

UNIVERSIDADE NOVE DE JULHO – UNINOVE
DEPARTAMENTO DE PÓS-GRADUAÇÃO STRICTO SENSU
PROGRAMA DE MESTRADO E DOUTORADO EM DIREITO

DAYANE APARECIDA RODRIGUES MENDES

**EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E A IGUALDADE DO DIREITO AO
TRABALHO ENTRE HOMENS E MULHERES NA EMPRESA PRIVADA**

SÃO PAULO - SP
2024

DAYANE APARECIDA RODRIGUES MENDES

**EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E A IGUALDADE DO DIREITO AO
TRABALHO ENTRE HOMENS E MULHERES NA EMPRESA PRIVADA**

Dissertação submetida ao Programa Stricto
Sensu de Mestrado e Doutorado (PPGD), da
Universidade Nove de Julho – UNINOVE,
como requisito parcial para a obtenção do título
de Mestre em Direito.

Área de Concentração: Direito Empresarial:
Estruturas e Regulação

Orientador: Prof. Dr. Marcelo Benacchio

SÃO PAULO - SP
2024

Mendes, Dayane Aparecida Rodrigues.

Eficácia dos direitos fundamentais e a igualdade do direito ao trabalho entre homens e mulheres na empresa privada. / Dayane Aparecida Rodrigues Mendes. 2024.

110 f.

Dissertação (Mestrado) - Universidade Nove de Julho - UNINOVE, São Paulo, 2024.

Orientador (a): Prof. Dr. Marcelo Benacchio.

1. Eficácia horizontal. 2. Direitos fundamentais. 3. Direito ao trabalho remunerado. 4. Igualdade de gênero. 5. Empresa privada.

I. Benacchio, Marcelo.

II. Título.

CDU 34

DAYANE APARECIDA RODRIGUES MENDES
EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E A IGUALDADE DO DIREITO AO
TRABALHO ENTRE HOMENS E MULHERS NA EMPRESA PRIVADA

Dissertação apresentada ao
Programa de Pós-Graduação Stricto
Sensu em Direito da Universidade
Nove de Julho como parte das
exigências para a obtenção do título
de Mestre em Direito.

São Paulo, 09 de dezembro de 2024.

BANCA EXAMINADORA

MARCELO

BENACCHIO:0772905584
8

Assinado de forma digital por

MARCELO

BENACCHIO:07729055848

Dados: 2024.12.09 17:06:31 -03'00'

Prof. Dr. Marcelo Benacchio

Orientador

UNINOVE

Documento assinado digitalmente



SAMANTHA RIBEIRO MEYER PFLUG MARQUES

Data: 09/12/2024 16:54:46-0300

Verifique em <https://validar.iti.gov.br>

Profa. Dra. Samantha Ribeiro Meyer

Examinadora Interna

UNINOVE

Documento assinado digitalmente



LAURO ISHIKAWA

Data: 10/12/2024 06:07:57-0300

Verifique em <https://validar.iti.gov.br>

Prof. Dr. Lauro Ishikawa

Examinador Externo

FADISP

A aprovação da presente dissertação não significa o endosso do Professor Orientador, da Banca Examinadora e da Universidade Nove de Julho – UNINOVE, à ideologia que a fundamenta ou que nela é exposta.

Dedico esse trabalho à minha família que suportou minha ausência para que este
trabalho científico pudesse ser concluído

Agradecimentos

Agradeço primeiramente a Deus que me sempre me deu forças para superar os desafios.

Agradeço à minha família e esposo pela paciência.

Ao meu orientador, Prof. Marcelo Benacchio, sem o qual este trabalho sequer teria iniciado.

“Levanto os olhos para Vós, que habitais nos céus” (Salmo 122:I)

RESUMO

MENDES, Dayane Aparecida Rodrigues. **Eficácia dos direitos fundamentais e a igualdade do direito ao trabalho entre homens e mulheres na empresa privada.** 2024. 110 f. Orientador: Prof. Dr. Marcelo Benacchio. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Mestrado e Doutorado em Direito, Universidade Nove de Julho (UNINOVE), São Paulo, 2024.

O presente trabalho científico faz uma relação entre a origem histórica sobre a positivação dos Direitos Fundamentais, originalmente para proteger o cidadão dos abusos estatais até a eficácia desses direitos nas relações privadas, sobretudo, quando um dos sujeitos é a empresa. Analisando as principais Teorias sobre a Eficácia Horizontal dos Direitos Fundamentais, à luz de vários Acórdãos proferidos pelo Supremo Tribunal Federal, verifica-se que no Brasil prevalece a Teoria da Eficácia Direta como instrumento de concretização de Direitos Fundamentais, considerando que o texto constitucional de 1988 confere fundamento suficiente para a concretização dos Direitos Fundamentais nela declarados. Nesse contexto, com respaldo na igualdade material e no Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, fundamento da República descrito no art. 1º, III e princípio da Ordem Econômica previsto no art. 170, caput, ambos da Constituição Cidadã, se por um lado verificou-se que as Constituições brasileiras anteriores à de 1988 proibiam o exercício do trabalho remunerado pelas mulheres, por outro, defende-se a igualdade entre os colaboradores de uma mesma empresa. Desse modo, o estudo propôs que as empresas, com fundamento na função social da empresa, possam se utilizar de ações afirmativas para admitir mais mulheres em seus quadros funcionais, como forma de compensação histórica e, conseqüentemente, alcance da cidadania plena para além do mínimo existencial, independentemente de lei para tanto.

Palavras-chave: eficácia horizontal; direitos fundamentais; direito ao trabalho remunerado; igualdade de gênero; empresa privada.

ABSTRACT

MENDES, Dayane Aparecida Rodrigues. **Eficácia dos direitos fundamentais e a igualdade do direito ao trabalho entre homens e mulheres na empresa privada.** 2024. 110 f. Orientador: Prof. Dr. Marcelo Benacchio. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Mestrado e Doutorado em Direito, Universidade Nove de Julho (UNINOVE), São Paulo, 2024.

This scientific work establishes a relationship between the historical origin of the positivization of Fundamental Rights, originally to protect citizens from state abuses, and the effectiveness of these rights in private relations, especially when one of the subjects is a company. Analyzing the main Theories on the Horizontal Effectiveness of Fundamental Rights, in light of several Judgments issued by the Federal Supreme Court, it is found that in Brazil the Theory of Direct Effectiveness prevails as an instrument for the realization of Fundamental Rights, considering that the constitutional text of 1988 provides sufficient grounds for the realization of the Fundamental Rights declared therein. In this context, supported by material equality and the Principle of Human Dignity, the foundation of the Republic described in art. 1, III, and the principle of Economic Order provided for in art. 170, caput, both from the Citizen Constitution, while on the one hand it was found that Brazilian Constitutions prior to 1988 prohibited women from engaging in paid work, on the other hand, equality among employees of the same company is advocated. Thus, the study proposed that companies, based on the company's social function, can use affirmative actions to admit more women to their staff, as a form of historical compensation and, consequently, achieving full citizenship beyond the existential minimum, regardless of the law to that effect.

Keywords: horizontal effectiveness; fundamental rights; right to remunerated work; gender equality; private company.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
1 OS DIREITOS FUNDAMENTAIS E A ORDEM ECONOMICA NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988	12
<i>1.1 Distinção entre Direitos Humanos e Direitos Fundamentais</i>	<i>12</i>
<i>1.2 Evolução histórica dos Direitos Fundamentais</i>	<i>14</i>
<i>1.3 Características dos Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988.....</i>	<i>25</i>
1.3.1 O Princípio da Igualdade	34
1.3.2 O Princípio da Dignidade da pessoa humana: fundamento da República e Princípio da Ordem Econômica	44
1.4 A função social da empresa.....	59
1.5 O capitalismo Humanista	66
2 TEORIAS SOBRE A APLICAÇÃO DA EFICÁCIA HORIZONTAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	69
<i>2.1 Teoria da ineficácia</i>	<i>70</i>
<i>2.2 Teoria da aplicação indireta.....</i>	<i>71</i>
<i>2.3 Teoria da eficácia direta.....</i>	<i>73</i>
<i>2.4 Irradiação dos Direitos Fundamentais</i>	<i>77</i>
3 O PRINCÍPIO DA IGUALDADE APLICÁVEL AOS COLABORADORES DAS EMPRESA PRIVADA E A ANÁLISE DE CASOS CONCRETOS.....	83
<i>3.1 O julgamento do Recurso Extraordinário 161.243-6/DF pelo Supremo Tribunal Federal e a Eficácia Horizontal dos Direitos Fundamentais aplicável à empresa transnacional</i>	<i>83</i>

3.2 O direito ao trabalho remunerado pelas mulheres e a promoção da igualdade de gênero nas empresas privadas	87
CONSIDERAÇÕES FINAIS	101
REFERÊNCIAS	103

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por finalidade a análise da eficácia horizontal dos direitos fundamentais em relação ao princípio constitucional da igualdade na proteção da mulher ao trabalho remunerado nas empresas privadas.

A problematização recai em saber se a mulher se encontra em situação de igualdade aos homens quanto ao reconhecimento do direito ao trabalho à luz das Constituições brasileiras, bem como quais medidas podem ser adotadas para o atingimento desta finalidade na iniciativa privada.

O estudo foi baseado em pesquisa bibliográfica de autores nacionais e internacionais que tratam sobre cada tema proposto, nas áreas de direito constitucional, filosofia, história, eficácia horizontal dos direitos fundamentais, dignidade da pessoa humana, igualdade de gênero e ações afirmativas, bem como em decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal (STF) e estudo de casos.

O método de pesquisa utilizado foi o dedutivo, que proporcionou melhor desenvolvimento do tema.

A presente pesquisa, desenvolvida no Programa de Pós- Graduação em Direito da Universidade Nove de Julho, insere-se na Linha de Pesquisa 1 “Estruturas do Direito Empresarial” a qual busca compreender as estruturas da empresa a partir da ordem econômica, além dos alicerces constitucionais, tais como a propriedade privada, a função social da propriedade, a livre iniciativa e a redução das desigualdades regionais e sociais e seus desdobramentos, temas que foram explorados neste trabalho como instrumentos de concretização de direitos fundamentais.

No primeiro capítulo a presente pesquisa desenvolveu conceitos básicos sobre Direitos Fundamentais, iniciando pela distinção doutrinária entre Direitos Humanos e Direitos Fundamentais, pretendendo delimitar o campo de estudo especialmente, embora não exclusivamente, às Constituições brasileiras.

Em seguida fez-se um breve relato sobre o contexto histórico internacional e nacional que culminou na positivação dos Direitos Fundamentais.

À luz da Constituição Federal de 1988 foram desenvolvidas as características dos Direitos Fundamentais, com aprofundamento nos Princípios da Igualdade e da Dignidade da Pessoa Humana levando em consideração a interrelação existente entre estes Princípios e a valorização do trabalho. Partindo desse pressuposto, desenvolvendo o tema da livre iniciativa, abordou-se sobre a Função Social da Empresa e o Capitalismo Humanista. Aquela no sentido

de que a empresa pode mudar a realidade do seu entorno e este porque, na busca pelo lucro, as empresas também devem levar em consideração o respeito aos Direitos Fundamentais.

No segundo capítulo, apresentou-se as três principais Teorias sobre a Eficácia Horizontal dos Direitos Fundamentais, demonstrando que o Brasil adota majoritariamente a Teoria da Eficácia Direta dos Direitos Fundamentais.

No terceiro capítulo, descreveu-se sobre o julgamento realizado no Recurso Extraordinário 161.243-6/DF, conhecido como o Caso Air France, onde houve a aplicação da Teoria Direta dos Direitos Fundamentais nas relações privadas, ainda que de forma implícita.

Este julgado foi escolhido em razão da aplicação do Princípio da Igualdade entre funcionários de uma mesma empresa. Partindo da premissa da igualdade a ser aplicada na iniciativa privada, fez-se um estudo sobre a igualdade de gênero e a evolução do direito ao trabalho remunerado pelas mulheres nas Constituições brasileiras para que se verifique qual a posição da mulher no mercado de trabalho e, ao mesmo tempo, se ações afirmativas referentes a gênero no mercado de trabalho constituem um privilégio das mulheres ou direito a ser reconhecido.

1 OS DIREITOS FUNDAMENTAIS E A ORDEM ECONOMICA NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

O presente capítulo tem por objetivo delimitar o que se entende por Direitos Fundamentais e suas características à luz das pesquisas realizadas, partindo de sua evolução histórica até a Constituição Federal de 1988, com ênfase na regulamentação constitucional do Princípio da Isonomia e da Dignidade da Pessoa Humana quanto a valorização do trabalho e sua relação com a função social das empresas e o capitalismo humanista.

1.1 Distinção entre Direitos Humanos e Direitos Fundamentais

Os direitos fundamentais são posteriores aos direitos humanos, pois estes se referem também à pessoa humana, no entanto, no âmbito internacional. O pressuposto do direito fundamental é a sua positivação pelo Estado, ou seja, a internalização dos direitos humanos na sua respectiva Constituição. Os direitos fundamentais integram a ordem jurídica de determinado Estado.

Os direitos fundamentais estão previstos nas Constituições internas dos Estados, já os direitos humanos estão positivados em Tratados Internacionais, que podem ou não integrar o ordenamento jurídico de determinado Estado. Nesse sentido, J. J. Gomes Canotilho:

As expressões ‘direitos do homem’ e ‘direitos fundamentais’ são frequentemente utilizadas como sinônimas. Segunda sua origem e significado poderíamos distingui-las da seguinte maneira: direitos do homem são direitos válidos para todos os povos e em todos os tempos (dimensão jurisnaturalista-universalista); direitos fundamentais são os direitos do homem, jurídico-institucionalmente garantidos e limitados espaço-temporalmente. Os direitos do homem arrancariam da própria natureza humana e daí o seu caráter inviolável, intemporal e universal; os direitos fundamentais seriam os direitos objectivamente vigentes numa ordem jurídica concreta (Canotilho, 2017, p. 529).

Para Jorge Miranda os direitos fundamentais implicam necessariamente em três pressupostos ou condições firmes, a presença do Estado, pois não há direitos fundamentais sem Estado que os respeite e que os proteja, o reconhecimento da autonomia das pessoas frente ao poder, pois não há direitos fundamentais em regimes totalitários e, por fim, não há direitos fundamentais sem Constituição.

Em primeiro lugar, não há verdadeiros direitos fundamentais sem que pessoas estejam em relação imediata com o poder público., beneficiando de um estatuto comum e não separadas em razão dos grupos ou das instituições a que pertença. Não já direitos fundamentais sem Estado ou, pelo menos sem comunidade política integrada; não há direitos fundamentais sem Estado que os respeite e que os proteja. Em segundo lugar, não há direitos fundamentais sem reconhecimento de uma esfera própria de autonomia das pessoas frente ao poder, não absorvendo este a sociedade em que se movem. Não existem em regimes políticos totalitários. Em terceiro lugar, não há direitos fundamentais sem Constituição- sem a Constituição do constitucionalismo moderno iniciado no século XVIII, a Constituição enquanto fundação ou refundação do ordenamento jurídico estatal e incindível de um poder constituinte, a Constituição como sistematização racionalizadora das normas estatutárias de poder e da comunidade; a Constituição como lei, mesmo se acompanhada de fontes consuetudinárias e jurisprudenciais (Miranda, 2017, p. 12-13).

De acordo com Antonio Enrique Pérez Luño, o critério mais adequado para determinar a distinção entre ambos é a positivação:

Los términos derechos humanos y derechos fundamentales son utilizados, muchas veces, como sinónimos. Sin embargo, no han faltado tentativas doctrinales encaminadas a explicar el respectivo alcance de ambas expresiones. Así, se há hecho hincapié em la propension doctrinal y normativa a reservar el término derechos fundamentales para designar los derechos positivados a nível interno, em tanto que la formula derechos humanos seria más usual para denominar los derechos naturales positivados em las declaraciones y convenciones Internacionales, así como a aquellas exigências básicas relacionadas com la dignidade, libertad e igualdad de la persona que han alcanzado um estatuto jurídico positivo (Perez Luño, 2013, p. 44)¹.

Discorre ainda Carl Schmitt *apud* Schäfer (2001 p. 26), que:

A expressão ‘direitos fundamentais’ deve ser reservada para aqueles direitos do ser humano reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional estatal, enquanto o termo ‘direitos humanos’ guarda relação com os documentos de direito internacional, por se referir àquelas posições jurídicas que se reconhecem ao ser humano como tal, independentemente de sua vinculação com determinada ordem constitucional, aspirando, dessa forma, à validade universal, para todos os povos e tempos, revelando um inquestionável caráter supranacional (internacional).²

¹ Os termos direitos humanos e direitos fundamentais são frequentemente utilizados como sinônimos. No entanto, não faltaram tentativas doutrinárias para explicar o respectivo alcance de ambas as expressões. Assim, tem-se enfatizado a tendência doutrinária e normativa de reservar o termo direitos fundamentais para designar os direitos positivados a nível interno, enquanto a expressão direitos humanos seria mais usual para denominar os direitos naturais positivados nas declarações e convenções internacionais, bem como aquelas exigências básicas relacionadas com a dignidade, liberdade e igualdade da pessoa que alcançaram um status jurídico positivo (tradução nossa)

² No mesmo sentido, Cf. SARLET, 2012, p. 29 e MIRANDA, 2018, p. 52-2, citando-se a título de exemplo, a Declaração Universal dos Direitos do Homem (1951) - <https://www.unicef.org/brazil/declaracao-universal->

Alguns autores, a exemplo de Sérgio Rezende de Barros, no entanto, refutam a diferenciação entre direitos humanos e fundamentais e usam a expressão “direitos humanos fundamentais”.

Um direito fundamental é aquele positivado na Constituição de determinado Estado e que, por seu conteúdo material, seja relacionado aos direitos da pessoa humana. “Os direitos fundamentais, são, em verdade, concretizações do princípio fundamental da dignidade da pessoa humana, consagrado expressamente em nossa Lei Fundamental” (Sarlet, 2012, p. 70).

Sarlet destaca que a eficácia jurídica e social dos direitos humanos que não integram o rol dos direitos fundamentais de determinado Estado depende, em regra, da sua recepção na ordem jurídica interna além do status jurídico que esta lhes atribuiu (Alexy, 2015; Sarlet, 2012, p. 34)

Na Constituição brasileira de 1988 essa internalização está prevista no art. 5º, §3º, segundo o qual “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” (Brasil, 1988). Sobre este inciso, no julgamento do Recurso Extraordinário 466.343, relator Min. Cezar Peluso, que versava sobre a prisão civil do depositário infiel, buscando dar efetividade à proteção dos direitos humanos no plano interno, em revisão a posicionamento anterior, o Supremo Tribunal Federal decidiu que os tratados de direitos humanos, após internalizados, têm hierarquia superior à lei ordinária ostentando status normativo supralegal, ou seja, que toda lei antagônica a estes Tratados é destituída de validade. Nesse sentido a Convenção Americana de Direitos Humanos, o Pacto de São Jose da Costa Rica, dentre outros sobre direitos humanos, em relação às normas internas, são normas que ampliam os direitos fundamentais (Brasil, 2009).

Os direitos fundamentais são um conjunto de princípios e regras que orientam a atuação poderes públicos a alcançarem seus objetivos quanto a proteção de valores inerentes à pessoa humana, não se restringindo a demandas individuais.

1.2 Evolução histórica dos Direitos Fundamentais

Superada essa diferenciação essencial entre direitos humanos e direitos fundamentais, oportuno mencionar a origem histórica dos direitos fundamentais, ou seja, a partir de quando os direitos humanos foram positivados nas Constituições internas dos Estados.

[dos-direitos-humanos](https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm) e A Convenção Americana sobre Direitos Humanos (1969) - https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm, dentre outros tantos documentos

A trajetória histórica dos direitos fundamentais na modernidade se destaca em duas grandes fases, a do Estado liberal e do Estado social. Atualmente já se defende inclusive a era pós-social.

O Estado absolutista que, na maioria das vezes, se confundia com a vontade do monarca, foi marcado por um período de grande opressão e arbítrios ilimitados, criando uma atmosfera favorável à defesa dos direitos do homem. O iluminismo, por exemplo, se desenvolveu neste contexto para que se pudesse proteger o indivíduo do despotismo do Estado, garantindo-lhe liberdade. “Um dos temas recorrentes do pensamento político no Iluminismo era a fundamentação da legitimidade do poder estatal, o que se buscava através da teoria do contrato social, presente em autores como Locke, Kant e Rousseau” (Sarmiento, 2010, p. 07).

No final do século XVIII, os pensamentos iluministas foram essenciais para a Revolução Francesa e a Independência do Estado norte-americano, movimentos decisivos para consolidação dos direitos fundamentais. Isso porque:

A fórmula utilizada para a racionalização e legitimação do poder pelo Iluminismo era a Constituição, lei escrita e superior às demais normas, que deveria estabelecer a separação dos poderes para contê-los – le pouvoir arrête le pouvoir, como afirmou Montesquieu- e garantir os direitos do cidadão, oponíveis em face do Estado. O papel que então se atribuía à Constituição estava bem delineado no art. 16 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, segundo a qual ‘toda a sociedade, na qual a garantia dos direitos não é assegurada, nem a separação de poderes determinada, não tem constituição’. Tal declaração, monumento do Iluminismo triunfante, representa, nas palavras de Fábio Konder Comparato, ‘[...] o atestado de óbito do Ancien Régime, constituído pela monarquia absoluta e pelos privilégios feudais (Sarmiento, 2010, p. 8).

A denominada Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 era, em verdade, a Constituição Francesa que consagrou, em dezessete artigos, inúmeros direitos, tais como a isonomia, soberania da nação, participação política do povo, liberdade de religião e de expressão. Para o presente trabalho destaco o disposto no art. 4º que dispõe que o direito de um indivíduo encontra limite no direito de outro indivíduo:

A liberdade consiste em poder fazer tudo aquilo que não prejudique outrem: assim, o exercício dos direitos naturais de cada homem não tem por limites senão os que asseguram aos outros membros da sociedade o gozo dos mesmos direitos. Estes limites apenas podem ser determinados pela Lei (Ambassade de France au Brésil, 1789, art. 4º).

Também fundamentada na concepção liberal, em 1776, foi promulgada a Declaração da Independência dos Estados Unidos, conforme pontua Daniel Sarmiento:

A contribuição mais relevante do constitucionalismo norte-americano para a teoria moderna dos direitos humanos foi, sem dúvida, a de compreender tais direitos como limites impostos ao próprio legislador, cuja inobservância poderia ser fiscalizada pelo Judiciário, através do controle de constitucionalidade dos atos normativos. Com efeito, durante todo o século XIX e por boa parte do XX prevaleceu, na Europa, a ideia da onipotência do Parlamento, que, como representante da vontade da Nação, seria, em tese, incensurável e infalível. Sob essa ótica, o perigo para os direitos fundamentais residia no Executivo, ainda associado à figura do monarca. A lei, encarnação da vontade popular, não deveria sujeitar-se ao controle do Poder Judiciário, sob pena de instituição de um ‘governo de juizes’ de caráter antidemocrático. Só no século XX, após a criação do modelo abstrato e concentrado de jurisdição constitucional idealizado por Hans Kelsen, e sobretudo depois que se tornou patente, com o nacional-socialismo, que o legislador pode ser cúmplice de inomináveis barbáries, é que a ideia de limitação do próprio Legislativo pelos direitos fundamentais, através do controle de constitucionalidade das leis, vai se expandir pelo continente europeu e ganhar o mundo (Sarmiento, 2010, p. 10-11).

Além da concepção sobre a liberdade dos cidadãos, de acordo com Daniel Sarmiento, o Iluminismo também tinha forte fundamento na igualdade:

O discurso sobre a dignidade só ganha efetivamente um colorido universal com o Iluminismo. O igualitarismo da dignidade ressoou fortemente, por exemplo, nas revoluções francesa e norte-americana, embora a retórica revolucionária tenha se valido de outros termos, e não de ‘dignidade’. ‘Todos os homens nascem livres e iguais em direito’, proclama o art. 1º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, editada nos primórdios da Revolução Francesa. Os franceses revolucionários tomavam a igualdade como valor fundamental, insurgindo-se contra os privilégios da nobreza e do clero, em como contra os resquícios do feudalismo que ainda subsistiam. Poucos anos antes, a Declaração de Independência dos Estados Unidos de 1776 também afirmara, como verdade ‘autoevidente’, que ‘todos os homens são criados iguais’, e o valor da igualdade- formal, é certo- criou profundas raízes na cultura político-social norte-americana da época, em que pese a paradoxal existência da escravidão negra. O discurso iluminista dos direitos naturais, anteriores e superiores ao Estado e fundados na razão, tinha grande potencial igualitário pois tais direitos eram hipoteticamente universais- eram os direitos do Homem. Nisto, os direitos naturais da Ilustração diferiam do Direito Natural pré-moderno, que, em geral, buscava legitimar as hierarquias sociais existentes, fundando-as numa ordem objetiva imutável, frequentemente associada à vontade divina. O igualitarismo da dignidade manifestou-se na obra dos grandes filósofos do Iluminismo. Em Rousseau, por exemplo, ela se evidencia na afirmação de que o contrato social deve instaurar um regime de plena igualdade entre os cidadãos, assegurado pela igual participação de todos na elaboração das leis e pela submissão de todas as pessoas às mesmas normas. Ela se manifesta também na sua crítica radical às desigualdades sociais, geradas pela proteção da propriedade privada (Sarmiento, 2004, p. 42-43).

O processo revolucionário que culminou na independência e constitucionalização do país norte-americano foi conduzido, em larga escala, por grandes proprietários e comerciantes na defesa de seus interesses dominiais. Desse modo, pode-se afirmar que o direito de

propriedade também conduziu à origem histórica dos direitos fundamentais, como menciona Daniel Sarmento (2004, p. 147):

Madison (1961), a propósito, afirmava que a diversidade de condições e faculdades dos homens originavam os diversos graus e repartição dos direitos de propriedade e a ‘mais comum e durável fonte de facções era exatamente essa variável e desigual distribuição’. Daí a indispensável e primeira preocupação de todo governo. Essas ideias ele as levou para os debates constituintes, defendendo o sufrágio limitado contra os riscos das massas proletariadas, chamando a atenção especialmente para a tendência de aprofundamento da distância entre a minoria de proprietários e a maioria sem propriedade: ‘Se observarmos friamente o assunto, os proprietários do país serão os mais seguros depositários da liberdade republicana. No futuro, uma grande maioria do povo estará não apenas sem terras, mas também sem nenhuma sorte de propriedade. E então se unirão sob a influência de uma situação comum, em cujo caso os direitos de propriedade e as liberdades públicas não reposariam seguras em suas mãos.

Embora visando especialmente a proteção da propriedade privada, a doutrina liberal dos direitos fundamentais fortaleceu a proteção da liberdade humana. Como se observa, com razão Perez Luño quando defende que não basta nos atermos à positivação de determinadas faculdades do indivíduo, sendo necessário também nos atermos ao conteúdo ideológico das liberdades e dignidade humana.

Nesse contexto, nas relações entre o Estado e o indivíduo o que deveria prevalecer era a Constituição, que descrevia os limites estatais. Já nas relações privadas, o Código Civil desempenhava esse papel tendo como ideia central a autonomia da vontade, o que posteriormente se mostrou insuficiente para a proteção dos direitos fundamentais, especialmente quando, no conflito entre dois particulares, um detém maior poder econômico que outro, citado por Sarmento (2010, p. 12):

Dentro deste paradigma, os direitos fundamentais acabaram concebidos como limites para a atuação dos governantes, em prol da liberdade dos governados. Eles demarcavam um campo no qual era vedada a interferência estatal, estabelecendo, desta forma, uma rígida fronteira entre o espaço da sociedade civil e o do Estado, entre a esfera privada e a pública, entre o ‘jardim e a praça’. Nesta dicotomia público/privado, a supremacia recaía sobre o segundo elemento do par, o que decorria da afirmação da superioridade do indivíduo sobre o grupo e sobre o Estado. Como afirmou Canotilho, no liberalismo clássico, ‘o homem civil’ precederia o ‘homem político’ e o ‘burguês estaria antes do cidadão.

No Estado liberal reforçou-se o Estado mínimo, legitimando a exploração econômica capitalista, embora com base no contrato social e na doutrina jusnaturalista, segundo a qual os direitos são inatos e transcendentais ao homem. Com o passar do tempo defendeu-se que era

necessária a positivação desses direitos, não apenas para garantir as liberdades do homem, mas também para conservá-los e protegê-los:

Emerge então o positivismo jurídico, que, em nome da segurança jurídica identifica a lei posta Estado, abdicando da justiça, vista como um conceito metafísico e incerto. Nas palavras certeiras de Clémerson Merlin Clève: ‘O culto da lei pelo liberalismo produziu consequências. É que o culto da lei como forma e conteúdo foi, lentamente, sendo substituído pelo simples culto da lei como forma. A identificação do direito com a lei acabou dando lugar a toda uma concepção formalista da experiência jurídica, assim denominada de positivismo. ‘A lei contém todo o direito’ é a expressão máxima dessa concepção (Sarmiento, 2010, p. 14).

Foi no contexto do liberalismo que os direitos fundamentais foram concebidos, ou seja, positivados, para impor limites ao absolutismo que o antecedeu e fazer prevalecer direitos públicos subjetivos oponíveis ao Estado. Os direitos fundamentais, relembre-se não se resumem à positivação do Princípio da dignidade da pessoa humana, mas abrangem todo e qualquer direito e garantia que pretenda concretizá-la.

Não se nega que os ideais liberais representaram significativo avanço para a humanidade, porém, mostrou-se insuficiente, especialmente quanto a industrialização acentuou a exploração do homem pelo homem, problema que o Estado liberal absenteísta não conseguia resolver:

Como destacou Nelson Saldanha, os excessos do capitalismo acabaram ‘[...] por desnaturar a idéia de liberdade e por dar a deixa para a famosa pergunta de Proudhon: ‘Où est la liberté du non propriétaire?’ (Onde está a liberdade do não proprietário?). Era preciso avançar, ir além, para aprofundar a luta pelos valores humanitários latentes no Iluminismo (Sarmiento, 2010, p. 15-16).

O constitucionalismo liberal foi criticado pelo marxismo, o socialismo utópico e inclusive pela doutrina social da igreja que eram contra o individualismo exacerbado:

Para o marxismo, os direitos humanos do liberalismo compunham a superestrutura ligada à dominação econômica exercida pela burguesia sobre o proletariado. Eram uma fachada, que visava conferir um verniz de legitimidade a uma relação de exploração, que só teria fim com a implantação do comunismo e o fim das classes sociais [...]. O socialismo utópico, de pensadores como Charles Fourier, Robert Owen e Luis Blanc, também questionava o liberalismo, considerando-o incapaz de resolver a questão social, mas não propunha, como solução, que os proletariados tomassem o poder pela força, parecendo acreditar na possibilidade de convencimento da burguesia da necessidade de reformas sociais. Essa corrente, apesar do seu idealismo algo inocente, desempenhou um papel relevantíssimo na criação do Direito do Trabalho. Já a doutrina social da Igreja, embora discordando radicalmente da ideia marxista de luta de classes, abria-se para a questão operária, defendendo a instituição de direitos mínimos para o trabalhador, a

partir da Encíclica *Rerum Novarum*, do Papa Leão XIII, editada em 1891. (Sarmiento, 2010, p. 16-17).

O que o liberalismo deixou claro era que esta doutrina não era suficiente para garantir um mínimo existencial a cada ser humano. A Revolução Industrial foi um exemplo, diante dos impactos sobre o proletariado, a partir de quando se tornaram mais relevantes os direitos trabalhistas, bem como os movimentos abolicionistas.

No Brasil, descoberto e colonizado em 1500 pelos portugueses, em pleno século XVIII a população negra escravizada era de cerca de 85% dos habitantes. Trazidos em condições desumanas e precárias, os navios negreiros também eram chamados de “tumbeiros”, remetendo-se a sepulturas, considerando que cerca de 40% dos escravizados vinham a óbito no curso da viagem devido as circunstâncias degradantes a que eram submetidos. Apesar da independência ter sido proclamada em 1822, a abolição formal da escravidão só ocorreu em 1888 pela Lei Aurea, especialmente em razão da pressão internacional. Antes desta lei, outras a precederam, tais como a Lei Eusébio de Queirós, em 1850, a Lei do Ventre Livre, em 1871 e a Lei dos Sexagenários, em 1885. O Brasil foi o último país a abolir a escravidão (Silva, 1997, p. 43).

Nos países em que o capitalismo já estava desenvolvido, na tentativa de evitar uma nova revolução, iniciou-se uma transição do Estado Liberal para o Welfare State ou Estado de Bem-Estar Social, especialmente a partir da Carta Mexicana de 1917³ e da Constituição de Weimar de 1919.

A Constituição Mexicana foi a primeira a positivar os direitos sociais, sendo que a Europa só seguiria a mesma tendência após a primeira guerra mundial. Essa Constituição proibiu a equiparação de qualquer força de trabalho a uma mercadoria capitalista, responsabilizando o empregador pelos acidentes de trabalho, jornada de trabalho de oito horas, descanso semanal remunerado, direitos da trabalhadora gestante, salário-mínimo, dentre outros.

A Constituição de Weimar de 1919, por sua vez, foi fruto da unificação dos Estados alemães, da consolidação do capitalismo, da primeira guerra mundial, dentre outros fatores históricos. Dividida em duas partes, a primeira tratava da organização política do Estado e a segunda declarava os direitos do povo, incluindo direitos de cunho social, o que até aquele momento significava uma inovação para os Estados liberais da Europa no início do século XX.

Os direitos mais relevantes declarados na Constituição de Weimar eram ligados à educação, saúde e proteção da família. Para além da declaração de direitos, superada a crise econômica

³ <https://www.dhnet.org.br/educar/redeedh/anthist/mex1917.htm>

decorrente da guerra, o governo alemão passou a investir em áreas sociais como educação primária até a universitária, saúde, previdência, garantindo o exercício dos direitos declarados.

Nos Estados Unidos, a queda da bolsa de Nova Iorque em 1929 também trouxe à tona a necessidade de intervenção do Estado para reduzir o desemprego. Era a transformação do Estado Liberal para o Estado Social em que, além da preocupação com a liberdade, também se preocupava com bem-estar do cidadão.

