



**UNIVERSIDADE NOVE DE JULHO
CURSO DE DIREITO**

TIAGO BRASIL PITA

**RESTRICOES AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DAS EMPRESAS
TRANSNACIONAIS POR DECISOES JUDICIAIS TRABALHISTAS**

**São Paulo
2025**

TIAGO BRASIL PITA

**RESTRIÇÕES AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DAS EMPRESAS
TRANSNACIONAIS POR DECISÕES JUDICIAIS TRABALHISTAS**

Tese apresentada ao Curso de Direito,
da Universidade Nove de Julho, como
requisito parcial para obtenção do título
de Doutor em Direito.

Orientador: Dr. Marcelo Freire
Gonçalves.

São Paulo
2025

Pita, Tiago Brasil.

Restrições aos direitos fundamentais das empresas transnacionais por decisões judiciais trabalhistas. / Tiago Brasil Pita. 2025.

231 f.

Tese (Doutorado)- Universidade Nove de Julho - UNINOVE, São Paulo, 2025.

Orientador (a): Prof. Dr. Marcelo Freire Gonçalves.

1. Direitos fundamentais. 2. Empresas transnacionais. 3. Direito do trabalho. 4. Iter procedendi. 5. Insegurança jurídica. 6. Hard cases. 7. Constituição.

I. Gonçalves, Marcelo Freire. II. Título

CDU 34

RESTRIÇÕES AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DAS EMPRESAS TRANSNACIONAIS POR DECISÕES JUDICIAIS TRABALHISTAS

Tese apresentada ao Curso de Direito, da Universidade Nove de Julho, como requisito parcial para obtenção do título de Doutor em Direito.

Aprovada em: 22/10/2025.

BANCA EXAMINADORA

**MARCELO FREIRE
GONCALVES:92843**

Assinado de forma digital por
MARCELO FREIRE
GONCALVES:92843
Dados: 2025.10.31 11:53:16 -03'00'

Prof. Dr. Marcelo Freire Gonçalves – Orientador
Universidade Nove de Julho

Documento assinado digitalmente
gov.br
DANIEL CARNIO COSTA
Data: 03/11/2025 09:34:05 -0300
Verifique em <https://validar.itii.gov.br>

Prof. Dr. Daniel Carnio Costa – Examinador
Universidade Nove de Julho

**MARCELO
LIMA
GUERRA:7993**

Assinado de forma digital
por MARCELO LIMA
GUERRA:7993
Dados: 2025.11.03
11:07:15 -03'00'

Prof. Dr. Marcelo Lima Guerra – Examinador
Documento assinado digitalmente

gov.br **SAMANTHA RIBEIRO MEYER PFLUG MARQUES**
Data: 05/11/2025 10:28:18 -0300
Verifique em <https://validar.itii.gov.br>

Prof. Dra. Samantha Ribeiro Meyer-Pflug Marques – Examinador
Universidade Nove de Julho

Documento assinado digitalmente
gov.br **WILLIAM PAIVA MARQUES JUNIOR**
Data: 31/10/2025 20:06:51 -0300
Verifique em <https://validar.itii.gov.br>

Prof. Dr. William Paiva Marques Junior – Examinador
Universidade Federal do Ceará

DEDICATÓRIA

Dedico este trabalho, com todo o meu amor e gratidão, à minha filha Bebella, de apenas dez anos, mas já um exemplo inspirador de dedicação aos estudos. É nela que encontro diariamente a motivação para persistir, para acreditar que o conhecimento é sempre um caminho de transformação e para jamais desistir dos sonhos, mesmo diante das maiores dificuldades. Isabella, este doutorado também é seu, fruto da força que me transmite e do exemplo de disciplina e empenho que você mesma me dá. Isabella foi recentemente aprovada para a Turma Olímpica do Colégio Ari de Sá, com a impressionante média de 9,8.

Dedico, igualmente, ao amor da minha vida, minha esposa Taciana, que, com generosidade e desprendimento, abriu mão do seu próprio doutorado para que eu pudesse realizar este. A verdade é que o título, por justiça, deveria ser dela, pois sua capacidade técnica e intelectual supera em muito a minha. Quem teve o privilégio de cursar o mestrado com ela na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa sabe do que falo: seu conhecimento profundo e sua clareza de raciocínio eram tamanhos que, antes mesmo das aulas do Professor Jorge Reis Novais, era ela quem explicava aos colegas – inclusive a mim – aquilo que havia ficado pendente da aula anterior. Costumo brincar, mas com a mais absoluta sinceridade, que quando ela adentra a Faculdade de Direito de Lisboa, até as colunas daquele templo do saber tremem diante da sua presença. Taciana foi selecionada pelo professor Reis Novais como uma das duas alunas por ele aceitas para orientar.

Faço também uma homenagem à minha mãe, que, mesmo sem ter tido acesso a estudos avançados, dedicou inúmeras tardes no apartamento da Rua Cel. Linhares, em Fortaleza, a me ensinar com paciência e dedicação. Foram lições que iam muito além do conteúdo escolar: eram lições de vida, de amor e de perseverança, que moldaram o alicerce sobre o qual hoje se ergue esta conquista.

E não poderia deixar de agradecer ao meu pai, pelo apoio imensurável, mesmo após dias extensos e exaustivos de trabalho. Seu exemplo de esforço silencioso, de compromisso inabalável com a família e de incentivo constante foi combustível indispensável nesta caminhada.

Este trabalho, portanto, é também deles: de Isabella, que me inspira a continuar; de minha esposa, que me ensina todos os dias o verdadeiro sentido do saber compartilhado e da renúncia amorosa; de minha mãe, que plantou em mim a semente do estudo; e de meu pai, cujo apoio e exemplo sustentaram minha trajetória.

AGRADECIMENTOS

Agradeço, em primeiro lugar, à Universidade Nove de Julho – UNINOVE, que me acolheu academicamente e, em conjunto com a Associação dos Magistrados Brasileiros – AMB, ofertou a bolsa de estudos que tornou possível a realização desta pesquisa. O apoio institucional e financeiro foi decisivo para que esta tese pudesse ser conduzida com a profundidade científica e a dedicação necessárias.

Estendo minha sincera gratidão a todos os professores que, ao longo da trajetória doutoral, contribuíram com ensinamentos, críticas construtivas e estímulo intelectual. Cada disciplina cursada representou uma peça essencial na consolidação da formação acadêmica que aqui se expressa.

De modo especial, registro meu reconhecimento aos membros da banca examinadora, escolhidos cuidadosamente em razão de sua notória expertise técnica e domínio das matérias correlatas a esta pesquisa. A honra de contar com suas leituras críticas e contribuições qualificadas representa, sem dúvida, um dos pontos mais altos desta jornada.

Não poderia, contudo, deixar de fazer uma menção especial ao meu orientador, Desembargador Marcelo, do Tribunal Regional do Trabalho da 2^a Região, cuja orientação foi muito além do papel formal de guia acadêmico. Sua extraordinária erudição jurídica, aliada a uma rara sensibilidade humana, imprimiram a este trabalho a profundidade e a seriedade que dele se exigiam. A cada encontro, suas observações se mostravam não apenas um direcionamento metodológico, mas verdadeiras lições de vida, de ética e de compromisso com a justiça. A clareza de raciocínio, a amplitude do conhecimento técnico e a generosidade intelectual com que compartilhou seu saber foram fontes inesgotáveis de inspiração.

Esta tese é também fruto da confiança, do rigor científico e do estímulo constante de meu orientador, cuja dedicação ao Direito do Trabalho e à causa da Justiça transcendem os limites acadêmicos, influenciando todos aqueles que têm a oportunidade de aprender com sua trajetória. Receba, portanto, minha mais

profunda gratidão e respeito, certo de que esta caminhada não teria alcançado o mesmo êxito sem a sua orientação firme, lúcida e iluminadora.

“Ainda que eu fale as línguas dos homens e dos anjos, se não tiver amor, serei como o bronze que soa ou como o címbalo que retine. Ainda que eu tenha o dom de profetizar e conheça todos os mistérios e toda ciência; ainda que eu tenha tamanha fé, a ponto de transportar montes, se não tiver amor nada serei”.

(1 Co 13, 1-2)

RESUMO

A tese propõe um modelo metodológico de resolução de conflitos constitucionais envolvendo direitos fundamentais de empresas transnacionais no âmbito do Direito do Trabalho. Parte-se da constatação de que a Justiça do Trabalho, ao priorizar de forma absoluta a proteção imediata do trabalhador, muitas vezes ignora a esfera jurídica das empresas, gerando decisões desproporcionais, insegurança jurídica e impactos socioeconômicos relevantes. Os casos paradigmáticos da Embraer e da Ford revelam como a ausência de critérios claros pode levar ao decisionismo judicial, à criação de exigências *contra legem* e à fragilização da função social da empresa, com reflexos negativos sobre empregos e investimentos.

A pesquisa apresenta um *iter procedendi*, sustentado em bases constitucionais, dogmáticas e empíricas, que busca oferecer ao julgador um roteiro metodológico para enfrentar *hard cases*. O modelo se estrutura em quatro etapas: (i) reconhecimento de que empresas também são titulares de direitos fundamentais; (ii) adoção da teoria dos deveres de proteção, impondo ao Estado a tutela simultânea de trabalhadores e corporações; (iii) aplicação da concepção ampla mitigada, que equilibra riscos de subproteção e hiperproteção; e (iv) utilização da teoria da restrição dos direitos fundamentais defendida pelo Professor Jorge Reis Novais, exigindo fundamentação constitucional densa e controlável para qualquer limitação a direitos.

Do ponto de vista teórico, rejeitam-se a *state action doctrine*, a eficácia imediata e a eficácia mediata dos direitos fundamentais nas relações privadas, por se mostrarem insuficientes para resolver colisões complexas. Também são afastadas as teorias clássicas da restrinabilidade (interna, externa e princípios de Alexy), por conduzirem à rigidez, hipertrofia ou subjetivismo judicial. Em substituição, propõe-se um modelo que concilia força normativa da Constituição, segurança jurídica e legitimidade democrática.

A análise empírica demonstra que a saída de diversas empresas do Brasil esteve relacionada à instabilidade regulatória e a decisões judiciais pouco equilibradas. Reconhecer direitos fundamentais às empresas não significa negar a centralidade da dignidade do trabalhador, mas assegurar que a proteção se realize de forma

sustentável, preservando empregos, investimentos e desenvolvimento econômico.

Conclui-se que o *iter procedendi* proposto oferece um instrumento racional e transparente, capaz de reduzir o decisionismo judicial, harmonizar os interesses em conflito e reforçar a unidade da Constituição. Trata-se de contribuição original à Ciência Jurídica brasileira, projetando maior previsibilidade e legitimidade às decisões trabalhistas em um cenário globalizado.

Palavras-chave: Direitos Fundamentais; Empresas Transnacionais; Direito do Trabalho; *Iter Procedendi*; Insegurança Jurídica; *Hard Cases*; Constituição.

ABSTRACT

This dissertation proposes a methodological model for resolving constitutional conflicts involving the fundamental rights of transnational corporations within the scope of Labor Law. It starts from the observation that Brazilian Labor Courts, by absolutizing the immediate protection of individual workers, often disregard the legal sphere of companies, producing disproportionate decisions, legal uncertainty, and significant socioeconomic impacts. The landmark cases of Embraer and Ford illustrate how the lack of clear criteria has led to judicial decisionism, the creation of requirements *contra legem*, and the weakening of the social function of enterprises, with negative consequences for jobs and investments.

The research develops an original *iter procedendi*, grounded in constitutional, dogmatic, and empirical bases, designed to provide judges with a methodological roadmap for addressing *hard cases*. The model is structured in four stages: (i) recognition that companies are also holders of fundamental rights; (ii) adoption of the theory of protective duties, requiring the State to safeguard both workers and corporations; (iii) application of Jorge Reis Novais's mitigated broad conception of normative scope, balancing the risks of underprotection and overprotection; and (iv) use of Novais's theory of restrictibility, which demands dense and intersubjectively controllable constitutional reasoning for any limitation on rights.

From a theoretical standpoint, the study rejects the *state action doctrine*, immediate effectiveness, and mediated effectiveness of fundamental rights in private relations, as they prove insufficient to resolve complex collisions. It also discards the classical theories of restrictibility (internal, external, and Alexy's principles), which lead to rigidity, hypertrophy, or excessive subjectivism. Instead, it proposes a model that reconciles the normative force of the Constitution with legal certainty and democratic legitimacy.

Empirical analysis shows that the withdrawal of several multinational corporations from Brazil was linked to regulatory instability and unbalanced judicial decisions. Recognizing fundamental rights for companies does not mean denying the centrality of workers' dignity, but ensuring that protection occurs in a sustainable way, preserving jobs, investments, and economic development.

It is concluded that the proposed *iter procedendi* offers a rational and transparent tool capable of reducing judicial arbitrariness, harmonizing conflicting interests, and reinforcing the unity of the Constitution. This represents an original contribution to Brazilian Legal Science, projecting greater predictability and legitimacy for labor judicial decisions in a globalized context.

Keywords: Fundamental Rights; Transnational Corporations; Labor Law; *Iter Procedendi*; Legal Uncertainty; *Hard Cases*; Constitution.

ZUSAMMENFASSUNG

Diese Dissertation schlägt ein methodisches Modell zur Lösung verfassungsrechtlicher Konflikte vor, die die Grundrechte transnationaler Unternehmen im Bereich des Arbeitsrechts betreffen. Ausgangspunkt ist die Beobachtung, dass die brasilianische Arbeitsgerichtsbarkeit durch die absolute Priorisierung des individuellen Arbeitnehmerschutzes häufig die Rechtssphäre der Unternehmen vernachlässigt und dadurch unverhältnismäßige Entscheidungen, Rechtsunsicherheit und erhebliche sozioökonomische Auswirkungen hervorruft. Die Präzedenzfälle Embraer und Ford zeigen exemplarisch, wie das Fehlen klarer Kriterien zu richterlichem Dezisionismus, zu *contra legem*-Auflagen und zur Schwächung der sozialen Funktion von Unternehmen geführt hat, mit negativen Folgen für Beschäftigung und Investitionen.

Die Forschung entwickelt ein neuartiges *iter procedendi*, das auf verfassungsrechtlichen, dogmatischen und empirischen Grundlagen beruht und Richtern als methodischer Leitfaden für die Lösung von *hard cases* dienen soll. Das Modell gliedert sich in vier Stufen: (i) Anerkennung, dass auch Unternehmen Träger von Grundrechten sind; (ii) Übernahme der Schutzpflichtenlehre, die den Staat verpflichtet, sowohl Arbeitnehmer als auch Unternehmen zu schützen; (iii) Anwendung der gemildert weiten Schutzbereichskonzeption von Jorge Reis Novais, die Risiken von Unter- und Überprotektion ausgleicht; und (iv) Heranziehung seiner Theorie der Beschränkbarkeit, die eine dichte und intersubjektiv überprüfbare verfassungsrechtliche Begründung für jede Einschränkung verlangt.

Aus theoretischer Sicht lehnt die Arbeit die *state action doctrine*, die unmittelbare und die mittelbare Drittirkung der Grundrechte in Privatrechtsverhältnissen ab, da sie sich als unzureichend für die Lösung komplexer Kollisionen erweisen. Ebenso werden klassische Theorien der Beschränkbarkeit (innere, äußere und Prinzipientheorie nach Alexy) zurückgewiesen, da sie zu Starrheit, Hypertrophie oder übermäßigem Subjektivismus führen. Stattdessen wird ein Modell vorgeschlagen, das die normative Kraft der Verfassung mit Rechtssicherheit und demokratischer Legitimität in Einklang bringt.

Die empirische Analyse zeigt, dass der Rückzug mehrerer multinationaler Unternehmen aus Brasilien mit regulatorischer Instabilität und unausgewogenen gerichtlichen Entscheidungen zusammenhängt. Die Anerkennung von Grundrechten für Unternehmen bedeutet nicht, die zentrale Bedeutung der Menschenwürde der Arbeitnehmer zu leugnen, sondern sicherzustellen, dass der Schutz nachhaltig erfolgt und Arbeitsplätze, Investitionen und wirtschaftliche Entwicklung bewahrt werden.

Schließlich wird gefolgert, dass das vorgeschlagene *iter procedendi* ein rationales und transparentes Instrument darstellt, das richterliche Willkür reduziert, widerstreitende Interessen ausgleicht und die Einheit der Verfassung stärkt. Damit leistet es einen originellen Beitrag zur brasilianischen Rechtswissenschaft, indem es größere Vorhersehbarkeit und Legitimität für arbeitsrechtliche Entscheidungen in einem globalisierten Kontext schafft.

Schlüsselwörter: Grundrechte; Transnationale Unternehmen; Arbeitsrecht; *Iter Procedendi*; Rechtsunsicherheit; *Hard Cases*; Verfassung.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

B2B	<i>Business-to-Business</i>
B2C	<i>Business-to-Consumer</i>
BM	Banco Mundial
C2C	<i>Consumer-to-Consumer</i>
CC	Código Civil
CF	Constituição Federal
CJF	Conselho de Justiça Federal
CRP	Constituição da República Portuguesa
EUA	Estados Unidos da América
FMI	Fundo Monetário Internacional
LREF	Lei de Recuperação de Empresas e Falência
MCE	Mercado Comum Europeu
OMC	Organização Mundial do Comércio
STF	Supremo Tribunal Federal
TRT	Tribunal Regional do Trabalho
TST	Tribunal Superior do Trabalho

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	10
2 DIREITOS FUNDAMENTAIS	16
2.1 FUNDAMENTOS FILOSÓFICOS E TEÓRICOS DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS..	16
2.4 BREVES REFLEXÕES SOBRE A UNIVERSALIDADE E RELATIVIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	20
2.5 DIREITOS HUMANOS E FUNDAMENTAIS COMO PILARES CONSTITUTIVOS DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO BRASILEIRO	27
2.1.1 A teoria de Robert Alexy: normas de Direitos Fundamentais e ponderação	33
2.2 CONTEXTUALIZAÇÃO HISTÓRICA E EVOLUÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS	37
2.3 DIMENSÕES E EFICÁCIAS DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	45
3 EMPRESAS TRANSNACIONAIS	54
3.1 DIREITO COMERCIAL, A EMPRESA E ASPECTOS HISTÓRICOS.....	54
3.1.1 Os elementos da atividade empresária.....	63
3.2 PRINCÍPIO DA PRESERVAÇÃO DA EMPRESA	70
3.3 O EMPRESÁRIO	76
3.3.1 Requisitos para ser empresário	78
3.4 EMPRESAS TRANSNACIONAIS.....	81
3.4.1 Conceito	84
3.4.2 Empresas transnacionais x multinacionais	86
3.4.3 Atuação das empresas transnacionais	87
4 EMPRESAS TRANSNACIONAIS COMO DETENTORAS DE DIREITOS FUNDAMENTAIS	90
5 EFICÁCIA HORIZONTAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	95
5.1 TEORIAS DA EFICÁCIA HORIZONTAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS: A VINCULAÇÃO DAS ENTIDADES PRIVADAS	95
5.2 TEORIA DA INAPLICABILIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS E A DOUTRINA DO <i>STATE ACTION</i>	96
5.3 TEORIA DA EFICÁCIA MEDIATA OU INDIRETA.....	105
5.3.1 Teoria da eficácia mediata e dever de proteção	112
5.4 EFICÁCIA IMEDIATA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS	121
6 TEORIAS DA PREVISÃO NORMATIVA E DA RESTRINGIBILIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS	133
6.1 ÂMBITO DE PROTEÇÃO E SUPORTE FÁTICO	133
6.2 TEORIA DO SUPORTE FÁTICO RESTRITO	137

6.2.1 Principais críticas à teoria do suporte fático restrito.....	140
6.3 TEORIA DO SUPORTE FÁTICO AMPLO	141
6.3.1 Principais críticas à teoria do suporte fático amplo	143
6.4 TEORIA DO SUPORTE FÁTICO INTERMEDIÁRIO	145
6.4.1 Principais críticas à teoria do suporte fático intermediário	147
7 TEORIAS DA RESTRINGIBILIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	148
7.1 TEORIA INTERNA.....	148
7.1.1 Principais críticas à teoria interna	154
7.2 TEORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS COMO PRINCÍPIOS	155
7.2.1 Principais críticas à teoria dos Direitos Fundamentais como princípios	161
7.3 TEORIA EXTERNA	163
8. ANÁLISE DAS DECISÕES JUDICIAIS.....	172
CASO EMBRAER.....	172
CASO FORD.....	196
CONCLUSÃO.....	204
REFERÊNCIAS.....	217

1 INTRODUÇÃO

1. O Tema e Sua Delimitação

O presente trabalho visa fornecer um *iter procedendi* fundamentado em bases teóricas sólidas para casos enfrentados pelo julgador, especialmente na seara trabalhista, em que haja possibilidade de restrição ilegítima aos direitos fundamentais das empresas transnacionais. Seu foco é auxiliar o julgador na resolução de *hard cases* envolvendo direitos fundamentais. O estudo também explora a aplicação pura e direta dos direitos fundamentais, já questionada na Europa, e sua possível inadequação, passando pelo estudo de quatro correntes doutrinárias – teoria da inaplicabilidade dos direitos fundamentais, teoria da eficácia imediata, teoria da eficácia mediata e a teoria dos deveres de proteção – que se digladiam com um único objetivo: qual teoria traz maior efetividade aos direitos fundamentais mantendo a lógica do sistema, isto é, tratando esses mesmos direitos como garantias jurídicas fortes.

O presente trabalho tem como escopo central a análise das interconexões entre a teoria externa, a teoria interna, a teoria dos direitos fundamentais enquanto princípios e a teoria dos direitos fundamentais influenciados por uma cláusula imanente de ponderação. Especificamente, busca-se examinar as restrições impostas aos direitos fundamentais das empresas transnacionais, considerando a necessidade de estabelecer uma sistemática de controle dos atos que restringem esses direitos no Brasil. Este controle deve estar em conformidade com os denominados "limites aos limites" dos direitos fundamentais, funcionando como um mecanismo crucial de controle de constitucionalidade.

2. Justificativa e Importância do Tema

O presente trabalho se debruça sobre uma temática de indiscutível relevância no cenário jurídico contemporâneo: a aplicação e os limites dos direitos fundamentais no âmbito das decisões judiciais, com ênfase especial na seara trabalhista e na análise de casos complexos (*hard cases*). Trata-se de uma investigação que transcende o debate meramente técnico-processual, inserindo-se no cerne da

reflexão sobre a própria função do Poder Judiciário na concretização de direitos em contextos de elevada densidade valorativa e normativamente controvertidos.

A justificativa primordial desta pesquisa assenta-se na premência de oferecer ao julgador um arcabouço teórico e procedural robusto, capaz de orientar a interpretação e a aplicação dos direitos fundamentais em cenários nos quais não apenas regras jurídicas estão em disputa, mas também princípios estruturantes do ordenamento democrático. Tal necessidade se revela particularmente aguda nas controvérsias que opõem empregados e empregadores, em que se entrelaçam, de um lado, a proteção da dignidade e dos direitos sociais do trabalhador e, de outro, a salvaguarda da livre iniciativa e da segurança jurídica indispensáveis à atividade empresarial.

Assim, o estudo propõe-se a investigar como, diante de conflitos de grande magnitude — muitas vezes amplificados por fatores econômicos, transnacionais e tecnológicos —, é possível assegurar que a atuação jurisdicional se mantenha fiel aos parâmetros constitucionais e aos compromissos internacionais assumidos pelo Estado, evitando decisões que, sob a aparência de promover justiça social, acabem por gerar desequilíbrios sistêmicos e efeitos contraproducentes para o mercado de trabalho e para a própria efetividade dos direitos fundamentais.

A análise aprofundada das teorias jurídicas relativas à vinculação dos particulares aos direitos fundamentais e à eficácia desses direitos nas relações privadas revela-se de especial relevância para o campo do Direito do Trabalho, dadas as particularidades das relações laborais e o peso axiológico dos valores em disputa. O debate em torno da *state action doctrine*, da eficácia mediata e imediata dos direitos fundamentais e das diversas abordagens teóricas acerca de sua restrição constitui elemento indispensável para a construção de um quadro normativo sólido, capaz de oferecer previsibilidade e segurança jurídica às partes envolvidas.

Este estudo propõe-se a transcender a aplicação meramente retórica ou superficial dos direitos fundamentais, desenvolvendo uma estrutura teórico-analítica rigorosa que permita ao julgador avaliar, com clareza metodológica, como realizar o balanceamento entre princípios constitucionais e interesses privados. Ao fazê-lo, busca-se não apenas preservar a coerência do ordenamento jurídico, mas também assegurar que a concretização dos direitos ocorra de forma proporcional, razoável e sensível às complexidades das relações laborais contemporâneas.

Ao final, a pesquisa aponta qual concepção de restringibilidade dos direitos fundamentais se mostra mais adequada para a solução de conflitos trabalhistas, especialmente em contextos de alta complexidade ou repercussão econômica. O objetivo é garantir um equilíbrio justo e sustentável entre a tutela dos direitos individuais e coletivos dos trabalhadores e a preservação da autonomia e viabilidade das atividades empresariais, reconhecendo que ambos os polos são essenciais para a manutenção de um mercado de trabalho saudável e para o fortalecimento do Estado Democrático de Direito.

3. Contribuição Original à Ciência Jurídica Brasileira

A contribuição deste trabalho para a ciência jurídica brasileira é ampla, inovadora e estratégica, destacando-se por enfrentar, com rigor analítico, questões contemporâneas de elevada complexidade relacionadas aos direitos fundamentais no contexto das empresas transnacionais, com ênfase na esfera trabalhista. Ao articular a análise dogmática com uma perspectiva prática, a pesquisa não apenas avança no plano teórico, mas também oferece instrumentos metodológicos capazes de influenciar diretamente a atuação jurisdicional.

O desenvolvimento de um *iter procedendi* ancorado em fundamentos teóricos sólidos representa uma inovação substancial na abordagem dos *hard cases* que desafiam a judicatura. Esse arcabouço, concebido para servir como guia interpretativo e decisório, confere maior previsibilidade e segurança jurídica, ao mesmo tempo em que preserva a flexibilidade necessária para lidar com as particularidades de cada litígio. Tal estrutura promove um equilíbrio entre a proteção de direitos fundamentais e a preservação da dinâmica econômica das empresas, especialmente diante de cenários marcados por tensões entre o direito interno e o direito internacional.

A pesquisa ainda provoca uma reflexão crítica sobre a adequação e os limites da aplicação direta dos direitos fundamentais nas relações privadas no Brasil, fomentando a modernização do pensamento jurídico nacional e incentivando o diálogo com experiências estrangeiras. Em um cenário global caracterizado por transformações rápidas e interdependência econômica, essa discussão torna-se crucial para assegurar que a atuação judicial brasileira se mantenha alinhada a padrões de coerência, proporcionalidade e efetividade.

Em síntese, a originalidade desta contribuição reside em transcender o campo estritamente teórico, fornecendo ao julgador e à comunidade jurídica um conjunto de ferramentas conceituais e procedimentais, um *iter procedendi*, que podem reformular a maneira como se comprehende e se aplicam as restrições aos direitos fundamentais no Brasil. Ao fazê-lo, este trabalho propõe não apenas uma nova forma de decidir, mas uma nova forma de pensar a justiça, reconciliando proteção de direitos, segurança jurídica e sustentabilidade econômica.

4. Principais Questões a Serem Analisadas

No desenvolvimento desta investigação, destacam-se cinco questões fundamentais que orientam a análise e estruturam o debate sobre a aplicação e os limites dos direitos fundamentais no contexto das empresas transnacionais, particularmente no campo das relações laborais de alta complexidade.

A primeira questão consiste em examinar se, e em que medida, empresas multinacionais podem ser reconhecidas como titulares de direitos fundamentais. Tal análise requer não apenas a consideração da natureza jurídica dessas organizações, mas também a ponderação de sua função social e dos limites constitucionais impostos à sua atuação, especialmente quando confrontada com a proteção de direitos individuais e coletivos de trabalhadores.

Em segundo lugar, investiga-se o modo como o direito brasileiro estabelece a vinculação dos particulares — e, por consequência, das empresas — aos direitos fundamentais. Essa reflexão é particularmente relevante em relações privadas assimétricas, como a trabalhista, em que a incidência desses direitos não se dá de forma uniforme e exige interpretações que conciliem a autonomia privada com os valores constitucionais.

A terceira questão envolve a identificação da teoria mais adequada para garantir a salvaguarda dos direitos fundamentais em conflitos trabalhistas. Nesse ponto, confrontam-se diferentes modelos teóricos, como a *state action doctrine*, a teoria da eficácia mediata, a da eficácia imediata e a dos deveres de proteção, avaliando-se qual deles melhor equilibra a proteção do trabalhador e a preservação da liberdade empresarial.

A quarta questão aborda o papel desempenhado tanto pelo legislador quanto pelo Poder Judiciário na tarefa de estabelecer e aplicar limites aos direitos

fundamentais. Aqui, analisa-se como essas instâncias interagem na definição de restrições legítimas, observando parâmetros materiais e formais que assegurem a conformidade com a Constituição e evitem excessos ou lacunas.

Por fim, a quinta questão propõe-se a investigar as justificativas constitucionais para a restrição de direitos fundamentais e a forma como as diferentes teorias da restrinabilidade vêm sendo aplicadas na jurisprudência brasileira, com especial atenção para sua manifestação na Justiça do Trabalho. Essa análise busca compreender não apenas os fundamentos teóricos dessas restrições, mas também os impactos práticos das decisões judiciais sobre a dinâmica das relações laborais e sobre a própria segurança jurídica no país.

5. Metodologia e Técnicas de Pesquisa

A presente investigação adota um desenho metodológico que conjuga rigor científico, coerência lógica e amplitude analítica, de modo a permitir a verificação e o teste das hipóteses previamente formuladas. O método central de abordagem será o **dedutivo**, partindo-se de premissas gerais extraídas da teoria constitucional, da doutrina especializada e da jurisprudência consolidada, para, a partir delas, examinar casos concretos e extrair conclusões específicas aplicáveis ao objeto deste estudo. Tal escolha justifica-se pela natureza jurídico-teórica do problema investigado, que demanda uma análise estruturada e sistemática para garantir a consistência argumentativa.

Entretanto, reconhecendo a complexidade do tema e a existência de múltiplas perspectivas interpretativas, a pesquisa também incorporará um **enfoque dialético**. Essa dimensão metodológica permite a confrontação entre posições doutrinárias e jurisprudenciais divergentes, bem como a identificação de pontos de convergência. O uso da dialética visa não apenas expor as diferentes correntes de pensamento, mas também avaliar criticamente sua adequação frente ao ordenamento jurídico brasileiro e às demandas concretas das relações laborais envolvendo empresas transnacionais.

No que tange às **técnicas de pesquisa**, privilegiar-se-á a **documentação indireta**, que consistirá em um levantamento sistemático, criterioso e seletivo de fontes bibliográficas e jurisprudenciais. Esse processo envolverá:

- **Identificação** de obras doutrinárias clássicas e contemporâneas, nacionais e estrangeiras, pertinentes à temática dos direitos fundamentais e sua aplicação nas relações privadas;

- **Coleta e análise** de decisões judiciais paradigmáticas, especialmente as proferidas pelos tribunais superiores, com o objetivo de mapear padrões argumentativos e tendências interpretativas;
- **Confronto crítico** entre os fundamentos teóricos e a prática jurisdicional, de modo a identificar congruências, contradições e lacunas;
- **Seleção de referências** a partir de critérios de relevância, atualidade e consistência científica, garantindo que as conclusões derivem de material sólido e validado no meio acadêmico e jurídico.

Essa combinação metodológica — dedutiva e dialética —, aliada a uma pesquisa documental rigorosa, permite que os resultados obtidos sejam não apenas descritivos, mas também analíticos e propositivos. Busca-se, assim, oferecer um produto científico capaz de dialogar com a teoria, responder às demandas da prática forense e contribuir para a evolução do pensamento jurídico brasileiro em matéria de restrição e aplicação de direitos fundamentais no contexto das empresas transnacionais.

2 DIREITOS FUNDAMENTAIS

2.1 FUNDAMENTOS FILOSÓFICOS E TEÓRICOS DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

A evolução humana enquanto sociedade deu-se pela necessidade de se criar comunidades e grupos de forma a estabelecer uma convivência saudável entre os indivíduos. Muito embora isto, a convivência não se mostrou inteiramente pacífica, haja vista os inevitáveis conflitos advindos de divergências entre os próprios integrantes dos grupos.

Durante o processo evolutivo, houve uma orgânica emergência de um conjunto normativo destinado a preservar a ordem, sendo que algumas diretrizes relacionadas à convivência assumiram uma importância destacada. Tais normas, ao longo desse desenvolvimento, evoluíram para desempenhar papéis cruciais, sendo reconhecidas como essenciais para a manutenção da harmonia social. O gradual estabelecimento de princípios fundamentais reflete não apenas a necessidade inerente de regulamentação, mas também a seleção natural das normas que melhor contribuem para a coesão e estabilidade na sociedade.

Essas normas desenvolvidas suscitam uma indagação prévia à sua própria existência: Por que o indivíduo possui (ou deveria possuir) direitos enquanto ser humano e enquanto cidadão? A concepção do direito natural, que postula a existência de uma ordem ideal para determinar o que é correto, fundamenta-se na ideia de que os direitos são intrinsecamente universais e compartilhados por todos os seres humanos.

Sob essa perspectiva, a crença central é que todos os indivíduos têm direitos equivalentes para desfrutar de valores fundamentais, como liberdade e igualdade. Nessa visão, a importância singular de cada vida humana constitui o propósito essencial de uma filosofia moral que atribui valor a cada ser humano com base em sua verdadeira essência.

A intrínseca humanidade emerge como a base mesma dos direitos humanos, destacando a ideia de que a valorização de cada vida individual é a essência que fundamenta os princípios fundamentais que regem a dignidade e os

direitos inalienáveis de todos os seres humanos. Essa abordagem ressalta a centralidade do valor inerente à humanidade como fundamento principal na compreensão e promoção dos Direitos Humanos.

O rol de Direitos Fundamentais desempenha uma função crucial ao regulamentar, de maneira ampla, questões muitas vezes polêmicas relacionadas à estrutura normativa fundamental do Estado e da sociedade. Essa abrangência torna-se especialmente evidente ao se analisarem os conceitos que permeiam os Direitos Fundamentais à dignidade, à liberdade e à igualdade.

A complexidade desses princípios ganha destaque quando se incorporam elementos adicionais, como os propósitos do Estado, a configuração da democracia, o Estado de Direito e o Estado Social. Esse conjunto expandido de conceitos forma um sistema abrangente que engloba as principais ideias do direito racional moderno, proporcionando uma base sólida para a compreensão e a aplicação dos fundamentos jurídicos que regem a sociedade contemporânea¹.

Ao abordar uma conquista histórico-axiológica, a materialização jurídica do valor inerente a cada indivíduo encontra sua expressão nos Direitos Fundamentais. Isso se deve à existência de uma distinção sutil, mas de significativa importância, entre os termos “Direitos Fundamentais” e “Direitos Humanos”. Ao se debruçar sobre a análise desses dois conceitos, é imperativo realizar uma investigação terminológica, pois persiste, até os dias atuais, a confusão entre essas expressões, com algumas pessoas as utilizando de forma intercambiável.

Essa diferença conceitual ressalta a complexidade intrínseca aos direitos que fundamentam a condição humana. Ao considerar os Direitos Fundamentais, estamos nos referindo a uma esfera jurídica que reconhece e protege direitos específicos de cada indivíduo, estabelecendo um arcabouço normativo que visa assegurar a dignidade e a liberdade. Por outro lado, os direitos humanos abrangem um espectro mais amplo, envolvendo princípios universais que transcendem fronteiras nacionais, visando garantir a preservação dos valores fundamentais da humanidade em sua totalidade.

¹ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 26-27.

Na concepção de Sarlet², a diferença consiste no fato de que os Direitos Fundamentais estão positivados em determinados ordenamentos jurídicos. E, de outra forma, os direitos considerados humanos, não teriam essa necessidade de vinculação com uma ordem constitucional³.

Portanto, ao explorar esses termos, revela-se a necessidade premente de uma compreensão clara e distinta, pois tal discernimento contribui para uma aplicação mais eficaz e abrangente das normas que regem a proteção dos direitos individuais e coletivos. Essa análise minuciosa se torna essencial na medida em que promove uma compreensão aprofundada das implicações jurídicas e morais subjacentes, consolidando a importância intrínseca desses conceitos na salvaguarda dos princípios fundamentais que permeiam a experiência humana.

A sociedade ocidental possui razões fundamentadas para atribuir valor aos Direitos Fundamentais, derivadas da rica trajetória que estabeleceu a tradição dos direitos humanos. Esse apreço é justificado pela influência marcante dos ideais de liberdade, igualdade e fraternidade, que tiveram origem na Revolução Francesa. Além disso, as repercussões das revoluções liberais ocorridas nos Estados Unidos e na Inglaterra desempenharam um papel crucial, contribuindo para a formulação de um modelo normativo amplamente aceito e, ao mesmo tempo, sustentável.

A Revolução Francesa, com seus princípios revolucionários, foi um catalisador essencial na consolidação dos Direitos Fundamentais na sociedade ocidental. Os valores proclamados durante esse período histórico influenciaram não apenas a França, mas também moldaram o panorama político e jurídico em várias partes do mundo ocidental. A busca por liberdade, igualdade e fraternidade tornou-se uma bússola orientadora na construção de estruturas normativas que visam assegurar a dignidade e os direitos inalienáveis de cada indivíduo.

Adicionalmente, as revoluções liberais nos Estados Unidos e na Inglaterra contribuíram para a consolidação desses princípios ao oferecerem modelos eficazes de governança e proteção dos direitos individuais. A experiência dessas revoluções influenciou a elaboração de constituições e documentos legais que

² SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos Direitos Fundamentais:** uma teoria geral dos Direitos Fundamentais na perspectiva constitucional. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

³ MARDEN, Carlos; CIDRÃO, Taís Vasconcelos. Direitos humanos, pluralismo e autoritarismo no Estado Democrático de Direito. **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica**. Belo Horizonte, v.16, n.23, p.191-209, jan/jun, 2018.

estabeleceram os alicerces para a defesa dos Direitos Fundamentais, proporcionando uma base robusta para a construção de sociedades justas e equitativas.

O reconhecimento e a valorização dos Direitos Fundamentais na sociedade ocidental são intrinsecamente vinculados a esse legado histórico, que, ancorado nos ideais revolucionários e nas lições das revoluções liberais, forjou um modelo que perdura como referência, sustentando princípios que promovem a justiça e a dignidade humanas.

Conforme as sociedades evoluíram e adaptaram seus modos de vida, surgiu a necessidade de estabelecer princípios de proteção que pudessem ser aplicados universalmente. Simultaneamente, buscava-se criar normas capazes de influenciar e compelir, mesmo que de maneira mínima, a adoção de comportamentos legalmente apropriados.

Com o desenvolvimento social, tornou-se imperativo formular diretrizes que transcendessem as particularidades locais, abrangendo uma aplicação mais ampla e coerente. Esse processo reflete o reconhecimento da importância de normas que, ao mesmo tempo, ofereçam direcionamentos éticos e jurídicos, assegurando um padrão mínimo de conduta aceitável.

A evolução desses princípios de proteção não apenas acompanhou as transformações sociais, mas também buscou garantir uma base comum para a coexistência harmoniosa e justa. Ao almejar a aplicabilidade geral, as sociedades procuraram criar um arcabouço normativo que, embora respeitasse as diversidades culturais, estabelecesse parâmetros básicos de comportamento em conformidade com valores éticos e jurídicos compartilhados.

Assim, ao longo desse processo de desenvolvimento social, a busca por princípios de proteção universalmente aplicáveis reflete a aspiração por uma ordem jurídica que não apenas respeite a diversidade, mas também promova um mínimo de coesão normativa. Essa dinâmica busca construir alicerces para uma convivência pacífica e juridicamente responsável, contribuindo para a construção de sociedades mais justas e equitativas.

Dito isso, retorne-se à questão que faz alusão à própria dogmática do direito que, diga-se de passagem, não é a única face da Ciência do Direito, apenas uma delas (juntamente com filosofia, história, economia e política). O trabalho científico da dogmática do direito positivo se dá pela construção de

“institutos jurídicos, na remissão dos enunciados jurídicos particulares a conceitos mais gerais e, também, na dedução das consequências que decorrem de tais conceitos”⁴.

Nas lições de Alexy⁵, sobre a construção de uma teoria integrativa dos Direitos Fundamentais, antes deve-se passar por uma teoria estrutural dos Direitos Fundamentais:

A dogmática dos Direitos Fundamentais, enquanto disciplina prática, visa, em última instância, a uma fundamentação racional de juízos concretos de dever-ser no âmbito dos Direitos Fundamentais. A racionalidade da fundamentação exige que o percurso entre as disposições de Direitos Fundamentais e juízos de dever-ser seja acessível, na maior medida possível, a controles intersubjetivos. Isso, no entanto, pressupõe clareza tanto acerca da estrutura das normas de Direitos Fundamentais quanto acerca de todos os conceitos e formas argumentativas relevantes para a fundamentação no âmbito dos Direitos Fundamentais.

Pensar que se poderia reduzir a Ciência do Direito à sua dimensão analítica, é reconhecer uma pequenez de um raciocínio. Mais do que se pensar “qual o direito”, imperioso também é pensar “o porquê do direito”, afinal, a Ciência do Direito é uma disciplina multidimensional, em que cada dimensão contribui para o desenvolvimento frutífero da pesquisa jurídico-conceitual de uma teoria integrativa dos Direitos Fundamentais⁶.

Em sendo a dogmática dos Direitos Fundamentais multidimensional, questões ético-filosóficas desempenham papel importante. Portanto, é uma questão jurídico-dogmática perguntar se um determinado sujeito tem ou não determinado direito subjetivo.

2.4 BREVES REFLEXÕES SOBRE A UNIVERSALIDADE E RELATIVIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

A análise acerca da universalidade e relatividade dos Direitos Fundamentais assume uma posição central e crucial no panorama jurídico atual, apresentando-se como um desafio que transcende concepções jurídicas tradicionais. Esse debate incita reflexões profundas, suscitando considerações

⁴ ALEXY, Robert. Op. cit., 2008, p. 46

⁵ Ibid., 2008, p. 43.

⁶ Ibid., 2008.

essenciais sobre a riquíssima diversidade existente nos âmbitos cultural, social e político.

A universalidade dos Direitos Fundamentais é frequentemente proclamada como um princípio inalienável, capaz de transcender fronteiras e também culturas que, segundo o professor da Universidade de Kiev⁷, seria *erga omnis*. A possibilidade da existência de um ordenamento supra-humano foi cogitada por muitos juristas ao longo dos anos. Sobre esse assunto, Kelsen⁸:

Um ordenamento ‘natural’ se pensa numa ordenação não embasada na vontade humana, insuficiente para sê-lo; não criada ‘arbitrariamente’, mas sim dada ‘por si mesma’, e de algum modo objetiva, ou seja, existente com independência do querer humano subjetivo, porém acessível ao homem como fato fundamental, suscetível de ser conhecido pelo homem; de um princípio fundamental produzido originariamente não pelo entendimento ou pela vontade humanos, mas suscetível de ser reproduzido por estes. (tradução nossa).

A teoria da existência de um núcleo básico de direitos comuns a todos representa uma perspectiva essencial no campo dos Direitos Fundamentais. Defendida por alguns, essa abordagem destaca a existência de um conjunto mínimo de direitos inalienáveis que pertencem a todos os seres humanos, independentemente de sua origem cultural, nacionalidade ou contexto social. Dessa forma, essa tese advoga a ideia de que esses direitos são considerados predicados morais e de legitimidade, na medida em que “ordenamento estatal que não os contém e aos cidadãos não os confere não é visto legitimamente”⁹.

A violação grave dos Direitos Humanos e Fundamentais representa uma séria transgressão legal. Além de comprometer a legitimidade dos Estados que negligenciam esses direitos, tal conduta acarreta potenciais implicações jurídicas. Essa infração não apenas desafia os princípios éticos fundamentais, mas também abre caminho para possíveis repercussões legais, sinalizando a importância da observância desses direitos como requisito essencial para a validade e credibilidade dos Estados.

Esse núcleo básico é frequentemente considerado como uma espécie de terreno comum ético, composto por Direitos Fundamentais que transcendem fronteiras culturais. Inclui garantias como a vida, a liberdade, a integridade física

⁷ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008.

⁸ KELSEN, Hans. **General Theory of Law and State**. Cambridge: Harvard University Press, 1945, p. 17.

⁹ TUGENDHAT, Ernst. Die Kontroverse um die Menschenrechte. In: GOSEPATH, Lohmann. **Philosophie der Menschenrechte**. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1998, p. 48.

e a igualdade perante a lei. Além da universalidade em relação à estrutura, destaca-se, neste contexto, a universalidade intrínseca ao conteúdo do próprio direito, objeto da relação jurídica. Os Direitos Humanos e Fundamentais transcendem meramente o desejo individual, não se limitando a uma dimensão psicológica, mas exigindo a positivação efetiva. Isso implica no reconhecimento expresso, seja por meio de ato de vontade, seja através do estabelecimento de um costume jurídico amplamente aceito¹⁰.

Esses direitos são absolutos em uma primeira análise porque não dependem de outros para sua existência. Para além disso, não são considerados únicos e, por esse motivo, encontram limites em outro direito igualmente absoluto, indicando assim, um caráter relativo¹¹.

O direito tem, em regra, um componente axiológico que lhe integra, o qual, nos termos da teoria de Reale, enceta um complexo integrado por fato, valor e norma. Um traço que distingue os direitos humanos e fundamentais dos demais direitos, porém, é o caráter imediato de reconhecimento de validade do seu valor, referido as condições de possibilidade da vida humana digna, sem a necessidade de se realizar uma digressão normativa para que se encontre o fundamento axiológico que lhe dá suporte dentro do ordenamento. Afinal, também é nítido o caráter de validade moral a princípios do direito que não são direitos humanos, como o princípio da boa-fé, oriundo do direito privado¹².

No entanto, as críticas a essa abordagem apontam para a necessidade de considerar as diferentes realidades sociais. A abordagem relativista destaca a influência das diversidades culturais na concepção e aplicação dos Direitos Fundamentais. É possível conceber uma sociedade que assegure as condições mínimas de existência a todos os seus cidadãos, mesmo que apresente desigualdades significativas na distribuição e participação desses cidadãos na riqueza gerada coletivamente. Essa situação configura-se como um desafio de natureza política a ser abordado no âmbito da justiça social, mas não se caracteriza necessariamente como uma violação aos Direitos Humanos e Fundamentais.

