não deverá ser utilizada como razão para se adiar a adoção de medidas eficazes em função dos custos para impedir a degradação do meio ambiente.”²⁷

Na verdade, o princípio da precaução, segundo Cristiane Derani, corresponde à própria “essência do Direito Ambiental”, acrescentando a autora, ainda, que “precaução ambiental é necessariamente modificação do modo de desenvolvimento da atividade econômica”²⁸.

Nossa atual Constituição Federal prevê expressamente o princípio da prevenção como fundamento do Direito Ambiental, ao dispor em seu art. 225,

27 Observe-se, por oportuno, que também a *Carta da Terra* de 1997 inscreveu entre os seus princípios o da precaução: “Importar-se com a Terra, protegendo e restaurando a diversidade, a integridade e a beleza dos ecossistemas do planeta. Onde há risco de dano irreversível ou sério ao meio ambiente, deve ser tomada uma ação de precaução para prevenir prejuízos” (cf. princípio 2).

28 DERANI, Cristiane. *Direito Ambiental econômico*. São Paulo: Max Limonad, 1997. p. 166.

caput, que cabe ao Poder Público e à coletividade, o dever de defesa e preservação do meio ambiente, no qual, evidentemente, inclui-se o do trabalho.

Portanto, pode-se concluir que o Direito Ambiental orientado, fundamentalmente, pelos princípios da prevenção de danos e pela precaução, impõe uma nova visão dos meios e instrumentos de proteção do próprio meio ambiente do trabalho, uma vez que prioriza medidas que evite o nascimento de atentados à qualidade de vida do trabalhador no meio ambiente laboral, exigindo a avaliação prévia de tais atividades por meio de instrumentos jurídicos, tais como o *Estudo Prévio de Impacto Ambiental* para o devido diagnóstico do risco, ponderando-se sobre os meios para evitar danos ambientais.

A prevenção engloba a precaução, aplicando-se a impactos ambientais já conhecidos para evitar o dano ambiental, enquanto a precaução refere-se a reflexos ao ambiente ainda não conhecidos cientificamente, no intuito de evitar riscos ambientais irreversíveis à saúde humana ou ao ambiente. Neste contexto, tais princípios exigem que as empresas adotem políticas sérias e preventivas de gestão ambiental, não apenas para controle de fontes de poluição ou degradação ambiental já existente, mas também com ações preventivas que concretizem o princípio da precaução²⁹.

Para Paulo Affonso Leme Machado, “o posicionamento preventivo tem por fundamento a responsabilidade no causar perigo ao meio ambiente. É um aspecto da responsabilidade negligenciado por aqueles que se acostumaram a somente visualizar a responsabilidade pelos danos causados”. Acrescenta, ainda, o autor que “da responsabilidade jurídica de prevenir decorrem obrigações de fazer e de não fazer”³⁰.

Desta forma, a aplicação do princípio da prevenção implica em posicionamentos no sentido de inibir ou limitar a possibilidade de criação de danos ambientais, implica em manter-se o risco residual para a população e para o ambiente nos patamares mínimos.

29 Nesse contexto cite-se o exemplo da *PPRA – Programa de Prevenção de Riscos Ambientais*, instituído pela NR 9 (Portaria nº 24, de 15.02.95, do Ministério do Trabalho) para orientação das empresas na adoção de medidas de proteção dos trabalhadores contra os riscos ambientais, exigindo a adoção de política gerencial de avaliação e controle da ocorrência de riscos ambientais existentes ou que venham a existir no ambiente de trabalho, possuindo, assim, a característica de prevenção, e, em apenas não sendo possível a eliminação, é que se admitem medidas para redução. Prevê, inclusive, a interrupção das atividades pelo empregado, na ocorrência de riscos ambientais nos locais de trabalho que o coloquem em situação de risco.

30 MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito Ambiental brasileiro*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 1996. p. 398.

O princípio da precaução, na verdade, exige que, ao objetivo de toda atividade, deva-se contrapor o grau de risco ao ambiente e à saúde. O início da prática do princípio da precaução se colocaria no questionamento sobre a própria razão de existir de uma determinada atividade. Em resumo, “o critério geral para a realização de determinada atividade seria a sua ‘necessidade’ sob o ponto de vista de melhora e não prejudicialidade da qualidade de vida”³¹.

Assim, a mera iminência de dano ao meio ambiente deve ser suficiente para mobilizar a Administração Pública, os Sindicatos, o Ministério Público, o Poder Judiciário etc., na aplicação das medidas mais eficazes para impedir que a ameaça de lesão ambiental se concretize, uma vez que a materialização do dano ambiental torna-se, mais das vezes, irreversível, sendo o papel da responsabilidade civil insuficiente, especialmente quando se trata de mera indenização. De que valerá a indenização, por exemplo, aos trabalhadores que perderam a audição em decorrência da exposição, no ambiente de trabalho, a ruídos acima dos níveis tolerados? Na verdade, cada vez que um dano ambiental ocorre, o que se perde é a qualidade de vida³².

Destaque-se, ainda, que quando dispõe a Constituição Federal, em seu art. 7º, inciso XXII, ser direito dos trabalhadores a “redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança”, tal dispositivo, conforme lucidamente esclarece Celso Antonio Pacheco Fiorillo³³, mais do que mera hipótese de proteção dos trabalhadores, ilumina todo um “sistema normativo”, plenamente adaptado aos fundamentos da República do Brasil (art. 1º), ou seja, os valores sociais do trabalho, da livre iniciativa e da dignidade da pessoa humana.

2. O princípio do poluidor-pagador e a responsabilidade civil pela degradação ambiental no ambiente do trabalho

A proteção do meio ambiente do trabalho, como bem essencialmente difuso, exige a ampliação das medidas de proteção, segurança, bem como da saúde do trabalhador, que devem superar os limites dos contornos meramente individuais da questão, bem como privilegiar a *prevenção* dos riscos do exer-

31 DERANI, Cristiane. Op. cit., p. 168.

32 Édís Milaré assevera que “o dano ambiental é de difícil reparação. Daí que o papel da responsabilidade civil, especialmente quando se trata de mera indenização, é sempre insuficiente. A prevenção nesta matéria, aliás, como quase em todos os aspectos da sociedade industrial é a melhor, quando não a única solução”. In: MILARÉ, Édís. Tutela jurídico-civil do ambiente. *Revista de Direito Ambiental*, São Paulo, nº 0, p. 30, out./dez., 1995.

33 FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. *Os sindicatos e a defesa dos interesses difusos no Direito Processual Civil brasileiro*. São Paulo: RT, 1995. p. 96-97.

cício do trabalho e não apenas a *reparação*, que quando necessária, impõe-se no patamar da responsabilidade objetiva e não no nível de pagamento de meros adicionais.

Nesse sentido é preciso compreender o papel do princípio do poluidor-pagador na juridicidade ambiental, uma vez que não se refere a uma autorização para produção de poluição (pagador-poluidor), na verdade tal princípio significa nada mais do que promover a internalização do custo ambiental, transmutando-o de uma externalidade negativa, ou custo social, num custo privado imposto diretamente ao poluidor responsável pela degradação, com o intuito de estimular o exercício das atividades econômicas de forma menos agressiva à qualidade de vida das pessoas e do meio ambiente.

O princípio do poluidor-pagador é um princípio de equidade, pois impõe que aquele que lucra com a atividade econômica deve responder pelos riscos ou desvantagens dela resultantes, evitando a socialização do prejuízo que deve ser totalmente assumido pelo agente. Desta forma, o poluidor deve arcar com os custos necessários a diminuição, eliminação ou neutralização do dano³⁴.

Destaque-se, nesse contexto, a importante contribuição da Lei de Política Nacional do Meio Ambiente, *Lei nº 6.938, de 31.08.81*, recepcionada pela ordem constitucional vigente. Além de oferecer uma definição legal de meio ambiente (art. 3º, inciso I), também define como *poluição* “a degradação da qualidade ambiental resultante de atividades que direta ou indiretamente: prejudiquem a saúde, a segurança e o bem-estar da população ou afetem as condições estéticas ou sanitárias do meio ambiente”, e como *poluidor* “a pessoa física ou jurídica, de direito público ou privado, responsável, direta ou indiretamente, por atividade causadora de degradação ambiental” (art. 3º, IV).

Portanto, a degradação do meio ambiente do trabalho, resultante de atividades que prejudiquem a saúde, a segurança e o bem-estar dos trabalhadores, sem dúvida alguma, caracteriza-se como *poluição* do meio ambiente do trabalho, de acordo com o tratamento constitucional dado a matéria.

É o entendimento de Julio Cesar de Sá da Rocha, que a poluição do meio ambiente de trabalho deve ser entendida como:

34 Algumas diretrizes da responsabilização pelos danos causados ao meio ambiente do trabalho e a saúde dos trabalhadores: art. 225, § 3º, da CF; art. 14, § 1º, da Lei nº 6.938/81; art. 157 da CLT, art. 19, §§ 1º e 3º, da Lei nº 8.213/91 e o art. 927, parágrafo único, do atual Código Civil que introduz cláusula geral de responsabilidade civil objetiva adotando a teoria do risco se aproximando da responsabilidade civil ambiental.

“(…) a degradação da salubridade do ambiente que afeta diretamente a saúde dos próprios trabalhadores. Inúmeras situações alteram o estado de equilíbrio do ambiente: os gases, as poeiras, as altas temperaturas, os produtos tóxicos, as irradiações, os ruídos, a própria organização do trabalho, assim como o tipo de regime de trabalho, as condições estressantes em que ele é desempenhado (trabalhos noturnos, em turnos de revezamento), enfim, tudo aquilo que prejudica a saúde, o bem-estar e a segurança dos trabalhadores.”³⁵

Nesse sentido, segundo o enfoque do Direito Ambiental, as *doenças profissionais*, ou seja, aquelas produzidas ou desencadeadas pelo exercício do trabalho peculiar a determinada atividade, bem como as *doenças do trabalho*, aquelas adquiridas ou desencadeadas em função de condições especiais em que o trabalho é realizado, e com ele se relacionando diretamente, não devem ser consideradas apenas para fins previdenciários. Para além dessas disposições que beneficiam o trabalhador afetado pela poluição de seu ambiente de trabalho, deve também ser aplicado o regime sistemático do meio ambiente, consoante o enfoque constitucional da matéria e as disposições da Lei de Política Nacional do Meio Ambiente³⁶.