É neste contexto que o Direito do Trabalho se dissocia do Direito Civil e este se dissocia do Direito Público, destacado por Daniel Sarmiento (2010, p. 19):

O Estado não mais se contentava com a proclamação retórica da igualdade de todos perante a lei, assumindo como tarefa impostergável a promoção efetiva desta igualdade no plano dos fatos. Não bastava mais o mero reconhecimento formal das liberdades humanas, sendo necessário assegurar as condições materiais mínimas para que tais liberdades pudessem ser efetivamente desfrutadas pelos seus titulares. Portanto, aquele que era, na lógica do liberalismo, o inimigo número um dos direitos humanos, passa à condição de agente promotor destes direitos.

A partir de século XX, com a globalização e “relativização” das fronteiras nacionais, o Welfare State sofre uma crise, diante da ineficácia das políticas sociais e da transnacionalidade da economia. A nova direita ou neoliberalismo ganha força a partir do governo de Margaret Thatcher, na Inglaterra, e de Ronald Reagan, nos Estados Unidos. No Brasil, a Constituição Federal de 1988 destaca o Estado interventor, preocupado com justiça social e igualdade material, como mencionado na obra de Sarmiento (2010, p. 22):

No Estado Social, a propriedade não vai merecer a proteção absoluta que lhe dispensava o Estado Liberal, pois será limitada e condicionada por interesses coletivos e de não-proprietários. A liberdade da empresa também vai passar a sofrer restrições mais profundas e extensas pelo poder público, e o mesmo ocorrerá com tantos outros direitos individuais. Este fenômeno, em princípio natural e positivo, deve ter limites, sobretudo quando estiverem em jogo direitos da personalidade, de caráter não patrimonial, pois o esvaziamento das liberdades públicas, ainda que em nome de supostos interesses da coletividade, importa em totalitarismo e aniquilamento da dignidade humana.

Inspirado nos ideais da Revolução Francesa, Karel Vasak, em 1979, na Conferência do Instituto Internacional de Direitos Humanos em Estrasburgo, foi o primeiro a propor a divisão dos direitos humanos em gerações.

Essa classificação em gerações de direitos tem sido criticada por alguns autores, tendo em vista que a palavra geração remete ao sentido de um período acabado, o que não se verifica tratando-se de direitos fundamentais, especialmente em países periféricos ou semiperiféricos,

ou seja, com significativa desigualdade social. Desse modo, a doutrina mais moderna adota majoritariamente a denominação dimensões em detrimento de gerações.

Ingo Wolfgang Sarlet (2012) destaca que ao longo do tempo, percebe-se que os direitos fundamentais passaram por diversas transformações, tanto quanto ao conteúdo, quanto à sua titularidade, eficácia e efetivação. Daí porque se diz sobre as gerações ou dimensões de direitos referentes à liberdade, igualdade e fraternidade:

Não há como negar que o reconhecimento progressivo de novos direitos fundamentais tem o caráter de um processo cumulativo, de complementariedade, e não de alternância, de tal sorte que o uso da expressão ‘gerações’ pode ensejar a falsa impressão da substituição gradativa de uma geração por outra, razão pela qual há quem prefira o termo ‘dimensões’ dos direitos fundamentais, posição esta que aqui optamos por perfilhar, na esteira da mais moderna doutrina (Sarlet, 2012, p. 45).

Wilis Santiago Guerra Filho *apud* Dirley da Cunha Junior, no entanto, propõe outro argumento para justificar o uso da expressão dimensão em detrimento de geração. Segundo ele, os direitos reconhecidos em uma dimensão assumem outra dimensão em relação aos novos direitos gestados, a exemplo do direito de propriedade, direito de primeira dimensão que, na segunda dimensão assume o caráter referente à função social da propriedade. Vejamos:

Que ao invés de ‘gerações’ é melhor se falar em ‘dimensões de direitos fundamentais’ [...]. não se justifica apenas pelo preciosismo de que as gerações anteriores não desaparecem com o surgimento das mais novas. Mais importante é que os direitos ‘gestados’ em uma geração, quando aparecem em uma ordem jurídica que já traz direitos da geração sucessiva, assumem uma outra dimensão, pois os direitos de geração mais recente tornam-se um pressuposto para entendê-los de forma mais adequada- e, conseqüentemente, também para melhor realizá-los. Assim, por exemplo, o direito individual de propriedade, num contexto em que se reconhece a segunda dimensão dos direitos fundamentais, só pode ser exercido observando-se sua função social, e com o aparecimento da terceira dimensão, observando-se igualmente sua função ambiental (Cunha Júnior, 2016, p. 520).

Os direitos fundamentais não nascem ao mesmo tempo quando comparado um país a outro, em virtude das demandas de cada nação. Entretanto, é possível afirmar que os direitos fundamentais de primeira dimensão, ao menos nas primeiras Constituições escritas, são um produto do pensamento liberal do século XVIII, marcados pelos direitos de defesa em face do Estado absolutista. Os de segunda dimensão, também chamados de direitos econômicos, sociais e culturais desenvolveram-se com o impacto da industrialização, ao tempo do Estado de bem-estar social. Os direitos de terceira dimensão, são marcados pelos direitos de solidariedade e fraternidade, relacionados à paz, autodeterminação dos povos, ao desenvolvimento, meio ambiente e qualidade de vida. Danniel Martins (2021, p. 667-668), discorre a respeito:

Vejam, então, quais são as gerações/dimensões dos direitos fundamentais:

A) Primeira dimensão: direitos civis e políticos. Em um primeiro momento, na passagem do Estado Absolutista para o Estado de Direito, a preocupação era a garantia das liberdades individuais do homem frente ao Estado. Reconhece-se uma esfera individual de proteção a qual o Estado não pode transpor (dever de abstenção). Surgem, então, nesse primeiro momento, os direitos civis e políticos, frutos do pensamento liberal-burguês, que representam o valor *liberdade*.

B) Segunda dimensão: direitos econômicos e sociais: No século XX, em um segundo momento histórico-evolutivo dos direitos fundamentais, as atenções se voltam para a *igualdade* material. No campo filosófico, são famosas as objeções de Karl Marx ao Estado Liberal burguês. No campo histórico, em razão das péssimas condições de trabalho enfrentadas, eclodem movimentos sociais como a Comuna de Paris (1848, reivindicando melhores condições materiais. Percebeu-se que não bastava que o Estado se abstinhasse de intervir na esfera de liberdade dos seus súditos, posto que, as desigualdades sociais impingiam, nas relações sociais, grilhões mais árdus que o próprio Poder Estatal poderia impor aos indivíduos. Passa-se a exigir do Estado não só o respeito aos direitos civis e políticos das pessoas, mas um atuar efetivo para garantir condições materiais mínimas para uma vida digna. Surgem os direitos econômicos e sociais. As primeiras Constituições a prevê-los foram a Constituição do México (1917) e a Constituição alemã de Weimar (1919). No Brasil, a Constituição de 1934 é a primeira a, efetivamente, prever direitos sociais e econômicos.

C) Terceira dimensão: direitos da coletividade: enquanto os direitos de primeira dimensão estão ligados à liberdade, os de segunda geração à igualdade, os direitos de terceira dimensão são corolários do valor *solidariedade*. Com o avanço científico-tecnológico e com a formação de sociedade de massa, surge a conclusão que alguns problemas não atingem a determinados indivíduos, grupos ou até mesmo países, mas sim a toda a humanidade. Nasce, assim, os direitos fundamentais transindividuais, dos quais são exemplos o direito ao meio ambiente ecologicamente sustentável, o direito ao desenvolvimento, o direito à autodeterminação dos povos, o direito à propriedade sobre o patrimônio comum da humanidade e o direito à comunicação.

Muitas vezes ignorada, oportuno o destaque para a fraternidade, especificamente referente à terceira dimensão, pois trata-se de um elo que visa equilibrar a liberdade com a igualdade.

A expressão fraternidade está expressa apenas no preâmbulo da Constituição de 1988 que, conforme entendimento do Tribunal Pleno do Supremo proferido na ADI 2076⁴, publicada em 08 de agosto de 2003, não possui força normativa. No entanto, em obra publicada pelo ministro do Superior Tribunal de Justiça (STJ), Reynaldo Soares da Fonseca, denominada Princípio Constitucional da Fraternidade: seu resgate no sistema de justiça. Belo Horizonte: D'Plácido, 2019, defende-se que a Fraternidade possui conteúdo jurídico a partir da interpretação conjunta do preâmbulo com o artigo 1º e 3º, III, do texto constitucional atual, ou seja, encontra também fundamento na dignidade da pessoa humana:

⁴ <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=1780165>

Observa-se, então, que a dignidade humana assume capacidade estruturadora da fraternidade e é por ela estruturada, seja na criação do direito objetivo, seja em função integrativa na hermenêutica constitucional, haja vista que se pressupõe o reconhecimento da condição humana a todo raciocínio em conformidade com a fraternidade. Assim, o conteúdo de dignidade representa condição de possibilidade e limites de significados a todo o projeto político pensado a partir da tríade liberdade-igualdade-fraternidade (Fonseca, 2019, p. 84).

Explicam Sayeg e Balera que a aplicação do Princípio da Fraternidade está relacionada distribuição do poder econômico:

A fraternidade é o pilar de regência do Direito Econômico Humano Tridimensional e, por via de consequência, do capitalismo humanista, estruturado na filosofia humanista de Direito Econômico; fraternidade que deixa de ser vista como mera virtude moral para emergir como obrigação jurídica do Estado, da sociedade civil e dos homens livres para com todos e tudo, em especial para com os excluídos socialmente e para com o planeta-aplicável pelo método quântico, por conta de sua incidência gravitacional tridimensional, sob a ótica do desenvolvimento, da razoabilidade e da proporcionalidade. [...] Entender e reger o capitalismo através de um olhar humanista antropofílico – que exige a concretização dos direitos humanos em todas as suas dimensões- tendo por fim enlaçar a economia de mercado com a consecução, da melhor forma possível e de acordo com a realidade, do direito objetivo de dignidade da pessoa humana e do planeta, edificando a sociedade universal fraterna (Sayeg; Balera, 2011, p. 215).

A doutrina já destaca inclusive direitos de quarta e quinta dimensão relacionados à globalização dos direitos fundamentais e à paz, respectivamente.

D) Quarta dimensão: globalização dos direitos fundamentais. Com a globalização política, introduz-se os direitos de quarta dimensão. Trata-se de um contraponto ao neoliberalismo feito por autores situados mais à esquerda no espectro político. Os direitos de quarta dimensão correspondem, em verdade, à fase final de institucionalização do Estado social. Paulo Bonavides lista os direitos de quarta dimensão: o direito à democracia, o direito à informação e o direito ao pluralismo. Segundo o autor, em uma democracia globalizada, o homem é o centro da gravidade, garantindo-se a cidadania e a liberdade de todos os povos. E) Quinta dimensão: direito à paz: Adotando os ensinamentos de Paulo Bonavides, na quinta dimensão teríamos o direito à paz. Diferentemente do formulador original das gerações, Karel Vasak, que coloca o direito à paz na terceira dimensão, Bonavides prefere ao tratamento deste direito, em razão da sua importância e íntima ligação com o direito supremo de humanidade, em uma categoria autônoma (Martins, 2021, p. 668-9).

Sobre o tema, já se manifestou o Supremo Tribunal Federal no julgamento da Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade ADI 6218 MC/RS, de relatoria do Ministro Celso de Mello, conforme se extrai do trecho da decisão monocrática abaixo transcrito,

ressaltando a importância dos direitos de terceira dimensão para a efetivação de direitos fundamentais.

Nesse contexto, e tal como enfatizado por esta Suprema Corte (RTJ 164/158-161), impende destacar, na linha desse processo evolutivo, os direitos de primeira geração (direitos civis e políticos), que compreendem as liberdades clássicas, negativas ou formais, e que realçam o princípio da liberdade. Os direitos de segunda geração (direitos econômicos, sociais e culturais), de outro lado, identificam-se com as liberdades positivas, reais ou concretas, pondo em relevo, sob tal perspectiva, o princípio da igualdade. Cabe assinalar que os direitos de terceira geração (ou de novíssima dimensão), que materializam poderes de titularidade coletiva atribuídos, genericamente e de modo difuso, a todos os integrantes dos agrupamentos sociais, consagram o princípio da solidariedade e constituem, por isso mesmo, ao lado dos denominados direitos de quarta geração (como o direito ao desenvolvimento e o direito à paz), um momento importante no processo de expansão e reconhecimento dos direitos humanos, qualificados estes, enquanto valores fundamentais indisponíveis, como prerrogativas impregnadas de uma natureza essencialmente inexaurível, consoante proclama autorizado magistério doutrinário (CELSO LAFER, “Desafios: Ética e Política”, p. 239, 1995, Siciliano). Cumpre rememorar, bem por isso, na linha do que vem de ser afirmado, a precisa lição ministrada por PAULO BONAVIDES (“Curso de Direito Constitucional”, p. 481, item n. 5, 4ª ed., 1993, Malheiros), que confere particular ênfase, entre os direitos de terceira geração (ou de novíssima dimensão), ao direito a um meio ambiente ecologicamente equilibrado: ‘Com efeito, um novo pólo jurídico de alforria do homem se acrescenta historicamente aos da liberdade e da igualdade. Dotados de altíssimo teor de humanismo e universalidade, os direitos da terceira geração tendem a cristalizar-se neste fim de século enquanto direitos que não se destinam especificamente à proteção dos interesses de um indivíduo, de um grupo ou de um determinado Estado. Têm primeiro por destinatário o gênero humano mesmo, num momento expressivo de sua afirmação como valor supremo em termos de existencialidade concreta. Os publicistas e juristas já os enumeram com familiaridade, assinalando-lhes o caráter fascinante de coroamento de uma evolução de trezentos anos na esteira da concretização dos direitos fundamentais. Emergiram eles da reflexão sobre temas referentes ao desenvolvimento, à paz, ao meio ambiente, à comunicação e ao patrimônio comum da humanidade’ (Brasil, 2019, p. 49-50).

Os direitos fundamentais encontram-se em constante evolução desde a sua positivação pelas Constituições dos Estados, o que configura significativa conquista para cidadãos pois permite que exijam a concretização dos direitos e garantias elencados na Magna Carta.

1.3 Características dos Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988

No Brasil, após a declaração da independência em 07 de setembro de 1822, foi outorgada, em 25 de março de 1824, a Constituição Política do Império do Brasil⁵, sofrendo considerável influência da Constituição Francesa de 1814⁶. A doutrina liberal é outra característica desta e a de Constituição 1891, como destaca Daniel Sarmento (2010, p. 15):

Essa perspectiva liberal manifestou-se em nossas Constituições de 1824 e de 1891. Na primeira, é certo, de modo parcial, em razão da concentração de poderes nas mãos do Imperador – titular desta excentricidade que foi o Poder Moderador-, e da subsistência de institutos antiliberais, odiosos e anacrônicos como a escravidão dos negros e os privilégios da nobreza. Já na nossa primeira Carta Republicana, o liberalismo estava presente de forma mais clara, o que deve sobretudo à influência marcante que sobre ela exerceu o constitucionalismo norte-americano.

Foi a Constituição Brasileira de 1824⁷ que positivou originalmente os direitos fundamentais sob o rótulo de “direitos civis ou individuais e políticos”, nomenclatura retomada pela Constituição de 1937⁸. As Constituições de 1891⁹, 1934¹⁰, 1946¹¹ e 1967/69^{12,13} destacaram uma parte à “Declaração de Direitos” (Sampaio, 2004, p. 18). Porém, a era dos direitos fundamentais se confirma com a Constituição de 1988, pela adoção “Dos Direitos e Garantias Fundamentais” no Título II, após um passado de ditadura militar que perdurou de 1964 a 1985. Em novembro de 1985 foi aprovada a Emenda Constitucional 26 que convocou, em verdade, um Congresso Constituinte.

Em meio ao regime de ditadura militar imposto desde o golpe de 1964, vários movimentos político-sociais foram deflagrados em direção à redemocratização do País. Depois da eleição dos novos Governadores em 1982, intensifica-se em todo o País, a partir de 1984, uma luta em busca de eleições diretas para Presidente da República e de uma nova Constituição que conseguisse refazer o pacto político-social, com o restabelecimento das liberdades públicas, ceifadas pelo regime de então. [...] A Constituição de 1988 surge como esperança para o povo brasileiro, suscitando no País um sentimento constitucional jamais visto antes. [...] O homem passou a ser o centro em torno do qual se edificou um novo modelo de Estado Social, promotor do bem estar de toda comunidade. É essa a Constituição que temos;

⁵ [https://www.gov.br/arquivonacional/pt-br/sites_eventos/sites-tematicos-1/brasil-
oitocentista/documentos/constituicao-para-o-imperio-do-brasil](https://www.gov.br/arquivonacional/pt-br/sites_eventos/sites-tematicos-1/brasil-oitocentista/documentos/constituicao-para-o-imperio-do-brasil)

⁶ https://www.conseil-constitutionnel.fr/sites/default/files/as/root/bank_mm/portugais/constitution_portugais.pdf

⁷ https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm

⁸ https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao37.htm

⁹ https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao91.htm

¹⁰ https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm

¹¹ https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm

¹² https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm

¹³ https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao67EMC69.htm

a melhor que tivemos na história política do País e, certamente, a melhor que teremos (Cunha Júnior, 2016, p. 451-452).

Enaltecendo as conquistas trazidas pela Constituição Federal de 1988, Daniel Sarmiento destaca que nela a dignidade da pessoa humana veio positivada em diversos artigos, seja no Título reservado aos direitos e garantias fundamentais, seja no Título reservado à ordem econômica. No entanto, demonstra alguma preocupação quanto a banalização do termo dignidade da pessoa humana:

No que concerne à positivação jurídica, a dignidade da pessoa humana está consagrada com destaque na Constituição federal de 1988, no art. 1º, inciso III, que a invoca com ‘fundamento da República’, sendo também citada em outros preceitos mais específicos (arts. 170; 226, §6º, 227; 230). O Brasil, ademais, ratificou e incorporou ao ordenamento jurídico quase todos os tratados internacionais de direitos humanos que contém referências à dignidade. Não bastasse, sob a égide da Constituição de 88 e, sobretudo, nos últimos quinze anos, a invocação da dignidade tornou-se moeda corrente no discurso jurisdicional, a ponto de suscitar legítimas preocupações quanto à sua banalização (Sarmiento, 2024, p. 69).

Na Constituição Federal de 1988 os direitos fundamentais ganharam significativo destaque. O Título II, dedicado ao tema denominado “Direitos e Garantias Fundamentais” refere-se a um gênero do qual são espécies várias categorias de direitos fundamentais descritas nos capítulos que a compõe, ou seja, os Direitos e Deveres Individuais e Coletivos (art. 5º), Direitos Sociais (art. 6º a 11), Direitos da Nacionalidade (art. 12 a 13), Direitos Políticos (art. 14 a 16) e Partidos Políticos (art. 17).

Alexandre de Moraes destaca que diversos doutrinadores, desde Rui Barbosa, distinguem direitos e garantias fundamentais, ao separar as declarações das disposições assecuratórias.

A distinção entre direitos e garantias fundamentais, no direito brasileiro, remonta a Rui Barbosa, ao separar as disposições meramente declaratórias, que são as que imprimem existência legal aos direitos reconhecidos, e as disposições assecuratórias, que são as que, em defesa dos direitos, limitam o poder. Aquelas instituem os direitos; estas, as garantias; ocorrendo não raro juntar-se, na mesma disposição constitucional, ou legal, a fixação da garantia com a declaração do direito (Moraes, 2012, p. 31).

Na Constituição Federal de 1988 encontramos expressões como “direitos humanos”, “direitos e garantias fundamentais”, “direitos e liberdades constitucionais” e “direitos e garantias individuais”.

Art. 4º, II: A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios: [...] II - prevalência dos direitos humanos”, “direitos e garantias fundamentais”, prevista no Título II e no art. 5º, §1º: “As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”; direitos e liberdades constitucionais, prevista no art. 5º, LXXI: “conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania” e, por fim, a expressão direitos e garantias individuais, prevista no art. 60, §4º, IV: “A Constituição poderá ser emendada mediante proposta: § 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: IV - os direitos e garantias individuais (Brasil, 1988, grifo nosso).

Após quase vinte anos de ditadura militar no Brasil, pode-se afirmar que o destaque aos direitos fundamentais na Constituição de 1988 é digno de nota. O passado histórico justifica a Constituição de 88 ser, quanto à extensão, analítica ou extensa, quanto à alterabilidade, rígida e, por fim, quanto à normas definidoras de ações a serem concretizadas pelo Poder Público, programática ou dirigente (social).

A Constituição de 1988 é um exemplo de Constituição dirigente, conforme se observa na fixação dos objetivos constitucionais previstos no art. 3º assim descrito:

Art. 3º. Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária; II - garantir o desenvolvimento nacional; III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (Brasil, 1988).

Sobre o significado da constituição dirigente oportuno destacar a diferenciação entre o que defende Peter Lerche e José Joaquim Gomes Canotilho:

A diferença da concepção de ‘constituição dirigente’ de Peter Lerche para a consagrada com a obra, de 1982, do jurista português José Joaquim Gomes Canotilho, amplamente difundida no Brasil, torna-se evidente. Lerche está preocupado em definir quais normas vinculam o legislador e chega à conclusão de que as diretrizes permanentes (a ‘constituição dirigente’) possibilitariam a sua discricionariedade material. Já o conceito de Canotilho é muito mais amplo, pois não apenas uma parte da constituição é chamada de dirigente, mas toda ela. O ponto em comum de ambos, no entanto, é a desconfiança do legislador: ambos desejam encontrar um meio de vincular, positiva ou negativamente, o legislador à constituição (Bercovici, 2022, p. 96).

André Ramos Tavares propõe outra classificação, levando em conta o conteúdo ideológico das Constituições, classificando-as em liberais (ou negativas) e sociais (ou dirigentes). Sustenta que as Constituições liberais surgem com o triunfo da ideologia burguesa, com os ideais do liberalismo e as Constituições sociais, decorrentes de um momento posterior.

Cronologicamente, essas Constituições correspondem ao primeiro período de surgimento dos direitos humanos, mais exatamente às denominadas liberdades públicas, que exigiam a não intervenção do Estado na esfera privada dos particulares. Daí o conceito de ‘Constituições negativas’, já que impunham a omissão ou negativa de ação ao Estado ao Estado, preservando-se, assim, as liberdades públicas.

As Constituições sociais correspondem a um momento posterior na evolução do constitucionalismo. Passa-se a consagrar a necessidade de que o Estado atue positivamente, corrigindo as desigualdades sociais e proporcionando, assim, efetivamente, a igualdade de todos. É o chamado Estado do Bem Comum. Parte-se do pressuposto de que a liberdade só pode florescer com o vigor sublimado quando se dê igualdade real (e não apenas formal) entre os cidadãos. É bastante comum, nesse tipo de Constituição, traçar expressamente os grandes objetivos que hão de nortear a atuação governamental, impondo-os (ao menos a longo prazo). Não por outro motivo tais Constituições são denominadas, com Canotilho, ‘dirigentes’ (Tavares, 2013, p. 174-175).

Quanto aos direitos fundamentais a Constituição foi extensiva revelando inclusive certa “desconfiança” do legislador infraconstitucional, em virtude do passado autoritário que a antecedeu.

Nesse sentido ensina Sarlet (2012, p. 65-66):

Outro aspecto de fundamental importância no que concerne aos direitos fundamentais em nossa Carta Magna diz respeito ao fato de ter ela sido precedida de período marcado por forte dose de autoritarismo que caracterizou – em maior ou menor escala- a ditadura militar que vigorou no país por 21 anos. A relevância atribuída aos direitos fundamentais, o reforço de seu regime jurídico e até mesmo a configuração do seu conteúdo são frutos da reação do Constituinte, e das forças sociais políticas nele representadas, ao regime de restrição e até mesmo de aniquilação das liberdades fundamentais. Também neste aspecto é possível traçar um paralelo entre a nossa Constituição vigente e diversas das Constituições do segundo pós-guerra. Dentre os exemplos mais remotos, merecem referência a Constituição italiana de 1947 e a Lei Fundamental da Alemanha, de 1949. Mais recentemente, há que se destacar a Constituição da República Portuguesa de 1976 e a Constituição espanhola de 1978, ambas igualmente resultantes da superação de regimes autoritários e que, a exemplo das primeiras, exerceram grande influência sobre o Constituinte de 1988.

Conferindo ainda mais proteção aos direitos fundamentais, dispõe o art. 60, §4º, da Constituição Federal que os direitos e garantias individuais não podem ser objeto sequer de deliberação a proposta de emenda tende a abolir tais direitos, ou seja, os direitos fundamentais são cláusulas pétreas, não podendo ser suprimidos pelo poder constituinte derivado. Acrescente-se que, de acordo com o Princípio da vedação ao retrocesso, mesmo um novo constituinte originário dificilmente conseguiria extinguir os direitos fundamentais já conquistados.

Ademais, o Brasil é signatário de inúmeros Tratados Internacionais de Direitos Humanos que integram o chamado “bloco de constitucionalidade”, ou seja, conjunto de normas materialmente constitucionais que formam um bloco normativo de hierarquia constitucional.

No Brasil, a existência de um bloco de constitucionalidade remonta à própria promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, mais precisamente ao art. 5º, §2º. Da leitura deste dispositivo, depreende-se que a intenção do constituinte foi considerar a existência de direitos e garantias fundamentais não expressos no texto constitucional, isto é, de normas materialmente constitucionais. Nessa linha, expressa-se Flávia Piovesan (1995, p. 160).

[...] advém de interpretação sistemática e teleológica do texto, especialmente em face da força expansiva dos valores da dignidade humana e dos direitos fundamentais, como parâmetros axiológicos a orientar a compreensão do fenômeno constitucional. A esse raciocínio se acrescentam o princípio da máxima efetividade das normas constitucionais referentes a direitos e garantias fundamentais e a natureza materialmente constitucional dos direitos fundamentais.

Do ponto de vista formal, os direitos fundamentais são aqueles reconhecidos e positivados pela Constituição Federal. Evidentemente que essa afirmação é insuficiente para descrever a magnitude desses direitos, razão pela qual também devem ser analisados ponto de vista material, ou seja, “da circunstância de conterem, ou não, decisões fundamentais sobre a estrutura do Estado e da sociedade, de modo especial, porém, no que diz com a posição nestes ocupada pela pessoa humana” (Sarlet, 2012, p 75). Em outras palavras, não são considerados direitos fundamentais apenas aqueles descritos no rol do Título II da Constituição Federal, mas também aqueles que, por seu conteúdo, revelam-se como tais.

Nesse sentido dispõe o §2º do art. 5º da Constituição de 88 segundo o qual “os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte” (Brasil, 1988).

Nessa linha, assim dispõe o art. 16 da Constituição portuguesa de 1976 que:

1. Os direitos fundamentais consagrados na Constituição não excluem quaisquer outros constantes das leis e das regras aplicáveis de direito internacional. 2. Os preceitos constitucionais e legais relativos aos direitos fundamentais devem ser interpretados e integrados de harmonia com a Declaração Universal dos Direitos do Homem” (Constituição da República Portuguesa, 1976).

A título de exemplo, regra semelhante também é encontrada no art. 33 da Constituição da Argentina e art. 44 da Constituição da Guatemala, respectivamente:

Artigo 33. As declarações, direitos e garantias que a Constituição enumera não serão entendidos como negação de outros direitos e garantias não enumerados, mas que nascem do princípio da soberania do povo e da forma republicana de governo (Honorable Camara de Diputados de La Nacion, 1995, p. 7, tradução nossa).

Artigo 44. [...] Os direitos e garantias concedidos pela Constituição não excluem outros que, embora não sejam expressamente mencionados nela, são inerentes à pessoa humana. O interesse social prevalece sobre o interesse individual particular. As leis e as disposições governamentais ou de qualquer outra ordem que reduzam, restrinjam ou distorçam os direitos garantidos pela Constituição são nulas ipso jure (SITEAL, 1993, tradução nossa).

Quanto aos destinatários ou titulares dos direitos fundamentais na Constituição de 88, a universalidade, ou seja, a extensão a todos os seres humanos, sofreu limitação pela leitura fria do caput do art. 5º da Constituição Federal, segundo o qual são titulares dos direitos fundamentais toda e qualquer brasileiro e os estrangeiros residentes no Brasil. Quanto aos estrangeiros não residentes no país, ainda que não abarcados expressamente pelo texto constitucional, invoca-se a dignidade da pessoa humana e a universalidade para protegê-los.

Dirley da Cunha Júnior explica que essa interpretação literal excluiria a aplicação dos direitos fundamentais aos estrangeiros não residentes no país, permitindo-os aos estrangeiros de passagem, a exemplo dos turistas, o que não se concebe. Ao contrário, o que pretende a Constituição é declarar que todas as pessoas, nacionais ou estrangeiras, são titulares dos direitos fundamentais, salvo quando a própria Constituição os limitar, a exemplo de cargos eletivos exclusivos para nacionais.

Essa interpretação literal levaria ao absurdo de que não se garante aos estrangeiros não residentes no Brasil, mas que estejam aqui de passagem (v.g., o turista), o direito à vida, à liberdade e a outros direitos e garantias fundamentais; como também não se garante às pessoas jurídicas o direito de propriedade, entre outros compatíveis com a sua natureza. Na verdade, o art. 5º, caput, deve ser interpretado a partir do princípio da unidade da Constituição, para se entender que todas as pessoas, físicas ou jurídicas, nacionais ou estrangeiras, com residência ou não no Brasil, são titulares dos direitos e garantias fundamentais previstos na Constituição, salvo quando a própria Constituição exclui algumas delas. E há casos de exclusão, pois os direitos políticos foram limitados aos brasileiros, com exclusão dos estrangeiros; e até mesmo entre os brasileiros, alguns direitos só podem ser exercidos pelos brasileiros natos, com exclusão dos brasileiros naturalizados, como o direito de ocupar determinados cargos (art. 12, §3º) (Cunha Júnior, 2016, p. 552)

A característica da universalidade também pode ser analisada do ponto de vista da extensão material dos direitos fundamentais, ou seja, se os direitos fundamentais vêm sendo aplicados igualmente aos seus destinatários ou se, a depender da sua classe social, tais direitos têm mais ou menos aplicação. Nesse sentido destaca-se a crítica de Daniel Sarmiento ao sustentar que a desigualdade no nosso país é multidimensional considerando a grande concentração de renda e está enraizada no passado escravocrata e o desenvolvimento tardio e incompleto da noção de cidadania, estando a desigualdade “naturalizada”. Vejamos:

Assim, é no processo de universalização que se vislumbra o aspecto mais patológico do processo de afirmação da dignidade da pessoa humana no Brasil. Subsistem nas nossas relações sociais traços fortemente hierárquicos, que se manifestam na assimetria entre as pessoas para o acesso aos direitos e submissão aos deveres impostos pela ordem jurídica. Houve, sem dúvida, avanços nessa área desde o advento da Constituição de 88, mas os nossos padrões de desigualdade continuam perversos e inaceitáveis. Trata-se de uma desigualdade multidimensional, que não diz respeito apenas à elevada concentração de renda. [...] Tais padrões desigualitários não são produto contingente de alguma crise social ou econômica passageira. Eles não se devem aos insucessos desse ou aquele governo. O problema é crônico e está profundamente enraizado em nossa história e cultura. Nossa desigualdade tem direta ligação com o passado escravocrata, com o desenvolvimento tardio e incompleto da noção de cidadania e com a nossa enorme dificuldade em superar uma compreensão pré-moderna, hierárquica e estamental das relações sociais, em que direitos e deveres são concebidos não em bases universalistas, mas a partir da posição ocupada por cada indivíduo na estrutura social. [...] Ademais, essa desigualdade encontra-se fortemente naturalizada. Os brasileiros em geral são socializados desde a primeira infância para perceberem as relações sociais como naturalmente desiguais. Compreende-se como natural que os patrões se utilizem do elevador social, e os empregados tenham de usar o de serviço. Natural que os mais humildes tenham de chamar as pessoas de classe superior de ‘doutor’ ou ‘doutora’, ‘senhor’ ou ‘senhora’, enquanto estas se dirigem aos mais humildes por meio do informal ‘você’. Natural que só haja pobres na prisão; que as autoridades públicas tratem com subserviência os poderosos e com prepotência e desrespeito os mais humildes. Nossas práticas sociais ensinam ‘a cada um o seu lugar’. [...] Nesse quadro, a violação dos direitos das pessoas da elite causa escândalo. Se, por exemplo, um empresário é algemado indevidamente- o que é certamente lamentável- alguém logo ensaia uma analogia exagerada com o nazismo. Mas não provoca comoção comparável a expedição de mandados de busca e apreensão genéricos pelo próprio Poder Judiciário, permitindo o ingresso da polícia em qualquer residência, em complexos de favelas com dezenas de milhares de casas; nem mesmo o assassinato diário de jovens pobres e negros pelas autoridades de segurança, ‘legalizados’ através da lavratura dos famigerados ‘autos de resistência’. Se no mesmo dia ocorrem uma chacina em comunidade carente, com inúmeras mortes, e o latrocínio de uma pessoa da elite em bairro nobre da mesma cidade, todas as atenções da imprensa, da opinião pública e das autoridades estatais tendem a se voltar para o segundo episódio. Nas consciências entorpecidas pela hierarquia, nem todas as vidas valem o mesmo (Sarmiento, 2024, p. 73-77).

Ao longo do tempo houve uma evolução quanto a maneira de interpretação dos direitos fundamentais. Se antes a dignidade da pessoa humana, por exemplo, era vista como um atributo das elites, com a modernidade, passou a ser vista como um atributo universal, embora essa evolução seja parcial no Brasil por questões culturais ligadas à ideia de hierarquia de classe social e do passado escravocrata. Se antes a dignidade era apontada para um sujeito abstrato, hoje, é analisada em concreto. Se antes a dignidade tinha um viés moral e religioso, hoje, ocupa uma posição central na ordem constitucional de muitos Estados, inclusive do Brasil.

