V ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI MONTEVIDÉU – URUGUAI

EFICÁCIA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES DO TRABALHO, SOCIAIS E EMPRESARIAIS

DANIELA MENENGOTI RIBEIRO

PABLO AUGUSTO GUERRA ARAGONE

Copyright © 2016 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos.
Nenhuma parte deste livro poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM
Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN
Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP
Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC
Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:
Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH
Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR
Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini Sanches – UNINOVE
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)
Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:
Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF
Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDi
Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC
Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG
Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA
Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

E27
Eficácia de direitos fundamentais nas relações do trabalho, sociais e empresariais [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UdelaR/Unisinos/URI/UFSM /Univali/UPF/FURG;

Coordenadores: Daniela Menengoti Ribeiro, Pablo Augusto Guerra Aragone – Florianópolis: CONPEDI, 2016.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-259-0
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Instituciones y desarrollo en la hora actual de América Latina

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Interncionais. 2. Direitos fundamentais. 3. Relações de trabalho. 4. Relações sociais. I. Encontro Internacional do CONPEDI (5. : 2016 : Montevidéu, URU).
CDU: 34

Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito
Florianópolis – Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br

Universidad de la República
Montevideo – Uruguay
www.fder.edu.uy

V ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI MONTEVIDÉU – URUGUAI

EFICÁCIA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES DO TRABALHO, SOCIAIS E EMPRESARIAIS

Apresentação

O V Encontro Internacional do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito (CONPEDI) realizado em Montevidéu em conjunto com a Faculdade de Direito da Universidade da República do Uruguai, entre os dias 08 e 10 de setembro de 2016, teve como tema central o “Instituciones y desarrollo en la hora actual de América Latina" e além de manter a seriedade e qualidade da produtividade característica dos eventos anteriores, também oportunizou uma excelente integração com pesquisadores da América Latina.

Os professores Dr. Pablo Augusto Guerra Aragone, da Universidad de la República Uruguay e Drª. Daniela Menengoti Ribeiro, da Unicesumar, foram honrados com a coordenação das atividades do Grupo de Trabalho intitulado “Eficácia de Direitos Fundamentais nas Relações do Trabalho, Sociais e Empresariais” e com a coordenação desta obra.

Os trabalhos deste Grupo de Trabalho se deram na tarde do dia 09 de setembro de 2016, ocasião em que os autores expuseram suas pesquisas e debateram temas que estão no centro das especulações de um conjunto significativo dos estudiosos do direito.

Com o objetivo de dinamizar as apresentações, os artigos foram organizados, aproximando-se as temáticas, ficando assim dispostos:

1. A VISUALIZAÇÃO TRANSEXUAL NO MERCADO DE TRABALHO: O DIREITO AO USO DO NOME SOCIAL COMO EXERCÍCIO DA CIDADANIA

2. A IGUALDADE, A CIDADANIA E O TRABALHO DAS MULHERES DE CARREIRA JURÍDICA EM MATO GROSSO DO SUL

3. A EFICÁCIA DO DIREITO AO TRABALHO DO JOVEM NO BRASIL

4. DIREITO AO TRABALHO ARTÍSTICO INFANTIL: OS HOLOFOTES NO PEQUENO ARTISTA

5. A TUTELA DOS DIREITOS HUMANOS PELAS EMPRESAS TRANSNACIONAIS: O DILEMA ENTRE A GLOBALIZAÇÃO E A MUNDIALIZAÇÃO

6. ESCRAVIDÃO E CIDADANIA NA AMÉRICA PORTUGUESA: INFLUÊNCIAS NA FORMAÇÃO DE UMA REPRESENTAÇÃO LABORAL COLETIVA.

7. DIREITOS HUMANOS TRABALHISTAS: DA EXISTÊNCIA À TUTELA JURISDICIONAL NO CONTEXTO DO SISTEMA INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS

8. DIREITOS FUNDAMENTAIS NA RELAÇÃO EMPREGATÍCIA: A EFICÁCIA HORIZONTAL NA RELAÇÃO VERTICAL E O NECESSÁRIO APRIMORAMENTO DA TEORIA NO DIREITO DO TRABALHO

9. O DIÁLOGO DAS FONTES COMO INSTRUMENTO DE CONCRETIZAÇÃO DA VALORAÇÃO DO TRABALHO HUMANO NO ÂMBITO DA EXECUÇÃO FISCAL TRABALHISTA

10. O DIREITO AO TRABALHO DIGNO E A PROTEÇÃO CONTRA A DISPENSA COLETIVA DE TRABALHADORES NA AMÉRICA LATINA

11. O DIREITO FUNDAMENTAL AO TRABALHO DIGNO E A REGULAMENTAÇÃO DO CONTRATO DE TRABALHO NO BRASIL E NO URUGUAI

12. O LAZER DO TRABALHADOR E O PRINCIPIO DA DIGNIDADE HUMANA.

13. TELETRABALHO TRANSNACIONAL: COLISÃO DE PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS NA COMPOSIÇÃO DOS CONFLITOS DE LEIS TRABALHISTAS NO ESPAÇO

14. TRABALHO DEGRADANTE ENVOLVENDO PESSOAS COM DEFICIÊNCIA: A PRÁTICA DA “NEOESCRAVIDÃO” URBANA.

Desse modo, os organizadores dessa obra agradecem os autores Ailene De Oliveira Figueiredo, Ana Flávia Costa Eccard, Ariolino Neres Sousa Junior, Augusto Eduardo Miranda Pinto, Cleber Lúcio de Almeida, Daniela Menengoti Ribeiro, Fabiano Carvalho, Fernando Batistuzo Gurgel Martins, Guilherme Prestes De Sordi, João Carlos Medrado Sampaio, Joao Irineu De Resende Miranda, Juliane Caravieri Martins Gamba, Leonardo

Gama Alvitos, Leyde Aparecida Rodrigues dos Santos, Manoela Bitencourt, Nelma Karla Waideman Fukuoka, Rodrigo Simionato, Sirio Ezaaquiel Isi dos Santos, Tatiana Nunes Coscarelli, Thiago Moreira Da Silva, Wânia Guimarães Rabêllo de Almeida, Zeima da Costa Satim Mori.

Além de revelar-se uma rica experiência acadêmica, com debates produtivos e bem-sucedidas trocas de conhecimentos, o Grupo de Trabalho "Eficácia de Direitos Fundamentais nas Relações do Trabalho, Sociais e Empresariais" também proporcionou um entoado passeio pelos sotaques brasileiros e uruguaio, experiência que já se tornou característica do CONPEDI pela participação abrangente de pesquisadores de diversas regiões em seus eventos.

Por fim, reiteramos nosso imenso prazer em participar da apresentação desta obra e do CONPEDI e desejamos a todos uma excelente leitura.