O tratamento constitucional dado ao tema do meio ambiente é hoje o adequado para propiciar não só a prevenção contra as consequências, individuais e ou coletivas, de um meio ambiente de trabalho insalubre, como também, a reparação do dano dos obreiros afetados por qualquer tipo de poluição degradadora do seu meio ambiente do trabalho, seja no plano individual, seja no coletivo³⁷.

Nesse sentido, a disposição da Lei nº 6.938/81 ao atribuir ao provocador do dano ao meio ambiente, a *responsabilidade objetiva* de indenizar, demonstrando apenas a existência do dano e o nexo causal, é plenamente aplicável ao poluidor do meio ambiente do trabalho.

A adoção da responsabilidade objetiva, que tem como pressuposto do dever de indenizar, apenas o evento danoso e o nexo de causalidade, traz como consequências: a prescindibilidade da culpa e do dolo para que haja o dever de reparar o dano; a irrelevância da licitude da conduta causadora do dano; e,

35 ROCHA, Julio Cesar de Sá da. *Direito Ambiental e meio ambiente do trabalho: dano, prevenção e proteção jurídica*. São Paulo: LTr, 1997. p. 47.

36 PADILHA, Norma Sueli. *Do meio ambiente do trabalho equilibrado*, p. 66.

37 É importante frisarmos que a negligência dos empregadores com as normas relativas a segurança e saúde no trabalho está diretamente relacionada com o elevado índice de acidentes de trabalho no país, devendo o empregador, e não o Estado, ser diretamente responsabilizado pelos danos oriundos do meio ambiente laboral.

a inaplicabilidade em favor do causador do dano, das causas de exclusão da responsabilidade civil (caso fortuito, força maior, cláusulas de não indenizar)³⁸.

É de se ressaltar, ainda, que a Lei nº 6.938/81 define como crime a conduta do poluidor em expor a perigo a incolumidade humana, animal ou vegetal, ou que esteja tornando mais grave a situação de perigo existente, determinando que a pena seja aumentada até o dobro, se a poluição for decorrente de atividade industrial ou de transporte (art. 15).

A Lei de Política Nacional do Meio Ambiente estabelece, assim, a *responsabilidade objetiva do poluidor* que prescinde da existência de culpa para reparar o dano ambiental (art. 14, § 1º). Da mesma forma, é irrelevante a licitude da atividade e não há que se falar em qualquer excludente de responsabilidade³⁹.

É forçoso lembrar que a Lei de Política Nacional do Meio Ambiente foi totalmente recepcionada pela Constituição Federal, que adotou amplo sistema de responsabilidade por danos ambientais, que abrange a administrativa, a penal e a civil (art. 225, § 3º).

Entretanto, se a Constituição Federal não exige conduta culposa alguma para a responsabilização civil do dano ambiental, por outro lado, em seu art. 7º, XXVIII, menciona ser direito dos trabalhadores “seguro contra acidentes do trabalho, a cargo do empregador, sem excluir a indenização a que está obrigado quando incorrer em dolo ou culpa”.

Da análise dos dois dispositivos supracitados parece surgir um confronto quanto à responsabilidade civil, ou seja, quanto ao dano ambiental a responsabilidade seria objetiva, mas quanto ao acidente de trabalho a responsabilidade se fundamenta na culpa (subjéctiva).

Entretanto, tais dispositivos não colidem entre si, uma vez que se referem a diferentes tipos e causas de acidente do trabalho, pois o acidente de trabalho referido no art. 7º, XXVIII da Constitucional Federal é aquele decorrente de danos a direitos de natureza individual (regra – responsabilidade subjéctiva), causados por causas não relacionadas à degradação ao meio ambiente do trabalho. Portanto, não está excluída, na hipótese de ocorrência de danos a saúde

38 Segundo o ensinamento de NERY Jr., Nelson; NERY, Rosa Maria Barreto Borriello de Andrade. “O Ministério Público e a responsabilidade civil por dano ambiental”. *Justitia*, São Paulo, v. 161, p. 62, jan./mar., 1993.

39 Segundo ainda, os mesmos autores citados na nota anterior, “mesmo que a conduta do agente causador do dano seja lícita, autorizada pelo poder competente e obedecendo aos padrões técnicos para o exercício de sua atividade, se dessa atividade advier dano ao meio ambiente há o dever de indenizar. Esse princípio, pelo qual a licitude da atividade não exclui o dever de indenizar, existe de há muito tanto no direito público quanto no direito privado”. *Idem*, p. 64.

do trabalhador decorrente de poluição no ambiente de trabalho, a aplicação da responsabilidade objetiva, pois este é o regime de responsabilidade aplicável aos danos decorrentes de lesão a direitos de natureza difusa (art. 225, § 3º).

A degradação ambiental no ambiente do trabalho configura-se como violação ao direito “ao meio ecologicamente equilibrado”, que indubitavelmente é um direito iminentemente metaindividual. Portanto, quando a Constituição Federal fala na responsabilidade civil subjetiva refere-se apenas ao acidente de trabalho afeto a direitos tradicionais, de natureza individual, decorrente de atividades normais inerentes à atividade produtiva, diferente da poluição no ambiente do trabalho, que é o desequilíbrio ecológico no “habitat” laboral, que ocasiona as doenças ocupacionais⁴⁰.

No que se refere, assim, a qualquer forma de poluição degradadora do meio ambiente do trabalho, o tratamento legal dado ao tema, com todas as suas consequências, deve ser aquele previsto na seara ambiental com a incidência da responsabilidade objetiva do art. 225, § 3º, do texto constitucional.

Nesse sentido é preciso superar o conservadorismo da hermenêutica tradicional, pois a interpretação constitucional deve observar os princípios da *unidade*, buscando evitar contradições, antinomias e antagonismos aparentes entre normas constitucionais, bem como, o da *máxima efetividade* que propicia a maior eficácia possível ao texto constitucional. A concretização do sistema de responsabilidades ambientais impostas pela proposta constitucional exige que se leve em conta as especificidades do caso concreto e a diversidade das atividades laborativas, bem como dos ambientes e riscos no trabalho, pois a responsabilidade subjetiva não atinge todas as hipóteses de acidentes do trabalho.

Nesse sentido, deve-se considerar o disposto no art. 7, inciso XXIII apenas como um mínimo de proteção em situação específica, que não confronta em absoluto com o regime próprio da tutela ambiental do ambiente do trabalho que amplia a proteção da saúde e segurança do trabalhador no meio ambiente laboral.

3. Dos princípios da participação e da informação e o dever solidário de preservação do meio ambiente do trabalho

A Constituição Federal de 1988 impõe o dever de defesa e preservação do direito ao meio ambiente equilibrado, como bem ambiental, ao Poder Público e à Coletividade. Tal comando constitucional consubstancia-se numa ordem dirigida, concomitantemente, a todo o complexo da Administração Pública, em

40 PADILHA, Norma Sueli. *Do meio ambiente do trabalho equilibrado*, p. 67.

todos os Poderes, bem como, a toda sociedade civil organizada, no sentido da prevalência da prevenção, na defesa desse direito difuso, considerado essencial para a sadia qualidade de vida, ou seja, o bem ambiental.

No que se refere à proteção e defesa do meio ambiente do trabalho equilibrado, é de fácil constatação que os Sindicatos nesta seara, ocupam relevante posição, como legitimados naturais que são na defesa dos direitos dos trabalhadores. Entretanto, a posição de destaque cabe também o Ministério Público do Trabalho, pois consoante dispõe a Lei Complementar nº 75/93, é legitimado para “promover a ação civil pública no âmbito da Justiça do Trabalho, para a defesa de interesses coletivos, quando desrespeitados os direitos sociais constitucionalmente garantidos”.

Papel não de somenos importância, cabe também aos empregados e empregadores na defesa e preservação do meio ambiente do trabalho equilibrado. E nesse sentido é que dispõe a Consolidação das Leis do Trabalho (arts. 157-158).

Tais normas de proteção à higiene do ambiente do trabalho devem ser observadas, portanto, tanto pelos empregadores como por empregados. E conforme menciona Octavio Bueno Magano:

“(...) trata-se de dever primordial de ambos os sujeitos do contrato de trabalho perante o Estado. Sucede que tais normas de proteção aderem ao contrato de trabalho, convertendo-se em direitos e deveres recíprocos das partes. Se o empregador as desrespeita, o empregado pode considerar rescindido o contrato; se as infringe o empregado, incide em falta grave, dando ensejo à sua despedida.”⁴¹

Interessante destacar sobre as várias maneiras de proteção ao meio ambiente do trabalho, a opinião de Rodolfo de Camargo Mancuso, para quem o meio ambiente laboral há ser assegurado segundo três maneiras básicas: a) numa instância primária, pelo próprio trabalhador, quando ele mesmo dirige sua atividade, organiza seu local de trabalho, provê por conta própria os meios para levar a bom termo sua atividade, assim o trabalhador autônomo, o profissional liberal, o microempresário, o homem de negócios; b) num outro plano, quando a adequação do meio ambiente do trabalho passa a depender de atividade alheia: do dono da obra, do empresário, do próprio Sindicato, enquanto entidade encarregada da defesa e representação institucional da categoria laboral, e enfim, do Estado-fiscalizador, através de seus órgãos voltados à segurança e higiene do trabalho; c) numa instância substitutiva ou supletiva, quando o meio ambiente laboral é assegurado, impositivamente, pela Justiça do Trabalho, no exercício

41 MAGANO, Octávio Bueno. *Manual de Direito do Trabalho*. 2. ed. São Paulo: LTr, 1986. p. 170.

da jurisdição coletiva em sentido largo, ou ainda no âmbito de seu poder normativo, nos dissídios coletivos e ações de cumprimento, quando estabelece novas condições para o exercício do trabalho de certas categorias profissionais⁴².