Os direitos fundamentais são, na essência, históricos, universais, ilimitados, irrenunciáveis, inalienáveis e imprescritíveis. Tais características, no entanto, não são absolutas. Isso porque deve-se fazer uma diferenciação entre os direitos fundamentais frente ao Estado e entre particulares. É em relação ao Estado que os direitos fundamentais são irrenunciáveis, inalienáveis, inegociáveis etc. Tratando-se de relações privadas, quase todos os contratos possuem alguma limitação a direitos fundamentais. Essa limitação, porém, jamais poderá atingir o núcleo essencial desses direitos, aplicando-se a técnica de ponderação e sopesamento.

A localização ou topografia dos direitos fundamentais na Constituição brasileira também se destaca, pois o Título II encontra-se logo após os princípios fundamentais, constituindo um parâmetro hermenêutico.

O §1º do art. 5º da Constituição Federal também inovou afirmando que “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata” (Brasil, 1988). Ter “aplicação” imediata significa que as normas constitucionais são dotadas de todos os meios necessários à sua pronta incidência quando invocados. Em outras palavras, em se tratando de direitos e garantias fundamentais, as normas constitucionais possuem eficácia plena, inexigindo de complementação legislativa para sua efetividade ou eficácia social.

Eros Grau (2022, p. 296) interpreta o art. 5º, §1º, da Constituição Federal e ressalta que direitos e garantias, ambos, destaca, têm aplicação imediata:

Vê-se desde logo, daí, que garantias não são tidas como subsequentes aos direitos. Esta visualização, superada, é que permitiu conceber-se a existência de direitos, constitucionais, que não eram constitucionalmente garantidos. Ou seja, a existência de direitos que não se podia fruir porque, embora como direitos concebidos, sua aplicação não era juridicamente (isto é, constitucionalmente) garantida. O novo texto constitucional exclui tal concepção: direitos e garantias são definidos como imediatamente aplicáveis. Aplicar o Direito é torná-lo efetivo. Dizer que um direito é imediatamente aplicável é afirmar que o preceito no qual inscrito é autossuficiente, que tal preceito não reclama- porque ele independe- qualquer ato legislativo ou administrativo que anteceda a decisão na qual se consome a sua efetividade.

De acordo com a própria Constituição, as normas definidoras de direitos e garantias fundamentais possuem, portanto, regramento distinto, tal como o fez a Lei Fundamental da Alemanha (art. 1º, nº 3¹⁴) e a Constituição de Portugal (art. 18, nº 1¹⁵), por exemplo. Corrobora, José Carlos Vieira de Andrade (1987, p. 256-257), ao afirmar que:

[...] Como indicador da exequibilidade imediata das normas constitucionais, presumindo-se a sua ‘perfeição’, isto é, a sua autosuficiência baseada no caráter líquido e certo do seu conteúdo de sentido. Vão, pois, aqui incluídos o dever dos juízes e dos demais operadores jurídicos de aplicarem os preceitos constitucionais e a autorização de para esse fim os concretizarem por via interpretativa.

Neste ponto, ressalte-se que “aplicação” não se confunde com “aplicabilidade”, de acordo com a teoria de José Afonso da Silva que classifica as normas constitucionais, no geral, como sendo de eficácia plena, contida e limitada. As normas de eficácia plena e contida possuem “aplicabilidade” direta e imediata e as de eficácia limitada possuem “aplicabilidade” mediata ou indireta, ou seja, que dependem de uma lei infraconstitucional, produzindo efeitos mínimos até que esta sobrevenha. As normas de eficácia limitada são classificadas pelo autor como as normas de princípio institutivo (ou organizativo) e normas de princípio programático.

São, pois, normas constitucionais de princípio institutivo aquelas através das quais o legislador constituinte traça esquemas gerais de estruturação e atribuições de órgãos, entidades ou institutos, para que o legislador ordinário os estructure em definitivo, mediante lei. [...] Normas programáticas são aquelas através das quais o constituinte, em vez e regular, direta e imediatamente, determinados interesses, limitou-se a traçar-lhes os princípios para serem cumpridos pelos seus órgãos (legislativos, executivos, jurisdicionais e administrativos), como programas das respectivas atividades, visando à realização dos fins sociais do Estado (Silva, 2006, p. 126; 138).

A classificação de Jose Afonso da Silva, no entanto, não se amolda à especificidade dos direitos e garantias fundamentais.

Neste trabalho, parte-se da concepção normativa da Constituição Federal, proposta por Konrad Hesse, no sentido da superação de que a Constituição é essencialmente um documento político, mas configura também um dever ser capaz de mudar a realidade política e social pois implica em impor tarefas para concretizar o mandamento constitucional.

A forma como os direitos e garantias fundamentais são aplicados, se pelo Legislativo, por intermédio de lei ou não, se pelo Executivo, por intermédio de políticas públicas ou, se pelo

¹⁴[https://www4.policiamilitar.sp.gov.br/unidades/dpcdh/Normas_Direitos_Humanos/CONSTITUI%C3%87%C3%83O%20DE%20WEIMAR%20\(ALEM%C3%82\)%2020-%201919%20-%20EM%20PORTUGU%C3%8AS.pdf](https://www4.policiamilitar.sp.gov.br/unidades/dpcdh/Normas_Direitos_Humanos/CONSTITUI%C3%87%C3%83O%20DE%20WEIMAR%20(ALEM%C3%82)%2020-%201919%20-%20EM%20PORTUGU%C3%8AS.pdf)

¹⁵<https://www.parlamento.pt/parlamento/documents/crp1976.pdf>

Judiciário, por intermédio de decisão judicial, é objeto de considerável debate ao redor do mundo, razão pela aprofundaremos em capítulo próprio as principais teorias sobre a eficácia dos direitos fundamentais, especificamente, às relações privadas.

1.3.1 O Princípio da Igualdade

O princípio da igualdade, na linha de outros direitos fundamentais, também teve seu histórico ao longo das Constituições Brasileiras, estando expresso em todas elas.

O art. 179, inciso XIII, da Constituição de 1824 previa que “a lei será igual para todos, quer proteja, quer castigue, e recompensará em proporção dos merecimentos de cada um” (Brasil, 1824).

A Constituição de 1891, com a redação dada pela Emenda Constitucional de 3 de setembro de 1926, previa que

todos são iguaes perante a lei. A República não admite privilegios de nascimento, desconhece foros de nobreza, e extingue as ordens honorificas existentes e todas as suas prerogativas e regalias, bem como os titulos nobiliarchicos e de conselho (Brasil, 1891, art. 72, § 2º).

A Constituição Brasileira de 1934 previa no que “todos são eguaes perante a lei. Não haverá privilégios, nem distinções, por motivo de nascimento, sexo, raça, profissões próprias ou dos pais, classe social, riqueza, crenças religiosas ou ideias políticas” (Brasil, 1934, art. 113, ‘1’).

No hiato entre uma Constituição de 34, 37, 46 e 67, embora os Tratados Internacionais não sejam objeto deste trabalho, não se pode ignorar o contexto mundial da época.

Na década de 1940, no pós-guerra, com o surgimento da Organização das Nações Unidas destaca-se a Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948 que em seu artigo 1º já previa que “Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e em direitos. Dotados de razão e de consciência, devem agir uns para com os outros em espírito de fraternidade” (Fundo das Nações Unidas para a Infância (UNICEF), 1948), e no artigo 2º que:

Todos os seres humanos podem invocar os direitos e as liberdades proclamados na presente Declaração, sem distinção alguma, nomeadamente de raça, de cor, de sexo, de língua, de religião, de opinião política ou outra, de origem nacional ou social, de fortuna, de nascimento ou de qualquer outra situação. Além disso, não será feita nenhuma distinção fundada no estatuto político, jurídico ou internacional do país ou do território da naturalidade da pessoa, seja esse país ou território independente, sob tutela, autônomo ou sujeito a alguma limitação de soberania (Fundo das Nações Unidas para a Infância (UNICEF), 1948).

Nesta esteira, o Pacto de São José da Costa Rica de 1969, internalizado no Brasil pelo Decreto 678 de 1992 também previa sobre o direito à igualdade nos seguintes termos: “Todas as pessoas são iguais perante a lei. Por conseguinte, têm direito, sem discriminação, a igual proteção da lei” (Brasil, 1992, art. 24).

A Constituição Brasileira de 1967 previa no artigo 150, §1º que “Todos são iguais perante a lei, sem distinção, de sexo, raça, trabalho, credo religioso e convicções políticas. O preconceito de raça será punido pela lei” (Brasil, 1967). Após a Emenda Constitucional nº 1 de 1969, o artigo 153, §1º teve a seguinte redação “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de sexo, raça, trabalho, credo religioso e convicções políticas. Será punido pela lei o preconceito de raça” (Brasil, 1969).

Na Constituição de 88 o princípio da igualdade está previsto expressamente no art. 5º, caput:

Ar. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à *igualdade*, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] (Brasil, 1988).

O texto constitucional deixa claro que não admite práticas discriminatórias, seja pelo artigo 5º, caput, ou pelos objetivos da República, no art. 3º, ambos da Constituição de 88:

Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária; II - garantir o desenvolvimento nacional; III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (Brasil, 1988).

No mesmo sentido, vale lembrar que a própria dignidade da pessoa humana, prevista como um fundamento da República (art. 1º, III, da CF/88) e como princípio da Ordem Econômica (art. 170, caput, da CF/88), explorada neste trabalho, também não coaduna com a permissividade estatal quanto a práticas discriminatórias.

O referido artigo 5º, caput, dispõe sobre a uma igualdade formal, porém, não deve ser interpretado como o simples nivelamento de direitos entre os brasileiros e os estrangeiros residentes no Brasil, mas no fato de que a lei não pode ser editada em desconformidade com a isonomia. Trata-se de uma norma direcionada tanto ao legislador quanto ao aplicador das leis.

A igualdade formal abrange a igualdade na lei, ou seja, o legislador não pode incluir fatores de discriminação desconexos com a Constituição e, igualdade perante a lei, no sentido de que lei deve ser aplicada a todos indistintamente.

O preceito magno da igualdade, como já tem sido assinalado, é norma voltada quer para o aplicador da lei quer para o próprio legislador. Deveras, não só perante a norma posta se nivelam os indivíduos, mas, a própria edição dela assujeita-se ao dever de dispensar tratamento equânime às pessoas.

Por isso Francisco Campos lavrou, com pena de ouro, o seguinte asserto: “Assim, não poderá substituir qualquer dúvida quanto ao destinatário da clausula constitucional da igualdade perante a lei. O seu destinatário é, precisamente, o legislador e, em consequência, a legislação; por mais discricionários que possam ser os critérios da política legislativa, encontra no princípio da igualdade a primeira e mais fundamental de suas limitações”.

A lei não pode ser fonte de privilégios ou perseguições, mas instrumento regulador da vida social que necessita tratar equitativamente todos os cidadãos. Este é o conteúdo político-ideológico absorvido pelo princípio da isonomia e juridicizado pelos textos constitucionais em geral, ou de todo modo assimilado pelos sistemas normativos vigentes.

Em suma: dúvida não padece que, ao se cumprir a lei, todos os abrangidos por ela hão de receber tratamento parificado, sendo certo, ainda, que ao próprio ditame legal é interdito deferir disciplinas diversas para situações equivalentes (Campos, 1956 *apud* Mello, 2014, p. 09).

Para Nicola Abbagnano, a igualdade está relacionada a uma comparação entre situações ou pessoas, sendo uma relação entre dois termos, ou seja, quando uma coisa ou alguém possa ser substituído por outro sem alteração da quantidade.

Relação entre dois termos, em que um pode substituir o outro. Geralmente, dois termos são considerados iguais quando podem ser substituídos um pelo outro no mesmo contexto, sem que mude o valor do contexto. Esse significado foi estabelecido por Leibniz, mas Aristóteles limitava o significado dessa palavra ao âmbito da categoria da quantidade, e que dizia eram iguais às coisas que tem em comum a quantidade. A noção de igualdade assim generalizada (com possibilidade de substituição) presta-se tanto para as relações puramente de equivalência ou de equipolência quanto às relações políticas, morais e jurídicas que se denominam de igualdade. P. ex., a igualdade dos cidadãos perante a lei pode ser reduzida à possibilidade de substituição dos cidadãos nas situações previstas pela lei sem que mude o procedimento da lei. [...] Está claro que o juízo de igualdade só pode ser pronunciado com base na determinação das condições às quais os termos devem satisfazer para serem considerados substituíveis (Bagnano, 1999, p. 534).

Ao longo da história, graves violações a direitos ocorreram na comparação entre o “eu e o outro” na tentativa de eliminação das diferenças entre sujeitos de direitos, a exemplo do que ocorreu no nazismo, com fundamento na igualdade formal, o que demonstra ser insuficiente tratar o indivíduo de forma genérica, pois cada ser humano tem sua peculiaridade, conforme relembra Flavia Piovesan:

O temor à diferença é fator que permite compreender a primeira fase de proteção dos direitos humanos, marcada pela tônica da proteção geral e abstrata, com base na igualdade formal- eis que o legado do nazismo pautou-se na diferença como base para as políticas de extermínio, sob o lema da prevalência e da superioridade da raça pura ariana e da eliminação das demais. Torna-se, contudo, insuficiente tratar o indivíduo de forma genérica, geral e abstrata. Faz-se necessário a especificação do sujeito de direito, que passa a ser visto em sua peculiaridade e particularidade. Nessa ótica, determinados sujeitos de direitos, ou determinadas violações de direitos, exigem uma resposta específica e diferenciada. Neste cenário as mulheres, as crianças, as populações afro-descendentes, os migrantes, as pessoas com deficiência, dentre outras categorias vulneráveis, devem ser vistas nas especificidades e peculiaridades de sua condição social. Ao lado do direito à igualdade, surge, também como direito fundamental, o direito à diferença. Importa o respeito à diferença e à diversidade, o que lhes assegura um tratamento especial (Piovesan, 2010, p. 49).

O significado de igualdade do ponto de vista jurídico, porém, requer maior profundidade, não se limitando a substituição de um pelo outro. A igualdade jurídica está também relacionada à própria ideia de distribuição de Justiça, conforme Norberto Bobbio:

Enquanto liberdade e igualdade são termos muito diferentes tanto conceitual como axiologicamente, embora articulados, o conceito e também o valor de igualdade mal se distinguem do conceito e do valor de justiça na maioria de suas acepções, tanto que expressão liberdade e justiça é frequentemente utilizada como equivalente da expressão liberdade e igualdade (Bobbio, 2002 p. 14).

Na comparação entre liberdade e igualdade, Rodolfo Vázquez afirma que:

a liberdade é um valor substantivo, cuja extensão não depende de como é distribuído entre diversos indivíduos. Ao contrário, a igualdade é em si mesma um valor adjetivo que se refere à distribuição de algum outro valor. A igualdade não é valiosa se não se trata de alguma situação ou característica que seja em si mesma valiosa (Vasquez, 2001).

O conceito de igualdade material foi traçado por Aristóteles no sentido de que igualdade consiste em tratar os iguais igualmente e os desiguais desigualmente na exata medida de suas desigualdades.

Um mínimo de evolução exigiu do sistema jurídico que todos os homens fossem tidos como iguais, independentemente de qualquer condição, tais como idade, sexo, raça, cor, credo religioso, convicções políticas, etc... Passo tão inicial somente veio a ser dado no século XVIII, com a revolução francesa e as declarações de direitos humanos. Pensadores e filósofos do passado, entretanto, já denunciaram a igualdade entre os homens como princípio basilar da organização do estado, tendo Aristóteles, ainda na era pré-cristã, não somente conceituado a igualdade, tal como concebida pela revolução francesa, mas avançado mais, para destacar que ‘A igualdade consiste em tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais’. Com essa visão da isonomia o famigerado pensador se insere entre os pósteres do século XIX, de nossa era (Lima, 1993, p. 14).

Este conceito de igualdade nos leva ao seguinte questionamento: Quem são os iguais e os desiguais? No mesmo sentido, de acordo com Norberto Bobbio (2010, p. 298-299), ao falarmos de igualdade devemos ainda responder a outras duas perguntas: Igualdade entre quem? Igualdade com relação a que coisas?

Robert Alexy *apud* Frischeisen (2007, p. 103), aponta algumas regras para a interpretação do direito de igualdade: “o legislador está proibido de tratar 1) o igual, desigualmente; 2) o essencialmente igual, desigualmente; 4) o essencialmente igual, de forma arbitrariamente desigual.”

Bandeira de Mello elucida critérios objetivos para que o reconhecimento das diferenciações não ofenda a isonomia, como a eleição do fator de desigualação, a correlação lógica abstrata entre o critério eleito e a disparidade identificada, todos afinados com os objetivos eleitos pela Constituição Federal.

A dizer: o que permite radicalizar alguns sob a rubrica de iguais e outros sob a rubrica de desiguais? Em suma: qual o critério legitimamente manipulável sem agravos à isonomia- que autoriza distinguir pessoas e situações em grupos apartados para os fins de tratamentos jurídicos diversos? Afinal, que espécie de igualdade veda e que tipo de desigualdade faculta a discriminação de situações e de pessoas, sem quebra e agressão aos objetivos transfundidos no princípio constitucional da isonomia? (Mello, 2024, p. 11).

Parece-nos que o reconhecimento das diferenciações que não podem ser feitas sem quebra da isonomia se divide em três questões: a) a primeira diz com elemento tomado como fator de desigualação; b) a segunda reporta-se à correlação lógica abstrata existente entre o fator erigido em critério de discrimen e a disparidade estabelecida no tratamento jurídico diversificado; c) a terceira atina à consonância desta correlação lógica com os interesses absorvidos no sistema constitucional e destarte juridicizados (Mello, 2024. p. 21).

As respostas aos questionamentos acima dependem do pacto social de determinada sociedade levando em consideração o momento histórico, político, cultural, dentre outros. Isso justifica, por exemplo, a existência de leis infraconstitucionais anteriores que hoje se mostram

claramente inconstitucionais, mas que, ao seu tempo, era aplicadas e até impostas sob o manto da Justiça, a exemplo do tratamento desiguais para homens e mulheres.

Em outras palavras, uma relação de igualdade é uma meta desejável na medida em que é considerada justa, onde por justa se entende que tal relação tem a ver, de algum modo, com uma ordem a instituir ou restituir (uma vez abalada, com um ideal de harmonia das partes de um todo, entre coisas porque se considera que somente um todo ordenado tem possibilidade de durar (Bobbio, 2002, p. 58).

Nesse sentido destaca-se o pensamento de Nancy Fraser:

Ao formular esse projeto, assumo o fato de a jurisprudência requerer hoje tanto reconhecimento como redistribuição. Proponho-me a examinar a relação entre ambos. Em parte, isso significa descobrir como conceitualizar reconhecimento cultural e igualdade social de forma que ambos se sustentem e não enfraqueçam um ao outro (pois há tantas concepções distintas de ambos). Também significa teorizar sobre os modos pelas quais desvantagem econômica e desrespeito cultural estão entrelaçados e apoiando um ao outro. Também requer a clarificação dos dilemas políticos que surgem quando tentamos combater ambas as injustiças simultaneamente (Fraser, 2001, p. 246).

A igualdade é um direito fundamental de segunda dimensão e materialmente consiste, portanto, no poder-dever do legislador tratar desigualmente os desiguais pretendendo preservar a igualdade de oportunidades, encargos e vantagens.

De tudo quanto se vem de afirmar e transcrever, resta concluir que ao sistema jurídico nacional não repugna de todo que a norma estabeleça tratamento diferenciado quanto a determinada categoria de indivíduos, desde que o faça com o fito de realizar valores consagrados no próprio sistema como um todo. O que exige ciência e observação, equilíbrio e sensibilidade, é identificar quais os discrimines permitidos, máxime entre homens e mulheres, assunto em que somente muito especialmente se permite desiquiparações (Lima, 1993, p. 21).

No âmbito dos bens e direitos aos quais todos devem ter acesso, John Rawls defende que bens primários sociais são “direitos e liberdades, oportunidades e poderes, rendimento e riqueza” (Rawls, 1993). Se os bens são universais, não podem ser alcançados apenas pelas práticas de mercado, cabendo ao Estado garantir o acesso também àqueles que eventualmente não consiga alcança-los como expressão do exercício da cidadania decorrente do Estado democrático.

Assim, os conceitos de igualdade e cidadania estão entrelaçados, embora aquela seja mais ampla do que esta. A cidadania, fundamento da República previsto no artigo 1º, II, da Constituição atual, para além do poder-dever de votar e ser votado, também é a possibilidade de exercício de direitos civis, políticos e sociais, de acesso a bens essenciais da sociedade, enfim

de concretização dos direitos e garantias fundamentais, conforme destaca Adrián Gurza Lavalle:

Especificamente no que diz respeito à igualdade, cabe lembrar que o *quid* reside no fato de a cidadania ter introduzido distinção dupla, de inclusão e exclusão: primeiro, expandiu o terreno da igualdade garantido pela lei, isto é, determinou áreas relevantes da vida social nas quais deviam primar condições de acesso, participação ou usufruto semelhantes para segmentos sociais investidos de status de cidadão, segundo, a consagração dessas áreas - da herança social a ser compartilhada como pressuposto de uma vida civilizada - simultaneamente desautoriza a legitimidade de qualquer demanda que escape de suas fronteiras. Nas palavras de Marshall: o 'status' não foi eliminado do sistema social. O status diferencial, associado com classe, função e família, foi substituído pelo status uniforme de cidadania que ofereceu o fundamento da igualdade sobre a qual a estrutura da desigualdade foi edificada (Lavallo, 2003, p. 82-83).

A cidadania não se confunde com nacionalidade, embora tenha com ela alguma relação, pois o seu exercício está relacionado a um território geográfico. Dentro deste limite territorial, igualdade e cidadania poderiam, no entanto, ser considerados sinônimos desde que todos tivessem acesso aos bens universais.

Percebe-se, portanto, que a igualdade pode ser analisada sobre pelo menos três vertentes, a igualdade formal, essencial para eliminação de privilégio entre iguais, a igualdade material, às vezes relacionada ao ideal de justiça quanto ao reconhecimento de identidades e vulnerabilidades, como os critérios de gênero, raça e outros e outras vezes, a igualdade material correspondente à ideia de justiça social e distributiva, ou seja, uma igualdade relacionadas a critérios socioeconômicos.

No mesmo sentido, Boaventura de Souza Santos afirma que apenas a exigência do reconhecimento e da redistribuição permite a realização da igualdade. Atente-se que esta feição bidimensional da justiça mantém uma relação dinâmica e dialética, ou seja, os dois termos relacionam-se e interagem mutuamente, na medida em que a discriminação implica pobreza e a pobreza implica discriminação.

Ainda Boaventura acrescenta: temos o direito a ser iguais quando a nossa diferença nos inferioriza; e temos o direito a ser diferentes quando a nossa igualdade nos descaracteriza. Daí a necessidade de uma igualdade que reconheça as diferenças e de uma diferença que não produza, alimente ou reproduza as desigualdades (Piovesan, 2010, p. 50)

O acesso aos bens primários, pode ser, por vezes, promovido pelo Estado especialmente na defesa de grupos vulneráveis, outras vezes, promovido pela livre iniciativa. Por este motivo, estudaremos em que medida a empresa pode contribuir para o progresso do país quanto a promoção da igualdade de direitos de seus colaboradores, especialmente entre homens e mulheres.

A igualdade, assim considerada como a diminuição das desigualdades sociais e a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade ou outra forma de discriminação, objetivo da República previsto art. 3º, IV, da Constituição de 88, depende da concretização destas normas para que se efetive, sendo insuficiente a previsão constitucional ou legal. Nesse sentido ensina Hannah Arendt:

A igualdade, em contraste com tudo o que se relaciona com a mera existência, não nos é dada, mas resulta da organização humana, porquanto é orientada pelo princípio da justiça. Não nascemos iguais, tornamo-nos iguais como membros de um grupo por força da nossa decisão de nos garantirmos direitos reciprocamente iguais (Arendt, 1989, p. 335).

A igualdade é, portanto, uma construção constitucional, legal, administrativa e judicial, ou seja, é necessário que determinada sociedade pactue, por intermédio de mecanismos efetivos, a sua efetivação.

A comunidade brasileira, através da Constituição Federal de 1988, pactou a promoção do bem de todos como um dos objetivos da nossa República (artigo 3º, inciso IV) e igualdade de todos perante a lei como direito fundamental (artigo 5º, caput). Da combinação de ambos os princípios tem-se que a igualdade não é somente aquela que se declara perante terceiros no âmbito de uma demanda judicial (isonomia), mas também pode ser promovida, construída através da legislação que vise o reconhecimento de identidades de grupos e/ou redistribuição de bens e serviços considerados essenciais. O paradigma é aqui, sem dúvida, a idéia de que a Constituição é o documento que consolida as regras firmadas por uma sociedade no sentido de estabelecer os direitos que perecem aqueles que a integram, como devem proceder seus governantes, quais as regras que devem ser seguidas na elaboração das leis, ou seja, trata-se das regras do pacto social. Estamos aqui, sem dúvida, diante da idéia do contrato social. Quais serão as forças que prevalecerão no contrato, quais as desigualdades que serão permitidas, quais são as regras de participação na formulação do contrato. Todos esses debates ocorrem no âmbito da construção, consolidação ou aprofundamento da democracia (participação de todos) e da república (igualdade de todos) em um determinado Estado que se pretenda democrático e de direito (Frischeisen, 2007, p. 22-23).

Conforme ensina Maurizio Fioravanti, a Constituição Federal é a diretriz mínima que compromete todos os Poderes do Estado quanto a sua concretização.

Como norma diretriz fundamental, à qual devem se conformar em suas ações, em nome dos valores constitucionais, todos os sujeitos politicamente ativos, públicos e privados. Definitivamente a constituição é concebida não só como mecanismo direcionado à proteção de direitos, mas também como grande norma diretriz que solidariamente compromete a todos na obra dinâmica de realizar valores constitucionais (Fioravanti, 1996, p. 128).

O conjunto dos Direitos sociais foi consagrado constitucionalmente como uma das espécies de direitos fundamentais, caracterizando-se como verdadeiras liberdades positivas, de observância obrigatória em um Estado Social de Direito, tendo por finalidade a melhoria das condições de vida aos hipossuficientes, visando à concretização da igualdade social, e são consagrados como fundamentos do Estado Democrático, pelo art. 1º, IV, da Constituição Federal.

Um dos instrumentos reparadores às desigualdades vivenciadas são as ações afirmativas que podem ser conceituadas como “[...] um programa público ou privado que considera aquelas características as quais vêm sendo usadas para negar aos excluídos tratamento igual” (Duncan, 1982, p. 503, tradução nossa)

As ações afirmativas, de caráter transitório, podem levar em consideração critérios de raça, gênero ou outro aspecto que caracterize certo grupo vulnerável que necessite promoção social.

De acordo com o art. 3º, da Convenção para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, as ações afirmativas podem ser conceituadas como:

1. A adoção pelos Estados-Partes de medidas especiais de caráter temporário destinadas a acelerar a igualdade de fato entre o homem e a mulher não se considerará discriminação na forma definida nesta Convenção, mas de nenhuma maneira implicará, como consequência, a manutenção de normas desiguais ou separadas; essas medidas cessarão quando os objetivos de igualdade de oportunidade e tratamento houverem sido alcançados. 2. A adoção pelos Estados-Partes de medidas especiais, inclusive as contidas na presente Convenção, destinadas a proteger a maternidade, não se considerará discriminatória (Brasil, 2002a).

O Supremo Tribunal Federal, em diversas oportunidades, admitiu a constitucionalidade das políticas de ação afirmativa. Entre os vários precedentes, cito a MC-ADI 1.276-SP, Rel. Min. Octávio Gallotti¹⁶, a ADI 1.276/SP, Rel. Min. Ellen Gracie¹⁷, o RMS 26.071, Rel. Min. Ayres Britto¹⁸ e a ADI 1.946/DF, Rel. Min. Sydnei Sanches¹⁹ e a MC-ADI 1.946/DF, Rel. Min. Sydnei Sanches²⁰.

No julgamento da ADPF 186/DF, que versava sobre a reserva de vagas para negros em instituições públicas de ensino superior, o relator do Acórdão, Ricardo Lewandowski, em 2012, afirmou que:

¹⁶ <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=346944>

¹⁷ <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=1614036>

¹⁸ <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2394644>

¹⁹ <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=1747623>

²⁰ <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=266805>

não contraria - ao contrário, prestigia – o princípio da igualdade material, previsto no caput do art. 5º da Carta da República, a possibilidade de o Estado lançar mão seja de políticas de cunho universalista, que abrangem um número indeterminados de indivíduos, mediante ações de natureza estrutural, seja de ações afirmativas, que atingem grupos sociais determinados, de maneira pontual, atribuindo a estes certas vantagens, por um tempo limitado, de modo a permitir-lhes a superação de desigualdades decorrentes de situações históricas particulares (Brasil, 2012b).

Nesse sentido, assenta Daniela Ikawa:

O princípio formal de igualdade, aplicado com exclusividade, acarreta injustiças [...] ao desconsiderar diferenças em identidade. [...] Apenas o princípio da igualdade material, prescrito como critério distributivo, percebe tanto aquela igualdade inicial, quanto essa diferença em identidade e contexto. Para respeitar a igualdade inicial em dignidade e a diferença, não basta, portanto, um princípio de igualdade formal. [...] O princípio da universalidade formal deve ser oposto, primeiro, a uma preocupação com os resultados, algo que as políticas universalistas materiais abarcam. Segundo deve ser oposto a uma preocupação com os resultados obtidos hoje, enquanto não há recursos suficientes ou vontade política para a implementação de mudanças estruturais que requerem a consideração do contexto, e enquanto há indivíduos que não mais podem ser alcançados por políticas universalistas de base, mas que sofreram os efeitos, no que toca à educação, da insuficiência dessas políticas. São necessárias, por conseguinte, também políticas afirmativas. [...] As políticas universalistas materiais e as políticas afirmativas têm [...] o mesmo fundamento: o princípio constitucional da igualdade material. São, contudo, distintas no seguinte sentido. Embora ambas levem em consideração os resultados, as políticas universalistas materiais, diferentemente das ações afirmativas, não tomam em conta a posição relativa dos grupos sociais entre si (Ikawa, 2008, p. 150-152).

Segundo John Rawls, por meio da aplicação da denominada “justiça distributiva”, se permite superar as desigualdades que ocorrem na realidade fática, mediante uma intervenção estatal determinada e consistente para corrigi-las, realocando-se os bens e oportunidades existentes na sociedade em benefício da coletividade como um todo. Nesse sentido, ensina que “As desigualdades sociais e econômicas devem ser ordenadas de tal modo que sejam ao mesmo tempo (a) consideradas como vantajosas para todos dentro dos limites do razoável, e (b) vinculadas a posições e cargos acessíveis a todos” (Rawls, 1997. p. 3).

De acordo com Nancy Fraser e Axel Honneth:

Atualmente, as reivindicações por justiça social parecem, cada vez mais, divididas entre dois tipos. A primeira, e a mais comum, é a reivindicação redistributiva, que almeja uma maior distribuição de recursos e riqueza. Exemplos incluem reivindicações por redistribuição de recursos do Norte para o Sul, do rico para o pobre, e (não há muito tempo atrás) do empregador para o empregado. Certamente, o recente ressurgimento do pensamento do livre-mercado pôs os proponentes da redistribuição na defensiva. Contudo, reivindicações redistributivas igualitárias forneceram o caso paradigmático

para a maioria das teorias de justiça social nos últimos 150 anos. Hoje, entretanto, estamos orientados cada vez mais a encontrar um segundo tipo de reivindicação por justiça social nas ‘políticas de reconhecimento’. Aqui o objetivo, na sua forma mais plausível, é um mundo diversificado, onde a assimilação da maioria ou das normas culturais dominantes não é mais o preço do respeito mútuo. Exemplos incluem reivindicações por reconhecimento de perspectivas distintas das minorias étnicas, ‘raciais’ e sexuais, assim como de diferença de gênero. Esse tipo de reivindicação tem atraído recentemente o interesse de filósofos políticos, aliás, alguns deles estão procurando desenvolver um novo paradigma de justiça social que coloca o reconhecimento no centro da discussão. De modo geral, então, estamos sendo confrontados com uma nova constelação. O discurso sobre justiça social, uma vez centrado na distribuição, está agora cada vez mais dividido entre reivindicações por redistribuição, de um lado, e reivindicações por reconhecimento do outro. Cada vez mais, as reivindicações por reconhecimento tendem a predominar (Fraser; Honneth, 2003, p. 7-8, tradução nossa).

Tratam-se de reivindicações lícitas amparadas em reparação histórica, conforme estudaremos.

1.3.2 O Princípio da Dignidade da pessoa humana: fundamento da República e Princípio da Ordem Econômica

A concretização do Princípio da Igualdade está em sintonia com o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, na forma acima proposta, razão pela qual estudaremos como a Constituição de 1988 regulamente este princípio, ora no artigo 1º, III, como fundamento da República, ora caput do artigo 170, como Princípio da Ordem Econômica.

Luís Roberto Barroso relembra que até o final do século XVIII a dignidade da pessoa humana ainda não estava relacionada aos direitos fundamentais e sim à posição social do indivíduo:

De fato, na Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, ela estava entrelaçada com as ocupações e posições públicas, nos Estados Unidos, as referências à dignidade nos Artigos Federalistas, por exemplo, diziam respeito a cargos, ao governo ou a nação como um todo. Portanto, na cultura ocidental, começando com os romanos e chegando até o século XVIII, o primeiro sentido atribuído à dignidade – enquanto categorização dos indivíduos – estava associado a um status superior, uma posição ou classificação social mais alta (Barroso, 2014, p. 14).

Naquela época, a dignidade da pessoa humana estava relacionada à nobreza e privilégios e foi neste contexto que se normalizou inclusive a escravidão do homem pelo homem. Até o século XVIII, a escravidão, que teve sua origem na Mesopotâmia e Egito, alcançando seu apogeu em Roma, não era criticada ou proibida pelo Estado. Pelo contrário, a escravidão era

inclusive estimulada pelo Poder Público e formava a base da economia e da elite política na época.