Longe de invalidar o papel funcional dos Direitos Humanos-Fundamentais no sistema jurídico, reforça a necessidade que reconhecer o papel dessas chaves significacionais como as balizas últimas de uma estrutura

¹⁰ BAMBIRRA, Felipe M. **O sistema universal de proteção dos direitos humanos e fundamentais**, 2014. 418f. Tese (Doutorado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2014. p. 151-152.

¹¹ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio; BRANCO, Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

¹² BAMBIRRA, Felipe M. Op. Cit. 2014. p.155.

normativa democrática e, ao mesmo tempo, reforça a importância de somar ao debate sobre a estrutura de tais direitos as percepções sobre a historicidade efetivadora de sentidos, a eles intrínseca¹³.

Sen¹⁴, por exemplo, argumenta que as tradições culturais devem ser consideradas na formulação de Políticas Públicas, reconhecendo a importância das escolhas individuais dentro de contextos específicos. Contudo, a relatividade cultural não está isenta de críticas. Alguns autores, como Dworkin¹⁵, questionam até que ponto as tradições culturais podem justificar violações aos Direitos Humanos Fundamentais, destacando a necessidade de um equilíbrio entre a diversidade cultural e a proteção universal dos direitos individuais.

Sobre esse assunto, pode-se perceber que o “paradigma ocidental” de progresso encontra justificativa para atribuir grande valor aos Direitos Fundamentais, fundamentando-se no contexto histórico que moldou a tradição dos Direitos Humanos. Esse embasamento é evidenciado pela influência dos ideais de liberdade, igualdade e fraternidade, oriundos da Revolução Francesa, assim como pelas repercussões das revoluções liberais nos Estados Unidos e na Inglaterra, culminando na formulação de um modelo ocidental amplamente aceito e sustentável¹⁶.

No entanto, quando se analisa a história da Humanidade como um todo, o intervalo temporal dedicado ao reconhecimento dos Direitos Humanos até os dias atuais é praticamente insignificante. Em outras palavras, a trajetória dos Direitos Humanos coincide essencialmente com a evolução das sociedades ocidentais. Isso implica que à medida que essas sociedades se desenvolviam e alteravam seus modos de vida, surgiu a necessidade de estabelecer princípios de proteção que pudessem ser aplicáveis de forma universal, ao mesmo tempo em que fossem capazes de coagir e induzir a comportamentos juridicamente adequados, mesmo que em grau mínimo. Essa busca por princípios normativos universalmente

¹³ PINTO COELHO, Saulo de Oliveira. Reconhecimento, experiência e historicidade: considerações para uma compreensão dos Direitos Humano-Fundamentais como (in)variáveis principiológicas do direito nas sociedades democráticas contemporâneas. In: FARIA, José Fernando; SOBREIRA FILHO, Enoque; OLIVEIRA JUNIOR, José Alcebíades. **Atas do XXI Congresso Nacional de Direito**. Florianópolis: FUNJAB, 2012.

¹⁴ SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. Tradução de Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

¹⁵ DWORKIN, Ronald. **Sovereign Virtue: The Theory and Practice of Equality**. Cambridge: Harvard University Press, 2000.

¹⁶ MARDEN, Carlos; CIDRÃO, Taís Vasconcelos. Op. cit., 2018.

aplicáveis reflete o desejo de normatizar comportamentos em sociedades que se tornaram cada vez mais complexas e interligadas.

O que se procura enfatizar é que a concepção dos Direitos Humanos (bem como dos Direitos Fundamentais) originou-se primariamente na cultura ocidental. A sua formulação foi moldada com base nos valores culturais predominantes no contexto ocidental. Diante disso, surge a indagação sobre a viabilidade de se esperar que o Oriente, com uma cultura totalmente distinta, possa harmonizar-se com as normas do Direito Internacional que emanaram da trajetória histórica ocidental.

Essa reflexão leva ao questionamento sobre como a cultura oriental, com suas próprias tradições, valores e contextos históricos singulares, pode efetivamente se adequar a um conjunto normativo que tem suas raízes profundamente enraizadas na história e nos princípios da cultura ocidental.

Uma perspectiva contemporânea promissora envolve a promoção do diálogo intercultural como meio de construir consensos sobre os Direitos Fundamentais. A proposta de Habermas sobre a ética discursiva destaca a importância de um processo comunicativo inclusivo na busca por entendimentos compartilhados, permitindo a reconciliação entre princípios universais e valores culturais específicos¹⁷.

Habermas argumenta que é imperativo que os indivíduos se reconheçam mutuamente como seres livres e iguais, iniciando um processo comunicativo desprovido de garantias absolutas de sucesso. Nesse contexto, propõe-se a construção de um entendimento racional que surge em resposta a situações de conflito. A consecução desse objetivo ocorre quando os participantes conseguem se distanciar de suas posições individuais, comprometendo-se a forjar um consenso baseado nos princípios da universalização e do discurso.

O alcance desse consenso é manifestado em dois domínios distintos: nos espaços formais, que abrangem o sistema político-institucional, e nos espaços informais, que abarcam a sociedade em sua totalidade. A ideia central é que, ao se afastarem de suas perspectivas individuais, os sujeitos têm a oportunidade de construir um entendimento comum. Esse processo envolve a apresentação de

¹⁷ HABERMAS, Jünger. *The Structural Transformation of the Public Sphere: An Inquiry into a Category of Bourgeois Society*. Cambridge: The MIT Press, 1991.

discursos razoáveis, contribuindo para a formação de um consenso tanto nos canais oficiais, que compreendem as estruturas políticas e institucionais, quanto nos canais informais, que abrangem a sociedade em sentido amplo.

Nessa abordagem, a busca por um acordo racional não se dá apenas em contextos formais, mas também na esfera social mais ampla, reconhecendo a importância de uma interação constante entre os participantes desses diferentes domínios. Dessa maneira, o princípio da universalização e o princípio do discurso emergem como pilares fundamentais para a construção de um consenso genuíno, permeando tanto os processos institucionais quanto as interações cotidianas na sociedade.

No entanto, a implementação efetiva desse diálogo enfrenta desafios práticos, como a desigualdade de poder entre diferentes culturas e a resistência à mudança em determinados contextos. Em se tratando de relativismo cultural, Boaventura de Sousa Santos traz contribuições significativas. O autor propõe uma perspectiva que reconhece e valoriza a diversidade cultural, desafiando as abordagens tradicionais que tendem a impor padrões universais.

Na teoria do relativismo cultural de Santos¹⁸, destaca-se a ideia de pluralidade jurídica, na qual diferentes sistemas e tradições jurídicas coexistem, influenciam e interagem. Ele argumenta que não existe uma única forma de justiça, mas sim múltiplas possibilidades que refletem as diferentes experiências e perspectivas culturais.

Uma das suas contribuições notáveis é a concepção de “ecologia de saberes”¹⁹. Isso implica reconhecer e valorizar os conhecimentos e práticas locais, muitas vezes marginalizados pelos sistemas legais dominantes. A ecologia de saberes propõe uma abordagem mais inclusiva e colaborativa, na qual diferentes formas de conhecimento, incluindo os saberes populares e tradicionais, são levados em consideração na construção de respostas jurídicas e sociais.

De uma forma geral, Santos destaca a importância de compreender o direito como uma manifestação cultural complexa, permeada por diferentes valores e contextos sociais²⁰.

¹⁸ SANTOS, Boaventura de Souza. **A gramática do tempo:** para uma nova cultura política. São Paulo: Cortez, 2006.

¹⁹ SANTOS, Boaventura de Souza. Op. cit., 2006.

²⁰ SANTOS, Boaventura de Souza. **Um discurso sobre as ciências.** 5.ed. São Paulo: Cortez, 2008.

Além deste debate levantado, também se tem como barreiras a universalidade dos Direitos Humanos e Fundamentais a própria soberania estatal. Tal característica é vista como elemento de autodeterminação do Estado. Neste sentido, as teorias contratualistas surgiram para proporcionar uma justificativa de que a base do Estado (e, por conseguinte, do Direito) não provém de uma autoridade soberana (ou divina), mas sim da própria sociedade, no momento em que esta transcende o estado de natureza.

A concepção de que os seres humanos têm a capacidade de organizar o Estado de acordo com suas vontades e de que a fonte da legislação reside nos próprios seres humanos, e não em uma entidade divina, serve para legitimar, por exemplo, a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948. Essa abordagem contratualista destaca a noção de que a autoridade estatal e os princípios jurídicos derivam do consentimento e do acordo coletivo da sociedade, afastando-se da ideia de uma soberania imposta externamente²¹. Sobre a Declaração dos Direitos Humanos de 1948, Dallari tece as seguintes palavras:

O exame dos artigos da Declaração revela que eram consagrados três objetivos fundamentais: a certeza dos direitos, exigindo que haja uma fixação prévia e clara dos direitos e deveres, para que os indivíduos possam gozar dos direitos ou sofrer imposições; a segurança dos direitos, impondo uma série de normas tendentes a garantir que, em qualquer circunstância, os Direitos Fundamentais serão respeitados; a possibilidade dos direitos, exigindo que se procure assegurar a todos os indivíduos os meios necessários à fruição dos direitos, não se permanecendo no formalismo cínico e mentiroso da afirmação de igualdade de direitos onde grande parte do povo vive em condições subumanas²².

As reflexões contemporâneas sobre a universalidade e relatividade dos Direitos Fundamentais revelam um campo de debate complexo e multifacetado. A tensionante busca por um equilíbrio entre princípios universais e considerações culturais específicas continua a desafiar juristas, filósofos e legisladores em todo o mundo. Uma abordagem que integre elementos de universalidade, relatividade cultural e diálogo intercultural parece ser essencial para promover uma compreensão mais holística e aplicável dos Direitos Fundamentais na atualidade.

²¹ LAFER, Celso. **A reconstrução dos Direitos Humanos**: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt. São Paulo: Companhia das Letras, 1998.

²² DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do estado**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 1991.

2.5 DIREITOS HUMANOS E FUNDAMENTAIS COMO PILARES CONSTITUTIVOS DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO BRASILEIRO

Logo após o término da Segunda Guerra Mundial e ao longo da segunda metade do século XX, testemunhou-se uma redefinição crucial do papel desempenhado pelas Constituições. Este período foi marcado pela consolidação do Estado Democrático de Direito, no qual três pilares fundamentais emergiram como indispensáveis, a saber: 1) o neoconstitucionalismo, que elevou a Constituição a uma posição dominante dentro do ordenamento jurídico; 2) a democracia, um sistema político que viabiliza a participação equitativa dos cidadãos e proporciona um nível de autodeterminação política; 3) os Direitos Humanos/Fundamentais, que deslocaram o foco real do ordenamento do Estado para as pessoas. Essas transformações significativas levantam questões cruciais sobre o que exatamente o novo paradigma democrático trouxe consigo. Qual foi a contribuição real do termo "democrático" para a antiga concepção de "Estado de Direito"?

Em um primeiro momento, faz-se necessário trazer o conceito de democracia, que segundo Bobbio²³ pode ser definida como:

Afirmo preliminarmente que o único modo de se chegar a um acordo quando se fala em democracia, entendida como contraposta a todas as formas de governo autocrático, é o de considerá-la caracterizada por um conjunto de regras (primárias ou fundamentais) que estabelecem quem está autorizado a tomar as decisões coletivas e com quais procedimentos. [...] Para que uma decisão tomada por indivíduos (um, poucos, muitos, todos) possa ser aceita como decisão coletiva é preciso que seja tomada com base em regras (não importa se escritas ou consuetudinárias) que estabeleçam quais são os indivíduos autorizados a tomar as decisões vinculatórias para todos os membros do grupo, e à de quais procedimentos. No que diz respeito aos sujeitos chamados a tomar (ou colaborar para a tomada de) decisões coletivas, um regime democrático caracteriza-se por atribuir este poder (que estando autorizado pela lei fundamental torna-se um direito) a um número muito elevado de membros do grupo.

É crucial ressaltar que a inclusão do termo "democrático" no conceito de Estado Democrático de Direito vai além da simples referência à democracia representativa, que já estava presente no Estado de Direito. O avanço se mostra em uma mudança qualitativa: não apenas o Estado está sujeito ao Direito, mas o

²³ BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia**. 13. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2015. p. 35.

próprio Direito deve ser permeado por princípios democráticos, ou seja, deveria ser aplicado democraticamente.

A expressão “democrático” nesta configuração não sugere que o Estado, por si só, seja dotado de características autoritárias inerentes ao poder que o define. Pelo contrário, o caráter democrático reside no direito que impõe limites ao Estado. Como afirmado por Marden, “o que é democrático não é o Estado (em si mesmo cercado de autoritarismo típico do Poder que o caracteriza), mas sim o Direito que o limita”²⁴.

Dessa forma, a verdadeira inovação trazida pelo Estado Democrático de Direito reside na transformação do próprio processo legal em um exercício democrático, garantindo que as normas e princípios que regem a sociedade sejam não apenas impostos de cima para baixo, mas sim resultantes de um processo participativo e inclusivo. Essa abordagem reforça não apenas a submissão do Estado às leis, mas também a sua responsabilidade em garantir que essas leis sejam moldadas de maneira democrática, refletindo os valores e a vontade da comunidade que ele serve²⁵.

O conceito de Estado Democrático de Direito representa uma evolução notável, que transcende as preocupações meramente legais do Estado de Direito. Essa abordagem aprimorada não apenas mantém o compromisso com a legalidade e a restrição do poder, como também incorpora uma ênfase substancial na salvaguarda dos Direitos Fundamentais do cidadão.

Enquanto o Estado de Direito historicamente se concentrou na imposição da legalidade e na limitação do exercício do poder estatal, o Estado Democrático de Direito eleva essa trajetória ao garantir não apenas a conformidade com as leis, mas também a proteção irrestrita dos Direitos Fundamentais. A transição para o Estado Democrático de Direito implica não apenas em um aprimoramento da estrutura legal, mas também em uma mudança de mentalidade, na qual a preocupação com o indivíduo se torna uma prioridade essencial²⁶.

Mas na prática, o que isso representa? Em primeiro lugar, é necessário enfatizar a abordagem voltada para a construção de uma sociedade que seja

²⁴ MARDEN, Carlos. *Democracia sitiada*. In: MORAIS, José Luis Bolzan de; SARAIVA, Bruno Cozza (Orgs.). **Estado e Constituição**. Florianópolis: Empório do Direito, 2016, p. 199.

²⁵ MARDEN, Carlos. Op. cit., 2016.

²⁶ DAHL, Robert. **A democracia e seus críticos**. Tradução de Patrícia de Freitas Ribeiro. São Paulo: WMF, 2012.

simultaneamente solidária, livre e justa. Nesse contexto, busca-se proporcionar aos cidadãos oportunidades igualitárias de participação ativa, mesmo que seja por meio de representação, nas decisões políticas que moldam o destino de seu país. Este enfoque materializa o verdadeiro significado da democracia, que é, em sua essência, o “governo do povo”.

A compreensão da democracia como a concretização de valores essenciais para a convivência humana representa uma versão aprimorada e refinada do conceito de Estado de Direito. A democracia, concebida como a efetivação de princípios e valores que promovem a igualdade, a justiça e a solidariedade, transcende o mero cumprimento de normas legais.

Nesse contexto, o “governo do povo” não se restringe apenas à escolha de representantes, mas se estende a um compromisso mais amplo de construir uma sociedade onde todos os cidadãos tenham a oportunidade de contribuir para as decisões políticas que moldam coletivamente o futuro da nação. A habilidade de tomar decisões e influenciar a própria realidade é a essência da Teoria da Democracia Construtiva²⁷. Conforme essa teoria, a verdadeira medida da democracia em uma sociedade está diretamente relacionada à extensão em que os cidadãos têm a garantia de capacidade para moldar a realidade que os cerca.

O novo modelo do Estado de Direito abraça um conjunto essencial de princípios que delineiam sua estrutura política, incluindo a soberania popular, o pluralismo e o respeito às garantias e liberdades fundamentais. O novo paradigma se materializa por meio de uma democracia participativa, na qual o diálogo é pressuposto como elemento central. A aspiração subjacente é a construção de uma convivência social fundamentada nos pilares da liberdade, igualdade e solidariedade. Essencialmente, busca-se estabelecer um ambiente no qual o poder não seja apenas exercido “pelo povo”, mas também seja genuinamente “do povo e para o povo”, refletindo assim a verdadeira essência de uma governança democrática participativa e inclusiva.

A democracia, enquanto instrumento para a criação de instituições mais inclusivas, desempenha um papel fundamental no aprimoramento da qualidade de vida dos cidadãos e no sucesso global das nações. Ao promover a participação ativa dos membros da sociedade na tomada de decisões, a democracia visa

²⁷ MARDEN, Carlos. Op. cit., 2016.

construir estruturas governamentais que representem de maneira abrangente a diversidade de perspectivas e necessidades da população.

Assim, os Direitos Humanos e Fundamentais se constituem na garantia social da ação de todos para assegurar, a cada um, o seu usufruto na garantia externa e extra-jurídica de tais direitos, ancorados em prévias e sempre conquistadas acepções de democracia e de justiça social²⁸.

Essa abordagem democrática não apenas busca garantir a equidade na distribuição de recursos e oportunidades, mas também fomenta a criação de Políticas Públicas que atendam às demandas variadas da sociedade. A ideia central é que a inclusão e a participação efetiva dos cidadãos no processo decisório contribuem significativamente para a construção de um ambiente mais justo e equitativo²⁹.

Além disso, ao fortalecer as instituições inclusivas por meio da democracia, há uma correlação direta com o progresso e a prosperidade das nações. Governos que adotam práticas democráticas estão mais propensos a desenvolver políticas que impulsionam o desenvolvimento econômico, social e cultural, resultando em um impacto positivo na qualidade de vida de seus habitantes³⁰.

O papel essencial do Estado é proteger e garantir os Direitos Humanos/Fundamentais e, como já diria Sen³¹, as liberdades, por meio de uma governança verdadeiramente democrática, vai além de simplesmente seguir um jogo de soma. Isso implica que não se está a falar de uma Constituição meramente nominal, na qual as previsões são apresentadas de maneira puramente ilustrativa. Na verdade, os valores incorporados na Constituição devem ter a capacidade intrínseca de fomentar a inclusão social e o desenvolvimento abrangente.

Entretanto, ter uma previsão constitucional abrangente é insuficiente se, na prática, as instituições e as liberdades (conforme proposto por Sen³²) não funcionam efetivamente, ou se a população não consegue traduzir essas previsões em bem-estar e felicidade tangíveis. Assim, o verdadeiro teste da

²⁸ LEAL, Rogério Gesta. *Perspectivas hermenêuticas dos direitos humanos e fundamentais como elementos operativos-constitucionais do Estado Democrático de Direito no Brasil*, 2000, 315f. Tese (Doutorado em Direito) - Centro de Ciências Jurídicas, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2000. p.110.

²⁹ ACEMOGLU, Daron; ROBINSON, James A. **Porque as nações fracassam**: as origens do poder, da prosperidade e da pobreza. Tradução de Cristiana Serra. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

³⁰ ACEMOGLU, Daron; ROBINSON, James A. Op. cit., 2012.

³¹ SEN, Amartya. Op. cit, 2000.

³² Ibid., 2000.

eficácia das disposições constitucionais reside na sua capacidade de se materializar na realidade cotidiana, refletindo não apenas uma visão teórica, mas um compromisso prático.

Aqui, faz-se interessante ressaltar a Teoria do Garantismo³³, desenvolvida por Ferrajoli, na qual:

Secondo un primo significato, garantismo designa un modello normativo de diritto: precisamente, per quanto riguarda il diritto penale, il modello di stretta legalità, proprio dello stato di diritto, (1) che sul piano epistemologico si caratterizza come un sistema cognitivo o di potere minimo, (2) sul piano politico come una técnica di tutela idonea a minimizzare la violenza e a massimizzare le libertà, (3) e sul piano giuridico come un sistema di vincoli imposti alla potestà punitiva dello stato a garanzia dei diritti dei cittadini^{34, 35}.

A Constituição, nesse contexto, deve ser mais do que um documento simbólico; ela deve ser um guia operacional que impulsiona o funcionamento eficaz das instituições e promove um ambiente onde as liberdades se traduzem em uma qualidade de vida concreta para a população.

Assim sendo, defende-se aqui a perspectiva de que os Direitos Humanos e Fundamentais representam não apenas prerrogativas individuais, mas também impõem ao Estado obrigações positivas. Esses direitos abrangem tanto liberdades individuais quanto proibições negativas que restringem a intervenção estatal, condicionando-a aos reais interesses públicos. Essa relação estabelece vínculos de substância, indo além da mera forma, e molda a validade intrínseca das normas criadas e das ações empreendidas pelo Estado.

Os Direitos Fundamentais, precisamente porque igualmente garantidos a todos e subtraídos à disponibilidade do mercado e da política, formam a esfera do indecidível que é do indecidível que não; e operam como fatores não só de legitimação, mas também, e sobretudo, de deslegitimação das decisões ou das não-decisões³⁶.

³³ Essa teoria foi inicialmente proposta por Ferrajoli (1997), tem cerne na ideia de que o poder punitivo do Estado deve ser rigorosamente limitado, a fim de proteger os direitos e liberdades individuais. Para o autor, as garantias processuais e substanciais são essenciais para evitar abusos e assegurar a justiça. Além disso, destaca a importância de um sistema judicial independente como um contrapeso ao poder do Estado, buscando equilibrar a busca pela verdade com a proteção dos direitos individuais.

³⁴ Segundo um primeiro sentido, o garantismo designa um modelo normativo de direito: precisamente, no que diz respeito ao direito penal, o modelo de legalidade estrita, típico do Estado de direito, (1) que no plano epistemológico se caracteriza como um sistema cognitivo ou de poder mínimo, (2) no nível político como uma técnica de proteção adequada para minimizar a violência e maximizar as liberdades, (3) e no nível jurídico como um sistema de restrições impostas ao poder punitivo do Estado para garantir os direitos dos cidadãos (tradução nossa).

³⁵ FERRAJOLI, Luigi. **Diritto e ragione**: teoria del garantismo penale. Roma: Laterza, 1997, p.891.

³⁶ FERRAJOLI, Luigi. O Direito como sistema de garantias. In: OLIVEIRA JÚNIOR, José Alcebíades (Org.). **O novo em direito e política**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997. p. 98.

Na concepção aqui apresentada, os Direitos Humanos e Fundamentais são mais do que meras restrições ao poder estatal; eles incorporam deveres positivos que o Estado tem para com os cidadãos. Estabelecem um balanço dinâmico entre a autonomia individual e a necessidade de intervenção estatal em prol do bem comum. Ao destacar a substância sobre a forma, essa abordagem sublinha que a validade real das normas e ações estatais está intrinsecamente ligada à sua conformidade com os princípios e objetivos fundamentais orientados pelos Direitos Humanos.

Todo esse processo implica na análise da eficácia e legitimidade dos métodos empregados na administração dos interesses públicos e na definição desses interesses a partir de novos cenários ideológicos e instrumentos políticos de participação. Esses novos espaços ideológicos e instrumentos políticos não apenas representam uma evolução histórica, mas também ampliam a dimensão democrática na construção social de uma cidadania contemporânea. Essa cidadania contemporânea é reflexo da intervenção consciente de novos atores sociais nesse processo, destacando-se como uma prática dinâmica e em constante evolução.

A avaliação da eficácia e legitimidade dos procedimentos de gestão de interesses públicos é crucial nesse contexto, pois ela não apenas garante a efetividade das Políticas Públicas, mas também preserva a integridade do processo democrático. A demarcação desses interesses, por sua vez, não ocorre em um vácuo, mas sim em resposta às mudanças ideológicas e à introdução de novas formas de participação política. Esses elementos não só moldam a construção social da cidadania contemporânea, mas também enfatizam a importância de novos sujeitos sociais que desempenham um papel ativo e consciente nesse complexo cenário social e político.

Em última análise, essa abordagem sublinha a vitalidade da democracia como um processo em constante evolução, onde a participação consciente e ativa de diversos setores da sociedade contribui para a configuração dinâmica da cidadania contemporânea. Ao incorporar novos espaços ideológicos e instrumentos políticos, a dimensão democrática é expandida, refletindo a capacidade de adaptação do sistema às mudanças sociais e o engajamento de sujeitos sociais diversos na construção coletiva do tecido social e político contemporâneo.

Por fim, ao discutir nas páginas anteriores acerca dos Direitos Humanos, naturalmente avança-se para um novo capítulo que lança luz sobre uma dimensão igualmente significativa e interconectada do panorama global: a influência e o papel das empresas transnacionais. Se, por um lado, os Direitos Humanos constituem os alicerces éticos fundamentais que moldam o tratamento digno e equitativo em todas as esferas da sociedade, por outro lado, as empresas transnacionais emergem como atores-chave em um cenário globalizado, no qual suas operações transpcionais têm impactos substanciais.

A transição para este novo capítulo revela a complexidade das relações entre o poder corporativo e a salvaguarda dos Direitos Fundamentais (dos indivíduos e também das próprias empresas). As empresas transnacionais operam em múltiplos contextos e apresentam desafios e oportunidades únicas nesse cenário interdependente. É imperativo explorar como essas entidades comerciais gigantes moldam e são moldadas pelas normas, e como a comunidade internacional pode avançar na busca por uma coexistência onde o desenvolvimento econômico e a promoção dos Direitos Fundamentais não sejam mutuamente excludentes, bem como a forma com que a regulamentação e a responsabilidade corporativa possam ser alinhadas para garantir um equilíbrio ético no cenário empresarial internacional. Ao passar da esfera dos Direitos para a análise das empresas transnacionais, abre-se uma janela para examinar as dinâmicas contemporâneas que transcendem as fronteiras nacionais. Como ressalta Marques Júnior³⁷, a Constituição de 1988 representou um marco na consolidação do Direito Internacional dos Direitos Humanos na ordem jurídico-constitucional brasileira, incorporando à hermenêutica nacional a busca pela proteção integral da dignidade da pessoa humana.

2.1.1 A teoria de Robert Alexy: normas de Direitos Fundamentais e ponderação

A teoria da norma jurídica segundo Alexy³⁸ constitui um marco significativo na filosofia do direito contemporâneo. O autor destaca-se ao oferecer uma

³⁷ MARQUES JÚNIOR, William Paiva. Expansão do Direito Internacional dos Direitos Humanos e a busca de sua proteção integral no texto constitucional de 1988. In: XIII Encontro Internacional do CONPEDI – Montevidéu: Direito Internacional I. Florianópolis: CONPEDI, 2024. p. 1-15.

³⁸ Ibid., 2008.

abordagem que busca compreender a natureza das normas jurídicas e sua aplicação prática. Segundo sua teoria, os Direitos Fundamentais são normas que conferem a indivíduos uma posição jurídica especial, impondo obrigações ao legislador e possibilitando a proteção de interesses fundamentais. Para ele, tais normas possuem uma carga axiológica mais intensa, influenciando decisivamente a interpretação e aplicação do Direito.

Nesse ponto, faz-se relevante destacar a diferença entre os conceitos de Direito Fundamental e norma de Direito Fundamental. O primeiro, já amplamente discutido nas linhas anteriores diferencia-se do segundo haja vista que este garante o Direito Fundamental, sendo a recíproca nem sempre verdadeira. Nas palavras de Alexy³⁹, “são normas de Direitos Fundamentais somente as normas que outorgam Direitos Fundamentais. [...] sendo assim, dois lados da mesma moeda.”

Normas de Direitos Fundamentais são normas, ou seja, regras, mandamentos, preceitos que, a parte da análise semântica, também demanda análise de validade. Sobre o assunto, Alexy⁴⁰ destrincha o sentido de validade levando em consideração não somente da validade formal da norma, qual seja, se ela satisfaz seus requisitos formais de criação e entrada em vigor, então ela é válida. Mais que isso, fala-se em teoria ética da validade quando se há razão moral como fundamento da sua existência.

Alexy⁴¹ se faz do conceito de Carl Schmitt acerca de Direitos Fundamentais o qual preceitua que estes são “apenas” aqueles direitos que constituem o fundamento do próprio Estado e que, por esta razão, são reconhecidos pela constituição. Em um Estado Liberal, portanto, normas de Direitos Fundamentais seriam aquelas que dizem respeito à liberdade. Alexy o faz somente para discordar dessa limitação. Para o autor, não seria de bom tom limitar o conceito de Direito Fundamental, pois estaria a se limitar também, por consequência, o conceito de Normas de Direito Fundamental.

Pelo contrário, o autor sugere como desejável que a Norma de Direito Fundamental deveria se basear em critérios substanciais e/ou estruturais, bem como também estivesse vinculada a critérios formais de criação (sua positivação).

³⁹ ALEXY, Robert. Op. cit., 2008, p. 50.

⁴⁰ Ibid., 2008.

⁴¹ Ibid., 2008.

Ou seja, Direitos Fundamentais são tudo aquilo que a constituição diz ser fundamental, independentemente do seu conteúdo. Esse é um primeiro aspecto.

Em segundo lugar, há as chamadas Normas de Direitos Fundamentais atribuídas, que podem ser conceituadas como aquelas em que “para sua atribuição a uma norma diretamente estabelecida pelo texto constitucional, for possível uma correta fundamentação referida a Direitos Fundamentais”⁴². Dessa forma, uma norma atribuída é uma Norma de Direito Fundamental se há uma argumentação referida a Direitos Fundamentais.

Passada a discussão acerca do que poderá ser considerado norma de Direito Fundamental, pode-se ainda subdividir essas normas em regras e princípios. Essa distinção é importante haja vista ser um ponto de partida para a elucubração acerca dos limites da racionalidade no âmbito dos Direitos Fundamentais.

Primeiramente, há que se destacar que ambos, regras e princípios, são normas. Nas palavras de Alexy⁴³ “princípios são, tanto quanto regras, razões para juízos concretos de dever-se, ainda que de espécie muito diferente. A distinção entre regras e princípios é, portanto, uma distinção entre duas espécies de normas.”

Dentre os critérios para se distinguir regras e princípios, está a generalidade. Os princípios, em tese, possuem maior grau de generalidade, pois seria a norma que garante uma crença. Por outro lado, as regras apresentam grau de generalidade baixo. Também são diferentes no sentido de que princípios são razões para as regras ou, ainda, normas de argumentação, enquanto regras são elas mesmas regras e, também, normas de comportamento⁴⁴. Também interessante ressaltar que os princípios são

normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Princípios são, por conseguinte, mandamentos de otimização, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas. O âmbito das possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras colidentes⁴⁵.

⁴² ALEXY, Robert. Op. cit., 2008, p. 74.

⁴³ Ibid., 2008. p. 87.

⁴⁴ Ibid., 2008, p. 88-89.

⁴⁵ Ibid., 2008, p. 90.

Em contrapartida, regras são:

normas que são sempre ou satisfeitas ou não satisfeitas. Se uma regra vale, então deve se fazer exatamente aquilo que ela exige; nem mais nem menos. Regras contêm, portanto, determinações no âmbito daquilo que é fática e juridicamente possível. Isso significa que a distinção entre regras e princípios é uma distinção qualitativa, e não uma distinção de grau. Toda norma é ou uma regra ou um princípio⁴⁶.

Essa distinção é crucial para a compreensão da aplicação do direito em casos específicos. Outra diferença entre regras e princípios se mostra mais evidente quando se trata de colisões. Se distinguem pela forma de solução do conflito. Um conflito entre regras é passível de resolução por duas formas distintas: 1) uma cláusula de exceção é criada no intuito de se resolver o conflito ou 2) uma das regras é declarada inválida por incompatibilidade.

Colisão entre princípios são resolvidos de forma diversa. Na sua ocorrência, um dos dois deve ceder, sem necessariamente ser declarado inválido, nem sequer ser introduzida cláusula de exceção em seu conteúdo. Diferentemente do que ocorre com as regras, os princípios não possuem precedência uns sobre os outros, ou seja, um princípio pode prevalecer sobre outro em determinada situação, mas em outra, o conflito poderia ser resolvido de forma completamente oposta.

Em suma, colisões entre regras são resolvidas na dimensão da validade e conflitos entre princípios são resolvidos na dimensão de peso. Neste último caso, os princípios devem ser sopesados em obediência à máxima da proporcionalidade, isso quer dizer que será determinado qual dos interesses, que em tese estão abstratamente no nível, tem o maior peso em determinado caso concreto. Essa necessidade de sopesamento é decorrente da relativização em face das possibilidades jurídicas.

Os princípios são, como dito, normas que ordenam a realização de algo em diferentes graus, tornando possível seu confronto. O sopesamento, então, emerge como um método de ponderação que leva em conta as circunstâncias particulares de cada caso. Aspectos como a importância relativa dos princípios, a intensidade de sua aplicação e as consequências resultantes são cuidadosamente considerados.

⁴⁶ ALEXY, Robert. Op. cit., 2008, p. 91.

Ao atribuir pesos e valores aos princípios em conflito, o intérprete jurídico pode alcançar uma decisão que equilibra de maneira sensata as demandas concorrentes. A teoria de sopesamento de Alexy oferece uma abordagem flexível, reconhecendo a complexidade inerente à aplicação dos princípios jurídicos em contextos específicos. Dessa forma, ela contribui para uma interpretação mais justa e ponderada do ordenamento jurídico.

A contribuição de Alexy reside na sua defesa da ponderação como método interpretativo, permitindo a harmonização de regras e princípios em situações concretas. Dessa forma, sua teoria da norma jurídica não apenas oferece uma compreensão mais profunda da estrutura normativa, mas também fornece ferramentas valiosas para lidar com a complexidade inerente à prática jurídica.

O fato de que as disposições de Direitos Fundamentais possam ser estatuídas tanto por normas quanto por princípios demonstra o seu caráter duplo. E, em se falando de princípios, seu conceito está intimamente ligado ao conceito de valores, por isso pode-se pensar em enunciados sobre princípios sendo transformados em enunciados sobre valores (e vice-versa) sem que isso gere uma perda de conteúdo.

Essa perspectiva enfatiza a importância dos Direitos Fundamentais na estrutura normativa, destacando sua função como balizadores éticos e orientadores para a tomada de decisões em sociedades democráticas.

2.2 CONTEXTUALIZAÇÃO HISTÓRICA E EVOLUÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Os fundamentos dos Direitos Fundamentais, conforme os entendemos hoje, remontam ao Iluminismo, marcados inicialmente como mecanismos de resistência ao Estado Absolutista. Contudo, é imperativo notar que desde a ordem jurídica romana, há uma história pregressa na qual os juristas desempenharam um papel de destaque na proteção dos Direitos Fundamentais dos cidadãos ante o Estado⁴⁷.

⁴⁷ CHIUSI, Tiziana. A dimensão abrangente do Direito Privado romano: observações sistemático-teoréticas sobre uma ordem jurídica que não conhecia “Direitos Fundamentais”. In: MONTEIRO; António Pinto; NEUNER; Jörg; SARLET; Wolfgang (Orgs). **Direitos Fundamentais e Direito Privado: uma perspectiva de direito comparado**. Coimbra: Almedina, 2007, p. 14.

Os pretores, quais sejam, magistrados judiciais encarregados da administração da justiça; os juristas, indivíduos privados versados em questões jurídicas; e o *iudex*, o juiz responsável pelo caso específico e um cidadão privado desprovido de cargo público e conhecimento jurídico formal, desempenharam papéis cruciais na República Romana. Esses atores foram fundamentais para a formulação das primeiras disposições de proteção jurídica⁴⁸.

Nesse contexto, ao lado do legislativo, os magistrados judiciais, orientados pelos juristas, exerceram um papel ativo na criação de um extenso corpo regulatório do Direito Privado. Esses momentos constituíram os primórdios da intervenção estatal na salvaguarda dos direitos dos cidadãos privados, revelando uma colaboração crucial entre agentes públicos e privados na construção da estrutura normativa. Esse processo histórico ressalta a complexidade e a interdependência entre as esferas pública e privada na evolução dos Direitos Fundamentais.

Após o declínio da estrutura social medieval, emergiu o Estado absoluto, caracterizado pela centralização do poder nas mãos do rei ou príncipe, que detinha uma autoridade ilimitada tanto do ponto de vista jurídico (*legibus solutus*) quanto político. Nesse cenário, o soberano não estava sujeito às leis preexistentes nem mesmo às normas que ele próprio instituía⁴⁹.

Contudo, a viabilidade do Estado absoluto foi posta à prova por um crescente despertar político que culminou em eventos cruciais para o advento da plataforma liberal. Destacam-se a Revolução Gloriosa inglesa (1688), a promulgação da *Bill of Rights* inglesa (1689), a independência das colônias inglesas na América do Norte (1776), a elaboração da Constituição dos Estados Unidos da América (1787) e a subsequente aprovação da *Bill of Rights* norte-americana (1791), além dos impactos da Revolução Francesa (1789) com a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789) e a promulgação da primeira Constituição francesa (1791).

Dessa efervescência histórica surgiu o Estado Liberal de Direito, um ambiente propício ao florescimento da teoria dos Direitos Fundamentais e ao estabelecimento do princípio da separação dos poderes. Essa transformação era

⁴⁸ CHIUSI, Tiziana. Op. cit., p. 14 e 15.

⁴⁹ Ibid, 2007, p. 15.

essencial para impor limites tanto jurídicos quanto políticos ao poder estatal, garantindo que as liberdades individuais fossem preservadas⁵⁰.

As Declarações de Direito resultantes das revoluções americana e francesa no final do século XVIII refletem a perspectiva liberal sobre os Direitos Fundamentais. Essa concepção, fundamentada no jusnaturalismo, postula que esses direitos são inerentes à natureza humana, incumbindo ao ordenamento jurídico reconhecê-los e protegê-los. De acordo com essa abordagem, tais direitos precedem o Direito Positivo e existem independentemente dele⁵¹.

A visão jusnaturalista subjacente a essas declarações implica que os Direitos Fundamentais não são meras concessões legais, mas sim prerrogativas intrínsecas à condição humana. Nesse contexto, o papel do Direito Positivado é o de não criar, mas sim reconhecer e garantir esses direitos preexistentes. A origem desses direitos reside na própria essência do ser humano, e cabe ao sistema jurídico formalizar e assegurar sua proteção⁵².

O jusnaturalismo, ao embasar as Declarações de Direito, estabelece a premissa de que os Direitos Fundamentais não são meramente contingentes ou sujeitos a vontades arbitrárias, mas sim fundamentos inalienáveis que transcendem as construções normativas. A concepção liberal, portanto, ressalta a importância de uma ordem jurídica que não apenas reconheça, mas também respeite e proteja esses Direitos Fundamentais como uma expressão da dignidade intrínseca de cada ser humano. Essa abordagem serve como base para a consolidação dos princípios fundamentais na esfera jurídica, buscando preservar a integridade e a liberdade de cada indivíduo.

O jusnaturalismo transcende a própria existência do Estado ou de qualquer forma de dominação, sendo composto por princípios normativos que emergem como consequências intrínsecas da natureza humana, e cuja violação configura uma afronta à justiça⁵³. Essa corrente filosófica, delineada pela Declaração dos

⁵⁰ STEINMETZ, Wilson. **A vinculação dos particulares a Direitos Fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2004,

⁵¹ ABRANTES, José João Nunes. **A vinculação das entidades privadas aos Direitos Fundamentais**. Lisboa: Associação Acadêmica da Faculdade de Direito de Lisboa, 1990, p. 8.

⁵² BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro (Pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo). **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, v.1, n.2, p.9-44, set. 2001.

⁵³ ABRANTES, José João Nunes. Op. cit., 1990, p. 8.

Direitos do Homem e do Cidadão, especialmente no artigo 2º, destaca os Direitos Fundamentais à liberdade, à propriedade, à segurança e à resistência à opressão.

Nessa perspectiva, o Direito Natural desempenha três funções fundamentais. Primeiramente, ele atua como o alicerce do Direito positivo, conferindo-lhe significado e obrigatoriedade, uma vez que o afastamento desse fundamento compromete sua legitimidade. Em segundo lugar, o Direito Natural inspira o conteúdo do Direito Humano, sendo construído sobre a base dos direitos individuais essenciais. Por fim, ele se torna um referencial relevante durante a aplicação do Direito positivo pelo poder político, que deve pautar suas decisões com o devido respeito aos princípios e valores do Direito natural.

Segundo o artigo 2º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão⁵⁴, “a finalidade de toda associação política é a conservação dos direitos naturais e imprescritíveis do homem”. Essa abordagem jusnaturalista enfatiza não apenas a importância do Direito natural como fundamento ético-jurídico, mas também sua influência crucial na construção e na aplicação do ordenamento jurídico. Portanto, o respeito aos princípios inerentes à natureza humana não apenas valida o Direito positivo, mas também serve como um guia ético e normativo para a proteção e promoção dos Direitos Fundamentais na sociedade.

Como dito, os direitos individuais são inerentes à essência humana, por isso mantêm uma constância ao longo de todas as épocas e localidades. Como decorrência da natureza intrínseca desses direitos, emerge a ideia fundamental da igualdade de todos os seres humanos, conforme expresso no artigo 1º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão⁵⁵: “Os homens nascem e são livres e iguais em direitos”.

Em uma sociedade de natureza liberal, em que a igualdade entre os indivíduos se mostrava suficiente para afastar as ameaças provenientes do Estado, os Direitos Fundamentais eram concebidos primariamente como instrumentos de defesa contra a potencial intrusão estatal. Nesse contexto, esses

⁵⁴ DECLARAÇÃO DOS DIREITOS DO HOMEM E DO CIDADÃO, 1789. Universidade de São Paulo: Biblioteca Virtual de Direitos Humanos, 2015. Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-anteriores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/declaracao-de-direitos-do-homem-e-do-cidadao-1789.html>. Acesso em: 13 dez. 2023.

⁵⁵ Ibid., 2015. Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-anteriores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/declaracao-de-direitos-do-homem-e-do-cidadao-1789.html>. Acesso em: 13 dez. 2023.

direitos ganhavam destaque nas interações entre os indivíduos e as instituições constituídas de poder⁵⁶. Tal visão, enraizada na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, não apenas estabelece uma base ética para a convivência social, mas também consolida a premissa da igualdade como princípio fundador.

Dentro da lógica do Estado Liberal de Direito, a salvaguarda da liberdade individual repousa na nítida separação entre o Estado e a sociedade. Nessa perspectiva, o Estado, concebido como uma potencial ameaça aos direitos dos cidadãos, é instado a limitar sua intervenção ao mínimo necessário, permitindo que a sociedade floresça em um ambiente de harmonia. Os Direitos Fundamentais dentro de um Estado Liberal, nesse contexto, assumem a função crucial de serem mecanismos de defesa da sociedade diante das possíveis transgressões do poder estatal, sendo aplicáveis ao âmbito das relações entre o indivíduo e o Estado.

É pertinente ressaltar que a eficácia desses direitos, segundo Forsthoff⁵⁷, não encontra respaldo nas relações interprivadas, pois segundo o autor tentativas nesse sentido resultariam em “conceitos bem intencionados, moralmente louváveis, mas juridicamente nas nuvens.”

A concepção do Estado Liberal preconiza que, ao minimizar a intervenção estatal, os indivíduos podem exercer plenamente suas liberdades e participar ativamente no desenvolvimento social. A atuação restrita do Estado é percebida como uma salvaguarda contra possíveis violações dos direitos individuais, favorecendo a autonomia e a autorregulação da sociedade. Nesse cenário, os Direitos Fundamentais adquirem uma dimensão especial, agindo como contrapesos essenciais para preservar a liberdade dos cidadãos frente ao exercício do poder estatal.

Por esse motivo, a aplicação dos Direitos Fundamentais é cuidadosamente delimitada no Estado Liberal, focando primordialmente nas relações indivíduo-Estado. No contexto do Estado Liberal, a principal preocupação dos indivíduos residia na salvaguarda de sua esfera livre e individual (ou seja, diminuindo a intervenção estatal). Naquele momento histórico, não era anseio dos indivíduos a interferência do Estado, mas, ao contrário, a restrição de seus poderes. Essa

⁵⁶ ABRANTES, José João Nunes. Op. cit., 1990, p. 10-11.

⁵⁷ Forsthoff *apud* SILVA, Vasco Pereira da. A vinculação das entidades privadas pelos direitos, liberdades e garantias. **Revista de Direito e de Estudos Sociais**, Coimbra, v.2, n.2, p.256-258, abr.-jun. 1987.

preferência por uma atuação limitada do Estado fica evidente nos direitos proclamados pelas Revoluções Americana e Francesa, os quais, predominantemente, eram direitos negativos⁵⁸.

Estes Direitos Naturais desempenham a função crucial de impor limites externos ao poder estatal. Sua função primordial era atuar como barreiras externas, limitando e restringindo a atuação do poder estatal, assegurando que a liberdade e dignidade dos indivíduos fossem preservadas. Em paralelo, a noção de separação dos poderes como um limite interno ao poder estatal, configura-se como um mecanismo orgânico fundamental para a garantia e preservação dos Direitos Fundamentais, prevenindo abusos e excessos por parte do Estado⁵⁹.

Por meio das proclamações de direitos e dos textos constitucionais da época, os dois princípios - o reconhecimento dos Direitos Fundamentais e a implementação da separação dos poderes - marcaram o início de uma nova era. Tal entendimento foi codificado no artigo 16 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789⁶⁰, que estabelece: "Toda sociedade na qual a garantia dos direitos não é assegurada nem a separação dos poderes determinada não tem Constituição." Essa assertiva enfatiza a centralidade desses institutos na configuração de ordens políticas e jurídicas, evidenciando sua indispensabilidade na fundamentação de uma estrutura constitucional coesa e efetiva.

Após a inserção do princípio da legalidade como um novo elemento além da separação de poderes e dos Direitos Fundamentais, o poder do Estado soberano deixou de pertencer à figura do monarca para deslocar-se para as mãos do parlamento ou da assembleia. Nas palavras de Steinmetz⁶¹, "os Direitos Fundamentais eram limites ao poder do Estado definidos pelo próprio Estado por meio de lei e não definidos pela Constituição". Isso sublinha uma mudança significativa no modo como os Direitos Fundamentais eram concebidos, agora

⁵⁸ ABRANTES, José João Nunes. Op. cit., 1990, p. 10-11.

⁵⁹ STEINMETZ, Wilson. Op. cit., 2004. p. 68.