CONCLUSÃO

A contínua evolução do modelo econômico inaugurado pela Revolução Industrial e proporcionado pelas descobertas de novas fontes de energia, desde a máquina a vapor, o motor elétrico e o motor à explosão, a automação por meio de aparelhos eletrônicos até culminar, com a atual revolução tecnológica, acirrada vertiginosamente por meio da microeletrônica, da energia atômica, das telecomunicações, da biotecnologia, enfim, por transformações tecnológicas que conquistando desenvolvimento, conhecimento científico e riquezas para a sociedade global, provocam concomitantemente e paradoxalmente, inúmeras preocupações referidas à qualidade de vida, atingindo diretamente a preservação ambiental, quer do meio ambiente natural, quer do meio ambiente artificial onde se insere o *habitat laboral*.

Variadas são as agressões e pressões sobre o equilíbrio do meio ambiente do trabalho, acirradas pelas mudanças profundas no mundo do trabalho, geradas pelo crescente avanço tecnológico e as diferentes causas de instabilidade econômica, principalmente em tempos de crise mundial sem precedentes, com consequências nefastas para a qualidade de vida do ser humano no seu ambiente de trabalho, atingindo diretamente sua saúde física, mental e psicológica. Neste contexto, buscar uma maior rede de proteção jurídica deste direito fundamental do trabalhador – o equilíbrio de seu ambiente de trabalho –, que atinge diretamente sua dignidade e qualidade de vida, é um dever que se impõe aos implementadores da proteção dos direitos do trabalhador.

Nesse sentido, a elevação do nível de proteção do *equilíbrio do ambiente de trabalho*, enquanto um direito fundamental de ser humano trabalhador, conferida pela ampla concepção da tutela ao meio ambiente propiciada pela Constituição Federal de 1988, destaca a importância do diálogo, da interação e integração entre o Direito do Trabalho e o Direito Ambiental para a solidificação de uma ampla rede de proteção jurídica propiciadora da defesa da qualidade de vida no ambiente de trabalho. Pois da mesma forma que o Direito do Trabalho propicia a proteção do ser humano trabalhador na relação contratual que envolve o universo do trabalho, a dimensão deste espaço atrai também a

42 MANCUSO, Rodolfo Camargo de. *Ação civil pública trabalhista: análise de alguns pontos controvertidos*, p. 161-162.

aplicabilidade do Direito Ambiental, uma vez que o meio ambiente do trabalho é uma seara comum a esses dois ramos do Direito que se interligam e se somam para propiciar a mais completa e ampla proteção do trabalhador e de sua saúde contra todas as formas de agressão contra sua dignidade e saúde no ambiente em que labora.

Para a conquista da sadia qualidade de vida, a ser alcançada através da fruição de um meio ambiente ecologicamente equilibrado, não existem soluções parciais, ou seja, em toda e qualquer atividade humana deve estar presente, como princípio irrefutável, o respeito ecológico. O meio ambiente do trabalho, segundo o redimensionamento imposto pela Constituição Federal à questão do equilíbrio ambiental, compreende o próprio “ecossistema” que envolve as inter-relações da força do trabalho humano com os meios e formas de produção, e sua afetação no meio ambiente em que é gerada.

Assim, reitera-se que a proteção constitucional dada ao meio ambiente, traduz-se também como defesa da humanização do trabalho, exigindo uma mudança de postura ética, na consideração de que o homem está à frente dos meios de produção, resgatando-se o “habitat laboral” como espaço de construção de bem-estar e dignidade daquele que labora. Destaque-se que a dignidade humana, como princípio de caráter absoluto, norteador de toda a atividade econômica, consoante o art. 170 da Constituição Federal, além de consubstanciar-se em um dos fundamentos da República (art. 1º, III), está no cerne da proteção ao meio ambiente do trabalho.

Pelas considerações levantadas na presente análise, pretendeu-se destacar a relevância desse importante aspecto da proteção ao equilíbrio ambiental, cuja concepção foi revigorada e reestruturada pela ampla proteção constitucional dada ao tema, ao qual, impõe-se assim, a aplicação do regime sistemático do Direito Ambiental através de todos os seus princípios e instrumentos aptos a atuar de forma mais adequada, na prevenção e reparação, contra os processos de degradação desse *meio ambiente do trabalho*.

Nesse contexto, o Direito Ambiental representa, hodiernamente, um instrumento hábil na defesa dos princípios erigidos pela Constituição Federal, como transformadores da ordem econômica ao novo modelo, capaz de propiciar ao ser humano trabalhador primazia sobre os demais valores do mercado, na busca de uma vida digna.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANTUNES, Paulo de Bessa. *Direito ambiental*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1998.

70 ANOS DA JUSTIÇA DO TRABALHO

- BENJAMIN, Antonio Herman V. *Dano ambiental: prevenção, reparação e repressão*. São Paulo: RT, 1993.
- BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução Carlos Nelson Coutinho. 8. ed. Rio de Janeiro: Campus, 1992.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 8. ed. rev. ampl. atual. São Paulo: Malheiros, 1999.
- CAPPELLETTI, Mauro. “Formações sociais e interesses coletivos diante da justiça civil”. In: *Revista de Processo*. São Paulo: RT, nº 5, 1977.
- COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 3. ed. rev. ampl. São Paulo: Saraiva, 2003.
- DERANI, Cristiane. *Direito Ambiental econômico*. São Paulo: Max Limonad, 1997.
- FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. *Os sindicatos e a defesa dos interesses difusos no Direito Processual Civil brasileiro*. São Paulo: RT, 1995.
- _____.; RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Manual de Direito Ambiental e legislação aplicável*. São Paulo: Max Limonad, 1997.
- FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin de. *Direito Ambiental e a saúde dos trabalhadores*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2007.
- GOMES, Orlando. *Introdução ao Direito Civil*. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.
- GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988 (interpretação e crítica)*. 2. ed. São Paulo: RT, 1991.
- MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito Ambiental brasileiro*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.
- MAGANO, Octavio Bueno. *Manual de Direito do Trabalho*. 2. ed. São Paulo: LTr, 1986. 2v.
- MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Interesses difusos: conceito e legitimação para agir*. 5. ed., São Paulo: RT, 2000.
- _____. “Ação civil pública trabalhista: análise de alguns pontos controvertidos”. In: *Revista do Processo*. São Paulo: RT, nº 93, ano 24, jan./mar., 1999, p. 151-178.
- MELO, Raimundo Simão de. *Direito Ambiental do Trabalho e a saúde do trabalhador: responsabilidades legais, dano material, dano moral, dano estético, indenização pela perda de uma chance, prescrição*. 3. ed. São Paulo: LTr, 2008.
- MILARÉ, Édis. “Direito do ambiente: um direito adulto”. In: *Revista de Direito Ambiental*. São Paulo: RT, nº 15, ano 4, jul./set., 1999, p. 35-55.
- _____. “Tutela jurídico-civil do ambiente”. In: *Revista de Direito Ambiental*, out./dez., 1995, nº 0/30.
- NERY Jr., Nelson. NERY, Rosa Maria Barreto Borriello de Andrade. “O Ministério Público e a responsabilidade civil por dano ambiental”. In: *Justitia*. São Paulo: 161 v., jan./mar., p. 61-74, 1993.

70 ANOS DA JUSTIÇA DO TRABALHO

OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. *Proteção jurídica à saúde do trabalhador*. 2. ed. São Paulo: LTr, 1998.

PADILHA, Norma Sueli. *Do meio ambiente do trabalho equilibrado*. São Paulo: Ltr, 2002.

_____. *Colisão de direitos metaindividuais e a decisão judicial*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2006.

_____. *Fundamentos constitucionais do Direito Ambiental brasileiro*. Rio de Janeiro: Campus/Elsevier, 2010.

ROCHA, Julio Cesar de Sá da. *Direito Ambiental e meio ambiente do trabalho: dano, prevenção e proteção jurídica*. São Paulo: LTr, 1997.

SILVA, José Afonso da. *Direito Ambiental constitucional*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1995.

_____. *Direito ambiental constitucional*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

TRINDADE, Washington Luis da. *Riscos do trabalho*. São Paulo: LTr, 1998.

GESTÃO PROCESSUAL – MECANISMO DE EFETIVIDADE E CELERIDADE DA ATIVIDADE JURISDICIONAL

Ricardo Fioreze*

1 – INTRODUÇÃO

A sociedade moderna espera do Poder Judiciário capacidade de solução dos conflitos com resultados úteis e em tempo hábil. O anseio da sociedade é, em síntese, de efetividade e celeridade da atividade jurisdicional.

E não poderia ser diferente. A atividade jurisdicional constitui espécie de serviço público e este deve ser prestado em atenção a níveis satisfatórios de eficiência. Ademais, o exercício da atividade jurisdicional, em medida quase que total, é monopolizado pelo Estado, daí resultando, como corolário, a necessidade de os seus órgãos atuarem voltados à pronta e adequada solução segundo as peculiaridades das situações conflituosas levadas ao seu conhecimento.

Entretanto, a atividade jurisdicional não vem apresentando resultados sequer próximos aos níveis esperados pela sociedade e se mostra incapaz de oferecer soluções em tempo hábil e dotadas de utilidade prática. Recentes avaliações revelam que o Poder Judiciário é considerado ruim ou péssimo em termos de agilidade e, por parte da população, a insatisfação é demonstrada pelas críticas severas que lhe são dirigidas enquanto prestador de serviço público, entre elas, certamente a mais contundente, a de que “a Justiça tarda e falha”.

Vários são os fatores causadores dos problemas vinculados ao exercício da atividade jurisdicional, destacando-se, entre eles, a crescente complexidade inerente à atividade jurisdicional, as deficiências do atual modelo estrutural do sistema judiciário, a disciplina do meio necessário ao exercício da atividade jurisdicional (o processo) e os modelos de gestão utilizados (ou não utilizados) pelo Poder Judiciário.

* Juiz do trabalho (RS); mestre em Poder Judiciário (FGV-Rio).

A crise enfrentada pela atividade jurisdicional impõe a busca de soluções de diversas ordens, algumas envolvendo alterações legislativas, outras envolvendo a adoção de políticas abrangentes de condutas dos próprios atores sociais, outras, ainda, envolvendo a utilização de métodos mais racionais de atuação por parte dos próprios componentes do sistema judiciário.

Por parte destes últimos sujeitos, entre as soluções que podem ser implementadas sem a necessidade de alterações estruturais, mediante o mero aproveitamento dos recursos e da legislação disponíveis, sobressai a gestão da própria tramitação processual, visando a torná-la mais célere e racional.