Prof. Dr. Pablo Augusto Guerra Aragone - UDELAR – Uruguai

Profa. Dra. Daniela Menengoti Ribeiro - UNICESUMAR – Brasil

DIREITOS FUNDAMENTAIS NA RELAÇÃO EMPREGATÍCIA: A EFICÁCIA HORIZONTAL NA RELAÇÃO VERTICAL E O NECESSÁRIO APRIMORAMENTO DA TEORIA NO DIREITO DO TRABALHO

FUNDAMENTAL RIGHTS IN THE EMPLOYMENT RELATIONSHIP: THE HORIZONTAL EFFECTIVENESS IN VERTICAL RELATIONSHIP AND THE NECESSARY IMPROVEMENT OF THE THEORY ON LABOR LAW

Fernando Batistuzo Gurgel Martins [1]

Resumo

A teoria da eficácia horizontal dos direitos fundamentais tem sido desenvolvida nos últimos anos pela doutrina brasileira, porém reservadamente na seara da Teoria Geral do Direito e do Direito Constitucional, sendo incipiente, quase inexistente, no âmbito do Direito do Trabalho. Referida constatação surpreende em virtude de que a relação empregatícia é estabelecida entre particulares (empregador e empregado) que não raramente exercem direitos fundamentais que se colidem, colisão a qual é solucionada pelo aplicador do Direito trabalhista sem qualquer fundamentação científica ou metodológica que se refira à tão relevante tese, deficiência a qual deve ser superada, objetivo do presente estudo.

Palavras-chave: Direitos fundamentais, Direito do trabalho, Relação de emprego, Poder social, Poder econômico

Abstract/Resumen/Résumé

The theory of the horizontal effect of fundamental rights has been developed in recent years by Brazilian doctrine, but privately in the camp of the General Theory of Law and Constitutional Law, and incipient almost nonexistent under the Labor Law. That determination surprising because of the employment relationship is established between private parties (employer and employee) not rarely exercise fundamental rights collide, collision which is solved by the labor law of the applicator without any scientific or methodological basis that refers to as relevant thesis, disability which must be overcome, objective of the present study.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Fundamental rights, Labor law, Employment relationship, Social power, Economic power

[1] Mestre em Sistema Constitucional de Garantias de Direito pela ITE de Bauru(SP), Professor de Direito do Trabalho pela Toledo de Presidente Prudente, Advogado.

INTRODUÇÃO

Os direitos fundamentais têm sido objeto de estudo desde quando afloraram com o constitucionalismo moderno, tendo merecido crescente atenção e tratamento a ponto de influente doutrina entender ser despicienda – a esta altura – sua fundamentação e reconhecimento, compreendendo, de outro turno, como imperiosa sua efetivação.

Entretanto, a assertiva quanto à desnecessidade de reconhecimento certamente toca aos direitos fundamentais apenas em sua generalidade, pois dentre os variados pontos passíveis de abordagem do tema "direitos fundamentais", ao contrário de seu reconhecimento de modo geral, muitos ainda se encontram distantes de um consenso, como o tema sobre a relação destes entre os particulares.

Muito embora se aviste no horizonte dentro deste específico tema um encaminhamento para uma pacificação doutrinária em relação a um dos pontos de discussão, o tema "direitos fundamentais e particulares" como um todo, e tudo que o envolve, sobretudo quanto à dinâmica de seu desenvolvimento e seus efeitos, é dos mais intrigantes e por consequência, complexo, razão pela qual tem sido explorado pela doutrina estrangeira desde seu afloramento no início da segunda metade do século passado, e pela doutrina pátria a partir da última década.

Em meio à doutrina brasileira, afora se constatar na produção bibliográfica consultada sobre o tema o não absoluto reconhecimento de uma eficácia de direitos fundamentais entre particulares, bem como a existência da controvérsia com referência à forma e à intensidade da eficácia, observa-se também que quando o assunto "direitos fundamentais e particulares" é desenvolvido, sua abordagem tem se restringindo à seara da Teoria Geral do Direito, ou do Direito Constitucional, sendo muitíssimo incipiente no campo do Direito do Trabalho.

Tanto é embrionário – quase inexistente - o estudo do tema com relação ao Direito do Trabalho, que até mesmo se debate, ainda, na doutrina brasileira, se o tema "horizontalização dos direitos fundamentais" é ou não é relevante sob ambas as perspectivas, material e processual. Logo, se até mesmo no âmbito daquelas duas genéricas áreas o tema é pouco explorado, muito menos o é no do Direito Obreiro.

Em razão da discussão sobre a influência ou não do tema para o Direito brasileiro, Virgílio Afonso da Silva (2008, p. 21) chegou a indagar se o mesmo se trata de "um tema verdadeiro ou um tema emprestado?", referindo-se o autor a eventual mera importação do tema do debate exterior, sobretudo da doutrina e jurisprudência alemãs, em razão de muitos comandos da Constituição Federal de 1988, ao contrário da Lei Fundamental da Alemanha,

passarem a impressão de se aplicarem também às relações entre particulares, minguando, assim, a necessidade do presente estudo.

Nesse mesmo ritmo, ao tratar do parco tratamento pela doutrina pátria sobre o tema "direitos fundamentais e particulares", invoca Sarlet a máxima de "que onde não se controverte talvez não haja o que controverter", refletindo se "[...] é até mesmo de se indagar até que ponto a questão da eficácia dos direitos fundamentais nas relações interprivadas não poderia ser até um problema meramente ilusório [...]" (2008, p. 396).

Apesar das dúvidas suscitadas, entendemos a questão como os dois últimos autores citados, segundo os quais o tema, sobretudo por razões sociais, é de suma relevância.

De modo a não se adiantar ao conteúdo adiante exposto, quando serão apresentados os argumentos favoráveis ao reconhecimento da eficácia horizontal de direitos fundamentais, e aqui, com ênfase no Direito do Trabalho, ressalta-se por ora somente uma das essenciais razões para a escolha do tema – e aqui sob o plano material –, qual seja, a abissal diferença social e econômica ainda persistente no país, refletida em casos concretos nos planos material e processual da Justiça do Trabalho, envolvendo empregados e empregadores em situações sociais e econômicas diametralmente opostas, ensejando o completo desrespeito aos direitos fundamentais dos hipossuficientes por parte dos titulares de um "poder social".

1 NECESSÁRIAS E ESPECÍFICAS CONSIDERAÇÕES SOBRE DIREITOS FUNDAMENTAIS PERTINENTES AO TEMA

Em razão do amplo leque de possibilidades de como e por onde se iniciar o desenvolvimento de um trabalho, o qual dificulta a tomada de decisão, opta-se pelo tratamento inicial do núcleo do tema – direitos fundamentais –, em torno do qual os demais pontos gravitam, por se compreender mais eficaz primeiro esclarecer determinados elementos sobre o mesmo, ao contrário de se começar com abordagens as quais já o referenciem sem que o leitor tenha mínimos elementos para uma adequada compreensão do assunto.

1.1 Definição e Suas Dificuldades

Em meio às várias perspectivas atinentes e possíveis a este trabalho e por conta de seus objetivos, interessa-lhe a noção material de direitos fundamentais, vinculada à sua fundamentalidade material (MENDES; COELHO; BRANCO, 2009, p. 271), referindo-se tal perspectiva aos "[...] conteúdos dos direitos como 'exigências' de determinados valores

(dignidade, liberdade e igualdade) [...]" (SAMPAIO, 2004, p. 26), valores dentre os quais se eleva o da dignidade humana como princípio inspirador dos típicos direitos fundamentais "[...] atendendo à exigência do respeito à vida, à liberdade, à integridade física e íntima de cada ser humano, ao postulado da igualdade em dignidade de todos os homens e à segurança [...]" (MENDES; COELHO; BRANCO, 2009, p. 271).