⁶⁰ DECLARAÇÃO DOS DIREITOS DO HOMEM E DO CIDADÃO, 1789. Universidade de São Paulo: Biblioteca Virtual de Direitos Humanos, 2015. Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-anteriores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%BDes-at%C3%A9-1919/declaracao-de-direitos-do-homem-e-do-cidadao-1789.html>. Acesso em: 13 dez. 2023.

⁶¹ STEINMETZ, Wilson. Op.cit., 2004. p. 73-74.

atuando como restrições ao poder estatal estabelecidas pelo próprio Estado por meio de legislação, ao invés de serem definidos diretamente pela Constituição.

Aqui, é pertinente destacar que, naquela época, somente os Poderes Executivo e Judiciário eram sujeitos a limitações decorrentes dos Direitos Fundamentais estabelecidos por lei. Isso se deve ao fato de o Poder Legislativo não se encontrar vinculado aos Direitos Fundamentais, uma vez que, na qualidade de criador das leis, estava exclusivamente sujeito a si mesmo⁶². Essa sujeição a si mesmo não caracterizava uma restrição, mas sim uma liberdade⁶³.

No contexto atual, a determinação do modelo constitucional de uma sociedade depende das normas de Direitos Fundamentais ratificadas, bem como das normas que delineiam a forma de Estado e das que estabelecem o sistema econômico. Essa interligação entre os Direitos Fundamentais e o Estado de Direito é fundamental, pois para ser legitimamente designado como Estado de Direito, é imperativo que o sistema jurídico seja um guardião eficaz dos Direitos Fundamentais. Em outras palavras, esses direitos não apenas moldam a configuração do Estado de Direito, mas também dependem intrinsecamente dele para sua eficaz garantia e realização⁶⁴.

As transformações do Estado Liberal para o Estado Social, impulsionadas pela ascensão política do componente social, resultam em um aumento significativo do intervencionismo estatal. Nesse contexto, o Estado deixa de ser apenas um violador potencial dos direitos da sociedade, passando a desempenhar um papel ativo na conformação da sociedade, corrigindo e mitigando desequilíbrios⁶⁵.

Essa mudança, catalisada pela Revolução Industrial, se desenvolve ao longo do século XIX, impulsionada por transformações sociais e econômicas inerentes a esse processo. Esse viés, que emerge como resultado dessas mudanças, culmina na evolução dos Direitos Fundamentais para prestações positivas pelo Estado Social de Direito, que abrangem as demandas sociais e coletivas, destacando-se como elementos fundamentais na busca por uma ordem jurídica que concilie a realização individual e a equidade social.

⁶² STEINMETZ, Wilson. Op. cit., 2004, p. 77.

⁶³ HOBBES, Thomas. **Leviatã**: matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil. Tradução de João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. 3. ed. São Paulo: AbrilCultural, 1983.

⁶⁴ PEREZ LUÑO, Antonio E. **Los Derechos Fundamentales**. Madrid: Tecnos, 2004, p. 19.

⁶⁵ SILVA, Vasco Pereira da. Op. cit., p.262, 1987.

No desdobramento dessas transformações, emergem organismos intermediários, como partidos políticos, sindicatos e diversas associações, que se posicionam entre o indivíduo e o Estado. Sua atuação vai além da tomada ou influência sobre o poder estatal; gradualmente, essas entidades adquirem um *status de poder próprio*⁶⁶.

Destaca-se a transição do poder, que deixa de ser um privilégio exclusivo do Estado, passando a ser compartilhado e distribuído na sociedade. Nessa nova dinâmica, a sociedade assume uma participação ativa na formação e no exercício do poder, com organizações intermediárias desempenhando um papel crucial na intermediação entre o indivíduo e as estruturas estatais. Essa evolução não apenas diversifica a matriz de poder, mas também redefine a natureza das relações entre o indivíduo e o Estado⁶⁷.

Os Direitos Fundamentais, então, expandiram sua esfera de proteção, abrangendo não apenas a relação cidadão-Estado, mas também resguardando o indivíduo diante de diversas formas de poder. Como afirmado, "A liberdade do cidadão em face do poder não pode se restringir, somente, contra o poder do Estado, mas, também, contra o poder econômico, o poder empresarial, o poder sindical, o poder da Comunicação Social etc."⁶⁸.

Ao conceder Direitos Fundamentais aos indivíduos, a ordem jurídica vigente assume o compromisso de estabelecer mecanismos efetivos de proteção desses direitos, tanto nas relações individuais com o Estado quanto nas interações entre os próprios cidadãos. A ideia fundamental é que a proteção dos Direitos Fundamentais não pode ser seletiva, sendo imprescindível garantir a sua efetividade em todos os âmbitos, para que o indivíduo tenha seus direitos resguardados não apenas contra o Estado, mas também frente à sociedade⁶⁹.

O Estado liberal, fundamentado na igualdade de todos os cidadãos, revelou-se, na prática, inadequado à realidade social, uma vez que a igualdade liberal se limitava ao usufruto dos direitos. Ficou evidente que, na esfera dos fatos, a desigualdade entre os indivíduos persiste, e o Estado Liberal não

⁶⁶ ESTORNINHO, Maria João. **A fuga para o Direito Privado:** contributo para o estudo da actividade de direito privado da administração pública. 2009. 407f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Faculdade de Lisboa, Lisboa, 1962. p.223-240.

⁶⁷ SILVA, Vasco Pereira. Op. cit., 1987. p. 263.

⁶⁸ Ibid., 1987. p. 263.

⁶⁹ Ibid., 1987. p. 264.

proporcionou as condições materiais necessárias para que a igualdade transcendesse o âmbito meramente teórico⁷⁰.

Na contemporaneidade, é inquestionável que as relações entre os indivíduos são marcadas por desigualdades, exigindo a garantia de um efetivo exercício das liberdades nas interações entre particulares. Surge, então, o conceito de Estado Social de Direito, em contraposição à tradição liberal, que foi delineado pela primeira vez na Constituição alemã de Weimar. Este modelo visa assegurar os Direitos Fundamentais dos indivíduos, positivados nas Constituições, diante das novas demandas sociais e econômicas, buscando superar as limitações impostas pelo paradigma liberal⁷¹.

Nesse modelo, o Estado detém o direito e a responsabilidade de intervir nas relações econômicas entre os cidadãos, mesmo que essa intervenção imponha restrições às liberdades contratuais e à propriedade privada. A transição do Estado para o modelo Social de Direito foi marcada por duas influências distintas: um processo de democratização política e um processo de socialização.

Especificamente, o processo de socialização, aliado à democratização, conduziu a uma redefinição dos Direitos Fundamentais, elevando-os à categoria de princípios, ou seja, normas de valor⁷². Os Direitos Fundamentais, portanto, transformaram-se no polo central da eficácia normativa da Constituição⁷³, irradiando sua influência tanto no âmbito do Direito Público quanto no do Direito Privado.

Nesse novo paradigma, surgem os Direitos Fundamentais positivos, também conhecidos como "direitos à prestação do Estado". Estes não são direitos em relação ao Estado, mas têm o próprio Estado como sujeito passivo. Essa configuração implica que o Estado deve implementar Políticas Públicas que não apenas reconheçam, mas também efetivamente garantam o desfrute dos bens protegidos constitucionalmente⁷⁴.

2.3 DIMENSÕES E EFICÁCIAS DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

⁷⁰ ABRANTES, José João Nunes. Op. cit., 1990, p.15.

⁷¹ ABRANTES, José João Nunes. Op. cit., 1990, p.16.

⁷² Ibid., 1990, p.17.

⁷³ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 541.

⁷⁴ ABRANTES, José João Nunes. Op. cit., 1990, p. 19.

Conforme já explanado, na teoria liberal, os Direitos Fundamentais desempenhavam o papel de estabelecer limites ao poder do Estado, impondo-lhe um dever jurídico de se abster de determinadas ações. Essa perspectiva conferia aos Direitos Fundamentais uma natureza predominantemente subjetiva, pois eram percebidos como garantias jurídicas que asseguravam a liberdade e autonomia individuais⁷⁵.

Isso implicava que o titular de um Direito Fundamental possuía o direito de buscar tutela estatal preventiva ou reparatória, caso o Estado ou terceiros adotassem condutas contrárias aos valores protegidos por esses direitos. Em outras palavras, a visão subjetiva desses Direitos Fundamentais garantia ao indivíduo a prerrogativa de demandar a intervenção estatal para prevenir ou remediar a violação de seus direitos, seja pelo Estado ou por particulares⁷⁶.

No âmbito da teoria do Direito Constitucional, tem-se admitido a concepção de que a função dos Direitos Fundamentais não se restringe a ser apenas direitos subjetivos, mas também correspondem a decisões valorativas de natureza jurídico-objetiva da Constituição, refletindo-se por todo o ordenamento jurídico⁷⁷.

De acordo com Perez Luño, os Direitos Fundamentais são apresentados na normativa constitucional como um conjunto de valores objetivos fundamentais, sendo categorizados pela doutrina germânica como "*Grundwert*", ao mesmo tempo em que servem como o quadro de proteção das situações jurídicas subjetivas⁷⁸. Essa abordagem ampliada dos Direitos Fundamentais transcende a tradicional visão que os considerava meramente como prerrogativas subjetivas dos indivíduos perante o Estado.

Agora, são reconhecidos como elementos fundamentais que expressam valores essenciais incorporados à própria estrutura normativa da Constituição. Dessa maneira, além de resguardarem as posições jurídicas subjetivas dos cidadãos, esses direitos desempenham um papel central na configuração de um conjunto de valores objetivos básicos que permeiam e orientam todo o sistema jurídico. Essa perspectiva ampliada destaca a importância não apenas das

⁷⁵ SARMENTO, Daniel. Direitos Fundamentais e relações privadas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 133.

⁷⁶ CALVET, Otávio Amaral. A estabilidade da gestante doméstica: reintegração forçada? 2006. Disponível em: <http://www.nucleotrabalhistacalvet.com.br/artigos/>. Acesso em: 12 nov 2023.

⁷⁷ SARLET, Ingo Wolfgang *et al.* Comentários à Constituição do Brasil. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 186.

⁷⁸ PEREZ LUÑO, Antonio Enrique. Op. cit., 2004, p. 20.

faculdades individuais, mas também do papel normativo e axiológico desempenhado pelos Direitos Fundamentais na estruturação do ordenamento jurídico.

A dimensão objetiva dos Direitos Fundamentais é concebida como uma espécie de valor agregado, conferindo às normas jusfundamentais uma carga mais significativa de juridicidade. Essa dimensão, ao contrário da visão estritamente subjetiva, vai além da simples proteção das faculdades individuais, ampliando-se para envolver prestações direcionadas aos poderes estatais e consagração dos valores de uma comunidade política⁷⁹.

Essa perspectiva mais abrangente sugere que os Direitos Fundamentais não se restringem apenas a conferir prerrogativas aos indivíduos, mas também impõem obrigações positivas aos órgãos estatais. Além disso, a dimensão objetiva fundamenta-se na ideia de que os valores subjacentes aos Direitos Fundamentais devem irradiar-se por todos os domínios do ordenamento jurídico, exercendo influência e direcionando as atividades do Legislativo, Executivo e também do Judiciário.

Em outras palavras, esses valores transcendem a esfera individual, impactando a atuação e as decisões dos órgãos estatais em diversos aspectos, contribuindo para a construção de uma ordem jurídica mais justa e alinhada aos princípios fundamentais da comunidade política⁸⁰.

Dessa forma, é incumbência dos Poderes Públicos não apenas se absterem de violar os Direitos Fundamentais, mas também garantirem sua proteção contra quaisquer agressões e ameaças provenientes de terceiros. Além disso, é essencial que os órgãos estatais criem as condições mínimas necessárias para o pleno exercício das liberdades constitucionais, ao mesmo tempo em que estruturam suas instituições com o propósito de promover e salvaguardar, da maneira mais abrangente possível, os Direitos Fundamentais⁸¹.

Assim sendo, os Direitos Fundamentais impõem aos Poderes Públicos deveres de proteção, conferindo aos órgãos estatais a responsabilidade de assegurar a preservação dos Direitos Fundamentais dos indivíduos contra

⁷⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. Op. cit., 2012, p. 144.

⁸⁰ SARMENTO, Daniel. Op. cit., 2004, p. 134.

⁸¹ Ibid., 2004, p. 135.

possíveis agressões provenientes não apenas dos poderes privados, mas também em situações que envolvam outros Estados⁸².

O caso Lüth, inicialmente julgado pelo Tribunal de Hamburgo e, posteriormente, pelo Tribunal Constitucional da Alemanha em 1958, enfatiza a ordem objetiva dos Direitos Fundamentais na Constituição alemã. Foi uma decisão pioneira ao introduzir tal conceito, destacando a aplicabilidade dos Direitos Fundamentais nas relações privadas (a chamada eficácia horizontal). Esses direitos na medida em que transcendem a ordem constitucional, desempenham uma eficácia que se estende em várias direções, destacando-se como valores que influenciam as diversas características dos ordenamentos legais e servem como guia para a hermenêutica jurídica. Sobre o assunto, Sarmento⁸³ menciona que:

Os valores que dão lastro aos Direitos Fundamentais penetram por todo ordenamento jurídico, condicionando a interpretação das normas legais e atuando como impulsos e diretrizes para o legislador, a administração e o Judiciário. A eficácia irradiante, neste sentido, enseja a “humanização” da ordem jurídica, ao exigir que todas as suas normas sejam, no momento de aplicação, reexaminadas pelo operador do direito com novas lentes, que terão as cores da dignidade da pessoa humana, da igualdade substantiva e da justiça social, impressas no tecido constitucional.

Os Direitos Fundamentais assumem um papel central e orientador no âmbito do ordenamento jurídico, tornando-se o ponto focal ao redor do qual gravitam as demais normas. Nessa qualidade de direitos objetivos, eles não apenas proporcionam estímulos, mas também fornecem orientações essenciais para a aplicação e análise dos direitos que estão abaixo da Constituição.

Essa centralidade dos Direitos Fundamentais não se restringe a uma esfera isolada, mas, pelo contrário, permeia e influencia a totalidade do ordenamento jurídico. Na sua expressão objetiva, esses direitos servem como fonte de inspiração para a interpretação e avaliação das normas infraconstitucionais, garantindo uma coerência que se alinha aos princípios fundamentais em todo o sistema legal.

Essa incumbência de proteção de direitos por parte do Estado se desdobra em medidas normativas, administrativas e materiais, isso revela que os Poderes

⁸² SARLET, Ingo Wolfgang *et al.* Op. cit., 2013, p. 186.

⁸³ SARMENTO, Daniel. Op. cit., 2004, p. 141-142.

Públicos possuem uma dupla função, derivada dos deveres de proteção⁸⁴. No contexto desses deveres de proteção, impõe-se uma proibição rigorosa sobre qualquer atuação dos Poderes Públicos que resulte em afronta aos Direitos Fundamentais, sob a ameaça de configuração de inconstitucionalidade por ação (sentido negativo).

Ademais, a vinculação imposta aos Poderes Públicos implica que legisladores, administradores e julgadores têm o dever positivo de concretizar e efetivar os Direitos Fundamentais. Assim, a atuação estatal deve ser direcionada para a efetivação desses direitos, sob pena de inconstitucionalidade por omissão (sentido positivo)⁸⁵.

A eficácia horizontal, também conhecida como eficácia privada ou até mesmo externa, constitui uma manifestação da eficácia irradiante em se tratando da aplicabilidade dos Direitos Fundamentais no âmbito das relações privadas. Segundo Sarlet⁸⁶, essa concepção contrasta com o paradigma do Estado clássico e liberal de Direito, no qual os direitos de defesa visavam primordialmente resguardar o indivíduo da intervenção dos Poderes Públicos em sua esfera privada.

No contexto do Estado social de Direito, a perspectiva sobre a liberdade individual se transforma, uma vez que, diante das desigualdades existentes na sociedade, a proteção das liberdades não se restringe apenas à intervenção estatal. Torna-se igualmente essencial resguardar tais liberdades contra os mais poderosos, uma vez que é nesse cenário que as liberdades individuais se veem particularmente ameaçadas.

Nesse sentido, surgem duas teorias distintas quanto à vinculação dos particulares: a teoria direta e a teoria indireta. A teoria da eficácia direta (imediata ou vertical) encabeçada em um primeiro momento por Nipperdey e Leisner, destaca-se pela ideia de uma vinculação direta dos particulares aos Direitos Fundamentais, implicando uma obrigação direta de respeitar e proteger esses direitos nas relações privadas. Essa teoria tem como fundamento a premissa de que os Direitos Fundamentais, por serem normas válidas que abrangem toda a

⁸⁴ ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. Tradução de Virgílio Afonso da Silva da 5. ed. alemã. São Paulo: Malheiros, 2008b, p. 442.

⁸⁵ FREITAS, Luiz Fernando Calil de. Direitos Fundamentais. limites e restrições. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 45.

⁸⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. Op.cit., 2012, p. 377-378.

ordem jurídica (em conformidade com o princípio da unidade da ordem jurídica) e devido à força normativa da Constituição, não podem ser relegados a um “gueto à margem da ordem constitucional” quando se trata do direito privado”⁸⁷.

Gomes Canotilho e Vital Moreira sustentam, com base no art. 18 da Constituição da República Portuguesa (CRP), a aplicação direta e imediata dos Direitos Fundamentais nas relações entre particulares, sem que haja restrições. Eles vão além, rejeitando até mesmo a ideia de limitar a abrangência dos Direitos Fundamentais apenas às relações privadas que envolvam uma disparidade de poder, defendendo que nos vínculos privados, o princípio da autonomia privada pode ser utilizado para justificar algumas restrições aos Direitos Fundamentais.

Para esses autores, a imposição direta dos Direitos Fundamentais entre os particulares é essencial para garantir uma proteção robusta desses direitos em todas as esferas da sociedade. A recusa em impor limitações específicas baseia-se na convicção de que os Direitos Fundamentais não devem ser contingenciados por critérios que restringem sua aplicação em situações privadas, independente da presença de desigualdades de poder⁸⁸.

Miranda⁸⁹ também reconhece a viabilidade da aplicação direta dos Direitos Fundamentais nas relações privadas, considerando a inaceitabilidade de disparidades qualitativas na ordem jurídica quanto à proteção de valores sociais fundamentais, especialmente em se tratando de relações de poder. Ele destaca, entretanto, que essa imposição no âmbito privado apresenta desafios significativos devido às diferenças subjacentes entre os vínculos públicos e privados, além da necessidade de conciliar a eficácia horizontal dos Direitos Fundamentais com o princípio da autonomia privada. Miranda enfatiza a necessidade de uma abordagem equilibrada, atentando para a complexidade intrínseca das interações privadas.

A abordagem da eficácia mediata, também denominada indireta ou horizontal, inspirada nas ideias do jurista alemão Dürig, sugere que os Direitos Fundamentais, particularmente os denominados direitos de defesa, somente ganhariam aplicabilidade no contexto das relações privadas após um processo de

⁸⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. Op. cit., 2012, p. 379.

⁸⁸ CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. **Constituição da República Portuguesa anotada**. 4. ed. Coimbra: Coimbra, 2007, p. 384 e ss.

⁸⁹ MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. Tomo IV. 3. ed. Coimbra: Coimbra, 2000, p. 320 e ss.

transformação. Esse processo envolve a aplicação, interpretação e integração das cláusulas gerais e conceitos indeterminados presentes no Direito Privado, sob a perspectiva dos Direitos Fundamentais⁹⁰.

Segundo essa teoria, os direitos de defesa, originalmente concebidos para resguardar os indivíduos contra interferências estatais no âmbito privado, demandariam uma adaptação para que pudessem incidir de maneira efetiva nas relações entre particulares. Esse processo de transmutação implica uma análise cuidadosa e contextualizada das cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados inerentes ao Direito Privado, à luz dos princípios e valores fundamentais consagrados nos Direitos Fundamentais. A eficácia mediata propõe que, ao invés de uma aplicação direta e imediata dos Direitos Fundamentais nas relações privadas, ocorra uma mediação⁹¹.

Menezes Cordeiro adota essa perspectiva da eficácia mediata dos Direitos Fundamentais nas relações privadas, recorrendo à aplicação de princípios civis gerais, tais como a boa-fé ou o abuso do direito. Em sua abordagem, a eficácia desses direitos é condicionada à realização de juízos de adequação funcional e axiológica, os quais visam avaliar a adaptação do direito em questão a cada situação concreta. A adequação funcional se refere à capacidade de adaptação dos Direitos Fundamentais aos objetivos e finalidades do sistema jurídico, enquanto a adequação axiológica envolve a harmonização desses direitos com os valores presentes na situação concreta⁹².

A proposta formulada por J.J. Abrantes, em sua monografia dedicada a esse tema, recorre à própria estrutura do vínculo empregatício como uma abordagem para resolver os desafios decorrentes dos conflitos entre os Direitos Fundamentais dos trabalhadores e a autonomia privada, bem como outros Direitos Fundamentais do empregador.

Segundo o autor, ao considerar a relação de trabalho como uma relação de poder, principalmente pela posição subordinada ocupada pelo trabalhador, a resolução desses conflitos exige uma interpretação cuidadosa dos princípios negociais, como a autonomia privada e a boa-fé na execução dos contratos. Em

⁹⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. Op. cit., 2012, p. 379.

⁹¹ Ibid, 2012, p. 379.

⁹² CORDEIRO, António Menezes. **Tratado de Direito Civil Português**. Tomo I. Coimbra: Almedina, 1999, p. 158 e ss.

outras palavras, a proposta de Abrantes busca minimizar o sacrifício dos Direitos Fundamentais, promovendo um reequilíbrio nas relações laborais. O autor enfatiza a importância de interpretar os princípios negociais, especialmente a autonomia privada e a boa-fé contratual, de maneira a garantir que a prevalência desses princípios não resulte em uma anulação ou desconsideração dos Direitos Fundamentais dos trabalhadores⁹³.

Nesse contexto, é crucial observar duas situações distintas relacionadas aos destinatários da aplicação dos Direitos Fundamentais no âmbito privado. Primeiramente, destacam-se as relações, muitas vezes desiguais, que se estabelecem entre os indivíduos e que há uma diferença hierárquica envolvida em algum aspecto. Por outro lado, temos as relações entre particulares em geral, que ocorrem fora dos cenários de desequilíbrio de poder. No que diz respeito à primeira situação, há um relativo consenso acerca da aplicabilidade direta dos Direitos Fundamentais, em virtude da analogia existente com as relações individuais frente ao Estado.

No que concerne à segunda hipótese, existe um entendimento compartilhado de que tanto particulares quanto Estados estão sujeitos a um dever geral de respeito, embora o princípio da liberdade prevaleça. Nessa perspectiva, aceita-se a eficácia direta dos Direitos Fundamentais somente nos casos em que a dignidade da pessoa humana estiver sob ameaça. Essa abordagem busca equilibrar a proteção dos Direitos Fundamentais com o princípio da liberdade, reconhecendo a necessidade de preservar a dignidade humana em circunstâncias que possam representar uma ameaça evidente^{94, 95}.

De acordo com Sarlet⁹⁶, os Direitos Fundamentais, excetuando aqueles cujo destinatário é exclusivamente o Estado, estabelecem uma vinculação direta nas relações privadas, variando em intensidade conforme as circunstâncias específicas de cada caso concreto. Essa dinâmica deve ser abordada de maneira semelhante às situações em que ocorre a colisão de Direitos Fundamentais, buscando uma solução fundamentada na ponderação de interesses. A aplicação

⁹³ ABRANTES, José João Nunes. **Contrat de Travail et droits fondamentaux**: contribuition à une dogmatique commune européenne, avec référence spéciale au droit allemand et au droit portugais. Peter Lang: Frankfurt am Main, 2000, p. 67 e ss., 131 e ss., 152 e ss.

⁹⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. Op. cit., 2012, p. 381.

⁹⁵ ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os Direitos Fundamentais na Constituição portuguesa de 1976**. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2009. p. 257-260.

⁹⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. Op. cit., 2012, p. 383.

dos Direitos Fundamentais nas esferas privadas requer uma abordagem sensível e flexível, considerando a diversidade de contextos em que essas questões surgem.

Em síntese, a eficácia horizontal dos Direitos Fundamentais encontra justificativa em duas situações específicas: a) quando a relação privada envolve um indivíduo (ou grupo de indivíduos) e aqueles que detêm poder econômico ou social, - assemelhando-se, assim, às relações estabelecidas entre particulares e o Poder Público (eficácia vertical); ou b) nos casos em que ocorre lesão ou ameaça ao princípio da dignidade da pessoa humana ou aos direitos da personalidade, sob a condição de existir igualdade hierárquica entre as partes envolvidas na relação jurídica.

3 EMPRESAS TRANSNACIONAIS

3.1 DIREITO COMERCIAL, A EMPRESA E ASPECTOS HISTÓRICOS

Sabe-se que a espécie humana e, por óbvio, sua sobrevivência, depende hoje do trabalho realizado sobre a natureza, seja para produção de alimentos, bens, serviços, dentre outros. É uma relação interessante, a do homem e a natureza, pois à medida que o homem a transforma, ao mesmo tempo se transforma junto a ela e se adapta. Nesta enseada, o homem estabelece relações interpessoais com outros da sua mesma espécie visando a produção e distribuição dos bens produzidos.

A atividade econômica, importante destacar desde já, nunca se reduziu à atividade física pura. Aliada a esta, encontra-se o capital intelectual para a realização da produção (seja em forma de tecnologia, técnica, regulação da atividade etc.). Esta atividade encontra intersecção com matérias de ordem econômica, social, política e legal.

A relação social é constituída e formada pela força de trabalho (energia humana necessária para a consecução do trabalho), instrumentos de trabalho (equipamentos necessários para a transformação da matéria prima) e os meios de produção (a matéria prima em si a ser transformada). Sobre esse tema:

Os estudos sobre a história da humanidade têm demonstrado a ocorrência de vários modos de produção, sugerindo que os mais conhecidos são: modo de produção primitivo, modo de produção capitalista, modo de produção feudal, modo de produção escravista antigo, modo de produção escravista moderno e o modo de produção socialista.⁹⁷

Vê-se que o comércio teve suas origens na Idade Antiga. Civilizações antigas registradas, a exemplo dos fenícios, sobressaíram-se na condução das atividades mercantis. Todavia, durante esse período histórico ainda não se pode afirmar categoricamente sobre a existência de um sistema jurídico comercial consolidado. O conceito de direito comercial, por sua vez entendido como um conjunto orgânico e minimamente sistematizado, contendo regras e princípios específicos para a organização da atividade econômica, não se delineava

⁹⁷ ARAUJO, Ruy Belém de; SANTOS, Lourival Santana. **Temas de história econômica**. São Cristóvão: Universidade Federal de Sergipe CESADD, 2011, p. 10.

claramente nesse contexto⁹⁸. Na verdade, mesmo com o florescimento do comércio entre as antigas civilizações, a ausência de um arcabouço jurídico comercial estruturado na Idade Antiga dificultava a formalização e a padronização das transações. Não obstante a prosperidade das atividades mercantis, o cenário legal estava longe de apresentar um sistema coerente de normas e princípios voltados para regulamentar de maneira abrangente essa prática econômica.

Pode-se dizer que o Direito Comercial somente começou a ter forma na Idade Média, especialmente em cidades da Itália, a partir da criação de normas coordenadas com origem em princípios comuns⁹⁹. Alguns autores destacam a ideia de que o Direito Comercial romano, àquela época, fazia parte do direito comum privado, ou seja, do Direito Civil (*Jus Civile*).

Com o passar do tempo, o comércio deixou de ser uma característica de poucos povos, passando a ser de todos eles, por esse motivo que se aponta a Idade Média como as raízes do Direito Comercial como um regime/disciplina das relações mercantis dentro das civilizações e entre elas. O que faltava na Idade Média, devido ao seu modo de produção feudal, ainda era um poder central capaz de impor as regras e aplicá-las a todos. Ficou a cargo da classe burguesa, em especial mercadores e comerciantes, a organização do seu próprio “direito” a ser implementado na ocorrência de conflitos que porventura surgiam com a efervescência da atividade mercantil¹⁰⁰.

Surgem, então, as Corporações de Ofício, que assumiram rapidamente um papel de destaque na sociedade e conseguindo conquistar certa autonomia em relação à nobreza feudal. Essas corporações, compostas por artesãos e construtores, desempenharam um papel crucial na elaboração das normas que regiam suas atividades. Estas, por sua vez, eram aplicadas por cônsules eleitos e eram baseadas nas práticas usuais do mercado e compiladas em estatutos próprios, cuja aplicação era destinada aos seus membros quando necessário.

Dessa maneira, na fase inicial do desenvolvimento do direito comercial, observam-se os usos e costumes mercantis como fundamentais nas relações jurídico-comerciais. As Corporações de Ofício, ao estabelecerem suas próprias

⁹⁸ COELHO, Fábio Ulhoa. **Tratado de direito comercial. vol. 1:** introdução ao direito comercial e teoria geral das sociedades. São Paulo: Saraiva, 2015.

⁹⁹ ASCARELLI, Tullio. Origem do direito comercial. **Revista de Direito Mercantil Econômico, Industrial e Financeiro**, São Paulo, v.35, n.103, p.87-100, jul-set 1996, p. 88.

¹⁰⁰ COELHO, Fábio Ulhoa. Op. cit., 2015.

regras, atuavam como agentes reguladores da atividade econômica, preenchendo uma lacuna normativa que ainda não encontrava respaldo em um direito comercial formalizado. É importante ressaltar que, nesse estágio, a participação estatal na elaboração desse “direito” era praticamente inexistente. O surgimento dessas corporações não apenas representou uma manifestação autônoma da sociedade em regular suas atividades comerciais, mas também refletiu uma relativa emancipação desses grupos em relação às estruturas aristocráticas da época.

É nessa fase histórica que começa a se cristalizar o direito comercial, deduzido das regras corporativas e, sobretudo, dos assentos jurisprudenciais das decisões dos cônsules, juízes designados pela corporação, para, em seu âmbito, dirimir as disputas entre comerciantes. Diante da precariedade do direito comum para assegurar e garantir as relações comerciais, fora do formalismo que o direito romano remanescente impunha, foi necessário, de fato, que os comerciantes organizados criassem entre si um direito costumeiro, aplicado internamente na corporação por juízes eleitos pelas suas assembleias: era o juízo consular, ao qual tanto deve a sistematização das regras do mercado¹⁰¹.

Ao conferir autonomia e autorregulação às suas atividades por meio da elaboração de estatutos, as Corporações de Ofício contribuíram significativamente para a consolidação de práticas comerciais eficientes e equitativas, moldando, assim, o embrião do direito comercial em uma fase em que a intervenção estatal ainda não era um elemento preponderante nesse processo evolutivo. Pode-se dizer, então que, naquela época, o Direito Comercial poderia ser definido como “um direito profissional, de classe, com base subjetivista, produzido espontaneamente a partir dos usos e costumes resguardados nos estatutos dos mercadores”¹⁰². Então, bastava que apenas um dos pólos da relação fosse considerado comerciante para que o Direito Comercial (*ius mercatorum*) da época pudesse ser aplicado.

Ausente um poder central forte, destinado a assegurar a paz pública e a ordem jurídica, aqueles que exerciam o mesmo ofício reuniam-se em associações ou corporações, como forma de prover a defesa de seus interesses. [...] O regulamento básico destas corporações estava

¹⁰¹ REQUIÃO, Rubens. **Curso de direito comercial**. 25. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 10-11.

¹⁰² VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. **Curso de direito comercial**. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 34-35.

consustanciado em estatutos, nos quais foram transcritos e fixados os costumes decorrentes da prática mercantil¹⁰³.

Foi nesse período da história que surgiram algumas figuras familiares do Direito Comercial, tais como os títulos de crédito (letra de câmbio), as sociedades (também chamadas de comendas) e os bancos¹⁰⁴.

Com a intensificação do comércio, especialmente devido às feiras e grandes navegações, o modelo desenvolvido inicialmente na Itália difundiu-se para toda Europa. Por esse motivo, novas adaptações tiveram que ser feitas na logística das transações. Inicialmente, esse "Direito de classe" era restrito aos membros das corporações que estavam devidamente matriculados, ao longo do tempo, a jurisdição dos Tribunais Consulares ampliou sua esfera de atuação.

Essa expansão resultou na aplicação desse direito se pelo menos uma das partes envolvidas fosse um comerciante registrado em uma corporação. Esse fato reflete a evolução do sistema jurídico comercial, que deixou de ser exclusivo para os membros das corporações, ganhando uma aplicabilidade mais abrangente. Não obstante isso, os Tribunais passaram a aplicar as normas especiais mercantis mesmo em casos envolvendo partes não matriculadas nas corporações. Ou seja, quando a questão apresentada diante desses tribunais era identificada como uma questão de "matéria de comércio", as normas comerciais especiais passavam a ser aplicadas. Esse fenômeno ilustra a gradual consolidação e reconhecimento da importância do Direito Comercial como um ramo autônomo e relevante do sistema jurídico¹⁰⁵.

Com o passar dos anos as Corporações de Ofício foram perdendo espaço à medida que os Estados começaram a reivindicar o monopólio da jurisdição mercantil. Diante disso, os usos e costumes continuaram a ser utilizados, mas junto a eles, também estavam as leis estatais, que por sua vez passaram a, cada vez mais, ocupar mais espaço e ter maior importância. Esse é o momento histórico em que a jurisdição mercantil deixa de ser estritamente privada para tornar-se um exercício do Estado, com codificações.

¹⁰³ MELLO FRANCO, Vera Helena. Manual de direito comercial. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, v. I, 2004, p. 20.

¹⁰⁴ COELHO, Fábio Ulhoa. Op. cit., 2015.

¹⁰⁵ VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. Op. cit., 2004.

Coelho¹⁰⁶ considera que, a partir desse período da Idade Moderna, o Direito Comercial entra na sua segunda fase. Sendo de fato responsável pela separação entre direito civil e direito comercial a codificação napoleônica, que, de um lado tinha-se o Código Civil, que atendia aos interesses da nobreza fundiária e, de outro, o Código Comercial, que servia aos interesses da burguesia comercial e industrial. Portanto, as relações que envolviam a prática de atos de comércio eram regidas pelo Direito Comercial e, por exclusão, todo o resto era regido pelo Código Civil.

No início do século XIX, em França, Napoleão, com a ambição de regular a totalidade das relações sociais, patrocina a edição de dois monumentais diplomas jurídicos: o Código Civil (1804) e o Comercial (1808). [...] De acordo com este sistema, classificam-se as relações que hoje em dia são chamadas de direito privado em civis e comerciais. Para cada regime, estabelecem-se regras diferentes sobre contratos, obrigações, prescrições, prerrogativas, prova judiciária e foros. A delimitação do campo de incidência do Código Comercial é feita, no sistema francês, pela teoria dos atos de comércio¹⁰⁷.

A própria definição de atos de comércio era realizada pelo Poder Legislativo. Note-se a mudança de paradigma na definição de Direito Comercial: antes a sua definição baseava-se na qualidade dos sujeitos da relação jurídica (se eram ou não membros das Corporações de Ofício), com a mudança, o objeto do Direito Comercial passa a ser os atos de comércio¹⁰⁸, fato que incorpora uma maior objetivação do mesmo¹⁰⁹.

Esses atos podem ser definidos como aqueles que possuem uma intermediação na efetivação da troca. Essa definição, entretanto, dividiu opiniões, também pelo fato de deixar de fora, por exemplo, a prestação de serviços. Não obstante as críticas à teoria francesa dos atos de comércio, a codificação foi adotada por várias nações oitocentistas, inclusive pelo Brasil¹¹⁰.

No contexto brasileiro, o Código Comercial de 1850, parcialmente revogado com a promulgação do Código Civil de 2002, foi significativamente influenciado pela teoria dos atos de comércio. Nesse período, o regulamento 737, também datado do ano de 1850, desempenhou um papel crucial ao disciplinar os

¹⁰⁶ COELHO, Fábio Ulhoa. Op.cit., 2015.

¹⁰⁷ COELHO, Fábio Ulhoa. **Manual de direito comercial**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 7.

¹⁰⁸ COELHO, Fábio Ulhoa. Op. cit., 2015.

¹⁰⁹ FÉRES, Marcelo Andrade. Empresa e empresário: do Código Civil italiano ao novo Código Civil brasileiro. In: VIANA, Frederico Rodrigues (coord.). **Direito de empresa no novo Código Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 40.

¹¹⁰ COELHO, Fábio Ulhoa. Op. cit., 2015.

procedimentos adotados nos Tribunais do Comércio daquela época. Este regulamento apresentava uma lista de atividades econômicas consideradas como mercantis, estabelecendo, assim, os limites e parâmetros para a aplicação das normas comerciais. Diversas atividades poderiam ser citadas, destacando-se: a) compra e venda de bens móveis ou semoventes, no atacado ou varejo, para revenda ou aluguel; b) indústria; c) bancos; d) logística; e) espetáculos públicos; f) seguros; g) armação e expedição de navios¹¹¹.

O critério definidor do objeto do Direito comercial somente foi revisto mais de 100 anos após a edição dos códigos napoleônicos, em 1942, durante a 2ª Guerra Mundial. Inaugura-se assim uma terceira fase quando a Itália lança um novo Código Civil com a chamada teoria da empresa, que “pretende a transposição para o mundo jurídico de um fenômeno que é socioeconômico: a empresa como centro fomentador do comércio, como sempre foi, mas com um colorido com o qual nunca foi vista”¹¹².

O Novo Código Civil promoveu a unificação formal do direito privado, unindo o direito comercial e o civil em um mesmo diploma legislativo. A partir daqui o direito comercial deixou de ser um “direito do comerciante” ou dos “atos de comércio” para se tornar o direito da empresa¹¹³. Esse conceito “faz com que o direito comercial não se ocupe apenas com alguns atos isolados, mas com uma forma específica de exercer uma atividade econômica: a forma empresarial”¹¹⁴.

O conceito não jurídico de empresa, segundo o dicionário Oxford, é: “a organização econômica, civil ou comercial, constituída para explorar um ramo de negócio e oferecer ao mercado bens e/ou serviços; b) empresa como entidade jurídica; firma”. Entretanto, essa e outras conceituações não jurídicas do termo se mostram insatisfatórias, haja vista que “o conceito jurídico de empresa se assenta nesse conceito econômico, pois o fenômeno é o mesmo econômico, sociológico, religioso ou político, apenas formulado de acordo com a visão e a linguagem da ciência jurídica”¹¹⁵.

¹¹¹ COELHO, Fábio Ulhoa. Op. cit., 2003, p. 28.

¹¹² HENTZ, Luiz Antonio Soares. **A teoria da empresa no novo direito de empresa**. Jus Navigandi, Teresina, a. 6, n. 58, ago. 2002.

¹¹³ SOUZA, Ruy de. **O direito das empresas**: atualização do direito comercial. Belo Horizonte: Bernardo Álvares, 1959.

¹¹⁴ COELHO, Fábio Ulhoa. Op. cit., 2015, p. 33.

¹¹⁵ TOMAZETTE, Marlon. **Curso de direito empresarial**: teoria geral e direito societário. v. 1, 8. ed. São Paulo: Atlas, 2017, p. 70.

Por outro lado, com uma abordagem mais jurídica do assunto, o jurista italiano Asquini (um dos principais formuladores da teoria da empresa)¹¹⁶ categorizou a empresa como um fenômeno econômico poliédrico. Para o autor, “o conceito de empresa é o conceito de um fenômeno jurídico poliédrico, o qual tem sob o aspecto jurídico não um, mas diversos perfis em relação aos diversos elementos que ali concorrem”¹¹⁷. São esses perfis:

a) o perfil subjetivo, no qual a empresa é concebida como uma entidade (seja ela uma pessoa física ou jurídica) – ou seja, o empresário. Nesse aspecto, empresa seria uma pessoa;

b) o perfil funcional, em que a empresa é entendida como uma força em movimento, representando uma atividade econômica organizada. Nas palavras do autor: uma “particular força em movimento que é a atividade empresarial dirigida a um determinado escopo produtivo”¹¹⁸;

c) o perfil objetivo (patrimonial), em que a empresa é considerada como um conjunto de bens destinados ao exercício da atividade econômica (o estabelecimento empresarial, ou, em outras palavras, o patrimônio afetado a uma finalidade específica); e

d) o perfil corporativo, segundo o qual a empresa é compreendida como uma comunidade que reúne o empresário e seus auxiliares e/ou colaboradores. Ou seja, “aquela especial organização de pessoas que é formada pelo empresário e por seus prestadores de serviço, seus colaboradores [...] um núcleo social organizado em função de um fim econômico comum”¹¹⁹.

Ao desdobrar esses quatro perfis, observa-se uma visão mais holística da empresa, reconhecendo sua complexidade e multifuncionalidade do conceito no contexto jurídico e econômico. Ao reconhecer a empresa como um fenômeno poliédrico, o jurista não apenas amplia a compreensão da sua natureza, mas também delineia as diversas dimensões que devem ser consideradas no contexto do Direito Comercial. Interessante ressaltar que esta teoria se encontra superada

¹¹⁶ ASQUINI, Alberto. Perfis da empresa. Tradução de Fábio Konder Comparato, **Revista de Direito Mercantil, Industrial Econômico e Financeiro**, São Paulo, v.35, n.104, p.109-126, out-dez, 1996, p. 110.

¹¹⁷ ASQUINI, Alberto. Profili dell’impresa. **Rivista di Diritto Commerciale**, [s.l.], v.41, Parte I, 1943, p. 1.

¹¹⁸ Ibid., 1943, p. 9.

¹¹⁹ Ibid., 1943, p. 16-17.

por demonstrar imprecisão terminológica, haja vista confundir o conceito de empresa com outras noções.

A empresa, cujo conceito vai além de uma simples entidade comercial, representa um fenômeno econômico intrinsecamente ligado à organização dos denominados fatores de produção, a saber: natureza dos recursos, investimento de capital, trabalho humano e uso da tecnologia. Nas palavras de Nusdeo, “empresa é a unidade produtora cuja tarefa é combinar fatores de produção com o fim de oferecer ao mercado bens ou serviços, não importa qual o estágio da produção”¹²⁰.

Seguindo a mesma linha, Garrigues afirma que “economicamente a empresa é a organização dos fatores da produção (capital, trabalho) com o fim de obter ganhos ilimitados”¹²¹.

Elá se posiciona no centro da organização e coordenação dos fatores de produção, desempenhando um papel vital na economia ao promover o crescimento, a inovação e a eficiência na utilização desses elementos. A compreensão da empresa como um entrelaçamento desses elementos essenciais ressalta sua natureza complexa e multifacetada. Talvez por esse motivo, o próprio conceito jurídico de empresa é, até hoje, um problema para os doutrinadores¹²². De toda forma, a empresa é: atividade econômica organizada.

Dessa forma, diversas características históricas que emergiram nas fases anteriores do Direito Comercial são agora incorporadas à realidade contemporânea. Isso implica que, no que concerne à narrativa da evolução do direito comercial em si, estabelecem-se alguns marcos teóricos e/ou pressupostos essenciais para a apreensão do conceito de empresa tal como se conhece hoje. Ao seguir esse percurso, nota-se que concepções arraigadas no passado jurídico continuam a exercer influência, moldando a forma como a empresa é percebida e regulamentada nos dias de hoje.

O estudo sobre a história da economia perpassa a ideia de que o desenvolvimento da humanidade tem como motor a atividade econômica. Esse argumento foi inicialmente revelado no início do século XIX, pela Escola Clássica

¹²⁰ NUSDEO, Fábio. **Curso de economia:** introdução ao direito econômico. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 285.

¹²¹ GARRIGUES, Joaquín. **Curso de derecho mercantil.** 7. ed. Bogotá: Temis, 1987, p. 162.

¹²² COELHO, Fábio Ulhoa. Op. cit., 2015.

Liberal. Entretanto, esse modo de pensar não encontra muito respaldo na academia atualmente, haja vista o fato de que, como sugere Eric Hobsbawm¹²³, o movimento da história da humanidade e ou da própria economia em si nem sempre é decorrente única e exclusivamente do econômico.

Uma visão dita economicista se traduz em uma ideia segundo a qual a humanidade obedece às “leis gerais” de desenvolvimento e que, por isso, deveriam apresentar as mesmas etapas em sua evolução. Essa é uma visão mecânica e linear e que não representa um argumento verdadeiro, pois as sociedades seguem modos de produção diversos em tempos diferentes da história. “O desenvolvimento histórico é de natureza mista e combinada em virtude da interação com a evolução de outras formações sociais e com o seu passado histórico”¹²⁴.

Por não levar em conta especificidades geográficas, políticas, agentes envolvidos, ideologias, dentre outras características que divergem as sociedades entre si, é que torna esse ponto de vista desinteressante, pois é justamente por esse motivo que há desigualdade nos processos econômicos¹²⁵.

O Direito Comercial (Direito Empresarial, mercantil, dos negócios ou como mais queira chamar) é quem cuida do exercício desta atividade econômica organizada, que serve para o fornecimento de bens ou serviços. Esse também é, segundo Ulhoa, o conceito de empresa. Com o passar dos anos a concepção de empresa evoluiu de maneira notável, refletindo as complexidades da sociedade em diferentes eras.

Desde as primeiras guildas medievais até as corporações modernas, a empresa tornou-se um organismo “vivo”, moldado pela interação dinâmica entre a lei, os mercados e as aspirações humanas. Em outras palavras, a empresa, além de poder ser compreendida como uma entidade econômica, também pode ser considerada um fenômeno social intrincado.

Na definição analítica de Bulgarelli¹²⁶ sobre empresa: é a “atividade econômica organizada de produção e circulação de bens e serviços para o

¹²³ HOBSBAWN, Eric. **Sobre história**. Tradução de Cid Knipel Moreora. São Paulo: Companhia das Letras, 1998.

¹²⁴ ARAUJO, Ruy Belém de; SANTOS, Lourival Santana. Op. cit., 2011, p. 11.

¹²⁵ NOVACK, George. **A lei do desenvolvimento desigual combinado da sociedade**. São Paulo: Dag. Gráfica e Editorial LTDA, 1988.

¹²⁶ BULGARELLI, Waldírio. **Tratado de direito empresarial**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 1997, p. 100.

mercado, exercida pelo empresário, em caráter profissional, através de um complexo de bens". Esse conceito possibilita uma análise acerca da natureza jurídica da empresa, pois tal conceito engloba três ideias diferentes entre si: a empresa, o empresário e o estabelecimento.