2 – GESTÃO: ASPECTOS GERAIS

A administração consiste no processo de formulação de decisões quanto aos objetivos a serem alcançados e à melhor utilização dos recursos disponíveis no âmbito de uma organização. Este processo de formulação de decisões se opera de forma perene e sistemática, abrangendo quatro dimensões: planejamento, organização, direção e controle¹. Na síntese conceitual de Idalberto Chiavenato, administração é “o processo de planejar, organizar, dirigir e controlar o uso dos recursos organizacionais para alcançar determinados objetivos de maneira eficiente e eficaz”²⁻³.

Em qualquer de suas dimensões, este processo de formulação de decisões, visualizado sob perspectiva dinâmica, ou seja, à sua efetiva operacionalidade, ao exercício das funções a ele vinculadas durante um determinado período de tempo, corresponde à gestão. A gestão, assim, é o exercício de alguma função cujo conteúdo ocupacional compreende tarefas de planejamento, organização, direção e controle no âmbito de uma organização.

Ao melhor exercício da gestão é relevante a consideração da estrutura organizacional⁴. A organização normalmente é composta por várias áreas – cujos

1 MAXIMIANO, Antonio Cesar Amaru. *Introdução à administração*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2000. p. 26.

2 CHIAVENATO, Idalberto. *Administração – teoria, processo e prática*. 3. ed. São Paulo: Pearson Education do Brasil, 2000. p. 3.

3 Uma evolução desse processo corresponde à administração estratégica, caracterizada por uma visão de longo prazo e definida como um “Processo contínuo de determinação da missão e objetivos da empresa no contexto de seu ambiente externo e de seus pontos fortes e fracos internos, formulação de estratégias apropriadas, implementação dessas estratégias e execução do controle para assegurar que as estratégias organizacionais sejam bem-sucedidas quanto ao alcance dos objetivos” (RIGHT, Peter; KROLL, Mark J.; PARNELL, John. *Administração estratégica: conceitos*. São Paulo: Atlas, 2000. p. 45).

4 Sobre as principais formas de estrutura organizacional, v. MAXIMIANO, op. cit., p. 293-315.

aspectos quantitativos e qualitativos variam de organização para organização – que, visualizadas conjuntamente, formam uma estrutura denominada estrutura organizacional. O alcance dos objetivos não dispensa que as áreas que formam a estrutura da organização operem em harmonia e a integração entre elas, a despeito das especificidades das atividades próprias a cada uma, é fundamental ao bom desempenho da organização como um todo.

Esta necessidade de integração, por sua vez, é indicativa da importância dos processos organizacionais ou processos de trabalho adotados no âmbito da organização, os quais consistem em métodos de transformação (conjunto de atividades) de entradas (recursos e insumos) em saídas (produtos e serviços). No âmbito interno da organização, os processos de trabalho se interligam, numa mesma área ou entre áreas diversas, a significar que há processos cujas saídas correspondem a entradas de outros processos de uma mesma ou outra área. Mesmo que simples, as atividades realizadas por uma organização são compostas por uma rede de processos interconectados, com ocorrência sequencial ou concorrente, cada qual influenciando todos os outros⁵. Interessa, ao final, que os produtos dos processos sejam tais que atendam plenamente às necessidades dos clientes⁶.

3 – GESTÃO PÚBLICA

Quando voltado a organizações integrantes da denominada Administração Pública, o exercício de função cujo conteúdo ocupacional abrange, em alguma medida, tarefas de planejamento, organização, direção e controle corresponde à gestão pública.

Como perspectiva dinâmica da Administração Pública, a gestão pública se subordina a regime jurídico especial, orientado pela supremacia e indisponibilidade dos interesses públicos, que são “princípios gerais, necessariamente não positivados de forma expressa pelas normas constitucionais, mas que consistem nos alicerces jurídicos do exercício da função administrativa dos Estados”⁷, e, ainda, aos princípios arrolados no *caput* do art. 37 da Constituição da República – legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência –, os quais são destinados “de um lado, a orientar a ação do administrador na prática dos atos administrativos e, de outro lado, a garantir a *boa administração*, que se

5 MARANHÃO, Mauriti; MACIEIRA, Maria Elisa Bastos. *O processo nosso de cada dia: modelagem de processos de trabalho*. Rio de Janeiro: Qualitymark, 2004. p. 13.

6 MARANHÃO; MACIEIRA, op. cit., p. 21.

7 CARDOZO, José Eduardo Martins. Princípios Constitucionais da Administração Pública (de acordo com a Emenda Constitucional nº 19/98). In: MORAES, Alexandre de. *Os 10 anos da Constituição Federal*. São Paulo: Atlas, 1999. p. 150.

consubstancia na correta gestão dos negócios públicos e no manejo dos recursos públicos (dinheiro, bens e serviços) no interesse coletivo”⁸.

O princípio da eficiência, em especial, orienta a necessidade de a gestão pública conciliar a melhor utilização dos recursos disponíveis com a obtenção dos resultados mais adequados às necessidades públicas existentes. A gestão pública, porque normalmente se depara com um quadro de aumento de demandas e redução de recursos, deve priorizar a utilização adequada e eficiente dos recursos, sempre visando a atender ao interesse coletivo.

O princípio impõe ao gestor público utilizar da melhor forma todos os recursos disponíveis – humanos, materiais, técnicos e financeiros – e, paralelamente, visar ao melhor resultado possível, a partir dos objetivos definidos pela organização.

No plano da evolução dos modelos de gestão pública adotados pelo Estado brasileiro, mais recentemente, como resposta às disfunções típicas das organizações burocráticas do setor público, passou a ser perseguido o modelo gerencial, com a adoção de estratégias de resultado na prestação de serviços⁹.

A escolha por este modelo reflete uma tendência mundial verificada nas duas últimas décadas do século XX, quando foram introduzidas profundas transformações em burocracias do setor público. A adoção de medidas visando a melhorar a eficiência das organizações públicas, com destaque para a ênfase na qualidade e em serviços públicos orientados para o cidadão, engloba um conjunto de ideias conhecido como Nova Administração Pública. Para os defensores desta tendência, a prestação de serviços públicos deve ser realizada tendo como elementos norteadores a qualidade, a eficiência e a efetividade; e as organizações públicas devem passar por um processo de racionalização, mediante a adoção de novos processos de gestão e de organização e divisão do trabalho¹⁰.

4 – GESTÃO PROCESSUAL

Como organização integrante da Administração Pública, o Poder Judiciário e todos os órgãos que o compõem também são ambientes propícios ao exercício da gestão pública, segundo os contornos delineados nos itens anteriores.

8 SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 666.

9 BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. *Administração pública gerencial: estratégia e estrutura para um novo estado*. Brasília: Enap, 1996. Apud SANTOS, Clezio Saldanha dos. *Introdução à gestão pública*. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 4.

10 GUIMARÃES, Tomás de Aquino. A nova administração pública e a abordagem da competência. *Revista de Administração Pública*, Rio de Janeiro, FGV, n. 34(3), p. 125-40, maio-jun. 2000. p. 125-140.

Como ocorre com as demais “áreas” que compõem a Justiça do Trabalho ou, num plano mais extenso, o Poder Judiciário brasileiro, o objetivo fundamental das Varas do Trabalho é a prestação de tutela jurisdicional dotada de efetividade e tempestividade – capaz, em tempo razoável, de assegurar resultados úteis aos seus destinatários –, e, para isso, é indispensável que os recursos disponíveis sejam utilizados de modo mais eficiente.

Entre os recursos disponíveis, o principal deles – e para o qual convergem os demais, em especial os recursos humanos, por meio das atividades deles resultantes – é o processo, meio do qual se vale o Estado para empreender a atividade jurisdicional, que consiste em uma série de atos interligados e coordenados com o objetivo de prestar a tutela jurisdicional justa, cuja exteriorização, por sua vez, se faz por meio do procedimento.

O processo, seja por uma perspectiva estática, como método, seja por uma perspectiva dinâmica, como sucessão de atos, também deve ser alvo de gestão. Aliás, na concepção de processo organizacional ou processo de trabalho, o processo (judicial) pode ser visualizado como entrada (insumo) – pois corresponde a um método, uma disciplina procedimental –, transformação (execução de atividades) – os vários atos praticados no curso do procedimento transformam entradas em saídas – e saída (produto ou serviço) – vários atos que compõem o procedimento representam resultados das transformações, como, por exemplo, a sentença, que, em apertada síntese, é o produto de certificação do direito que resulta da transformação, por meio de atividade intelectual do juiz, das alegações formuladas pelas partes nos autos.

A intensa disciplina legal a cuja observância se submete o processo não torna inócua a gestão de sua tramitação. Ao contrário, conforme o contexto, o processo (judicial) corresponde a um dos elementos que compõem os processos de trabalho (entrada, transformação e saída) adotados pelos órgãos judiciários.

A gestão da tramitação processual – ou, simplesmente, gestão processual – incumbe ao juiz, como decorrência da condição de diretor do processo que lhe é reservada – embora, em muitas situações, a atribuição pode e deve ser delegada aos seus auxiliares. A atividade jurisdicional, sob um dos ângulos pelos quais é visualizada, consiste no complexo de atos praticados no curso do processo, em especial, pelo juiz. Por sua vez, o monopólio da atividade jurisdicional que o Estado reserva para si se reflete diretamente nos poderes conferidos ao juiz e, também por isto, o juiz assume posição predominante em comparação com os demais partícipes do desenvolvimento do processo.

Além de natural decorrência desta posição, a atribuição da gestão processual ao juiz é estabelecida expressamente no ordenamento jurídico. Nesse sentido, o Código de Processo Civil – no que se aplica subsidiariamente ao direito processual do trabalho (Consolidação das Leis do Trabalho, art. 769)¹¹ – estabelece que “O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código” (art. 125).

Diante deste comando, parece óbvio que ao juiz incumbe a direção – e, portanto, a gestão – do processo.

Na prática, contudo, nem sempre se revela tão evidente que esta incumbência não dispensa a intensa participação do juiz na condução do procedimento, orientando os seus destinos e controlando se os caminhos adequados ao alcance dos resultados desejados estão sendo trilhados corretamente, e que o exercício de gestão voltada exclusivamente à tramitação processual exige o desempenho daquelas funções clássicas antes arroladas como inerentes a qualquer gestor, pois, a despeito do tratamento conferido legalmente a boa parte de situações verificadas na realidade, sobra ao juiz considerável parcela de atuação gestora.