Como símbolo humanista, a dignidade humana teve origem religiosa e filosófica inclusive antes de Cristo:

As ideias centrais que estão no âmago da dignidade humana podem ser encontradas no Velho Testamento, a Bíblia Judaica: Deus criou o homem à sua própria imagem e semelhança (Imago Dei) e impôs sobre cada pessoa o dever de amar o próximo como a si mesmo. Essas máximas são repetidas no Novo Testamento cristão. [...]. Em relação às origens filosóficas da dignidade humana, o grande orador e estadista romano Marco Túlio Cícero foi o primeiro autor a empregar a expressão ‘dignidade do homem’, no seu tratado *De Officiis* (‘Sobre os deveres’), de 44 a. C., em uma passagem na qual ele distingue a natureza dos homens dos animais (Barroso, 2014, p. 15-16).

Depreende-se, portanto, que a ideia de dignidade da pessoa humana, da forma como conhecemos atualmente não nasceu pronta e acabada, mas decorre de uma construção histórica, política e social que, antes de ser atingida, fundamentou a exploração econômica de outros seres humanos, conforme destaca Daniel Sarmento em obra dedicada ao estudo da dignidade da pessoa humana:

Independentemente da posição que se tenha sobre o fundamento deste princípio - se ele se ancora, por exemplo, em leis divinas, na natureza humana, ou se é o resultado contingente e provisório de lutas políticas e sociais-, não há dúvida de que, do ponto de vista descritivo, o princípio da dignidade da pessoa humana, tal como hoje o concebemos, não nasceu pronto e acabado. A questão da genealogia histórica não se confunde com a da fundamentação [...] (Sarmento, 2024, p. 33-34)

Embora o ideal de liberdade seja anterior, conforme já estudado, foi apenas no século XX que a dignidade da pessoa humana começou a aparecer nos documentos jurídicos, começando pela Constituição do México em 1917 e na Constituição alemã da República de Weimar em 1919:

O sentido de direitos humanos ou fundamentais tem certamente fontes em processos históricos muito longínquos no tempo. Todavia, somente com as mudanças sociais, econômicas e políticas no trânsito da Idade Média para Moderna é que assumem tais direitos significado mais preciso. A ideia de um homem dotado de dignidade não será nova, pois lança raízes em nossa tradição hebraica e greco-romana. Todavia, receberá um contorno todo especial com a substituição do pluralismo jurídico e político pelo pluralismo social e econômico (Sampaio, 2004, p. 141).

Atualmente, a dignidade da pessoa humana é entendida como um pressuposto que cada ser humano possui, um valor intrínseco e desfruta de uma posição especial no universo, nas palavras do Barroso (2014, p. 14).

Sobre o conceito de existência digna discorre Reynaldo Soares da Fonseca:

Mesmo o conceito de ‘existência digna’ como finalidade da ordem econômica reflete os anseios de justiça social e valorização do trabalho, por ser também lastreado na concepção de democracia econômica oriunda do art. 151 da Constituição de Weimar de 1919 acerca “Da vida econômica”. No caso brasileiro, houve a migração dessa ideia constitucional para fins de incorporar em nível constitucional a dignidade humana e a constituição econômica, segundo observa-se nos arts. 115, caput, da Constituição de 1934, 145 da Constituição de 1946, e 170, caput, da atual ordem constitucional. Por conseguinte, na República de Weimar e no Brasil em períodos democráticos, almejou-se expandir a democracia da política às ordens econômica e social. Logo, [d]emocratizar a economia significa romper com a influência dos detentores do poder econômico privado, democratizando-o, ou seja, significa distribuí-lo. O cidadão deve ser, ao mesmo tempo, um cidadão do Estado e um cidadão da economia. Portanto, é plausível que também aqui dignidade da pessoa humana no modelo constitucional brasileiro vigente vai além de um mínimo existencial retirado do liberalismo, de maneira a englobar também autodeterminação política e econômica. Dessa forma, a dignidade do Homem não abarcaria tão somente a questão de o homem não poder ser um instrumento, mas também, em decorrência desse fato, de o Homem ser capaz de escolher seu próprio caminho, efetuar suas próprias decisões, sem que haja interferência direta de terceiros em seu pensar e decidir, como as conhecidas imposições de cunho político-eleitoral (voto de cabresto), ou as de conotação econômica (baseada na hipossuficiência do consumidor e das massas em geral), e sem que haja, até mesmo, interferências internas, decorrentes dos, infelizmente usuais, vícios. Efetuadas essas considerações, torna-se possível passar a tratar da relação promocional e produtiva entre esse direito fundamental e dimensão jurídica da fraternidade. Considerada a fundamentalidade da dignidade da pessoa humana, decorre da própria supremacia da constituição o reconhecimento desse princípio como fonte e supremo aos demais valores constitucionais. Portanto, qualquer raciocínio a respeito da juridicidade da fraternidade perpassa necessariamente por algum conteúdo de dignidade (Fonseca, 2019, p. 82-3).

O conceito de dignidade da pessoa humana não é fechado e nem se pretende, neste trabalho, alcançá-lo, considerando seus inúmeros contornos. O conceito aberto da dignidade da pessoa humana é inclusive da sua essência, pois permite a sua proteção da pessoa humana de acordo com os riscos e ameaças que se apresentem.

[...] Não se deve alimentar qualquer esperança no sentido de se ‘fechar’ o princípio da dignidade da pessoa humana, precisando-lhe completamente os contornos, de modo a viabilizar a sua aplicação mecânica. A tarefa não seria factível: a natureza do princípio da dignidade da pessoa humana e a complexidade das situações sobre os quais ele incide jamais o permitiriam. Esse fechamento tampouco seria desejável. Afinal, a abertura é fundamental para que o princípio possa desempenhar bem o seu papel, que envolve a proteção da pessoa humana diante de riscos e ameaças que nem sempre podem ser antecipados. [...]. Muito embora o princípio da dignidade da pessoa humana tenha forte vocação universalista, a definição do seu conteúdo e características não pode prescindir da análise do sistema jurídico de cada Estado. A exata conformação desse princípio, bem como a definição dos

papéis que ele exerce, pode mudar- e tende a mudar- no tempo e no espaço (Sarmiento, 2024, p. 82).

Ingo Wolfgang Sarlet elaborou a seguinte definição referente a dignidade da pessoa humana:

A qualidade intrínseca e distinta reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos (Sarlet *apud* Sarmiento, 2024, p. 104).

Outros autores também tentaram conceituar a dignidade da pessoa humana, entretanto, Daniel Sarmiento resume o conteúdo essencial do princípio da dignidade da pessoa humana como sendo aquele compreende o valor intrínseco da pessoa, a autonomia, o mínimo existencial e o reconhecimento.

No direito contemporâneo, a palavra ‘dignidade’ tem sido usada em um terceiro sentido, geralmente associado a direitos humanos. A dignidade é empregada como qualidade intrínseca de todos os seres humanos, independentemente do seu status e da sua conduta. A dignidade é ontológica, e não contingente. Em outras palavras, todos os indivíduos que pertencem à espécie humana possuem dignidade apenas por serem pessoas. Não se admitem restrições relativas a fatores como gênero, idade, cor, orientação sexual, nacionalidade, deficiência, capacidade intelectual ou quaisquer outros. E ninguém se despe da dignidade humana, ainda que cometa crimes gravíssimos, que pratique os atos mais abomináveis. O homicida e o torturador têm o mesmo valor intrínseco que o herói e que o santo. A dignidade humana, que não é concebida por ninguém, não pode ser retirada pelo Estado ou pela sociedade, em nenhuma situação. Ela é inerente à personalidade humana e, portanto, embora possa ser violada e ofendida pela ação do Estado ou de particulares, jamais será perdida pelo seu titular (Sarmiento, 2024, p. 118-119).

Apesar da dificuldade conceitual, neste trabalho, se partirá do pressuposto de que a dignidade da pessoa humana alcança todos os seres humanos, sem distinção de classe social e econômica, sexo, raça, origem ou outro fator de discriminação.

À luz da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, a dignidade da pessoa humana, embora positivada em artigos da Constituição Federal de 88, é predominantemente um princípio e não apenas uma regra, que vincula a interpretação do aplicador do direito, irradiando-se.

De todo modo, vale lembrar que princípios e regras, integram o conceito norma jurídica, de acordo com entendimento clássico.

Princípios são normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementaridade e de parcialidade, para cuja aplicação se demanda uma avaliação da correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à sua promoção. As regras são normas imediatamente descritivas, primariamente retrospectivas e com pretensão de decidibilidade e abrangência, para cuja aplicação se exige a avaliação da correspondência, sempre centrada na finalidade que lhes dá suporte ou nos princípios que lhes são axiologicamente sobrejacentes, entre a construção conceitual da descrição normativa e a construção conceitual dos fatos (Ávila, 2003, p. 70).

O Princípio da dignidade da pessoa humana é, por um lado, um fundamento da ordem jurídica e, por outro, um fundamento interpretativo. Isso implica dizer que o Estado existe para proteção dos direitos fundamentais, não o inverso.

A noção de fundamento desdobra-se em dois planos: o da legitimação moral e o hermenêutico. No primeiro, afirma-se que a dignidade constitui princípio legitimador, que confere fundamento moral ao Estado e à ordem jurídica, ao estabelecer que eles existem em razão da pessoa humana, e não o contrário. Depois do holocausto nazista. Não parece mais possível fundar a legitimidade do poder na mera forma jurídica, como sustentara Max Weber no início do século passado. Busca-se, neste cenário, fundações para o Direito que não se reduzam a construções lógicas sem conteúdo, como a famosa *Grundnorm*, de Hans Kelsen. [...] Nesse contexto, a legitimidade do Estado e da ordem jurídica passa a se amparar em duas ideias fundamentais: democracia e respeito aos direitos humanos.

[...]

Como fundamento da ordem jurídica, a dignidade da pessoa humana desempenha também um papel hermenêutico extremamente relevante, devendo guiar os processos de interpretação, a aplicação e integração do Direito. Isso se dá, evidentemente, em relação aos direitos fundamentais. É que, como ressaltou Jorge Miranda, em lição orientada para a ordem jurídica portuguesa, mas também aplicável ao Brasil, ‘a Constituição, a despeito do seu caráter compromissório, confere uma unidade de sentido, de valor e de concordância prática ao sistema de direitos fundamentais’, que ‘repousa na dignidade da pessoa humana’. Embora em intensidade variável, a dignidade da pessoa humana está presente em todos- ou praticamente todos- os direitos fundamentais constitucionais consagrados: liberdades individuais, direitos políticos, sociais, culturais e transindividuais. Assim, é natural que ela seja o principal norte na interpretação dos direitos fundamentais (Sarmento, 2024, p. 92).

A dignidade da pessoa humana não é absoluta, mas vincula o Estado e os particulares envolvendo prestações positivas e negativas, ou seja, por vezes exige uma ação do Estado e outras uma conduta omissiva.

A exemplo disso cite-se o julgamento pelo Supremo Tribunal Federal na ADPF 347, de relatoria de Marco Aurélio, publicado em 19 de dezembro de 2023, em que o Supremo declarou um estado de coisas inconstitucional no sistema carcerário brasileiro por violação do direito dos presos, determinando que a União, Estados e Distrito Federal, em conjunto com o Departamento

de Monitoramento e Fiscalização do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), elaborassem planos voltados para o controle de superlotação carcerária.

Outro significativo exemplo refere-se ao julgamento, também pelo Supremo, do Recurso Extraordinário 886.131, de relatoria de Luís Roberto Barroso, publicado em 18 de março de 2024, em que se determinou a posse de candidata que fora acometida por câncer, sob pena de violação ao direito fundamental à posse e confirmação de uma desigualdade que os concursos pretendem evitar (Brasil 2024a).

A dignidade da pessoa humana, conforme estudado, é o núcleo essencial dos direitos fundamentais e a Constituição garante meios de sua efetivação. Tanto é assim que a dignidade é um dos fundamentos da República previstos no inciso III do artigo 1º da Constituição de 1988, ao lado da valorização social do trabalho e da livre iniciativa, estando ainda prevista no caput do artigo 170 da Constituição Federal como uma finalidade a ser alcançada.

Art. 1º, CF. A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...]; III - a dignidade da pessoa humana; IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; [...].

Art. 170, CF/88: A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: I - soberania nacional; II - propriedade privada; III - função social da propriedade; IV - livre concorrência; V - defesa do consumidor; VI - defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação; VII - redução das desigualdades regionais e sociais; VIII - busca do pleno emprego; IX - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País (grifo nosso).

Assim como fizeram as precedentes Cartas de 1934, 1937, 1946 e 1967, a Constituição do Brasil de 1988 igualmente dedicou título próprio à Ordem Econômica, sendo este o microsistema de normas constitucionais ‘onde se definem os princípios de coordenação e regulamentação da vida econômico-social’, como define Canotilho (2003, p. 182) (Tavares; Gama, 2022, p. 10).

A maneira como a Constituição de 88 foi estruturada não é por acaso, ou seja, privilegiando em seus primeiros artigos os direitos fundamentais e, ao final, a ordem econômica, embora ambos os capítulos tenham sua relevância, pois o último pretende materializar o primeiro. Nesse sentido, destaca Daniel Sarmiento que a escolha do constituinte foi inspirada nas constituições europeias do pós-guerra com o objetivo único de destacar e elevar a dignidade da pessoa humana:

A centralidade da pessoa humana, tratada não como meio, mas como fim da ordem jurídica e do Estado, revela-se logo na organização da Lei Maior. Se as constituições anteriores começavam disciplinando a estrutura estatal e só depois enunciavam os direitos fundamentais, a Carta de 88 fez o oposto, principiando pela consagração dos direitos das pessoas. A inversão não foi gratuita. Trata-se de modelo adotado em diversas constituições europeias do 2º pós-guerra, que indica a absoluta prioridade dos direitos fundamentais em nosso sistema jurídico. Tal prioridade, por outro lado, se entrevê também na elevação dos direitos fundamentais à qualidade de cláusulas pétreas (art. 60, § 4º, inciso IV, CF), o que ocorreu pela primeira vez na história de nosso constitucionalismo. Como cláusulas pétreas, os direitos são garantidos como ‘trunfos’, postos ao abrigo da vontade das maiorias políticas, mesmo as mais qualificadas (Sarmiento, 2024, p. 85).

O Título da Ordem Econômica é chamado doutrinariamente de Constituição Econômica, considerando a sua importância. André Ramos Tavares (2022, p. 174-175), destaca que:

A expressão Constituição econômica abrange todas as normas relacionadas à vida econômica, em um sentido que se deve considerar amplo. Assim, além das normas que disciplinam a atuação do Estado e dos agentes privados na economia propriamente dita, é imprescindível incluir as normas que explicitam os direitos sociais, a democracia econômica e, sobretudo, as normas que estabelecem uma estrutura deliberadamente direcionada para promover um desenvolvimento do país atento a suas especificidades. [...].

Outra característica das chamadas Constituições Econômicas é a previsão da liberdade de comércio, indústria, liberdade contratual e, especialmente, o direito de propriedade. Elas também são classificadas como programáticas ou dirigentes, pois se referem não apenas a uma garantia do presente, mas um programa para o futuro.

A característica essencial das Constituições Econômicas do século XX é, portanto, o seu caráter diretivo ou dirigente. A importância da Constituição Econômica, segundo Vital Moreira, é a possibilidade que ela abre de se analisar a totalidade da formação social, com suas contradições e conflitos. A Constituição Econômica torna mais clara a ligação da Constituição com a política e com as estruturas sociais e econômicas (Bercovici, 2022, p. 57).

No Brasil, a vinculação da dignidade da pessoa humana à ordem econômica está presente em nossas Constituições democráticas de 1934²¹ (art. 115, caput), de 1946 (artigo 145, parágrafo único²²) e na de 1988 (art. 170²³):

²¹ https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm

²² https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm

²³ https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm

A partir desta vinculação constitucional entre a dignidade humana e constituição econômica, vários autores vão afirmar que a decorrência ou concretização desta vinculação é o que se costuma denominar de ‘mínimo existencial’. Os autores que defendem o chamado mínimo existencial sempre se referem ao Tribunal Constitucional alemão, que, em várias decisões, com base nos princípios da dignidade da pessoa humana, da igualdade e do Estado Social, garantiu um direito ao mínimo existencial. Pelas decisões do Tribunal, o Estado deve garantir o direito à vida e à integridade física dos seus habitantes por meio da prestação de serviços sociais essenciais. O mínimo existencial, assim, obriga o Estado a dar condições mínimas para assegurar uma existência digna de sua população (Bercovici, 2022, p. 146).

Conforme enuncia Robert Alexy,

o mínimo existencial não é um valor nem um princípio jurídico, mas o conteúdo essencial dos direitos fundamentais. Nada obstante, está impregnado pelos valores e princípios jurídicos mais relevantes. O mínimo existencial não é um valor, por não possuir a generalidade e a abstração de ideias como as de liberdade, justiça e igualdade. Além disso, o mínimo existencial pode se traduzir, para a sua garantia, em regra jurídica, o que jamais acontece com valores [...]. O mínimo existencial também não é princípio jurídico, por não exibir as principais características dos princípios, que são as de ser objeto de ponderação e de valer *prima facie*. De feito, o mínimo existencial não pode ser ponderado e vale definitivamente, porque constitui o conteúdo essencial dos direitos fundamentais, que é irredutível por definição e insuscetível de sopesamento (Alexy, 2015, p. 94-95).

Não se pode ignorar que a Constituição Federal de 1988 foi promulgada após longo período de ditadura militar, significando uma ruptura com o regime totalitário que a antecedeu. Nesse contexto, o Título da Ordem Econômica sofreu considerável influência dos militares e empresários da época, que se conscientizaram de que o regime democrático era o que o melhor atendia aos interesses do capitalismo, já adotado desde o século XVIII no ápice do liberalismo da Europa ocidental. Por esse motivo, bem como em razão da desigualdade social, o capitalismo brasileiro é considerado um capitalismo tardio.

O Poder Constituinte se manifesta no momento da ruptura da ordem anterior- a ordem que se desconstituiu, para que outra seja constituída- fecundado pelas forças sociais. Esse momento, dele estivermos a carecer anteriormente à convocação da Constituinte que produziu a Constituição de 1988. Essa convocação resultou de uma evolução e transformação do próprio regime implantado com o golpe de 1964. Os militares, aspirassem efetivamente ou não a transição para a democracia, a assumirem como um desdobramento do ‘movimento de 1964’. Os empresários, por outro lado, finalmente conscientes de que o capitalismo reclama, para sua própria preservação, o compromisso democrático, prontamente se associaram ao projeto da Nova república (Grau, 2022, p. 312).

Esse nosso determinado capitalismo -capitalismo tardio- peculiariza-se nas desigualdades e contradições estruturais sobre as quais se sustenta. O País só deixa de ser uma sociedade basicamente rural, passando a ser predominantemente urbana, durante as décadas dos sessenta e setenta. Os

avanços de industrialização e de urbanização, no entanto, se processam de modo desuniforme, exacerbando ainda mais as desigualdades regionais. Uma parcela do setor agrário é modernizada; a outra, porém, permanece esclerosada. A urbanização se dá de modo desenfreadamente descontrolado, com o crescimento anárquico das cidades, dano lugar a um vergonhoso processo de favelização. [...]. De um lado, grandes empresas, bancos, multinacionais e nacionais. Doutro, o bloco dos atrasados, compreendendo as regiões subdesenvolvidas, pequenas e médias empresas, o setor agrícola não empresarial. Mais além, ainda, os militares e, marcadamente, o Executivo. Todos esses interesses e mais outros, periféricos, nela (Constituição) se fizeram representados, ativamente (Grau, 2022, p. 315-316).

Eros Grau destaca que a ordem econômica na Constituição de 1988 optou pelo sistema capitalista.

Há um modelo econômico definido na Ordem Econômica na Constituição de 1988, modelo aberto, porém, desenhado na afirmação de pontos de proteção contra modificações extremas, que descrevo como modelo de bem-estar. A ordem econômica na Constituição de 1988, sendo objeto de interpretação dinâmica, poderá ser adequada às mudanças da realidade social, prestando-se, ademais, a instrumentá-las (Grau, 2022, p. 328).

No mesmo sentido Alexandre de Moraes: “A ordem econômica na Constituição de 1988, em seu artigo 170, optou pelo modelo capitalista de produção, também conhecido como economia de mercado (art. 219), cujo coração é a livre iniciativa” (Moraes, 2012, p. 851).

Gilberto Bercovici acompanha o entendimento de Eros Grau, partindo do pressuposto de que o capitalismo é um modo de produção essencialmente jurídico, ou seja, o direito é um elemento constitutivo deste modo de produção.

O direito do modo de produção capitalista é racional e formal, caracterizando-se pela universalidade abstrata das formas jurídicas e pela igualdade formal perante a lei, refletindo a universalidade da troca mercantil e buscando garantir a previsão e a calculabilidade de comportamentos. O direito é também uma condição de possibilidade do sistema capitalista, não é um elemento externo. O mercado não é uma ‘ordem espontânea’, natural, embora o discurso liberal sustente essa visão, mas é uma estrutura social, fruto da história e de decisões políticas e jurídicas que servem a determinados interesses, em detrimento de outros. (Bercovici, 2022, p. 15).

A declaração de direitos fundamentais e a eleição pelo sistema capitalista na mesma Constituição não é exclusividade do Brasil, pois Bercovici esclarece que essa característica é comum em Constituições dos pós Primeira Guerra Mundial:

As Constituições elaboradas após o final da Primeira Guerra Mundial têm algumas características comuns, particularmente, a declaração, ao lado dos tradicionais direitos individuais, dos chamados direitos sociais, ou direitos de prestação: direitos ligados ao princípio da igualdade material que dependem de prestações direta ou indiretas do Estado para serem usufruídos pelos cidadãos. Estas novas Constituições são consideradas parte do novo ‘constitucionalismo social’ que se estabelece em boa parte dos Estados europeus e alguns americanos. Em torno destas Constituições, adjetivadas de sociais, programáticas ou econômicas, vai se dar um intenso debate teórico e ideológico (Bercovici, 2022, p. 45).

Aprofundando sobre a relação entre a dignidade da pessoa humana e a ordem econômica explicam Eros Grau (2022) e Gilberto Bercovici (2022). O primeiro destaca que a valorização do trabalho humano é essencial para assegurar a vida digna, o que também significa que o trabalho deve ser assegurado, não sendo suficiente a proteção meramente filantrópica, conforme preleciona o inciso VIII do artigo 170 que tem como um dos princípios a busca do pleno emprego. No mesmo sentido, Bercovici defende que essa compatibilização exige a emancipação completa dos brasileiros, não se resumindo ao mínimo existencial:

No quadro da Constituição de 1988, de toda sorte, da interação entre esses dois princípios e os demais por ela contemplados – particularmente o que define como fim da ordem econômica (mundo do ser) assegurar a todos existência digna – resulta que valorizar o trabalho humano e tomar como fundamental o valor social do trabalho importa em conferir ao trabalho e seus agentes (os trabalhadores) tratamento peculiar. Esse tratamento, em uma sociedade capitalista moderna, peculiariza-se na medida em que o trabalho passa a receber proteção não meramente filantrópica, porém politicamente racional. Titulares de capital e de trabalho são movidos por interesses distintos, ainda que se negue ou se pretenda enuncia-los como convergentes. Daí por que o capitalismo moderno, renovado, pretende a conciliação e composição entre ambos (Grau, 2022, p. 187).

A vinculação da dignidade da pessoa humana à constituição econômica tem sua origem, como quase tudo que diz respeito ao constitucionalismo contemporâneo, na Constituição alemã de 1919, a célebre Constituição de Weimar. [...]. A segunda parte da Constituição de Weimar, denominada ‘Dos Direitos e Deveres Fundamentais dos Alemães’ inovava ao incluir, pela primeira vez na história constitucional europeia, um capítulo (artigos 151 a 165) dedicado exclusivamente à ordem econômica, intitulado “Da Vida Econômica” (‘Das Wirtschaftsleben’). O artigo inaugural deste capítulo, o artigo 151, caput, prescrevia que vida econômica era fundada nos limites da justiça e da existência digna (Bercovici, 2022, p. 143-4). [...] Ora, a Constituição de 1988 expõe de forma muito clara como se vinculam a dignidade da pessoa humana e constituição econômica: esta vinculação se dá por meio da democracia econômica e social, no sentido de uma emancipação completo dos brasileiros, ela não se reduz à alternativa individualista, portanto, limitada, do discurso do mínimo existencial. Afinal, como já prescrevia, em 1928, Hermann Heller: ‘Sem homogeneidade social, a mais radical igualdade formal se torna a mais radical desigualdade, e a democracia formal, ditadura da classe dominante (Bercovici, 2022, p. 150).

O valor social do trabalho e a busca do pleno emprego estão diretamente relacionadas com a dignidade humana quanto ao viés do mínimo existencial, embora aquela não se resume a este. Isso porque, em regra, é pelo trabalho que se garante condições financeiras para atingir o mínimo existencial.

Daniel Sarmento destaca que

é provável que a primeira formulação jurídica do direito ao mínimo existencial se deva a uma jurista brasileiro- e não a um alemão, como geralmente se afirma. Já em 1933, Pontes de Miranda se referiu à existência de um direito público subjetivo à subsistência dentre o elenco dos ‘novos direitos do homem’, que compreenderia o que chamou de ‘mínimo vital’ (Sarmiento, 2024, p. 213).

Gilberto Bercovici, no entanto, critica essa vinculação da dignidade da pessoa humana apenas ao mínimo existencial, sustentando que a presença dos direitos econômicos e sociais não exclui ou se limitam apenas como fundamento do mínimo existencial. Mas ressalta que:

Existem, obviamente, outras visões sobre o mínimo existencial muito mais adequadas à Constituição de 1988. Destaco a postura de Ingo Sarlet em defesa de um direito à garantia de existência digna, fundado nos direitos constitucionais ao salário-mínimo, à assistência social, à previdência social, à moradia, à saúde e à educação. Afinal, a Constituição de 1988, para desespero ou fúria de nossos autointitulados ‘liberais’ (estariam melhor classificados como conservadores ou até reacionários), não é liberal, por maiores exercícios hermenêuticos que eles façam (Bercovici, 2022, p. 147-148).

Para além do mínimo existencial, a vinculação exige a realização de uma democracia econômica e social:

Democratizar a economia significa romper com a influência dos detentores do poder econômico privado, democratizando-o, ou seja, significa distribuí-lo. O cidadão deve ser, ao mesmo tempo, um cidadão do Estado e um cidadão da economia. A economia deve deixar de ser privada, para ser efetivamente publicizada, ou seja, pertencer a todos e funcionar de acordo com o interesse coletivo.

Conforme já destacado, Daniel Sarmento também defende que o mínimo existencial é apenas uma das vertentes do princípio, mas não a única:

Pode-se dizer que o conteúdo essencial do princípio da dignidade da pessoa humana na ordem jurídica brasileira compreende: a) o valor intrínseco da pessoa; b) a autonomia; c) o mínimo existencial; e d) o reconhecimento. Tais componentes não são isolados uns dos outros. Eles se imbricam, e as suas fronteiras não são nítidas, mas nebulosas. Em geral, a relação que mantém entre si é de complementação e sinergia, pois todos convergem para a proteção integral da pessoa, concebida nos termos concretos e relacionais acima esboçados. Mas pode haver também tensões, que deverão ser devidamente arbitradas. (Sarmiento, 2024, p. 107)

[...] Há justificativas não instrumentais para a proteção ao mínimo existencial que não concebem a sua garantia como mero pressuposto para a fruição de outros direitos ou persecução de outras finalidades coletivas importantes. Elas partem da premissa de que a satisfação das necessidades materiais básicas de pessoas que não tenham condições de fazê-lo por si próprias é um componente central da ideia de justiça, que justifica a sua proteção jurídica, inclusive no plano constitucional. Essas teorias não negam que a garantia do mínimo existencial seja vital para a promoção de outros direitos e valores, como a liberdade e a democracia, mas tampouco condicionam tal garantia aos referidos objetivos. Por isso, chamo esta outra perspectiva sobre o mínimo existencial- à qual me filio- de independente.

[...]

A garantia do mínimo existencial é importante para a proteção e promoção da liberdade e da democracia, mas mesmo em hipóteses em que tais princípios não estejam em jogo, as condições materiais básicas de vida devem ser asseguradas. Não se deve cogitar, por exemplo, em privar do acesso ao mínimo existencial aqueles indivíduos especialmente vulneráveis, incapacitados para o exercício da autonomia pública ou privada, como crianças e pessoas com severa deficiência mental. A extrema vulnerabilidade desses sujeitos parece razão adicional para a proteção do mínimo existencial, e não o contrário. Isso mostra que o mínimo existencial não é só um instrumento para a consecução de outros fins, mas tem de receber proteção independente (Sarmiento, 2024, p. 232).

A valorização do trabalho e a busca do pleno emprego, evidentemente, se traduzem não apenas na possibilidade de acesso à vaga de emprego, sem distinção de raça, cor, origem ou outro fator de discriminação, guardada a afinidade e competência com o cargo vago, mas também no respeito aos direitos fundamentais durante o exercício da função, de modo que sejam garantidos os direitos constitucionais, trabalhistas e um ambiente de trabalho livre de assédio moral, sem prejuízo do contraditório quando da aplicação de alguma falta disciplinar, a exemplo do que ocorre com o “compliance”, embora estes direitos não sejam objeto deste trabalho e por este motivo não serão explorados.

O acesso às vagas de maneira igualitária fundamenta a aplicação de ações afirmativas no âmbito empresarial por intermédio de cotas reservadas para grupo vulneráveis como negros, hipossuficientes, portadores de deficiência e mulheres a exemplo das ações afirmativas já existentes em universidades públicas e concursos públicos.

O pleno emprego também implica na valorização do salário dos empregados.

As conquistas referentes aos direitos sociais, incluindo os direitos trabalhistas, foram e são relevantes inclusive diante do passado escravocrata referente à valorização da mão de obra. Entretanto, ainda são insuficientes para impedir os baixos salários, a informalidade, sem prejuízo da prática do crime de redução análoga à de escravo previsto no artigo 149 do Código Penal:

Art. 149. Reduzir alguém a condição análoga à de escravo, quer submetendo-o a trabalhos forçados ou a jornada exaustiva, quer sujeitando-o a condições degradantes de trabalho, quer restringindo, por qualquer meio, sua locomoção em razão de dívida contraída com o empregador ou preposto: Pena- reclusão, de dois a oito anos, e multa, além da pena correspondente à violência. § 1º Nas mesmas penas incorre quem: I – cerceia o uso de qualquer meio de transporte por parte do trabalhador, com o fim de retê-lo no local de trabalho; II – mantém vigilância ostensiva no local de trabalho ou se apodera de documentos ou objetos pessoais do trabalhador, com o fim de retê-lo no local de trabalho. § 2º A pena é aumentada de metade, se o crime é cometido: I – contra criança ou adolescente; II – por motivo de preconceito de raça, cor, etnia, religião ou origem (Brasil, 1940).

Se por um lado o valor social do trabalho (art. 1º, III, primeira parte, CF) deve ser compatibilizado com a busca do pleno emprego (art. 170, VIII, CF), a livre iniciativa deve ser compatibilizada com a propriedade privada, a função social da propriedade, a livre concorrência e a defesa do consumidor, princípios descritos nos incisos II, III, IV e V do mesmo art. 170.

Em sua estrutura, o capítulo da ordem econômica brasileira engloba, no art. 170 os princípios fundamentais da ordem econômica brasileira, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tendo por fim assegurar a todos uma existência digna de acordo com a justiça social. Dentre esses princípios, podem ser destacados, por exemplo, a soberania nacional, a função social da propriedade, a livre concorrência, a defesa do consumidor e do meio ambiente, a redução das desigualdades sociais e regionais e a busca do pleno emprego. Os artigos 171 a 181 versam sobre a estruturação da ordem econômica e sobre o papel do Estado no domínio econômico (Bercovici, 2022, p. 58).

A livre iniciativa não pode ser reduzida, sob pena de uma interpretação parcial e equivocada do texto constitucional, à liberdade econômica plena ou à liberdade de empresa, pois abrange todas as formas de produção, individuais ou coletivas, como a iniciativa econômica individual, a iniciativa econômica cooperativa (artigos 5, XVIII e 174, §3º e §4º da Constituição) e a própria iniciativa econômica pública (artigos 173 e 177 da Constituição, entre outros). A proteção constitucional à livre iniciativa não se reduz, portanto, à iniciativa econômica privada, como muitos autores, equivocadamente, defendem, sustentando uma posição ideológica que não encontra fundamento no texto constitucional (Bercovici, 2022, p. 60).

A livre iniciativa é um desdobramento de liberdade e pode se expressar por intermédio do trabalho e também da empresa:

Daí por que o art. 1º, IV, do texto constitucional- de um lado- enuncia como fundamento da República Federativa do Brasil o valor social e não as virtudes individuais da livre iniciativa e- de outro- o seu art. 170, caput, coloca lado a lado trabalho humano e livre iniciativa, curando, contudo, o sentimento de que o primeiro seja valorizado (Grau, 2022, p. 194).

Num país com altíssimos índices desigualdade social e econômico com o Brasil, grande parcela da população não se sente representada pelo Estado, deixando claro que a homogeneidade social é uma forma de integração política democrática.

Neste ponto, verifica-se a importância da função social da empresa como uma das formas de aplicação dos direitos fundamentais na empresa, considerando os impactos positivos, e também negativos, que uma empresa pode causar em determinada região e, inclusive, globalmente.

O risco de demissão em massa e o prejuízo na prestação dos serviços e circulação de riquezas, evidenciam o papel social da empresa.

A Constituição de 1988 não admite qualquer forma de organização econômica nem permite toda e qualquer conduta dos agentes econômicos, pelo contrário, seu texto estabelece os fundamentos e regras essenciais da atividade econômica, seja a atividade econômica em sentido estrito, sejam os serviços públicos. Neste sentido, a atividade econômica em sentido estrito dos agentes econômicos privados, assim como a configuração do mercado, no Brasil, estão subordinadas aos parâmetros constitucionais, especialmente os fixados nos artigos 1º, 3º e 170 da Constituição de 1988 (Bercovici, 2022, p. 151).