Na abordagem do direito empresarial, é imperativo salientar que a empresa, por sua própria natureza, não ostenta personalidade jurídica, nem tem a capacidade de obtê-la. Isso decorre do fato de que a empresa representa a atividade econômica em si. Nesse contexto, é fundamental compreender que o empresário é o detentor da empresa, sendo ele o sujeito apto a figurar como titular dessa atividade econômica¹²⁷.

Há doutrinadores que discordam desta ideia, tais como Requião, Bertoldi e Borba. Eles optam por qualificar a empresa como objeto de direito. Essa mesma linha de pensamento é adotada pelo italiano, Passarelli, argumentando que a empresa deveria possuir um titular. Essa teoria sugere que a empresa é passível de ser objeto de relações jurídicas, embora sua natureza distintiva não permita que ela assuma a condição plena de sujeito de direito¹²⁸.

Tomazette¹²⁹ vai de encontro a esta teoria afirmando que a empresa, por sua própria essência, não pode ser considerada a matéria dos direitos subjetivos, particularmente quando se trata dos direitos reais, uma vez que a atividade em si não é passível de transferência. Dessa maneira, o autor propõe que a empresa seja classificada como um terceiro gênero, escapando das definições convencionais de sujeito e objeto de direito. Ao enquadrar a empresa como um fato jurídico em sentido amplo, evitamos as limitações impostas pela categorização tradicional de ato jurídico.

3.1.1 Os elementos da atividade empresária

Destaca-se que o Código Civil brasileiro de 2002 trouxe o conceito de empresa dentro do dispositivo que trata da conceituação do empresário, o artigo 966. O *caput* do referido dispositivo destaca os elementos essenciais para a configuração da atividade empresarial, *in verbis*:

¹²⁷ TOMAZETTE, Marlon. Op. cit., 2017.

¹²⁸ Ibid., 2017.

¹²⁹ Ibid., 2017.

Art. 966. Considera-se empresário quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços¹³⁰.

Estes elementos compreendem:

a) Profissionalismo

Caracterizado pela repetição ou habitualidade na exploração da atividade, ou seja, deve ser exercida de forma sistemática pelo empresário (e não ocasional e esporadicamente). Destaca-se que habitualidade não é sinônimo de continuidade, podendo a atividade ter caráter sazonal, por exemplo^{131,132}. Outro ponto que merece destaque é o fato de que o caráter da pessoalidade deve estar presente.

Sobre esse quesito, Coelho enfatiza o fato de que o empresário pode e deve contratar empregados, mas estes não serão considerados empresários, haja vista que esses colaboradores desempenham o papel essencial de produzir ou movimentar bens e serviços em nome de outra pessoa. Enquanto o empresário, na qualidade de profissional, assume pessoalmente a condução da atividade empresarial, os empregados, ao produzirem ou movimentarem bens e serviços, agem em nome do empregador.

A importância da pessoalidade nesse contexto reside na distinção clara entre as funções do empresário e do empregado. O empresário, quando exerce sua atividade, assume a responsabilidade direta pela gestão e execução das tarefas relacionadas à empresa. Em contrapartida, os empregados, ao realizarem as atividades de produção ou circulação de bens e serviços, atuam como representantes do empregador, seguindo suas diretrizes e objetivos.

Para Coelho¹³³, o ponto mais importante deste requisito é o fato de que o empresário é aquele que detém o monopólio das informações acerca do produto ou serviço da empresa, já que este, na sua opinião deve ser convededor de todas as facetas, tais como as informações sobre os produtos e serviços, defeitos de fabricação, potenciais riscos, qualidade, condições de uso etc.

¹³⁰ BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, ano 139, n. 8, p. 1-74, 11 jan. 2002.

¹³¹ ROMEO, Antonino. **Diritto Commerciale**. Bresso: Tramontana, 1985.

¹³² CAMPOBASSO, Gian Franco. **Diritto Commerciale**: Diritto dell'impresa. 3. ed. Torino: UTET, 1997.

¹³³ COELHO, Fábio Ulhoa. Op. cit., 2003.

b) Atividade econômica

Ao pé da letra, a atividade econômica significa ser produtivo (nos termos de produção de bens e serviços). Esta é orientada para a obtenção de lucro como propósito central. Considerando que “empresário é quem exerce a atividade econômica organizada, então empresa é a atividade”¹³⁴. Para o leigo, a expressão “empresa” é frequentemente utilizada de maneira imprecisa, assumindo significados diversos e inadequados. A empresa, enquanto atividade econômica, não deve ser confundida com o sujeito de direito que a conduz, o empresário. É este último quem realiza operações, por exemplo, como falir ou importar mercadorias. Dessa forma, o uso inadequado do termo pode gerar confusões conceituais.

O equívoco reside na confusão entre o significado técnico de "empresa" como a atividade econômica organizada e o uso mais comum que se refere à entidade física ou ao estabelecimento onde essa atividade é conduzida. A atividade empresarial, enquanto fenômeno econômico, não deve ser confundida com as entidades físicas ou alterações no ambiente da empresa.

O conceito técnico de "empresa" é apropriadamente empregado apenas quando utilizado como sinônimo de empreendimento. Fica fácil entender quando se evidencia o princípio da preservação da empresa. Este princípio valoriza a conservação da atividade empresarial, em detrimento do empresário, do estabelecimento ou de uma sociedade específica. Essa abordagem fundamenta-se na vasta gama de interesses que vão além dos proprietários e giram em torno da continuidade da atividade.

Há diversos interesses em jogo. Esses interesses transcendem os meros proprietários e englobam as preocupações dos empregados em relação à manutenção de seus postos de trabalho, dos consumidores em relação aos bens ou serviços, além dos interesses fiscais voltados para a arrecadação etc. Essa abordagem ressalta a importância da continuidade das operações comerciais não apenas para os empresários, mas para toda uma rede de interessados, promovendo uma visão mais abrangente e socialmente responsável do papel da empresa na sociedade contemporânea¹³⁵.

¹³⁴ COELHO, Fábio Ulhoa. Op. cit., 2003, p. 28.

¹³⁵ Ibid., 2003.

A atividade empresarial é essencialmente econômica, uma vez que busca a geração de lucro para aqueles que a conduzem. Importante destacar que o lucro pode ser tanto o propósito central da produção ou circulação de bens e serviços, quanto um instrumento para alcançar finalidades diversas. No entanto, é claro que, no contexto capitalista, nenhuma atividade econômica pode se sustentar sem alcançar a lucratividade. Portanto, o lucro pode assumir um papel secundário, sendo considerado um meio para viabilizar e sustentar a atividade econômica, em vez de ser o fim último.

A prioridade recai sobre a consecução de objetivos sociais, educacionais ou espirituais, evidenciando que a finalidade da atividade empresarial pode ser multifacetada e abranger uma gama diversificada de metas. Essa perspectiva ressalta a flexibilidade e adaptabilidade do conceito de lucro no contexto da atividade empresarial, reconhecendo que, mesmo no capitalismo, a busca pelo lucro pode coexistir com finalidades não estritamente financeiras.

c) Organização

Para Tomazette:

A organização nada mais é do que a colação dos meios necessários, coordenados entre si, para a realização de determinado fim. Na empresa, essa organização dos fatores da produção é um dos fatores diferenciadores de outras atividades, pois o fim produtivo da empresa pressupõe atos coordenados e programados para se atingir tal fim. Vale destacar que não é qualquer organização que vai diferenciar a empresa de outras atividades, mas apenas a organização que assuma um caráter relevante dentro da atividade¹³⁶.

Refere-se à estruturação articulada dos quatro fatores de produção – capital, insumos, mão de obra e tecnologia. Não é considerado empresário aquele que não envolve os fatores determinantes. É crucial ressaltar que a tecnologia utilizada para conduzir a atividade empresarial não necessita ser necessariamente de ponta para que se caracterize a empresarialidade.

O requisito fundamental é que o empresário aplique os conhecimentos pertinentes aos bens ou serviços que pretende oferecer ao mercado, independentemente de sua sofisticação ou amplitude de conhecimento. O essencial é que, ao estruturar a organização econômica, o empresário faça uso dos conhecimentos próprios ao setor em que atua, seja este altamente especializado ou de amplo conhecimento público.

¹³⁶ TOMAZETTE, Marlon. Op. cit., 2017, p. 73.

Essa organização envolve a gestão eficaz dos recursos disponíveis, incluindo a organização de mão de obra quando necessário, e a aplicação de conhecimento. Isso contribui para uma definição mais abrangente do conceito de empresário no âmbito do Direito Comercial, levando em consideração não apenas a natureza das atividades, mas também a abordagem estratégica e os recursos envolvidos na condução das operações empresariais¹³⁷.

É crucial esclarecer que basta a mera possibilidade de organizar. Em outras palavras, a empresa se configura quando a atividade não assume um caráter exclusivamente pessoal, permitindo a colaboração de terceiros para atingir seu objetivo específico, mesmo que, em alguns casos, essa colaboração não se materialize, como ocorre com pequenos empresários que conduzem a atividade sem a assistência de empregados.

Um dos critérios relevantes para avaliar a predominância da organização é a padronização e objetivação da atividade. Quanto mais a atividade for padronizada, mais evidente se torna a condição secundária da atividade intelectual. O consumidor, nesse contexto, está primariamente interessado no serviço em si, tornando secundária a identidade do prestador¹³⁸.

d) Produção ou circulação de bens e/ou serviços.

Primeiramente, é de bom tom que se diferencie bens e serviços. Até o advento e difusão da internet, bens seriam aqueles objetos materializados e serviços era o que não poderia ser materializado. A prestação de serviços, tradicionalmente compreendida como uma obrigação de fazer, enfrenta novos desafios com o advento da era digital. Certas atividades resistem à classificação convencional. Apesar da persistência de questões ainda não resolvidas, a caracterização do comércio eletrônico como atividade empresarial é incontestável, abrangendo diversas manifestações, como as páginas *business-to-business* (B2B), *business-to-consumer* (B2C) ou *consumer-to-consumer* (C2C)¹³⁹.

A multiplicidade de formas que o comércio eletrônico assume reflete não apenas a diversidade de modelos de negócios, mas também a complexidade inerente à adaptação das categorias tradicionais de atividade comercial a esse

¹³⁷ COELHO, Fábio Ulhoa. Op. cit., 2003.

¹³⁸ TOMAZETTE, Marlon. Op. cit., 2017, p. 73.

¹³⁹ COELHO, Fábio Ulhoa. Op. cit., 2003.

novo ambiente digital. A ambiguidade em relação à natureza de certas transações digitais ressalta a necessidade de uma revisão e adaptação contínuas das definições jurídicas tradicionais no campo do Direito Comercial. Isso, entretanto, mostra-se como uma oportunidade para o Direito se adequar aos avanços tecnológicos e às mudanças na paisagem comercial.

Passada essa análise partimos para a categorização de produção de bens e serviços. A produção de bens, intrinsecamente ligada à fabricação de produtos e mercadorias, constitui uma esfera vital da atividade econômica, segundo Guitton¹⁴⁰, “há produção quando há criação de utilidades inerentes, incorporadas aos objetos materiais, isto é, quando o mundo ou a comunidade vê aumentar seus produtos materiais”.

A essência da indústria é considerada uma atividade empresarial. Por outro lado, a produção de serviços se refere à entrega de atividades ou desempenho de ações para satisfazer as necessidades ou desejos de terceiros. Nesse contexto, exemplificam produção de bens tangíveis as montadoras de veículos, as confecções de roupas, dentre outras. Em contrapartida, produtores de serviços intangíveis abrangem entidades como bancos, hospitais, estacionamentos etc. A inegável variedade de atividades empresariais evidencia a complexidade do ambiente econômico, no qual empresas podem ser categorizadas com base na natureza tangível ou intangível de seus produtos ou serviços.

Por outro lado, no que concerne à circulação de bens, trata-se do processo de adquirir bens diretamente do produtor para entregá-los ao consumidor (tanto varejo quanto atacado). Essa atividade caracteriza-se como uma forma de intermediação na cadeia de distribuição de mercadorias. No que diz respeito à circulação de serviços, o processo consiste na intermediação da prestação de serviços entre o provedor e o consumidor. Essa função de intermediação é fundamental para a simplificação e organização das ofertas de serviços, agregando valor ao conectar fornecedores de serviços a potenciais consumidores.

Esta discussão é relevante porque, de acordo com o conceito anteriormente apostado, as atividades liberais autônomas também devem ser consideradas produtivas, a despeito de não serem empresárias, já que os serviços prestados por estes profissionais são importantes para

¹⁴⁰ GUITTON, Henri. **Economia política**. Tradução de Oscar Dias Corrêa. 2.ed. Rio de Janeiro: Fundo de Cultura, 1961.

que os bens materiais sejam produzidos (saúde dos trabalhadores, projeto das fábricas, aplicação de leis etc.)¹⁴¹.

Ao examinar esses requisitos, é possível perceber que a norma civilista não apenas define a empresa como uma extensão do empresário, mas também estabelece critérios claros para distinguir uma atividade empresarial genuína.

O requisito de profissionalismo enfatiza a consistência e a repetição na condução da atividade, bem como a ligação pessoal do empreendedor com o empreendimento. A atividade econômica, por sua vez, destaca a natureza lucrativa como elemento fundamental da empresa. A organização, terceiro requisito, refere-se à estruturação eficiente e sinérgica dos quatro fatores de produção. Essa abordagem organizacional é crucial para a otimização dos recursos e para o alcance dos objetivos econômicos almejados. Finalmente, a produção ou circulação de bens e/ou serviços sublinha a finalidade intrínseca da empresa de criar valor por meio da oferta ou intermediação de produtos ou serviços no mercado.

Esses requisitos, portanto, desempenham um papel central na delimitação da atividade empresarial no âmbito jurídico e econômico. Ao reconhecer e especificar esses critérios, a norma civilista oferece uma estrutura conceitual robusta para a caracterização da empresa, promovendo, assim, a segurança jurídica e a clareza na identificação das atividades sujeitas às normas e princípios do Direito Comercial.

Sem a devida organização, a atividade econômica perde seu *status* de exploração profissional e, consequentemente, não se enquadra na esfera de proteção do direito empresarial, que por sua vez é responsável pela regulação dos “direitos e interesses daqueles que exercem atividades de produção e circulação de bens e serviços com finalidade econômica”¹⁴². Além dessa condição explícita no dispositivo legal supracitado, há também a consideração da atividade rural como atividade empresarial, desde que o responsável pela sua condução a realize de maneira organizada e proceda à sua inscrição na Junta Comercial, conforme estabelecido no artigo 971 do mesmo código. Dessa forma, aquele que

¹⁴¹ FERNANDEZ, João Alberto da Costa Ganzo. A caracterização da atividade empresária: identificação dos elementos de empresa sob a ótica sistêmica. **Revista da ESMEC**, [s.l.], v.17, n.23, p.2259-283, 2010, p. 272.

¹⁴² MIRAGEM, Bruno Nubens Barbosa. Do direito comercial ao direito empresarial: formação histórica e tendências do direito brasileiro. **Revista de Direito Privado**, Londrina, v.5, n.17, p.71-98, jan./mar. 2004, p. 88.

se dedica profissionalmente à exploração agrícola, gerando riqueza, é reconhecido como empresário agrícola, conforme a definição já elucidada¹⁴³.

Vale ressaltar que, independentemente da natureza de sua atividade, qualquer empreendimento econômico conduzido por uma sociedade por ações é automaticamente considerado empresarial, conforme estipulado no parágrafo único do artigo 982. Essa delimitação legal é essencial para garantir a aplicação consistente do direito empresarial e para assegurar a proteção adequada às atividades econômicas que se enquadram nesse escopo jurídico¹⁴⁴.

3.2 PRINCÍPIO DA PRESERVAÇÃO DA EMPRESA

Atualmente, o princípio da preservação das empresas é reconhecido pelo Direito Comercial brasileiro. Teve origem doutrinária e jurisprudencial e, com o passar do tempo, alcançou o *status* de princípio e norma jurídica¹⁴⁵. Como já abordado no capítulo anterior, e também na opinião de Ávila, as normas e os princípios possuem divergências quanto à forma que prescrevem comportamentos, sendo as regras mais descritivas (estabelecendo obrigações, permissões e proibições) e os princípios possuindo um propósito mais finalístico¹⁴⁶. Nas palavras de Negrão:

Parece-nos adequada essa formulação no exame do princípio a que nos propusemos estudar, tendo em vista o enunciado prescritivo em exame (art. 47 da Lei n. 11.101/2005), redigido com forte sintaxe finalística. De fato, o legislador faz uso de três formas verbais viabilizar (a superação da situação de crise econômico-financeira), permitir (a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores) e promover (“promovendo, assim” a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica), sendo este último o que mais se aproxima do caráter de norma-fim¹⁴⁷.

Entende o autor, entretanto, que no documento jurídico ora em análise, a Lei 11.101/2005, o dispositivo “preservar a empresa” não seria um ideal

¹⁴³ VENOSA, Sílvio de Salvo; RODRIGUES, Cláudia. **Código Civil Interpretado**. 4^a ed. São Paulo: Atlas, 2019.

¹⁴⁴ Ibid., 2019.

¹⁴⁵ PUGLIESE, Adriana Valéria. Preservação da empresa. In: LEMOS, André Jorge; Calças, Manoel de Queiroz Pereira; LUCCA, Newton de; CUEVA, Ricardo Villas Bôas; MACIEL, Renata Mota (Orgs.). **Coletânea da atividade negocial**. São Paulo: Universidade Nove de Julho, UNINOVE, 2019, p. 322.

¹⁴⁶ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

¹⁴⁷ NEGRÃO, Ricardo. **Preservação da empresa**. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

finalístico (princípio) no rigor metodológico proposto por Ávila, segundo o qual “as regras prevêem condutas que servem à realização de fins devidos, enquanto os princípios prevêem fins cuja realização depende de condutas necessárias”¹⁴⁸.

Isso porque o procedimento exigido do devedor em crise econômico-financeira, visando à sua recuperação, assume uma natureza descritiva. Isso abrange os requisitos subjetivos, formais e processuais (arts. 2º, 48, 51, 55 e seguintes), bem como a elaboração do plano (art. 50) e sua aprovação (arts. 45, 55 e 58)¹⁴⁹.

Em suma, a lei indica como finalidade “promover a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica”. Ao fazê-lo, é reconhecida a sua natureza principiológica. E o é pelo fato de não enunciar “regras de condutas, mas sim resultados concretos que devem ser alcançados seus destinatários”¹⁵⁰.

Negrão conclui sua obra que o uso, por vezes indiscriminado, do termo “princípio” dificulta a compreensão do termo, bem como torna complexa a promoção de uma terminologia unificada. A busca por essa uniformidade terminológica é altamente recomendada para o desenvolvimento da Ciência do Direito. Para saber se a “preservação da empresa” é de fato um princípio, é essencial avaliar critérios aceitáveis pela Ciência Jurídica, metodologicamente comprehensíveis. Esses critérios devem fornecer critérios suficientes para a conceituação dos denominados “princípios”, bem como para diferenciá-los de regras.

Passada a discussão acerca da possibilidade de classificação como *status* de princípio ou não, a sua positivação desse no art. 47 da Lei de Recuperação de Empresas e Falência (LREF) “demonstra a atribuição de relevância dos diversos interesses que envolvem a sociedade e que contribuem à formação do denominado e controvertido interesse social, o qual, em acepção institucionalista, é identificado exatamente com a preservação da empresa”¹⁵¹.

Pode ser definida como uma orientação fundamental para a interpretação e aplicação das normas que regulam as atividades econômicas. Este princípio

¹⁴⁸ ÁVILA, Humberto. Op. cit., 2012, p. 79.

¹⁴⁹ NEGRÃO, Ricardo. Op. cit., 2019.

¹⁵⁰ Ibid., 2019.

¹⁵¹ CEREZETTI, Sheila Christina Neder. **A recuperação judicial de sociedade por ações**. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 206-207.

reconhece a importância social e econômica das empresas, buscando assegurar sua continuidade e estabilidade em situações desafiadoras, como as decorrentes de crises financeiras, desastres naturais ou outras adversidades. Isso se dá pela percepção da existência dos riscos da própria atividade econômica

A preservação da empresa como princípio norteador visa a balancear os interesses dos diversos *stakeholders* envolvidos, incluindo credores, empregados, fornecedores e a própria comunidade, promovendo a manutenção das atividades econômicas e a preservação dos postos de trabalho. No contexto jurídico, a aplicação do princípio da preservação da empresa muitas vezes se reflete em mecanismos legais que visam viabilizar a reestruturação e a recuperação de empresas em dificuldades financeiras, como a recuperação judicial. Nas palavras de Coelho:

No princípio da preservação da empresa, construído pelo moderno Direito Comercial, o valor básico prestigiado é o da conservação da atividade (e não do empresário, do estabelecimento ou de uma sociedade), em virtude da imensa gama de interesses que transcendem os dos donos do negócio e gravitam em torno da continuidade deste; assim os interesses de empregados quanto aos seus postos de trabalho, de consumidores em relação aos bens ou serviços de que necessitam, do fisco voltado à arrecadação e outros¹⁵².

Sabendo das intempéries que gravitam em torno da atividade empresária, o legislador, para alcançar tal objetivo, criou a regulamentação, por meio da Lei 11.101/2005, da recuperação das empresas, seja ela judicial ou extrajudicial. Segundo seu artigo 47, o objetivo da recuperação é:

Viabilizar a superação da situação de crise econômico-financeira do devedor, a fim de permitir a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores, promovendo, assim, a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica¹⁵³.

Essa definição acima disposta engloba 3 aspectos relevantes: (1) a preservação da empresa, (2) sua função social e (3) o estímulo à atividade econômica, cuja importância está ratificada na Constituição Federal em forma de Objetivos Fundamentais da República, em seu artigo 3º, II e III^{154 155}.

¹⁵² COELHO, Fábio Ulhoa. Op. cit., 2003, p. 31.

¹⁵³ BRASIL. Lei n.º 11.101, de 9 de fevereiro de 2005. Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária. *Diário Oficial da União*, Brasília, 09 fev. 2005.

¹⁵⁴ MAMEDE, Gladston. **Falência e recuperação de empresas**. 13. ed. Barueri: Atlas, 2022.

¹⁵⁵ BRASIL. (Constituição, 1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 2016. 496 p.

As finalidades da recuperação da empresa, como mencionado do dispositivo supra, destacam a manutenção (1) da fonte produtora; (2) do emprego dos trabalhadores; e (3) dos interesses dos credores, em ordem hierárquica de aparição. A preservação da fonte produtora, ou seja, da empresa, é identificada como a principal meta. A manutenção dos empregos dos trabalhadores e a consideração pelos interesses dos credores são entendidas como metas de segunda e terceira importância, respectivamente¹⁵⁶.

Para além disso, é importante perceber que os interesses do empresário ou da sociedade empresária devedora não são contemplados pelo dispositivo. É válido ressaltar que a recuperação judicial da empresa não tem como propósito primordial proteger o empresário ou a sociedade empresária, nem mesmo os sócios e administradores envolvidos. Embora a recuperação possa resultar na preservação dos interesses e direitos patrimoniais do devedor ou da sociedade empresária, essa não é a finalidade intrínseca desse instrumento legal. A recuperação judicial pode ser implementada mesmo em detrimento do devedor, possibilitando sua remoção da empresa em prol da sua preservação¹⁵⁷.

Interessante ressaltar que, muito embora a referida Lei tenha nobres objetivos, não significa dizer que a recuperação judicial deva sempre ser concedida. Por isso é que, para sua aplicação, deve-se preencher requisitos mínimos legais e, principalmente, ser economicamente viável para superar a crise econômico-financeira em que se encontra e cumprir suas obrigações e função social. São requisitos trazidos pela legislação:

Art. 2º Esta Lei não se aplica a:

- I – empresa pública e sociedade de economia mista;
- II – instituição financeira pública ou privada, cooperativa de crédito, consórcio, entidade de previdência complementar, sociedade operadora de plano de assistência à saúde, sociedade seguradora, sociedade de capitalização e outras entidades legalmente equiparadas às anteriores.

Art. 48. Poderá requerer recuperação judicial o devedor que, no momento do pedido, exerça regularmente suas atividades há mais de 2 (dois) anos e que atenda aos seguintes requisitos, cumulativamente:

- I – não ser falido e, se o foi, estejam declaradas extintas, por sentença transitada em julgado, as responsabilidades daí decorrentes;
- II – não ter, há menos de 5 (cinco) anos, obtido concessão de recuperação judicial;
- III – não ter, há menos de 5 (cinco) anos, obtido concessão de recuperação judicial com base no plano especial de que trata a Seção V deste Capítulo;

¹⁵⁶ MAMEDE, Gladston. Op. cit., 2022.

¹⁵⁷ Ibid., 2022.

IV – não ter sido condenado ou não ter, como administrador ou sócio controlador, pessoa condenada por qualquer dos crimes previstos nesta Lei¹⁵⁸.

A partir dos artigos 2º e 48 da referida lei, é possível inferir um dispositivo de formulação deôntica, estabelecendo condições para a concessão do pedido recuperatório. Se o devedor, que é um empresário não pertencente às categorias elencadas no artigo 2º, conduz de maneira regular sua atividade empresarial por mais de dois anos e atende aos demais requisitos delineados no artigo 48, então é permitido a ele requerer judicialmente a recuperação de seus negócios.

Conclui-se que a solicitação não é facultada a todos os empresários ou a toda sociedade empresária, alguns empresários são excluídos pelo próprio documento legal ora em análise. Para esses casos, é indicado desde logo a liquidação de seus ativos, pois não lhes é permitido preservar a atividade. “Neste caso, o princípio da preservação da atividade econômica não seria um princípio universal à empresa, mas particular a certas atividades empresariais”¹⁵⁹.

Em outras palavras, a empresa deverá garantir o adimplemento das suas obrigações (tais como, recolhimento de impostos, entrega do produto ao consumidor, pagamento de seus empregados etc.)¹⁶⁰. Nas palavras de Negrão:

A função social da empresa só será preenchida se for lucrativa, para o que deve ser eficiente. Eficiência, nesse caso, não é apenas produzir os efeitos previstos, mas é cumprir a função despendendo pouco ou nenhum esforço; significa operar eficientemente no plano econômico, produzir rendimentos, exercer a atividade de forma a obter os melhores resultados¹⁶¹.

Caso contrário, sendo a empresa inviável, a falência deverá ser decretada, pois não há tal instituto como a “preservação da empresa a qualquer custo”. Esta torna-se imperativa, sob o risco de infligir danos ainda mais significativos aos credores, trabalhadores e ao mercado em geral. A não tomada dessa medida drástica pode agravar as perdas já existentes e comprometer ainda mais a estabilidade econômica, prejudicando as partes envolvidas e impactando negativamente a integridade do mercado.

¹⁵⁸ BRASIL. Lei 11.101 de 9 de fevereiro de 2005. Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária. **Diário Oficial da União**, Brasília, 9 fev. 2005.

¹⁵⁹ NEGRÃO, Ricardo. Op. cit., 2019.

¹⁶⁰ SACRAMONE, Marcelo Barbosa. **Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência**. 4. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2023.

¹⁶¹ NEGRÃO, Ricardo. Op. cit., 2019.

A preservação da empresa pretendida pela LREF é uma maneira de conciliar os diversos interesses em jogo. Pode ser entendida como uma fonte geradora de bem-estar, pois a função social da empresa é se desenvolver e circular riquezas no cenário econômico, de tal forma, que permita “a distribuição de dividendos a sócios, mas também de promover a oferta de bens e serviços aos consumidores, aumentar a concorrência entre os agentes econômicos, gerar a oferta de postos de trabalho e o desenvolvimento econômico nacional”¹⁶².

A LREF, nesse ponto, rompe com a dinâmica das legislações anteriores para considerar a superação da crise econômico-financeira como um modo de satisfação não apenas de interesses de credores e devedores, o que uma solução simplesmente liquidatória já poderia assegurar. Reconhece-se que a preservação da empresa e sua função social assegura também o atendimento dos interesses de terceiros, dos empregados, dos consumidores e de toda a nação¹⁶³.

Mesmo após a decretação da falência, o princípio da preservação da empresa ainda se mantém em foco, haja vista que o objetivo, agora, segundo o seu art. 75, seria preservar e otimizar a utilização produtiva dos bens ativos e recursos produtivos. Além da perspectiva de uma continuidade temporária das operações do devedor falido, conforme estabelecido no artigo 99, inciso XI, uma abordagem particularmente benéfica reside na possibilidade de alienação conjunta dos ativos, uma meta intrínseca ao processo falimentar. Tal estratégia não apenas viabiliza a manutenção das atividades, mas também propicia uma transição fluida para novos gestores, os quais, ao adquirirem os bens, assumem a responsabilidade pela condução das operações de maneira mais eficiente¹⁶⁴.

A alienação conjunta, portanto, representa uma alternativa estratégica que não apenas preserva a continuidade das atividades empresariais, mas também otimiza as condições operacionais. Com a transferência de propriedade para novos agentes econômicos, há a oportunidade de uma administração renovada e mais eficaz, possibilitando a maximização do potencial produtivo dos recursos disponíveis.

A legislação determina expressamente a preservação da atividade como um dos objetivos da recuperação judicial. Por isso desempenha um papel fundamental ao evitar que esse instrumento seja desvirtuado pelos agentes

¹⁶² SACRAMONE, Marcelo Barbosa. Op. cit., 2023.

¹⁶³ Ibid., 2023.

¹⁶⁴ Ibid., 2023.

econômicos, impedindo seu uso em desacordo com os propósitos para os quais foi concebido. A imposição legal do propósito de preservação da atividade na recuperação judicial atua como um mecanismo de salvaguarda, assegurando que as empresas em dificuldades financeiras não utilizem esse recurso de forma inadequada ou contraproducente. Ao delinear explicitamente a preservação da atividade como um dos imperativos da recuperação judicial, a legislação busca proteger a essência desse instituto, que é proporcionar uma oportunidade viável para a reorganização e revitalização das empresas em crise econômico-financeira.

3.3 O EMPRESÁRIO

A atuação dos empresários pode ser interpretada como a habilidade de coordenar os fatores de produção, que, no contexto do sistema capitalista, são identificados como quatro elementos fundamentais: capital, mão de obra, insumos e tecnologia. A produção de bens e serviços essenciais ou úteis para a vida humana surge como resultado direto da iniciativa dos empresários, que nasce “do aporte de capital — próprio ou alheio —, compra de insumos, contratação de mão de obra e desenvolvimento ou aquisição de tecnologia que realizam”¹⁶⁵.

Ao desempenhar o papel de articuladores dos fatores de produção, os empresários desencadeiam um processo dinâmico de criação e gestão de organizações que desempenham um papel vital na economia. Aportar capital, adquirir insumos, contratar mão de obra e investir em tecnologia são passos cruciais no estabelecimento e na operação eficaz de uma empresa. Essa interação sinérgica desses quatro elementos não apenas dá origem a entidades comerciais, mas também sustenta a produção e oferta contínua de bens e serviços que atendem às necessidades e aspirações da sociedade.

Pode-se dizer que o empresário, ao articular esses fatores de produção, desempenha um papel fundamental na dinâmica econômica, impulsiona a inovação, o crescimento e a eficiência na alocação de recursos. A capacidade de gerenciar esses elementos de maneira estratégica e eficaz é uma habilidade distintiva dos empresários, pois não se trata de tarefa ordinária e de fácil

¹⁶⁵ COELHO, Fábio Ulhoa. Op. cit., 2003, p. 21.

realização, sendo uma habilidade adquirida mais por experiência de vida do que propriamente estudos¹⁶⁶. O é, não somente por se tratar de uma atividade de risco, mas também por haver inúmeros outros fatores alheios à sua vontade que podem atingir (negativa ou positivamente) a sua atividade.

O sujeito de direito na esfera empresarial é o empresário, que é detentor de personalidade jurídica. Este ator legal pode assumir duas formas distintas: pode ser uma pessoa física, atuando como empresário individual, ou uma pessoa jurídica, na condição de sociedade empresária. Vale destacar que, ao contrário do entendimento comum expresso na linguagem cotidiana, as sociedades empresárias não são, por si só, empresas, mas sim empresários¹⁶⁷.

Segundo o Código Civil/2002, *in verbis*:

Art. 966. Considera-se empresário quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços.

Parágrafo único. Não se considera empresário quem exerce profissão intelectual, de natureza científica, literária ou artística, ainda com o concurso de auxiliares ou colaboradores, salvo se o exercício da profissão constituir elemento de empresa¹⁶⁸.

O conceito de empresário também é trazido pelo supracitado dispositivo legal específico. É importante observar que, mesmo com a observância dos requisitos previamente mencionados, nem todos que atendem a tais critérios podem ser categorizados como empresários. O parágrafo único complementa o entendimento, explicitando as situações em que indivíduos são excluídos desta classificação.

Ao delinear as características necessárias, o legislador visa proporcionar uma visão clara e definida do papel desse agente econômico. Torna-se evidente que a legislação busca equilibrar a rigidez conceitual com a flexibilidade necessária para abranger as diversas realidades econômicas, que oferece uma perspectiva mais contextualizada sobre a inclusão ou exclusão de determinados agentes econômicos do *status* de empresários.

Para alcançar o *status* de empresário, é imprescindível conduzir uma atividade econômica de maneira organizada, com o propósito de gerar riquezas.

¹⁶⁶ COELHO, Fábio Ulhoa. Op. cit., 2003.

¹⁶⁷ TOMAZETTE, Marlon. Op. cit., 2017, p. 79.

¹⁶⁸ BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, ano 139, n. 8, p. 1-74, 11 jan. 2002.

Contudo, tal organização, embora essencial, não constitui uma condição suficiente, uma vez que há atividades caracterizadas pela produção profissional de bens ou serviços que não se enquadram na categoria empresarial.

Este cenário é particularmente evidente no parágrafo único, que especifica atividades profissionais intelectuais e artísticas como exceções a essa regra. Essas atividades específicas não conferem o *status* de empresário automaticamente ao indivíduo, mesmo que realizadas de forma profissional. Esse entendimento também está cristalizado no Enunciado do Conselho de Justiça Federal (CJF)¹⁶⁹ nº 193 que reza: “o exercício das atividades de natureza exclusivamente intelectual está excluído do conceito de empresa”.

No entanto, a ressalva presente na última parte do parágrafo introduz uma exceção notável: profissionais pertencentes a essa categoria podem adquirir a condição de empresários quando empreendem uma atividade adicional, claramente distinta daquela de natureza intelectual ou artística.

Este aspecto crucial da legislação destaca a complexidade na determinação do *status* empresarial, requerendo uma avaliação cuidadosa da natureza e escopo das atividades profissionais, especialmente quando estas estão inseridas nos domínios intelectual e artístico¹⁷⁰. É o caso, por exemplo, do médico que, além de exercer sua atividade intelectual, também é administrador e titular de um centro hospitalar/clínica. Nesse caso sim, já que há exploração de uma atividade, torna-se empresário.

3.3.1 Requisitos para ser empresário

Por um lado, Polizel¹⁷¹ analisa os requisitos para se tornar um empresário com base nos artigos 972 e 974 do Código Civil/2002, sendo os requisitos basicamente: capacidade civil plena e ausência de impedimento, sendo esta

¹⁶⁹ BRASIL. Conselho de Justiça Federal. **Enunciado nº 193**. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/372#:~:text=O%20exerc%C3%ADcio%20das%20atividades%20de,exclu%C3%ADdo%20do%20conceito%20de%20empresa>. Acesso em: 20 jan. 2024.

¹⁷⁰ VENOSA, Sílvio de Salvo; RODRIGUES, Cláudia. Op. cit., 2019.

¹⁷¹ MORAIS, Heloisa Polizel de Oliveira. **O papel do ESG (ambiental, social e governança) nas empresas transnacionais e as implicações na responsabilização civil por acidente de trabalho**. 2023. 77f. (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade Nove de Julho, São Paulo, 2023.

última as condições, sejam permanentes ou transitórias, para se configurar como sujeito ativo da empresa, ou seja, empresário.

Art. 972. Podem exercer a atividade de empresário os que estiverem em pleno gozo da capacidade civil e não forem legalmente impedidos.

Art. 974. Poderá o incapaz, por meio de representante ou devidamente assistido, continuar a empresa antes exercida por ele enquanto capaz, por seus pais ou pelo autor de herança.

§ 1º Nos casos deste artigo, precederá autorização judicial, após exame das circunstâncias e dos riscos da empresa, bem como da conveniência em continuá-la podendo a autorização ser revogada pelo juiz, ouvidos os pais, tutores ou representantes legais do menor ou do interdito, sem prejuízo dos direitos adquiridos por terceiros.

§ 2º Não ficam sujeitos ao resultado da empresa os bens que o incapaz já possuía, ao tempo da sucessão ou da interdição, desde que estranhos ao acervo daquela, devendo tais fatos constar do alvará que conceder a autorização.

§ 3º O Registro Público de Empresas Mercantis a cargo das Juntas Comerciais deverá registrar contratos ou alterações contratuais de sociedade que envolva sócio incapaz, desde que atendidos, de forma conjunta, os seguintes pressupostos:

- I – o sócio incapaz não pode exercer a administração da sociedade;
- II – o capital social deve ser totalmente integralizado;
- III – o sócio relativamente incapaz deve ser assistido e o absolutamente incapaz deve ser representado por seus representantes legais¹⁷².

Entretanto, Tomazette¹⁷³ faz uma análise mais minuciosa acerca dos requisitos para se tornar um empresário. Segundo o autor, os requisitos são:

- 1) Economicidade: O empresário, enquanto executor da empresa, está constantemente engajado em atividades econômicas. A geração de riqueza pode advir tanto da criação de novos bens como do aumento do valor dos bens preexistentes. Esse requisito ressalta a dinamicidade, assim como a natureza empreendedora da atividade econômica, onde a busca pela reprodução do capital investido é uma condição essencial para a sustentabilidade e a viabilidade a longo prazo das operações empresariais.
- 2) Organização: É imperativo que o indivíduo assuma a responsabilidade pela organização dos elementos de produção para garantir a eficácia da atividade. Essa organização pode envolver o trabalho de terceiros, a gestão de bens ou ambos. Geralmente, se refere à qualidade que abrange iniciativa, tomada de decisões, capacidade de seleção de

¹⁷² BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Diário Oficial da União:** seção 1, Brasília, DF, ano 139, n. 8, p. 1-74, 11 jan. 2002.

¹⁷³ TOMAZETTE, Marlon. Op. cit., 2017.

recursos humanos e materiais, intuição, entre outros atributos. A organização pode até se restringir à escolha de pessoas remuneradas para coordenar, organizar e dirigir a atividade.

A título exemplificativo, quando se contrata um advogado, normalmente não se considera objetivamente o resultado que a atuação do advogado pode ter, mas as suas qualidades pessoais que poderão permitir um bom resultado ao cliente. Nesse caso, não se pode dizer que o advogado seja um empresário, na medida em que a organização assume um papel secundário em relação à atividade pessoal do profissional. [...] Por outro lado, vejamos uma loja de departamentos. Nesta é essencial que haja uma boa disposição de mercadorias e bons empregados. Não há que se cogitar de prevalência da atividade pessoal, mas sim da organização. Esta assume papel preponderante, caracterizando a presença de um empresário¹⁷⁴.

- 3) Profissionalidade: Refere-se aqui à estabilidade do exercício, ou seja, habitualidade da atividade. Mais do que uma qualidade do sujeito em si, é a forma como se exerce a atividade, não se exigindo a continuidade da atividade, podendo essa ser sazonal, por exemplo.
- 4) Assunção do risco: Para alguns, essa é uma condição *sine qua non* para a configuração do empresário, pois haverá investimento de capital do seu patrimônio e essa conduta envolve riscos de se perder o valor investido. A assunção total do risco da atividade não é garantida por ninguém, são incertos e ilimitados. “A remuneração do empresário está sujeita a elementos imponderáveis que podem fugir das previsões deste e, nessa situação, o risco é dele, não há a quem recorrer”¹⁷⁵.
- 5) Direcionamento ao mercado: Por fim, é crucial na delimitação do perfil de um empresário que sua atuação esteja direcionada para atender às necessidades de terceiros, ou seja, o objetivo deve voltar-se ao mercado e não para seu benefício pessoal. Ao direcionar seus esforços para a satisfação das demandas externas, o empresário contribui para o funcionamento eficiente da economia, participando ativamente na oferta de bens e serviços que atendem às necessidades da sociedade em geral.

Importante ressaltar que, além de conseguir definir o conceito de empresário, também é importante saber quais são as exceções a esta regra.

¹⁷⁴ TOMAZETTE, M. Op. cit., 2017, P. 81.

¹⁷⁵ Ibid., 2017, p. 82.

Essas exceções encontram-se no artigo 966 do Código Civil (CC/2002)¹⁷⁶, que exclui da definição de empresário aqueles que exercem profissão intelectual, de natureza científica, literária ou artística, ainda que com o concurso de auxiliares ou colaboradores.

Essa exclusão tem razão de ser devido ao papel secundário que assume a organização nessas atividades. Muito embora elas possam ser consideradas econômicas, não devem ser regidas pelo Direito Empresarial.

As atividades intelectuais são prestadas de forma pessoal e, mesmo com a concorrência de auxiliares, há uma relação de confiança com quem desenvolve a atividade. Não há como negar a organização que hoje permeia as atividades intelectuais, mas é certo que essa organização não assume papel preponderante – ainda que se recorra ao uso de auxiliares, o personalismo prevalece, no sentido da assunção pessoal do resultado da atividade.

O próprio parágrafo único do mesmo dispositivo legal, entretanto, afirma que o exercício da atividade será considerado pelo Direito Empresarial caso a profissão constitua elemento da empresa, ou seja, se as atividades intelectuais, artísticas, científicas e/ou literárias façam parte de uma atividade maior na qual poderá ser detectada um nível maior de organização.

3.4 EMPRESAS TRANSNACIONAIS

O processo de expansão comercial, por óbvio, começou há muito tempo, mas foi após a Segunda Guerra Mundial que se reconheceu, de fato, que o cenário econômico estava se transformando por meio da internacionalização do capital, encabeçado pelos Estados Unidos da América (EUA)¹⁷⁷.

As empresas, corporações e conglomerados transnacionais, impulsionados pela reconfiguração da divisão internacional do trabalho, pela flexibilização dos processos produtivos e por outras expressões do sistema capitalista em escala global, ascendem a uma posição proeminente que ultrapassa as fronteiras das economias nacionais. Esse destaque ocorre à medida que essas entidades

¹⁷⁶ BRASIL. Lei n.º 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Diário Oficial da União**, Brasília, 11 de janeiro de 2002, p.1.

¹⁷⁷ VIEIRA, Flávia do Amaral. **Direito internacional em movimento:** mecanismos de responsabilização de empresas transnacionais por violações de direitos humanos, 2021, 240f. Tese (Doutorado em Direito) - Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal do Pará, Belém, 2021.

empresariais, de maneira progressiva, se desvinculam de certas restrições inerentes aos Estados nacionais¹⁷⁸.

A concorrência entre as empresas evoluiu para um cenário de conflito entre os Estados, manifestando-se na implementação de barreiras tarifárias destinadas a resguardar as suas empresas locais contra a concorrência estrangeira. Nesse contexto, emergiram os trustes e os acordos de cartéis. Essas práticas consolidavam alianças entre setores empresariais e autoridades governamentais, estabelecendo um ambiente em que interesses particulares e políticas estatais convergiam¹⁷⁹.

Com o advento da globalização, a integração e interdependência entre os Estados globais (de forma cultural, econômica, ecológica, política etc.) aumentaram. Esse fenômeno, conhecido por Friedman¹⁸⁰ como planificação mundial, fez com que ficasse cada vez mais claras as limitações da soberania Estatal. Esse fenômeno de integração primeiramente foi sentido pelos países desenvolvidos, com a criação do Mercado Comum Europeu (MCE) e, posteriormente, disseminada para demais países¹⁸¹.

Nesse contexto, empresas que estabeleceram filiais em nações estrangeiras para alcançar acesso aos mercados internos desses países passaram a aprimorar e complexificar suas operações, passando a se chamarem empresas transnacionais.

Está cada vez mais claro que a globalização econômica evidenciou situações em que a soberania, por si só, revela-se por vezes insuficiente para garantir a capacidade de tomar posições diante de questões internacionais específicas. Em diversas circunstâncias, especialmente quando os interesses econômicos estão em jogo, torna-se evidente que, na prática, alguns estados soberanos não detêm a independência que teoricamente lhes é assegurada no âmbito político.

¹⁷⁸ IANNI, Otávio. **Teorias da Globalização**. 13.ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2007, p. 55.

¹⁷⁹ VIEIRA, Flávia do Amaral. Op. Cit., 2021.

¹⁸⁰ FRIEDMAN, Thomas. **O mundo é plano**: uma breve história do século XXI. Tradução de Cristiana Serra, S. Duarte e Bruno Casotti. 2.ed. Rio de Janeiro: Objetiva, 2007, p. 16.

¹⁸¹ DIAS, Rosa Maria Pellegrini Baptista. **A responsabilidade internacional das empresas transnacionais por ofensas aos Direitos Humanos**. 2009, 159f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Programa de Pós-Graduação, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2009.

A interdependência econômica global tem revelado que, em certos contextos, a autonomia dos estados no cenário internacional é limitada, principalmente quando se trata de decisões que afetam consideravelmente os interesses econômicos transnacionais. Nesse sentido, a teórica soberania política muitas vezes se depara com desafios práticos, destacando a necessidade de abordagens coordenadas em questões de alcance global.

Diante disso, é possível afirmar que a globalização (intencionalmente ou não) quebrou “barreiras” criadas pelos Estados para proteção do seu mercado interno. E a consequência disto é a possibilidade de empresas estrangeiras explorarem comércios antes inacessíveis. Hoje, já pode ser considerado consenso entre os doutrinadores que a globalização, enquanto processo, manifesta-se de forma inexorável, desvinculada das intenções ou decisões dos Estados, e configura uma realidade irreversível.

Trata-se de uma dinâmica que transcende as fronteiras nacionais, desenvolvendo-se com uma inevitabilidade que não permite um retrocesso ou retorno aos paradigmas pré-existentes. É uma força incontrolável, influenciando múltiplos aspectos sociais, econômicos e culturais, e estabelecendo um cenário que exige adaptação contínua por parte dos envolvidos¹⁸².