4.1 Gestão processual e direitos processuais assegurados às partes

No desempenho da gestão processual, o juiz, se por um lado deve atuar de modo a reduzir o tempo de tramitação do processo e ampliar a utilidade do resultado da sua atividade – voltado, portanto, ao alcance da efetividade e celeridade da atividade jurisdicional –, por outro deve fazê-lo atento à necessidade de permitir o exercício dos direitos processuais elementares assegurados às partes.

A Constituição da República, ao viabilizar acesso amplo à Justiça – e, assim, reconhecer o direito à efetividade e tempestividade da atividade jurisdicional –, também assegura certas garantias inerentes ao exercício daquele direito. Assim como o próprio acesso ao sistema judicial de proteção dos direitos e os mecanismos disciplinadores do seu funcionamento pronto e eficaz, boa parte dos direitos processuais elementares se encontra catalogada no texto constitucional entre os direitos fundamentais, sob a forma de princípios informadores do processo – e, pois, da própria atividade jurisdicional. E, entre estes, interessam o princípio do devido processo legal e o princípio do contraditório e da ampla defesa, os quais, em síntese, expressam os direitos processuais elementares assegurados às partes.

11 “Nos casos omissos, o direito processual comum será fonte subsidiária do direito processual do trabalho, exceto naquilo em que for incompatível com as normas deste Título.”

O princípio do devido processo legal significa o conjunto de garantias constitucionais que, de um lado, asseguram às partes o exercício de suas faculdades e poderes de natureza processual e, de outro, legitimam o exercício da atividade jurisdicional¹². Visto sob a dimensão procedimental, o princípio assegura tanto o exercício do direito de acesso à Justiça como o modo regular de desenvolvimento do processo, ou seja, em consonância com normas previamente estabelecidas. Pressupõe, principalmente, a existência de juiz natural e imparcial, o respeito ao contraditório e a submissão a procedimento ordenado.

Pressupondo submissão a procedimento ordenado, o princípio impõe respeito ao formalismo, o qual compreende “não só a forma, ou as formalidades, mas especialmente a delimitação dos *poderes, faculdades e deveres* dos sujeitos processuais, coordenação de sua atividade, ordenação do procedimento e organização do processo, com vistas a que sejam atingidas suas finalidades primordiais”¹³. Contudo, a necessidade de atenção ao formalismo não autoriza ritualismos exagerados, a ponto de o processo se tornar um fim em si mesmo e impor prejuízos à necessária eficiência que deve presidir a prática dos atos processuais.

Já o princípio do contraditório e da ampla defesa é constituído pelos elementos informação – que se refere ao conhecimento que deve ser dado às partes sobre as ocorrências verificadas no curso do procedimento – e reação – que consiste na possibilidade de as partes, cientes das ocorrências verificadas no curso do procedimento, manifestarem a sua posição –, os quais, por sua vez, propiciam a real participação das partes no processo e, por extensão, no próprio exercício da atividade jurisdicional.

No desempenho da gestão processual, a atuação do juiz deve incluir a ponderação de todos estes valores fundamentais, “postos em relação de adequada proporcionalidade, por meio de uma delicada escolha dos fins a atingir e de uma atenta valoração dos interesses a tutelar”, segundo a concepção de que “o que interessa realmente é que nessa difícil obra de ponderação sejam os problemas da justiça solucionados num plano diverso e mais alto do que o puramente formal dos procedimentos e transferidos ao plano concernente ao

12 CINTRA, Antonio Carlos de Araujo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 84.

13 OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. *Do formalismo no processo civil*. São Paulo: Saraiva, 1997. p. 7.

interesse humano objeto dos procedimentos: um processo assim na medida do homem, posto realmente ao serviço daqueles que pedem justiça”¹⁴.

Em síntese, a ponderação destes valores fundamentais visa ao exercício mais justo da atividade jurisdicional e, a tanto, é imprescindível ter presente que o processo “é mero instrumento para o atendimento das necessidades materiais relacionadas ao direito disputado em Juízo, sem o que não se pode cogitar de realização do direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva, o que constitui simples resposta ao dever de proteção atribuído aos órgãos estatais”¹⁵.

A necessidade de permitir o exercício dos direitos processuais elementares assegurados às partes, de resto, é inerente à perspectiva de processos organizacionais ou processos de trabalho, em cujo contexto o direito ao devido processo legal e o direito ao contraditório e à ampla defesa se enquadram como insumos, pois, em síntese, fazem parte das normas que disciplinam a execução das atividades (transformação).

4.2 Gestão processual e princípios e peculiaridades do direito processual do trabalho

A gestão processual, em especial perante órgãos integrantes da Justiça do Trabalho, não prescinde da consideração, além das disposições legais que disciplinam o direito processual do trabalho, dos princípios que o informam e das peculiaridades que o caracterizam.

A maior parte destes princípios coincide com os princípios que orientam o direito processual civil, aspecto justificável na medida em que um bom número deles hoje reside no texto constitucional e informa “o processo”, independentemente de seus ramos (Civil, Penal, do Trabalho, etc.). Neste momento, contudo, interessam, entre aqueles que atuam de forma mais intensa sobre o direito processual do trabalho, os princípios que se revelam mais sensíveis ao adequado exercício da gestão processual: da concentração, da oralidade e da simplicidade.

O princípio da concentração norteia a ideia de cumulação da prática de vários atos em um mesmo momento e de supressão de atos que possam alongar demasiada e inutilmente o procedimento, e é explicitado, ilustrativamente, pela

14 OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. O processo civil na perspectiva dos direitos fundamentais. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Coord.). *Jurisdição e direitos fundamentais: anuário 2004/2005/Escola Superior da Magistratura do Rio Grande do Sul – AJURIS*. Porto Alegre: Escola Superior da Magistratura: Livraria do Advogado, 2006, v. 1, t. 2, p. 254.

15 MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela dos direitos*. São Paulo: RT, 2004. p. 189.

necessidade de realização de audiência e prática de vários atos no seu curso; pela recorribilidade diferida das decisões interlocutórias¹⁶; e pela exigibilidade de despesas somente ao final¹⁷.

O princípio da oralidade, a seu turno, recomenda privilegiar a forma oral para a prática dos atos processuais, sem prejuízo à sua documentação escrita, a qual, ainda assim, pode ser promovida de maneira resumida¹⁸.

Por fim, o princípio da simplicidade privilegia a simplificação das formas que revestem os atos processuais, com a finalidade de permitir rápida, adequada, econômica e útil tramitação dos processos, sendo exemplos clássicos de sua incidência a outorga de capacidade postulatória às próprias partes¹⁹, a forma postal de comunicação às partes²⁰ e o reduzido número de requisitos a serem atendidos pela petição inicial²¹.

Tamanha é a força com que estes princípios atuam sobre o direito processual do trabalho que os procedimentos nele instituídos se valem de técnicas de sumarização formal, por meio das quais, sem prejuízo à cognição plena e exauriente, se intensificam a concentração da prática de atos processuais e a

16 Conforme prevê o § 1º do art. 893 da Consolidação das Leis do Trabalho, “Os incidentes do processo são resolvidos pelo próprio Juízo ou Tribunal, admitindo-se a apreciação do merecimento das decisões interlocutórias somente em recursos da decisão definitiva”.

17 Assim prevê a Consolidação das Leis do Trabalho:

“Art. 789. (...) § 1º As custas serão pagas pelo vencido, após o trânsito em julgado da decisão. No caso de recurso, as custas serão pagas e comprovado o recolhimento dentro do prazo recursal.

Art. 789-A. No processo de execução são devidas custas, sempre de responsabilidade do executado e pagas ao final, de conformidade com a seguinte tabela: (...)”.

18 Assim prevê, por exemplo, a Consolidação das Leis do Trabalho:

“Art. 840. A reclamação poderá ser escrita ou verbal. (...) § 2º Se verbal, a reclamação será reduzida a termo, em 2 (duas) vias datadas e assinadas pelo escrivão ou chefe de secretaria, observado, no que couber, o disposto no parágrafo anterior.

Art. 851. Os tramites de instrução e julgamento da reclamação serão resumidos em ata, de que constará, na íntegra, a decisão.

Art. 852-F. Na ata de audiência serão registrados resumidamente os atos essenciais, as afirmações fundamentais das partes e as informações úteis à solução da causa trazidas pela prova testemunhal.”

19 Nos termos do art. 791 da Consolidação das Leis do Trabalho, “Os empregados e os empregadores poderão reclamar pessoalmente perante a Justiça do Trabalho e acompanhar as suas reclamações até o final”.

20 Nos termos do § 1º do art. 841 da Consolidação das Leis do Trabalho, “A notificação será feita em registro postal com franquia. (...)”.

21 Nos termos do § 1º do art. 840 da Consolidação das Leis do Trabalho, “Sendo escrita, a reclamação deverá conter a designação do Presidente da Junta, ou do juiz de direito a quem for dirigida, a qualificação do reclamante e do reclamado, uma breve exposição dos fatos de que resulte o dissídio, o pedido, a data e a assinatura do reclamante ou de seu representante”.

redução do número de atos processuais praticáveis, tudo com a finalidade de reduzir o tempo de tramitação do processo.

Na realidade da atividade jurisdicional, contudo, estes aspectos nem sempre se apresentam tão evidentes. Basta considerar, por exemplo, a significativa quantidade de processos encerrados em razão de questões procedimentais (processuais), sem que o conflito subjacente seja solucionado, e a insistência em analisar a aptidão da petição inicial a partir dos requisitos estabelecidos no Código de Processo Civil, ao arrepio da norma prevista no § 1º do art. 840 da Consolidação das Leis do Trabalho, em especial na parte que se contenta com “uma breve exposição dos fatos”.

A desatenção aos princípios que informam o direito processual do trabalho e às peculiaridades que o caracterizam vem tornando o processo excessivamente formalista e tecnicista, abrindo caminho à desmedida admissibilidade de normas previstas no Código de Processo Civil – que, paradoxalmente, nos tempos atuais, vem, por força das últimas reformas que sofreu, optando pela simplicidade –, amparada na abertura, não raro mal compreendida, propiciada pelo art. 769 da Consolidação das Leis do Trabalho. E, é sabido, quanto mais fortalecidas são a forma e a técnica, mais se proporcionam condições à prática de abusos processuais e à ocorrência de nulidades processuais.