Desse modo, a livre iniciativa também pode ser considerada como direito fundamental, pois garante a qualquer indivíduo o exercício de atividade econômica, sob a forma que entender ser mais conveniente, buscando o objetivo de lucro, porém, limitada à função social da empresa:

Segundo Luciano Timm, a livre iniciativa, além de direito fundamental, é o princípio preponderante na ordem constitucional porque sintetiza a essência da economia de mercado, sendo condicionante dos demais princípios constitucionais e pressuposto para a eficácia dos outros direitos fundamentais. Obviamente, a livre iniciativa é sinônimo da iniciativa econômica privada, pois a iniciativa econômica pública prescinde da liberdade (Bercovici, 2022, p. 153).

A livre iniciativa contribuiu para o progresso da sociedade pois garante o acesso ao mercado e liberdade de atuação:

A liberdade de empresa, ou, na denominação clássica, 'liberdade de indústria e comércio', consiste na liberdade dos indivíduos afetarem ou destinarem bens e capitais para a realização de atividades econômicas para a produção e troca de bens e serviços, sob uma organização empresarial, visando obter lucro. No entanto, a livre iniciativa não se limita à liberdade de empresa, pois abrange a liberdade contratual, a liberdade de trabalho, a liberdade de associação, a liberdade de inversão e a liberdade de organização do processo produtivo. Há, ainda, os que entendem a empresa como fruto da liberdade de iniciativa, da liberdade de contratar e que pressupõe necessariamente a propriedade privada. A propriedade, como princípio da ordem econômica constitucional, não está, no entanto, vinculada necessariamente à liberdade de empresa. A iniciativa econômica pública não está fundada na propriedade privada e, por sua vez, a

iniciativa econômica privada, como lembra Fábio Konder Comparato, pode ser atribuída a não-proprietários, como na sociedade anônima, em que se distingue a propriedade acionária do poder de controle sobre a empresa (Bercovici, 2022, p. 156).

O limite à iniciativa privada, de acordo com a Constituição Federal, é a busca de melhores condições sociais de vida para todos, o que juridicamente se traduz na função social da empresa:

Desse modo, a iniciativa econômica privada, em geral, e a liberdade de empresa, em particular, podem ser limitadas por uma série de fatores, como a reserva de setores privados de atuação do Estado (serviços públicos, monopólios estatais, etc), a própria iniciativa econômica pública, a legislação regulamentadora das várias atividades econômicas, inclusive o poder de polícia da Administração Pública, a proteção dos direitos fundamentais dos trabalhadores, o controle de preços, desde que utilizado como forma de atingir os fins constitucionalmente determinados, etc. O limite último da livre iniciativa é o respeito à essência da Constituição, ou seja, a busca de melhores condições de vida e mais bem-estar para todos. A livre iniciativa, portanto, como toda liberdade pública, é relativa. O bem-estar econômico geral, a busca da igualdade material e do pleno emprego a limitam (Bercovici, 2022, p. 157-8).

O valor social do trabalho, inclusive, tem uma relevância constitucional muito mais ampla do que a livre iniciativa. A proteção ao trabalho está presente em uma série de dispositivos constitucionais, dos direitos fundamentais (artigos 6º a 11) à ordem econômica (artigos 170, VIII e 186, III, por exemplo), entre vários outros. A garantia da propriedade, por sua vez, está condicionada ao cumprimento da sua função social (artigos 5º, XXIII e 170, III), do mesmo modo que a livre iniciativa em geral, e a iniciativa econômica privada em particular, deve atender ao seu valor social (Bercovici, 2022, p. 155).

Dentro da superação do estado liberal para o estado de bem-estar social houve uma transformação dos institutos de direito privado diante de sua função social, especialmente da propriedade e do contrato.

As revoluções do século XVIII, denominadas Revoluções Liberais ou Revoluções Burguesas, tinham por escopo permitir que a classe burguesa, responsável pelo advento do comércio e das demais atividades mercantis, pudesse continuar a prosperar, ao que se fez necessário: garantir a liberdade, num gesto contrário à existência de corporações de ofício que dificultavam a realização do que hoje conhecemos como livre iniciativa, a igualdade perante as leis do Estado, submetendo-se este último ao rigor legal, e a garantia de que seria possível a existência da propriedade individual, sem a qual o advento capitalista não poderia se estabelecer (Amaral, 2008, p. 54).

Porém, mesmo no Estado liberal a doutrina aponta que o Estado nunca foi efetivamente mínimo no plano econômico, diante da necessidade de manutenção das condições internas de sustentabilidade. Questões relacionadas à propriedade como um direito absoluto, por exemplo, mesmo na Revolução Francesa, expoente do pensamento liberal, não foram positivadas.

Foi no Estado de bem-estar social que a função social do Direito se tornou relevante, considerando os ideais de 2ª dimensão referente a igualdade, ou seja, que a distribuição de riquezas produzidas pudesse ser mais igualitária, considerando que onde há desigualdade é impossível que se estabeleça a ordem.

1.4 A função social da empresa

A função social da empresa, assim entendida como as consequências positivas e negativas que uma empresa pode gerar em determinado território ou sociedade, é um desdobramento da função social da propriedade.

Fabio Konder Comparato assevera que:

Função, em direito, é um poder de agir sobre a esfera jurídica alheia no interesse de outrem, jamais em proveito do próprio titular. A consideração dos objetivos legais é, portanto, decisiva nessa matéria, como legitimação do poder. A ilicitude, aí, não advém apenas das irregularidades formais, mas também do desvio de finalidade, caracterizando autêntica disfunção (Comparato, 1995, p. 9).

A empresa, expressão da livre iniciativa privada, encontra seu fundamento constitucional no artigo 170 da Constituição Federal de 1988, bem como no artigo 5º, XXII, que garante o direito de propriedade.

Para Giselda Hironaka, a propriedade não é uma função social, mas a contém.

A propriedade não é uma função social, mas contém uma função social, de tal forma que o proprietário deve ser compelido a dar aos bens um destino social, além daquele que atende ao seu próprio interesse, na intenção de, harmonizando o uso da propriedade ao interesse coletivo, se chegar ao plano da justiça social (Hironaka, 1998, p. 141-144).

Em regra, destacam-se a função social da propriedade e do contrato. A função social da empresa, repita-se, seria uma espécie de função social da propriedade.

A propriedade, em verdade, examinada em seus distintos perfis- subjetivo, objetivo, estático e dinâmico- compreende um conjunto de vários institutos. Temo-la, assim, em inúmeras formas, subjetivas e objetivas, conteúdos normativos diversos sendo desenhados para a aplicação de cada uma delas. A simples consideração dos regimes jurídicos peculiares aplicáveis à propriedade dos valores mobiliários, dos estabelecimentos, dos imóveis urbanos e dos imóveis rurais, à propriedade literária e artística, v.g., comprova, a sobejo, o reconhecimento, pelo Direito Positivo, da multiplicidade da propriedade (Grau, 1981, p. 123).

Ensina Humberto Theodoro Júnior que:

o direito real de propriedade traduz-se internamente num poder de soberania (uma dominação) do titular sobre a coisa, que externamente se manifesta por meio da oponibilidade erga omnes. Dessa maneira, o direito real estabelece uma relação intersubjetiva entre o titular, de um lado, e todas as demais pessoas, do outro. [...] Poder que se exerce ‘contra todos’, a propriedade envolve interesses sociais de meridiana evidência, a tal ponto que se chega a afirmar que ‘não existe propriedade como entidade social e jurídica, que possa ser analisada individualmente’ e que ‘a justa aplicação do direito de propriedade depende do encontro do ponto de equilíbrio entre o interesse coletivo e o interesse individual (Theodoro Júnior, 2014, p. 111).

Do ponto de vista subjetivo, o direito de propriedade é um direito constitucionalmente garantido, conforme se depreende do art. 5º, XXII, da Constituição Federal que dispõe que “é garantido o direito de propriedade”. O inciso seguinte do mesmo dispositivo, porém, dispõe que “a propriedade atenderá a sua função social”.

Do ponto de vista objetivo, o direito de propriedade refere-se ao direito de usar, gozar e dispor das coisas, conforme dispõe o art. 1228 do Código Civil de 2002.

A propriedade, conforme já demonstrado, é um poder. Poder do proprietário sobre a coisa, manifestado sobre as formas de usar, gozar e dispor livremente dela. Porém, quando falamos em bens de produção não nos referimos apenas à situação estática da propriedade, mas sim ao dinamismo desta. Por conseguinte, a propriedade deixa de ser meramente um poder e passa a ter uma função, tendo em vista ser ela o instrumento de uma atividade operada no seio da sociedade (Amaral, 2008, p. 78).

Eros Grau faz a seguinte distinção sobre propriedade dinâmica e estática:

O exercício da propriedade- considerada no seu momento dinâmico- pois, é função. Não se trata de tentar substituir a ideia de poder, que repousa, no caso, no direito subjetivo, por uma ideia de dever, que está na função; trata-se, simplesmente, de compreender que a propriedade deve ser examinada em dois momentos distintos: um, o momento estático, quando ela é regulada em termos de pertença ou pertinência – e aí é faculdade que se pode transmutar em ato de decorrência de permissão jurídica, é poder; outro, o momento dinâmico, em que regulada em razão do fim a que socialmente se destina (Grau, 1981, p. 121).

A propriedade é um poder-dever, inclusive quando a propriedade recai sobre uma empresa, diante da estruturação dos bens de produção:

As sociedades empresárias são uma forma de propriedade em sua face dinâmica. Tanto a manutenção do Estado como dos indivíduos que o constituem é feita em sua grande parte pelas empresas, as quais empregam mão-de-obra e produzem bens de consumo. Note-se que a propriedade dinâmica, enquanto bens de produção organizados, tem em sua estrutura a força do trabalho humano. O homem passa a ser um dos fatores de produção dessas empresas. A dinamização da propriedade passa a atingir o seio social de maneira direta e, como tal, há de obedecer a certos limites e de cumprir determinados deveres (Amaral, 2008, p. 79).

A propriedade é o meio de produção mais utilizado no Estado de economia capitalista, de modo que a função social tem o objetivo de formar uma sociedade mais equilibrada.

Constitucionalmente, a empresa é uma espécie de propriedade dinâmica, portanto. No entanto, a lei ordinária, a exemplo do Código Civil de 2002 dedica títulos específicos para a propriedade e direito de empresa ou sociedade, tratando-os de forma autônoma, assim como a doutrina. Isso não significa negar a aplicação da Teoria Direta dos direitos fundamentais, a seguir estudada, pois esta teoria não defende seja ignorada a lei ordinária. Pelo contrário, defende que a lei ordinária seja aplicada e interpretada à luz dos princípios constitucionais. O próprio Código de 2002, posterior à Constituição, cuidou de disciplinar nas disposições finais e transitórias que “nenhuma convenção prevalecerá se contrariar preceitos de ordem pública, tais como os estabelecidos por este Código para assegurar a função social da propriedade e dos contratos”, conforme se verifica no parágrafo único, do artigo 2035, em sintonia com os princípios constitucionais (Brasil, 2002b).

O Código Civil de 2002 adotou a Teoria da Empresa em substituição à teoria dos atos de comércio, conforme se depreende do art. 966: “Considera-se empresário quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada pela produção ou a circulação de bens ou de serviços”. E, de acordo com Fábio Comparato:

O conceito de empresa envolve características como a profissionalidade, organicidade e economicidade: “É em torno da empresa, ademais, que gravitam vários agentes econômicos, não assalariados, como os investidores de capital, os fornecedores, os prestadores de serviço (Comparato, 1995, p. 3).

A importância da empresa nasceu após a Revolução Industrial, porém, a função social da empresa é um princípio constitucional como forma de correção do desequilíbrio econômico, pois se por um lado o empresário ou sociedade empresária são detentores do poder econômico traduzido pelo lucro em decorrência da exploração do trabalho humano, a função social da empresa traduzida nos benefícios decorrentes da geração de emprego e fomento da economia local e, inclusive, global, a depender do tamanho da empresa.

No instante em que o direito público, por intermédio da Lei Maior, impõe determinados programas a serem cumpridos por todos os agentes sociais, também imprime à empresa deveres oriundos do poder relativo ao exercício do direito de propriedade dos bens de produção, não para que se subverta a ideia do sistema capitalista, mas sim para corrigir as falhas que ele apresenta ao longo de sua existência (Amaral, 2008, p. 115).

O exercício da atividade empresarial deve obediência à função social para que se possa equilibrar, de um lado, o desenvolvimento nacional e, de outro, a justiça social. É o que pretende

o constituinte com a construção de uma sociedade justa e igualitária fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, nos termos do já mencionado art. 170 da Constituição brasileira.

Um regime de justiça social será aquele em que cada um deve poder dispor dos meios materiais para viver confortavelmente segundo as exigências de sua natureza física, espiritual e política. Não aceita as profundas desigualdades, a pobreza absoluta e a miséria. O reconhecimento dos direitos sociais, como instrumento de tutela dos menos favorecidos, não teve, até aqui, a eficácia necessária para reequilibrar a posição de inferioridade que lhes impede o efetivo exercício das liberdades garantidas. Assim, no sistema anterior a promessa constitucional de realização da justiça social não se efetivara na prática. A Constituição de 1988 é ainda mais incisiva no conceber a ordem econômica sujeita aos ditames da justiça social para assegurar a todos existências dignas (Silva, 2006, p. 710).

A intervenção do Estado brasileiro na economia, basicamente, ficou restrita a um agente normativo e regulador da atividade econômica, nos termos do art. 170 e 174 da Constituição de 1988:

O civilista tem uma tendencia a olhar para o passado histórico de institutos romanos, e até mesmo eclesiásticos fundados em cânones vetustos, para entender diversos fundamentos, em especial a propriedade. O conceito se dinamizou porque a propriedade se dinamizou em propriedades. Hoje, pouco importa o proprietário, pouco importa o sujeito, a sociedade se transformou em humanidade, o proprietário em controlador e o titular virtualizou-se, muitas vezes não identificando-se voluntariamente (Bitelli, 2000, p. 252).

Atualmente, o agigantamento das empresas, que passaram a ser maior que muitos Estados-nação, não pode ser ignorado:

Torna-se urgente visitar a função social da empresa, tributária da função social da propriedade, esculpida na Constituição brasileira perante o fenômeno da globalização, que vem materializado numa sociedade que se convencionou chamar de informacional, na qual as trocas passaram a ser realizadas em frações micronésimas de segundo, facilitadas oeki Real-Time Gross Settlement System, nos Estados Unidos, e no Trans-European automated Real- Time Gross Settlement Express Transfer, na União Européia. Os fechamentos de negócios são eletrônicos, assim como as transferências dos ativos (propriedades sobre bens de produção), podendo-se mandar uma partida de milhares de cabeças de gado cruzar e descruzar os oceanos sem tocar (ou ver) o animal no pasto (falando em commodities, por exemplo). Os grandes players passaram a ser gestores do mercado financeiro, que evidentemente se aproveitou exemplarmente do desenvolvimento das telecomunicações e informática, universalizando seu campo de atuação. Esta migração frenética e virtual dos bens de produção torna difícil a atuação dos Estados, enquanto nações, sobre a propriedade dos ativos produtivos e consequentemente reduzem a capacidade de fiscalizar e exigir das empresas (titulares dos ativos- das propriedades) a tal função social preconizada (Bitelli, 2000, p. 256).

O expoente da nova economia globalizada são as empresas multinacionais e transnacionais, ou seja, quando o controle das operações ocorrer em um ou mais países. As transnacionais, diferentemente das multinacionais, vão se multiplicando em vários territórios de forma física e virtual e não são locais ou nacionais pois não se acomodam aos limites dos Estados. Como exercer controle sobre a função social dessas empresas?

De acordo com Eros Grau, a globalização é um fato histórico. O neoliberalismo, porém, é uma ideologia, de modo que um não depende do outro:

O discurso neoliberal confronta o discurso liberal, que viabilizou o acesso da generalidade dos homens não apenas a direitos e garantias sociais, mas também aos direitos e garantias individuais. Pois é contra as liberdades formais, no extremo, que o discurso neoliberal investe (Grau, 2022, p. 51).

De uma certa maneira, o direito econômico surge como ferramenta para esse controle:

A ferramenta do direito de concorrência, ramo do Direito econômico, ao disciplinar as relações de mercado entre os agentes econômicos e consumidores, dentro dos princípios da livre concorrência, subordinado este ao da livre iniciativa, em favor da coletividade nacional, é uma das formas de o Estado-nação poder tentar regular o atingimento da função social programada no texto constitucional, não tanto de uma forma intervencionista estatal, como é a tradição brasileira, visando a regular os mercados por decreto, mas sim, tendo como alvo a eficiência econômica e o bem estar material da coletividade (Bitelli, 2000, p. 262).

Historicamente, o Estado sempre foi regulador da economia. Mesmo no capitalismo liberal, onde se defendia o Estado mínimo, o Estado já era detentor da emissão da moeda, além do poder de polícia. O Estado também sempre esteve presente na prestação de serviços públicos de transporte, saúde e outros. Essa característica, porém, não impede o exercício da livre iniciativa.

O mercado é uma instituição jurídica e não espontânea, natural, pois nasce graças a reformas institucionais. O mercado se desenvolve de acordo com suas próprias leis:

O fato é que, a deixarmos a economia de mercado desenvolver-se de acordo com as suas próprias leis, ela criaria grandes e permanentes males. ‘Por mais paradoxal que pareça- dizia Karl Polanyi – não eram apenas os seres humanos e os recursos naturais que tinham que ser protegidos contra os efeitos devastadores de um mercado autorregulável, mas também a própria organização da produção capitalista [...]. Em suma: (i) a sociedade capitalista é essencialmente jurídica e nela o Direito atua como mediação específica e necessária das relações de produção que lhe são própria; (ii) essas relações de produção não poderiam estabelecer-se, nem poderiam reproduzir-se sem a forma do Direito Positivo, Direito posto pelo Estado; (iii) este Direito posto pelo Estado surge para disciplinar os mercados, de modo que se pode dizer que ele se presta a permitir fluência da circulação mercantil, para domesticar os determinismos econômicos (Grau, 2022, p. 27-28).

O mercado, como expressão de uma atividade ou conjunto de operações econômicas é constituído pelo Direito e posto pelo Estado que, por um lado garante a liberdade econômica e, por outro, exerce a regulação do mercado.

Sobre o impacto das decisões do Supremo Tribunal Federal na aplicação do princípio da livre iniciativa, oportuno citar importante pesquisa empírica publicada na Revista de Direito Econômico e Socioambiental, no Programa de Pós-Graduação em Direito da PUC/PR (Couto; Ximenes, 2019).

A referida pesquisa analisou decisões do Supremo entre 2014 e início de 2018 buscando responder em que medida o STF limita ou efetiva a aplicação do princípio da livre iniciativa?

Dos 26 julgados analisados, apenas dois ministros chegaram a esboçar algum conceito sobre a livre iniciativa. No Referendo na Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade 5.357, a ministra Carmen Lucia pontuou que ‘[...] a livre iniciativa, prevista no caput do art. 170, da Constituição significa a liberdade de comércio e de indústria, a liberdade empresarial e a liberdade contratual que são constitucionalmente asseguradas’. O Ministro Barroso, na Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.862, afirma que ‘[...] o sistema de livre iniciativa envolve propriedade privada, envolve liberdade de contratar e envolve liberdade de preço’. [...].

‘A pesquisa foi feita na internet através do site do Supremo onde se digitou a expressão ‘livre iniciativa’. Encontrou-se 137 acórdãos no total, mas houve um recorte temporal que vai do período de 8/09/2014 até 05/02/2018. Como resultado, foram coletados 56 acórdãos. A amostra incidiu sobre o item ‘inteiro teor’ disponível no portal, onde existe a integralidade dos votos. Os formatos dos arquivos estavam em ‘pdf’ e os pesquisadores utilizaram o localizador de texto com a expressão ‘livre iniciativa’ após a leitura dos relatórios, ementas e das decisões contidas no extrato da ata. A análise incidiu somente nos votos vencedores, ou seja, na posição prevalecente. Dos 56 acórdãos coletados, 30 acórdãos não relacionavam a livre iniciativa com a ordem econômica ou os ministros só apenas mencionavam o referido princípio, sem pormenorizar os limites ou a efetivação do mesmo nos casos concretos. Então, a análise de conteúdo sofre outro recorte, restando 26 acórdãos a serem analisados’. [...] No RECURSO ORD. EM MANDADO DE SEGURANÇA 28.487 a livre iniciativa foi mitigada quando o tribunal permitiu a intervenção do Estado nos preços praticados nas vendas de

medicamentos para o setor público, pois o mercado tutelado tinha um relevante potencial de risco à saúde do consumidor (Couto; Ximenes, 2019).

Uma das conclusões da pesquisa foi que:

o Supremo, ante a exposição das decisões coletadas, convergiu mais para a visão teórica de que o Estado deve atuar com modéstia, sem perturbar a livre iniciativa, pois caso contrário poderia haver um tumulto na organização de economia. Abstrai-se dessa corrente teórica que o constituinte optou por um tipo liberal de processo econômico, que apenas admite a intervenção estatal com o fito de coibir abusos, formação de monopólios, o aumento arbitrário dos lucros, além de preservar a livre concorrência. Assim, a Constituição consagra uma economia de mercado capitalista, porque a iniciativa privada é um princípio de ordem capitalista (Reale, 1988; Vidigal, 1988; Silva, 2017). Ademais:

[...] é fundamental a implantação de condições estruturais que permitam a livre iniciativa e a livre concorrência dos agentes econômicos, afastando as denominadas falhas de mercado, que acabam gerando ineficiências econômicas e problemas sociais. Sendo assim, a defesa da concorrência passa a ser a base de uma série de medidas de política econômica e fiscal do Estado, visando o bem comum e o bom funcionamento do mercado (Ribeiro, 2012, p. 307) (Couto; Ximenes, 2019, p. 222).

Em pesquisa de jurisprudência realizada também no site oficial do Supremo Tribunal Federal, se realizarmos a busca utilizando as palavras-chave “direitos fundamentais” e “ordem econômica”, encontramos setenta Acórdãos julgados pelo Tribunal Pleno.

Como exemplo, citamos o julgamento da Ação Direta de Constitucionalidade 5657, de relatoria de Luiz Fux, julgado em 17/11/2022, em que o Supremo decidiu que:

[...] as balizas da ordem econômica nacional fixadas no artigo 170 da Constituição Federal impõem que a livre iniciativa e a propriedade privada sejam compatibilizadas com a redução das desigualdades regionais e sociais, de forma a assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social. 2. O Estado pode intervir na ordem econômica para assegurar o gozo de direitos fundamentais de pessoas em condição de fragilidade econômica e social, implementando políticas públicas que estabeleçam meios para a consecução da igualdade de oportunidades e da humanização das relações sociais, dando concretude aos valores da cidadania e da dignidade da pessoa humana. Precedentes: ADI 2.649, Rel. Min. Cármen Lúcia, Plenário, DJe de 17/10/2008; ADI 3.768, Rel. Min. Cármen Lúcia, Plenário, DJ de 26/10/2007; ADI 1.950, Rel. Min. Eros Grau, Plenário, DJ de 5/6/2006; ADI 319, Rel. Min. Moreira Alves, Plenário, DJ de 30/4/1993. [...] 4. A intervenção do Estado na ordem econômica para a promoção e implementação de direitos fundamentais não pode acarretar ônus excessivos aos atores privados, mormente no caso de contratos administrativos, onde a presença de cláusulas exorbitantes do direito comum em prol do interesse público tem como contrapartida a garantia do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, de forma a resguardar os direitos dos contratados (artigo 37, XXI, da Constituição Federal) (Brasil, 2022a).

Desse modo, embora o dirigismo estatal não seja defendido, ele se justifica para correção do equilíbrio social.

1.5 O capitalismo Humanista

No Brasil, a tese do Capitalismo Humanista encontra respaldo na obra de Ricardo Hasson Sayeg e Wagner Balera. De acordo com os autores:

a melhor proposta ao capitalismo liberal se dá por meio da concretização do capitalismo com direitos humanos, jamais pela negação do capitalismo ou, menos ainda, ceifando liberdades negativas- parte da essência humana e asseguradas pelo direito subjetivo natural de propriedade que compreende, afinal, os direitos humanos exteriores de primeira dimensão (Sayeg; Balera, 2011, p. 214).

Como consequência, o Direito Econômico Humano Tridimensional estabelece o equilíbrio reflexivo entre os regimes capitalistas e a fraternidade, em favor e todos e de tudo, em especial dos economicamente excluídos e do planeta. A base de tal direito é o humanismo antropofílico constituído pelo culturalismo jurídico, e faz parte do direito natural. Pelo jus-humanismo normativo, então, essa perspectiva de direito natural integra a norma jurídica positiva por meio de sua inoculação no intratexto conformador do conteúdo significante da Constituição e das leis, enlaçados no metatexto.

Tal pensamento humanista marcha sob a égide de Jesus Cristo; sopesa o individualismo e o hedonismo capitalistas com os direitos humanos, em todas as suas dimensões, sob a luz antropológica que irradia da proposta do Mestre- mais do que iguais, como irmãos-, deslocando o homem do centro das coisas para o meio difuso delas. Descartando o humanismo antropocêntrico em favor do antropofílico, esse Direito Econômico busca constituir o ambiente de economia humanista de mercado, no qual os direitos humanos em todas as suas dimensões são reconhecidos e concretizados, em correspondência ao direito objetivo da dignidade da pessoa humana e planetária. O humanismo antropofílico é, assim, a base de sustentação do capitalismo humanista, pelo qual se concretizam os direitos humanos de primeira, segunda e terceira dimensões, ao promover, de acordo com as realidades, uma economia humanista de mercado regida juridicamente pelo Direito Humano tridimensional (Sayeg; Balera, 2011, p. 214).

Nesse sentido, o atual ministro do Superior Tribunal de Justiça, Paulo Dias Moura Ribeiro, foi inclusive indicado ao Prêmio Nobel da Paz²⁴ no ano de 2020 por aplicar a tese do

²⁴ Aplicação do capitalismo humanista inspira indicação do ministro Moura Ribeiro ao Nobel da Paz - <https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias/Aplicacao-do-capitalismo-humanista-inspira-indicacao-do-ministro-Moura-Ribeiro-ao-Nobel-da-Paz.aspx>

capitalismo humanista em suas decisões judiciais. Há época, Moura Ribeiro era desembargador no Egrégio Tribunal de Justiça de São Paulo e, no julgamento da Apelação nº 991.06.05460-3 (São Paulo (Estado), 2010), afastou a cobrança de juros moratórios e da multa contratual dos devedores que tornaram-se inadimplentes em virtude de doença superveniente do filho cujo credo era um Banco.

Assim constou na fundamentação do referido v. Acórdão:

Por derradeiro, não se pode afirmar a mora dos devedores porque diante do elemento externo imprevisível, ou acudiam as necessidades do filho doente, ou pagavam o mútuo hipotecário. Optaram e bem pela primeira hipótese, até porque a Constituição Federal assegura, sem nenhuma restrição ou condição, o " direito à vida (art. 5º, caput). Assim, de rigor o provimento do presente recurso a fim de que sejam acolhidos os embargos à execução para afastar a mora " dos embargantes no período de junho/2002 até outubro/2004 (data do óbito) de forma que sejam excluídos/dos cálculos elaborados pelo banco embargado os valores correspondentes aos juros de mora, e multa contratual (São Paulo (Estado), 2010).

Recentemente, também ganhou destaque decisão de primeiro grau, proferida pela Juíza de Direito Clarissa Somesom Tauk, nos autos do processo 1027811-06.2023.8.26.0100, em que a magistrada determinou o cancelamento definitivo da indisponibilidade de imóvel reivindicado por massa falida em razão do imóvel ser utilizado há mais de trinta anos por família em situação de vulnerabilidade invocando o capitalismo humanista em sua fundamentação:

Pois bem, resta claro que não se trata de mera análise de controvérsia documental sobre a propriedade do imóvel, mas exige-se uma consideração mais profunda acerca da propriedade e sua função social no Brasil, de acordo com a moderna constituição Federal, pois, como bem define Eros Grau, a propriedade que não cumpre sua função social deixa de ser ‘propriedade’ (Grau, 1981). [...] Um ponto que merece destaque está na verificação de que o capitalismo humanista tem seu lugar no país, restando ‘[...] instalado na República Federativa do Brasil, em todo o território nacional, nas três esferas de governo nacional, Federal, estadual e Municipal, inclusive, no Distrito Federal (Sayeg, 2011)’ (São Paulo (Estado), 2023).

A tese do capitalismo humanista, apesar de sua relevância, ainda é pouco explorada nas decisões judiciais. Em pesquisa de jurisprudência realizada no site oficial do Superior Tribunal de Justiça, utilizando como critério de busca a expressão “capitalismo humanista” apenas duas decisões monocráticas são localizadas, quais sejam o TutPrv no AREsp 1988914, de relatoria de Paulo de Tarso Sanseverino, publicado em 10/11/2021²⁵, cuja expressão “capitalismo humanista” foi utilizada por uma das partes para pleito do pedido de tutela que, no entanto, não

²⁵https://processo.stj.jus.br/processo/dj/documento/mediado/?tipo_documento=documento&componente=MON&sequencial=139307927&num_registro=202103037108&data=20211110&tipo=0

foi conhecida pelo relator. A outra decisão, proferida no MS 26104²⁶, de relatoria do ministro Napoleão Nunes Maia Filho, DJe 19/05/2020 em que a expressão “capitalismo humanista” é utilizada apenas para citar o voto paradigma do ministro Moura Ribeiro sem, no entanto, adotá-la como razão de decidir diante do indeferimento liminar do mandado de segurança.

Em pesquisa realizada no site oficial do Supremo Tribunal Federal, utilizando-se como critério de busca a expressão “capitalismo humanista” nenhuma decisão ou Acórdão foram localizados.

Apesar dos dados empíricos acima elencados, isso não significa que os Tribunais Superiores não adotem a referida tese, pois há incontáveis decisões em que há o reconhecimento de que a ordem econômica deve estar em sintonia com a dignidade da pessoa humana e demais fundamentos da República, seja pela função social da propriedade ou da empresa propriamente dita.

O que se pretende, portanto, é o equilíbrio entre o exercício da livre iniciativa privada que visa, principalmente, o lucro, com os anseios sociais, de modo que a sociedade também possa se beneficiar, ainda que indiretamente, dos referidos lucros, seja pela prestação de serviços mais eficientes do que o Estado prestaria ou pela valorização do pleno emprego.

²⁶https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201903518487&dt_publicacao=20/05/2020

2 TEORIAS SOBRE A APLICAÇÃO DA EFICÁCIA HORIZONTAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Os direitos fundamentais, inicialmente, foram aplicados verticalmente, ou seja, para proteção do cidadão contra os arbítrios do Estado, detentor do monopólio da jurisdição e de históricos ditatoriais. Assim, a eficácia vertical dos Direitos Fundamentais surgiu como medida protetiva do cidadão.

Virgílio Afonso da Silva (2014, p. 18) destaca que:

Como se sabe ainda que com relativizações, os direitos fundamentais foram concebidos como direitos cujos efeitos se produzem na relação entre Estado e os particulares. Essa visão limitada provou-se rapidamente insuficiente, pois se percebeu que, sobretudo em países democráticos, nem sempre é o Estado que significa a maior ameaça aos particulares, mas sim outros particulares, especialmente aqueles dotados de algum poder social ou econômico.

O tempo mostrou que o Estado não é o único que pode ser violador dos direitos fundamentais, pois os particulares também podem violar direitos nas relações privadas, ou seja, entre particulares. Distinção relevante refere-se também ao fato de que na aplicação vertical apenas um dos sujeitos é detentor dos direitos fundamentais, já na aplicação horizontal, ambos os sujeitos o são:

Seria inconstitucional a conduta de um comerciante de origem japonesa que, ao contratar um novo balconista para sua loja, exigisse alguém que também tivesse origem japonesa? Seria inconstitucional que se proibisse, via contrato, que os funcionários de uma determinada emissora de TV apareçam em programas jornalísticos ou culturais de outras emissoras? Em ambos os casos, como se pode notar, há uma potencial restrição a direitos fundamentais por meio de atos sem a participação estatal. A resposta para ambas as perguntas, ao contrário do que pode parecer à primeira vista, não é simples. Se adicionarmos à discussão a ideia de irrenunciabilidade e inegociabilidade dos direitos fundamentais, o quadro fica ainda mais complexo. Não são poucos os atos, contratuais ou não, que implicam uma renúncia, ainda que temporária, ao exercício de alguns direitos fundamentais. O exemplo mais marcante e atual são os chamados ‘reality shows’ das emissoras de TV brasileiras e estrangeiras. Ainda que seja polemico o debate sobre a violação à dignidade dos participantes desses programas, é facilmente perceptível que, por ato de vontade, esses participantes renunciaram a sua privacidade, garantida pelo art. 5º, X, da Constituição (Silva, 2014, p. 20).

O debate sobre a aplicação dos direitos fundamentais nas relações privadas nasceu inicialmente na Alemanha, após o advento da Lei Fundamental de Bonn que entrou em vigor em 1949. A discussão se estendeu para a Espanha e Portugal.

A crise do Welfare State:

Decorrente da incapacidade do Estado de arcar com os custos cada vez maiores das prestações sociais exigidas pela coletividade, da brutal desigualdade econômica, e da necessidade impostergável de garantia de direitos sociais básicos para a população carente, a eficácia horizontal dos direitos fundamentais de 2ª geração parece uma saída atraente. Com ela recupera-se a noção de solidariedade, revestindo-a de juridicidade. Sob esta ótica, os poderes econômicos privados têm não apenas o dever moral de garantir certas prestações sociais as pessoas com que se relacionarem, mas também, em certas situações, a obrigação jurídica de fazê-lo (Sarmento, 2010, p. 35).

Uma questão preliminar levantada por Jorge Reis Novais, refere-se a quais direitos fundamentais vinculam os particulares. Segundo o autor:

A partir do momento em que um direito fundamental é constitucionalizado, e independentemente dos motivos que levaram a essa constitucionalização, suscitam-se, relativamente a ele como a quaisquer outras normas constitucionais, as mesmas interrogações: os destinatários directos da correspondente proibição, imposição ou permissão constitucional são os particulares ou é o Estado? A norma constitucional em causa como destinatários os poderes públicos ou também os particulares? Por exemplo, da norma constitucional que consagra o direito de greve resultam obrigações para o Estado, designadamente para o legislador ordinário que fica obrigado a regular o exercício desse direito nos termos constitucionais, ou dela decorrem imediata e diretamente obrigações e deveres para os empregadores? (Novais, 2018, p. 56).