Nessa esteira, os direitos fundamentais são passíveis de classificação e definição consoante os valores defendidos, havendo um valor comum que permeia sua compreensão, qual seja, a proteção da dignidade humana em todas suas dimensões (ARAUJO; NUNES JÚNIOR, 2008, p. 112). Seguindo o sentido e atentando-se à definição de Delgado, notadamente quanto à apreensão dos elementos do fenômeno, acata-se a definição de direitos fundamentais como sendo

> [...] normas jurídicas, intimamente ligadas à idéia de dignidade da pessoa humana e de limitação do poder, positivadas no plano constitucional de determinado Estado Democrático de Direito, que, por sua importância axiológica, fundamentam e legitimam todo o ordenamento jurídico (MARMELSTEIN, 2008, p. 20).

Denota-se da definição caracteres relevantes aos pontos seguintes do trabalho, por apontar a supremacia formal e material dos direitos fundamentais (normas jurídicas), sua força normativa e máxima efetividade, por reconhecer a importância axiológica legitimadora de todo o ordenamento jurídico (a Constituição Federal como ordem jurídica fundamental de toda comunidade (dimensão objetiva), e por indicar a dignidade da pessoa humana (neste, especificamente, do trabalhador) como elemento intrínseco aos direitos fundamentais, contra o qual qualquer comportamento que lhe vá de encontro não será considerado como fundamental.

1.2 Breve Histórico dos Direitos Fundamentais

Os direitos fundamentais, reconhecidos como tais e como se atualmente os compreende, tiveram suas origens, seus fundamentos em tempos longínquos e teria se iniciado em meio ao período axial compreendido entre os séculos VIII e II a.C. (COMPARATO, 2008, p. 08). Diante destas imemoriais datas, toma-se por ponto de partida neste trabalho, o momento em que se manifesta o caráter original dos direitos, de limitação do poder estatal, sobretudo, textualmente.

A escolha por esse termo está intimamente ligada a um dos periféricos do presente tema[1] – eficácia horizontal de direitos fundamentais – no sentido de que, em princípio, os direitos (futuros) fundamentais destinavam-se a limitar o poder do Estado contra intervenções arbitrárias na vida em sociedade, tendo evoluído, consoante se demonstrará, a proteger os particulares também do poder de particulares, limitando-o.

Ilustrando o termo ora adotado, a Magna Carta inglesa de 1215 é considerada como a primeira "limitação institucional" do poder público, pois textualmente, pela primeira vez, o poder público, na figura do rei, encontrava-se vinculado pelas leis que propriamente editara (COMPARATO, 2008, p. 80). Sobrevieram em 1776 dois documentos tidos como responsáveis pelo início de uma nova era e "carreira triunfal" (HESSE, 2009, p. 26) no tocante aos direitos "do homem", a Declaração de Independência dos Estados Unidos da América do Norte, considerada como o primeiro documento político a reconhecer a existência de direitos inerentes a todos os seres humanos (COMPARATO, 2008, p. 107), e a "Declaração de Direitos do Bom Povo da Virgínia", tida como "[...] o registro de nascimento dos direitos humanos na História [...]" (COMPARATO, 2008, p. 50), trazendo direitos inatos a toda pessoa humana.

Seguindo-se a ambas declarações, exsurgiu o marco determinante da concepção de um novo Estado e nova sociedade, consistente na instituição da Constituição norte-americana em 1787, a qual, acrescida de emendas em 1791, é considerada a primeira Constituição da história e, principalmente, neste ponto, a primeira Constituição a prever direitos inerentes ao indivíduo. Neste momento é que surgiram os direitos fundamentais como atualmente se os reconhece, por se entender só ser possível considerar como "fundamentais" direitos quando presentes três elementos: Estado, indivíduo e "texto normativo regulador da relação entre estado e indivíduos", de sentido formal

> [...] que declara e garante determinados direitos fundamentais, permitindo ao indivíduo conhecer sua esfera de atuação livre de interferências estatais e, ao mesmo tempo, vincular o Estado a determinadas regras que impeçam cerceamentos injustificados das esferas garantidas da liberdade individual. O texto deve ter validade em todo o território nacional e encerrar supremacia, isto é, força vinculante superior àquela das demais normas jurídicas (DIMOULIS; MARTINS, 2008, p. 25-26).

[1] Que possui os direitos fundamentais como centro, como núcleo, em torno do qual gravitam a eficácia horizontal de direitos fundamentais e sua efetivação por meio da jurisdição e do processo.

Nessa ordem cronológica, e inspirados nos mesmos ideais, advieram outros dois marcos emblemáticos na evolução dos direitos fundamentais, frutos da eclosão da Revolução Francesa em 1789, a "Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão" do mesmo ano, e a Constituição francesa de 1791, formalmente a primeira Constituição Europeia.

Sucedendo a esses marcos, outros de elevadíssima importância foram estruturados, como a Constituição do México de 1917, relevante por ter sido a primeira a alçar os direitos trabalhistas à condição de direitos fundamentais ao lado das liberdades "individuais" – e por esta razão muito próxima ao presente tema -, e, dois anos após, ao cabo da Primeira Guerra Mundial, a Constituição de Weimar, na Alemanha, que, muito embora não tenha tido o condão de garantir que os direitos fundamentais tivessem alcançado plena extensão e eficácia naquele momento (HESSE, 2009, p. 27), ainda assim inspirou outras Constituições, principalmente ocidentais, que lhe seguiriam (COMPARATO, 2008, p. 193).

Como último grande marco da evolução, em 1948, decorrente da Segunda Guerra Mundial, foi aprovada a "Declaração Universal dos Direitos Humanos", pela qual se reconheceu, em âmbito universal, os valores superiores da igualdade e da liberdade, conferindo a "[...] certeza histórica de que a humanidade – toda a humanidade – partilha de alguns valores comuns [...]" (BOBBIO, 2004, p. 48).

Deste resumido histórico resulta a teoria das gerações dos direitos fundamentais, desenvolvida, segundo Marmelstein e, também, Leite Sampaio (2004, p. 259), por Karel Vasak, a qual teria sido inspirada no lema da Revolução francesa, referindo-se a primeira geração aos direitos civis e políticos, fundamentados na liberdade e impulsionada pela própria Revolução; a segunda, aos direitos econômicos, sociais e culturais, baseados na igualdade e movida pela Revolução Industrial; e a terceira, aos direitos de solidariedade, desencadeada pela Segunda Guerra Mundial (MARMELSTEIN, 2008, p. 40).

Mesmo tendo evoluído em dimensões desde o último quartel do século XVIII até o momento atual, ainda assim até o início da segunda metade do século passado os direitos fundamentais eram compreendidos como direitos que tinham como sujeito passivo apenas o Estado.