A gestão processual adequada exige do juiz visita rotineira às origens do direito processual do trabalho e fidelidade permanente aos princípios que o informam e às peculiaridades que o caracterizam.

5 – O JUIZ GESTOR

A adequada gestão da tramitação processual, além da consideração dos aspectos antes explanados, pressupõe, fundamentalmente, o efetivo e permanente empenho do juiz na direção do processo.

A adoção de qualquer medida tendente a solucionar os problemas enfrentados no exercício da atividade jurisdicional não prescinde da mudança de comportamento na sua condução, por parte do juiz, que o torne sujeito ativo e comprometido com a obtenção de resultados satisfatórios.

O juiz, no contexto de um Estado que se deseja verdadeiramente democrático, deve adotar postura ativa, orientada pelo princípio inquisitivo, e exercer em toda a sua extensão as atribuições conferidas pela Constituição e pela lei, e, na ausência de legislação que permita prestar a tutela jurisdicional efetiva e tempestiva, adotar providências capazes de concretizar estes direitos fundamentais.

É preciso perceber, também, a abertura propiciada pela legislação à atuação criativa do juiz e, neste sentido, a regra inscrita no inciso LXXVIII do art. 5º da Constituição da República, muito além de assegurar a todos a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação, outorga ao juiz o poder de conformar a atividade jurisdicional, em termos de tempo e meios a serem utilizados no seu exercício, segundo as circunstâncias do caso concreto. Ao não especificar os meios, a norma invoca “a criatividade dos operadores, para que estabeleçam instrumentos hábeis a conferir presteza à burocracia dos fluxos processuais”²².

Não mais se aceita do juiz postura passiva, resignado com a situação existente e procurando atribuir aos outros Poderes a responsabilidade pelas dificuldades enfrentadas – as quais, segundo discurso corrente, se devem à inadequação do orçamento proposto pelo Poder Executivo e à imperfeição das leis produzidas pelo Poder Legislativo. Não se pode ignorar, por exemplo, que o aumento no número de demandas e a crescente complexidade da atividade jurisdicional retratam a condição modernamente reconhecida ao Poder Judiciário, de última instância de discussão das mais variadas situações conflituosas verificadas nos planos social, econômico e político, e, nesta medida, sequer podem ser taxados de causas que contribuem para a crise da atividade jurisdicional.

Na mesma medida em que aumenta a sua importância e mais complexas se tornam as suas responsabilidades, maior deve ser o comprometimento do juiz com a busca dos resultados esperados pela sociedade.

A adoção desta nova postura é pressuposto do autêntico exercício da função de gestor, exercício que exige do juiz atuação sob a perspectiva do jurisdicionado-cliente, com foco nas suas expectativas, as quais correspondem, em síntese, a “obter um serviço eficiente, eficaz, efetivo e econômico. Se possível descomplicado e previsível”²³, e que privilegie a aplicação das noções concebidas pela ciência da Administração em sentido amplo, principalmente: a permanente persecução de melhorias de *performance*; a otimização do uso dos recursos humanos e materiais; a eficiência, qualidade e eficácia na prestação dos serviços; e a racionalização dos processos de trabalho.

Ainda, a gestão deve ser exercida sob a perspectiva da estrutura organizacional da qual a unidade judiciária é integrante. No plano puramente processual,

22 NALINI, José Renato. A reforma do Judiciário e a formação dos juízes. In: SILVA, Bruno Freire; MAZZEI, Rodrigo (Coord.). *Reforma do Judiciário: análise interdisciplinar e estrutural do primeiro ano de vigência*. Curitiba: Juruá, 2008. p. 354.

23 NALINI, José Renato. A gestão de qualidade na Justiça. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 722, dez. 1995, p. 89-99.

a organização judiciária e a disciplina que subordina o processo estabelecem a possibilidade de intervenção de outros sujeitos, também responsáveis por sua tramitação, os quais, sob o ângulo da gestão, podem ser considerados “clientes” do juiz, pois deste recebem um produto ou serviço que serve de insumo para os processos de trabalho que utilizam – tome-se, como exemplo, o juiz de um Tribunal Regional do Trabalho que, por força de recurso interposto de sentença proferida pelo juiz da Vara do Trabalho, deve reexaminar a causa, situação em que os vários atos praticados no curso do procedimento, vinculados, por hipótese, à regularidade do procedimento e à admissibilidade e colheita de provas, são alguns dos insumos que compõem o processo de trabalho a ser utilizado no julgamento do recurso.

6 – GESTÃO PROCESSUAL APLICADA – ALGUMAS POSSIBILIDADES

As possibilidades de aplicação prática da gestão processual são amplas e não necessariamente exigem a adoção de técnicas, rotinas ou medidas complexas. Ao contrário, geralmente as soluções mais adequadas resultam de providências simples, adotadas por quem possui conhecimento da realidade que o cerca e reflete sobre o seu modo de atuação.

O exercício da gestão processual, assim, pressupõe conhecimento, pelo gestor, sobre a realidade que cerca a unidade judiciária em que atua e, mais especificamente, a observação do que ocorre no seu dia a dia e o questionamento sistemático sobre a existência de melhores formas de proceder.

Da mesma maneira, a aplicação prática da gestão processual não necessariamente depende de ampliação e melhoria dos recursos disponíveis – sendo possível promovê-la considerando os recursos existentes, aos quais se impõe, por extensão, utilização mais racional e eficiente – e de maiores exigências de documentação – não se cogita, aqui, da documentação que consubstancia os autos dos processos judiciais e certos procedimentos administrativos, cuja observância é imposta legalmente, e sim da documentação inerente às funções administrativas e aos processos de trabalho –, evitando-se, tanto quanto possível, acrescer tarefas burocráticas às atribuições afetas ao juiz.

Nesta linha, uma excelente possibilidade de aplicação da gestão processual consiste na implementação de medidas tendentes a identificar e evitar ou, no mínimo, reduzir a incidência das chamadas etapas mortas do processo – que nada mais são do que as dilações que retardam injustificadamente a entrega da prestação jurisdicional – e, com isso, assegurar à tramitação processual a almejada duração razoável.

Basicamente, o tempo de duração do processo tido por razoável é o que resulta da soma dos períodos indispensáveis ao atendimento de prazos, pelas partes; à prolação de decisões e prática de atos materiais, pelo juiz; e ao cumprimento de decisões e demais tarefas inerentes ao processamento dos feitos, pelos auxiliares do juiz. É o que se pode denominar de tempo necessário de duração do processo.

Sabe-se, no entanto, que o tempo de duração da tramitação processual também se deve a outros períodos que, por não se incluírem no tempo necessário, são classificados como etapas mortas do processo.

Configuram etapas mortas os períodos em que a tramitação do processo é paralisada pelo simples fato de não ser praticado no prazo adequado o ato necessário à continuidade do procedimento, enquanto se aguarda a sua adoção. São períodos que normalmente resultam de atraso na execução das tarefas, como, por exemplo, a demora na certificação do decurso de prazos e na confecção de expedientes necessários ao cumprimento de decisões.

Não há maiores dificuldades em identificar esta espécie de etapas mortas – a sua ocorrência pode ser constatada objetivamente, mediante o simples confronto entre o tempo consumido na prática de certo ato e o tempo previsto em lei como próprio à sua prática – e geralmente parece haver facilidade em identificar que a causa do problema – se não for a única, ao menos é a principal – reside na insuficiência quantitativa de recursos humanos. Embora comum, esta conclusão nem sempre é correta, pois não raro se constata a existência de outras unidades, na mesma localidade, que contam com o mesmo número de servidores e, no entanto, não apresentam atraso na execução das tarefas. Num primeiro momento é preciso, portanto, identificar se a causa do atraso na execução das tarefas realmente reside na insuficiência dos recursos disponíveis ou em outros fatores.

A partir daí, pode-se pensar na adoção das soluções mais adequadas, como, por exemplo, a realização de mutirões visando a recolocar o trabalho em dia e a redistribuição, tanto quantitativa como qualitativa, das tarefas entre os servidores.

Idealmente, as tarefas devem ser executadas em tempo adequado, mas há situações, algumas justificáveis – como o momentâneo excesso de demanda ou o insuficiente número de servidores –, em que nem sempre isto é possível, não restando alternativa senão conviver com o atraso – mas sempre atento à necessidade de gerenciá-lo. E uma técnica própria ao gerenciamento do atraso consiste na adoção e manutenção de um sistema de prioridades que permita

a execução em tempo adequado ao menos das tarefas que apresentam forte coeficiente – que são aquelas que demandam pouco tempo na sua execução e, paralelamente, produzem muitos resultados – ou grau superior de prioridade e/ou urgência.

Embora à sua definição seja pertinente a consideração da realidade de cada unidade judiciária, são exemplos de tarefas que apresentam forte coeficiente, para o juiz, as decisões de menor complexidade – despachos e interlocutórias – e, para a Secretaria, as tarefas puramente operacionais, especialmente quando executadas com auxílio de meios informatizados, e as tarefas intelectuais caracterizadas por elevado grau de automatismo – aquelas cuja prática é, a partir da consideração dos atos imediatamente anteriores, previamente definida pela disciplina processual existente ou deles mera decorrência lógica.

As tarefas que apresentam grau superior de prioridade e/ou urgência, por sua vez, podem ser identificadas com apoio em escolhas legais, que estabelecem situações de tramitação processual preferencial, e em critérios de bom-senso.

Na Justiça do Trabalho gozam de preferência na tramitação – e, portanto, devem ser tratados prioritariamente –, por exemplo, os processos submetidos ao procedimento sumaríssimo (por força da previsão de prazo máximo para a sua apreciação); cuja pretensão corresponde ao pagamento de salários (Consolidação das Leis do Trabalho, art. 652, parágrafo único); que se encontram em fase de execução (Consolidação das Leis do Trabalho, art. 712, alínea f); e cuja decisão deve ser executada perante o juízo falimentar (Consolidação das Leis do Trabalho, art. 768).