A quebra de barreiras devido ao processo de globalização, conforme mencionado, deu origem e também desenvolveu as chamadas empresas transnacionais, que hoje são sujeitos importantes, ou melhor, indispensáveis no cenário internacional, haja vista essas empresas representam os principais agentes responsáveis não apenas pela expansão, mas também pela sustentação contínua do processo de globalização. Elas exercem uma importante influência no cenário global, moldando e impulsionando as interconexões econômicas, sociais e culturais que caracterizam o mundo contemporâneo¹⁸³.

A internacionalização das empresas surge impulsionada pelo desejo de conquistar vantagens competitivas e pela busca incessante por oportunidades ampliadas de lucratividade e expansão¹⁸⁴.

Nesse meio, elenca-se quatro tipos principais de IDE [Investimento Direto Externo], realizado pelas Empresas Transnacionais. O primeiro, o

¹⁸² DIAS, Rosa Maria Pellegrini Baptista. Op. cit., 2009,

¹⁸³ Ibid., 2009.

¹⁸⁴ CAVUSGIL, S. Tamer; KNIGHT, Gary; RIESENBERG, John R. **Negócios Internacionais:** estratégia, gestão e novas realidades. São Paulo: Pearson Prentice, 2010.

resource seeking, realizado com vistas ao acesso a recursos específicos a custos menores para a produção de bens, não gera fortes vínculos com as economias locais, influindo nos fluxos de exportação. O *market seeking*, voltado para o mercado interno da economia receptora, indica defasagem tecnológica nas filiais, contribuição negativa no balanço de pagamentos e tendência à concentração de mercado, mesmo que tenha permitido importantes fluxos de exportação em países em desenvolvimento, como o Brasil. Já o *asset seeking* seria voltado à aquisição de empresas existentes. Por último, o *efficiency seeking* visa principalmente o aproveitamento do mercado local com ganhos de escala e especialização interna à corporação¹⁸⁵.

Ao se aventurarem em contextos internacionais, as empresas visam não apenas consolidar sua posição competitiva, mas também capitalizar em novos mercados, aproveitar recursos estratégicos e explorar nichos de crescimento que podem não estar disponíveis em seu ambiente empresarial original.

3.4.1 Conceito

O termo "transnacional" designa algo que ultrapassa as fronteiras nacionais, estendendo-se para além delas e englobando mais de uma nação, em uma abrangência global¹⁸⁶. Essa denominação é empregada para descrever entidades, fenômenos ou atividades que se manifestam em uma escala internacional, transcendendo as barreiras geopolíticas e operando em uma dimensão global. Essa característica de transnacionalidade destaca a capacidade de influenciar e ser influenciado por múltiplas nações, reforçando a ideia de interconexão e interdependência em um contexto globalizado. Esse conceito não poderá ser confundido com o termo "internacional", que, segundo Teixeira¹⁸⁷:

A compreensão sobre o termo internacional, ou melhor dizendo, sobre a internacionalização, refere-se à relação existente entre países, e somente entre eles, não havendo uma percepção a nível planetário. Assim, essa relação pode desenvolver-se de uma forma bilateral ou até mesmo multilateral, onde suas tratativas somente terão alcance dentro do espaço dominado por suas Soberanias.

¹⁸⁵ OLIVEIRA FILHO, Christiano Simões; REIS, Juliana Bergamini; BARBOSA, Flávio Constantino. Empresas Transnacionais e o Estado brasileiro: uma análise da relação entre o investimento direto externo e transformação da estrutura produtiva. **Fronteira: Revista de Iniciação Científica em Relações Internacionais**, [s.l.], v.20, n.40, p.7-28, 2021.

¹⁸⁶ TEIXEIRA, Alessandra Vanessa. **Sustentabilidade humanista e corporações transnacionais:** desafios da sociedade líquida. 2020, 254f. Tese (Doutorado em Ciências Jurídicas) - Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu, Universidade do Vale do Itajaí, Itajaí/SC, 2020.

¹⁸⁷ Ibid., 2020, p.73.

A mesma autora cita como características da transnacionalidade: 1) desterritorialização, por se tratar de um aspecto que transcende fronteiras, implica em uma condição para além dos limites territoriais. O território transnacional, ao mesmo tempo que não se prende a uma localização específica, está intrinsecamente vinculado à ideia de ultrapassar as barreiras estatais; 2) ultravalorização do capitalismo, já que as relações comerciais desempenham um papel central no processo de transnacionalização; e 3) enfraquecimento do Estado soberano, já que a definição de soberania, antes considerada absoluta, agora é percebida como relativa, divisível e sujeita a questionamentos¹⁸⁸.

De uma maneira simplificada, nas palavras de Dicken “empresa transnacional é aquela que tem o poder de coordenar e controlar operações em mais de um país, mesmo que não seja proprietária delas”¹⁸⁹. Nesse contexto, entende-se que essas empresas possuem maior flexibilidade geográfica, capacitando-se a conduzir processos produtivos e transacionais em uma escala tanto internacional quanto nacional. Além disso, demonstra habilidade para extrair benefícios das disparidades na distribuição de fatores produtivos e nas políticas estatais entre diversas localidades¹⁹⁰. O conceito segundo Amaral¹⁹¹:

Nesse sentido, compreendemos as corporações transnacionais como esses construtos econômicos e jurídicos, entidades versáteis que se apresentam de múltiplas formas: podem atuar simultaneamente ou sucessivamente na economia real e na especulação financeira, na produção, no comércio e nos serviços. [...] Se algumas funcionam a partir do modelo de matriz e filiais, outras constituem grupos de um mesmo setor de atividade, ou conglomerados de atividades diversas, unificadas por meio de fusões e absorções, a partir de conjuntos financeiros (holdings).

Além disso, existem as empresas binacionais, caracterizadas pelo fato de seu capital não possuir uma nacionalidade específica, mas sim estar associado a duas pátrias claramente definidas, compartilhando interesses comuns. Independentemente da forma, as decisões de maior magnitude são centralizadas, e é nos poucos países que abrigam as sedes dessas empresas que ocorrem as principais deliberações que impactam a economia mundial. Este processo não

¹⁸⁸ TEIXEIRA, Alessandra Vanessa. Op. cit., 2020.

¹⁸⁹ DICKEN, Peter. **Mudança global:** mapeando as novas fronteiras da economia mundial. Tradução de Teresa Cristina Felix Sousa. 5.ed. Porto Alegre: Bookman, 2010.

¹⁹⁰ OLIVEIRA FILHO, Christiano Simões; REIS, Juliana Bergamini; BARBOSA, Flávio Constantino. Op. cit., 2021.

¹⁹¹ VIEIRA, Flávia do Amaral. Op. cit., 2021, p. 38.

apenas impulsiona a formação e a expansão do capital financeiro, mas também reforça a concentração de poder e influência econômica em um conjunto restrito de nações¹⁹².

Embora seja possível atribuir uma nacionalidade à empresa transnacional, considerando que há sempre um Estado que respalda e defende seus interesses em organizações como a Organização Mundial do Comércio (OMC), o Fundo Monetário Internacional (FMI), o Banco Mundial (BM) e outros órgãos internacionais, essa disseminação facilita a evasão de responsabilidades relacionadas aos processos de produção associados a ela¹⁹³.

Dessa forma, a empresa transnacional se configura como uma intrincada teia composta pelo núcleo de suas operações, juntamente com sua rede de filiais, fornecedores, contratados e subcontratados, os quais podem estar localizados em diversos pontos ao redor do mundo. A estrutura dessa corporação se estende para além de suas operações principais, abrangendo uma extensa malha de conexões que engloba não apenas suas unidades centrais, mas também suas ramificações e parceiros de negócios distribuídos globalmente.

Apesar das definições, é importante ressaltar que, atualmente, não há um reconhecimento jurídico-legislativo formal das Empresas Transnacionais. A principal característica destas empresas reside, portanto, na implementação de uma estratégia global a partir de um controle central unificado, como mencionado por Baptista¹⁹⁴.

3.4.2 Empresas transnacionais x multinacionais

Apesar de serem trazidos, com frequência, como sinônimos, suas distinções fundamentais residem nas estruturas decisórias e na abordagem em rede. A empresa multinacional se caracteriza por uma estrutura decisória hierarquizada, mantendo uma abordagem uniforme em todas as suas operações. Por outro lado, a corporação transnacional adota uma estrutura mais ágil e enxuta, sua capacidade de operar de forma rápida e adaptável, além de uma

¹⁹² VIEIRA, Flávia do Amaral. Op. cit., 2021.

¹⁹³ Ibid., 2021.

¹⁹⁴ BAPTISTA, Luís Olavo. Op. cit., 1987.

abordagem mais eficiente nas decisões, posiciona essas corporações como agentes-chave na dinâmica econômica global¹⁹⁵.

Inicialmente, o termo “multinacionais” foi a denominação pioneira atribuída a essas empresas. Entretanto, existe uma controvérsia na doutrina a respeito da nomenclatura mais apropriada, pois uma corrente expressiva argumenta que a designação correta seria “Empresas Multinacionais”. Essa terminologia foi cunhada pela primeira vez por David E. Lilienthal, em 1960, adquirindo renome mundial após a publicação na Revista Week, que destacava as empresas desprovidas de lealdade a uma única nação¹⁹⁶.

3.4.3 Atuação das empresas transnacionais

As empresas transnacionais possuem tal relevância no cenário internacional que algumas abordagens acadêmicas já as consideram entidades dotadas de personalidade jurídica no âmbito do Direito Internacional¹⁹⁷. Ou seja, esses autores sugerem que, em certas situações, essas corporações desempenham um papel tão proeminente no processo internacional de tomada de decisões que sua participação pode superar, em peso, a de muitos Estados, justificando seu *status* de não apenas atores econômicos, mas também influentes protagonistas no cenário político internacional.

Esse ponto de vista, que desafia as tradicionais, traz à tona distinções entre atores estatais e não estatais no âmbito do direito internacional, reconhecendo ainda mais a crescente importância das empresas transnacionais na arena global¹⁹⁸.

Se por um lado, as empresas transnacionais estão sempre buscando por novas e melhores condições de mercado, ultrapassando as fronteiras dos Estados em busca de novos consumidores, estes têm a necessidade de proteger seus mercados internos. E o fazem ao mesmo tempo em que se tornam *players*

¹⁹⁵ LOPES, Raphaela de Araújo Lima. A responsabilização de empresas transnacionais por violações a direitos humanos sob a perspectiva do direito internacional. In: Encontro Nacional do CONPEDI. 23,2014. **Anais** [...]. Florianópolis: CONPEDI/UFSC, 2014.

¹⁹⁶ MORAIS, Heloisa Polizel de Oliveira. Op. cit., 2023.

¹⁹⁷ IANNI, Otávio. Op. cit., 2007.

¹⁹⁸ DIAS, Rosa Maria Pellegrini Baptista. Op. cit., 2009.

internacionais com o intuito de enriquecer suas economias, haja vista que o processo de globalização mundial acontece independente das suas vontades¹⁹⁹.

Tomando por base os ensinamentos de Coelho²⁰⁰, os países atualmente não se desenvolvem sem investimento. Especialmente os países com menos recursos e com menor nível de desenvolvimento dependem do progresso financeiro para sustentar o crescimento de suas economias, e isso ocorre, em grande medida, por meio da atuação das empresas transnacionais, que impulsionam setores-chave e geram oportunidades de desenvolvimento.

O simples fato das empresas transnacionais exercerem controle de investimentos em diversas economias (principalmente naquelas que mais necessitam), utilizando a produção de bens e serviços para a obtenção das vantagens que procuram, concede a elas uma capacidade de alocar recursos em escala mundial.

Assim, tem como objetivo maior a liberdade para operar em âmbito transnacional, o que, em linguagem jurídica, significa uma aspiração do reconhecimento da legitimidade e da legalidade de um Direito não estatal. Ainda segundo o eminentíssimo doutrinador, isto é o que alguns autores chamam de uma nova lex mercatoria, elaborada pela prática das próprias empresas transnacionais, que buscam reger a boa parte de suas relações sem a interferência da lei interna ou da lei internacional, pelo jogo da autonomia da vontade de contratos e de arbitragens²⁰¹.

Essas corporações/empresas transnacionais são, inclusive capazes de influenciar os Estados na tomada de decisões, fazendo com que a soberania se reduza, cada vez mais, a um aspecto formal. Quando os estados decidem alterar suas políticas, tanto internas quanto externas, ao se comprometerem com empresas transnacionais ou com o objetivo de atrair investimentos, evidencia-se que a soberania, em muitos cenários, não é suficiente para garantir uma posição equitativa em relação às grandes corporações²⁰².

Tal poder de influência das empresas transnacionais criou a necessidade, por parte dos Estados, de criar controles para estas atividades que estavam se desenvolvendo em seus territórios. Muitos autores dissertam sobre como a forma de operar das empresas transnacionais pode, facilmente, se tornar abusiva e

¹⁹⁹ DIAS, Rosa Maria Pellegrini Baptista. Op. cit., 2009.

²⁰⁰ COELHO, Fábio Ulhoa. Dignidade da pessoa humana na economia globalizada. In: MIRANDA, Jorge; SILVA, Marco Antonio Marques (Coord.). **Tratado luso-brasileiro da Dignidade Humana**. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

²⁰¹ DIAS, Rosa Maria Pellegrini Baptista. Op. cit., 2009, p. 95.

²⁰² Ibid., 2009.

violadora dos Direitos Humanos e Fundamentais, e sobre como, mesmo com a criação de controles internos pelos Estados, esta prática se tornou insuficiente para impedir violações e práticas lesivas. Essas consequências não podem, entretanto, serem observadas de uma forma simplista²⁰³.

O mercado, por óbvio, deve ser pensado também sobre uma dimensão social, levando em conta valores como a dignidade da pessoa humana, por exemplo. Como se vê, problemas como esses merecem atenção especial, principalmente em países em desenvolvimento. Os Direitos Humanos, nunca é demais lembrar, impõe imperatividade sobre todos, sejam pessoas físicas, jurídicas, Estados e organizações internacionais. Muito embora isto seja verdade, pouco se discute acerca do outro lado da moeda, isto é, dos direitos das empresas transnacionais, assunto que será melhor explorado no próximo capítulo.

²⁰³ DIAS, Rosa Maria Pellegrini Baptista. Op. cit., 2009.

4 EMPRESAS TRANSNACIONAIS COMO DETENTORAS DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

A ordem econômica possui uma função essencial na estrutura normativa de um país. Ela não pode ser vista de forma isolada, mas deve estar em harmonia com a ordem social estabelecida pela Constituição. Essa inter-relação significa que as normas que regem a vida econômica não “só” devem promover a eficiência e o crescimento econômico, mas também devem refletir e fomentar os valores e objetivos sociais definidos constitucionalmente.

A ordem econômica é, então, uma parte integrante e indissociável da ordem jurídica (por sua vez mais ampla). Ela deve ser projetada de forma a criar e utilizar mecanismos que facilitem a realização da ordem social estabelecida pelo constituinte originário. Isso inclui a promoção de justiça social, a redução das desigualdades, a proteção dos direitos dos trabalhadores e consumidores, e o incentivo à responsabilidade social das empresas, dentre outras²⁰⁴. Em suma, a política econômica deve ser uma extensão das suas políticas sociais, trabalhando conjuntamente para alcançar um desenvolvimento sustentável.

Juristas frequentemente destacam que a ordem econômica deve ser concebida de maneira que suporte e intensifique os objetivos sociais traçados pela política dominante e consagrados na Constituição. Este alinhamento é crucial, pois permite que as iniciativas econômicas não se limitem a gerar riqueza, mas também contribuam para o bem-estar geral da sociedade. As empresas, por exemplo, não apenas produzem bens e serviços, mas também desempenham um papel vital na criação de empregos, na arrecadação de impostos e na distribuição de renda. Assim, a ordem econômica deve incluir regulamentações que incentivem as empresas a atuarem de maneira socialmente responsável e alinhada com os objetivos sociais do Estado²⁰⁵.

A implementação dessa visão exige a criação de um arcabouço legal que incentive práticas empresariais sustentáveis e socialmente responsáveis.

²⁰⁴ LOPES, Ana Frazão de Azevedo. **Empresa e propriedade:** função social e abuso de poder econômico. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

²⁰⁵ GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes; MELLO, Patrícia Perrone Campos. A titularidade dos Direitos Fundamentais por parte de pessoas jurídicas. A empresa como agente de efetivação dos direitos sociais: notas introdutórias ao direito empresarial constitucional. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, v.6, n.3, p. 99-119, 2016.

Mecanismos como incentivos fiscais para empresas que adotem práticas ambientais corretas, regulamentações que garantam condições de trabalho dignas e políticas que promovam a inclusão social são exemplos de como a ordem econômica pode ser alinhada com a ordem social.

Além disso, a supervisão e a fiscalização dessas práticas devem ser robustas e eficazes para garantir que os objetivos sociais não sejam sacrificados em nome do lucro econômico. Portanto, a harmonização entre a ordem econômica e a ordem social é fundamental para a construção de uma sociedade equitativa e próspera.

A escolha de fundamentar a República nos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa revela uma intenção clara de aproximar as categorias de justiça social e livre mercado. Isso reflete uma visão integrada onde ambos os princípios coexistem e se complementam, criando um ambiente onde o crescimento econômico e a equidade social podem prosperar simultaneamente.

Neste contexto, a livre iniciativa não deve ser vista de maneira isolada, mas sim em estreita conexão com os valores sociais do trabalho. Assim, a justiça social e a livre iniciativa não são vistas como opostas, mas como elementos complementares de uma mesma estrutura econômica e social.

O pleno desenvolvimento da empresa requer um ambiente regulado de maneira eficaz, caracterizado por baixo custo de conformidade e alta segurança jurídica, além de um estrito cumprimento dos contratos. A empresa, além de buscar o lucro para o empresário, tem como finalidade beneficiar as pessoas envolvidas em suas atividades. Isso inclui os trabalhadores que nela se empregam, os consumidores e os fornecedores. O modelo empresarial deve, portanto, proporcionar meios para que todos esses fins possam ser alcançados de maneira eficiente e justa.

De forma análoga, assim como a pessoa humana tem o Direito Fundamental de perseguir objetivos como o bem-estar e a felicidade, devido à sua dignidade intrínseca, as empresas também devem ser consideradas titulares de certos direitos. Esses direitos, embora possam ser parcialmente diferentes e ajustados à natureza coletiva da empresa, derivam da necessidade de garantir que a empresa possa operar de forma eficiente, protegendo tanto seus interesses quanto os de seus *stakeholders*.

A suposição de que somente os atos realizados por pessoas naturais justificam a titularidade de direitos para essas mesmas pessoas não leva em conta a compreensão igualmente necessária de que as pessoas jurídicas existem para alcançar objetivos que impactam diretamente as pessoas naturais.

A pessoa jurídica é [...] um conjunto de pessoas ou de bens, dotado de personalidade jurídica. Por analogia com as pessoas físicas a ordem jurídica disciplina o surgimento desses grupos, reconhecendo-os como sujeitos de direito. Sua razão de ser está na necessidade ou conveniência de as pessoas naturais combinarem recursos de ordem pessoal ou material para a realização de objetivos comuns, que transcendem as possibilidades de cada um dos interessados por ultrapassarem o limite normal de sua existência ou exigirem a prática de atividades não exercitáveis por eles. Organizam-se, assim, de modo unitário, pessoas e bens, com o reconhecimento do direito que atribui personalidade ao conjunto que passa a participar da vida jurídica²⁰⁶.

Por exemplo, a segurança jurídica é crucial para que as empresas possam planejar e executar suas atividades sem temer mudanças abruptas nas regras do jogo. Isso inclui a previsibilidade das leis e a estabilidade dos contratos, que são fundamentais para a confiança mútua entre os agentes econômicos. Da mesma forma, o cumprimento dos contratos garante que as expectativas legítimas das partes sejam respeitadas, garantindo estabilidade nas relações.

Além disso, um ambiente regulatório eficaz deve balancear a necessidade de regulamentação com a flexibilidade necessária para inovação e crescimento. Regulamentações excessivas ou mal desenhadas podem sufocar a criatividade e a eficiência, enquanto a ausência de regras claras pode levar à insegurança jurídica.

As empresas, por serem constituídas por pessoas, devem refletir em suas operações e em seu *ethos* os princípios de dignidade, justiça e bem-estar. Isso inclui práticas empresariais éticas, responsabilidade social corporativa e uma preocupação genuína com o impacto de suas atividades na sociedade e no meio ambiente. Ao assegurar que as empresas tenham condições para operar de maneira justa e eficiente, também se promove o bem-estar das pessoas envolvidas em todas as etapas de sua cadeia de valor²⁰⁷.

O sujeito de direitos, ou seja, o ente capaz de adquirir e exercer direitos, é a pessoa. No entanto, essa pessoa pode ser originada pela natureza ou criada pela lei, o que leva à sua classificação em duas categorias distintas: pessoas

²⁰⁶ AMARAL, Francisco. **Direito civil:** introdução. Rio de Janeiro: Renovar, 2014. p. 331-332.

²⁰⁷ GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes; MELLO, Patrícia Perrone Campos. Op. cit., 2016, p. 99-119.

naturais e pessoas jurídicas. As pessoas naturais são indivíduos dotados de personalidade jurídica desde o nascimento, capazes de exercer direitos e contrair obrigações ao longo de suas vidas. Em contraste, as pessoas jurídicas são entidades formadas por um conjunto de pessoas ou por um patrimônio destinado a um fim específico, reconhecidas pela lei como sujeitos de direitos e obrigações.

A pessoalidade natural é um fato independente da lei, e que lhe é imposto; fato que ela apenas reconhece e regula [...] A pessoalidade jurídica, pelo contrário, somente existe em virtude de lei; mas esta, criando-a, não pode dotá-la de plena capacidade de que as pessoas naturais são suscetíveis. Com efeito, a pessoalidade jurídica é essencialmente restrita; somente estende-se ao direito dos bens, e não pode compreender o de família, porquanto as relações de família pressupõem fatos realizados apenas por pessoas naturais, e tem a sua razão eficiente no destino do homem, da pessoa natural.²⁰⁸

A pessoa jurídica deve ser entendida como um arranjo institucional cuja finalidade primordial é atender às necessidades humanas. Não há uma essência distinta ou independente que permita à pessoa jurídica existir concretamente sem a pessoa humana. Em outras palavras, as pessoas jurídicas só existem porque há pessoas humanas que as constituem e operam. Esta interdependência revela que as pessoas jurídicas não apenas derivam sua existência das pessoas humanas, mas também refletem e suportam os interesses e objetivos dessas mesmas pessoas.

Portanto, é lógico e necessário reconhecer que as pessoas jurídicas também sejam detentoras de Direitos Fundamentais. Estes direitos são atribuídos às pessoas jurídicas exatamente na medida em que elas representam uma extensão das pessoas humanas que as compõem, garantindo assim que os objetivos e as necessidades das pessoas naturais sejam plenamente alcançados e protegidos através dessas entidades coletivas.

A titularidade de Direitos Fundamentais pelas empresas pode ser justificada sob diversos aspectos. Primeiramente, o direito à propriedade é crucial para que as empresas possam operar de maneira eficiente e segura, protegendo seus ativos e investimentos. Além disso, a liberdade econômica, que inclui a liberdade de contratar e demitir, bem como de fazer investimentos, é fundamental para a adaptação rápida às demandas do mercado e para a competitividade empresarial. Ainda, a liberdade de associação e expressão deve ser estendida às

²⁰⁸ RIBAS, Joaquim. Direito civil brasileiro. Rio de Janeiro: Rio, 1977. p. 332

empresas para permitir a formação de associações empresariais e a participação ativa no diálogo social e econômico. A proteção judicial, garantida através do devido processo legal, é igualmente importante para assegurar que as empresas possam resolver disputas de maneira justa e equitativa, preservando a integridade do sistema jurídico²⁰⁹.

Os limites impostos ao exercício pleno dos Direitos Fundamentais por parte das pessoas jurídicas derivam de sua natureza não biológica. Por exemplo, embora as pessoas jurídicas possuam direitos como à privacidade, à ampla defesa e à propriedade, é evidente que não podem reivindicar direitos inerentes à condição humana, como o direito à saúde²¹⁰. As pessoas jurídicas gozam de certos direitos e, da mesma forma, estão sujeitas aos deveres compatíveis com a sua própria natureza.

No contexto deste trabalho, é crucial destacar que a proteção dos direitos das pessoas jurídicas. Isso significa que, assim como as pessoas naturais, as pessoas jurídicas têm direito à propriedade, liberdade de associação e expressão, à imagem, ao nome, à privacidade, entre outros. Para compreender plenamente a amplitude da titularidade de direitos por parte das pessoas jurídicas, é necessário definir com precisão os limites e as especificidades dessa titularidade.

Já não há controvérsias significativas quanto aos aspectos obrigacionais – incluindo a responsabilização dos sócios em determinadas situações, por isso, as pessoas jurídicas, assim como as naturais, devem ser capazes de proteger seus direitos. A legislação reconhece essa necessidade e proporciona mecanismos para que as entidades coletivas possam defender esses direitos em casos de lesão ou ameaça²¹¹.

Assim, a titularidade de direitos pelas pessoas jurídicas não se restringe apenas às obrigações contratuais e patrimoniais, mas também abrange a esfera dos direitos. É importante notar que a aplicação desses direitos às pessoas jurídicas deve considerar as particularidades e limitações inerentes à sua natureza. Diferentemente das pessoas naturais, as pessoas jurídicas não possuem sentimentos ou dignidade humana, mas representam interesses coletivos ou objetivos empresariais que merecem proteção legal.

²⁰⁹ GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes; MELLO, Patrícia Perrone Campos. Op. cit., 2016, p.99-119.

²¹⁰ ROTHENBURG, Walter Claudio. **Direitos Fundamentais**. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 58.

²¹¹ GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes; MELLO, Patrícia Perrone Campos. Op. cit., 2016, p.99-119.

5 EFICÁCIA HORIZONTAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

5.1 TEORIAS DA EFICÁCIA HORIZONTAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS: A VINCULAÇÃO DAS ENTIDADES PRIVADAS

A discussão sobre a eficácia dos Direitos Fundamentais nas relações privadas teve origem na Alemanha, logo após a promulgação da Lei Fundamental de Bonn, em 1949. Essa discussão surgiu antes do célebre caso “Lüth”, que foi um marco importante na jurisprudência alemã, pois refletiu uma preocupação política em proteger os interesses de classes e grupos sociais menos favorecidos contra o poder exercido por particulares²¹².

Desde então, os Direitos Fundamentais estabelecidos na Constituição da Alemanha passaram a ser vistos não apenas como aplicáveis nas relações entre o indivíduo e o Estado, mas também como um conjunto de valores objetivos que guiavam todo o sistema jurídico. Eles influenciam o trabalho do legislador, as ações administrativas e as decisões judiciais, servindo como uma espécie de bússola moral e ética para a sociedade.

A partir desse contexto, desenvolveram-se duas teorias principais: a teoria da eficácia direta ou imediata e a teoria da eficácia indireta ou mediata dos Direitos Fundamentais nas relações privadas. Nos Estados Unidos, uma abordagem mais radical emergiu, que negava a interferência dos Direitos Fundamentais no âmbito privado. No entanto, na Alemanha, o debate sobre a aplicação desses direitos nas relações entre particulares se tornou fundamental, levando à formulação de teorias que buscavam conciliar a proteção dos direitos individuais com as relações privadas. Essas teorias, portanto, representam diferentes abordagens para lidar com a questão da influência dos Direitos Fundamentais no contexto das relações privadas.

No entanto, a questão da aplicação dos Direitos Fundamentais, seja de forma direta ou indireta, transcende para outro debate. O cerne dessa discussão reside na conciliação dos princípios do direito privado tanto no contexto do Direito Constitucional quanto no âmbito do Direito Privado em si, e também, de forma simultânea, em ambos os domínios. Essa é a abordagem proposta pelo professor

²¹² CHEREDNYCHENKO, Olha O. Fundamental rights and private law: A relationship of subordination or complementarity? **Utrecht Law Review**, [s.l.], v.3, n.2, p.1-25, 2007, p. 4.

Silva²¹³ ao tratar desse tema, como delineado no artigo 18 da Constituição da República Portuguesa:

A expressão do artigo 18.o n.1 da Constituição, aplicabilidade <directa> dos preceitos constitucionais referentes aos direitos, liberdades e garantias, só pode querer significar que esses preceitos não são um mero <flatus vocis>, mas que visam regular as concretas situações da vida, quer essa regulação se verifique através da mediação de normas ordinárias, quer se verifique imediatamente (na ausência de normas concretizadoras ou de conceitos gerais e indeterminados, ou quando estes, existindo, têm um âmbito de aplicação menor que o das normas constitucionais).

A teoria dos deveres de proteção, conforme discutido mais adiante, reafirma a coerência do sistema jurídico ao sustentar os Direitos Fundamentais como pilares robustos de proteção legal. Essa teoria implica uma responsabilidade específica do Estado em assegurar, por meio de uma variedade de medidas, que a fruição ou exercício dos Direitos Fundamentais seja salvaguardada de qualquer forma de ameaça, seja ela proveniente de entidades públicas ou privadas, o que demonstra um compromisso com a preservação da dignidade e liberdade dos indivíduos em sua interação com o Estado e com outros agentes privados²¹⁴.

Por outro lado, é importante mencionar a teoria da negação, que se opõe à aplicação dos Direitos Fundamentais nas relações privadas, a teoria da eficácia direta e imediata, que preconiza a aplicação plena desses direitos, e a teoria da eficácia indireta e mediata, que representa uma abordagem intermediária entre essas duas perspectivas. Essas teorias abordam diferentes visões sobre a extensão e o alcance dos Direitos Fundamentais no contexto das interações entre particulares.

5.2 TEORIA DA INAPLICABILIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS E A DOUTRINA DO STATE ACTION

Inicialmente, far-se-á um resgate histórico acerca do início da doutrina da *State Action* nos Estados Unidos, que teve suas origens nos *Civil Rights Cases*, decididos pela Suprema Corte norte-americana em 1883. Após o surgimento das

²¹³ SILVA, Vasco Pereira da. Vinculação das entidades privadas pelos direitos, liberdades e garantias. *Revista de Direito Público*, São Paulo, v.20, n.82, p.41-52, abr./jun. 1987. p.42.

²¹⁴ ALEXANDRINO, José de Melo. **Direitos Fundamentais:** Introdução Geral. 2. ed. Cascais: Princípia, 2011, p. 100.

doutrinas relacionadas à eficácia horizontal dos Direitos Fundamentais, alguns autores, em oposição, levantaram objeções contra a aplicação desses direitos nas relações entre particulares, baseando-se em princípios do liberalismo clássico.

De maneira sucinta, essa teoria postula que é inviável conferir eficácia aos Direitos Fundamentais nesse contexto. Essa posição se fundamenta principalmente na ideia de que os Direitos Fundamentais foram concebidos para proteger os indivíduos contra os abusos do Estado e que, ao estender sua aplicação às relações privadas, ocorreria uma interferência excessiva na esfera da autonomia privada dos cidadãos.

Em outras palavras, os efeitos dos Direitos Fundamentais não intervêm em outros ramos do direito, havendo assim uma radicalização do argumento “para sustentar que Direitos Fundamentais são, única e exclusivamente, direitos dos cidadãos contra o Estado. Assim sendo, não produzem eles efeitos nas relações dos particulares entre si”²¹⁵.

Esta abordagem é proeminente no âmbito do Direito Constitucional norte-americano. A teoria da inaplicabilidade dos Direitos Fundamentais nas relações privadas tem sido objeto de debates intensos, com defensores sustentando que essa abordagem é necessária para preservar a liberdade e autonomia dos indivíduos em suas interações privadas, outros, por outro lado, argumentam que ela pode resultar em lacunas na proteção dos direitos humanos em diferentes esferas da vida social.

A controvérsia levanta questões fundamentais sobre o equilíbrio entre a proteção dos direitos individuais e a preservação da liberdade de ação nas relações entre particulares. Dentre os argumentos utilizados para a defesa dessa teoria está o fato de que “a eficácia horizontal fulminaria a autonomia individual, destruiria a identidade do Direito Privado, que ficaria absorvido pelo direito constitucional, e conferiria um poder exagerado aos juízes, em detrimento do legislador democrático”²¹⁶.

É relevante ressaltar que, segundo essa linha de pensamento doutrinário, os Direitos Fundamentais emergiram nas declarações universais como um meio

²¹⁵ SILVA, Virgílio Afonso da. **A constitucionalização do Direito:** os Direitos Fundamentais nas relações entre particulares. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 71.

²¹⁶ SARMENTO, Daniel. Op. cit., 2004, p. 226.

de resguardar os indivíduos contra a ação do Estado. Nesse contexto, não se sustenta a ideia de uma hierarquia normativa da Constituição em relação ao direito privado, sem que isso signifique a aceitação de uma hierarquia axiológica²¹⁷.

Sarmento e Gomes²¹⁸ oferecem uma análise histórica detalhada sobre a origem da doutrina:

Em 1875, o Congresso Nacional norte-americano aprovara o Civil Rights Act, prevendo uma série de punições civis e penais contra a discriminação racial em locais e serviços acessíveis ao público, com fundamento na competência conferida pela 14ª Emenda à Constituição daquele país, a qual, logo após o fim da escravidão, obrigara os Estados a respeitarem os princípios da igualdade e do devido processo legal.

No entanto, decisões proferidas pela Suprema Corte dos Estados Unidos, ao analisar cinco casos nos quais pessoas foram acusadas de obstruir a entrada de negros em hotéis, teatros e trens, resultaram na anulação do *Civil Rights Act*. Essa anulação se deu sob o argumento de que o Congresso não possuía autoridade para promulgar legislação que regulasse a discriminação racial entre particulares com base na 14ª Emenda à Constituição dos Estados Unidos. De acordo com a interpretação, a União somente detinha competência para estabelecer normas que proibissem discriminações praticadas pelos próprios estados, conforme o que estava previsto na Constituição.

Nesses julgamentos, duas conclusões principais foram estabelecidas de forma inequívoca. A primeira delas é que os Direitos Fundamentais consagrados na Constituição dos Estados Unidos são vinculativos apenas para o Estado, e não para os cidadãos privados. A segunda conclusão é que a seção 5 da 14ª Emenda à Constituição dos Estados Unidos não atribui ao Congresso a autoridade para regular as condutas individuais dos cidadãos privados, uma vez que essa competência é reservada especificamente aos legisladores estaduais. Essa premissa até hoje é válida muito embora o advento da *public function theory*.

Essa supramencionada teoria surgiu como uma abordagem para atenuar essa inclinação, uma vez que sustenta que uma ação privada equivale a uma ação do Estado se o indivíduo privado estiver desempenhando funções

²¹⁷ SILVA, Virgílio Afonso da. Op. cit., 2005, p. 72.

²¹⁸ SARMENTO, Daniel; GOMES, Fábio Rodrigues. A eficácia dos Direitos Fundamentais nas relações entre particulares: o caso das relações de trabalho. **Revista do Tribunal Superior do Trabalho**, Brasília, v.77, n.4, p.60-101, out./dez. 2011.

normalmente atribuídas àquele. De acordo com a doutrina, é exigido que o ator privado exerça um poder que seja reservado exclusivamente ao Estado. Portanto, se os indivíduos privados estiverem participando no desempenho de funções do Estado, tais atividades estão sujeitas às mesmas restrições constitucionais que regem o próprio Estado.

É inadmissível que o Estado busque evitar as limitações constitucionais em suas operações governamentais simplesmente delegando certas atividades para atores individuais. Se os agentes privados assumem responsabilidades estatais ao se envolverem nessas atribuições governamentais, então eles devem estar sujeitos às mesmas restrições em suas liberdades de ação que seriam aplicadas ao próprio Estado²¹⁹.

No entanto, embora essa teoria possa ser razoavelmente fundamentada, identificar quais atividades devem ser classificadas como funções públicas e, portanto, sujeitas a restrições constitucionais, é uma tarefa complexa. É válido destacar que uma pessoa privada que realize atividades que poderiam ser realizadas pelo Estado não está automaticamente sujeita às mesmas limitações que o próprio Estado.

Isso se deve ao fato de que, teoricamente, o Estado poderia assumir uma ampla gama de atividades. Portanto, apenas aquelas atividades ou funções que são tradicionalmente associadas ao Estado e que normalmente são executadas exclusivamente por entidades governamentais podem ser consideradas como funções públicas.

Contudo, é importante ressaltar que a definição de funções públicas não se limita apenas às atividades claramente ligadas à administração estatal, como a condução de eleições ou o controle de territórios. Mesmo atividades aparentemente públicas, como a gestão de um parque, podem ser consideradas funções públicas, sujeitas às regulamentações constitucionais. Por outro lado, a simples operação de um negócio que poderia ser administrado pelo Estado não pode ser automaticamente classificada como uma função pública, pois essa determinação deve ser baseada não apenas na utilidade pública da atividade, mas sim na sua natureza como uma função estatal. Portanto, o fato de um negócio servir a um interesse público não o torna uma função pública por si só.

²¹⁹ ROTUNDA, Ronald D; NOWAK, John E. **Treatise on Constitutional Law: substance and procedure.** 2. ed. Minn: St. Paul, 1992, p. 534.

Além disso, existem outras formas de conexão horizontal dos Direitos Fundamentais que são permitidas no sistema jurídico dos Estados Unidos. Por exemplo, quando a conduta de um agente privado afeta os Direitos Fundamentais em uma relação com o Estado, pode haver uma vinculação horizontal desses direitos.

No entanto, é importante ressaltar que não há uma fórmula predefinida para determinar em que medida essa conexão entre o Estado e o agente privado que violou os Direitos Fundamentais é suficiente para sujeitar esse agente às restrições da Constituição. A Suprema Corte dos Estados Unidos tem enfatizado que essa conexão deve ser avaliada caso a caso, considerando os fatos específicos e as circunstâncias envolvidas, para determinar se há uma ação estatal que justifique a aplicação da Constituição naquela determinada relação privada.

Esse processo envolve uma análise minuciosa dos fatos e uma ponderação cuidadosa das circunstâncias para decidir se a ação do Estado é suficiente para justificar a aplicação dos princípios constitucionais na relação entre particulares. Em outras palavras, a Suprema Corte adota uma abordagem individualizada, examinando detalhadamente as particularidades de cada situação para determinar se a Constituição deve ser invocada em uma relação privada, seguindo o princípio de *“sifting facts and weighing circumstances”*.

Os Estados Unidos e a posição predominante em sua doutrina têm defendido consistentemente a perspectiva liberal de que a Constituição serve como uma restrição à ação dos Poderes Públicos. Esta visão sustenta que a Constituição é uma norma destinada exclusivamente a regular as relações entre os cidadãos e o Estado. Como resultado, os direitos consagrados nas emendas sucessivas à Constituição original dos Estados Unidos são aplicáveis somente ao Estado e só podem ser invocados quando há ação estatal (*state action*)²²⁰.

Isso significa uma concepção estrita dos limites do poder constitucional, na qual a Constituição é vista como um documento destinado a controlar o exercício do poder público e garantir a liberdade individual contra a interferência estatal. Sob essa ótica, os Direitos Fundamentais são concebidos como salvaguardas

²²⁰ ALEXANDRINO, José de Melo. **O discurso dos direitos**. Coimbra: Coimbra, 2011b, p. 357-378.

contra possíveis abusos de autoridade por parte do Estado, e não como limitações às ações de indivíduos ou entidades privadas.

Em suma, segundo Ubillos²²¹

Duas têm sido as vias apontadas na jurisprudência da corte suprema para ampliar com caráter excepcional o raio de ação das garantias constitucionais: o exercício por um sujeito aparentemente privado de uma função própria do Estado e a existência de contatos ou cumplicidades suficientemente significativas para implicar o Estado na conduta de um ator privado. As duas conduzem ao mesmo resultado: ao responsabilizar-se o Estado do ato impugnado, consegue-se prolongar essa especial tutela das liberdades de tal sorte que determinadas controvérsias surgidas entre particulares, excluídas, em princípio, desde âmbito constitucionalmente protegido, acabam compreendidas finalmente nele.

A doutrina da *state action* é aplicada da seguinte maneira: quando um indivíduo entra com uma ação judicial contra outro indivíduo para reivindicar um direito individual constitucional ou uma pretensão baseada nele, o processo é analisado pelo juiz. Primeiramente, o juiz determina se a ação é direcionada ao Estado (funcionário público, agência governamental, entidade pública etc) ou a um particular. Se o réu não é o Estado, então o juiz do tribunal investiga se as ações do réu particular podem ser atribuídas, por alguma razão, ao Estado, ou seja, se podem ser consideradas como *state action*²²².

Vale ressaltar que dentro da própria doutrina jurídica norte-americana, algumas críticas têm sido dirigidas à doutrina da *state action*, argumentando que aplicar os Direitos Fundamentais às condutas privadas não implica necessariamente que todas essas condutas devam receber a mesma eficácia na aplicação desses direitos, como ocorre nas relações entre o indivíduo e o Estado.

Em vez disso, sugere-se que os tribunais possam empregar os Direitos Fundamentais tradicionais como critérios para avaliar se há justificativa razoável para legitimar a conduta de um particular que alegadamente viola Direitos Fundamentais. Essencialmente, essa abordagem sugere que o tribunal deve equilibrar os direitos do suposto infrator com os da suposta vítima e tomar uma decisão equitativa. Chemerinsky sempre criticou essa doutrina alegando que a mesma teria congelado os Direitos Fundamentais em sua formulação inicial

El alcance de las garantías constitucionales se limitó a la esfera de la actividad estatal porque se pensaba que el common law ya protegia

²²¹ UBILLOS, Juan María Bilbao. **Los derechos fundamentales en la frontera entre lo público y lo privado**. Madrid: McGraw W-Hill Interamericana de Espana, 1997.

²²² STEINMETZ, Wilson. Op. cit., 2004, p. 179.

*suficientemente a los individuos de las violaciones de sus derechos y libertades naturales por otros individuos. Hoy en día, sin embargo, son muchos los derechos individuales que carecen de protección en el common law. o que no encuentran una protección suficiente en este sector del ordenamiento [...] ha perdido vigencia, pues, la premisa sobre la que se contigo la doctrina de la state action*²²³.

Aqueles que defendem a manutenção da doutrina da *state action* apresentam argumentos fundamentais para justificar sua posição. Em primeiro lugar, argumentam que sem os requisitos estabelecidos por essa doutrina, praticamente qualquer ato criminoso ou delito poderia ser interpretado como uma questão de Direitos Fundamentais.

Isso implicaria que qualquer violação do direito à vida, liberdade ou propriedade seria automaticamente sujeita a uma ação judicial constitucional, aumentando consideravelmente a carga sobre o sistema judicial e prolongando a resolução desses conflitos. Além disso, a aplicação indiscriminada dos Direitos Fundamentais nas relações privadas poderia levar a um aumento indesejável do poder do Judiciário.

Conceder aos tribunais o poder de remediar todas as violações de Direitos Fundamentais poderia resultar em um controle excessivo sobre a sociedade norte-americana, minando o equilíbrio entre os poderes e prejudicando o sistema de freios e contrapesos. Outro ponto levantado é que eliminar a doutrina da *state action* não necessariamente teria o impacto desejado, uma vez que os direitos individuais poderiam ser facilmente contornados por meio de contratos privados. Isso significa que as pessoas poderiam renunciar aos seus direitos recentemente protegidos pela aplicação direta dos Direitos Fundamentais simplesmente ao celebrar contratos, permitindo ajustes que reduziriam a eficácia dessas proteções legais²²⁴.

No entanto, diante da longa duração do debate (por mais de cinco décadas), é inevitável chegar à conclusão de que os Direitos Fundamentais exercem alguma influência nas relações privadas. Parece ser uma postura inadequada negar completamente a eficácia dos Direitos Fundamentais nesse contexto, dada a extensão e a profundidade das discussões sobre o assunto ao longo do tempo.

²²³ UBILLOS, Juan María Bilbao. Op. cit., 1997, p. 184.

²²⁴ CHEREMINKSY, Erwin. Rethinking state action. **Northwestern University Law Review**. Chicago, v.80, n.3, p. 553-554, 1985.

A teoria da *state action*, fundamentada na Constituição dos Estados Unidos, parte do princípio de que os Direitos Fundamentais, consagrados no *Bill of Rights*, estabelecem restrições exclusivamente aos órgãos estatais e não às interações entre indivíduos privados. A única exceção a essa regra é encontrada na 13^a Emenda, que proibiu explicitamente a escravidão, *in verbis*: “*Neither slavery nor involuntary servitude, except as a punishment for crime whereof the party shall have been duly convicted, shall exist within the United States, or any place subject to their jurisdiction*”^{225, 226}.

A teoria que sustenta a limitação dos Direitos Fundamentais aos poderes estatais nos Estados Unidos é considerada um princípio fundamental tanto pela doutrina quanto pela jurisprudência desse país. Seus defensores fundamentam essa posição na interpretação literal da *Bill of Rights*, pois a redação de seu texto geralmente menciona os poderes estatais nas cláusulas que definem tais direitos.

No entanto, além desse argumento textual, há outras razões defendidas pela doutrina para sustentar essa tese. Entre elas, destaca-se a preocupação com a preservação da autonomia privada, bem como o fortalecimento dos princípios fundamentais que estruturam a organização do governo estabelecidos pela Constituição, como o federalismo e a separação de poderes.

Segundo Tribe²²⁷:

[...] by exempting private action from the reach of the Constitution's prohibitions, it stops the Constitution short of preempting individual liberty-of denying to individuals the freedom to make certain choices, such as choices of the persons with whom they will associate. Such freedom is basic under any conception of liberty, but it would be lost if individuals had to conform their conduct to the Constitution's demands²²⁸

No que diz respeito à valorização do federalismo e da separação de poderes, a doutrina ressalta que nos Estados Unidos há uma clara atribuição de

²²⁵ ESTADOS UNIDOS. Constituição (1787). **Constituição dos Estados Unidos da América**. Disponível em: <https://constitution.congress.gov/constitution/amendment-13/#:~:text=Neither%20slavery%20nor%20involuntary%20servitude,place%20subject%20to%20their%20jurisdiction..> Acesso em: 10 fev. 2024.

²²⁶ Não haverá, nos Estados Unidos ou em qualquer lugar sujeito a sua jurisdição, nem escravidão, nem trabalhos forçados, salvo como punição de um crime pelo qual o réu tenha sido devidamente condenado (tradução nossa).

²²⁷ TRIBE, Laurence. **American Constitutional Law**. 2. ed. Mineola: The Foundation Press, 1988, p. 1691.