1.3 Supremacia e Normatividade dos Direitos Fundamentais

Para se alcançar a efetividade, explana-se a seguir sobre alguns atributos dos direitos fundamentais simbioticamente ligados, derivados dos atributos da própria Constituição que

lhes serve de plataforma, sendo que, para tanto, entende-se como necessário analisá-los e principalmente interpretá-los como se interpreta a própria Constituição.

Portanto, em atenção ao princípio da unidade da Constituição, pelo qual as normas constitucionais necessariamente têm que ser apreciadas em conjunto como preceitos integrados num sistema único de regras e princípios "instituído na e pela própria Constituição", não sendo possível separar uma norma do conjunto em que ela se integra (MENDES; COELHO; BRANCO, 2009, p. 135-136), tem-se que, examinando-se e adotando-se os atributos da Constituição, são adotados, a depender do objeto de análise, os dos direitos fundamentais, e vice-e-versa.

1.3.1 Supremacia

Atualmente, nos Estados por si regidos, a Constituição ocupa posição de supremacia formal e material como, respectivamente, ápice do ordenamento jurídico e ordem objetiva de valores. Diz-se atualmente porque, não obstantemente os direitos fundamentais tenham formalmente surgido primeiramente com as declarações norte-americanas e posteriormente com as francesas, ambas no último quartel do século XVIII, ao menos na Europa a Constituição alcançou o *status* de norma suprema apenas após a Segunda Guerra, com o confronto ao positivismo jurídico e à lei (BARROSO, 2009-a, p. 85), dando origem ao Estado constitucional de direito (BARROSO, 2009-a, p. 244-245).

Até então vigia o denominado Estado legislativo de direito, marcado pela devoção, pela "sacralização da lei" como fruto da supremacia da razão, de uma vontade geral que, por esses motivos, não poderia ser injusta ou errada, em decorrência também de sua elaboração segundo determinados procedimentos formais (FERREIRA FILHO, 2007, *passim*), reservando-se à Constituição um papel meramente de exortação à realização de seu conteúdo pelos poderes instituídos.

Entretanto, com as falhas, com as fissuras abertas (ou não vedadas) pelo liberalismo e individualismo então vigentes, essencialmente com relação às desigualdades sociais, a lei, com seu objetivo de igualizar a todos – pois "todos eram iguais" – foi cedendo espaço ao reconhecimento e à consolidação da força normativa da Constituição que se deu no segundo pós-guerra, Constituição a qual, como dito, até então não tinha seus comandos considerados como normas jurídicas, mas apenas diretivas políticas direcionadas ao legislador.

Tal perspectiva foi superada após a Segunda Guerra Mundial com a definitiva ascensão dos princípios constitucionais, passando-se a Constituição para o centro do sistema jurídico, posição pela qual desfruta não só de sua supremacia formal, sobre todo o ordenamento jurídico, mas também material e axiológica, compreendendo uma ordem objetiva de valores (BARROSO, 2009-a, p. 84-86), iniciando o fenômeno da "constitucionalização do direito", de "[...] irradiação dos efeitos das normas (ou valores) constitucionais aos outros ramos do direito [...]" (SILVA, 2008, p. 48).

Sob o aspecto formal, encontrando-se os direitos fundamentais no texto constitucional, ocupam os mesmos idêntica posição superior e consequentemente produzem os mesmos efeitos irradiantes, não só sobre todos os ramos do Direito, mas, também e especificamente ao presente tema, sobre toda a comunidade e as relações sociais, incluídas as firmadas entre particulares, além de gozarem dos mesmos atributos como a normatividade da Constituição, consoante se demonstrará a seguir.

1.3.2 Normatividade

A expressão "força normativa" comumente está relacionada não aos direitos fundamentais, mas, diretamente, a seu suporte, a Constituição, sobretudo com a publicação por Konrad Hesse do texto "A força normativa da Constituição", o qual se tornou referência e influenciou inúmeras publicações de conteúdo constitucional, não sendo diferente neste caso no qual apenas é direcionado para a normatividade dos direitos fundamentais.

O sentido normatividade da Constituição e dos direitos fundamentais enquanto normas, e jurídicas, diz respeito a um dos elementos essenciais da norma jurídica, caracterizando-a e distinguindo-a de outras de naturezas diversas (morais, por exemplo), qual seja, sua imperatividade, por constituir-se a norma jurídica em uma "[...] estrutura proposicional enunciativa de uma forma de organização ou de conduta, que deve ser seguida de maneira objetiva e obrigatória [...]" (REALE, 2002, p. 95), e que impõe um dever, um determinado comportamento por parte de seus destinatários,[2] como se pretende com relação também aos particulares detentores de um "poder social" (empregadores), obrigando-os a respeitar, ainda que coercitivamente, os direitos fundamentais de outros particulares, comparativamente, hipossuficientes (no caso, os empregados).

[2] No sentido conferido no sub-item seguinte, de subjetividade passiva dos direitos fundamentais.

A norma jurídica constitucional dotada de normatividade, de imperatividade, bem como os valores e fins previstos na Constituição, especialmente a que veicula direitos fundamentais, e aqui, sociais trabalhistas (arts. 6° e 7°, CF), orienta o intérprete e o aplicador do direito no momento de determinar o sentido e o alcance de todas as normas jurídicas infraconstitucionais (BARROSO, 2009-b, p. 127).

Plasmados no texto constitucional, os direitos fundamentais, como não poderia ser diferente em virtude "de onde" se encontram, são concebidos como um "[...] complexo normativo de hierarquia superior no conjunto do <<sistema>> jurídico em geral e do sistema jurídico-constitucional em particular [...]" (CANOTILHO, 2008, p. 117), possuindo, por tal razão, força jurídica efetiva geradora de vantagens a seus titulares e obrigações a seus sujeitos passivos, de modo a causar alterações de paradigma na aplicação do direito, ensejando proteção jurídica especial (MARMELSTEIN, 2008, p. 283) como se demonstrará adiante sob a perspectiva processual da eficácia horizontal de direitos fundamentais.

1.4 Sujeitos de Direitos Fundamentais

"Direitos fundamentais e sua eficácia" é tema situado em meio a uma relação jurídica, pela qual um dos envolvidos se sujeita ao outro por incidência daqueles direitos na relação, o que leva a tratar-se neste tópico, portanto, com relação aos direitos fundamentais, de seus titulares (sujeitos ativos) – empregados - e de seus destinatários – empregadores -, estes no sentido da subjetividade passiva (SARLET, 2008, p. 227).

O destaque é válido, pois, ao contrário deste distinto tratamento com relação aos pólos da relação jurídica, parte da doutrina considera como "destinatários" aqueles que são beneficiados pela proteção (e não como "titulares") dos direitos, deixando de considerar aqueles em face dos quais o titular pode exigir o respeito e a efetivação de seu direito como efetivos "destinatários", limitando-se, assim, o tratamento do tema apenas aos beneficiários da proteção, foco diverso deste presente trabalho, no qual a atenção se dirige também aos "destinatários", posicionados no pólo passivo da relação jurídica, também quando no âmbito processual (reclamados).