E com amparo no bom-senso, outras prioridades podem ser definidas na prática, como ilustram os seguintes exemplos: entre dois processos, igualmente encontrados na fase de conhecimento, que exigem a prática de algum ato, pelo juiz ou pela Secretaria, o tratamento prioritário deve ser conferido àquele cuja audiência designada é mais próxima; e entre dois processos, igualmente encontrados na fase de execução, que exigem a certificação do transcurso de prazo, o tratamento prioritário deve ser conferido àquele cuja concretização do direito é mais iminente – pense-se, por hipótese, que o ato subsequente à certificação do transcurso do prazo é, num dos processos, a expedição de alvará para liberação do valor da execução, enquanto, no outro, a expedição de mandado de penhora, em razão da não nomeação de bens pelo executado.

Também traduzem etapas mortas os períodos em que embora sem sofrer paralisação, a tramitação do processo inclui a necessidade de aguardar que o ato por último praticado produza os efeitos concretos dele esperados.

Esta modalidade de etapas mortas também pode ser identificada objetivamente – normalmente mediante a constatação de que o tempo consumido entre a prática de um ato e a produção dos efeitos concretos dele esperados se mostra exagerado – e ocorre, por exemplo, quando se designa uma audiência e se aguarda a sua efetiva realização, momento em que, somente então, é possível exigir a prática dos atos que lhe são próprios; e quando se encaminha uma intimação para publicação e se aguarda a sua efetiva publicação, quando, somente então, tem início o prazo por meio dela assinado à prática de outro ato.

A eliminação ou redução desta modalidade de etapas mortas pressupõe, num primeiro momento, definir a efetiva necessidade de prática do ato que acabará impondo o aguardo de certo tempo para que os seus efeitos concretos se produzam.

Na sequência, pode-se pensar na adoção de soluções capazes de reduzir o tempo de espera, como a designação da audiência para data mais próxima; e a utilização de outras formas de intimação, como, por exemplo, por telefone ou pessoalmente, neste caso quando as partes se encontram presentes, como ocorre com as decisões prolatadas em audiência.

Por fim, caracterizam etapas mortas os períodos em que a tramitação do processo não sofre paralisação – e, inclusive, aparenta situação de normalidade –, mas que, em realidade, são consumidos com diligências inúteis, como a produção de provas dispensáveis, o excesso de contraditório, a desnecessária conclusão dos autos ao juiz e pequenos atos prescindíveis a certas rotinas, cuja prática, não raro, é fundamentada em praxes viciosas, perpetuadas por mero apego à tradição – a equivocada ideia de que “sempre se fez assim”.

A ocorrência desta última modalidade de etapas mortas, se em certos casos também pode ser constatada objetivamente – pense-se, por exemplo, na concessão de prazos a reclamado revel, que em momento algum se manifestou nos autos, para apresentação de cálculo e/ou manifestação sobre o cálculo –, normalmente não dispensa uma avaliação subjetiva da situação concreta – considere-se, por exemplo, que em relação à determinação de realização de certa prova pericial, o que para um avaliador pode se mostrar indispensável, para outro pode parecer desnecessário.

Esta modalidade, entre todas, é a mais nociva, pois a sua ocorrência causa duplo prejuízo à atividade jurisdicional: primeiro, porque, tal como as outras, prolonga injustificadamente a duração do processo ao qual se refere o ato praticado desnecessariamente; e segundo, porque a prática desnecessária do ato importa em dispêndio de recursos que poderiam ser aproveitados para

a prática de outro ato realmente necessário, normalmente relacionado a outro processo e neste fazendo incidir uma das duas outras modalidades de etapas mortas. É o que ocorre, por exemplo, quando se adia desnecessariamente uma audiência, caso em que, no mínimo, se elimina a possibilidade de um outro processo ter a sua audiência designada na mesma sessão em que incluído o processo cuja audiência foi adiada desnecessariamente.

A identificação e eliminação, ou mesmo redução, desta modalidade de etapas mortas exige atenção redobrada, pois impõe ao gestor, num primeiro momento, definir a efetiva necessidade de realização de certos atos, para o que é indispensável, como regra, um exame mais aprofundado dos autos do processo, sem o que não se podem conhecer os limites de atuação do juízo, a pertinência e relevância do ato para a solução do conflito subjacente ao processo, e a própria idoneidade do ato para produzir os resultados dele esperados.

Há uma tendência, é preciso reconhecer, de avaliar a necessidade de prática de certos atos segundo a perspectiva proposta pelas partes – a parte é quem identifica a necessidade de prática de certo ato e o juiz simplesmente a acata – ou por uma má compreensão da aplicação prática do princípio do contraditório – do que resulta a constante determinação de ouvida da(s) parte(s) quanto a quaisquer ocorrências verificadas no curso do procedimento.

Disso tudo resultam a realização de provas dispensáveis – como, por exemplo, a prova pericial realizada com a finalidade de constatar a suficiência de pagamentos, quando o próprio juiz tem condições de fazê-lo, mediante simples operações aritméticas –, a ouvida da(s) parte(s) sobre temas a propósito dos quais ela anteriormente já manifestara a sua posição – de modo que lhe resta, então, simplesmente reiterar a manifestação anterior – e, o que é pior, a delegação, a auxiliares do juízo, da prática de atos estranhos às suas atribuições – como a determinação de ouvida do perito ou do contador sobre temas de conteúdo exclusivamente jurídico invocados pela(s) parte(s).

Também entre as boas oportunidades de efetivo exercício da gestão processual se encontra a realização de audiência.

Os procedimentos previstos no direito processual do trabalho incluem a audiência entre os atos cuja realização é essencial, sendo nela obrigatória a presença das partes e o seu ambiente, próprio à prática de vários atos processuais, na linha da orientação que emerge dos princípios da concentração e da oralidade.

A indispensabilidade de realização da audiência, como regra, e a posição de momento próprio à prática de vários atos confirmam a importância de melhor gerenciar esta fase do procedimento. Para além, a proximidade que o

juiz mantém com as partes e procuradores quando da realização da audiência reforça a importância de extrair maior utilidade do ato. Como momento em que se reúnem os principais sujeitos da relação processual, a audiência permite percorrer boa parte do procedimento com notáveis ganhos em termos de celeridade, economia e segurança.

É a audiência, ademais, o ambiente propício a que o juiz, atendendo ao dever de participação na condução do procedimento, promova o saneamento do processo, determine a produção de provas e dialogue com as partes, em especial buscando conciliá-las e expor-lhes os aspectos envolventes do conteúdo ético inerente à utilização do sistema judicial e do espírito de cooperação que deve presidir a atuação destes sujeitos para o alcance dos resultados mais justos.

Diante de todas estas possibilidades, é reprovável e deve ser abandonada a técnica, adotada com alguma frequência, de reduzir a atuação do juiz em audiência à prática de atos puramente mecânicos, como o questionamento meramente formal sobre a possibilidade de conciliação e o recebimento e encarte da defesa e documentos que a acompanham aos autos do processo e assinação de prazo ao autor para manifestação.

E conquanto própria à fase de conhecimento, justifica-se a realização de audiência nas fases de liquidação e execução, conforme recomendem as circunstâncias do caso concreto, em especial com a finalidade de conduzir as partes à conciliação ou, ao menos, a consenso quanto a certos pontos controvertidos.

A realização de audiência na fase de liquidação vem apresentando excelentes resultados em situações em que não é expressiva a divergência quanto ao valor objeto da condenação, permitindo obter consenso entre as partes a este respeito e, às vezes, também quanto ao modo de pagamento da obrigação ou, ao menos, que o obrigado, no mesmo momento, seja citado a efetuar o pagamento ou garantir a execução (Consolidação das Leis do Trabalho, art. 880)²⁴; e na fase de execução, quando os meios executivos clássicos não surtem efeito – não se localizam bens passíveis de penhora, não se logra alienar judicialmente o bem penhorado, etc. –, mas o executado demonstra interesse em cumprir a obrigação segundo suas disponibilidades, permitindo a conciliação entre as partes.

24 “Requerida a execução, o juiz ou presidente do tribunal mandará expedir mandado de citação do executado, a fim de que cumpra a decisão ou o acordo no prazo, pelo modo e sob as cominações estabelecidas ou, quando se tratar de pagamento em dinheiro, inclusive de contribuições sociais devidas à União, para que o faça em 48 (quarenta e oito) horas ou garanta a execução, sob pena de penhora.”

7 – GESTÃO PROCESSUAL NA ERA DO “PROCESSO ELETRÔNICO” – ALGUMAS CONSIDERAÇÕES

A maior parte dos órgãos que integram a Justiça do Trabalho ainda vive a expectativa de dispor do processo cuja tramitação se faça integralmente em suporte eletrônico – são poucas, ainda, as unidades judiciárias em que o processo eletrônico (conforme expressão utilizada pela Lei nº 11.419/06) é realidade.

Sob a perspectiva gerencial, o processo eletrônico apresenta capacidades notáveis: a eliminação de tarefas puramente burocráticas, muitas delas ainda executadas manualmente (juntada e numeração de peças, aposição de “em branco”, etc.); a automatização de certas rotinas e a conseqüente eliminação de pequenos atos que atualmente as compõem, relacionados especialmente ao trânsito físico dos autos dos processos e de outros documentos; e o autogerenciamento, ou seja, o próprio processo, em alguma medida, gerenciando a sua tramitação, como, por exemplo, alertando sobre o transcurso de prazos ou que a sua tramitação se encontra paralisada desde certo momento.

A implantação do processo eletrônico, no entanto, ao contrário do que pode parecer num primeiro momento, não tende a reduzir a importância do exercício da gestão processual, pois, conforme antes se expôs, deve ser objeto de gestão o próprio processo (judicial), e este permanece como um dos principais instrumentos de atuação do juiz – embora, doravante, não mais em meio físico, e sim em plataforma eletrônica.

Com a automatização de certas rotinas e a conseqüente eliminação de pequenos atos, o processo eletrônico tende a reduzir sensivelmente a incidência da primeira espécie de etapas mortas a que se fez alusão em item anterior – aquela consistente em períodos em que a tramitação do processo é paralisada pelo simples fato de não ser praticado no prazo adequado o ato necessário à continuidade do procedimento –, principalmente quanto a tarefas cuja execução incumbe às secretarias dos órgãos judiciários.