²²⁸ Ibid. 1988, p.1691: [...] ao isentar a ação privada do alcance das proibições da Constituição, impede-se que a Constituição atinja a liberdade individual - de negar aos indivíduos a liberdade de fazer certas escolhas, tais como as escolhas das pessoas com quem se associarão. Tal liberdade é básica sob qualquer concepção de liberdade, mas seria perdida se os indivíduos tivessem de adaptar a sua conduta às exigências da Constituição (tradução nossa).

competências legislativas aos estados em matéria de Direito Privado, salvo nos casos que envolvem o comércio entre estados ou internacional. Nesse sentido, a teoria da *state action* é vista como um mecanismo que preserva a autonomia dos estados, impedindo a intervenção excessiva do Judiciário Federal nas relações privadas sob o pretexto de aplicar a Constituição. Isso ocorre porque a aplicação restrita dos Direitos Fundamentais às ações estatais contribui para manter a esfera de atuação dos estados em assuntos de Direito Privado, evitando uma excessiva centralização de poderes no âmbito federal.

Em suma, restringir a salvaguarda constitucional apenas às ações do Estado representa um prejuízo, pois abre espaço para violações dos Direitos Fundamentais, enquanto a manutenção da doutrina da *state action* parece desnecessária, já que sua exclusão não acarretaria perdas significativas. Na verdade, abolir essa teoria significaria que a Constituição seria percebida como um conjunto de normas morais para toda a sociedade, não apenas um instrumento para orientar o governo, estabelecendo que nenhum ente, público ou privado, poderia transgredir esses direitos sem uma justificativa plausível.

Por fim, apesar das modificações introduzidas pela jurisprudência dos Estados Unidos em relação à aplicação da doutrina da *state action*, esta ainda não oferece uma proteção adequada aos Direitos Fundamentais. Isso se deve ao reconhecimento de que as ameaças a esses direitos não são exclusivas do Estado, mas também podem surgir de grupos, indivíduos e entidades privadas. A persistência da *state action* na jurisprudência norte-americana reflete os princípios liberalistas que moldaram a fundação dos Estados Unidos da América e que continuam a influenciar o "radical individualismo que caracteriza a Constituição e a cultura jurídica e social daquele país"²²⁹.

Ao longo de muitos anos, o diálogo em torno da influência dos Direitos Fundamentais no âmbito do Direito Privado tem sido marcado pela dicotomia entre eficácia horizontal direta e eficácia horizontal indireta desses direitos, o que significa que existe uma disputa persistente sobre se a aplicação dos Direitos Fundamentais ocorre de forma imediata ou mediata. Essa discussão é fundamental para discutir o papel dos Direitos Fundamentais nas relações entre particulares.

²²⁹ SARMENTO, Daniel; GOMES, Fábio Rodrigues. Op. cit., 2011, p. 66.

5.3 TEORIA DA EFICÁCIA MEDIATA OU INDIRETA

A teoria da eficácia horizontal mediata dos Direitos Fundamentais (também denominada de teoria da eficácia indireta - *indirekte Drittirkung*) postula que a implementação desses direitos ocorre por meio de estruturas próprias do âmbito privado. Isso implica em uma espécie de “assimilação” dos Direitos Fundamentais pelo Direito Privado, seja através de legislações específicas que materializam tais direitos, seja por meio de cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados, cujo teor é preenchido com base nas normas constitucionais²³⁰. Essa é a teoria que é melhor aceita pela doutrina e jurisprudência europeia, pois trata-se de uma posição mediadora entre a teoria que denega a vinculação dos particulares aos Direitos Fundamentais e, por outro lado, aquela que ampara completamente a incidência direta desses direitos no âmbito privado.

O funcionamento desse sistema pode ser delineado da seguinte forma²³¹:

- 1) As disposições dos Direitos Fundamentais geram efeitos nas interações entre indivíduos através das normas e dos princípios interpretativos e aplicativos característicos do direito privado, como o direito civil, o direito do trabalho e o direito comercial. Em outras palavras, no contexto específico de um caso, a interpretação e aplicação das normas dos Direitos Fundamentais não ocorrem diretamente da constituição, mas são realizadas e ajustadas indiretamente pelas normas e pelos princípios interpretativos do direito privado.
- 2) A eficácia dos Direitos Fundamentais nas relações entre particulares está sujeita à mediação realizada pelo legislador do direito privado, em primeiro lugar, e pelos juízes dos tribunais, em segundo lugar.
- 3) Ao legislador cabe a tarefa de desenvolver de forma concreta os Direitos Fundamentais através da criação de regulamentações normativas específicas que estabeleçam o conteúdo, as condições de exercício e a extensão desses direitos nas interações entre os indivíduos.

²³⁰ STEINMETZ, Wilson. Op. cit., 2004, p. 136-137.

²³¹ Ibid., 2004, p. 137-138.

- 4) Ao se deparar com casos específicos e na falta de desenvolvimento legislativo preciso, cabe ao juiz e aos tribunais conferir efetividade às disposições dos Direitos Fundamentais através da interpretação e aplicação das normas imperativas do direito privado (interpretação conforme aos Direitos Fundamentais), especialmente aquelas que incorporam cláusulas gerais como ordem pública, bons costumes, boa-fé, entre outras. Em outras palavras, é incumbência dos magistrados empregar as cláusulas gerais, interpretando-as e aplicando-as de acordo com os valores objetivos da sociedade que fundamentam as normas dos Direitos Fundamentais ou os valores derivados dessas normas.

Essa abordagem sugere que os Direitos Fundamentais podem influenciar indiretamente as relações privadas, sem necessariamente impor obrigações diretas aos particulares²³². Düring menciona uma influência apenas mediata dos Direitos Fundamentais sobre o direito privado²³³. Nas palavras de Sarmento²³⁴:

Para a teoria da eficácia mediata, os Direitos Fundamentais não ingressam no cenário privado como direitos subjetivos, que possam ser invocados a partir da Constituição. Segundo Düring, a proteção constitucional da autonomia privada pressupõe a possibilidade de os indivíduos renunciarem a Direitos Fundamentais no âmbito das relações privadas que mantêm, o que seria inadmissível nas relações travadas com o Poder Público. Por isso, certos atos, contrários aos Direitos Fundamentais, que seriam inválidos quando praticados pelo Estado, podem ser lícitos no âmbito do Direito Privado. E, por outro lado, certas práticas podem ser vedadas pelo Direito Privado, embora se relacionem ao exercício de um Direito Fundamental.

Essa teoria argumenta que esses direitos são garantidos dentro do âmbito do direito privado, e não por meio de dispositivos constitucionais diretos. De acordo com seus defensores, cabe principalmente ao legislador privado a responsabilidade de facilitar a aplicação dos Direitos Fundamentais sobre os indivíduos, estabelecendo normas que regulem as relações entre particulares de forma compatível com os valores consagrados na Constituição²³⁵. Essa perspectiva reconhece que os Direitos Fundamentais podem exercer uma

²³² MAC CRORIE, Benedita da Silva. **A vinculação dos particulares aos Direitos Fundamentais**. Coimbra: Almedina, S.A. 2005, p. 266.

²³³ CANARIS, Claus-Wilhelm. **Direitos Fundamentais e direito privado**. Coimbra: Almedina, 2006.

²³⁴ SARMENTO, Daniel. Op. cit., 2004, p. 238.

²³⁵ ABRANTES, José João Nunes. Op. cit., 1990. p. 38.

influência significativa nas interações cotidianas entre os cidadãos, mesmo que não sejam aplicados de forma direta e imediata²³⁶.

É crucial ressaltar neste ponto que existem diferentes interpretações da teoria da eficácia mediata dos Direitos Fundamentais que, na prática, se assemelham às teorias da eficácia imediata e dos deveres de proteção. Uma dessas variações, de natureza restritiva, defendida por García Torres e Cruz Villalón, sustenta que a efetividade das normas de Direitos Fundamentais está sujeita à implementação legislativa. Portanto, se o legislador não materializou a norma de Direito Fundamental no contexto do Direito Privado, não há justificativa para a vinculação dos particulares²³⁷.

Uma segunda variante, que pode ser caracterizada como mais moderada, sustenta a ideia de que é responsabilidade do legislador, de preferência, estabelecer os parâmetros da efetividade dos Direitos Fundamentais nas relações privadas. No entanto, na falta de legislação específica, caberia ao juiz, fazendo uso de cláusulas gerais, preencher o conteúdo com os princípios irradiantes dos Direitos Fundamentais. Caso isso não fosse viável, ou seja, se não fosse possível integrar o conteúdo das cláusulas gerais com os princípios irradiantes dos Direitos Fundamentais, mantendo a coerência do sistema, os Direitos Fundamentais não teriam vinculação aos particulares²³⁸.

Uma terceira variante, considerada mais progressista, segue a mesma lógica da segunda variante. Ou seja, a responsabilidade principal de estabelecer os limites da efetividade dos Direitos Fundamentais nas relações privadas recai sobre o legislador. No entanto, na ausência de legislação específica, é incumbência do juiz, valendo-se de cláusulas gerais, preencher o conteúdo com os princípios irradiantes dos Direitos Fundamentais. Se essa abordagem não for viável, excepcionalmente, poderia ser admitida a eficácia direta ou imediata dos Direitos Fundamentais nas relações em que houvesse uma clara disparidade de poder ou "relação desigual de poder". Essa abordagem visa a assegurar uma proteção mais ampla dos Direitos Fundamentais em contextos onde há evidente desequilíbrio de poder entre as partes envolvidas²³⁹.

²³⁶ SARMENTO, Daniel. Op. cit., 2004, p. 241.

²³⁷ STEINMETZ, Wilson. Op. cit., 2004, p. 149.

²³⁸ Ibid., 2004, p. 149.

²³⁹ Ibid., 2004, p. 149.

Em uma quarta e última variação, conhecida como quase imediata, caso não haja intervenção legislativa e não sejam aplicáveis as cláusulas gerais, mesmo na presença de uma clara disparidade de poder, as normas de Direitos Fundamentais seriam diretamente aplicadas nas relações jurídico-privadas. Essa abordagem enfatiza a necessidade de proteção imediata dos Direitos Fundamentais quando a atuação legislativa é ausente ou insuficiente, garantindo assim a salvaguarda dos direitos individuais mesmo em situações onde não há espaço para interpretações extensivas por parte do judiciário²⁴⁰.

De acordo com a teoria da eficácia mediata, os Direitos Fundamentais não são considerados como direitos subjetivos aos quais os particulares têm acesso direto, como se fossem invocações diretas da Constituição. Em vez disso, são interpretados como normas objetivas fundamentadas em princípios. Isso implica que sua aplicação não é imediata, mas mediada por meio de interpretação e implementação legislativa ou judicial. Os Direitos Fundamentais são vistos como parte integrante do sistema normativo, fornecendo princípios orientadores que informam a elaboração e aplicação das leis, bem como a tomada de decisões judiciais²⁴¹.

Nas palavras de Steinmetz²⁴²:

Uma eficácia mediata ou indireta de Direitos Fundamentais - processada e modulada legislativamente ou segundo parâmetros dogmáticos interpretativos e aplicativos específicos do direito privado - Ocorre porque: 1) considera e preserva a autonomia privada como princípio fundamental do direito privado e como princípio que deflui do direito geral de liberdade; 2) assegura a identidade, autonomia e função do direito privado como um todo, sobretudo do direito civil; 3) responder melhor ao postulado da certeza jurídica, porque as normas de direito privado apresentam um grau maior de especificidade e de detalhamento do que os das normas de Direitos Fundamentais (estas últimas são veiculadas por textos fragmentados, ambíguos e, sobretudo, vagos); 4) evita a "panconstitucionalização" do ordenamento jurídico, fenômeno que não seria bom para o direito privado nem para o direito constitucional, porque a) implicaria a trivialização da constituição e dos Direitos Fundamentais, b) converteria, em grande escala, casos jurídicos-privados em casos jurídicos-constitucionais e, por consequência, c) sobrecarregaria a jurisdição constitucional.

Ao contrário da aplicação direta das normas de Direitos Fundamentais na relação entre o indivíduo e o Estado, a dinâmica na relação indivíduo-indivíduo é diferente. Aqui, o princípio da liberdade geral de autodeterminação atua como um

²⁴⁰ STEINMETZ, Wilson. Op. cit., 2004, p. 150.

²⁴¹ SARMENTO, Daniel; GOMES, Fábio Rodrigues. Op. cit., 2011, p. 66-67.

²⁴² STEINMETZ, Wilson. Op. cit., 2004, p. 139-140.

freio ao aplicar os Direitos Fundamentais. Caso contrário, disposições contratuais comuns na vida diária poderiam ser consideradas inválidas desde o início, pois potencialmente infringiriam os Direitos Fundamentais. Um exemplo disso seria uma cláusula em um contrato de locação que permitisse ao proprietário inspecionar o imóvel durante o período de locação. À primeira vista, isso poderia ser interpretado como uma violação do Direito Fundamental do inquilino à inviolabilidade do domicílio.

Alguns argumentam²⁴³ que a teoria da eficácia mediata pode ser aplicada plenamente apenas nas relações entre iguais, ou seja, em situações em que não há predominância de poder de um sobre o outro entre entidades privadas. Nesse contexto, os princípios da autonomia e da liberdade operam sem restrições pela aplicação direta dos Direitos Fundamentais. Conflitos normativos eventuais devem ser solucionados mediante a aplicação das normas de direito privado e, na falta delas, através da interpretação de cláusulas gerais.

No entanto, é importante ressaltar que os direitos de liberdade e autonomia não são absolutos, pois se o fossem, haveria uma completa separação entre o Direito Privado e os Direitos Fundamentais. Além disso, o papel dos Tribunais Constitucionais, também conhecidos como Supremos Tribunais, seria substancialmente reduzido, uma vez que as violações ocorreriam no âmbito dos Direitos Fundamentais, e não exclusivamente no âmbito do Direito Privado. Isso implicaria que os tribunais comuns, em vez dos Tribunais Constitucionais, teriam a responsabilidade de resolver questões relacionadas à natureza constitucional.

A preocupação com a perda da autonomia do Direito Privado se fundamenta na possibilidade de os Direitos Fundamentais penetrarem no âmbito do Direito Privado e influenciarem as relações entre os particulares por meio de cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados. Isso poderia resultar na supremacia do Direito Constitucional sobre o Direito Privado. A principal preocupação decorrente desse cenário é a transformação do Tribunal Constitucional em uma espécie de “superinstância revisora” de todas as decisões proferidas pela jurisdição ordinária²⁴⁴.

²⁴³ ALEXANDRINO, José de Melo. **Direitos Fundamentais:** Introdução Geral. 2. ed. Cascais: Princípia, 2011, p. 106.

²⁴⁴ SILVA, Virgílio Afonso da. **A constitucionalização do direito:** Os Direitos Fundamentais nas relações entre particulares. São Paulo: Malheiros, 2011.

Isso ocorreria porque a irradiação dos Direitos Fundamentais teria o potencial de converter questões que originalmente pertencem ao campo do Direito Privado em questões de natureza constitucional. Nesse contexto, cada disputa no Direito Privado poderia ser reinterpretada como uma questão constitucional, conferindo ao Tribunal Constitucional um papel preponderante na revisão de todas as decisões jurídicas ordinárias.

Portanto, conforme proposto por Dürig, o arquiteto da teoria da eficácia mediata dos Direitos Fundamentais nas relações entre particulares, o conceito se baseia na ideia de que os Direitos Fundamentais exercem influência sobre o Direito Privado por meio de cláusulas gerais, mantendo, ao mesmo tempo, a autonomia dos sistemas jurídicos, mas estabelecendo uma interconexão entre eles. Essa "incorporação" dos Direitos Fundamentais pelo Direito Privado é justificada pela necessidade de integrar esses direitos com os direitos subjetivos privados, considerando as peculiaridades das relações entre os indivíduos²⁴⁵.

A justificativa para evitar a aplicação direta dos Direitos Fundamentais, tratando-os como direitos subjetivos, reside no potencial impacto negativo que isso poderia ter na esfera jurídica privada. Essa abordagem poderia resultar em uma sobreposição de princípios, como, por exemplo, o princípio da igualdade em relação à liberdade contratual, o que poderia complicar as transações legais.

Além disso, há o risco de que a liberdade de expressão supere a obrigação de sigilo, que é imposta pelo dever de cooperação, seja em contextos típicos do direito civil ou em relações de trabalho que envolvem acordos de confidencialidade. Mesmo após o término do contrato de trabalho, o empregado continua obrigado a não divulgar informações confidenciais obtidas durante o emprego.

Essa abordagem busca mitigar a rigidez, a inautenticidade e a falta de realismo na vida jurídica privada que poderiam surgir se os Direitos Fundamentais fossem aplicados de forma descoordenada com as normas do direito privado.

O caso Lüth, decidido em 1950 pelo Tribunal Constitucional Alemão, marcou um ponto de virada significativo ao estabelecer um precedente fundamental para a aplicação da eficácia mediata dos Direitos Fundamentais nas interações entre indivíduos no âmbito privado.

²⁴⁵ SILVA, Vasco Pereira da. Op. cit., 1987, p.261.

Erich Lüth, presidente de uma associação de imprensa de Hamburgo, na Alemanha, em uma conferência na presença de diversos produtores e distribuidores de filmes para cinema, defendeu um boicote ao filme *Unsterbliche Geliebte* (Amantes imortais), do diretor Veit Harlan, que, na época do regime nazista, havia dirigido filmes anti-semitas e de cunho propagandístico para o regime em vigor. Diante disso, o produtor do filme ajuizou ação, considerada procedente pelas instâncias inferiores, contra Lüth no intuito de exigir indenização e proibi-lo de continuar defendendo tal boicote, com base no § 826 do Código Civil Alemão, segundo o qual "aquele que, de forma contrária aos bons costumes, causa prejuízo a outrem, fica obrigado a indenizá-lo". Em face do resultado, Lüth recorreu ao Tribunal Constitucional, que anulou as decisões inferiores, sustentando que elas feriam a livre manifestação do pensamento de Lüth. Mas a decisão não se fundou em uma aplicabilidade direta do direito à manifestação do pensamento ao caso concreto, mas em uma exigência de interpretação do próprio § 826 do Código Civil alemão, especialmente do conceito de bons costumes, pois, segundo o Tribunal, "toda [disposição de direito privado] deve ser interpretada sob a luz dos Direitos Fundamentais"²⁴⁶.

A decisão no caso Lüth partiu do pressuposto de que a Constituição engloba um conjunto de valores objetivos que permeiam todo o sistema jurídico, inclusive o Direito Privado, e que este último é influenciado por esses mesmos valores. Segundo a doutrina da eficácia mediata dos Direitos Fundamentais nas relações privadas, as normas do Direito Privado não devem entrar em conflito com esse conjunto de valores que emanam da própria Constituição.

Portanto, todas as regras do Direito Privado devem ser moldadas de forma a promover a efetivação desse sistema de valores. Os princípios e valores consagrados na Constituição são universais e devem ser respeitados tanto nas relações entre indivíduo e Estado quanto nas interações privadas. Esse conjunto de valores permeia tanto as esferas pública quanto privada da sociedade, independentemente de onde se estabeleça a fronteira entre ambas²⁴⁷.

Essa decisão foi o ponto de partida para pelo menos duas mudanças de pensamento constitucional após a Segunda Guerra Mundial. Primeiro, com a admissão de aplicar horizontalmente os Direitos Fundamentais, afastando a ideia, vigente à época, que os Direitos Fundamentais somente tinham protagonismo da diáde indivíduo-Estado. A segunda, não menos importante, foi a possibilidade dos juízes utilizarem o sistema de judicial *balancing* – sopesamento de interesses – para fundamentar suas decisões. Isso representou uma ampliação do escopo de

²⁴⁶ SILVA, Virgílio Afonso da. Op. cit., 2011, p. 80.

²⁴⁷ CHEREDNYCHENKO, Olha O. Op. cit., 2007, p. 4.

considerações nas decisões judiciais, permitindo uma análise mais abrangente e contextualizada dos Direitos Fundamentais em questão.

Insta salientar que, se os Direitos Fundamentais passassem a exercer uma influência tão forte nas relações privadas quanto exercem nas relações entre o indivíduo e o Estado, os cidadãos poderiam começar a perceber esses direitos não mais como uma salvaguarda essencial, mas sim como uma potencial fonte de conflito e intrusão.

Nessa perspectiva, os Direitos Fundamentais deixariam de ser vistos exclusivamente como uma proteção contra a ação estatal para se tornarem obrigações que todos devem observar em suas interações interpessoais. Isso significaria uma mudança fundamental na percepção desses direitos, transformando os indivíduos de meros detentores de direitos em também detentores de deveres fundamentais²⁴⁸.

Por último, é possível observar que a teoria da eficácia mediata desempenhou um papel significativo na promoção da efetividade dos Direitos Fundamentais durante a primeira fase do "ressurgimento constitucional do segundo pós-guerra". No entanto, essa abordagem demonstra algumas limitações ao buscar garantir uma proteção judicial plena dos Direitos Fundamentais. Essa lacuna tem proporcionado espaço para os críticos dessa teoria argumentarem a favor da aplicação direta dos Direitos Fundamentais em contextos nos quais há uma necessidade premente de proteção dos Direitos Fundamentais e de efetivação dos princípios constitucionais²⁴⁹.

5.3.1 Teoria da eficácia mediata e dever de proteção

Na Alemanha, onde a influência da teoria da eficácia mediata é marcante, emergiu a teoria dos deveres de proteção, impulsionada principalmente por Claus-Wilhelm Canaris. Em uma conferência da Sociedade Jurídica de Berlim, realizada em 1998, Canaris apresentou uma palestra que posteriormente foi expandida e atualizada para se tornar seu livro intitulado “Direitos Fundamentais e Direito Privado”.

²⁴⁸ NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos Fundamentais**: trunfos contra a maioria. Coimbra: Coimbra, 2006, p. 74.

²⁴⁹ Ibid., 2006, p. 76-77.

Embora ambas tenham uma origem comum e compartilhem certos princípios fundamentais, a teoria da eficácia mediata e a teoria dos deveres de proteção diferem em aspectos essenciais. Essencialmente, como visto, a teoria da eficácia mediata propõe que os efeitos dos Direitos Fundamentais nas relações privadas são alcançados por meio de diferentes abordagens. Isso inclui a intervenção do legislador ordinário para concretizar tais direitos, a interpretação das normas ordinárias de acordo com os princípios constitucionais, bem como a aplicação dos conceitos jurídicos indeterminados e das cláusulas gerais derivadas do Direito Civil. Isso implica que os Direitos Fundamentais, embora enraizados na Constituição, são efetivados e aplicados de maneira mais sutil e mediada no âmbito das relações entre indivíduos e entidades privadas.

Por outro lado, a teoria dos deveres de proteção, mesmo reconhecendo a relevância da eficácia mediata para a concretização dos Direitos Fundamentais por meio dos mecanismos mencionados anteriormente, parte do princípio de que os Direitos Fundamentais possuem não apenas uma dimensão subjetiva, mas também uma dimensão objetiva.

Nessa perspectiva, os Direitos Fundamentais não são apenas prerrogativas individuais, mas também valores ou princípios constitucionais objetivos, cujos efeitos se estendem em diversas direções. A teoria dos deveres de proteção destaca a importância não apenas dos direitos subjetivos individuais, mas também da dimensão objetiva dos Direitos Fundamentais.

Isso implica que os Direitos Fundamentais não se limitam apenas às demandas individuais por liberdade e autonomia, mas também incorporam princípios e valores constitucionais que devem ser protegidos e promovidos pelo Estado e pela sociedade como um todo²⁵⁰.

O professor Novais ressalta um aspecto crucial da dimensão objetiva dos Direitos Fundamentais, destacando que sua principal implicação é a obrigação legal de proteger esses direitos que incide sobre todos os poderes do Estado, inclusive o Poder Judiciário. Segundo a análise de Jorge Reis Novais, a dimensão objetiva dos Direitos Fundamentais não apenas confere prerrogativas aos indivíduos, mas também estabelece uma obrigação jurídica abrangente de

²⁵⁰ NOVAIS, Jorge Reis. Op. cit., 2006, p. 73.

proteção desses direitos por parte de todas as instâncias estatais, inclusive o sistema judiciário.

Isso significa que o Estado, através de seus diversos órgãos e instituições, tem o dever não apenas de respeitar os Direitos Fundamentais, mas também de adotar medidas ativas para garantir sua efetivação e proteção. O Poder Judiciário, como um dos pilares do Estado de Direito, desempenha um papel fundamental nesse contexto, assegurando que os Direitos Fundamentais sejam respeitados e aplicados de maneira justa e equitativa em todas as esferas da vida pública e privada.

Entretanto, é importante salientar que essa observação não se limita apenas à teoria dos deveres de proteção, mas se estende também às teorias da eficácia imediata e mediata dos Direitos Fundamentais. Isso porque o legislador desempenha um papel crucial no equacionamento da convivência entre as esferas de autonomia e liberdade dos cidadãos, ponderando o princípio da liberdade com o princípio da autonomia privada nas relações entre indivíduos que se autodeterminam livremente.

Tal responsabilidade recai sobre o legislador, uma vez que ele detém legitimidade derivada do poder conferido pelos cidadãos por meio do processo eleitoral, para deliberar quais medidas promovem a maior eficácia dos preceitos constitucionais. Isso porque existe uma margem de discricionariedade na escolha normativa, exceto quando as opções normativas são manifestamente contrárias à Constituição.

Assim, cabe ao legislador, no exercício de sua função representativa, encontrar um equilíbrio adequado entre os diversos princípios constitucionais, garantindo a proteção dos Direitos Fundamentais e promovendo a justiça e a harmonia nas relações sociais²⁵¹.

É importante ressaltar que não cabe ao Poder Judiciário avaliar se as medidas legislativas destinadas a promover os Direitos Fundamentais são as mais adequadas para assegurar a máxima eficácia dos princípios constitucionais. Isso se deve ao fato de que existe uma margem de discricionariedade na escolha normativa, conferida ao legislador, para decidir quais Políticas Públicas são mais apropriadas em consonância com os valores e objetivos da Constituição. A função

²⁵¹ NOVAIS, Jorge Reis. Op. cit., 2006, p. 74.

do Judiciário, nesse contexto, não é substituir o legislador na formulação de políticas, mas sim verificar se as decisões legislativas estão em conformidade com os preceitos constitucionais, respeitando o amplo espaço de autonomia política conferido ao poder legislativo, que é legitimado democraticamente por meio do processo eleitoral.

O papel central da intervenção estatal nas relações entre indivíduos é primariamente atribuído ao legislador democrático, em conformidade com os princípios fundamentais do Estado de Direito, especialmente o princípio da reserva legal, que estabelece que ninguém pode ser obrigado a fazer ou deixar de fazer algo sem uma lei que o estabeleça (conforme disposto no artigo 5º, inciso II, da Constituição Federal de 1988).

Essa responsabilidade primordial é reconhecida pela teoria dos deveres de proteção. Por outro lado, a teoria da eficácia imediata transfere esse protagonismo para o Poder Judiciário quando identifica um conflito entre particulares a partir da alegada existência de um direito subjetivo fundamental que um dos indivíduos detém sobre o outro, fundamentando esse direito diretamente na norma constitucional. Isso implica que a intervenção do juiz é vista como necessária, imediata e independentemente da existência de uma regulamentação prévia por parte do legislador, mesmo que essa regulamentação seja implícita ou haja um silêncio eloquente.²⁵².

O legislador, ao exercer sua função primordial, eventualmente faz surgir a legislação adequada para lidar com situações em que os Direitos Fundamentais são ameaçados por ações de particulares. No entanto, mesmo que ainda não tenha feito isso, diante de abusos evidentes, as cláusulas gerais ou, em última instância, o princípio da dignidade da pessoa humana, oferecem meios para resolver o problema²⁵³.

Essas cláusulas gerais, presentes no ordenamento jurídico, têm a capacidade de preencher lacunas legais e oferecer uma base para a proteção dos Direitos Fundamentais em casos em que a legislação específica ainda não tenha sido elaborada. Além disso, o princípio da dignidade da pessoa humana, consagrado em muitas constituições, serve como um fundamento substancial para garantir a proteção dos Direitos Fundamentais em todas as esferas da vida

²⁵² NOVAIS, Jorge Reis. Op. cit., 2006, p. 105.

²⁵³ Ibid., 2006, p. 106.

social e jurídica. Assim, mesmo na ausência de legislação específica, esses mecanismos jurídicos podem ser invocados para garantir a salvaguarda dos Direitos Fundamentais diante de violações perpetradas por particulares.

A intervenção do juiz para fazer valer o dever de proteção deve ser reservada para situações excepcionais ou evidentes deficiências na proteção da liberdade individual. Nesses casos, o juiz enfrenta o desafio de equilibrar o dever de proteção com outros princípios que possam apontar em direções opostas, como o princípio da autonomia privada e os Direitos Fundamentais a ele associados. Essa ponderação requer uma análise cuidadosa e contextualizada das circunstâncias envolvidas, levando em consideração não apenas a gravidade da ameaça à liberdade individual, mas também os interesses e valores em conflito.

A teoria dos deveres de proteção rejeita a aplicação direta dos Direitos Fundamentais em relação a outros particulares como se fossem direitos subjetivos, uma abordagem semelhante à teoria da eficácia mediata, quando não há legislação específica que regule a situação e a interpretação conforme à Constituição não é viável.

No entanto, em contraste com a teoria da eficácia mediata e em alinhamento com a teoria da eficácia imediata, a teoria dos deveres de proteção propõe algum outro tipo de eficácia nos casos em que não há lei ou cláusula geral aplicável. Nesse cenário, a teoria dos deveres de proteção argumenta que os Direitos Fundamentais exercem efeitos jurídicos nas relações entre particulares, mas não na forma de direitos subjetivos, como defendido pela teoria da eficácia imediata, que seriam diretamente oponíveis a outros particulares. Segundo Novais²⁵⁴:

Mediatamente através do reconhecimento de uma dimensão objetiva dos Direitos Fundamentais de onde decorrem, para todos os poderes do Estado, incluindo o poder judicial, especiais deveres de proteção dos Direitos Fundamentais que permitem excepcionalmente ao juiz, sempre que a proteção dos Direitos Fundamentais o exija e o legislador (ainda) não tenha cumprido adequadamente esses deveres, o recurso directo à norma constitucional na resolução de conflitos entre particulares.

A doutrina dos deveres de proteção teve como ponto de partida a concepção dos Direitos Fundamentais como princípios objetivos, os quais

²⁵⁴ NOVAIS, Jorge Reis. Op. cit., 2006, p. 73.

impõem ao Estado a obrigação de garantir os meios necessários para sua efetivação.

Dessa forma, emerge a ideia de que dos Direitos Fundamentais pode derivar diretamente uma obrigação estatal de proteger um bem jurídico tutelado pelos mesmos contra ameaças e violações provenientes de terceiros, especialmente de natureza privada. Essa obrigação estatal se estende não apenas a indivíduos e entidades dentro do próprio Estado, mas também a outros Estados e entidades que não são destinatários diretos dos Direitos Fundamentais.

Na Alemanha, os Poderes Públicos estão intrinsecamente ligados aos Direitos Fundamentais, implicando que estes limitam tanto a atividade legislativa quanto a administração pública. No entanto, caso esses poderes não observem a Constituição como sua orientação, cabe ao juiz o dever de salvaguardar os Direitos Fundamentais dos cidadãos.

Assim, tanto o legislador quanto a administração pública e os juízes têm a obrigação não apenas de se absterem de violar os Direitos Fundamentais, mas também de protegê-los contra ameaças e agressões provenientes de particulares. Se o juiz também não respeitar os Direitos Fundamentais, cabe recurso ao Tribunal Constitucional para revisão.

Diante da ausência de normas específicas ou disposições gerais aplicáveis, e inclusive em cenários excepcionais que contrariam a legislação vigente, o juiz é confrontado com a obrigação de zelar pela proteção dos Direitos Fundamentais. Em momentos em que se evidencia uma lacuna na proteção desses direitos ou uma urgente necessidade de reforçá-la, o juiz se encontra compelido a agir no sentido de garantir sua salvaguarda. Isso implica que o juiz não pode permanecer inerte diante de ameaças ou violações aos Direitos Fundamentais, mesmo quando não há uma diretriz legal clara para seguir.

É amplamente reconhecido que a Constituição abrange Direitos Fundamentais que aparentemente têm como principal ou mesmo exclusivo objetivo regular relações jurídicas entre particulares, como os direitos de greve ou as liberdades sindicais dentro das empresas. No entanto, uma vez que um Direito Fundamental é incluído no texto constitucional, independentemente das circunstâncias que o levaram a essa condição, surgem questionamentos semelhantes aos aplicados a qualquer outro Direito Fundamental. Quem são os destinatários das proibições, imposições ou permissões: os indivíduos privados

ou o Estado? É necessário examinar como o Estado é encarregado de "especiais deveres de proteção e especiais deveres de conformação das relações privadas e indicar, desde logo, o sentido material dessa conformação e proteção"²⁵⁵.

O conceito de dever de proteção (*Schutzpflicht*) implica numa responsabilidade específica do Estado em garantir, através de uma variedade de medidas, que o desfrute ou exercício dos Direitos Fundamentais seja resguardado contra qualquer tipo de ameaça, seja ela proveniente de entidades públicas ou privadas.

Uma decisão de destaque do Tribunal Constitucional alemão, datada de 1990 (BverfGE 81, 242), defendeu de maneira explícita a aplicação da teoria dos deveres estatais de proteção para garantir os Direitos Fundamentais em contextos de relações privadas, especialmente em relação ao âmbito laboral em sentido amplo. Esta decisão marca um ponto crucial na jurisprudência, destacando a obrigação do Estado em proteger ativamente os Direitos Fundamentais mesmo em situações envolvendo atores privados, como empregadores e empregados. Segundo Barroso²⁵⁶:

No caso, uma empresa vinícola havia rescindido contrato celebrado com um seu representante comercial, sem pagamento de qualquer indenização, em razão de suposta falta grave cometida por ele. No Código Comercial alemão, estava prevista a possibilidade de as partes no contrato de representação comercial aventarem a proibição do ex-representante de exercer negócio no mesmo ramo, por até dois anos, sem qualquer indenização, caso seu afastamento decorresse de motivo relevante. Esta cláusula fora pactuada, mas o antigo representante comercial insurgiu-se contra ela, alegando violação ao seu Direito Fundamental ao livre exercício de profissão ou ofício. Em seu julgamento, o Tribunal Constitucional germânico reconheceu, em primeiro lugar, que pelo princípio da autonomia privada, as pessoas podem engajar-se em negócios jurídicos envolvendo restrição ou renúncia ao exercício de Direitos Fundamentais. Todavia, a validade destes acordos pressupõe a liberdade no consentimento da parte prejudicada, o que exige que se verifique se esta se encontrava, ao celebrar o contrato, numa situação de desequilíbrio de forças em relação à sua contraparte. Afirmou o Tribunal que o 'o artigo 12, parágrafo primeiro da Lei Fundamental, ordena ao legislador privado o estabelecimento de medidas de proteção do livre exercício de uma profissão ou ofício frente a restrições contratuais, especialmente quando não exista um equilíbrio aproximado de forças entre as partes'. Assim, para a Corte Constitucional alemã, o legislador não havia tomado em consideração este elemento ao estabelecer a norma do Código Comercial acima mencionado, e, portanto, violar o seu dever de proteção

²⁵⁵ NOVAIS, Jorge Reis. Op. cit., 2006, p. 70-71.

²⁵⁶ SARMENTO, Daniel. A vinculação dos particulares aos Direitos Fundamentais no direito comparado e no Brasil. In: BARROSO, Luís Roberto (Org.). **A nova interpretação constitucional: ponderação, Direitos Fundamentais e relações privadas**. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 238.

à liberdade de profissão. Com base neste argumento, a Corte, afastando o dispositivo do Código Comercial em questão, deu ganho de causa ao antigo representante comercial.

Portanto, embora não seja possível estabelecer uma conexão direta entre o cidadão e os Direitos Fundamentais, esses direitos podem justificar restrições à autonomia privada, tanto no âmbito legislativo quanto no interpretativo. A teoria dos deveres de proteção fundamenta-se na ideia de que os Direitos Fundamentais são essencialmente direcionados ao Estado, sendo que apenas em situações excepcionais o Estado intervém nas relações entre particulares para garantir a proteção desses Direitos Fundamentais.

Nessa perspectiva, Starck ressalta que em duas disposições de Direitos Fundamentais (como a linha 1 do artigo 3.2 da Lei Fundamental alemã, combinada com o artigo 117.1, e também no caso do artigo 6.5 da Lei Fundamental), o Estado, representado pela Alemanha, tem a obrigação de garantir a igualdade. Esses deveres de proteção da igualdade exercem uma influência direta no campo do Direito Civil. Dessa forma, não se está lidando apenas com direitos de defesa tradicionais, mas sim com direitos de igualdade cuja concretização exige uma regulamentação adequada do Direito Civil²⁵⁷.

O compromisso estatal ultrapassa simplesmente a não interferência na esfera de liberdade do indivíduo; ao invés disso, implica na obrigação do Estado de oferecer proteção contra danos ou ameaças à liberdade das pessoas provenientes de fontes externas ao próprio Estado, incluindo a defesa dos cidadãos contra intervenções injustificadas de outros cidadãos (proibição de intervenção)²⁵⁸.

A teoria dos deveres de proteção apresenta um argumento persuasivo para sustentar sua posição, o de que os Direitos Fundamentais são percebidos pelos cidadãos como aliados confiáveis nos momentos de adversidade. Se um indivíduo passa a encarar os Direitos Fundamentais com desconfiança, temendo que esses mesmos direitos possam ser usados contra seus próprios interesses, a própria essência da defesa dos Direitos Fundamentais fica comprometida.

Na verdade, não seria correto simplesmente transplantar o particular para a posição de sujeito passivo do Direito Fundamental, equiparando

²⁵⁷ STARCK, Christian. *Derechos fundamentales y Derecho privado*. **Revista Española de Derecho Constitucional**, Madrid, v.22, n.66, p.65-89, set./dez. 2002. p.72.

²⁵⁸ HESSE, Konrad. **Temas fundamentais de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 56.

o seu regime jurídico ao dos Poderes Públicos, pois o indivíduo, diversamente do Estado, é titular de Direitos Fundamentais, e está investido pela própria Constituição em um poder de autodeterminação dos seus interesses. Uma equiparação do particular ao Estado, para fins de sujeição aos Direitos Fundamentais, tenderia a revelar-se autoritária, ao restringir em demasia a sua liberdade de fazer escolhas e agir de acordo com elas²⁵⁹.

A mesma linha de pensamento é defendida por Konrad Hesse, cujas ideias foram mencionadas no voto-vista proferido pelo Ministro Gilmar Mendes durante a decisão do Recurso Extraordinário 201819 pelo Supremo Tribunal Federal (STF) do Brasil. Hesse ressalta que as interações entre indivíduos privados são, essencialmente, pautadas pelo princípio da igualdade. A conexão direta dos atores privados aos Direitos Fundamentais não pode ser tão profunda quanto no caso da relação entre Estado e cidadão, pois, diferentemente dessa dinâmica, os Direitos Fundamentais atuam em favor e contra ambos os participantes da relação de Direito Privado²⁶⁰.

Até mesmo os estudiosos que advogam a aplicação de teorias distintas, como a teoria mediata, na efetivação dos Direitos Fundamentais nas interações entre particulares, parecem reconhecer a robustez alcançada pela teoria dos deveres de proteção. Ao discorrer sobre a extensão dos Direitos Fundamentais também às entidades privadas, em situações contempladas pelos artigos 27, nº 2, 34, nº 3, primeira parte, 37, nº 4, e 50, nº 2, todos da Constituição da República Portuguesa, Alexandrino, ao admitir a aplicação direta desses Direitos Fundamentais nas relações privadas, sugere a adoção da teoria dos deveres de proteção. Ele argumenta que esses são cenários nos quais há uma adaptação da norma, mas não uma exceção, pois em todos eles, é possível identificar ao menos um dever de proteção direcionado ao Estado como elemento central da garantia constitucional correspondente²⁶¹.

²⁵⁹ SARMENTO, Daniel; GOMES, Fábio Rodrigues. Op. cit., 2011, p. 61.

²⁶⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 201819**. Relatora: Min. Ellen Grace. 11 nov. 2005. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=388784>. Acesso: 12 fev. 2024.

²⁶¹ ALEXANDRINO, José de Melo. Op. cit., 2011, p. 105.

5.4 EFICÁCIA IMEDIATA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Diferentemente, a eficácia horizontal direta dos Direitos Fundamentais (também denominada *direkte Drittewirkung*) envolve a possibilidade de que uma das partes envolvidas em um litígio civil possa invocar diretamente um Direito Fundamental como base para uma reivindicação de direito privado contra outra parte privada. Nessa perspectiva, os Direitos Fundamentais servem como fundamentos para obrigações que impõem limitações diretas às ações de terceiros privados²⁶².

Em contraste, conforme a doutrina do efeito horizontal indireto, os Direitos Fundamentais não são considerados fontes diretas de obrigações, mas sim como inspiração para o desenvolvimento das regras do Direito Privado. Assim, eles influenciam as relações entre particulares de forma indireta, sendo utilizados na interpretação de cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados como guias orientadores²⁶³.

A teoria da eficácia direta dos Direitos Fundamentais nas relações privadas postula que os Direitos Fundamentais possuem aplicabilidade direta na esfera das interações entre indivíduos, equiparando-se à sua aplicação na relação entre o indivíduo e o Estado. Essa perspectiva sustenta que os Direitos Fundamentais podem ser invocados sem a necessidade de intervenção legislativa específica ou da inclusão de disposições genéricas e conceitos jurídicos abertos.

Essa teoria fundamenta-se na ideia de que o sistema de proteção deve agir em relação ao poder, seja ele exercido pelo Estado ou por entidades privadas. Isso implica estender os princípios do Estado de Direito, nos quais o poder está sujeito a limites e regras legais para preservar a liberdade, para as relações entre indivíduos e entidades privadas. Portanto, implica aplicar os Direitos Fundamentais como direitos subjetivos que podem ser opostos a indivíduos privados. Essa abordagem visa garantir que os direitos individuais sejam protegidos não apenas contra a interferência estatal, mas também contra possíveis abusos de poder por parte de entidades privadas.

²⁶² STEINMETZ, Wilson. Op. cit., 2004.

²⁶³ REDING, Viviane; ZOLL, Andrezej. **Fundamental Rights and Private Law A Practical Tool for Judges**. Zoll. Editado por Christoph Busch e Hans Schulte-Nölke. Osnabrück: European Legal Studies Institute. University of Osnabrück. 2012, p. 11.

A teoria da eficácia horizontal direta teve seu surgimento associado principalmente à figura de Hans Carl Nipperdey, um jurista alemão que desenvolveu suas ideias por volta da década de 1950, na Alemanha²⁶⁴ e adotada pela Câmara Primeira do Tribunal Federal do Trabalho²⁶⁵. O autor argumenta que:

há algumas normas de Direitos Fundamentais que não se restringem à proteção de uma esfera de liberdades ante o Estado; elas também garantem aos particulares, nas relações que estes mantêm entre si e sobretudo nas relações em que os *sozialmachte* (“poderes sociais”) participam, um *status socialis*, isto é, uma posição jurídica do particular ante os demais particulares²⁶⁶.

Essa teoria é reduzida à influência da teoria da eficácia imediata na República Federal da Alemanha, mas, em outros países como, Itália, Portugal e Espanha, a sua influência é crescente. Conforme essa teoria, os Direitos Fundamentais são a base de todo o sistema jurídico e aplicam-se em todas as esferas da atividade humana de forma imediata, sem necessidade de intervenção do legislador.

Portanto, as disposições de Direitos Fundamentais presentes na constituição conferem, dependendo de sua natureza e interpretação literal, direitos subjetivos aos cidadãos que podem ser invocados tanto contra os poderes públicos quanto contra os indivíduos privados. Essa perspectiva enfatiza que os Direitos Fundamentais não dependem de atos legislativos intermediários para sua efetivação e que sua proteção é direta e imediata, independentemente

Nas palavras de Steinmetz²⁶⁷:

Postula-se por uma eficácia não condicionada à mediação concretizadora dos poderes públicos, isto é, o conteúdo, a forma e o alcance da eficácia jurídica não dependem de regulações legislativas específicas nem de interpretação e de aplicações judiciais, conforme aos Direitos Fundamentais, de todos de normas imperativas de direito privado, de modo especial, daqueles portadores de cláusulas gerais.

Quando se discute a aplicabilidade direta dos Direitos Fundamentais nas interações entre particulares, enfatiza-se que esses direitos podem ser invocados e aplicados diretamente, sem a necessidade de intervenção intermediária, da

²⁶⁴ SARMENTO, Daniel. Op. cit., 2004, p. 258. do contexto em que sejam invocados (público ou privado)²⁶⁴.

²⁶⁵ STEINMETZ, Wilson. Op. cit., 2004, p. 164.

²⁶⁶ Ibid, 2004, p. 165.

²⁶⁷ Ibid., 2004, p. 167.

mesma maneira que ocorre nas relações entre o Estado e o indivíduo. Essa teoria se fundamenta na ideia de que, dada a diversidade de relações no contexto jurídico, as pessoas podem ter seus Direitos Fundamentais violados por uma variedade de agentes, não se limitando apenas à atuação do Estado. Isso implica que tais direitos não dependem exclusivamente de uma relação vertical Estado-cidadão para serem eficazes, mas também se estendem às interações entre os próprios indivíduos. Segundo Claus-Wilhelm Canaris²⁶⁸:

Os Direitos Fundamentais não carecem, assim, de qualquer transformação para o sistema de regras de direito privado, antes conduzindo, sem mais, a proibições de intervenção no tráfico jurídico-privado e a direitos de defesa em face de outros sujeitos privados.

Os proponentes dessa linha de pensamento argumentam que os Direitos Fundamentais devem ser aplicados de maneira direta e imediata, fundamentando-se na coesão do sistema jurídico e na autoridade normativa da Constituição, que não tolera a existência de uma esfera isolada do Direito Privado alheia aos princípios constitucionais. Isso implica que o Direito Privado não pode operar como um domínio independente, separado das diretrizes e dos valores fundamentais consagrados na Constituição²⁶⁹.

A consequência desse entendimento é que alguns Direitos Fundamentais poderiam afetar os indivíduos ou entidades privadas de forma quase idêntica à forma como afetariam o Estado. Isso sugere que determinadas garantias fundamentais possam impor obrigações e restrições aos particulares de maneira similar àquelas impostas ao Estado.