1.4.1 Sobre quem incide a eficácia dos direitos fundamentais?

Essa é uma das sedutoras indagações, desafiadoras à opção pelo tema ora tratado que, a depender da resposta, alicerça-o, mantendo-o em seu propósito até as conclusões do

presente trabalho, ou o albaroa impedindo-lhe de alcançar o êxito pretendido, ou ainda, ao menos, limita-o à mera descrição do fenômeno da eficácia horizontal de direitos fundamentais.

Responder à pergunta é dizer se os direitos fundamentais possuem eficácia apenas sobre o Estado (poder público) ou se também em face dos particulares.

Conforme asseverado alhures no presente texto, os direitos fundamentais desde suas origens (tomadas aqui como os primeiros textos sobre o assunto) revelaram seu caráter de limitação do poder estatal, o qual se manifestou como único até o surgimento da denominada "segunda dimensão dos direitos fundamentais", quando se passou a entender que em decorrência do recrudescimento das desigualdades sociais o Estado – até então afastado das relações sociais privadas (Estado Liberal) – deveria atuar com o fito de corrigir aquelas distorções, passando a atuar de modo compensatório e favorável aos socialmente excluídos pelo regime econômico – capitalismo – então vigente.

Nasce dessas necessidades, assim, o Estado Social, prestacional, em contraponto ao Liberal, passando a agir intensamente para a satisfação de um prestação positiva em favor da sociedade, superando sua posição, até então, de omissão.

De um modo ou de outro, colocando-se o Estado em uma postura de abstenção diante da sociedade ou na de prestador social, os direitos fundamentais, para a doutrina mundial, eram compreendidos como que vinculavam apenas aquele, no sentido de que apenas aquele deveria observá-los e respeitá-los, ao que se denominou "eficácia vertical dos direitos fundamentais".

1.4.2 Eficácia vertical dos direitos fundamentais

A ideia de eficácia vertical dos direitos fundamentais é melhor compreendida com a de seu reverso, a eficácia horizontal dos direitos fundamentais, objeto sobre o qual discorre este trabalho; ou seja, conhecendo-se a ideia de um, conhece-se a do outro.

Conforme expõe Steinmetz (2004, p. 58):

> [...] entende-se que a horizontalidade da relação entre particulares é definida por aquilo que os particulares têm em comum do ponto de vista jurídico-formal: (i) são igualmente titulares de direitos fundamentais; (ii) direitos e obrigações, nas relações que mantêm entre si, são regidos, de modo preponderante, pelo direito privado; (iii) no âmbito dos negócios jurídicos e de outros atos jurídicos da vida privada, a autonomia privada [...] opera como princípio fundamental; e (iv) os particulares não podem usar, entre si, da violência legal, por que essa competência é exclusiva do

> Estado. Em suma, do ponto de vista jurídico-formal, os particulares estão em um mesmo horizonte [...].

Dessa compreensão resulta que eficácia vertical refere-se à eficácia dos direitos fundamentais sobre o Estado partindo do particular, sendo que quanto a esta possibilidade de verticalização não se tem dúvidas desde as origens dos direitos fundamentais e seu caráter, sendo amplamente reconhecida pela doutrina, em muito ao contrário da horizontalização de tais direitos, conforme se demonstrará a adiante. Por outro lado, então, a horizontalização dos direitos fundamentais refere-se à eficácia dos direitos fundamentais sobre particulares em suas relações com outros particulares, quando ambos são titulares destes direitos.

1.5 Dupla Dimensão dos Direitos Fundamentais

Até meados do século passado os direitos fundamentais eram observados apenas sob uma perspectiva subjetiva, uma vez que por esta se identificam as pretensões que o indivíduo poderia exigir do Estado, justamente em razão de seu caráter original, de limitação do poder público.

Invocava-se à época a ideia de direito fundamental tão somente como direito subjetivo, no sentido de implicar "[...] um 'poder' ou uma 'faculdade' para a realização 'efectiva' de 'interesses' que são reconhecidos por uma 'norma' jurídica como 'próprios' do respectivo titular" (VIEIRA DE ANDRADE, 2001, p. 114).

Contudo, com a já citada passagem do Estado liberal para o Estado social e a consequente superação do individualismo ao solidarismo e fraternidade, constatou-se consistirem os direitos fundamentais em pressupostos básicos a uma vida humana livre e digna, tanto para o indivíduo como para a comunidade em virtude da relação de reciprocidade entre ambos, por depender a liberdade de um da liberdade do outro, da dignidade de um depender da do outro (VIEIRA DE ANDRADE, 2001, p. 110).

A mencionada constatação restou expressa no desenvolvimento histórico dos direitos fundamentais quando do tão visitado – por obras do tema – julgamento do caso Lüth pela Corte Constitucional alemã em 1958, o qual constituiu-se em relevante marco para a temática ora debatida, por conta de inaugurar uma nova vertente de abrangência subjetiva dos direitos fundamentais, calcada especialmente na compreensão de uma nova dimensão destes direitos, a dimensão objetiva.

De se notar a relevância do caso, pois versava sobre relação jurídica na qual estavam envolvidos dois particulares, titulares dos mesmos direitos que colidiam, situação até então inovadora por não prever expressamente a Lei Fundamental alemã a eficácia horizontal de direitos fundamentais, mas tão somente a do Estado frente aos particulares por meio de direitos de caráter liberal, referentes às liberdades públicas, exigindo-se uma fundamentação não trivial para aqueles alcançar (SILVA, 2008, p. 23).

Nessa fundamentação "criativa", o Tribunal Constitucional alemão lançou argumentos até então originais, pois, após reforçar a dimensão subjetiva dos direitos fundamentais, no sentido de ensejarem uma pretensão a que se adote um dado comportamento (MENDES; COELHO; BRANCO, 2009, p. 299), especificamente do Estado, destacou a dimensão objetiva destes mesmos direitos ao consignar que

> [...] a Lei Fundamental, que não quer ser de nenhum modo uma ordem neutra perante os valores, erigiu na seção correspondente aos direitos fundamentais uma ordem axiológico-objetiva, de nela se expressa, com valor de princípio, um robustecimento de força normativa dos direitos fundamentais. Esse sistema de valores, cuja medula radica na personalidade humana, atuando livremente no seio da sociedade constituída, bem como na dignidade da pessoa, deve vigorar como decisão constitucional básica em todas as esferas do Direito [...] (HESSE, 2009, p. 37-38).

Nesse ritmo, destacando o surgimento da nova dimensão, tem-se a

> [...] teoría objetiva, que redunda em una ampliación del contenido de los derechos fundamentales. Los cuales no se limitan a actuar en la relación del individuo con el poder público, sino que, como valores supremos que rigen para todo el ordenamiento jurídico, también informan las relaciones recíprocas entre particulares, y limitan la autonomía privada [...] (ESTRADA, 2000, p. 66).

Assim, especialmente para o presente trabalho, nota-se a importância do surgimento da dimensão objetiva dos direitos fundamentais, a qual, ligada à ideia de a Constituição alcançar toda a "comunidade" e não somente o Estado em sua relação com os particulares, fornece claros indícios sobre a existência de eficácia de direitos fundamentais entre particulares.