A resposta para este questionamento será divergente a depender da aplicação direta ou indireta dos direitos fundamentais, tornando-se praticamente irrelevante no primeiro caso. Na aplicação indireta, defende o autor, que tais direitos constitucionais representariam um conteúdo mínimo ao legislador ordinário.

Com o passar dos anos, desenvolveram-se três principais teorias sobre a aplicação dos direitos fundamentais nas relações privadas, ou seja, entre particulares, a teoria negativa ou da negação, a teoria da aplicação indireta ou mediata e a teoria da aplicação direta ou imediata.

2.1 Teoria da ineficácia

A teoria da negação da eficácia dos direitos fundamentais e a doutrina da “*state action*”, que como o próprio nome sugere é aquela que nega a aplicação dos direitos fundamentais na relação entre particulares. Embora enfraquecida, esta é a teoria adotada no direito norte-americano. Nos Estados Unidos a eficácia horizontal não ganhou força, prevalecendo que os direitos fundamentais vinculam apenas o Estado, salvo a 13ª Emenda que proibiu a escravidão.

De acordo com essa teoria a aplicação dos direitos fundamentais nas relações privadas destruiria o Direito Privado, que seria absorvido pelo Direito Constitucional atribuindo significativo poder aos juízes, em detrimento do legislador democrático. Neste ponto, oportuno lembrar que nos Estados Unidos que para ser um juiz é necessário ter formação em Direito, porém, cada estado membro tem suas próprias leis e regras para admissão dos Magistrados. Em alguns estados, os juízes podem ser inclusive indicados pelos governadores, em outros, eleitos pelo povo.

Na década de 40, a Suprema Corte americana, porém, sem renegar a doutrina da “state action”, passou a adotar a chamada “public function theory”, segundo o qual quando particulares agissem nos exercícios de funções estatais, deveriam resguardar os direitos fundamentais.

Daniel Sarmento cita que:

O caso mais emblemático de aplicação desta teoria foi o *Marsh v. Alabama*, julgado em 1946. Discutia-se se uma empresa privada, que possuía terras no interior das quais se localizavam ruas, residenciais, 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 (2010, p. 191).

A doutrina do “state action”, porém, é o que ainda prevalece no direito norte-americano.

No Brasil a teoria da negação não ganhou força:

O civilista alemão Uwe Diederichsen é citado no Brasil como o grande impulsionador desse modelo, ainda que se possa identificar, na teoria liberal dos direitos fundamentais, alguns pontos de contato com a ideais desse autor. Suas ideias, porém, não tiveram repercussão alguma no Brasil e, mesmo antes de as haver formulado, como já exposto na tese, a civilística nacional, desde o século XIX, nunca negou as relações entre a Constituição e o Direito Privado (Rodrigues Júnior, 2023, p. 329).

2.2 Teoria da aplicação indireta

A teoria da eficácia indireta ou mediata dos direitos fundamentais na esfera privada surgiu na doutrina alemã por Günter Dürig, em obra publicada em 1956 e tornou-se a concepção dominante no direito germânico. Esta teoria defende que a aplicação dos direitos fundamentais nas relações privadas depende de lei. Isso porque os direitos fundamentais, segundo esta teoria, não ingressam nas relações privadas como direitos subjetivos, sob pena de afronta à autonomia

privada e desconfiguração do Direito Privado, que se serviria apenas a concretizar direitos constitucionais. Ademais, a aplicação imediata conferiria ilimitado poder aos Juízes, considerando o grau de indeterminação nas normas jurídicas. Os defensores desta teoria argumentam que os direitos fundamentais são protegidos no campo privado, não pelo Direito Constitucional, mas pelo próprio Direito Privado. Para esta teoria, cabe ao legislador mediar a aplicação dos direitos fundamentais. Essa teoria é aplicada na Alemanha, Áustria e França, por exemplo.

Otávio Luiz Rodrigues Junior destaca os principais postulados da teoria de Günter Dürig sobre a eficácia dos direitos fundamentais em relação aos particulares, descrevendo a seguinte síntese:

(i) os direitos fundamentais têm incidência nas relações privadas por meio das ‘portas de entrada’ no Direito Privado, que são as cláusulas gerais. Essa circunstância, embora não exclusivamente, determina a natureza mediata dessa eficácia. Eles são uma forma de apresentação do sistema de valores reconhecido expressamente no art. 1º da LF/1949. (ii) As cláusulas gerais não atuam como meros instrumentos de intermediação dos direitos fundamentais no Direito Privado, mas também como mecanismos de calibragem dessa penetração, que poderá ser maior ou menor, a depender do tratamento dado pelo direito ordinário, suas insuficiências e suas deficiências. (iii) A dignidade da pessoa humana é o núcleo da ordem jurídica e tem função de orientação da ‘ordem objetiva de valores’. (iv) As cláusulas gerais são o continente dos direitos fundamentais em sua entrada no Direito Privado. Eles terminam por auxiliar na salvaguarda da ‘autonomia do direito privado’ e, em paralelo, da unidade do sistema jurídico. (v) Identificam-se três graus de intensidade no processo de preenchimento das cláusulas gerais de Direito Privado pelos direitos fundamentais: a) no primeiro grau, elas atuarão para esclarecer os conceitos; b) no segundo grau, mais raro e também mais importante, está a função de atualização dos conceitos do sistema jurídico. Um exemplo dessa função está no tratamento a ser dado à proibição do casamento entre ‘ariano’ e ‘não ariano’. Essa era uma norma herdada do sistema pré-constitucional (anterior a 1949) e que não poderia mais ser reconhecida na vigência a LF/1949 por sua incompatibilidade com a nova ordem de valores; c) no terceiro grau, as cláusulas gerais exercerão a função de colmatação de lacunas (Rodrigues Júnior, 2023, p. 323-324).

Uma característica marcante da teoria de Düring é a essencialidade da mediação legislativa, destaca Luiz Otávio. Assim, o juiz não poderia desconsiderar a lei para recorrer diretamente ao texto constitucional.

Na Alemanha, a doutrina da eficácia indireta é dominante, embora não se negue a aplicação direta dos direitos fundamentais quanto do direito discriminatório:

Em parte da doutrina alemã contemporânea, nota-se ainda um movimento incipiente para se mitigar a eficácia indireta, ao estilo da tese de Jörg Neuner sobre o direito à antidiscriminação e, em trabalho publicado no Brasil, de Claus- Wilhelm Canaris, no qual ele concedeu a possibilidade de eficácia direta excepcional, em casos extremos de violação da dignidade humana no âmbito do direito à antidiscriminação (Rodrigues Júnior, 2023, p. 324).

2.3 Teoria da eficácia direta

A terceira é a Teoria da Eficácia Horizontal Direta ou Imediata, criada por Hans Carl Nipperdey, segundo a qual a aplicação dos direitos fundamentais nas relações privadas independe de lei, bastando o texto constitucional.

A incidência dos direitos fundamentais deve ser estendida às relações entre particulares, independentemente de qualquer intermediação legislativa, ainda que não se negue a existência de certas especificidades nesta aplicação, bem como a necessidade de ponderação dos direitos fundamentais com a autonomia da vontade. (Novelino, 2008, p. 233 *apud* Sarmento, 2010, p. 220-221).

Não há dúvidas quanto à primazia de Hans Carl Nipperdey na formulação teórica da eficácia direta dos direitos fundamentais em relação aos particulares. Foi, no entanto, na jurisprudência do BAG, tribunal que integrava como juiz, que a doutrina ganhou contornos operacionais. Em termos literários, a eficácia direta aparece em 1954, em capítulo de um manual sobre direitos fundamentais, coordenado por Nipperdey, Franz Leopold Neumann e Ulrich Scheuner. O capítulo tem o sugestivo título de A dignidade da pessoa humana. Em 1962, após o julgamento do caso Lüth, Nipperdey publicará Direitos fundamentais e Direito Privado, em um *liber amicorum* para os 75 anos de Erich Molitor. O ‘livre desenvolvimento da personalidade’ é o trabalho que representa o amadurecimento final da doutrina da eficácia direta sob sua concepção (Rodrigues Júnior, 2023, p. 295).

Embora a teoria da eficácia direta tenha nascido na Alemanha, considerando que Nipperdey era um jurista alemão, os privatistas e os constitucionalistas contemporâneos alemães não têm se ocupado desta teoria, de modo que a eficácia indireta prevalece naquele país, conforme mencionado. Destacam-se, no entanto, o surgimento de novas teorias sobre a eficácia dos direitos fundamentais que, porém, não substituem a eficácia direta, que seria a teoria da convergência estatista e a teoria dos três níveis, respectivamente, de Schwabe e Alexy, que não serão aprofundados neste trabalho.

Marcelo Schenk Duque denomina de “pilares fundamentais da eficácia direta”, a saber:

- (i) O ‘fundamento da ordem jurídica geral’ é a dignidade humana. O Direito Privado integra a ordem jurídica e também se reconduz a esse fundamento comum; (ii) os direitos fundamentais assumem a qualidade de meios de ‘expressão de valores supremos’, cuja efetividade há de ser assegurada na vida social; Essa realização dos direitos fundamentais decorre de seu ‘próprio

conteúdo material', o que demanda sua eficácia e sua proteção de modo amplo 'no interesse do particular'; (iii) os direitos fundamentais transformaram-se em seu alcance e em seu significado. Eles deixaram de ser meros 'direitos de defesa' contra o Estado e agora são meios de defesa dos particulares contra 'os poderes sociais privados'; (iv) os direitos fundamentais, a partir de sua 'interpretação histórica' assumiram natureza multidirecional ou universal. Eles não mais se limitam 'às relações com o Estado'. Essa tendência multidirecional dos direitos fundamentais (Walter Leisner) é uma resposta aos problemas e 'carencias de uma sociedade moderna'; (v) não há fundamento para que se considerem os direitos fundamentais imediatamente vinculantes em relação aos poderes públicos e não se lhes reconheça idêntica qualidade no âmbito das relações privadas' (Rodrigues Júnior, 2023, p. 301).

Os direitos fundamentais, de acordo com esta teoria, são oponíveis *erga omnes*, o que decorre da opção constitucional pelo Estado Social. Não se trata, porém, de uma teoria radical pois não prega a desconsideração da liberdade individual, de modo que a autonomia privada seja ponderada. Esta teoria é aplicada majoritariamente na Espanha e no Brasil, por exemplo. Em Portugal, Canotilho *apud* Sarmiento ponderou que:

O Judiciário, no julgamento de um litígio privado deve, em primeiro lugar, aplicar as normas de Direito Privado em conformidade com os direitos fundamentais, pela via da interpretação conforme à Constituição. Se isso não foi possível, ele deve recursar-se a aplicar ao caso a norma em questão, no exercício do controle de constitucionalidade. E, em caso de ausência da norma ordinária apropriada, ele deve concretizar os direitos fundamentais, valendo-se não apenas das cláusulas gerais e conceitos indeterminados do próprio Direito Privado, mas também das próprias normas constitucionais consagradoras de tais direitos, cuja aplicação direta pelo Judiciário ele defende (Sarmiento, 2010, p. 209-210).

Luiz Otavio, adepto da teoria mediata, critica a teoria da eficácia direta e ressalta que, embora majoritária no Brasil, a teoria imediata vem sendo utilizada pelo Judiciário sem critérios, fragilizando o Direito Privado em detrimento do Direitos Constitucional e conferindo amplos e imoderados poderes ao Juízes.

Na jurisprudência do STF, o RE 201819 (caso da União Brasileira de Compositores) é considerado um marco na tomada de posição no Direito brasileiro em favor da eficácia direta, embora se possa discutir se os fundamentos estão dispostos a deles se extrair tal conclusão, como bem salienta Virgílio Afonso da Silva. A decisão reforça a ideia de que a associação que expulsou o associado sem o direito à ampla defesa agiria como se fosse entidade pública. Essa circunstância é mais convergente com a doutrina norte-americana da *state action* do que a teoria direta. Essa última, porém, foi expressamente referida no acórdão como seu fundamento (Rodrigues Júnior, 2023, p. 328).

Uma das críticas que se faz à teoria direta, conforme adiantado, é a constitucionalização do Direito, no sentido de que com a aplicação direta dos direitos fundamentais o Direito Privado

perderia o seu valor ou aplicabilidade para solução dos conflitos, sendo ignorado pelos Juízes no julgamento do caso concreto e tornando cada vez mais crescente a quantidade de julgamentos de conflitos privados com fundamento no Princípio da dignidade da pessoa humana, ignorando as normas de Direito Civil.

Entretanto, a referida crítica não prospera, pois quando se fala em constitucionalização do direito, o que se defende é a irradiação das normas constitucionais, princípios e regras, para outros ramos do direito, no sentido de que todas as normas infraconstitucionais sejam interpretadas e aplicadas à luz da Constituição Federal. Em se tratando de direitos fundamentais, todos terão por linha mestra o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, diante da própria natureza desses direitos, qual seja, concretizar a referida dignidade. Desse modo, a constitucionalização do direito, no Brasil, trata-se de verdadeira mudança de paradigma, o que se defende diante da desigualdade social.

Não se trata de unificação da dicotomia entre direito público e privado, pois ambos os ramos possuem suas especificidades. Trata-se, em verdade, de interpretação do direito privado em consonância com o texto constitucional que, inclusive, a fundamenta, conforme dispõe o art. 22, I, da Constituição de 88.

A autonomia privada e o *pacta sunt servanda*, não são soberanos tampouco estão acima da Constituição. O Código Civil de 1916²⁷, por exemplo, inspirado no Código Alemão de 1896 - Bürgerliches Gesetzbuch (BGB), que era criticado por seu paternalismo, privilégio ao liberalismo e distanciamento social deu lugar ao Código Civil de 2002 que, apesar de inovar no aspecto social, não deixou de ser interpretado à luz da Constituição, a exemplo do julgamento sobre a constitucionalidade do casamento de casais homoafetivos, na ADI 4277²⁸ e ADPF 132²⁹, ambos pelo Supremo Tribunal Federal.

Segundo Schuppert e Bumke, no início do processo de irradiação do direito constitucional pelos outros ramos do direito, um dos objetivos principais era simplesmente a solidificação da submissão desses ramos aos ditames constitucionais. Ainda que essa submissão soe trivial para o jurista contemporâneo, nem sempre foi assim, especialmente por causa da milenar tradição do direito privado como área do direito reservada à autonomia privada, não submetida às previsões do direito público. Assim, segundo Schuppert e Bumke, por mais que hoje a submissão seja ponto quase pacífico, no início da década de 1950, na Alemanha, sua fundamentação era difícil e seus efeitos incertos. E é por isso que, segundo eles, tanto Nipperdey, o maior expoente da tese de aplicabilidade direta dos direitos fundamentais nas relações privadas entre particulares, quanto Dürig, o principal representante

²⁷ https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l3071.htm

²⁸ <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=11872>

²⁹ <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2598238>

da teoria dos efeitos indiretos, recorreram a estratégias semelhantes, especialmente ao conceito de constituição como ordenamento não estatal, mas da sociedade como um todo (Silva, 2014, p. 41-42).

Na Alemanha, no julgamento do caso Lüth, o Tribunal Alemão decidiu da seguinte forma:

A Constituição que não pretende ser uma ordenação axiologicamente neutra, funda, no título dos direitos fundamentais, uma ordem objetiva de valores, por meio da qual se expressa um [...] fortalecimento da validade [...] dos direitos fundamentais. Esse sistema de valores, que tem seu ponto central no livre desenvolvimento da personalidade e na dignidade da pessoa humana no seio da comunidade social, deve valer como decisão fundamental para todos os ramos do direito; legislação, administração e jurisprudência recebem dele diretrizes e impulsos (Silva, 2014, p. 42).

Luiz Felipe Salomão, no voto de sua relatoria no julgamento do REsp 1183378/RS, data do julgamento 25/10/2011, publicado no DJe em 01/02/2012, conceituou constitucionalização do direito da seguinte maneira:

Embora criado pela Constituição Federal como guardião do direito infraconstitucional, no estado atual em que se encontra a evolução do direito privado, vigorante a fase histórica da constitucionalização do direito civil, não é possível ao STJ analisar as celeumas que lhe aportam "de costas" para a Constituição Federal, sob pena de ser entregue ao jurisdicionado um direito desatualizado e sem lastro na Lei Maior. Vale dizer, o Superior Tribunal de Justiça, cumprindo sua missão de uniformizar o direito infraconstitucional, não pode conferir à lei uma interpretação que não seja constitucionalmente aceita (Brasil, 2012a).

De acordo com Virgílio Afonso da Silva a constitucionalização do direito pode ser assim resumida:

A constitucionalização, e uma consequente consideração dos efeitos dos direitos fundamentais nas relações privadas não ameaçam a autonomia do direito privado e, sobretudo, também não ameaçam uma das ideias centrais desse ramo do direito, a autonomia privada. Isso porque, sempre que possível, essa produção de efeitos, para usar uma expressão consagrada, se dá por intermédio do material normativo do próprio direito privado, o que garante a sua autonomia. O que muda, no entanto, se se comparar com a autonomia que o direito privado gozava especialmente até o século XIX, é o fato de que as normas desse ramo do direito devem ser interpretadas com base nos princípios de direitos fundamentais (Silva, 2014, p.27).

Ainda de acordo com o mesmo autor, a autonomia privada, conceito- chave do direito privado e das relações entre particulares, não é equiparável aos direitos fundamentais, pois a autonomia privada é um princípio formal que faz força contrária à dominação dos direitos fundamentais. Sem a autonomia privada, o direito privado já teria sido extinto.

De acordo com Daniel Sarmento, por outro lado, a autonomia é um outro atributo que compõe a dignidade da pessoa humana e se materializa com o poder de escolha pessoais. Está relacionada, de certa forma, com a liberdade, direito invocado nas três revoluções constitucionalista, a inglesa, norte-americana e francesa.

A autonomia pode ser pública ou privada:

A autonomia privada diz respeito à faculdade da pessoa de se autodeterminar, de fazer as suas próprias escolhas de vida, e a autonomia pública, que se liga à democracia, consiste no poder do cidadão de tomar parte nas deliberações da sua comunidade política (Sarmiento, 2024, p. 156).

A autonomia privada não se confunde com a autonomia da vontade, está ultrapassada e presente no Código Civil de 1916, como destacado por Sarmento (2010, p. 158):

A autonomia privada não se confunde, por outro lado, com a autonomia da vontade, de que falavam os civilistas no passado. A autonomia da vontade, [...], é um conceito histórico superado, impregnado pelos valores do liberalismo-burguês que alicerçavam as codificações do século XIX e se refletiram tardiamente no Código Civil brasileiro de 1916.

[...]

O respeito à autonomia privada se baseia na ideia de que as pessoas têm o direito de formular os seus próprios planos de vida, os seus projetos existenciais, a partir das suas próprias compreensões sobre o que seja uma 'vida boa'. Dworkin chamou de 'independência ética' essa prerrogativa do indivíduo, que envolve a possibilidade de realizar escolhas fundamentais e de, em alguma medida, estar ao leme da própria existência.

Sarmiento destaca que a ligação entre a autonomia e a dignidade tem sido invocada em diversas decisões judiciais pelo mundo, o que não é diferente nas decisões do Supremo Tribunal Federal no Brasil, a exemplo da decisão que reconheceu a união socioafetiva, já citada.

A premissa de todos esses julgados nacionais e estrangeiros, portanto, é de que não é papel do Estado ou da sociedade definir como as pessoas devem conduzir as suas próprias vidas. Desde que não lesem direitos de terceiros, os indivíduos devem poder seguir seus projetos, inclinações e preferências, por mais que estes desafiem tradições e costumes enraizados ou desagradem as maiorias sociais (Sarmiento, 2024, p. 163).

2.4 Irradiação dos Direitos Fundamentais

Infere-se que os direitos fundamentais possuem eficácia irradiante, ou seja, seus valores condicionam a interpretação das normas legais e direcionam o Legislativo, o Executivo e o Judiciário. São os direitos fundamentais que norteiam a constitucionalidade da lei ordinária, não o inverso:

[...] A eficácia irradiante configura conceito fundamental dentro do processo de constitucionalização do direito infraconstitucional, o qual, como ressaltou Clèmerson Merlin Clève, “[...] fará incidir sobre o direito infraconstitucional os valores substanciais emancipatórios adotados pela Carta Constitucional”. No caso brasileiro, este processo assume um relevo especial, em razão da riqueza axiológica da Constituição de 1988, que conferiu absoluta centralidade e primazia aos direitos fundamentais e está fortemente impregnada por valores solidarísticos, de marcada inspiração humanitária. Assim, toda a legislação infraconstitucional (civil, penal, processual, econômica etc), muitas vezes editada em contexto axiológico diverso mais individualista ou mais totalitário, terá de ser revisitada pelo operador do direito, a partir de uma nova perspectiva, centrada na Constituição e em especial nos direitos fundamentais que esta consagra. Trata-se do fenômeno da ‘filtragem constitucional’ que exige do aplicador do direito uma nova postura, voltada para a promoção dos valores constitucionais em todos os quadrantes do direito positivo. Este processo, como assinalou Luís Roberto Barroso, “[...] não identifica apenas a inclusão na Lei Maior de normas próprias de outros domínios, mas, sobretudo, a reinterpretação dos seus institutos sob uma ótica constitucional (Sarmiento, 2010, p. 125).

A eficácia irradiante dos direitos fundamentais também deve nortear a interpretação e aplicação das cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados, a exemplo da boa-fé, ordem pública, interesse público e outros.

Percebe-se que a constitucionalização do direito civil não pretende o enfraquecimento deste ramo, mas o seu fortalecimento à luz dos objetivos constitucionais, pois vale lembrar que a Constituição brasileira de 1988 é social e dirigente, de modo a teoria da aplicação imediata melhor se amolda à realidade social brasileira.

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 nos parece inconciliável com a posição mais compromissória, mas ainda assim conservadora, da eficácia horizontal e mediana 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 Privado (Sarmiento, 2010, p. 237).

Apesar da Constituição de 88 ser considerada uma “Constituição Cidadã”, diante dos inúmeros direitos que prevê, como justificar a desigualdade social ainda presente após a sua promulgação?

Conforme ressaltado por Eros Grau em seu livro é evidente que o texto isolado da Constituição ou da lei não são suficientes para garantir uma sociedade de bem-estar, revelando-se instrumentos deficientes. “A edição de normas não impulsiona, não cria o movimento; apenas estabelece balizas para o seu curso ordenado” (Grau, 2022, p. 295).

A omissão do executivo na realização de políticas públicas e a omissão do legislativo em integrar o ordenamento jurídico para concretização de direitos, muitas vezes é suprida pelo Poder Judiciário, especialmente, o Supremo Tribunal Federal, quando acionado, considerando que o Princípio da Inafastabilidade da Jurisdição. Daí a importância de um Judiciário forte e independente para dar efetividade e aplicação aos direitos fundamentais (art. 5º, §1º, CF/88). Sem prejuízo da competência dos Tribunais Superiores, tal tarefa também é exercida diariamente pelos Juízes de Direito em primeira instância, inclusive pelo controle difuso de constitucionalidade.

É inegável que uma das formas de aplicação do direito ocorre no caso concreto pelo Judiciário, porém, não se trata um poder, mas de um poder-dever, considerando sua própria natureza. A palavra “imediatamente” descrita no §2º do artigo 5º da Constituição Federal de 1988 vincula, em última instância, o Poder Judiciário:

O Poder Judiciário então, estará, de uma banda, vinculado pelo dever de conferir efetividade imediata ao preceito. De outra banda, estará autorizado a inovar o ordenamento jurídico suprindo, em cada decisão que tomar, eventuais lacunas que, não estivesse o preceito dotado de aplicabilidade imediata, atuariam como obstáculo a sua exequibilidade. Note-se, por um lado, que a admissão da existência dessas lacunas não conflita com a afirmação anterior, de que o preceito imediatamente aplicável é autossuficiente. Ele o é justamente porque lacuna como tal, se se manifestar, não consubstancia impediente da sua aplicação- as lacunas existentes serão supridas pelo Poder Judiciário. De outro lado, note-se que, na atribuição dessa autorização ao Judiciário, não se vai além do que desde há muito determina o art. 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro/LINDB. Daí por que se afirma que, no caso, O Poder Judiciário é tangido pelo dever de prover a exequibilidade (efetividade) imediata do direito ou garantia constitucional (Grau, 2022, p. 298).

No Brasil, o Supremo Tribunal Federal detém a competência para análise do controle concentrado de constitucionalidade, porém, em sede de controle difuso este controle também é exercido pelos Juízes de primeira instância. Em ambos os casos compete ao Judiciário a análise da compatibilidade da lei aos direitos fundamentais descritos na norma constitucional.

A teoria contemporânea dos direitos fundamentais afirma que o Estado deve não apenas abster-se de violar tais direitos, tendo também de proteger seus titulares diante de lesões e ameaças provindas de terceiros. Este dever de proteção envolve a atividade legislativa, administrativa e jurisdicional do Estado, que devem guiar-se para a promoção dos direitos da pessoa humana. Tal aspecto constituiu um dos mais importantes desdobramentos da dimensão objetiva dos direitos fundamentais, e está associado à ótica emergente do Welfare State, que enxerga no Estado não apenas um ‘inimigo’ dos direitos do Homem, que por isso deve ter as suas atividades ilimitadas ao mínimo possível (Estado mínimo), mas uma instituição necessária para a própria garantia desses direitos na sociedade civil (Sarmiento, 2010, p. 129).

Há muito, o brocardo “o juiz é a boca da lei” caiu em desuso, o que implica dizer que as decisões judiciais sobre o conflito em concreto devem levar em consideração aos fatos e a realidade social. Nesse sentido dispõe o artigo 20 do Decreto- Lei 4.657/1942, a Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro (LINDB), especialmente quanto a decisão envolver valores jurídicos abstratos.

Não se trata de ativismo judicial, ao nosso ver, mas de poder-dever conferido constitucionalmente ao Juiz. Não se desconhece a crítica no sentido de que o Juiz não teria legitimidade para aplicar direitos fundamentais diretamente, ou seja, sem lei intermediária. Entretanto, não é menor a legitimidade do juiz comparada ao legislador ordinário, pois ambas as competências estão descritas na Constituição Federal. Por opção do constituinte brasileiro, os membros do legislativo são eleitos diretamente pelo povo. Por outro lado, garantindo a imparcialidade e a técnica das decisões, a legitimidade dos juízes também se encontra descrita na Constituição Federal (Brasil, 1988, art. 93).

O processo de aplicação do Direito promove a criação e atualização do próprio direito, dando concretude à norma, seja ela uma regra ou princípio.

Não se pretende, nisso, atribuir ao Judiciário o desempenho de funções que são próprias do Legislativo- ou seja, a de produção de ato legislativo- ou mesmo do Executivo- ou seja, a de produção de ato administrativo. O que se sustenta – e, no caso, sob o manto do princípio da supremacia da Constituição- é, meramente, cumprir ao Poder Judiciário assegurar a pronta exequibilidade de direito ou garantia constitucional imediatamente aplicável, dever que se lhe impõe e mercê do qual é atribuído o poder, na autorização que para tanto recebe, de, em cada decisão em que a esse respeito tomar, produzir Direito. Não se predica, aí, atribuição, a ele, indiscriminadamente, de poder para estatuir norma abstrata e geral (Grau, 2022, p. 299).

Não se trata de violação de poderes, mas de exercício atípico das funções, de acordo com a Teoria de freios e contrapesos. Funções essas que também são exercidas pelo legislativo e pelo executivo:

De resto, quanto ao argumento de que a atribuição dessa autorização ao Judiciário importaria violação do princípio da ‘separação dos poderes’, cumpre tão somente lembrar que além de o Legislativo não deter o monopólio do exercício da função normativa, mas normativa, mas si, apenas, da função legislativa, já de há muito se tem por superada a concepção de que a razão humana seria capaz de formular preceitos normativos unívocos, nos quais antevistas, em sua integridade, todas as situações da realidade que devem regular (Grau, 2022, p. 300).

Se a aplicação imediata do direito fundamental é negada pelo executivo e legislativo, não o será pelo Judiciário quando acionado.

O conceito de “aplicação” do direito, ainda à luz do §2º do artigo 5º da Constituição de 1988, contém os conceitos de eficácia jurídica e social que, de acordo com José Afonso da Silva, são distintos, considerando que uma norma jurídica pode produzir seus efeitos regularmente e, mesmo assim, ser ignorada pelo indivíduo ou sociedade. Uma norma jurídica não é autossuficiente, pois se assim o fosse a simples previsão do artigo 121 do Código Penal impediria que homicídios fossem praticados.

A eficácia social designa uma efetiva conduta acorde com a prevista pela norma; refere-se ao fato de que a norma é realmente obedecida e aplicada; a eficácia jurídica da norma designa a qualidade de produzir, em maior ou menor grau, efeitos jurídicos, ao regular, desde logo, as situações, relações e comportamento nela indicados. Uma norma pode ter eficácia jurídica sem ser socialmente eficaz (Silva, 2014, p. 65-66).

Nesse sentido, Eros Grau, reforça que o texto formal da Constituição foi insuficiente para, isoladamente, gerar a mudança social por ela prevista:

A aplicação do Direito- de uma norma ou conjunto de normas jurídicas- quando procedida pelos particulares, em termos de cumprimento do Direito, importa, em regra, reprodução do Direito. Quando procedida pelo Estado, consiste na criação de uma norma individual. Esta norma, que impõe o cumprimento de outra norma, criada pelo Estado, em especial quando o faça o Judiciário, pode consubstanciar mera reprodução ou mesmo, quando isso se imponha, produção de Direito (Grau, 2022, p. 302).

A nova Constituição produziu impacto, globalmente considerado, bastante rico, ainda que extremamente contraditório, sobre a sociedade brasileira. De um lado, paulatinamente, vai de desnudando a evidência de que ela (a Constituição formal) não basta para superar as distorções sociais da nossa realidade- a Constituição, isoladamente considerada, não desencadeia nenhum processo de mudança social (Grau, 2022, p. 305).

O Brasil, diferente dos países norte americanos e europeus, possui acentuada desigualdade social, apesar do seu texto constitucional e das inúmeras leis ordinárias protetivas aos direitos do vulneráveis, conforme também destaca Daniel Sarmiento:

Com mais frequência, porém, o problema não está nas normas vigentes, mas nas práticas sociais que subsistem à margem da lei ou que se infiltram nos seus processos de aplicação. No Brasil contemporâneo, temos até boas leis, que se assentam na igual dignidade das pessoas- Constituição Federal, Estatuto da Criança e Adolescente, Lei de Execução Penal, Estatuto da Igualdade Racial, dentre outros diplomas. Porém, a desigualdade enraizada na nossa cultura sabota o emprego dessas normas jurídicas, que acabem não protegendo todos os seus destinatários e se sujeitando a aplicações assimétricas pelas autoridades estatais, inclusive do Poder Judiciário (Sarmiento, 2024, p. 76).

Diante dessa análise, conclui-se que, na realidade brasileira, a teoria da aplicação direta dos direitos fundamentais nas relações privadas é mais adequada para cumprir os objetivos

constitucionais, quais sejam, a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, o desenvolvimento nacional, a erradicação da pobreza e da marginalização, a redução das desigualdades sociais e regionais e a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação, conforme dispõe o artigo 3º da Magna Carta brasileira.

A referida proteção dos direitos fundamentais deve se dar por intermédio do Executivo, Legislativo e também pelo Judiciário, quando este for acionado. Limitar ou criticar a atuação do Judiciário em razão de eventual omissão legislativa não condiz com a própria Constituição que prevê inclusive a possibilidade de ajuizamento de mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania. Outra proteção é a possibilidade do ajuizamento de Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão, em sede de controle concentrado de constitucionalidade.

Sem prejuízo desses dois institutos jurídicos, compete também ao Judiciário garantir a aplicação dos direitos fundamentais, havendo ou não lei que a concretize, pelo simples exercício do direito constitucional de ação, previsto no artigo 5º, XXXV, da Constituição Federal. Violado um direito ou havendo ameaça de lesão, é garantido o direito de acionar um pronunciamento judicial, dever este sobre o qual o Magistrado não pode se furtar.

Estabelecidas tais premissas, conforme apontado acima, a eficácia horizontal dos direitos fundamentais ocorre quando na relação jurídica existirem dois sujeitos de direitos, ou seja, quando um dos sujeitos não for o Estado. Esses dois sujeitos podem estar em situação de igualdade ou desigualdade técnica, econômica ou outra.

3 O PRINCÍPIO DA IGUALDADE APLICÁVEL AOS COLABORADORES DAS EMPRESA PRIVADA E A ANÁLISE DE CASOS CONCRETOS

No presente capítulo estudaremos decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal em que, interpretando o texto constitucional, houve a aplicação do Princípio da Igualdade no caso concreto reconhecendo direitos aos colaboradores da empresa privada, especialmente quanto a igualdade de gênero.

O objetivo do estudo não é direcionado ao direito do trabalho, tampouco ao ativismo judicial ou ao papel constitucional do Supremo Tribunal Federal, mas à promoção da igualdade, especialmente de gênero, na iniciativa privada, à luz da Constituição de 1988.

3.1 O julgamento do Recurso Extraordinário 161.243-6/DF pelo Supremo Tribunal Federal e a Eficácia Horizontal dos Direitos Fundamentais aplicável à empresa transnacional

O denominado “caso Air France” trata-se do julgamento do Recurso Extraordinário nº 161.243-6 do Distrito Federal, de relatoria do ministro Carlos Velloso que possui a seguinte ementa que abaixo se transcreve dada a sua importância para este trabalho:

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 a empresa francesa, no Brasil, não foi aplicado o Estatuto 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. Precedente do STF: Ag 110.846 (AgRg)- PR, Célio Borja, RTJ 119/465. III- Fatores que autorizariam a desigualação não ocorrentes no caso. IV- R.E conhecido e provido.