O § 1º, do artigo 5º, da Constituição Federal (CF) brasileira e o artigo 18, § 1º, da Constituição da República Portuguesa, ao abordarem a questão da aplicabilidade direta ou imediata dos princípios dos Direitos Fundamentais, parecem ratificar legalmente essa questão da aplicação imediata, *in verbis*:

Constituição da República Federativa do Brasil²⁷⁰.

Art. 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:
[...]

²⁶⁸ CANARIS, Claus-Wilhelm. Op. cit., 2006, p. 53.

²⁶⁹ SILVA, Vasco Pereira da. Op. cit., 1987, p. 266.

²⁷⁰ BRASIL. (Constituição, 1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 2016. 496 p.

§ 1º As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.

Constituição da República Federativa Portuguesa²⁷¹:

1. Os preceitos constitucionais respeitantes aos direitos, liberdades e garantias são directamente aplicáveis e vinculam as entidades públicas e privadas.

Existe um ponto de convergência entre as abordagens da eficácia mediata ou indireta dos Direitos Fundamentais e a da eficácia imediata ou direta: ambas reconhecem aos Direitos Fundamentais uma influência operante em toda a estrutura jurídica e conferem a esses direitos tanto uma dimensão subjetiva quanto uma objetiva²⁷².

Porém, uma distinção fundamental entre a abordagem proposta por Dürig, centrada na eficácia indireta dos Direitos Fundamentais, e a perspectiva de Nipperdey, que se concentra na eficácia direta desses direitos, reside na exigência ou ausência de intervenção legislativa para que um indivíduo possa fazer valer esses direitos como se fossem seus direitos subjetivos.

Portanto, de acordo com a perspectiva de Dürig, seria necessário estabelecer um meio pelo qual um Direito Fundamental pudesse ser exercido, como exemplificado pelo Artigo 9º da Consolidação das Leis do Trabalho no Brasil, que declara "nulos de pleno direito os atos praticados com o objetivo de desvirtuar, impedir ou fraudar a aplicação dos preceitos contidos na presente Consolidação"²⁷³.

Isso também pode ser observado no Artigo 51, inciso XV, do Código de Defesa do Consumidor brasileiro²⁷⁴, que declara "nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que: estejam em desacordo com o sistema de proteção ao consumidor". Esses dispositivos legais serviriam como uma espécie de porta de entrada para a

²⁷¹ PORTUGAL. (Constituição, 1976). **Constituição da República Federativa Portuguesa**. Diário da República n.º 86/1976, Série I de 1976-04-10. Disponível em: <https://diariodarepublica.pt/dr/legislacao-consolidada/decreto-aprovacao-constituicao/1976-34520775-45799375>. Acesso em: 11 fev. 2024.

²⁷² STEINMETZ, Wilson. Op. cit., 2004, p. 167.

²⁷³ BRASIL. **Decreto-lei nº 5.452**, de 1º de maio de 1943. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm. Acesso em: 11 fev. 2024.

²⁷⁴ BRASIL. **Lei nº 8.078**, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078compilado.htm. Acesso em: 11 fev. 2024.

efetivação dos Direitos Fundamentais em situações específicas, exigindo uma intervenção legislativa para seu pleno exercício.

Por outro lado, a concepção de eficácia horizontal dos Direitos Fundamentais, conforme defendida por Nipperdey, implica que o indivíduo possui o direito de agir judicialmente contra outro indivíduo privado, visando alcançar ou defender um direito fundamentado diretamente em um Direito Fundamental que substitui uma norma de direito privado aplicável.

Assim, Nipperdey busca introduzir uma nova perspectiva sobre a propagação dos efeitos dos Direitos Fundamentais, rompendo com a tese predominante da eficácia indireta, que se tornou famosa no caso Lüth. Essa abordagem sugere uma mudança fundamental na compreensão da aplicação dos Direitos Fundamentais, permitindo que estes exerçam um papel mais direto e imediato nas relações entre indivíduos privados.

A diferença crucial entre a teoria da eficácia horizontal mediata dos Direitos Fundamentais e a teoria da eficácia imediata dos Direitos Fundamentais nas relações privadas está no papel da intermediação legislativa para a disseminação dos Direitos Fundamentais nessas relações jurídicas privadas. Em termos simplificados, a eficácia indireta dos Direitos Fundamentais nas relações privadas postula que esses direitos só podem ser aplicados por meio da intervenção do legislador infraconstitucional; ao passo que a teoria da eficácia direta dos Direitos Fundamentais nas relações privadas sustenta que tais direitos podem ser invocados sem depender da atuação do legislador por meio de atos específicos ou da inclusão de cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados.

Essencialmente, enquanto a eficácia horizontal mediata implica que os Direitos Fundamentais precisam ser incorporados ao ordenamento jurídico privado por meio de medidas legislativas adicionais, a eficácia imediata argumenta que esses direitos já estão intrinsecamente presentes e podem ser aplicados sem a necessidade de tal intervenção legislativa. Isso representa uma divergência fundamental no entendimento sobre como os Direitos Fundamentais devem se manifestar e ser protegidos nas relações entre particulares.

Além disso, a perspectiva da eficácia horizontal direta ou imediata dos Direitos Fundamentais transcende a abordagem preconizada pela teoria da eficácia mediata em sua variante que reconhece a eficácia horizontal dos Direitos Fundamentais apenas em situações de desigualdade factual ou “relação desigual

de poder". Essa perspectiva vai mais longe ao sustentar que os Direitos Fundamentais representam posições jurídicas consagradas na Constituição mesmo nas interações entre particulares.

Essa linha de pensamento não se limita a conceder proteção aos Direitos Fundamentais apenas quando há desequilíbrio de poder evidente, mas postula que tais direitos devem ser aplicáveis e exigíveis em todos os contextos, inclusive nas relações privadas entre indivíduos ou grupos. Nessa visão, os Direitos Fundamentais são encarados como garantias jurídicas fundamentais que transcendem o âmbito das relações Estado-cidadão, estendendo-se às interações entre os próprios cidadãos.

A jurisprudência do Tribunal Federal do Trabalho adotou a teoria da eficácia imediata, possivelmente sob a influência das ideias de Nipperdey, seu presidente na época, quando se deparou com um litígio trabalhista apresentado perante o referido tribunal. Esse caso dizia respeito ao direito à igualdade salarial entre homens e mulheres na Alemanha, uma vez que não havia regulamentação específica na legislação trabalhista. Ao decidir pela aplicação direta do Direito Fundamental à igualdade estabelecido no artigo 3º da Lei Fundamental, o tribunal exerceu uma influência significativa sobre a jurisprudência que a corte adotaria por um período considerável²⁷⁵.

Uma corrente dentro da doutrina alemã, especialmente representada por Christian Starck, defende uma abordagem diferente em relação à aplicação dos Direitos Fundamentais consagrados na Lei Fundamental da República Federal da Alemanha. Essa perspectiva sugere que alguns Direitos Fundamentais presentes na Lei Fundamental são exceções à regra geral de aplicação direta apenas em relação ao Estado. Segundo esse autor, esses direitos não apenas garantem proteção contra a ação estatal, mas também conferem direitos em relação aos particulares. Um exemplo citado é a proteção da filiação a sindicatos, conforme estabelecido no artigo 9.3, alínea 3, da Lei Fundamental²⁷⁶:

Artigo 9.3, alínea 3: É garantido a todas as pessoas e profissões o direito de constituir associações destinadas a defender e melhorar as condições econômicas e de trabalho. Consideram-se nulos os ajustes tendentes a

²⁷⁵ ALEMANHA BAG (**Bundesarbeitsgericht – Tribunal Federal do Trabalho**) 1, 185.

Disponível em: <http://www.bundesarbeitsgericht.de/>. Acesso em: 11 fev. 2024.

²⁷⁶ ALEMANHA. **Lei Fundamental da República Federal da Alemanha**, de 23 de maio de 1949. Principal instrumento normativo da Alemanha. Berlim, 2011. Disponível em: <https://www.btgbestellservice.de/pdf/80208000.pdf>. Acesso em: 28 set. 2024.

restringir ou a impedir esse direito, bem como ilegais as medidas com esse fim. Medidas segundo os artigos 12a, 35 §2, 35 §3, 87a §4 e artigo 91 não podem ser orientadas contra conflitos de trabalho, levados a cabo por associações no sentido da primeira frase, para a defesa e melhoria das condições econômicas e de trabalho.

Existem três abordagens distintas dentro da teoria da eficácia imediata ou direta dos Direitos Fundamentais, cada uma com suas nuances e fundamentos específicos. Primeiramente, há aquela que postula que os Direitos Fundamentais têm uma eficácia absoluta nas relações entre os particulares, uma visão defendida por Nipperdey.

Em segundo lugar, outra vertente argumenta que os Direitos Fundamentais apenas exercem sua influência direta sobre os particulares quando uma das partes envolvidas na relação possui clara superioridade de poder, seja ela econômica ou social, colocando a outra parte em uma posição de submissão.

Por fim, a terceira variação da teoria da eficácia imediata dos Direitos Fundamentais sustenta que esses direitos têm uma aplicação direta nas relações privadas, o que coloca em questão a colisão entre diferentes Direitos Fundamentais, algo que deve ser resolvido mediante o princípio da proporcionalidade em sentido estrito, também conhecido como ponderação. Dessa forma, a própria natureza jurídica das normas de Direitos Fundamentais sugere a necessidade de ponderação como um meio de resolver os conflitos normativos que envolvem esses direitos²⁷⁷.

Uma abordagem que se destaca no contexto dos Direitos Fundamentais no Brasil é a defendida pelo renomado Professor Sarlet. Em suas reflexões, ele sustenta a ideia de uma eficácia direta, *prima facie*, dos Direitos Fundamentais nas relações privadas. Isso significa que, em princípio, os Direitos Fundamentais devem ser aplicáveis e gerar efeitos jurídicos diretamente a partir das normas constitucionais, mesmo na esfera das relações entre particulares, mesmo na ausência ou insuficiência de legislação infraconstitucional.

Essa perspectiva implica que os Direitos Fundamentais não se limitam apenas a regular as interações entre indivíduo e Estado, mas também influenciam as dinâmicas entre os próprios cidadãos, garantindo uma proteção ampla e

²⁷⁷ FRAGOSO, Andréa Barroso Silva de. A norma da proporcionalidade: algumas controvérsias doutrinárias. In: DUARTE, David; SARLET, Ingo; BRANDÃO, Paulo de Tarso. (Orgs.). **Ponderação e proporcionalidade no Estado Constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013, p. 261-306.

abrangente dos Direitos Fundamentais em todos os aspectos da vida em sociedade. *In verbis*:

Que somente as circunstâncias de cada caso concreto, as peculiaridades de cada Direito Fundamental e do âmbito de proteção, as disposições legais vigentes e a observância dos métodos de interpretação e solução de conflitos entre Direitos Fundamentais (como é o caso da proporcionalidade e da concordância prática) podem assegurar uma solução constitucionalmente adequada²⁷⁸.

No contexto do ambiente de trabalho, considerando a influência natural que os empregadores exercem sobre as ações dos empregados e a correspondente obrigação dos trabalhadores de obedecerem às diretrizes de seus superiores não apenas durante a execução de suas tarefas, mas também - e especialmente - no momento da contratação, quando geralmente estão ansiosos por garantir uma posição no mercado de trabalho para garantir sua subsistência digna, parte da doutrina tem defendido a aplicação imediata dos Direitos Fundamentais nesses contextos laborais.

Essa perspectiva reflete a necessidade de garantir que os Direitos Fundamentais sejam efetivamente protegidos desde o início do contrato de trabalho, reconhecendo que os trabalhadores frequentemente se encontram em uma posição de vulnerabilidade ao negociar seus termos de emprego.

Nesse sentido, a aplicação direta dos Direitos Fundamentais visa assegurar que os empregados não sejam privados de seus direitos básicos, mesmo no contexto das relações de emprego, onde a disparidade de poder entre empregador e empregado pode ser significativa²⁷⁹.

As diversas correntes que discutem a aplicação dos Direitos Fundamentais nas relações jurídicas privadas buscam estabelecer o grau de vinculação desses direitos pelos sujeitos envolvidos no Direito Privado. Essas teorias não apenas consideram as relações entre os particulares, mas também levam em conta o papel do legislador e do juiz civil. O objetivo dessas doutrinas é determinar até que ponto os Direitos Fundamentais se aplicam entre os indivíduos, seja por meio

²⁷⁸ SARLET, Ingo. A influência dos Direitos Fundamentais no direito privado: o caso brasileiro. In: MONTEIRO; António Pinto, NEUNER; Jörg; SARLET; Wolfgang (Orgs.). **Direitos Fundamentais e Direito Privado**: uma perspectiva de direito comparado. Coimbra: Almedina, 2007, p.132-133.

²⁷⁹ SARLET, Ingo. Direitos Fundamentais e direito privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos Direitos Fundamentais. In: SARLET, Ingo Wolfgang (orgs.). **Dimensões da dignidade**: ensaios de Filosofia do Direito e Direito Constitucional. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000. p.13-43.

de legislação de Direito Privado que esteja em conformidade com esses direitos, seja por meio de decisões judiciais cíveis que também respeitem tais direitos²⁸⁰.

Ao se deparar com as várias teorias que procuram explicar a eficácia horizontal dos Direitos Fundamentais, surge uma questão sobre a nomenclatura atribuída a essas teorias. De acordo com Starck, a eficácia horizontal dos Direitos Fundamentais deve "suportar" as consequências das expressões "imediata" e "mediata", que são usadas de forma inadequada para diferenciar seus efeitos. Com efeito, uma análise mais aprofundada das terminologias utilizadas, a fim de compreender plenamente o impacto dessas teorias na aplicação dos Direitos Fundamentais nas relações horizontais entre particulares é necessária²⁸¹.

Uma parte da doutrina jurídica, juntamente com o Tribunal Federal do Trabalho alemão, reconhece a eficácia imediata de certos Direitos Fundamentais específicos. Essa vinculação é fundamentada na natureza dos Direitos Fundamentais como princípios jurídicos objetivos que permeiam todo o ordenamento legal. Outra parte da doutrina dos Direitos Fundamentais argumenta que essa eficácia decorre do dever do Estado de assegurar a autonomia privada dos indivíduos.

Nesse sentido, o Estado é obrigado a respeitar os Direitos Fundamentais por meio da legislação regulatória, das decisões judiciais e do cumprimento dessas decisões no âmbito das relações privadas. Em termos mais abrangentes, isso implica na eficácia dos Direitos Fundamentais nas interações entre particulares, influenciando tanto a legislação estatal quanto a jurisdição civil. Essa abordagem destaca a interconexão complexa entre os Direitos Fundamentais, o Estado e os indivíduos nas esferas pública e privada²⁸².

A teoria da eficácia mediata dos Direitos Fundamentais nas relações entre particulares adota uma abordagem que se baseia na interpretação de conceitos jurídicos abertos, os quais demandam ser preenchidos com os valores dos Direitos Fundamentais. Isso implica que a aplicação desses direitos no âmbito do Direito Privado ocorre por meio da interpretação das normas vigentes, levando em consideração os princípios fundamentais estabelecidos na Constituição. Essa abordagem visa conciliar a proteção do princípio da autonomia privada, garantido

²⁸⁰ STARCK, Christian. Op. cit., 2002.

²⁸¹ Ibid. 2002, p. 66.

²⁸² STARCK, Christian. Op. cit., 2002.

pela Constituição, com outros Direitos Fundamentais, como o princípio da igualdade.

O Tribunal Constitucional Federal alemão adotou essa teoria desde a década de 1950, argumentando que o Direito Privado não pode ser visto isoladamente da Constituição. Para essa perspectiva, os Direitos Fundamentais não são apenas aplicáveis nas relações entre o Estado e o indivíduo, mas permeiam todo o ordenamento jurídico, incluindo o Direito Privado. No entanto, essa doutrina não oferece uma resposta direta sobre como os Direitos Fundamentais afetam o Direito Civil quando não há cláusulas gerais específicas que os incorporem diretamente²⁸³.

As duas teorias mencionadas não estão tão distantes quanto inicialmente se pode supor. Nipperdey, abordava de maneira precisa uma mudança fundamental no significado dos Direitos Fundamentais que ocorreu na Alemanha com a promulgação da nova Constituição de Weimar. Esta Constituição não apenas delineava a estruturação do Estado, mas também conferia aos Direitos Fundamentais uma função essencial como princípios imediatamente aplicáveis a todo o ordenamento jurídico, incluindo o Direito Privado. Esse autor defendia que essa mudança paradigmática atribuía aos Direitos Fundamentais uma relevância que transcende o âmbito estatal, alcançando também as relações privadas²⁸⁴.

Portanto, fica claro que os Direitos Fundamentais exercem uma influência significativa na elaboração legislativa e na interpretação das cláusulas gerais que regem o Direito Privado. Nipperdey expressou com clareza que a questão da eficácia dos Direitos Fundamentais não pode ser respondida por meio de um princípio geral que favoreça qualquer uma das teorias propostas.

Segundo o doutrinador alemão, é necessário, ao contrário, analisar o conteúdo específico, a essência e a função de cada Direito Fundamental em particular, especialmente as proposições jurídicas derivadas desses direitos na sociedade contemporânea. Essa abordagem do problema permite, mesmo diante de toda a incerteza doutrinária, encontrar uma solução razoável para cada situação concreta²⁸⁵.

²⁸³ STARCK, Christian. Op. cit., 2002.

²⁸⁴ Ibid. 2002.

²⁸⁵ Ibid. 2002.

Voltando-se para a teoria da eficácia imediata, verifica-se que, ao contrário do que se pode pensar, essa tese não fortalece os Direitos Fundamentais. A razão disso se dá, como já mencionado, pelo fato de que, na Alemanha, os especialistas em direito constitucional sustentavam a ideia de que a aplicação dos Direitos Fundamentais nas interações privadas ocorria de maneira mediata, ou seja, de forma indireta, por meio da legislação, ao contrário das relações entre indivíduo e Estado, na qual os Direitos Fundamentais eram aplicados de maneira imediata. Essa abordagem não refletia uma desconfiança nos Direitos Fundamentais, mas sim uma preocupação com a sua efetividade.

O raciocínio subjacente era que, para os Direitos Fundamentais serem levados a sério, eles precisavam ser garantias jurídicas robustas capazes de conter o poder do Estado. Por essa razão, eram aplicados diretamente nas relações entre indivíduo e Estado, onde sua função de limitar o poder estatal era crucial. No entanto, nas relações privadas, a mediação legislativa era vista como necessária para garantir uma proteção eficaz dos Direitos Fundamentais, considerando a complexidade e as especificidades dessas interações.

Portanto, para que o Estado restrinja um Direito Fundamental, é necessário que haja uma justificativa substancial e convincente. Mesmo quando essa justificativa existe, é imperativo respeitar princípios complementares essenciais, como igualdade, proporcionalidade e segurança jurídica. Mas por que os Direitos Fundamentais não podem ser aplicados da mesma maneira nas relações privadas como são em relação ao Estado? A resposta é simples: em ambos os lados de uma interação entre particulares, há Direitos Fundamentais protegendo cada parte envolvida, uma dinâmica que difere da relação entre o indivíduo e o Estado. Neste último caso, apenas um dos lados da relação é o sujeito ativo dos Direitos Fundamentais, enquanto o outro é o destinatário desses direitos.

Dessa forma, quando se está lidando com interações entre particulares, é crucial dar a devida importância a um dos Direitos Fundamentais em jogo, ou ao do indivíduo A ou ao do indivíduo B, como uma salvaguarda jurídica robusta. Caso contrário, os Direitos Fundamentais seriam reduzidos a meras palavras vazias, sem força real ou substância jurídica.

A teoria que advoga pela aplicação direta dos Direitos Fundamentais começa a encontrar dificuldades quando aplicada ao contexto das relações de trabalho, especialmente no que diz respeito à aplicação do princípio da igualdade.

Isso se deve ao fato de que tanto os indivíduos quanto os poderes privados muitas vezes impõem restrições à liberdade individual, resultando em ameaças ou violações aos direitos que derivam desse princípio, como discriminação, tratamento desigual, favorecimento injustificado, perseguição ou assédio com base em características como raça, sexo, orientação sexual, origem territorial, ideologia ou religião.

O princípio da igualdade é fundamental nos Estados de Direito, servindo como alicerces para a racionalidade e organização do Estado constitucional. Sua importância reside na promoção da justiça e na garantia de tratamento equitativo a todos os membros da sociedade, independentemente de suas características individuais²⁸⁶.

²⁸⁶ NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos Fundamentais: Trunfos contra a Maioria**. Coimbra: Editora Coimbra, 2006, p. 95.

6 TEORIAS DA PREVISÃO NORMATIVA E DA RESTRINGIBILIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

6.1 ÂMBITO DE PROTEÇÃO E SUPORTE FÁTICO

Sabe-se que as diretrizes que consagram Direitos Fundamentais visam proteger diversas esferas vitais ou “domínios existenciais” individuais, tais como a vida e a liberdade religiosa. Essas esferas, respaldadas por normas que garantem tais direitos, recebem diversas designações, como “âmbito de proteção” (*Schutzbereich*), “domínio normativo” (*Normbereich*) ou até mesmo “pressupostos fáticos dos Direitos Fundamentais” (*Grundrechtstatbestände*). Essas designações refletem a abrangência dos Direitos Fundamentais, que transcendem o simples conceito de "bens" para englobar um conjunto de prerrogativas essenciais à dignidade humana²⁸⁷.

A abrangência do âmbito de proteção dos Direitos Fundamentais inclui os diversos pressupostos fáticos estabelecidos pela norma jurídica correspondente. Em outras palavras, refere-se ao bem jurídico protegido ou simplesmente objeto tutelado²⁸⁸, o qual nem sempre é facilmente identificável, especialmente devido às ambiguidades semânticas presentes nos textos que definem os Direitos Fundamentais²⁸⁹.

A compreensão do âmbito de proteção envolve as circunstâncias específicas que são contempladas pela norma, levando em consideração não apenas a redação literal, mas também o contexto histórico, social e jurisprudencial em que a norma foi elaborada e é aplicada. Nesse sentido, para a identificação do objeto tutelado é necessário que se leve em conta não apenas o texto da norma, mas também sua finalidade e os princípios que a inspiram.

Nesse sentido, Correia²⁹⁰ argumenta que o âmbito de proteção de um direito não se limita apenas à descrição de dados pré-normativos, mas está relacionado a objetivos constitucionais específicos e ligados a determinados

²⁸⁷ CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 1262.

²⁸⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos Direitos Fundamentais**: uma teoria geral dos Direitos Fundamentais na perspectiva constitucional. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 387.

²⁸⁹ SARLET, Ingo Wolfgang *et al.* Op. cit., 2013, p. 198.

²⁹⁰ CORREIA *apud* SARLET, Ingo Wolfgang. Op. cit., 2009, p. 390.

valores. Ele destaca a complexidade envolvida na identificação e na reconstrução do âmbito de proteção dos Direitos Fundamentais, pois, mesmo quando se considera o perfil “*prima facie*” do Direito Fundamental, existe um perfil normativamente pré-determinado a ser observado. Isso significa que a interpretação do âmbito de proteção dos Direitos Fundamentais requer não apenas uma análise da redação textual, mas também uma compreensão mais profunda dos princípios constitucionais subjacentes e dos valores que a norma visa proteger.

A definição do conceito de suporte fático tem repercussões significativas na maneira como se concebe o conteúdo dos Direitos Fundamentais. Uma norma jurídica é composta por uma hipótese e uma consequência. Assim, se o evento jurídico ocorrer no caso concreto, a hipótese estará preenchida e a consequência se seguirá. Sabendo disso, é possível distinguir o suporte fático em abstrato e concreto.

O suporte fático abstrato refere-se à previsão normativa, enquanto o suporte fático concreto diz respeito à ocorrência efetiva dos atos e fatos previstos na norma. Neste contexto, este trabalho concentra-se exclusivamente no suporte fático abstrato, uma vez que “a verificação da ocorrência do suporte fático em sentido concreto dependerá [...] da sua configuração em abstrato”²⁹¹.

Isso significa que a análise do suporte fático abstrato é essencial para determinar se uma situação específica se enquadra nos termos previstos pela norma e, por consequência, sua correta interpretação é crucial para garantir a coerência e a eficácia da aplicação das normas jurídicas e, por extensão, dos Direitos Fundamentais.

Alexy²⁹² observa que o suporte fático e o âmbito de proteção podem se sobrepor completamente quando se trata de normas permissivas. Nesse contexto, o suporte fático seria o próprio bem protegido pela norma. No entanto, essa sobreposição não é apropriada quando se consideram normas que garantem direitos de defesa, como os direitos à ação negativa (ou seja, o direito de não sofrer intervenções em determinados bens protegidos por parte do destinatário da norma). Isso ocorre porque, se houvesse uma completa coincidência entre

²⁹¹ SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos Fundamentais**, conteúdo essencial restrições e eficácia. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 67-68.

²⁹² ALEXY, Robert. Op. cit., 2008, p. 302-305.

suporte fático e âmbito de proteção, o suporte fático não se oporia à própria restrição em si.

Assim, segundo Alexy²⁹³, o suporte fático nessas situações deve ser composto por dois elementos distintos: o bem protegido e a intervenção estatal. Em outras palavras, o suporte fático abrange não apenas o bem que está sendo protegido pela norma, mas também a ação ou intervenção que a norma busca evitar. Essa distinção é fundamental para garantir que os direitos de defesa sejam adequadamente protegidos contra intervenções arbitrárias do Estado, assegurando a coerência e a efetividade do sistema jurídico como um todo.

Segundo a perspectiva de Novais²⁹⁴, na fase inicial de definição do suporte fático, é uma escolha metodológica não considerar os interesses contrapostos que podem fundamentar eventuais limitações do âmbito de proteção dos Direitos Fundamentais. Assim, busca estabelecer uma base objetiva para a análise do suporte fático, concentrando-se inicialmente nos elementos que definem o escopo dos Direitos Fundamentais sem a influência imediata dos interesses que possam justificar restrições a esses direitos.

Essa abordagem não significa ignorar as possíveis limitações aos Direitos Fundamentais, mas sim adiar a consideração desses aspectos para uma fase posterior da análise, uma vez que a definição inicial do suporte fático é crucial para estabelecer uma base sólida para a compreensão adequada dos Direitos Fundamentais.

Alexy²⁹⁵ destaca a importância de incorporar a noção de intervenção ao conceito de suporte fático. Segundo ele, essa incorporação se justifica pela necessidade de considerar que a extensão da proteção *“prima facie”* dos Direitos Fundamentais depende tanto da amplitude do conceito de bem protegido quanto da amplitude do conceito de intervenção. Essa visão ressalta que a definição do suporte fático não pode se limitar apenas à identificação do bem jurídico protegido, mas deve também abranger a natureza e o alcance das intervenções que podem afetar esse bem.

²⁹³ ALEXY, Robert. Op. cit., 2008, p. 302-305.

²⁹⁴ NOVAIS, Jorge Reis. **As restrições aos Direitos Fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição**. Coimbra: Coimbra, 2003, p. 425.

²⁹⁵ ALEXY, Robert. Op. cit., 2008, p. 305.

Stern²⁹⁶ argumenta que o âmbito de proteção de um Direito Fundamental não é simplesmente determinado pela identificação do bem protegido, como a vida ou a dignidade humana. Segundo ele, esse âmbito é geralmente estabelecido por meio de uma interpretação e análise cuidadosas que levam em consideração os elementos do suporte fático. Apenas ao determinar o âmbito de proteção do direito é possível afirmar se uma determinada situação ou bem jurídico está efetivamente protegido como um Direito Fundamental.

Sob outra perspectiva, Silva²⁹⁷ explora o conceito de suporte fático relacionado aos Direitos Fundamentais destacando que ele depende não apenas do bem protegido e da intervenção estatal, mas também da ausência de fundamentação constitucional para essa intervenção. O autor argumenta que somente quando não há fundamentação constitucional para a intervenção é que se ativa a consequência jurídica de exigir a cessação da intervenção estatal, por meio da declaração de inconstitucionalidade e retorno ao *status quo ante*.

A existência de fundamentação constitucional para a intervenção, por outro lado, significa que se está lidando, na verdade, com uma restrição constitucional ao Direito Fundamental em questão, o que impede a consequência jurídica de declaração de inconstitucionalidade.

Em outras palavras, quando a intervenção estatal é fundamentada no âmbito de proteção de um Direito Fundamental, ela implica em uma restrição desse direito, o que não aciona a consequência jurídica de declaração de inconstitucionalidade. Por outro lado, uma intervenção estatal não fundamentada constitucionalmente demanda a cessação da violação do Direito Fundamental e a declaração de inconstitucionalidade.

A divergência entre os doutrinadores na simples conceituação de suporte fático decorre de suas diferentes adesões a teorias distintas sobre a restringibilidade dos Direitos Fundamentais. Essa divergência é significativa porque as teorias sobre a previsão normativa estão intrinsecamente ligadas às teorias restritivas dos Direitos Fundamentais, que serão analisadas mais à frente. Cada teoria sobre a restringibilidade dos Direitos Fundamentais oferece uma perspectiva sobre como esses direitos devem ser interpretados e aplicados.

²⁹⁶ STERN *apud* SARLET, Ingo Wolfgang. Op. cit, 2009, p. 390.

²⁹⁷ SILVA, Virgílio Afonso da. Op. cit., 2011.

Portanto, a divergência na conceituação do suporte fático entre os doutrinadores não são apenas diferentes abordagens metodológicas, mas também diferentes visões sobre a natureza e o alcance dos Direitos Fundamentais em um contexto de conflito de interesses.

6.2 TEORIA DO SUPORTE FÁTICO RESTRITO

A teoria do suporte fático restrito consiste na exclusão de certas ações, estados ou posições jurídicas do âmbito de proteção de determinados direitos, mesmo que, em teoria, poderiam ser protegidos pela norma. Isso implica na não-proteção de algumas condutas pelas normas, estabelecendo limites claros para a aplicação dos Direitos Fundamentais²⁹⁸.

Andrade²⁹⁹ aborda essa teoria formulando diversas perguntas que visam definir o suporte fático restrito. Por exemplo, ele questiona se teria sentido invocar a liberdade religiosa para justificar o sacrifício humano, sendo sua resposta, no final das contas, negativa. Para ele, não há conflito de Direitos Fundamentais nesse caso, pois a própria norma constitucional exclui essas condutas do âmbito de proteção, não as considerando protegidas por preceito normativo.

A teoria restritiva parte do princípio de que o âmbito de proteção de uma norma protege apenas o necessário, excluindo o que é considerado desnecessário ou que possa ser substituído para o exercício do Direito Fundamental em questão. Nesse sentido, o intérprete da norma deve verificar se determinado comportamento está incluído no âmbito de proteção do Direito Fundamental.

É importante ressaltar que, embora muitas situações possam teoricamente se enquadrar na previsão de um direito, isso não significa que todas elas são automaticamente protegidas pelo Direito Fundamental correspondente. Pelo contrário, a previsão normativa dos Direitos Fundamentais deve ser interpretada de forma restritiva, excluindo situações que não sejam essenciais para o exercício do direito em questão³⁰⁰.

²⁹⁸ SILVA, Virgílio Afonso da. Op. cit, 2009, p. 82.

²⁹⁹ ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os Direitos Fundamentais na Constituição portuguesa de 1976**. Coimbra: Almedina, 2004, p. 275-276.

³⁰⁰ ALEXANDRINO, José Melo. Op. cit., 2011, p. 120.

Os estudiosos, ao definirem o conteúdo do suporte fático restrito, recorrem a duas abordagens principais: 1) a busca pela essência de determinado direito ou manifestação humana e 2) a rejeição da ideia de colisão entre Direitos Fundamentais. Para isso, eles utilizam diversas estratégias. Uma dessas estratégias é a interpretação histórico-sistêmica, especialmente das normas constitucionais. A interpretação histórica se baseia na análise do contexto histórico em que o dispositivo constitucional foi criado. Já a interpretação sistemática concentra-se nas relações entre as normas constitucionais e seu contexto.

Um exemplo ilustra a questão: O editor Siegfried Ellwanger foi condenado por crime de racismo por fazer apologia de ideias preconceituosas contra a comunidade judaica, tendo impetrado *Habeas Corpus* no Supremo Tribunal Federal, contestando a condenação. O ex-Ministro Moreira Alves, relator do HC 82424, argumentou que a condenação por prática de racismo deve ser interpretada de forma a compatibilizar seu suporte fático com a vontade do legislador constituinte.

Ele concluiu que a discriminação contra judeus (e outros grupos étnicos e religiosos) não está incluída no âmbito de proteção da norma, que por sua vez visa coibir a discriminação apenas contra negros, pois o legislador constituinte, no art. 5º, XLII da CF/88, fundamentou sua importância na exigência de discriminação racial contra os negros no Brasil³⁰¹.

No seu voto, o ex-Ministro Moreira Alves buscou restringir o suporte fático do Direito Fundamental à não discriminação por meio de uma interpretação histórica, argumentando que a norma deve ser interpretada de acordo com a intenção original do legislador constituinte. A interpretação histórica pode fornecer um contexto importante para a compreensão das normas constitucionais, permitindo uma análise mais precisa das intenções por trás de sua formulação³⁰².

No entanto, é preciso ter cuidado para não limitar excessivamente o alcance dos Direitos Fundamentais, especialmente em um contexto em que a sociedade e as concepções sobre direitos humanos evoluem constantemente. A interpretação histórica pode, por vezes, ser usada para justificar interpretações

³⁰¹ SILVA, Virgílio Afonso da. Op. cit., 2009, p. 83-84.

³⁰² Ibid., 2009, p. 84-85.

conservadoras que não levam em conta as mudanças sociais e os novos desafios enfrentados pela sociedade.

Segundo Müller³⁰³, a teoria da previsão normativa restritiva adota outra estratégia: a delimitação do âmbito da norma. Para o autor, é fundamental definir claramente o que é protegido por cada direito constitucional fundamental, ou seja, estabelecer seus limites. Esse conceito de limites difere da ideia de restrição, que por sua vez pressupõe algo externo ao Direito Fundamental, não fazendo parte de seu conteúdo intrínseco.

Para Müller, não existem restrições aos Direitos Fundamentais, apenas uma delimitação do seu conteúdo. Nesse sentido, é crucial que os limites sejam bem definidos para evitar colisões entre direitos. Essa definição se baseia na noção de especificidade, ou seja, todo ato que faça parte do âmbito da norma de um determinado direito é considerado específico. Qualquer ação que possa ser substituída por outra, pois não é estritamente necessária para o exercício do direito, não está protegida pelo Direito Fundamental. Assim, quando se proíbe essa ação, não se está impondo uma restrição ao direito.

Para ilustrar, considere uma lei que proíbe um pintor de pintar seus quadros em um cruzamento viário. De acordo com Müller, essa lei não impõe uma restrição à liberdade artística, pois não afeta o que é específico e típico no âmbito dessa liberdade. Em outras palavras, a forma de exercício do direito à liberdade artística não inclui necessariamente a pintura em cruzamentos viários, tornando essa proibição uma delimitação do âmbito do direito, e não uma restrição ao seu exercício típico.

Seguindo esse mesmo caminho, Rawls³⁰⁴ também rejeita um suporte fático amplo com o intuito de se evitar conflitos entre os Direitos Fundamentais e uma necessária ponderação entre eles. Embora ele não tenha analisado diretamente o suporte fático dos Direitos Fundamentais, seus pressupostos teóricos indicam uma preferência por uma concepção restritiva desse suporte. O autor o faz baseado nos seguintes argumentos:

1) Redução do número de liberdades fundamentais: inclui-se apenas as liberdades de pensamento e de consciência, liberdades políticas e de associação,

³⁰³ MÜLLER, Friedrich. **Die Positivität der Grundrechte:** Fragen Einer praktischen rundrechtsdogmatik. Berlim: Duncker & Humblot, 1990.

³⁰⁴ RAWLS, John. **Political Liberalism.** New York: Columbia University Press, 1993, p. 289-371.

liberdades decorrentes da integridade das pessoas e os direitos e liberdades abarcados pelo Estado de Direito. Em outras palavras, reduzir o número de liberdades é uma das formas de se evitar colisões.

2) Caráter absoluto das liberdades: Ele argumenta que, em conflitos com outros direitos ou interesses coletivos, as liberdades fundamentais devem ter um caráter absoluto, sendo sempre priorizadas.

3) Exclusão de certas variáveis do suporte fático desses direitos: distinguindo entre regulamentações necessárias (aceitáveis) e restrições (a serem rejeitadas). As intervenções no conteúdo são consideradas restrições e, portanto, proibidas, enquanto as intervenções na forma de exercício das liberdades são consideradas regulamentações aceitáveis.

6.2.1 Principais críticas à teoria do suporte fático restrito

Acerca das críticas a essa teoria, pode-se citar:

a) O enfoque restrito do âmbito de proteção dos Direitos Fundamentais pode limitar a capacidade de adaptar esses direitos à realidade atual. A busca pela intenção do legislador constituinte ao criar a Constituição pode ser considerada conservadora. A Constituição brasileira é relativamente nova e, na época de sua promulgação, questões como a privacidade diante da crescente digitalização de informações ou o papel das ações afirmativas para promover a igualdade não eram tão prementes como são atualmente. Essa abordagem conservadora pode dificultar a interpretação dinâmica e evolutiva dos Direitos Fundamentais, que são princípios fundamentais que devem ser interpretados de forma a se adequarem aos novos desafios e realidades sociais. A rigidez na interpretação pode limitar a capacidade da Constituição de se manter relevante e eficaz ao longo do tempo³⁰⁵.

b) A abordagem que considera apenas ações específicas e típicas como parte do âmbito normativo de um determinado direito pode resultar na proteção apenas do que é tradicional e convencional. Isso significa que somente o que é estruturalmente necessário, típico e não substituível seria beneficiado pela proteção dos Direitos Fundamentais, excluindo outras formas de exercício ou

³⁰⁵ SILVA, Virgílio Afonso da. Op. cit., 2009, p. 95.

situações que não se encaixem nesse perfil. Essa abordagem pode ser limitante, pois o âmbito normativo dos Direitos Fundamentais deve ser construído com flexibilidade suficiente para se adaptar às necessidades do momento. Se apenas o estritamente necessário é protegido, então tudo o mais pode ser afetado sem a possibilidade de invocação dos chamados "limites aos limites" dos Direitos Fundamentais. É importante que a interpretação dos Direitos Fundamentais leve em consideração não apenas o que é considerado estritamente necessário, mas também as diferentes formas de exercício desses direitos e as mudanças sociais, tecnológicas e culturais que possam influenciar a sua aplicação³⁰⁶.

c) Formas simples de regulamentação podem resultar em restrições ao conteúdo dos Direitos Fundamentais. Um exemplo disso, conforme Alexy, seria o caso em que representantes de uma cidade convocam os cidadãos para participarem de debates frequentes no principal parque da cidade. Os cidadãos respondem em massa, porém a Administração Municipal decide proibir as reuniões, exceto nos domingos à tarde, oferecendo como alternativa um estacionamento na periferia da cidade, alegando que os debates noturnos perturbam outros moradores. Apesar de a regulamentação se referir apenas ao local e ao horário, ela representa uma restrição às liberdades de reunião e expressão. Isso ressalta a ideia de que qualquer tipo de intervenção, seja por meio de regulamentação ou restrição direta, requer uma ponderação cuidadosa no caso concreto. Esse exemplo demonstra como até mesmo regulamentações simples podem ter um impacto significativo nos Direitos Fundamentais, destacando a importância de uma abordagem equilibrada e sensível ao contexto ao lidar com questões que envolvem esses direitos³⁰⁷.

6.3 TEORIA DO SUPORTE FÁTICO AMPLO

A teoria do suporte restrito se concentra em definir o que está protegido pelo Direito Fundamental, excluindo certas condutas do âmbito de proteção desses direitos desde o início.

Por outro lado, a teoria ampla da previsão normativa argumenta que qualquer atividade, conduta ou comportamento para os quais se possam invocar

³⁰⁶ NOVAIS, Jorge Reis. Op. cit., 2003, p. 417- 427.

³⁰⁷ SILVA, Virgílio Afonso da. Op. cit., 2009, p. 100-101.

razões de Direitos Fundamentais estão, *prima facie*, protegidos pelo Direito Fundamental. Isso significa que, se for possível argumentar que um determinado comportamento está dentro do âmbito de proteção da norma e se enquadra em uma perspectiva de Direito Fundamental, então automaticamente se conclui que se trata de um exercício desse Direito Fundamental. Assim, todas as situações que teoricamente se encaixam na previsão do direito não podem ser excluídas do direito de antemão³⁰⁸.

A abordagem de suporte amplo se preocupa com a fundamentação no momento da intervenção estatal. Inicialmente, todas as condutas são em tese consideradas abrangidas pelo âmbito de proteção do Direito Fundamental, mas a decisão final sobre a proteção definitiva dependerá de uma ponderação no caso concreto³⁰⁹. Essa técnica determinará, na prática, quais condutas são efetivamente protegidas pelo Direito Fundamental. Enquanto a teoria do suporte restrito exclui certas condutas do suporte fático, a teoria de suporte amplo permite que essas condutas sejam, pelo menos em princípio, objeto de restrição. Então, o que é protegido *prima facie* por esse direito?

Segundo Alexy³¹⁰, qualquer conduta ou situação que contenha uma característica que, considerada isoladamente, seja suficiente para integrar o suporte fático, mesmo que outras características estejam presentes, está incluída no âmbito de proteção. Portanto, de acordo com essa teoria, mesmo que possa parecer absurdo, a realização de sacrifícios humanos está, a priori, dentro do âmbito de proteção do direito à liberdade religiosa. Da mesma forma, matar um ator no palco para dar mais veracidade a uma cena está, a priori, dentro do âmbito de proteção do direito à liberdade artística.

Miranda³¹¹ discorda da teoria ampla da previsão normativa. Para ele, é necessário primeiro definir o objeto a ser restringido antes de se falar em restrição. É juridicamente claro que certos comportamentos ou pretensões não são cobertos pela proteção concedida pela norma constitucional: por exemplo, a liberdade de profissão não protege a prostituição ou atividades contrabandistas,

³⁰⁸ ALEXANDRINO, José Melo. Op. cit., 2011, p. 120.

³⁰⁹ SILVA, Virgílio Afonso da. Op. cit., 2009, p 94 e 109.

³¹⁰ ALEXY, Robert. Op. cit., 2008, p. 322.

³¹¹ MIRANDA, Jorge. **Constituição Portuguesa Anotada**, tomo I. 2.ed. Coimbra: Coimbra, 2010, p. 346-347.

e a liberdade de expressão não permite insultar outras pessoas. Nas palavras do autor:

Como se os Direitos Fundamentais fossem manifestações indiferenciadas de uma liberdade pré-estatal e mesmo pré-jurídica, esquecendo a necessária inserção sistemática dos direitos, o efeito diferenciador e conformativo que resulta da sua positivação constitucional [...]. Fechando a possibilidade de uma exclusão prévia do âmbito de proteção do direito de condutas e pretensões que claramente não merecem qualquer tipo de tutela constitucional, esta corrente de pensamento conduz a situações juridicamente claudicantes³¹².

Mesmo que existam áreas de incerteza, há sempre condutas, comportamentos ou situações claramente fora do âmbito de proteção. Quando ocorre uma restrição, há uma redução legal do âmbito de proteção potencial do direito até que seu conteúdo efetivamente protegido seja alcançado. A restrição começa apenas quando a demarcação do âmbito de proteção é concluída, ou seja, quando as fronteiras externas do próprio direito são traçadas. Essa é uma operação interpretativa, mas que pode refletir-se em lei (regulamentadora, concretizadora ou confirmatória, mas não restritiva).

6.3.1 Principais críticas à teoria do suporte fático amplo

As críticas à concepção da previsão normativa ampliativa são diversas, algumas das quais podem ser resumidas da seguinte forma:

a) Excesso de proteção constitucional: A teoria pode levar a uma proteção exagerada pelos Direitos Fundamentais, o que poderia resultar em uma paralisação na legislação, dificultando a adaptação das normas às necessidades da sociedade em constante evolução.

b) Violência aos princípios morais: A abordagem ampliativa poderia ferir princípios morais ao sustentar, por exemplo, que fazer sacrifícios humanos durante um culto religioso está garantido pelo direito à liberdade religiosa, o que poderia ser considerado inaceitável em termos éticos.

c) Expansão descontrolada dos Direitos Fundamentais: A aplicação indiscriminada da teoria pode contribuir para uma expansão excessiva dos Direitos Fundamentais, transformando quase todos os conflitos jurídicos em casos envolvendo Direitos Fundamentais. Isso poderia levar a um deslocamento

³¹² MIRANDA, Jorge. Op. cit., 2010, p. 368.

da fundamentação legal para a constitucional, aumentando as colisões entre Direitos Fundamentais e multiplicando os atos dos Poderes Públicos e a aplicação das exigências do Estado de Direito. Nesse contexto, os chamados "limites aos limites" dos Direitos Fundamentais seriam aplicáveis em praticamente qualquer circunstância, o que poderia gerar incertezas e conflitos jurídicos³¹³.

d) Falta de distinção metodológica adequada entre o plano primário da delimitação da previsão normativa e o plano dos limites dos Direitos Fundamentais. Isso sobrecarrega o plano dos limites, deixando a solução dos problemas de compatibilização dos direitos dependentes desse plano, uma vez que a teoria não define claramente no primeiro plano o que os Direitos Fundamentais protegem como garantias jurídicas (conteúdo protegido dos Direitos Fundamentais)³¹⁴.

e) Confusão entre liberdade geral de ação, liberdade jurídica protegida (liberdade constitucionalmente garantida em um Estado Democrático de Direito) e Direitos Fundamentais. Por exemplo, a proibição de matar constitui um constrangimento à liberdade, mas não à liberdade juridicamente protegida; não é uma restrição porque em um Estado de Direito não há o reconhecimento de que cada um pode fazer o que quiser. A liberdade geral de ação deve ser acompanhada pelo reconhecimento dos "limites naturais" que lhe são próprios, como os direitos dos outros, a lei moral e a ordem constitucional. A própria natureza jurídica da garantia não dispensa o trabalho de interpretação para determinar a extensão da liberdade³¹⁵.

f) Subversão do equilíbrio da separação dos poderes, resultando em sobrecarga do poder judicial e, dentro deste, da justiça constitucional. Isso ocorre devido à ampliação do âmbito dos Direitos Fundamentais, o que aumenta a quantidade de casos envolvendo Direitos Fundamentais a serem decididos pelo Poder Judiciário, especialmente pela justiça constitucional³¹⁶.