2 EFICÁCIA HORIZONTAL DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

Releva destacar a convergência para este tópico de várias das questões já tratadas até o momento, entretanto, muito embora sejam vários os pontos convergentes, salienta-se a busca

pela resposta sobre “a quem vinculam os direitos fundamentais?”, se apenas ao Estado, ao poder público em sua posição de abstenção (direito de liberdade) ou de prestação (direito a prestações), ou, também, aos particulares em suas relações privadas, marcadas fortemente pela autonomia privada, reconhecida por parcela doutrinária do mesmo modo como um direito fundamental.

A título de ilustração do problema, ratificando-se a relevância do presente tema, exsurgem as seguintes dúvidas:

Seria possível estabelecer em um contrato de trabalho ou regulamento de empresa uma cláusula proibindo o empregado de se casar durante o interregno laboral?

Seria inconstitucional que se proibisse, via contrato, que os funcionários de uma determinada emissora de TV aparecessem em programas jornalísticos ou culturais de outras emissoras?

Os proprietários de meios de comunicação social estão vinculados ao direito fundamental de liberdade de expressão e de comunicação dos jornalistas ou colunistas empregados?

Com tais indagações demonstra-se que o tema se refere a problemas reais, concretos, que desaguam a todo momento na Justiça do Trabalho pátria sem que – e este é um dos motivos do presente trabalho -, por vezes, até mesmo os operadores do direito, principalmente seus aplicadores, mesmo diante dessa faticidade, apercebam-se tratar-se de matéria relacionada à “eficácia horizontal” dos direitos fundamentais.

2.1 Argumentos Doutrinários Referentes à Eficácia Horizontal de Direitos Fundamentais

A despeito da relevância e aplicação prática do tema ora estudado, especificamente quanto ao Direito do Trabalho, e como já adiantado na introdução deste debate, ainda que dentro deste tema se aviste um ponto de pacificação doutrinária, justamente o de reconhecimento da eficácia horizontal, ainda assim, mesmo a este ponto dirigem-se argumentos contrários e favoráveis.

Com relação aos “contrários”, há argumentos de que os direitos fundamentais surgiram como protetivos da liberdade, direcionados específica e exclusivamente contra o Estado, constituindo-se esta teoria, então, em sua função essencial, contrária a qualquer oposição dos direitos fundamentais também aos particulares. Ainda, há aqueles que ao se referirem a Constituições como a Federal brasileira, sustentam a não previsão expressa no

texto constitucional da referida eficácia horizontal, defendendo que a ausência no texto constitucional da previsão de eficácia horizontal refletiria a intenção do Poder Constituinte Originário, ou até mesmo do Derivado, de não vincular os particulares a direitos fundamentais, a que se impossibilitaria ao intérprete constitucional estender a eficácia do sentido vertical para o outro, horizontal. Dizem – apoiando se no direito comparado - que quando a Constituição de determinado Estado pretendeu vincular os particulares a direitos fundamentais assim previu expressamente, como ocorreu com a Constituição portuguesa de 1976 que em seu art. 18, nº 01, tem expressamente consignada a eficácia entre entidades privadas, assim como com as constituições russa e suíça (STEINMETZ, 2004, p. 34).

Bem representando o argumento em questão, ao tratar da influência dos direitos fundamentais sobre o comportamento dos sujeitos de direito privado, Claus-Wilhelm Canaris (2009, p. 55) chega a um "primeiro resultado parcial" de sua análise sobre o tema no Estado alemão, concluindo que os "[...] destinatários das normas dos direitos fundamentais são, em princípio, apenas o Estado e os seus órgãos, mas não os sujeitos de direito privado", para logo em seguida, tratando do objeto de controle dos direitos fundamentais, arrematar que o "[...] objecto do controlo, segundo os direitos fundamentais são, em princípio, apenas regulações e actos estatais, isto é, sobretudo leis e decisões judiciais, mas não também actos de sujeitos de direito privado [...]" (CANARIS, 2009, p. 55).

Pelo lado dos "favoráveis", aduz-se que com a passagem do Estado liberal para o Estado social, suplantando-se (ao menos em teoria) o individualismo e elevando-se os valores da igualdade, fraternidade e solidariedade, ao Estado foi atribuída nova função, prestacional, marcando assim o surgimento da segunda dimensão dos direitos fundamentais, tendo se atribuído, ainda, ao Estado, a função, o dever de proteção dos direitos fundamentais, decorrente do entendimento de representarem decisões valorativas, tratando-se tal dever do comportamento que devem seguir os órgãos estatais "[...] *cuando la conducta de terceros – principalmente particulares* [...] *vulnera o pone em peligro los bienes iusfundamentalmente protegidos de los asociados* [...] (ESTRADA, 2000, p. 75).

Um segundo apontamento defende que se uma Constituição não prevê expressamente a eficácia horizontal como outras preveem – peruana, colombiana e da Costa Rica (ESTRADA, 2000, p. 102) – é porque o Poder Constituinte originário assim não pretendeu, não sendo possível o intérprete a este substituir-se. Para estes, a Constituição Federal brasileira não prevê expressamente sobre a eficácia vertical dos direitos fundamentais, vinculando o poder público em todos seus níveis.

Destaca-se também, favoravelmente ao reconhecimento da "horizontalização", a exigência de máxima efetividade dos direitos fundamentais, a qual somente será alcançada se se estender a eficácia de direitos fundamentais também a particulares. Se a Constituição é norma suprema, se é dotada de normatividade, se nela se encontram previstos os direitos fundamentais, então estes devem incidir sobre toda a sociedade, sob pena de alguns daqueles direitos não se efetivarem justamente por não gozarem de tais atributos, sendo "[...] realizáveis em maior medida se não forem considerados apenas direitos contra violações por parte do Estado, mas também contra violações por parte de terceiros" (SILVA, 2008, p. 146).

Por fim, contrapondo-se ao argumento de que a eficácia horizontal eliminaria a autonomia privada (outro dos argumentos "contrários"), diminuindo em importância o ordenamento infraconstitucional privado (incluindo as normas trabalhistas autônomas[3]) e, ressalta-se, ainda que se mantenha a posição pertinente à concepção liberal do Estado, do qual a autonomia é traço marcante, é de se lembrar o destaque de Steinmetz (2004, p. 99) para quem, se se pode falar ainda de liberalismo vigente, é de se reconhecer que o mesmo se manifesta de modo humanizado, democrático e socialmente orientado, resultando na real e atual limitação da autonomia. No mesmo sentido, de transformação da noção de liberalismo e sua conexão com a autonomia privada, Ana Prata (1982, p. 25) diz que a noção desta última não é imutável "[...] sofrendo uma desvalorização que acompanha o transformar deste último conceito [liberalismo]". Desponta novamente nesse momento a estagnação dos opositores à eficácia horizontal, pois de há muito tempo a autonomia privada não é considerada ilimitada, tendo-a restringida a Constituição representativa do aludido Estado constitucional, especialmente em razão da ascensão dos valores da igualdade, solidariedade e fraternidade.