O caso foi julgado em 29 de outubro de 1996 e versava sobre uma reclamação trabalhista ajuizada por Joseph Halfin contra a empresa Compagnie Nationale Air France, para quem o reclamante trabalhou durante trinta e quatro anos, objetivando a nulidade de rescisões contratuais, bem como da opção pelo Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS) e os demais direitos amparados pela legislação trabalhista e pelo Estatuto de Pessoal da empresa francesa reclamada. A sentença julgou parcialmente procedente o pedido do autor para determinar que fossem pagas as diferenças referentes ao FGTS com acréscimos legais. Ambas as partes recorreram ao Tribunal Regional do Trabalho (TRT) que negou provimento aos recursos. As partes recorreram ao Tribunal Superior do Trabalho (TST), inclusive com agravo

regimental. Inconformado, o recorrente interpôs recurso extraordinário com fundamento no art. 102, III, “a”, da Constituição Federal alegando que o acórdão violou seu direito ao não aplicar os estatutos da empresa francesa ao trabalhador nacional. Na fundamentação do voto, o relator mencionou que a questão constitucional- art. 153, §1º, da Constituição pretérita ou art. 5º, caput, I, da Constituição atual- referente à ofensa ao princípio da igualdade, estava prequestionada.

A questão de fundo era se havia ofensa ao princípio da igualdade ao recorrente que, por não ser francês e sim brasileiro, não obstante trabalhasse para uma empresa francesa, poderia ser aplicado o Estatuto do Pessoal da Empresa.

Assim fundamentou o relator:

No voto que proferi quando do julgamento do MS 21.154- DF, lembrei que a prática da igualdade está em tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, tal como ensinava Aristóteles. No efetivar esse tratamento, entretanto, é que surgem as dificuldades, dado que é preciso estabelecer, registra o Professor Celso Antônio Bandeira de Mello, quem são os iguais e quem são os desiguais. (“O Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade”, pág. 15).

O tema foi versado por mim, Sr. Presidente, por mais de uma vez. No antigo Tribunal Federal de Recursos, quando do julgamento do AMS 79.839-RJ, reportei-me à sentença que proferi, como juiz de Minas, em que examinei a inconstitucionalidade da Lei 5.465, de 1968, que concedera privilégio a agricultores e filhos destes para matrícula nas Escolas Superiores de Agricultura e Veterinária mantidas pela União (Revista do TFR nº 60, pág. 126). No já citado MS nº 21.154, a questão foi novamente posta (RTJ 155/440).

No despacho que proferi em diversos agravos e recursos extraordinários- por exemplo, o Agravo 153.333-SP – que cuidavam da isenção do imposto sobre operações de câmbio, instituída pelo art. 6º, do Decreto- lei 2.434, de 1988, nas operações realizadas para pagamento de bens importados cujas guias foram emitidas após 1º de julho de 1988, declarei que a citada norma concessiva da isenção parecia-me ilegítima sob o ponto de vista constitucional, porque tratava ela desigualmente a iguais, dado que não me parece existir “correlação lógica entre o fator erigido em critério de discrimen e a discriminação legal decidida em função dele” (Celso Antonio Bandeira de Mello, “O Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade, pag. 37).

É que a “discriminação não pode ser gratuita ou fortuita. Impende que exista uma adequação racional entre o tratamento diferenciado construído e a razão diferencial que lhe serviu de supedâneo, ou, noutras palavras, “a lei não pode conceder tratamento específico, vantajoso ou desvantajoso, em atenção a traços e circunstancias peculiarizadoras de uma categoria de indivíduos se não houve adequação racional entre o elemento diferencial e o regime dispensado aos que se inserem na categoria diferenciada”. (Celso Antonio Bandeira de Mello, “O Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade, pag. 47/50) (Brasil, 1997, p. 259-260).

Após estabelecer essas premissas sobre o princípio da igualdade, o relator examinou o caso em julgamento da seguinte forma:

Aqui, deixou-se de aplicar, em relação ao empregado, ora recorrente, o estatuto da empregadora, que concede vantagens aos empregados, ao argumento puro e simples de que ele não seria aplicável porque o empregado não era de nacionalidade francesa, mas brasileira. Não se considerou, todavia, que a prestação de serviço realizava-se no Brasil, sujeita a empresa às leis brasileiras, convindo registrar que na empresa havia empregados franceses e brasileiros, todos empregados da mesma empresa, certo que não se reservava aos franceses um certo tipo de trabalho diferente do trabalho praticado pelos brasileiros. Noutras palavras, os empregados franceses não exerciam tarefas típicas, em relação aos brasileiros. Brasileiros e franceses, empregados da empresa francesa sujeita às leis brasileiras, não exerciam, uns em relação a outros, tarefas diferentes, ontologicamente, mais importantes ou mais difíceis, especiais, uns em relação a outros. Não há, aliás, nos autos, uma só palavra a esse respeito. O fator desigualador foi, não custa repetir, apenas isto: a nacionalidade.

[...]

No caso, porque não ocorrentes os fatores que justificariam o tratamento diferenciado, tem-se que iguais foram tratados desigualmente, o que é ofensivo ao princípio isonômico que a Constituição consagra e que é inerente ao regime democrático e à república (Brasil, 1997, p. 261-262).

O ministro Maurício Correa acompanhou o voto do relator fundamentando que

uma empresa, quando vem se instalar no Brasil, quando consegue permissão para funcionar no ramo do transporte aéreo, tem que se submeter à legislação brasileira, que presume ser de seu conhecimento. Evidentemente, como o tom da nossa Constituição é de igualdade de tratamento, não podendo haver desigualdade entre iguais, razão pela qual quem aqui se instala há que obedecer ao nosso ordenamento legal, máxime no que diz respeito aos ditames ordenados pela Constituição Federal. Tanto mais que essa discriminação que foi feita não se coaduna com a razoabilidade, e muito menos se coaduna com o ordenamento constitucional brasileiro (Brasil, 1997, p. 263).

Pelo ministro presidente Néri da Silveira, também acompanhando o voto do relator, foi dito que:

No genérico âmbito do conceito de propriedade, compreende-se os chamados direitos econômicos e direitos salariais. Der outra parte, no que concerne aos direitos sociais, nosso sistema veda, no inciso XXX do art. 7º da Constituição Federal, qualquer discriminação decorrente- além, evidentemente, da nacionalidade- de sexo, idade, cor ou estado civil. Dessa maneira, nosso sistema constitucional é contrário a tratamento discriminatório entre pessoas que prestam serviços iguais a um empregador. No que concerne ao estrangeiro, quando a Constituição quis limitar-lhe o acesso a algum direito, expressamente estipulou. Assim, quando a própria Constituição estabelece que determinados cargos só podem ser providos por brasileiros natos, enquanto outros, por natos ou naturalizados, certo que estrangeiros, naturalizados brasileiros, nacionais brasileiros passam a ser. Quando a Constituição quis fazer essas discriminações, ela o fez. Mas, o princípio do nosso sistema é o da igualdade de tratamento. Em consequência, não pode uma empresa, no Brasil, seja nacional ou estrangeira, desde que funcione, opere em território nacional, estabelecer discriminação decorrente de nacionalidade para seus empregados, em regulamento de empresa, a tanto

correspondendo o estatuto dos servidores da empresa, tão só pela circunstancia de não ser um nacional francês. Essa consideração parece-me suficiente para acompanhar o voto do Sr. Ministro- Relator, no sentido de proceder o recurso do reclamante e ver a ele aplicável, também, o estatuto da empresa estrangeira, de cuja abrangência foi excluído, pela só razão de não ser francês. Nosso sistema não admite esta forma de discriminação, quer em relação à empresa brasileira, quem em relação à empresa estrangeira (Brasil, 1997, p. 265)

No mérito, portanto, a Turma determinou a aplicação ao recorrente do estatuto da empresa, nos termos solicitados na inicial, em valores que seriam apurados em liquidação de sentença.

O julgamento deste recurso, embora sem citar a eficácia direta dos direitos fundamentais nas relações privadas, aplicou o princípio da isonomia diretamente ao caso concreto, ou seja, sem necessidade de intermediação legislativa, demonstrando que o texto constitucional é autoaplicável quando violado um direito fundamental.

A referida decisão destacou a necessidade de se buscar um equilíbrio entre os direitos fundamentais e a autonomia do direito privado, no sentido de que autonomia privada encontra limites dos direitos fundamentais, ganhando relevância. A decisão do Supremo também ressalta um alerta às empresas para que garantam um ambiente de trabalho livre de discriminação não apenas em relação à nacionalidade, mas de gênero, idade ou outro fator discriminatório à luz dos direitos fundamentais.

Em suma, o caso Air France não apenas estabelece um precedente importante na jurisprudência brasileira, mas também impulsiona uma reflexão mais profunda sobre a necessidade de práticas empresariais éticas e justas. As empresas são chamadas a reconhecer e a abraçar a diversidade, promovendo um ambiente de trabalho onde todos os indivíduos possam exercer seus direitos fundamentais plenamente, sem medo de discriminação ou injustiça (Gomes; Brito, 2024)

Além do caso Air France também podemos citar o julgamento do Recurso Extraordinário 160.222-8 referente ao caso Millus³⁰, de relatoria do ministro Sepúlveda Pertence, o Recurso Extraordinário 158.215-4 referente ao caso São Luiz³¹, o Habeas Corpus 82.424-4 referente ao caso Ellwanger³² e o Recurso Extraordinário 201.819 referente ao caso da União Brasileira de Compositores (UBC)³³, dentre outros, em que houve aplicação direta dos direitos fundamentais nas relações privadas. Com exceção do caso Ellwanger, nessas

³⁰ <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=563892>

³¹ <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=212594>

³² <https://supremohistorico.stf.jus.br/index.php/habeas-corpus-n-82-424>

³³ <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur7704/false>

decisões o Supremo não se manifestou expressamente sobre a teoria da eficácia direta dos direitos fundamentais.

Apesar da importância destes e outros julgados, o presente trabalho se limitará ao Caso Air France com o objetivo de explorar o fundamento principal deste julgamento, qual seja, a aplicação do Princípio da Igualdade entre colaboradores na empresa privada.

3.2 O direito ao trabalho remunerado pelas mulheres e a promoção da igualdade de gênero nas empresas privadas

Tal como ocorreu no julgamento do Caso Air France, analisaremos a aplicação do Princípio da Igualdade, porém, agora com enfoque no direito de homens e mulheres ao exercício do trabalho remunerado na empresa privada. No setor público, essa igualdade pode ser alcançada por concurso público e processos seletivos que, atualmente, contam com ações afirmativas para mulheres, inclusive, negras. Já no setor privado, essas ações afirmativas são necessárias? É o que se pretende responder com estudos abaixo.

A primeira Constituição Brasileira a considerar a igualdade de gênero e o direito ao voto às mulheres foi a de 1934 (artigo 113, I):

Art. 113. A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no país a inviolabilidade dos direitos concernentes a liberdade, à subsistência, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes:

1) Todos são iguais perante a lei. Não haverá privilégios, nem distinções, por motivo de nascimento, sexo, raça, profissões próprias ou dos pais, classe social, riqueza, crenças religiosas ou idéas políticas.

Art. 109. O alistamento e o voto são obrigatórios para os homens, e para as mulheres, quando estas exerçam função pública remunerada, sob as sanções e salvas as exceções que a lei determinar (Brasil, 1934).

Antes mesmo dessa Constituição, o direito ao voto pela mulher foi previsto no Código Eleitoral de 1932³⁴, como consequência da luta por direitos políticos nos Estados Unidos, Europa e também no Brasil, a exemplo do partido republicado feminino que nasceu em 1920³⁵.

Assim observa Rosah Russomano:

Houve, pois, no setor que nos interessa de perto e que abrange a libertação da mulher, uma sensível modificação, corolário inevitável das modificações sofridas pelo panorama social em geral. Traduzindo-se a realidade incipiente em nosso território, assegurou-se a paridade jurídica dos sexos, fazendo se, mais do que isso, com que a mesma decorresse do texto básico, o que evitaria quaisquer vacilações nas interpretações (Russomano, 1956, p. 423.)

³⁴ https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/d21076.htm

³⁵ https://nossacausa.com/conquistas-do-feminismo-no-brasil/?gad_source=1&gclid=EAIaIQobChMIubj5loGtiQMViR-tBh2LZQIZEAAYASAAEgIQ8_D_BwE

Ao lado do Código Eleitoral de 32, destacam-se outras leis infraconstitucionais que reconheceram direitos às mulheres, a exemplo da Lei 4.212/1962 denominada Estatuto da Mulher Casada³⁶ que permitia que mulheres casadas não mais precisassem de autorização do marido para trabalhar e Lei 6.515/1977, denominada Lei do Divórcio³⁷, dentre outras.

Naquela época, antes da Constituição Federal de 1988, porém, já sob a égide da República, proclamada em 15 de novembro de 1981, estava em vigor o Código Civil de 1916 que disciplinava expressamente que as mulheres eram relativamente incapazes de exercer atos enquanto subsistisse a sociedade conjugal (art. 6º, II, CC/16), que a mulher casada era não podia, sem autorização do marido, exercer profissão (art. 242, VII, CC/16), dentre outras regras.

No contexto mundial, relembre-se que em 1948 houve a proclamação da Declaração Universal dos Direitos Humanos, a partir de quando os direitos de homens e mulheres passam a ser reconhecidos universalmente, mas foi somente na década de 70 que o movimento por direitos iguais entre homens e mulheres realmente ganhou força internacional. Foi em 1975, por exemplo, que a Organização das Nações Unidas (ONU) designou o Dia Internacional da Mulher. Na mesma década, em 1979, foi promulgada a Convenção sobre Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, também chamada de “Carta Internacional dos Direitos da Mulher” ou CEDAW (sigla em inglês de “Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women”), ratificada por 189 Estados até 2016 (Mazzuoli 2017, p. 275).

O artigo 1º da referida Convenção (CEDAW) conceituou o que se entende por “discriminação contra a mulher” como sendo

toda a distinção, exclusão ou restrição baseada no sexo e que tenha por objeto ou resultado prejudicar ou anular o reconhecimento, gozo ou exercício pela mulher, independentemente de seu estado civil, com base na igualdade do homem e da mulher, dos direitos humanos e liberdades fundamentais nos campos político, econômico, social, cultural e civil ou em qualquer outro campo (Brasil, 2002a).

No Brasil, foi na Constituição de 88 que os direitos das mulheres ganharam maior protagonismo. Nesse sentido dispõe o art. 5º, I: “homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição”; art. 6º, caput: São direitos sociais, [...] “a proteção a maternidade”; art. 7º, XX: São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, a “proteção do mercado de trabalho da mulher, mediante incentivos específicos, nos termos da lei”; art. 17,

³⁶ https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/l4121.htm

³⁷ https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6515.htm

§7º: “os partidos políticos devem aplicar no mínimo 5% (cinco por cento) dos recursos do fundo partidário na criação e na manutenção de programas de promoção e difusão da participação política das mulheres, de acordo com os interesses intrapartidários”; art. 40, §1º, III: “O servidor abrangido por regime próprio de previdência social será aposentado: no âmbito da União, aos 62 (sessenta e dois) anos de idade, se mulher, e aos 65 (sessenta e cinco) anos de idade, se homem, e, no âmbito dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, na idade mínima estabelecida mediante emenda às respectivas Constituições e Leis Orgânicas, observados o tempo de contribuição e os demais requisitos estabelecidos em lei complementar do respectivo ente federativo”; art. 143, §2º: “as mulheres e os eclesiásticos ficam isentos do serviço militar obrigatório em tempo de paz, sujeitos, porém, a outros encargos que a lei lhes atribuir”; art. 226, §5º: “os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher”, dentre outros dispositivos.

Em 2002, o Brasil internalizou a Convenção sobre eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher (CEDAW), de 1979, pelo Decreto 4.377, que somando com a Constituição traduzem dois relevantes instrumentos jurídicos dos direitos das mulheres. Essa Convenção representa um marco histórico na definição internacional dos direitos humanos das mulheres, concretizando o compromisso assumido na primeira Conferência Mundial da Mulher realizada no México, em 1975.

A Convenção sobre Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra a Mulher, a nossa Carta Magna de Direitos Humanos, é o grande instrumento jurídico das mulheres. Representa inspiração e determinação vinculante aos Estado-Partes, no sentido de que estabeleçam, de jure, e implementam de facto, leis, decisões judiciais e políticas públicas que promovam e garantam a igualdade dos direitos das mulheres, ipso facto, erradicando todas as formas de discriminação contra elas (Pimentel, 2010, p. 305)

Porém, a igualdade entre homens e mulheres não pode ser alcançada sem a alfabetização e o acesso ao trabalho pelas mulheres.

Quanto a alfabetização, após metas estabelecidas aos países pela Organização das Nações Unidas (ONU), de acordo com o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), no censo demográfico de 2002, concluiu-se que 93,5% das mulheres sabiam ler e escrever em comparação com 92, 5% dos homens (IBGE, 2022).

O direito à alfabetização é uma dimensão fundamental do direito à educação. Trata-se de um poderoso instrumento para o exercício de outros direitos humanos, pois desencadeia implicações para a qualidade de vida das mulheres e dos homens em todos os grupos, bem como benefícios individuais, familiares e comunitários em relação ao acesso à saúde, oportunidades

educacionais, econômicas, políticas, e culturais. Há uma necessidade urgente de se aumentar a alfabetização das mulheres como um direito em si mesmo e como um meio de acesso a outros direitos (Pimentel, 2020, p. 315)

Para além da alfabetização, Silvia Pimentel defende ainda a educação jurídica para mulheres para que, conhecendo seus direitos, possam pleiteá-los.

‘Diante da porta da Lei está um guardião’, diz a parábola de Franz Kafka (Kafka 1925). A educação e o conhecimento do direito são instrumentos cruciais que empoderam as mulheres para alcançar e transpor a ‘porta’ da Lei. A Convenção CEDAW e seu Comitê fornecem conceitos chave e instrumentos para as mulheres, em qualquer parte do mundo, ultrapassarem a ‘porta’, que as impede de conquistar e exercer seus direitos (Pimentel, 2020, p. 321).

Quanto ao direito ao trabalho remunerado, no Brasil, essa conquista ocorreu somente na Constituição de 88.

Nas Constituições de 1934 (art. 121, §1º, d), de 1946 (art. 157, IX), de 1967 (art. 158, X), de 1969 (art. 165, X) havia expressa proibição do trabalho pela mulher, respectivamente:

Art. 121. A lei promoverá o amparo da produção e estabelecerá as condições do trabalho, na cidade e nos campos, tendo em vista a proteção social do trabalhador e os interesses econômicos do país. § 1º A legislação do trabalho observará os seguintes preceitos, além de outros que collimem melhorar as condições do trabalhador: [...] d) proibição de trabalho a menores de 14 anos; de trabalho noturno a menores de 16; e em indústrias insalubres, a menores de 18 anos e a mulheres.

Art 157 - A legislação do trabalho e a da previdência social obedecerão nos seguintes preceitos, além de outros que visem a melhoria da condição dos trabalhadores: [...] IX - proibição de trabalho a menores de quatorze anos; em indústrias insalubres, a mulheres e a menores, de dezoito anos; e de trabalho noturno a menores de dezoito anos, respeitadas, em qualquer caso, as condições estabelecidas em lei e as exceções admitidas pelo Juiz competente.

Art 158 - A Constituição assegura aos trabalhadores os seguintes direitos, além de outros que, nos termos da lei, visem à melhoria, de sua condição social: [...] X - proibição de trabalho a menores de doze anos e de trabalho noturno a menores de dezoito anos, em indústrias insalubres a estes e às mulheres.

Art. 165. A Constituição assegura aos trabalhadores os seguintes direitos, além de outros que, nos termos da lei, visem à melhoria de sua condição social: [...] X - proibição de trabalho, em indústrias insalubres, a mulheres e menores de dezoito anos, de trabalho noturno a menores de dezoito anos e de qualquer trabalho a menores de doze anos (Brasil, 1934, 1946, 1967, 1969).

No Brasil, o direito ao trabalho remunerado pelas mulheres foi reconhecido apenas na Constituição de 88, embora este direito já estivesse previsto no art. 11 (1)³⁸ da CEDAW. Diz-se remunerado porque a mulher sempre exerceu trabalho doméstico, ou seja, não remunerado e

³⁸ https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4377.htm

não reconhecido socialmente, muitas vezes com jornadas que superam em muito oito horas por dia.

O art. 7º, XX da Constituição prevê a “proteção ao mercado de trabalho da mulher, mediante incentivos específicos, nos termos da lei”. Trata-se de norma autoaplicável cujos incentivos específicos serão regulados por lei, o que não significa que, mesmo na ausência da referida lei, tal direito não seja aplicável, diante da eficácia plena dos direitos fundamentais, incluindo os sociais.

A segunda discriminação, preconizadora de uma legislação ordinária que favoreça o mercado de trabalho da mulher, mediante proteção e incentivos, constitui o mais escancarado reconhecimento da situação de desigualdade em que encontram os dois sexos. Se assim não fora, nenhuma necessidade teria a mulher de ser especialmente protegida, podendo disputar passo a passo, em igualdade de condições com o homem, o mercado de trabalho. Note-se que o discrimine estabelecido não tem razão de ser em elemento de ordem biológica, visto que a mulher tem amplas condições físicas, intelectuais e psicológicas de competir no mercado de trabalho com o homem (Lima, 1993, p. 27). Contudo, o que interessa ressaltar é que tais distinções não conferem quer ao homem, quer à mulher, posição de superioridade. Suas aptidões, sem se igualar, são equivalentes. Somente numa sociedade de bárbaros, onde imperasse a força bruta, seria reservada ao homem posição de destaque (Lima, 1993, p. 30).

A ideia central da Constituição Federal de 88 é a igualdade absoluta e possível entre os homens e mulheres que, historicamente, tiveram tratamento diferenciado com significativo privilégio para os homens, diante da organização patriarcal reforçada inclusive pela legislação ordinária anterior à Constituição de 88.

Nem a inserção de cláusula geral de igualdade em todas as nossas Constituições nem a inserção de cláusula específica de igualdade de gênero na Carta de 1934 garantiram, como é de todos sabido, a plena igualdade entre os sexos no mundo dos fatos.

Não foi por outro motivo que a Constituição Federal de 1988, sobre o tema, explicitou, em três mandamentos, a necessária garantia da igualdade, sob seus diversos aspectos. Assim: i) fixou a cláusula geral de igualdade, prescrevendo, em seu art. 5º, caput, que “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza [...]”; ii) estabeleceu uma cláusula específica de igualdade de gênero, declarando que “homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações” (art. 5º, inciso I, CF); e iii) ao mesmo tempo, deixou excepcionada a possibilidade de tratamento diferenciado, por opção do constituinte, na parte final desse dispositivo, salientando que isso se dará “nos termos da Constituição”.

Após a Constituição de 88, destaca-se a publicação do Código Civil de 2002, com significativa mudança de paradigma em relação ao Código de 1916, a Lei Maria da Penha³⁹, na proteção das mulheres contra violência doméstica, Lei 13.104/2015⁴⁰ referente ao Feminicídio, dentre outras.

A conquista dos direitos das mulheres na ordem constitucional foi fruto de intensas reivindicações dos movimentos das mulheres.

Na avaliação do movimento de mulheres, um momento destacado na defesa dos direitos humanos das mulheres foi a articulação desenvolvida ao longo do período pré-1988, visando à obtenção de conquistas no âmbito constitucional. Esse processo culminou na elaboração da Carta das Mulheres Brasileiras aos Constituintes, que contemplava as principais reivindicações do movimento de mulheres, a partir de ampla discussão e debate nacional. Em razão da competente articulação do movimento durante os trabalhos constituintes, o resultado foi a incorporação da maioria significativa das reivindicações formuladas pelas mulheres no texto constitucional de 1988 (Piovesan, 2008).

A Constituição não tem o objetivo de eliminar as diferenças físicas e biológicas entre os sexos masculino e feminino, pelo contrário, justamente partindo do pressuposto de desigualação, pretende igualar as oportunidades.

Afirmar a igualdade entre as pessoas não significa ignorar suas diferenças intrínsecas ou escolhidas como o pertencimento a uma determinada comunidade étnica ou grupo social, gênero, orientação sexual ou opção religiosa, mas não permitir que estas diferenças sejam fundamento para negar o acesso a bens e direitos considerados universais em uma determinada sociedade (Frischeisen, 2007, p. 20).

Kimberle Williams Crenshaw, versando sobre a emancipação feminina nos Estados Unidos, relembra que historicamente ter garantias constitucionais e estatutárias da igualdade não garante efetivamente a igualdade e que as decisões judiciais nem sempre são suficientes para garantir a concretização desses direitos.

Embora existam várias conclusões possíveis, vou destacar apenas algumas. Número um: regra formais (leis) são somente o começo, são uma plataforma para a luta. Elas representam uma oportunidade para a mudança, mas não garantem mudança. A verdadeira luta é pela implementação e interpretação da lei. Como vimos, os tribunais, com uma restrita interpretação da igualdade, podem fazer retroceder leis que levaram décadas para serem produzidas. Segundo: as lutas em torno da implementação das leis podem ser a cena da mobilização e do trabalho político. [...] Terceiro ponto é que a lei estrutura a maioria dos relacionamentos de uma forma ou de outra: relações entre homens e mulheres, negros e brancos, ricos e pobres. Mudanças e reformas repentina

³⁹ https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111340.htm

⁴⁰ https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113104.htm

e ocasionalmente mudam o equilíbrio do poder, mas raramente de forma definitiva. [...] Em quarto lugar, temos que pensar de maneira mais sofisticada em termos de poder, em particular como teorizar suas intercessões [...]. Em quinto lugar, temos que manter uma visão de igualdade que não seja submissa à lei. Nós temos visto, nos EUA, as demandas por igualdade de gênero e raça serem viradas de ponta cabeça pelos detratores que pegaram carona em nossa retórica da igualdade, e efetivamente rejeitaram todos os programas dirigidos à incorporação das mulheres e das minorias na sociedade. Isto foi feito utilizando a retórica que nosso movimento criou. A igualdade, então, tem que ser fundamentada nas condições reais das pessoas, e não em abstrações teóricas. Isso nos garante uma base, mesmo quando os tribunais andam em diferente direção (Crenshaw, 1997, p. 25-26).

Diante dos exemplos negativos e positivos aqui elencados em relação às Constituições anteriores e à legislação infraconstitucional, ora negando direitos, ora declarando-os, conforme estudado, vale lembrar que toda legislação deve ser interpretada de acordo com a Lei Maior que é a Constituição Federal vigente. Em se tratando de Princípio da Igualdade, não basta que esta seja formal, ou seja, que Constituição seja letra morta, pois a Constituição exige ser concretizada.

A dúvida quanto a interpretação constitucional será sanada pelo Poder Judiciário seja pelo exercício do controle de constitucionalidade concentrado ou difuso.

Nesse sentido, no Supremo Tribunal Federal destacam-se algumas decisões que foram relevantes no reconhecimento dos direitos das mulheres após 1988.

Em 2003, no julgamento da ADI 1.946-5⁴¹ do Distrito Federal, interpretando o artigo 7º, inciso XVIII, O Supremo decidiu ser a licença gestante, sem prejuízo do emprego e do salário, com duração de 120 dias, direito social garantido às mulheres. Ocorre que a Emenda Constitucional nº 20 de 15/12/1998, a chamada 1ª Reforma da Previdência, em seu artigo 14, pretendia estabelecer um limite ao salário pago às mães no período da licença-maternidade no mesmo patamar máximo como benefício previdenciário. Nesse contexto, o Supremo decidiu que a aplicação do artigo 14 da EC 20/98, pura e simples, implicaria um retrocesso histórico, em matéria social-previdenciária em desacordo com a Constituição Federal, pois haveria uma facilitação e estímulo ao trabalhador masculino ao invés da mulher trabalhadora.

Assim constou em um trecho da ementa: “Estará, então, propiciada a discriminação que a Constituição buscou combater, quando proibiu diferença de salários, de exercício de funções e de critérios de admissão, por motivo de sexo (art. 7º, inc. XXX, da CF/88), proibição, que, em substância, é um desdobramento do princípio da igualdade de direitos, entre homens e mulheres, previsto no inciso I do art. 5º da Constituição Federal” (Brasil, 2003, p. 123-124)

⁴¹ <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=1747623>

Em 2008, a ADI 3.510⁴² declarou a constitucionalidade do uso de células tronco embrionárias em pesquisas científicas para fins terapêuticos ao interpretar a Lei nº 11.105 de 24 de Março de 2005⁴³, Lei de Biossegurança.

Em 2012, na ADI 4.424 o Supremo reconheceu que a ação penal nos crimes tipificados na Lei Maria da Penha é pública incondicionada. Na fundamentação do Acórdão, de relatoria do Ministro Marco Aurélio constou que:

[...] não bastasse a situação de notória desigualdade considerada a mulher, aspecto suficiente a legitimar o necessário tratamento normativo desigual, tem-se como base para assim se proceder a dignidade da pessoa humana – artigo 1º, inciso III –, o direito fundamental de igualdade – artigo 5º, inciso I – e a previsão pedagógica segundo a qual a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais – artigo 5º, inciso XLI. A legislação ordinária protetiva está em fina sintonia com a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Violência contra a Mulher, no que revela a exigência de os Estados adotarem medidas especiais destinadas a acelerar o processo de construção de um ambiente onde haja real igualdade entre os gêneros. Há também de se ressaltar a harmonia dos preceitos com a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher – a Convenção de Belém do Pará –, no que mostra ser a violência contra a mulher uma ofensa aos direitos humanos e a consequência de relações de poder historicamente desiguais entre os sexos. Nas palavras de Leda Maria Hermann, em Maria da Penha: lei com nome de mulher : Reconhecer a condição hipossuficiente da mulher vítima de violência doméstica e/ou familiar não implica invalidar sua capacidade de reger a própria vida e administrar os próprios conflitos. Trata-se de garantir a intervenção estatal positiva, voltada à sua proteção e não à sua tutela” (Brasil, 2012c).

No mesmo ano, na ADC 19, de relatoria também do ministro Marco Aurélio, o Supremo reconheceu a constitucionalidade da Lei 11.340/06 Lei Maria da Penha e reforçou que:

[...] há também de se expungir qualquer dúvida quanto à constitucionalidade do artigo 1º da Lei Maria da Penha, no que este, em caráter introdutório, expõe os objetivos e fundamentos do ato normativo. Ao criar mecanismos específicos para coibir e prevenir a violência doméstica contra a mulher e estabelecer medidas especiais de proteção, assistência e punição, tomando como base o gênero da vítima, utiliza-se o legislador de meio adequado e necessário visando fomentar o fim traçado pelo artigo 226, § 8º, da Carta Federal. Para frear a violência doméstica, não se revela desproporcional ou ilegítimo o uso do sexo como critério de diferenciação. A mulher é eminentemente vulnerável quando se trata de constrangimentos físicos, morais e psicológicos sofridos em âmbito privado. Não há dúvida sobre o histórico de discriminação e sujeição por ela enfrentado na esfera afetiva. As agressões sofridas são significativamente maiores do que as que acontecem contra homens em situação similar. Além disso, mesmo quando homens, eventualmente, sofrem violência doméstica, a prática não decorre de fatores culturais e sociais e da usual diferença de força física entre os gêneros. [...].

⁴² <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur178396/false>

⁴³ https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111105.htm

Sob a óptica constitucional, a norma também é corolário da incidência do princípio da proibição de proteção insuficiente dos direitos fundamentais, na medida em que ao Estado compete a adoção dos meios imprescindíveis à efetiva concretização de preceitos contidos na Carta da República. A abstenção do Estado na promoção da igualdade de gêneros e a omissão no cumprimento, em maior ou menor extensão, de finalidade imposta pelo Diploma Maior implicam situação da maior gravidade político-jurídica, pois deixou claro o constituinte originário que, mediante inércia, pode o Estado brasileiro também contrariar o Diploma Maior (Brasil, 2012d, p. 14-15).

Acompanhando o relator, em seu voto a ministra Rosa Weber, sobre o princípio da igualdade, destacou que:

[...] uma efetiva igualdade substantiva de proteção jurídica da mulher contra a violência baseada em gênero exige atuação positiva do legislador, superando qualquer concepção meramente formal de igualdade, de modo a eliminar os obstáculos, sejam físicos, econômicos, sociais ou culturais, que impedem a sua concretização. Quando o ponto de partida é uma situação indesejável de desigualdade de fato, o fim desejado da igualdade jurídica (art. 5º, caput e I da CF), materialmente, somente é alcançado ao se conferir aos desiguais tratamento desigual na medida da sua desigualdade (Brasil, 2012d, p. 23).

Na ADPF 54, o Supremo permitiu a interrupção da gestação de feto anencefálico. O ministro relator Marco Aurélio destacou que:

[...] o Direito se posiciona de modo a garantir liberdade e igualdade, à premissa de que todos são livres para escolher os seus modos de vida e são iguais em direitos e deveres para que possam desenvolver suas liberdades e respeitem os demais membros da sociedade. Ou seja, liberdade e igualdade são condições para a convivência dos demais valores. Não há, portanto, hierarquia entre eles. Os valores deixam de ser vistos como conteúdos concretos compartilhados por uma comunidade homogênea para se transformarem em vetores de uma vida boa e justa para todos os indivíduos e não apenas para aqueles que compartilham dos mesmos pressupostos (Brasil, 2012c, p. 36-37).