O desaparecimento de tarefas puramente burocráticas, atualmente ainda executadas manualmente, e a natural redução do trabalho afeto às secretarias dos órgãos judiciários, por sua vez, exigirão a redistribuição de tarefas e, por extensão, tornarão indispensável o aproveitamento dos respectivos servidores na execução de tarefas de natureza intelectual, as quais, em grande medida, coincidem com aquelas cuja execução incumbe ao juiz.

Esta finalidade pode ser alcançada por meio da utilização de uma das principais ferramentas de que dispõe o juiz-gestor: a delegação da prática de atos processuais.

A delegação da prática de atos originariamente afetos ao juiz não só traduz solução que homenageia a eficiência – que, recorda-se, diz com a melhor utilização dos recursos disponíveis – como conta com expressa autorização legal, conforme se lê no Código de Processo Civil, que estipula que “Os atos meramente ordinatórios, como a juntada e a vista obrigatória, independem de despacho, devendo ser praticados de ofício pelo servidor e revistos pelo juiz quando necessários” (art. 162, § 4º), e, mais recentemente, na Constituição da República, que, por força das alterações promovidas pela Emenda Constitucional nº 45/04, prevê que “os servidores receberão delegação para a prática de atos de administração e atos de mero expediente sem caráter decisório” (art. 93, inciso XIV).

A aplicação destas regras, mais do que importante mecanismo de aceleração e desburocratização da tramitação processual, revela típica medida de gestão processual.

Contudo, a permissibilidade de delegação, se pode conduzir à diminuição da sua carga de trabalho, não implica reduzir, nem mesmo em parcela mínima, a responsabilidade própria às atribuições originárias afetas ao juiz. Ainda que a prática de atos seja delegada aos servidores, a responsabilidade daí advinda continua afeta ao juiz, a quem incumbe rever os atos sempre que necessário, fazendo-o, inclusive, de ofício – a confirmar, portanto, a necessidade de permanente exercício da gestão processual.

O processo eletrônico, a despeito das notáveis capacidades que apresenta, não conseguirá reduzir ou eliminar as duas últimas espécies de etapas mortas a que se fez alusão em item anterior – aquelas consistentes em (i) períodos em que sem sofrer paralisação, a tramitação do processo inclui a necessidade de aguardar que o ato por último praticado produza os efeitos concretos dele esperados e (ii) períodos que embora a tramitação do processo não sofre paralisação, em realidade são consumidos com diligências inúteis –, pois a maior parte das situações que indicam a sua existência não guarda qualquer relação com a plataforma sobre a qual se visualiza a tramitação do processo – se física ou eletrônica. Assim, por exemplo, não será a plataforma eletrônica que definirá o número de audiências que serão realizadas numa mesma sessão e, portanto, que definirá o tempo de espera entre a designação e a realização da audiência; e não será a plataforma eletrônica que evitará a prática de diligências desnecessárias. A redução ou eliminação destas espécies de etapas mortas, portanto, muito pouco dependerá do processo eletrônico.

Se por um lado tende a apresentar baixa capacidade de eliminação ou redução destas duas espécies de etapas mortas, o processo eletrônico, por outro,

certamente contará com funcionalidades que, se forem adequadamente utilizadas, permitirão até mesmo reduzir o chamado tempo necessário do processo – aquele que resulta da soma dos períodos indispensáveis ao atendimento de prazos, pelas partes; à prolação de decisões e prática de atos materiais, pelo juiz; e ao cumprimento de decisões e demais tarefas inerentes ao processamento dos feitos, pelos auxiliares do juiz. Exemplo elementar é um mesmo prazo que deva ser assinado a ambas as partes, prazo que, num contexto em que os autos do processo estejam disponíveis em plataforma eletrônica e acessíveis a qualquer momento de um computador conectado à rede mundial, não se justifica seja concedido de forma sucessiva.

Assim como é próprio aos demais recursos disponibilizados ao juiz, a utilização do processo eletrônico deve pautar-se por critérios de eficiência, a indicar que o juiz sistematicamente deve procurar dele extrair os resultados mais adequados ao alcance das finalidades que orientam o exercício da atividade jurisdicional.

E isto certamente imporá ao juiz, imbuído de espírito gestor, repensar um bom número de práticas adotadas atualmente.

8 – CONCLUSÕES

Entre as soluções que podem ser adotadas com a finalidade de tornar mais célere e efetiva a atividade jurisdicional se encontra a gestão da própria tramitação processual.

A gestão da tramitação processual incumbe ao juiz e pressupõe, fundamentalmente, o efetivo e permanente empenho do juiz na direção do processo.

No desempenho da gestão processual, o juiz deve atuar atento à necessidade de permitir o exercício dos direitos processuais elementares assegurados às partes e, paralelamente, manter-se fiel aos princípios que informam o direito processual do trabalho e às peculiaridades que o caracterizam.

As possibilidades de aplicação prática da gestão processual são amplas e não necessariamente exigem a adoção de técnicas, rotinas ou medidas complexas, nem obrigatoriamente dependem de ampliação e melhoria dos recursos disponíveis e de maiores exigências de documentação.

A implantação do processo eletrônico não reduz a importância do exercício da gestão processual pelo juiz; ao contrário, impõe-lhe repensar um bom número de práticas adotadas atualmente.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. Código de Processo Civil. Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Institui o código de processo civil. *Vade Mecum*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

_____. Consolidação das Leis do Trabalho. Decreto-Lei nº 5.452, de 1 de maio de 1943. Aprova a consolidação das leis do trabalho. *Vade Mecum*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

_____. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. *Vade Mecum*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

_____. Constituição (1988). Emenda Constitucional nº 45, de 8 de dezembro de 2004. Altera dispositivos dos arts. 5º, 36, 52, 92, 93, 95, 98, 99, 102, 103, 104, 105, 107, 109, 111, 112, 114, 115, 125, 126, 127, 128, 129, 134 e 168 da Constituição Federal, e acrescenta os arts. 103-A, 103-B, 111-A e 130-A, e dá outras providências. *Vade Mecum*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. *Administração pública gerencial: estratégia e estrutura para um novo estado*. Brasília: Enap, 1996. Apud SANTOS, Clezio Saldanha dos. *Introdução à gestão pública*. São Paulo: Saraiva, 2006.

CARDOZO, José Eduardo Martins. “Princípios Constitucionais da Administração Pública (de acordo com a Emenda Constitucional nº 19/98)”. In: MORAES, Alexandre de. *Os 10 anos da Constituição Federal*. São Paulo: Atlas, 1999.

CHIAVENATO, Idalberto. *Administração – teoria, processo e prática*. 3. ed. São Paulo: Pearson Education do Brasil, 2000.

CINTRA, Antonio Carlos de Araujo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

GUIMARÃES, Tomás de Aquino. “A nova administração pública e a abordagem da competência”. *Revista de Administração Pública*, Rio de Janeiro, FGV, n. 34(3), maio-jun. 2000.

MARANHÃO, Mauriti; MACIEIRA, Maria Elisa Bastos. *O processo nosso de cada dia: modelagem de processos de trabalho*. Rio de Janeiro: Qualitymark, 2004.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela dos direitos*. São Paulo: RT, 2004.

MAXIMIANO, Antonio Cesar Amaru. *Introdução à administração*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2000.

NALINI, José Renato. “A gestão de qualidade na Justiça”. In: *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 722, dez. 1995.

_____. “A reforma do Judiciário e a formação dos juízes”. In: SILVA, Bruno Freire; MAZZEI, Rodrigo (coords.). *Reforma do Judiciário: análise interdisciplinar e estrutural do primeiro ano de vigência*. Curitiba: Juruá, 2008.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Do formalismo no processo civil*. São Paulo: Saraiva, 1997.

_____. “O processo civil na perspectiva dos direitos fundamentais”. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Coord.). *Jurisdição e direitos fundamentais: anuário 2004/2005* / Escola Superior da Magistratura do Rio Grande do Sul – AJURIS. Porto Alegre: Escola Superior da Magistratura: Livraria do Advogado, 2006, v. 1, t. 2.

RIGHT, Peter; KROLL, Mark J.; PARNELL, John. *Administração estratégica: conceitos*. São Paulo: Atlas, 2000.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional positivo*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

Notas e Comentários

TST PROMOVE AUDIÊNCIA PÚBLICA SOBRE TERCEIRIZAÇÃO DE MÃO DE OBRA

O Tribunal Superior do Trabalho realizou, nos dias 4 e 5 de outubro, a primeira audiência pública de sua história. Foram dois dias em que se discutiu acerca da terceirização de mão de obra, tema polêmico nas relações de trabalho contemporâneas. Só no TST, existem cerca de cinco mil processos sobre esse assunto aguardando julgamento.

A proposta de realização da audiência partiu do presidente do TST, ministro João Oreste Dalazen, e o evento visou a fornecer informações técnicas, econômicas e sociais relacionadas com o fenômeno da terceirização e que auxiliem os magistrados nos julgamentos dos processos com essa temática.

Foram selecionados quarenta e nove expositores, levando-se em conta a experiência e a reconhecida autoridade na matéria, além da representatividade. Entre os vários tópicos abordados, destacaram-se a terceirização nos setores bancário, elétrico, de telecomunicações, de tecnologia da informação e o critério da atividade-fim do tomador dos serviços, adotado pelo TST, para declarar a licitude ou não da terceirização de mão de obra.

MINISTRA ROSA MARIA WEBER TOMA POSSE NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

A ministra do TST, Rosa Maria Weber Candiota da Rosa, tomou posse no cargo de ministra do Supremo Tribunal Federal no dia 19 de dezembro. A nova ministra do STF assume a vaga deixada em função da aposentadoria da ministra Ellen Gracie.

Para o presidente da Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB), Nelson Calandra, “a ministra é uma profissional com carreira dedicada ao estudo e ao trabalho, portanto, uma pessoa amplamente qualificada para ocupar o cargo de ministra do Supremo Tribunal Federal”.

Rosa Maria Weber Candiota da Rosa nasceu em Porto Alegre, em 1948. Formou-se em Ciências Jurídicas e Sociais em 1971, pela Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Ingressou na magistratura em 1976, quando se tornou juíza do trabalho. Em 1991, foi promovida, por merecimento, ao Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região. Em 2006, tomou posse como ministra do Tribunal Superior do Trabalho.