Conforme exposto anteriormente, principalmente após a Segunda Guerra Mundial o individualismo entrou em declínio, perdeu espaço, passando as nações a se inclinarem à questão social com progressiva intervenção estatal, a qual limitou tanto a propriedade privada quanto a autonomia da vontade nas "relações microeconômicas" (incluindo-se, aqui, a empregatícia), não as eliminando, marcando o século XX com o predomínio dos interesses gerais sobre os individuais, enaltecendo o espírito de justiça social (LOURENÇO, 2001, p. 66).

Principiologicamente, o argumento preponderante a justificar a eficácia horizontal – e também; sobretudo, no Direito do Trabalho, refere-se ao princípio da dignidade humana (do

[3] Normas criadas pelos próprios "envolvidos" (empregador e empregado) na relação empregatícia, derivadas da autonomia privada das partes no Direito do Trabalho, da qual decorre o "poder criativo" das próprias condições de trabalho, tendo como exemplo as Convenções e os Acordos Coletivos do Trabalho, o Regulamento de Empresa e até mesmo o contrato de emprego).

trabalhador), que guarda íntima relação com a supremacia dos direitos fundamentais, porquanto com estes consubstancia-se, no sentido de que "[...] pelo menos, de modo directo e evidente, os direitos, liberdades e garantias pessoais e os direitos económicos, sociais e culturais comuns têm a sua fonte ética na dignidade da pessoa, de todas as pessoas [...]" (MIRANDA, 1998, p. 167), irradiando seu conteúdo sobre todas as relações jurídicas, inclusive empregatícia.

Paralelamente às transformações do Estado e sociais, a dicotomia entre as searas do direito público e do direito privado, marcadamente distinguidas na vigência do Estado liberal – pois a si necessária a diferenciação para sua manutenção –, a partir do surgimento do Estado social foi objeto de questionamentos[4] no sentido de se ainda persiste tal divisão em razão da crescente influência do Direito constitucional sobre o Direito civil, da "constitucionalização do Direito".

Ainda como efeito do princípio da dignidade humana para o reconhecimento da eficácia horizontal, com o incremento do capitalismo, do surgimento de detentores de "poder social",[5] e consequentemente do aumento das diferenças sociais, os particulares passaram a sofrer agressões em sua dignidade por parte também de outros particulares, não mais se limitando as violações à conduta do poder público, motivo pelo qual a dignidade da pessoa humana passou a ser protegida também dos particulares, em razão de que ao

> [...] eleger a dignidade humana como valor máximo do sistema normativo, o constituinte exclui a existência de redutos particulares que, como expressão de liberdades fundamentais inatas, desconsideram a realização plena da pessoa [...] Sendo assim, não configuram espaços insuscetíveis ao controle social, como queria o voluntarismo, justamente porque integram uma ordem constitucional que é a mesma tanto nas relações de direito público quanto nas de direito privado (TEPEDINO, 2005, p. 154).

Portanto, vários são os argumentos favoráveis ao reconhecimento da eficácia horizontal de direitos fundamentais, havendo ainda como destacado, além deste último de natureza principiológica, um outro de natureza absolutamente fática, evidente na realidade social atual, consubstanciado pela formação de um "poder social" e pela manifesta desigualdade social, ambos demandando a imposição de tratamento diferenciado entre as partes envolvidas em processo que tenha por objeto direito fundamental.

---

[4] REALE, 2009, p. 339: "Poderá prevalecer, hoje em dia, uma distinção fundada na contraposição entre a utilidade privada e a pública?".

[5] A noção de "poder social" será desenvolvida em detalhes no subitem seguinte.

3 A EFICÁCIA HORIZONTAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES EMPREGATÍCIAS

Em virtude do exposto até o momento, parece claro o cabimento da aplicação de toda a teoria da horizontalização dos direitos fundamentais às relações de trabalho, especificamente, às empregatícias.

Um elementar motivo para a adoção da tese ora explanada é a reconhecida hipossuficiência do empregado em relação a seu empregador, derivada da principal característica da relação entre ambos, a subordinação, por meio da qual o prestador de serviço submete sua liberdade prestacional (e, não raras vezes, pessoal) ao "poder de direção do empregador" (tomador de serviço), revelando uma posição diametralmente oposta entre as partes, seja sob o aspecto econômico, seja sob o social ("detenção do Poder Social").

Não obstante a clareza da incidência da teoria sobre as relações empregatícias, como dito alhures no presente trabalho, incontáveis decisões são proferidas sobre as mais variadas situações que chegam à Justiça do Trabalho e que tratam de direitos fundamentais entre particulares, sem que, principalmente, seus prolatores, juízes do trabalho, as motivem com base na "eficácia horizontal" dos direitos fundamentais. Não que referido argumento seja estrutural e tecnicamente (processualmente) imprescindível, a ponto de se anular qualquer decisão como ocorreria na ausência dos "elementos essenciais" da sentença (artigo 489, NCPC), mas demonstra o quão incipiente é o reconhecimento do fenômeno na seara laboral.

Como consequência da não exploração do tema e da ausência de elementos científicos-metodológicos no Direito do Trabalho e na Justiça do Trabalho, tem-se a reiteração de decisões (sentenças e acórdãos) que solucionam casos com base em argumentos etéreos como "princípio da proporcionalidade", "razoabilidade" ou até mesmo a – pelo menos terminologicamente correta – "ponderação", quando, em verdade, se está diante de fenômeno complexo como o da "colisão entre direitos fundamentais", dos quais são titulares empregados e empregadores.

A proximidade, a intimidade entre a temática ora desenvolvida e o Direito do Trabalho é tamanha que se pode afirmar sem receios que o trabalho (em sentido bem amplo) contribuiu, em muito, para o surgimento dos direitos fundamentais, especialmente na Europa no século XVIII.

Considerando-se que o Direito do Trabalho, como ramo do Direito, surgiu em decorrência das débeis condições de trabalho originadas com a Revolução Industrial a partir

de meados do século XVIII[6] e em virtude das iniciais reivindicações trabalhistas, estas se somaram às reivindicações sociais em geral da época e resultaram na Revolução Francesa, a qual teve como fruto a Constituição Francesa de 1791, primeira constituição formal europeia e portadora dos ideais dos direitos fundamentais de primeira dimensão, com característica de oposição do particular ao Estado (liberalismo).

Ocorre que, como sabido, justamente em virtude da especificidade desta primeira dimensão - de se pensar a proteção do indivíduo somente contra o Estado –, somado ao advento do capitalismo, o século XIX foi propício à exploração do trabalhador pelo detentor do "poder social e econômico", período no qual a desigualdade social se incrementou significativamente.

Referido panorama de exploração duradoura e intensa somente começou a modificar-se com a já exposta segunda dimensão, quando o Estado – então dito "Social" – voltou a imiscuir-se nas relações entre particulares, impondo limites à atuação do "mais forte". Por isso que se afirmou em outro momento do presente estudo que o individualismo foi cedendo espaço ao solidarismo, sobretudo em razão do reconhecimento da dignidade da pessoa humana "do trabalhador" como valor humano inexpugnável.