Em 2014, no julgamento do Recurso Extraordinário 658.312, de relatoria do ministro Dias Toffoli, o Supremo reconheceu a constitucionalidade do intervalo antes da jornada extraordinária da mulher. Em sua fundamentação, ressaltando o Princípio da Igualdade, o relator destacou que:

[...] podemos concluir que a Constituição Federal veio a se utilizar de alguns critérios para esse tratamento diferenciado: i) em primeiro lugar, levou em consideração a histórica exclusão da mulher do mercado regular de trabalho e impôs ao Estado a obrigação de implantar políticas públicas, administrativas ou meramente legislativas de natureza protetora no âmbito do direito do trabalho (PITANGUY, Jacqueline & BARSTED, Leila L. (orgs.). O Progresso das Mulheres no Brasil. Brasília: UNIFEM, Fundação Ford e CEPIA, 2006); ii) considerou existir um componente orgânico, biológico, a justificar o tratamento diferenciado, inclusive pela menor resistência física da

mulher; e iii) considerou haver, também, um componente social, pelo fato de ser comum o acúmulo de atividades pela mulher no lar e no ambiente de trabalho – o que, de fato, é uma realidade e, portanto, deve ser levado em consideração na interpretação da norma, como propõe a metódica concretista de Friedrich Müller (cf. Métodos de trabalho do Direito Constitucional. Trad. Peter Naumann: Rio de Janeiro, Renovar, 2005 e O novo paradigma do direito: introdução à teoria e à metódica estruturantes do direito. Trad. Dimitri Dimoulis et. al.. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008). Não vislumbro ser a espécie um enunciado normativo que retrate mecanismo de compensação histórica por discriminações socioculturais fundado na doutrina do “impacto desproporcional”, tal qual desenvolvida no sistema jurídico norteamericano. O art. 384 da CLT levou em consideração os outros dois critérios acima elencados.

Esses parâmetros constitucionais são legitimadores de um tratamento diferenciado, desde que a norma instituidora amplie direitos fundamentais das mulheres e atenda ao princípio da proporcionalidade na compensação das diferenças. Essa é a tese em jogo e, ao se analisar o teor da regra atacada, podemos inferir que a norma trata de aspectos de evidente desigualdade de forma proporcional, garantindo o período de descanso de, no mínimo, quinze (15) minutos antes do início do período extraordinário de trabalho à mulher trabalhadora.

[...] Aliás, não há como negar que há diferenças quanto à capacidade física das mulheres em relação aos homens – inclusive com levantamentos científicos (vide BARROS, Alice Monteiro de. Curso de Direito do Trabalho. Ltr, 2008, p. 1080; COSTA, Jurandir Freire. Homens e Mulheres . In: Ordem Médica e Norma Familiar. Rio de Janeiro: Graal, 1979, p.235-261; SZAPIRO, Ana Maria. Diferença sexual, igualdade de gênero: ainda um debate contemporâneo. In: D’Ávila, Maria Inácia, PEDRO, Rosa (Orgs.). Tecendo o Desenvolvimento: saberes, gênero, ecologia social. Rio de Janeiro: Mauad: Bapera, 2003. p.83-94; BENNETT, James T. The Politics of American Feminism: Gender Conflict in Contemporary Society. University Press of America, 2007). Cuida-se de argumento real e que deve ser considerado [...] (Brasil, 2014, p. 4-5).

Em 2016, destaca-se o julgamento do Recurso Extraordinário 778.889⁴⁴ referente a licença adotante. No Acórdão de relatoria do ministro Roberto Barroso destacou-se a igualdade entre filhos biológicos e adotados, reconhecendo que a mãe adotante esteja também em igualdade com a mãe biológica, considerando a importância da adoção como política pública, na forma do art. 227, §6º, da Constituição de 88.

Em 2018, houve o julgamento do ADI 5.617⁴⁵ referente ao financiamento eleitoral de candidaturas femininas e do Recurso Extraordinário 1.058.333⁴⁶ referente a constitucionalidade de remarcação de teste de aptidão física de candidata grávida .

⁴⁴ <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4482209>

⁴⁵ <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5080398>

⁴⁶ <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5220068>

Em 2019, na ADI 5.938, em voto⁴⁷ de relatoria do ministro Alexandre de Moraes, o Supremo decidiu pela proteção constitucional à maternidade e garantia contra a exposição de gestantes e lactantes a atividades insalubres.

Em 2020, o julgamento da ADPF 457, ADI 600, ADPF 461, ADPF 465, ADPF 256, ADI 5.580 e 5.537 referente a inconstitucionalidade da exclusão de material didático sobre gênero da rede mundial de ensino, a ADPF 467 sobre a inconstitucionalidade da exclusão da diversidade de gênero e da orientação sexual da política municipal de ensino, ADPF 738 referente a o incentivo às candidaturas de mulheres negras, em 2021, a ADPF 779 MC referente a inconstitucionalidade da tese da legítima defesa da honra em feminicídios, dentre outras decisões⁴⁸.

O movimento pela emancipação feminina ocorreu mundialmente pretendendo o tratamento paritário entre homens e mulheres. Nesse sentido oportuno também citar algumas decisões importantes dos órgãos e Tribunais Internacionais (Pesquisa de Jurisprudência Internacional, 2023).

Em 1980, a Comissão Européia de Direitos Humanos decidiu que a realização do procedimento abortivo independe do consentimento do potencial pai.

Em 2011, o Comitê para Eliminação da Discriminação contra a Mulher, após denúncia internacional, decidiu o “Caso Pimentel versus Brasil”: “Em 2002, Alyne Pimentel, uma jovem negra, pobre e grávida, foi à Casa de Saúde Nossa Senhora da Glória, uma clínica privada em Belford Roxo, estado do Rio de Janeiro”. Após negligência médica, o feto nasceu morto e a mãe morreu vinte e quatro horas depois o parto induzido sem receber assistência médica. A denúncia internacional após uma demora de oito anos sem decisão judicial sobre o caso.

O Comitê reconheceu que a discriminação contra as mulheres com base no sexo e gênero é inextricavelmente ligada a outros fatores que as afetam, tais como raça, etnia, religião ou crença, saúde, status, idade, classe, orientação sexual e de gênero e identidade. Considerou-se que o Estado brasileiro havia violado suas obrigações com base nos artigos 12 (acesso à saúde); 2(c) (acesso à justiça), 2(e) (obrigação do Estado de regulamentar atividades de provedores de saúde particulares); em conexão com o artigo 1 (discriminação contra a mulher), lidos em conjunto com a Recomendação Geral nº 24 (sobre mulheres e saúde) e nº 28 (relativa ao artigo 2 da Convenção). Considerando tal descumprimento, recomendou-se, entre outros, a reparação financeira da vítima e a de sua filha (Pesquisa de Jurisprudência Internacional, 2023).

⁴⁷ <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=750927271>

⁴⁸ https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/publicacaoPublicacaoTematica/anexo/2_Cadernos_STF_Genero_Direito_das_Mulheres.pdf

Em 2012, a Corte Interamericana de Direitos Humanos, no “Caso Atravía Murillo e Outros versus Costa Rica”, após o referido país proibir a prática de fertilização in vitro, decidiu que a fertilização in vitro não viola o direito à vida previsto no art. 4.1 da Convenção Americana de Direitos Humanos. Em 2013, a mesma Corte editou Resolução que defere medida cautelar para autorizar a interrupção de gravidez com fins humanitários (Pesquisa de Jurisprudência Internacional, 2023).

A Corte Europeia de Direitos Humanos, o Tribunal de Justiça da União Europeia, Cortes Internacionais da Alemanha, Argentina, Bélgica, Canadá, Chile, Colômbia, Croácia, Eslováquia, Espanha, Estados Unidos da América, França, Hungria, Irlanda do Norte, Itália, Kosovo, Macedônia, Mexico, Nova Zelândia, Portugal e Reino Unido também já proferiu importantes decisões, especialmente quanto a violência de gênero (Pesquisa de Jurisprudência Internacional, 2023).

Desde a revolução industrial as mulheres têm lutado, primeiro, pelo reconhecimento do direito ao trabalho e, segundo, pelo pleno exercício deste direito no mercado de trabalho, embora não se possa ignorar que o século XX registrou avanços significativos.

O século XX registrou mudanças significativas na sociedade relativas à inserção crescente das mulheres no trabalho e nos espaços de poder. Esse contínuo crescimento da participação feminina é explicado por uma combinação de fatores econômicos e culturais. Primeiro, o avanço da industrialização transformou a estrutura produtiva e deu continuidade ao processo de urbanização, e, segundo, a queda das taxas de fecundidade proporcionou um aumento das possibilidades das mulheres encontrarem postos de trabalho na sociedade. [...] No mercado de trabalho, apesar da diminuição da desigualdade de gênero acontecida nas últimas décadas, não foram superados os obstáculos de acesso a cargos de direção e chefia, bem como permanecem ainda diferenciais de rendimento entre os dois sexos. [...] A literatura feminina contemporânea ressalta que o processo de globalização favoreceu o emprego feminino, tanto nos países ditos centrais como na periferia (Hirata, 2010). Mas estes postos de trabalho são precários e acentuaram a divisão sexual do trabalho, tanto nos aspectos de gênero, como de classe e raça (Melo; Sabatto, 2011, p. 55-56).

Muitas dessas conquistas ocorreram graças a luta política de movimentos sociais feministas. Ensina Leila Linhares Barsted que:

o protagonismo das mulheres na luta por sua cidadania – em busca de um tempo perdido- marcou a última metade do século XX. Não se tratava tão somente de inclusão de um novo sujeito de direitos ou da extensão para as mulheres dos direitos existentes. Tratava-se da construção de um novo direito capaz de abarcar novas demandas de um sujeito coletivo específico (Barsted, 2011, p. 98).

De acordo com o Ministério do Trabalho e Emprego, que vem acompanhando essa evolução, buscando promover políticas públicas que garantam a igualdade de oportunidades às mulheres, em pesquisa realizada pela Pesquisa Nacional por Amostra por Domicílio (PNAD), concluiu-se que,

o ano de 2023 fechou com o maior número de pessoas ocupadas desde 2012, com 100.984.563 trabalhadores ativos. Um recorde histórico também de ocupação feminina totalizando 43.380.636 mulheres, a frente de 2022 que obteve 42.675.531. A região com o maior número de mulheres trabalhando foi o Sudeste, totalizando 20.022.406 trabalhadoras, seguida pela região Nordeste com 9.332.860, e o Sul com 7.023.526, respectivamente. O ranking dos estados com maior presença feminina no mercado de trabalho ficou com São Paulo (10.953.039), seguido por Minas Gerais (4.551.144) e Rio de Janeiro (3.633.250) (Brasil, 2024)

A falta de diversidade de gênero e cor no setor público e privado, tornando o ambiente homogêneo, limita a variedade de perspectivas e abordagens para resolver problemas.

No setor público, regido pelos princípios da Administração Pública, no julgamento da ADPF 186 e da ADC 41, o Supremo Tribunal Federal se posicionou pela constitucionalidade de ações afirmativas para correção histórica de desigualdade, foram editadas leis e atos normativos nesse sentido, a exemplo da Lei nº 12.288/2010 que instituiu o Estatuto da Igualdade Racial prevendo ações afirmativas inclusive para mulheres negras (art. 39, §§5º e 6º) e determinando que o poder público estimule, por meio de incentivos, a adoção de iguais medidas no setor privado. Conforme se depreende do texto legal, porém, não há obrigatoriedade pelas empresas.

Art. 39. O poder público promoverá ações que assegurem a igualdade de oportunidades no mercado de trabalho para a população negra, inclusive mediante a implementação de medidas visando à promoção da igualdade nas contratações do setor público e o incentivo à adoção de medidas similares nas empresas e organizações privadas.

§ 1º A igualdade de oportunidades será lograda mediante a adoção de políticas e programas de formação profissional, de emprego e de geração de renda voltados para a população negra.

§ 2º As ações visando a promover a igualdade de oportunidades na esfera da administração pública far-se-ão por meio de normas estabelecidas ou a serem estabelecidas em legislação específica e em seus regulamentos.

§ 3º O poder público estimulará, por meio de incentivos, a adoção de iguais medidas pelo setor privado.

§ 4º As ações de que trata o caput deste artigo assegurarão o princípio da proporcionalidade de gênero entre os beneficiários.

§ 5º Será assegurado o acesso ao crédito para a pequena produção, nos meios rural e urbano, com ações afirmativas para mulheres negras.

§ 6º O poder público promoverá campanhas de sensibilização contra a marginalização da mulher negra no trabalho artístico e cultural.

§ 7º O poder público promoverá ações com o objetivo de elevar a escolaridade e a qualificação profissional nos setores da economia que contem com alto índice de ocupação por trabalhadores negros de baixa escolarização (Brasil, 2010).

Diante da ausência da lei, o Ministério Público do Trabalho publicou a Nota Técnica GT de Raça 001/18 buscando instrumentalizar das ações afirmativas raciais sugerindo mecanismos considerados essenciais para o alcance deste objetivo no setor privado:

a) a contratação específica de trabalhadores oriundos da população negra; b) anúncios específicos; c) triagem específica via plataformas digitais desde que fique expresso que tal iniciativa visa garantir a concretude do princípio da igualdade tratando-se de uma ação afirmativa no âmbito da iniciativa privada (Brasil, 2018)

Sobre anúncios de emprego, oportuno recordar que expressões como “boa aparência”, “boa imagem”, “mulher honesta”, “cuidados com a apresentação pessoal”. dentre outras, muito recorrentes e em anúncios antigos, embora não extintos, vão na contra mão da proposta aqui apresentada, pois chancelam o racismo e a homogeneidade. Nesse sentido cito o artigo publicado por Ana Flavia Rezende e Luis Fernando Silva Andrade com o tema Racismo, sexismo e resquícios do escravismo em anúncios de emprego (2023).

A discriminação contra a mulher no mercado de trabalho pode se manifestar em diversos momentos, seja no reconhecimento Constitucional ou legal deste direito, no processo de seleção, durante a vigência do contrato de trabalho e, inclusive, na rescisão motivada pela gravidez, por exemplo.

A promoção da igualdade de gênero referente ao exercício do direito ao trabalho remunerado pela mulher, na iniciativa privada, atende a função social da empresa e deve ser incentivada pelo setor público para concretização do mandamento constitucional, havendo respaldo legal e científico para tanto.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Tecendo considerações finais a respeito do presente trabalho, conclui-se que a evolução histórica dos direitos fundamentais e das Constituições brasileiras nos ajudam a identificar as dificuldades anteriores e as conquistas de direitos a partir da Constituição de 1988, embora tratem-se de direitos ainda em construção.

A eficácia direta dos direitos fundamentais nas relações privadas é um mandamento previsto expressamente no §1º do art. 5º da Constituição Cidadã e sua aplicação é majoritária no Supremo Tribunal Federal, o que levou ao reconhecimento e concretização de importantes direitos de grupos vulneráveis, especialmente de gênero, com fundamento no Princípio da Igualdade material.

A exemplo do julgamento do Caso Air France, foram citados inúmeros julgados em que, houve a interpretação direta dos Direitos Fundamentais, alicerçada em princípios e regras constitucionais e Tratados Internacionais, para concretização de direitos fundamentais.

A concretização dos Direitos Fundamentais, no entanto, não é dever apenas do Poder Judiciário, mas também dos demais Poderes e da iniciativa privada.

Do ponto de vista da ordem econômica, não se nega a importância do exercício da livre iniciativa, porém, à luz da evolução dos direitos fundamentais, não deve ser exercida exclusivamente com o viés liberal, considerando que a finalidade é a dignidade da pessoa humana. Dignidade esta que ultrapassa o mínimo existencial pretendendo o exercício pleno da cidadania com a emancipação de todos os brasileiros em bens e direitos.

A promoção da igualdade com distribuição de riquezas é uma necessidade primária no país que possui consideráveis índices de desigualdade social. Por tanto, é insuficiente que apenas o setor público promova ações afirmativas, sendo necessário também o envolvimento e responsabilização do setor privado, este sob a ótica da função social da empresa na busca pelo bem comum, como expressão da solidariedade e do capitalismo humanista.

O reconhecimento constitucional e internacional quanto ao direito ao trabalho pela mulher é um dos mecanismos para promoção da igualdade de gênero. Entretanto, verificou-se que o reconhecimento deste direito foi tardio e ainda é recente no país, o que justifica a adoção de ações afirmativas para compensação histórica da desigualação antes experimentada e não um privilégio.

Apesar da evolução legislativa das últimas décadas e da adoção de ações afirmativas no âmbito do setor público, a igualdade material de gênero ainda está longe de ser alcançada no mercado de trabalho, razão pela qual se faz necessária a conscientização e envolvimento da

iniciativa privada, seja em razão de incentivo público para tanto ou como exercício da função social da empresa, diante dos benefícios sociais da conduta e, indiretamente, à própria empresa em virtude da circulação de bens.

Assim, conclui-se que as normas de proteção ao direito ao trabalho remunerado à mulher não ofendem o princípio da igualdade, pelo contrário, constituem uma conquista, merecendo a sua concretização no âmbito público e também privado.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Dignidade da pessoa humana, direitos sociais e não-positivismo inclusivo**. Florianópolis: Qualis, 2015.

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2015.

AMARAL, Luiz Fernando de Camargo Prudente do. **A função social da empresa no direito constitucional econômico brasileiro**. São Paulo: SRS, 2008.

AMBASSADE DE FRANCE AU BRÉSIL. A França no Brasil. Embaixada da França no Brasil. **Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão**. 1789. Disponível em: <https://br.ambafrance.org/A-Declaracao-dos-Direitos-do-Homem-e-do-Cidadao>. Acesso em: 04 nov. 2024.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976**. Coimbra: Livraria Almedina, 1987.

ARENDT, Hannah. **Origens do totalitarismo**. São Paulo: Companhia das Letras, 1989.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

BARROSO, Luís Roberto. **A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo**. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

BARSTED, Leila Linhares. Os avanços no reconhecimento dos direitos das mulheres. *In*: SABBATO, Alberto Di et al. (org.). **Autonomia e econômica e empoderamento da mulher: textos acadêmicos**. Brasília, DF: FUNAG, Fundação Alexandre de Gusmão, 2011. Disponível em: https://funag.gov.br/biblioteca-nova/produto/1-519-autonomia_economica_e_empoderamento_da_mulher_textos_academicos. Acesso em: 05 nov. 2024.

BERCOVICI, Gilberto. **Constituição econômica e desenvolvimento**. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2022.

BITELLI, Marcos Alberto Sant'Anna. Da função social para a responsabilidade da empresa. *In*: VIANA, Rui Geraldo; NERY, Rosa Maria de Andrade (org.). **Temas atuais de direito civil na Constituição Federal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

BOBBIO, Norberto. **Igualdade e liberdade** 5 ed. Rio de Janeiro: Ediouro, 2002.

BOBBIO, Norberto. **Teoria geral da política, a filosofia política e as lições dos clássicos**. São Paulo: Gen Atlas, 2010.

BRAGNANO, Nicola. **Dicionário de filosofia**. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

BRASIL Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 186 Distrito Federal – ADPF 186**. Relator: Min. Ricardo Lewandowski. 26/04/2012. 2012b. Disponível em:

<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=6984693>. Acesso em: 04 nov. 2024.

BRASIL. Constituição (1824). **Constituição Política do Império do Brasil (de 25 de Março de 1824)**. Constituição Política do Império do Brasil, elaborada por um Conselho de Estado e outorgada pelo Imperador D. Pedro I, em 25.03.1824. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm. Acesso em: 04 nov. 2024.

BRASIL. Constituição (1891). **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil (de 24 de Fevereiro de 1891)**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao91.htm. Acesso em: 04 nov. 2024.

BRASIL. Constituição (1934). **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil (de 16 de Julho de 1934)**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm. Acesso em: 04 nov. 2024.

BRASIL. Constituição (1967). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1967**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm. Acesso em: 04 nov. 2024.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 28 jul. 2024.

BRASIL. **Decreto n. 678, de 6 de novembro de 1992**. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm. Acesso em: 04 nov. 2024.

BRASIL. **Decreto nº 4.377, de 13 de setembro de 2002**. Promulga a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, de 1979, e revoga o Decreto no 89.460, de 20 de março de 1984. 2002a. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4377.htm. Acesso em: 04 nov. 2024.

BRASIL. **Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de Dezembro de 1940**. Código Penal. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 05 nov. 2024.

BRASIL. **Emenda Constitucional nº 1, de 17 de outubro de 1969**. Edita o novo texto da Constituição Federal de 24 de janeiro de 1967. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc_anterior1988/emc01-69.htm. Acesso em: 04 nov. 2024.

BRASIL. **Emenda Constitucional nº 20, de 15 de dezembro de 1998**. Modifica o sistema de previdência social, estabelece normas de transição e dá outras providências. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc20.htm. Acesso em: 05 nov. 2024.

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002.** Institui o Código Civil. 2002b. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm. Acesso em: 05 nov. 2024.

BRASIL. **Lei nº 12.288, de 20 de julho de 2010.** Institui o Estatuto da Igualdade Racial; altera as Leis nos 7.716, de 5 de janeiro de 1989, 9.029, de 13 de abril de 1995, 7.347, de 24 de julho de 1985, e 10.778, de 24 de novembro de 2003. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/lei/112288.htm. Acesso em: 05 nov. 2024.

BRASIL. Ministério do Trabalho e Emprego. **Mulheres no Mercado de Trabalho: Uma Evolução Constante Rumo à Igualdade:** 2023 bateu recorde em números de participação feminina, o maior desde 2012. 28 mar. 2024. Disponível em: <https://www.gov.br/trabalho-e-emprego/pt-br/noticias-e-conteudo/2024/Marco/mulheres-no-mercado-de-trabalho-uma-evolucao-constante-rumo-a-igualdade>. Acesso em: 05 nov. 2024.

BRASIL. Ministério Público do Trabalho. **Nota técnica GT de Raça nº 001/2018. Coordigualdade-MPT.** Disponível em: https://mpt.mp.br/pgt/publicacoes/notas-tecnicas/nota-tecnica-gt-de-raca-no-01/@@@display-file/arquivo_pdf. Acesso em: 05 nov. 2024.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.183.378 - RS (2010/0036663-8).** Relator: Min. Luiz Felipe Salomão. 01/02/2012. 2012a. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/ATC?seq=18810976&tipo=5&nreg=201000366638&SeqCgrmaSessao=&CodOrgaoJgdr=&dt=20120201&formato=PDF&salvar=falso>. Acesso em: 05 nov. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2. Turma). **Recurso Extraordinário n. 161.243-6 Distrito Federal.** Relator: Min. Carlos Velloso. 29 out. 1996. DJ, 19 dez. 1997. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=213655>. Acesso em: 05 nov. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). **Ação Declaratória de Constitucionalidade 19 Distrito Federal.** Relator: Min. Marco Aurélio. 09 fev. 2012. 2012d. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=5719497>. Acesso em: 05 nov. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). **Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.424 Distrito Federal.** Relator: Min. Marco Aurélio. 09 fev. 2012. 2012c. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=6393143>. Acesso em: 05 nov. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 54 Distrito Federal.** Relator: Min. Marco Aurélio. 12 abr. 2012. 2012c. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=136389880&ext=.pdf>. Acesso em: 05 nov. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). **Recurso Extraordinário 658.312 Santa Catarina.** Relator: Min. Dias Toffoli. 27 nov. 2014. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=7708619>. Acesso em: 05 nov. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Ação Direta de Inconstitucionalidade – ADI 1946**. Relator: Min. Sidney Sanches. 03/04/2003. DJ, 16 maio 2003. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=266805>. Acesso em: 05 nov. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Constitucionalidade 5657**. Relator: Min. Luiz Fux, julgado em 17/11/2022. 2022a. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15357612545&ext=.pdf>. Acesso em: 05 nov. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF 347**. Relator: Min. Marco Aurélio. 19 dez. 2023. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4783560>. Acesso em: 04 nov. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade 6.218 Rio Grande do Sul**. Relator: Min. Celso de Mello. Brasília, 10 de dezembro de 2019. Disponível em: <https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI6218cautelar.pdf>. Acesso em: 04 nov. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 466.343**. Relator: Min. Cezar Peluso. Brasília, DF: 2009. Disponível em: <https://www.stf.jus.br/imprensa/pdf/re466343.pdf>. Acesso em: 04 nov. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 886.131 Minas Gerais**. Relator: Min. Luís Roberto Barroso. 18/04/2024. 2024a. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15365438503&ext=.pdf>. Acesso em: 04 nov. 2024.

CANOTILHO, José Joaquin Gomes. **Direito Constitucional**. Coimbra: Ed. Almedina, 2017.

COMPARATO, Fabio Konder. **Direito empresarial**: estudo e pareceres. São Paulo: Saraiva, 1995.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). **Direitos das mulheres**. Brasília: CNJ, 2023. Disponível em: https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/publicacaoPublicacaoTematica/anexo/2_Cadernos_STF_Genero_Direito_das_Mulheres.pdf. Acesso em: 05 nov. 2024.

CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA PORTUGUESA. **Texto originário da Constituição, aprovada em 2 de Abril de 1976**. Disponível em: <https://www.parlamento.pt/parlamento/documents/crp1976.pdf>. Acesso em: 04 nov. 2024.

COUTO, Pablo Florentino Fróes; XIMENES, Julia Maumann. Suprema Corte limitadora ou efetivadora do princípio da livre iniciativa? Uma análise de conteúdo das decisões do STF. **Revista de Direito Econômico e Socioambiental**, Curitiba, v. 10, n. 3, p. 205-232, set./dez. 2019. DOI <https://doi.org/10.7213/rev.dir.econ.soc.v10i3.24280>. Disponível em: <https://periodicos.pucpr.br/direitoeconomico/article/view/24280>. Acesso em: 05 nov. 2024.

CRENSHAW, Kimberle. A construção jurídica da igualdade e da diferença. *In*: DORA, Denise Dourado (org.). **Feminino masculino: igualdade e diferença na Justiça Masculino**. Porto Alegre: Sulina, 1997.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. 10. ed. Salvador: Ed. Juspodvm, 2016.

DUNCAN, Myrl L. The future of affirmative action: a jurisprudential/legal critique. **Harvard Civil Rights – Civil Liberties Law Review**, v. 17, n. 2, p. 503-553, 1982.

FIORAVANTI, Maurizio. **Los derechos fundamentales: apuntes de historia de las constituciones**. Madrid: Ed. Trotta, 1996.

FONSECA, Reynaldo Soares da. **O Princípio Constitucional da Fraternidade: seu resgate no sistema de justiça**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2019.

FRASER, Nancy. Da redistribuição ao reconhecimento? Dilemas da justiça na era pós-socialista. *In*: SOUZA, Jessé (org.). **Democracia hoje: novos desafios para a teoria democrática contemporânea**, Brasília, DF: Ed. da Unb, 2001.

FRASER, Nancy; HONNETH, Axel. **Redistribution or Recognition**. a politicaphilosophical exchange. London: NY: Verso, 2003.

FRISCHEISEN, Luiza Cristina Fonseca. **A construção da igualdade e o sistema de justiça no Brasil**. Rio de Janeiro: E. Lumen, 2007.

FUNDO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA A INFÂNCIA (UNICEF). **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Adotada e proclamada pela Assembleia Geral das Nações Unidas (resolução 217 A III) em 10 de dezembro 1948. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/declaracao-universal-dos-direitos-humanos>. Acesso em: 04 nov. 2024.

GOMES, Kelly Alexa; BRITO, Acsa Liliane Carvalho. A aplicação da eficácia horizontal dos direitos fundamentais nas relações privadas no Brasil: caso Air France. **Revista ft**, v. 28, n. 134, maio 2024. DOI 10.5281/zenodo.11479707. Disponível em: <https://revistaft.com.br/aplicacao-da-eficacia-horizontal-dos-direitos-fundamentais-nas-relacoes-privadas-no-brasil-caso-air-france/>. Acesso em: 05 nov. 2024.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 20. ed. Salvador: Juspodivm ; São Paulo: Malheiros, 2022.

GRAU, Eros Roberto. **Elementos de direito econômico**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. A função social do contrato. São Paulo: **Revista de Direito Civil ; Revista dos Tribunais**, ano 12, v. 45, jul./set, p. 141-152, 1988.

HONORABLE CAMARA DE DIPUTADOS DE LA NACION. **Constitución de la Nación Argentina**. Ciudad Autónoma de Bs: Secretaría Parlamentaria - Dirección de Información Parlamentaria, 1995. Disponível em: https://siteal.iiiep.unesco.org/sites/default/files/sit_accion_files/constitucion_nacional_0.pdf. Acesso em: 04 nov. 2024.

IKAWA, Daniela. **Ações afirmativas em universidades**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA (IBGE). **Conheça o Brasil – População – Alfabetização**. 2022. Disponível em: <https://educa.ibge.gov.br/jovens/conheca-o-brasil/territorio/22321-alfabetizacao.html>. Acesso em: 05 nov. 2024.

LAVALLE, Adrián Gurza. Cidadania, igualdade e diferença. **Lua Nova**, São Paulo, n. 59, 2003. DOI: <https://doi.org/10.1590/S0102-64452003000200004>. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/ln/a/TfYpVcjm7ghXWfZqzv6SjHq/abstract/?lang=pt>. Acesso em: 04 nov. 2024.

LIMA, Paulo Roberto de Oliveira. **Isonomia entre os sexos no sistema jurídico nacional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

LIMA, Paulo Roberto de Oliveira. **Isonomia entre os sexos no sistema jurídico nacional**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1993.

MARTINS, Danniell Adriano Araldi. **Manual de Direito Constitucional**. São Paulo: Juspovum, 2021.

MAZZUOLI, Valério. **Curso de Direitos Humanos**. São Paulo: Método, 2017.

MELLO, Celso Antonio Bandeira. **O conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

MELO, Hildete Pereira de; SABBATO, Alberto Di. Divisão sexual do trabalho e pobreza. In: SABBATO, Alberto Di *et al.* (org.). **Autonomia e econômica e empoderamento da mulher: textos acadêmicos**. Brasília, DF: FUNAG, Fundação Alexandre de Gusmão, 2011. Disponível em: https://funag.gov.br/biblioteca-nova/produto/1-519-autonomia_economica_e_empoderamento_da_mulher_textos_academicos. Acesso em: 05 nov. 2024.

MIRANDA, Jorge. **Direitos fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Almedina, 2018.

MIRANDA, Jorge. **Direitos fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Almedina, 2017.

MORAES, Alexandre. **Direito Constitucional**. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos fundamentais nas relações entre particulares**. São Paulo: Almedina, 2018.

PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. **Los Derechos Fundamentales**. Madri: Tecnos, 2013.

PESQUISA DE JURISPRUDÊNCIA INTERNACIONAL. **Supremo Tribunal Federal**, n. 48, 08 mar. 2023. Disponível em: https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/jurisprudenciaInternacional/anexo/PJI_482023DireitodasMulheres.pdf. Acesso em: 05 nov. 2024.

PIMENTEL, Silvia. Educação, igualdade, cidadania: a contribuição da Convenção Cedaw/ONU. In: SARMENTO, Daniel; IKAWA, Daniela; PIOVESAN, Flávia. **Igualdade, diferença e direitos humanos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

PIOVESAN, Flávia. Igualdade de gênero na Constituição Federal: os direitos civis e políticos das mulheres no Brasil. Brasília, DF: Senado Federal, 2008. *In*: DANTAS, Bruno (org.). **Constituição de 1988: o Brasil 20 anos depois**. Brasília, DF: Senado Federal, Instituto Legislativo Brasileiro, 2008.

PIOVESAN, Flávia. Igualdade, diferença e direitos humanos: perspectivas global e regional. *In*: SARMENTO, Daniel; IKAWA, Daniela; PIOVESAN, Flávia. **Igualdade, diferença e direitos humanos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. Lisboa: Ed. Presença, 1993.

RAWLS, John. **Uma teoria da Justiça**. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

REZENDE, Ana Flávia; ANDRADE, Luís Fernando Silva. Racismo, sexismo e resquícios do escravismo em anúncios de empregos. **Cad. EBAPE.BR**, Rio de Janeiro, v. 21, n. 3, e2022-0036, 2023. DOI <https://doi.org/10.1590/1679-395120220036>. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/cebape/a/VGbtGGjkv87HyyV4TncHnnv/?lang=pt&format=pdf>. Acesso em: 05 nov. 2024.

RODRIGUES JÚNIOR, Otavio Luiz. **Direito Civil Contemporâneo: estatuto epistemológico, Constituição e direitos fundamentais**. 3. ed. Rio de Janeiro: Gen/Forense Universitária, 2023.

RUSSOMANO, Rosah. A mulher na Constituição Brasileira e o sistema dos países americanos. **Revista Forense**, ano 53, v. 163, p. 418-444, jan./fev. 1956.

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

SÃO PAULO (ESTADO). Tribunal de Justiça. **Apelação nº 991.06.05460-3**. Relator: Des. Moura Ribeiro. Julgado em: 30 set. 2010. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/sites/portalp/SiteAssets/documentos/noticias/Aco%CC%81rda%CC%83o%20Des.%20Moura%20Ribeiro%20TJSP.pdf>. Acesso em: 05 nov. 2024.

SÃO PAULO (ESTADO). Tribunal de Justiça. **Processo Digital n. 1027811-06.2023.8.26.0100**. 22 jun. 2023. Sentença. Juiz(a) de Direito: Dr(a). Clarissa Somesom Tauk. Disponível em: https://www.migalhas.com.br/arquivos/2023/6/F631270BCBE7E5_1027811-06.2023.8.26.0100.pdf. Acesso em: 05 nov. 2024.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

SARMENTO, Daniel. **Dignidade da pessoa humana: conteúdo, trajetórias e metodologia**. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2024.

SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

SAYEG, Ricardo; BALERA, Wagner. **O capitalismo humanista**. Petrópolis: KBR, 2011.

SCHMITT, Carl. **Teoria de la Constitución**. Madrid: Alianza Editorial, 1996.

SILVA, Francisco de Assis. **História do Brasil**. 2. ed. São Paulo: Moderna, 1997.

SILVA, José Afonso da. **Comentário contextual à Constituição**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

SILVA, Virgílio Afonso. **A constitucionalização do direito**: os direitos fundamentais nas relações entre particulares. São Paulo: Malheiros, 2014.

SISTEMA DE INFORMAÇÕES DE TENDÊNCIAS EDUCACIONAIS NA AMÉRICA LATINA (SITEAL). **Constitución Política de la República de Guatemala**. (Reformada por Acuerdo legislativo n. 18-93 del 17 de Noviembre de 1993). 1993. Disponível em: https://siteal.iiep.unesco.org/sites/default/files/sit_accion_files/constitucion_politica_de_la_republica_de_guatemala.pdf. Acesso em: 04 nov. 2024.

TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

TAVARES, André Ramos; GAMA, Marina Faraco Lacerda. **O STF e a Constituição econômica**: casos e funções. Curitiba: InterSaberes, 2022.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **O contrato e sua função social**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

VASQUEZ, Rodolfo. **Liberalismo, Estado de derecho y minorías**. México, DF: Paidós, 2001.