E esta limitação foi expressamente implantada nos textos constitucionais, originariamente no mexicano em 1917 e nos brasileiros desde os textos de meados do século passado, alcançando seu ápice com a Constituição Federal de 1988, na qual se estabeleceu a "dignidade da pessoa humana" e o "valor social do trabalho" como fundamentos da República (artigo 1°), e o "trabalho" como direito fundamental social (artigo 6°), além de um extenso e detalhado catálogo de direitos fundamentais do trabalhador (artigo 7°). Logo, não resta dúvida de que o trabalhador, aqui, especificamente, o brasileiro, é, como explanado no início do presente, titular de direitos fundamentais, justificando, destarte, e em parte, a adoção da teoria da horizontalização dos direitos fundamentais no âmbito trabalhista.

Diz-se "em parte" por se necessitar da titularidade de direitos fundamentais pelo outro "envolvido" na relação empregatícia, o empregador.

Quanto a este, diferentemente daquele, a Constituição Federal não foi explícita ao lhe prever direitos fundamentais (em geral, o empresário), o que, como apontado quando expostos os argumentos "contrários" à teses da eficácia horizontal, poderia embasar o argumento de não aplicação da teoria à relação empregatícia. Contudo, ainda que se adotasse referido

[6] "(...) O direito do trabalho surgiu como consequência da questão social que foi precedida pela Revolução Industrial do século XVIII e da reação humanista que se propôs a garantir ou preservar a dignidade do ser humano ocupado no trabalho das indústrias (...)" (NASCIMENTO, 2013, p. 34).

motivo, seria este arrostado com o mesmo argumento “favorável” antes exposto, segundo o qual a ausência de previsão literal não afasta o reconhecimento de um direito fundamental quando a Constituição, analisada unitária e sistematicamente, revela o sentido contrário.

E neste ponto representa o direito fundamental do empregador outro “fundamento” da República, a “livre iniciativa” (artigo 1°, IV), reiterada no artigo 170 ao tratar dos “princípios gerais da atividade econômica”. A liberdade de iniciativa, um princípio fundamental também na ordem econômica, envolve a liberdade da empresa privada em explorar as atividades econômicas como bem entender seu titular, com a ocorrência de interferência estatal, em princípio, apenas apoio e estímulo ao desenvolvimento.

Ao exercer a atividade empresarial e ao praticar os incontáveis atos diários de administração, o empresário (sem desconsiderar as demais figuras empregadoras do §2°, do artigo 2°, da CLT, e as pessoas naturais) empregador age exercendo também seu “poder de direção”, assim considerado “(...) a forma como o empregador define como serão desenvolvidas as atividades do empregado decorrentes do contrato de trabalho.” (MARTINS, 2016, p. 333). Contudo, tal qual o “Poder” em geral, o “empregatício”, fruto do direito fundamental à livre-iniciativa, não é absoluto, encontrando limites nos direitos fundamentais do empregado, situação geradora da aludida “colisão entre direitos fundamentais”.

A situação emblemática (que abarca um sem-número de casos concretos) da colisão de direitos entre ambos os indivíduos (empregador e empregado) é a que o empregador atua com vistas à proteção, ao resguardo de outro direito fundamental seu, a propriedade (artigo 5°, *caput*, e inciso XXII, CF), representada muitas vezes pela produção e seus insumos, adotando medidas administrativas de fiscalização e disciplinamento de seus empregados, tais como a implantação de câmeras de vídeo no local de trabalho, a revista íntima e de pertences pessoais do trabalhador, a visualização de *e-mails*, a exigência de que o empregado se dispa, dentre outras inúmeras situações que invariavelmente se chocam com direitos fundamentais dos empregados, via de regra, o direito à intimidade, à privacidade, à honra, todos também previstos no mesmo artigo 5° da Constituição Federal.

CONCLUSÃO

A aplicação da teoria da “eficácia horizontal” dos direitos fundamentais nas relações empregatícias é inegável, fática e constitucionalmente, tanto pela análise histórica, quanto pela análise jurídica sobre as quais se debruçou o presente trabalho.

Destarte, o merecido apuro e desenvolvimento da teoria na seara trabalhista se mostra necessário, a fim de se permitir a produção de decisões judiciais mais racionais, considerando e adotando regra específica de solução de colisão entre direitos fundamentais, a "ponderação", porém não de chofre, sem qualquer detalhamento como costumeiramente ocorre, mas, sim, com argumentação dedicada ao tema abordando a adequação e a necessidade da medida adotada no caso em concreto, de modo a se produzir, como efeito residual e natural, segurança jurídica aos "envolvidos" na relação empregatícia, sobretudo ao empregador que em muitas das vezes não sabe como agir em determinadas situações, em virtude de não saber se, "às vistas" da Justiça do Trabalho, está ou não violando um direito fundamental de seu empregado.

BIBLIOGRAFIA

ARAUJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Curso de Direito Constitucional**. 12. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. São Paulo: Saraiva, 2009-a.

_____. **O Direito Constitucional e a Efetividade de Suas Normas**: limites e possibilidades da Constituição brasileira. 9. ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2009-b.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

_____. **Da Estrutura à Função**. Barueri: Manole, 2007.

_____. **Direito e Poder**. São Paulo: UNESP, 2008.

CANARIS, Claus-Wilhelm. **Direitos Fundamentais e Direito Privado**. Tradução de Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo Mota Pinto. Coimbra: Almedina, 2009.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 6. ed. Coimbra: Almedina, 2002.

_____. Dogmática de Direitos Fundamentais e Direito Privado. *In*: _____. **Estudos Sobre Direitos Fundamentais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

COMPARATO, Fábio Konder. **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 6. ed. São Paulo: LTr, 2007.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

ESTRADA, Alexei Julio. ***La Eficacia de los Derechos Fundamentales Entre Particulares***. Bogotá: Universidade Externado de Colômbia, 2000.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Do Processo Legislativo**. 6. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2007.

HESSE, Konrad. Significado dos Direitos Fundamentais. *In*: _____. **Temas Fundamentais do Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2009.

LOURENÇO, José. **Limites à Liberdade de Contratar**: princípios da autonomia e da heteronomia da vontade dos negócios jurídicos. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001.

MARMELSTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais**. São Paulo: Atlas, 2008.

MARTINS, Sergio Pinto. 32 ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 4. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2009.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1998. 4 tomo.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de Direito do Trabalho.** 28 ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

PRATA, Ana. **A Tutela Constitucional da Autonomia Privada**. Coimbra: Almedina, 1982.

REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

_____. **Filosofia do Direito**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

SAMPAIO, José Adércio Leite. **Direitos Fundamentais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos Fundamentais e Direito Privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais. *In*: _____. **A Constituição Concretizada**: construindo pontes com o público e o privado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

_____. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 9. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

SILVA, Luís Virgílio Afonso da. **A Constitucionalização do Direito**. São Paulo: Malheiros, 2008.

STEINMETZ, Wilson. **Colisão de Direitos Fundamentais e Princípio da Proporcionalidade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

_____. **A Vinculação dos Particulares a Direitos Fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2004.

TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

TEPEDINO, Gustavo. A Incorporação dos Direitos Fundamentais Pelo Ordenamento Brasileiro: sua eficácia nas relações jurídicas privadas. *In*: **Revista da Ajuris**, nº 100, p. 153-167. Porto Alegre, dez. 2005.

VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. **Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2001.