³¹³ NOVAIS, Jorge Reis. Op. cit., 2003, p. 414-415.

³¹⁴ NOVAIS, Jorge Reis. Op. cit., 2003, p. 410.

³¹⁵ Ibid., 2003, p. 411-413.

³¹⁶ Ibid., 2003, p. 415.

6.4 TEORIA DO SUPORTE FÁTICO INTERMEDIÁRIO

Na teoria ampliativa, a ideia de representar um "Direito Fundamental" de cometer atos como matar, roubar ou torturar é tão absurda e contrária à racionalidade da tradição dos direitos humanos e à consciência jurídica que acaba sendo impossível fundamentar uma teoria constitucionalmente adequada de delimitação do âmbito de proteção dos Direitos Fundamentais. Em outras palavras, não é uma construção jurídica dogmaticamente plausível.

Por outro lado, a concepção restritiva busca excluir da proteção do Direito Fundamental aquilo que só aparentemente está incluído. Em situações de dúvida, tende a esconder as verdadeiras razões que levaram à decisão (como a prevalência de um interesse sobre outro). A concepção ampliativa garante total transparência nos procedimentos de ponderação que fundamentam o resultado final, exigindo a fundamentação detalhada do caso concreto.

Alguns estudiosos, como Jorge Reis Novais, propõem uma teoria intermediária, que tende para uma concepção ampliativa, chamada de concepção ampliativa mitigada. Essa teoria parte da necessidade de delimitar a previsão normativa do Direito Fundamental, adotando critérios mais ou menos seletivos de inclusão ou exclusão. Para ele, essa fase de delimitação do âmbito de proteção não deve considerar a intervenção ou restrição, pois é uma fase de concretização dos Direitos Fundamentais, analisando o que pode ser incluído na proteção garantida pelos Direitos Fundamentais e o que deve ser excluído, sem juízos de valoração ou ponderação de interesses³¹⁷.

Nesse sentido, a delimitação da previsão normativa deve, pelo menos, excluir o que claramente não pode ser considerado pela consciência jurídica própria de um Estado de Direito como exercício protegido por Direitos Fundamentais. Ou seja, não se incluem, de antemão, no âmbito protegido pelos Direitos Fundamentais, todos os comportamentos ou ações que constituem ilícito penal em sentido jurídico-material ou que, mesmo não sendo objetos de sanção penal, sejam incompatíveis com os requisitos mínimos de uma vida em sociedade e, por consequência, resultem em reprevação social e jurídica consensual. Comportamentos que, pela sua evidente e particular danosidade à sociedade, são

³¹⁷ NOVAIS, Jorge Reis. Op. cit., 2003, p. 420-425.

excluídos do âmbito de proteção por incompatibilidade com as exigências mínimas de uma vida em comunidade³¹⁸.

Portanto, nem todos os comportamentos proibidos pela lei penal devem ser automaticamente considerados excluídos do âmbito de proteção do Direito Fundamental. Um comportamento só deve ser excluído se for um ilícito penal qualificado. Assim, atos como homicídio, roubo e tortura não podem ser considerados exercícios de Direito Fundamental. Por outro lado, situações como aborto e eutanásia, em determinadas circunstâncias, não são excluídas do exercício do Direito Fundamental, desde que os valores que justificam a criminalização não tenham uma supremacia tão constringente sobre elas que garanta uma criminalização não controversa, reconhecida consensual e civilizacionalmente como indispensável³¹⁹.

Para os casos difíceis, representados por situações que não se enquadram claramente como candidatas positivas ou negativas da previsão normativa e que não são objeto de qualquer previsão adicional expressa nas normas constitucionais, gerando controvérsias sobre se devem ou não ser consideradas protegidas jusfundamentalmente, Novais³²⁰ propõe uma estratégia de “*defining out*”.

Isso significa incluir inicialmente tais situações no âmbito protegido e, em seguida, excluir categorias ou modalidades de exercício que apenas aparentemente se beneficiariam da proteção. É responsabilidade do legislador, da Administração e dos Tribunais, cada um à sua maneira, demonstrar porque uma determinada categoria ou modalidade de exercício, que inicialmente parece estar alinhada com a previsão normativa, deve ser excluída dela (eles têm o ônus de justificar a exclusão).

No entanto, essa legitimidade não pode ser utilizada para impedir um controle adequado das intervenções de relevância jusfundamental. Assim, uma vez preenchidos os requisitos primários, como a manutenção de afinidades aparentes com o âmbito de proteção do Direito Fundamental e a não eliminação em um primeiro controle de evidência, cabe ao Poder Público demonstrar e justificar a exclusão de proteção.

³¹⁸ NOVAIS, Jorge Reis. Op. cit., 2003, p. 425-427.

³¹⁹ Ibid., 2003, p. 428-429.

³²⁰ Ibid., 2003, p. 434-435.

Canotilho³²¹ parece apoiar essa teoria, pois argumenta que a definição do âmbito de proteção é uma tarefa metódica, seguindo as regras gerais de concretização das normas constitucionais. Por exemplo, diante de uma lei que restrinja a liberdade de profissão, é necessário delimitar o âmbito de proteção da norma que consagra essa liberdade e, por meio desse procedimento delimitador, concluir que os bens protegidos por essa norma incluem apenas as atividades lícitas, excluindo as atividades ilícitas (como contrabando e prostituição).

6.4.1 Principais críticas à teoria do suporte fático intermediário

A posição intermediária proposta por Novais minimiza diversas críticas que poderiam ser feitas a ela:

- a) Não resulta em uma proteção constitucional excessiva, evitando assim uma possível paralisação na legislação;
- b) Não é excessivamente restritiva, pois restringe menos do que as teorias mais restritivas, preservando o que já estava protegido anteriormente;
- c) Não leva a uma expansão desmedida dos Direitos Fundamentais, evitando que quase todo conflito jurídico seja enquadrado como envolvendo Direitos Fundamentais;
- d) Não coloca automaticamente todos os atos estatais no domínio dos Direitos Fundamentais, o que reduz as colisões e a necessidade de aplicar os "limites aos limites" dos Direitos Fundamentais;
- e) Mantém uma distinção metodológica clara entre o plano primário da delimitação da previsão normativa e o plano dos limites dos Direitos Fundamentais.

³²¹ CANOTILHO, J.J. Gomes. Op. cit., 2003, p. 1275.

7 TEORIAS DA RESTRINGIBILIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

As teorias da restringibilidade dos Direitos Fundamentais são fundamentais para compreender a possibilidade de limitação desses direitos pelo Poder Público. Cada uma dessas teorias oferece uma abordagem distinta sobre como e por que essas restrições são justificáveis. Além disso, a questão do controle dessas restrições também é central nesse debate.

No contexto da doutrina e jurisprudência brasileiras, é aceito que os Direitos Fundamentais podem ser restrinidos em determinadas situações. A legitimidade dessa restrição é sustentada pelas teorias da restringibilidade, que procuram estabelecer os limites e condições para essas restrições.

Dessa forma, a análise dessas teorias e sua aplicação prática são essenciais para garantir que as restrições aos Direitos Fundamentais sejam feitas de maneira justa, proporcional e dentro dos limites estabelecidos pela Constituição e pelo ordenamento jurídico como um todo. Esse sistema é essencial para assegurar a constitucionalidade das restrições impostas aos Direitos Fundamentais, garantindo, assim, uma maior efetividade desses direitos.

7.1 TEORIA INTERNA

A teoria interna dos limites aos Direitos Fundamentais, formulada nos anos 1960 como uma crítica à teoria externa, foi pioneiramente desenvolvida por Peter Härbel em sua obra “*Die Wesensgehaltgarantie des Art. 19 Abs. 2 Grundgesetz*”. O autor parte do princípio de que “a normatividade dos Direitos Fundamentais deve ser considerada, em atenção à sua função social, do ponto de vista da realidade social a que eles se referem”³²².

Essa abordagem interna entende que os Direitos Fundamentais têm um conteúdo determinado desde o início. Portanto, uma posição jurídica que ultrapasse esse conteúdo não existe e não possui proteção como Direito

³²² HÄRBELE, Peter. **La Libertad Fundamental en el Estado Constitucional**. San Miguel: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1997.

Fundamental. Isso implica na suposição de que os Direitos Fundamentais não estão sujeitos a limitações³²³.

Os defensores da teoria interna dos limites aos Direitos Fundamentais argumentam que, ao consagrar os Direitos Fundamentais, a Constituição já os faz com seus próprios limites claramente estabelecidos. De acordo com essa perspectiva, os limites de cada direito são inerentes a ele, ou seja, são imanentes e, por isso, excluem qualquer tipo de restrição externa.

Esses limites imanentes são vistos como “uma consequência do conceito de Direito Fundamental”³²⁴. Entre esses limites estão, por exemplo, o princípio de não violar os direitos alheios - o que implica que um direito é limitado pelo direito dos outros -, a moralidade e o interesse público.

A teoria interna dos limites aos Direitos Fundamentais defende que os limites são dimensões intrínsecas aos próprios direitos, não admitindo a ideia de restrição nem a distinção entre o âmbito de proteção e o âmbito de garantia efetivo desses direitos. Nessa perspectiva, cabe ao legislador determinar o conteúdo e os limites de cada Direito Fundamental, os quais devem ser consagrados por meio de uma reserva abrangente de lei geral³²⁵.

Segundo Freitas³²⁶, a teoria interna não admite a restrição de Direitos Fundamentais, uma vez que isso implicaria a redução do seu conteúdo. Os limites são considerados imanentes, e o conteúdo de um Direito Fundamental é definido a partir da interpretação da norma que o estabelece. Para determinar esse conteúdo, é necessário seguir um procedimento que envolve, primeiramente, analisar se, nas circunstâncias do caso concreto, houve uma afetação do âmbito aparentemente protegido. Em segundo lugar, é preciso verificar se o conteúdo aparentemente protegido e afetado corresponde ao conteúdo verdadeiramente protegido.

Na prática, isso significa que uma hipótese fática não integra o conteúdo de um Direito Fundamental se o conteúdo atingido for apenas aparentemente protegido, sendo excluído a priori por uma das modalidades de limites imanentes. Quando existe uma norma infraconstitucional que exclui a hipótese fática da

³²³ BOROWSKI, Martin. La restricción de los derechos fundamentales. **Revista Española de Derecho Constitucional**, Madrid, v.20, n.59, p.29-56, 2000. p.32

³²⁴ BOROWSKI, Martin. Op. cit., p. 40.

³²⁵ ALEXANDRINO, José Melo. Op. cit., 2011, p. 119.

³²⁶ FREITAS, Luiz Fernando Calil de. Op. cit., 2007, p. 82.

proteção, essa norma está apenas esclarecendo algo que já estava implicitamente contido na norma constitucional, e o legislador está apenas elucidando o que já era limitado de forma imanente³²⁷.

Os limites imanentes dos Direitos Fundamentais têm um significado jurídico fundamental. Segundo Vieira de Andrade³²⁸, existem pelo menos três doutrinas que abordam esse tema.

A primeira corrente argumenta que os limites imanentes são determinados pelos "limites de não perturbação" (*Nichtstörungsschranken*), ou seja, cada direito é limitado pela existência dos demais direitos. No entanto, essa cláusula não faz uma distinção clara entre limites imanentes e colisão de direitos, além de ter uma eficácia limitada³²⁹.

A segunda corrente sustenta que os limites imanentes são estabelecidos pela "cláusula de comunidade" (*Gemeinshaftsklausel*), ou seja, pelas exigências mínimas da vida em sociedade que são valores fundamentais sem os quais a comunidade não poderia subsistir. Essas exigências incluem os direitos dos outros, a lei moral ou a ordem pública. No entanto, os opositores dessa corrente argumentam que essa "cláusula de comunidade" é excessivamente vaga e não oferece um suporte seguro para uma aplicação racional e fundamentada nos preceitos constitucionais³³⁰.

Por último, há aqueles que defendem que os Direitos Fundamentais estão limitados de modo imanente pelas "leis gerais", ou seja, pelas normas ordinárias imperativas, como as normas civis ou penais. No entanto, Vieira de Andrade argumenta que aceitar essa ideia de limites imanentes arriscaria a submeter todos os Direitos Fundamentais a uma reserva de lei, o que "inverteria a hierarquia das normas e nos faria regressar ao tempo em que os Direitos Fundamentais só existiam no quadro das leis ordinárias"³³¹.

Os Direitos Fundamentais podem ser previstos sem reserva legal, com reserva legal simples ou com reserva legal qualificada. A reserva legal é entendida como a delegação de certas competências pelo constituinte ao legislador ordinário para adaptar os direitos às necessidades sociais em

³²⁷ FREITAS, Luiz Fernando Calil de. Op. cit., 2007, p. 82.

³²⁸ ANDRADE, José Carlos Vieira de. Op. cit., 2004, p. 286-287.

³²⁹ Ibid., 2004, p. 218.

³³⁰ Ibid., 2004, p. 218.

³³¹ Ibid., 2004, p. 218-219.

constante evolução³³². Dependendo da teoria adotada em relação à previsão normativa dos Direitos Fundamentais (conteúdo dos Direitos Fundamentais), pode-se concluir que, nos casos de Direitos Fundamentais sem expressa reserva legal, estar-se-ia diante de direitos absolutos, ou seja, direitos ilimitados³³³.

Nesses casos, não há conflitos entre direitos, e a ponderação de interesses é rejeitada. Segundo Silva, “direitos definidos a partir do enfoque da teoria interna têm sempre a estrutura de regras”³³⁴. Assim, eles seguem um raciocínio de tudo ou nada. Quando um indivíduo exerce um direito garantido pela norma de Direito Fundamental, ele está exercendo um direito subjetivo definitivo, que será exercido dentro de seus limites.

Resta saber se essa teoria trata de Direitos Fundamentais absolutos. Os defensores da teoria interna argumentam que os Direitos Fundamentais não são absolutos, pois já possuem limites intrínsecos definidos pela própria Constituição. Para eles, esses limites fazem parte da essência dos Direitos Fundamentais, estando implícitos desde sua concepção. Nessa perspectiva, cabe ao intérprete do direito esclarecer e declarar esses limites que já existem, em vez de criar novos limites ou restrições³³⁵.

A atividade do legislador ordinário ou do juiz ao concretizar o conteúdo de um Direito Fundamental, segundo essa teoria, não é vista como uma atividade limitativa ou restritiva. Pelo contrário, é entendida como um processo de revelação do que já estava imanemente contido no direito. Ou seja, ao aplicar uma norma constitucional que consagra um Direito Fundamental, o legislador ou juiz não está criando limitações novas ou restringindo o direito, mas sim revelando os limites que já estavam presentes desde a origem do direito.

A crítica à teoria interna dos limites reside na dificuldade de definir o que está protegido pela norma de Direito Fundamental, um problema semelhante ao enfrentado pela teoria do suporte restrito. Nessa abordagem, a análise se concentra em estabelecer se determinado comportamento está ou não abrangido pelo âmbito de proteção da norma de Direito Fundamental em questão.

³³² GUERRERO, Manuel Medina. *La Vinculacion Negativa Del Legislador a Los Derechos Fundamentales*. Madrid: McGraw, 1996, p. 47.

³³³ FREITAS, Luiz Fernando Calil de. Op. cit., 2007, p. 82.

³³⁴ SILVA, Virgílio Afonso da. Op. cit., 2009, p. 128-130.

³³⁵ Ibid., 2009, p. 131.

A interpretação parte do princípio de que apenas o necessário para o exercício do direito permanece em seu conteúdo. Se o comportamento estiver incluído, a conclusão é que ele não pode ser restringido. Por outro lado, se não estiver contido, não se trata de uma situação a ser resolvida no âmbito do Direito Fundamental. Assim, essa abordagem é criticada por ser subjetivista e intuitiva, uma vez que a determinação dos limites dos Direitos Fundamentais pode depender da interpretação individual de cada caso.

Essa perspectiva subjetivista e intuitiva da teoria interna dos limites também pode gerar insegurança jurídica, pois a definição dos limites dos Direitos Fundamentais ficaria sujeita a interpretações variadas e, por vezes, divergentes. Além disso, a falta de critérios objetivos para determinar o que está contido no âmbito de proteção de um Direito Fundamental pode dificultar a aplicação consistente desses direitos, levando a decisões arbitrárias ou inconsistentes.

Os limites imanentes são concebidos como elementos naturais que demarcam o âmbito de proteção do direito, afastando a necessidade de uma previsão normativa ampla. Silva argumenta que há uma incompatibilidade entre a ideia de limites imanentes e princípios como normas (mandamentos de otimização) e, por consequência, a exigência de sopesamento (teoria de Alexy). Isso porque os limites de cada direito são definidos previamente, já estão incorporados no próprio direito, não admitindo restrição externa³³⁶.

Segundo essa perspectiva, os limites imanentes são como fronteiras pré-estabelecidas que determinam o alcance de um Direito Fundamental. Eles são intrínsecos ao direito, fazendo parte de sua essência e natureza. Assim, quando um Direito Fundamental é reconhecido, seus limites já estão implicitamente definidos, não sendo necessário um processo de ponderação ou sopesamento para determinar sua extensão. Isso significa que qualquer ato ou norma que busque restringir esse direito deve ser analisado à luz desses limites internos, que são pré-determinados e não sujeitos a interpretações extensivas³³⁷.

Se um direito está garantido na Constituição, o poder constituído não pode criar limites a esse direito, sob pena de inconstitucionalidade. De acordo com essa perspectiva, não existem restrições legítimas aos Direitos Fundamentais. Assim, ou a lei intervém de forma legítima, conciliando a existência do direito com

³³⁶ MIRANDA, Jorge. Op. cit., 2010, p. 367.

³³⁷ SILVA, Virgílio Afonso da. Op. cit., 2009, p. 164-166.

os valores que o circundam, ou restringe o Direito Fundamental de maneira ilegítima.

Qualquer limitação imposta a um Direito Fundamental deve ser estritamente necessária e proporcional ao objetivo que se propõe a alcançar, de modo a não comprometer a essência ou a efetividade do direito em questão. A ilegitimidade das restrições se dá quando estas extrapolam os limites constitucionais, restringindo o direito de forma desproporcional ou injustificada. Assim, a interpretação e aplicação das normas constitucionais devem sempre buscar garantir a plena eficácia dos Direitos Fundamentais, sem desconsiderar a necessidade de equilíbrio com outros valores e interesses jurídicos legítimos³³⁸.

Segundo esse entendimento, se um direito está garantido na Constituição, ele não pode ser limitado, uma vez que os limites já foram estabelecidos pelo legislador constituinte originário. Cada direito possui fronteiras definidas e um conteúdo específico que determina seus limites. Dessa forma, o legislador ordinário não pode impor restrições aos Direitos Fundamentais; sua função é apenas regulamentar e explicitar os limites estabelecidos na própria norma constitucional, ou seja, ele declara o conteúdo do direito.

Nesse contexto, cabe ao juiz a função de controlar essa regulamentação, garantindo que o legislador não ultrapasse os limites estabelecidos na Constituição. O legislador, ao explicitar o que está contido no Direito Fundamental, não está restringindo o direito, mas sim delineando seus contornos e indicando como ele deve ser interpretado e aplicado. Assim, a interpretação e aplicação das normas constitucionais devem sempre preservar a plena eficácia dos Direitos Fundamentais, sem permitir que sejam restringidos de forma injustificada ou desproporcional. Nas palavras de Häberle³³⁹:

O legislador, ao concretizar os limites essenciais dos Direitos Fundamentais, está a positivar limites que já existiam desde o princípio [...] e que não aparecem como limites trazidos posterior e exteriormente ao Direito Fundamental", isto é, "os Direitos Fundamentais são originariamente tutelados por limites imanentes ao conjunto substancial do sistema constitucional dos valores, ao contrário do que afirma a concepção que parte originariamente de uma liberdade absoluta, ilimitada e só posteriormente corrigida por algumas limitações.

³³⁸ HÄRBELE, Peter. Op. cit., 1997, p. 129.

³³⁹ Ibid., 1997, p. 129.

7.1.1 Principais críticas à teoria interna

A teoria interna dos limites aos Direitos Fundamentais, apesar de sua fundamentação sólida, não está isenta de críticas. Suas principais críticas são:

1) Tendência a adotar um âmbito de proteção restritivo dos Direitos Fundamentais. Isso se deve ao fato de que, ao afirmar que os limites dos direitos já estão definidos desde sua origem na Constituição, a teoria acaba por restringir a amplitude desses direitos. Essa “restrição” é especialmente evidente quando se considera a necessidade de adotar uma teoria do suporte fático restrito, que exclui certas condutas do âmbito de proteção dos Direitos Fundamentais. Essa restrição no âmbito de proteção dos direitos pode ser problemática, pois pode limitar a efetividade dos Direitos Fundamentais em situações em que uma interpretação mais ampla poderia ser mais adequada.

2) A crítica à teoria interna dos limites aos Direitos Fundamentais também se estende ao papel do Tribunal Constitucional no controle de constitucionalidade. Argumenta-se que, ao afirmar que os limites dos Direitos Fundamentais já estão definidos desde a origem na Constituição, a teoria interna reduz a necessidade de um controle efetivo por parte do Tribunal Constitucional. Isso porque, se o legislador ordinário está apenas explicitando o conteúdo do Direito Fundamental, não seria necessária uma intervenção do Tribunal para verificar a constitucionalidade dessas leis. Essa crítica sugere que a teoria interna tende a ser condescendente com a atividade do legislador, tratando-o como um defensor natural dos Direitos Fundamentais. No entanto, isso pode ser problemático, pois o legislador nem sempre age em conformidade com os princípios constitucionais, podendo criar leis que restrinjam indevidamente os Direitos Fundamentais. Nesse sentido, a falta de um controle efetivo por parte do Tribunal Constitucional poderia resultar em uma proteção deficiente dos Direitos Fundamentais, comprometendo a eficácia das normas constitucionais e a garantia dos direitos dos cidadãos.

3) A terceira crítica à teoria interna aborda a questão da colisão entre princípios. Embora seja claro que o direito de um indivíduo não pode invadir o direito de outro, a teoria interna não oferece uma resposta clara sobre como resolver conflitos reais entre Direitos Fundamentais. Ela não aborda a questão de quando um interesse individual deve prevalecer sobre o outro em casos

concretos. Essa falta de resposta para os conflitos de princípios é uma lacuna significativa, pois a vida em sociedade frequentemente envolve situações em que os direitos de um indivíduo entram em choque com os direitos de outro. Em tais casos, é crucial determinar qual direito deve ser priorizado, de modo a garantir um equilíbrio justo e adequado entre os interesses em jogo.

4) A última crítica aqui relatada aponta para uma questão mais profunda: o papel do legislador na definição dos limites dos Direitos Fundamentais. Ao afirmar que os limites dos direitos já estão definidos na Constituição e que o legislador ordinário não pode restringi-los, essa teoria parece obscurecer a verdadeira função do legislador na sociedade. O legislador não é apenas um mero executor das normas constitucionais, mas também um agente ativo na formulação e adaptação das leis de acordo com as necessidades e os valores da sociedade. Ao interpretar os Direitos Fundamentais de forma estrita, sem considerar a possibilidade de o legislador criar limites adicionais, essa teoria parece desconsiderar a importância da atuação legislativa na definição dos direitos e deveres dos cidadãos.

Além disso, ao enfatizar a ideia de que os limites dos direitos já estão definidos de antemão, a teoria interna pode desencorajar o debate público e a participação democrática na definição das Políticas Públicas. Ao invés de ser um processo dinâmico e aberto à discussão, a definição dos limites dos Direitos Fundamentais se tornaria uma questão estática e imutável, determinada apenas pela interpretação judicial da Constituição.

7.2 TEORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS COMO PRINCÍPIOS

A teoria dos Direitos Fundamentais como princípios, proposta por Alexy³⁴⁰ como uma alternativa à teoria interna, é fundamentada na ideia de que os Direitos Fundamentais não possuem limites imanentes, mas são princípios que devem ser ponderados e conciliados em casos de conflito. Alexy rejeita a ideia de que os direitos já contenham em si mesmos seus próprios limites, defendendo que esses limites são estabelecidos por meio da ponderação de interesses. O que não ocorre na teoria interna, que por sua vez considera os limites dos direitos como

³⁴⁰ ALEXY, Robert. Op. cit., 2008.

algo pré-determinado e imutável. Segundo essa perspectiva, os direitos não são absolutos, mas devem ser interpretados e aplicados de acordo com as circunstâncias específicas de cada caso.

De acordo com Alexy, a distinção entre a teoria interna e a teoria externa dos Direitos Fundamentais está intrinsecamente ligada à distinção entre regras e princípios. Para ele, essa distinção é crucial para determinar qual dessas teorias é adotada pelo intérprete. Se o intérprete considera os Direitos Fundamentais como posições *prima facie*, então ele estaria refutando a teoria interna. Por outro lado, se os Direitos Fundamentais são vistos como posições definitivas, que não podem ser restrinvidas ou ponderadas em situações de conflito, então seria a teoria externa que estaria em jogo³⁴¹.

Os proponentes desta teoria estabelecem uma distinção fundamental entre regras e princípios para justificar que a admissão de restrições aos Direitos Fundamentais decorre da estrutura específica dessas normas. Enquanto os direitos garantidos por regras são considerados definitivos e não permitem restrições, os Direitos Fundamentais garantidos por princípios podem ser restrinvidos em determinadas circunstâncias, considerando o peso de outros princípios relevantes, por meio da técnica de ponderação de interesses³⁴².

Um conflito normativo ocorre quando duas ou mais normas são aplicáveis a uma mesma situação concreta e suas consequências jurídicas são, total ou parcialmente, incompatíveis. Nos conflitos entre regras, quando duas ou mais regras estabelecem consequências distintas para o mesmo ato ou fato, uma delas deve ser considerada inválida, seja em sua totalidade – o que implica que seus preceitos são excludentes –, ou parcialmente – podendo-se estabelecer uma cláusula de exceção em uma delas. A decisão nesses casos é resolvida no plano da validade, seguindo o princípio do “tudo ou nada”³⁴³.

Em contrapartida, nos conflitos entre princípios, nos quais princípios distintos preveem consequências jurídicas incompatíveis para um mesmo ato, fato ou posição jurídica, um dos princípios, geralmente o de menor peso, terá que ceder, mas ambos permanecem válidos. De acordo com Alexy, há relações condicionadas de precedência entre os princípios, determinadas pela situação

³⁴¹ ALEXY, Robert. Op. cit., 2008, p. 278.

³⁴² ALEXANDRINO, José Melo. Op. cit., 2011, p. 120.

³⁴³ SILVA, Virgílio Afonso da. Op. cit., 2009, p. 47-50.

específica do caso concreto. A determinação do resultado dependerá das condições fáticas do caso concreto, bem como da ponderação dos valores e interesses envolvidos³⁴⁴.

Assim, a aplicação dos princípios depende das circunstâncias jurídicas específicas do caso concreto, uma vez que a realização plena de um princípio muitas vezes entra em conflito com a realização de outro princípio (colisão), sendo necessário, então, ponderar entre eles. Por outro lado, a aplicação das regras ocorre por meio da subsunção, ou seja, a verificação se os fatos se enquadram exatamente nos termos da regra estabelecida. Nesse contexto, os princípios expressam deveres e direitos que devem ser considerados válidos à primeira vista, mas que podem se tornar menos abrangentes após a ponderação entre os princípios em conflito.

Em contrapartida, as regras estabelecem deveres e direitos definitivos, ou seja, se uma regra é válida, deve-se obedecer exatamente ao que ela determina, sem mais nem menos, exceto quando se pode estabelecer uma cláusula de exceção em uma regra durante a decisão de um caso. Ao contrário dos princípios, onde há uma flexibilidade maior quanto ao seu grau de aplicação. Para Alexy, em situações de conflito entre regras e princípios, é necessário ponderar o princípio em conflito com o princípio no qual a regra se baseia, uma vez que as regras não são suscetíveis de ponderação.³⁴⁵

Isso não implica que, segundo Alexy, toda norma de Direito Fundamental seja reconhecida como possuindo incondicionalmente um caráter principiológico. Conforme expresso por Novais³⁴⁶:

O “modelo combinado” de Alexy resultaria da vinculação entre um nível de princípios (a que pertenceriam todos os princípios susceptíveis de, no domínio dos Direitos Fundamentais, serem invocados como razões para decisões baseadas em ponderações) e um nível de regras, onde se integra, as disposições de Direitos Fundamentais que são já o resultado de ponderações entre exigências correspondentes a princípios opostos, incluindo, embora isso não resulte perfeitamente explicitado em Alexy, as ponderações já eventualmente efectuadas pelo legislador constitucional.

No entanto, Alexy argumenta que mesmo as regras possuem um caráter incompleto, pois permitem, de certa forma, uma decisão livre de ponderação.

³⁴⁴ SILVA, Virgílio Afonso da. Op. cit., 2009, p. 47-50.

³⁴⁵ ALEXY, Robert. Op. cit., 2008, p. 90,

³⁴⁶ NOVAIS, Jorge Reis. Op. cit., 2003, p. 334-335.

Portanto, as normas de Direitos Fundamentais, ou mais precisamente as regras, têm um caráter duplo, funcionando como regra e como princípio, quando sua formulação inclui uma cláusula de limites que orienta a ponderação com outros princípios³⁴⁷.

No contexto das restrições aos Direitos Fundamentais, a teoria dos Direitos Fundamentais como princípios sugere, em primeiro lugar, que o objeto das restrições não são posições jurídicas definitivas, mas sim direitos *prima facie*, ou seja, direitos que são convertíveis em direitos definitivos quando confrontados com razões de sentido contrário. Essa abordagem parte de uma interpretação ampla da previsão normativa, na qual qualquer atividade, conduta ou comportamento para os quais possam ser invocadas razões de Direitos Fundamentais são, *prima facie*, protegidos pelo Direito Fundamental. Isso implica que praticamente tudo pode ser um conflito de Direitos Fundamentais, exigindo ponderação e, em última instância, resultando em verdadeiras restrições³⁴⁸.

Conforme a perspectiva de Alexy³⁴⁹, a justificação das restrições aos Direitos Fundamentais está centrada na ponderação, ou seja, na avaliação do peso dos princípios ou regras de Direitos Fundamentais em relação a quaisquer outros que se contraponham a eles. A ponderação, nesse sentido, é vista como um instrumento crucial para resolver conflitos normativos complexos, especialmente quando envolvem Direitos Fundamentais, permitindo uma análise detalhada das circunstâncias específicas de cada caso.

Para a teoria dos princípios, os Direitos Fundamentais, quando consagrados como princípios, são inicialmente interpretados de forma expansiva, no máximo de sua abrangência possível. Isso significa que qualquer atividade, conduta ou comportamento que possa ser justificado por razões de Direitos Fundamentais é, *prima facie*, protegido pelo Direito Fundamental em questão. Dessa forma, se um intérprete argumentar que um determinado comportamento está dentro do âmbito de proteção da norma, ou seja, que se enquadra em uma perspectiva de Direito Fundamental, isso automaticamente implica que esse comportamento constitui um exercício desse Direito Fundamental.

³⁴⁷ ALEXY, Robert. Op. cit., 2008, p. 139-141.

³⁴⁸ MIRANDA, Jorge. Op. cit., 2010, p. 368.

³⁴⁹ ALEXY, Robert. Op. cit., 2008.

Como resultado, considerando as circunstâncias fáticas e jurídicas, é provável que esses exercícios de Direitos Fundamentais acabem por entrar em conflito com interesses contrários. Esse conflito é então solucionado pela ponderação de bens, um processo que busca encontrar um equilíbrio entre os diferentes princípios em jogo. Nessa perspectiva, a fase inicial da interpretação jurídica, como ocorre na teoria externa (onde se verifica o que está protegido no âmbito de proteção da norma), é dispensada na teoria dos princípios.

Segundo Silva³⁵⁰, a teoria dos princípios é um pressuposto da teoria externa. Nessa perspectiva, as normas se dividem em princípios e regras. Os princípios são entendidos como mandamentos de otimização, com uma tendência naturalmente expansiva, devendo ser realizados na maior medida possível.

Os Direitos Fundamentais garantidos por uma norma com estrutura de princípio conferem um direito *prima facie* ilimitado, diferenciando-se assim dos direitos definitivos. Devido à sua natureza expansiva, os princípios têm a tendência de colidir com outras normas, e a realização de um princípio específico pode ser restringida por princípios colidentes no caso concreto, dando origem ao direito definitivo. Este último não é definido de antemão, como defendido pela teoria interna, mas sim é determinado, nas palavras do professor, “a partir de fora”.

Em sendo a realização pode ser restringida quando entra em conflito com outros princípios no caso concreto, a colisão entre princípios resulta na determinação do conteúdo definitivo do direito, que é estabelecido pela ponderação dos princípios envolvidos. À vista disso, ao contrário da teoria interna, que considera os limites dos Direitos Fundamentais como intrínsecos a eles, a teoria dos princípios sugere que esses limites são determinados pela interação dos princípios em situações específicas.³⁵¹

A teoria dos Direitos Fundamentais como princípios adota uma abordagem distinta da dicotomia entre limites imanentes e externos. Em vez disso, ela questiona a natureza jurídica das normas de Direitos Fundamentais. Os Direitos Fundamentais concebidos como princípios são considerados *prima facie*, o que significa que têm uma tendência natural de expansão e, portanto, podem entrar

³⁵⁰ SILVA, Virgílio Afonso da. Op. cit., 2009, p. 140.

³⁵¹ Ibid., 2009, p. 140.

em conflito com outros princípios. Nesse contexto, os princípios podem ceder gradualmente a argumentos em sentido contrário no confronto com outros princípios, e esse conflito é resolvido por meio da técnica da ponderação de interesses.

Na prática, isso significa que, em um caso concreto, os intérpretes devem identificar qual princípio tem prevalência sobre o outro, realizando um processo de sopesamento. Essa abordagem atribui aos Poderes Públicos a responsabilidade de buscar a melhor solução possível, levando em consideração os diferentes princípios em jogo. Nesse contexto, a teoria dos Direitos Fundamentais como princípios possui uma abordagem mais flexível para lidar com os conflitos entre Direitos Fundamentais, afastando-se da rigidez das teorias baseadas em limites imanentes ou externos.

A teoria dos Direitos Fundamentais como princípios apresenta uma abordagem inovadora ao abordar os limites dos Direitos Fundamentais, fugindo da dicotomia tradicional entre limites imanentes e externos. Em vez disso, essa teoria foca na própria natureza das normas de Direitos Fundamentais, considerando-as como princípios.

A resposta a esse impasse não pode ser encontrada simplesmente considerando uma ordem hierárquica abstrata dos valores constitucionais. Também não é aceitável sacrificar um desses valores em favor do outro de forma arbitrária. A solução comumente aceita é a necessidade de respeitar a proteção constitucional dos diferentes direitos dentro da unidade da Constituição, buscando harmonizar preceitos que podem apontar para resultados diferentes e até contraditórios. Essa harmonização exige uma fundamentação que possa ser controlada de forma intersubjetiva, não se limitando apenas a identificar os valores em jogo, mas também a construir e aderir a critérios que permitam aplicá-los de maneira racional.

Nesse contexto, cabe ao intérprete dos Direitos Fundamentais atribuir importância diferenciada aos valores que esses direitos representam, sempre atento às circunstâncias do caso concreto e às hierarquias de valores estabelecidas pelo legislador democraticamente legitimado.³⁵²

³⁵² SARLET, Ingo Wolfgang. Op. cit., 2009, p. 394.

Segundo essa teoria, a função da Corte Constitucional, ao realizar o controle de constitucionalidade, é avaliar se o legislador ponderou de maneira adequada, seguindo o princípio da proporcionalidade, ou como Alexy prefere chamá-lo, a máxima da proporcionalidade. Este princípio exige que as restrições aos Direitos Fundamentais sejam adequadas, necessárias e proporcionais em sentido estrito. Isso significa que as restrições devem ser adequadas para alcançar o objetivo pretendido, necessárias no sentido de não existir outra medida menos onerosa para atingir o mesmo objetivo e proporcionais em sentido estrito, ou seja, os benefícios da restrição devem superar os custos em termos de restrição aos Direitos Fundamentais³⁵³.

7.2.1 Principais críticas à teoria dos Direitos Fundamentais como princípios

Essa teoria, entretanto, não é imune a críticas, destacando-se entre elas:

1) Amplitude do âmbito de proteção dos Direitos Fundamentais. Ela pressupõe a adoção da teoria do suporte fático amplo. Isso significa que, segundo essa teoria, práticas imorais e ilícitas podem vir a ser consideradas, *prima facie*, incluídas no âmbito de proteção da norma³⁵⁴. Essa abordagem pode levar a interpretações excessivamente amplas dos Direitos Fundamentais, dificultando a aplicação equilibrada desses direitos em situações concretas.

2) Possível propensão a permitir a desonestidade e a criar um sentimento de desilusão. Isso ocorre porque, ao permitir restrições aos Direitos Fundamentais, ela pode eliminar o que havia sido protegido anteriormente. Esse aspecto levanta questões sobre a eficácia da teoria em garantir a proteção integral dos Direitos Fundamentais e em manter a confiança dos cidadãos no sistema jurídico. Além disso, a possibilidade de restrições pode gerar incertezas quanto aos limites reais dos Direitos Fundamentais, podendo enfraquecer sua força normativa e sua capacidade de proteger efetivamente os direitos individuais³⁵⁵.

³⁵³ MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de Direito Constitucional**. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 64.

³⁵⁴ SILVA, Virgílio Afonso da. Op. cit., 2009, p.144-145.

³⁵⁵ Ibid., 2009, p. 145-146.

3) Falta de critérios objetivos para a ponderação de interesses. A teoria dos Direitos Fundamentais como princípios requer a ponderação de interesses para resolver conflitos entre princípios. No entanto, essa ponderação muitas vezes carece de critérios objetivos e mensuráveis, tornando-a subjetiva e suscetível a interpretações arbitrárias por parte dos aplicadores do direito³⁵⁶.

4) Possibilidade de multiplicação das pretensões no âmbito do Judiciário. Isso ocorre porque, ao adotar uma abordagem mais flexível e abrangente na interpretação dos Direitos Fundamentais, pode haver uma tendência de os indivíduos recorrerem mais frequentemente ao Judiciário em busca de proteção de seus direitos. Esse aumento na demanda judicial pode sobrecarregar o sistema judiciário e gerar uma judicialização excessiva de questões que poderiam ser tratadas de forma mais adequada por meio de outros mecanismos, como o legislativo ou o executivo³⁵⁷.

5) Ao priorizar a ponderação de interesses, elimina a necessidade de uma fase específica de interpretação das normas. Isso porque, ao confrontar princípios em um caso concreto, o intérprete não está apenas aplicando uma norma previamente estabelecida, mas sim avaliando o peso de diferentes valores e interesses em jogo. Essa avaliação não se limita a verificar se determinada conduta se enquadra ou não em uma norma específica, mas sim a analisar as consequências e os impactos das diferentes decisões possíveis. Nesse sentido, a ponderação de interesses substitui a interpretação tradicional das normas.

6) Na ponderação de interesses, o juiz desempenha um papel semelhante ao legislador, o que levanta questões sobre a separação dos poderes. Isso porque, ao realizar a ponderação, o juiz não se limita a aplicar a lei de forma mecânica, mas avalia valores e princípios constitucionais que podem levar a decisões que moldam o direito de forma criativa. Essa atuação mais ativa do juiz pode ser vista como uma interferência no papel do legislador, que é responsável por criar leis. No entanto, para os defensores da ponderação, essa abordagem é necessária para lidar com a complexidade dos conflitos jurídicos contemporâneos, que muitas vezes não podem ser resolvidos por meio de regras pré-estabelecidas. Assim, embora a ponderação possa desafiar a separação

³⁵⁶ SILVA, Virgílio Afonso da. Op. cit., 2009, p.147-148.

³⁵⁷ Ibid., 2009, p. 151-153.

tradicional dos poderes, ela é vista como uma ferramenta para garantir a efetividade dos Direitos Fundamentais em um contexto dinâmico e multifacetado.

7) Ao aplicar a técnica da ponderação, o juiz tende a atribuir pesos aos princípios em conflito, buscando encontrar um equilíbrio justo entre eles. No entanto, essa atribuição de pesos não transforma a ponderação em uma fórmula matemática ou em uma metodologia científica rigorosa. Pelo contrário, o ato de ponderar envolve uma análise cuidadosa e contextualizada das circunstâncias específicas do caso, levando em consideração não apenas os princípios em jogo, mas também os valores e interesses em conflito. Assim, embora o juiz busque aplicar critérios consistentes e objetivos na ponderação, esse processo não pode ser reduzido a uma simples operação matemática, pois requer uma avaliação sensível e flexível das circunstâncias para chegar a uma decisão justa e equilibrada.

8) Através de uma construção dogmática implausível, há o risco de comprometer a lógica do Estado de Direito democrático, que se baseia na proteção dos Direitos Fundamentais. Esse cenário pode ocorrer quando a aplicação da técnica da ponderação não é feita de maneira adequada ou quando há uma interpretação equivocada dos princípios em conflito. Nesse contexto, o juiz corre o risco de enfraquecer a proteção dos Direitos Fundamentais, que são pilares essenciais de uma sociedade democrática.

Essas críticas ressaltam os desafios e limitações da teoria dos Direitos Fundamentais como princípios, destacando a necessidade de um equilíbrio cuidadoso entre a proteção dos Direitos Fundamentais e outros valores constitucionais.

7.3 TEORIA EXTERNA

A teoria externa parte do princípio da liberdade individual como algo intrínseco e anterior ao Estado, sendo, em sua essência, ilimitada, enquanto o poder do Estado em interferir é, por princípio, limitado³⁵⁸. Dentro desse contexto, as restrições aos Direitos Fundamentais só são consideradas legítimas se puderem ser justificadas constitucionalmente, ou seja, se estiverem respaldadas

³⁵⁸ SCHMITT, Carl. **Teoria de La Constitución**. Madrid: Alianza, 1982, p. 138 ss.

por um limite do próprio Direito Fundamental e atenderem aos requisitos constitucionais necessários para sua aplicação³⁵⁹.

Isso implica que as restrições devem ser proporcionais, necessárias e adequadas para atingir um fim legítimo dentro de uma sociedade democrática. Dessa forma, a teoria externa busca assegurar que o poder estatal de limitar os direitos individuais seja exercido de forma responsável e em conformidade com os princípios constitucionais.

A teoria externa dos limites parte de um princípio fundamental que se baseia na distinção entre o próprio Direito Fundamental e os limites desse direito. Em outras palavras, ela estabelece, inicialmente, o escopo de proteção do Direito Fundamental, ou seja, define o conteúdo do Direito Fundamental por meio da análise de seus contornos jurídicos. Em um segundo momento, considera a possibilidade de impor limites a esse direito (daí surgem os Direitos Fundamentais com ou sem reservas), que são justificadores de intervenções estatais posteriores no bem protegido pelo Direito Fundamental. Esses limites, colocados externamente ao conteúdo do Direito Fundamental, são construídos de forma a serem considerados como elementos externos ao próprio Direito Fundamental³⁶⁰.

Dentro desse contexto, a legitimidade da restrição aos Direitos Fundamentais depende de sua justificação constitucional, ou seja, da conformidade com os limites estabelecidos para cada direito. Esses limites são determinados pelo texto constitucional, sendo essenciais para garantir o equilíbrio entre a proteção dos direitos individuais e as necessidades coletivas. Uma restrição legítima é aquela que respeita esses limites, garantindo que a intervenção do Estado seja proporcional e necessária para a consecução de um fim legítimo.

Por outro lado, uma restrição é considerada ilegítima quando ultrapassa os limites impostos pelos Direitos Fundamentais. Isso ocorre quando o Estado, ao impor uma restrição, não consegue justificá-la adequadamente à luz dos princípios constitucionais, ou quando a medida adotada é desproporcional em relação ao objetivo perseguido. Nesse sentido, a ilegitimidade da restrição pode levar à sua declaração de inconstitucionalidade, visto que contraria os valores e os princípios fundamentais da ordem jurídica.

³⁵⁹ NOVAIS, Jorge Reis. Op. cit., 2003, p. 298-299.

³⁶⁰ NOVAIS, Jorge Reis. Op. cit., 2003, p. 301.

É interessante ressaltar a diferença entre a teoria externa e a teoria levantada por Alexy (teoria dos Direitos Fundamentais como princípios). Segundo essa abordagem, os Direitos Fundamentais, quando concebidos como princípios, são mandamentos de otimização e têm uma tendência natural de expansão máxima. Isso significa que, em princípio, todos os interesses protegidos por esses direitos devem ser realizados na maior medida possível. No entanto, devido à inevitável colisão de interesses que ocorre na prática, é necessário realizar uma ponderação entre esses interesses para determinar qual deles deve prevalecer em um caso concreto.

Essa ponderação de interesses envolve uma análise detalhada das circunstâncias fáticas e jurídicas do caso, levando em consideração todos os princípios e valores em jogo. O objetivo é chegar a uma decisão que seja a mais adequada possível, considerando as diferentes perspectivas e necessidades envolvidas. Dessa forma, a ponderação de interesses permite encontrar um equilíbrio entre os diferentes direitos e valores em conflito, garantindo a proteção efetiva dos Direitos Fundamentais em uma sociedade democrática.

A diferença entre a teoria externa e a teoria dos Direitos Fundamentais é de importância central. Em tais perspectivas, o ponto de partida é a interpretação jurídica para determinar o âmbito de proteção da norma jusfundamental, ou seja, verificar o conteúdo protegido e o bem protegido. Isso contrasta com a abordagem da teoria dos princípios, que dispensa a fase da interpretação jurídica ao adotar a teoria do suporte fático amplo. Nessa perspectiva, tudo está protegido a priori, e qualquer comportamento que possa ser relacionado a um Direito Fundamental está, desde o início, protegido pela norma de Direito Fundamental.

Essa diferença metodológica tem implicações significativas na forma como os Direitos Fundamentais são interpretados e aplicados. Enquanto a teoria externa exige uma análise detalhada do conteúdo e do bem protegido pela norma, a teoria dos princípios parte do pressuposto de que qualquer comportamento relacionado a um Direito Fundamental deve ser protegido, sem a necessidade de uma análise prévia do conteúdo da norma. Assim, a teoria dos Direitos Fundamentais como princípios adota uma abordagem mais ampla e inclusiva, garantindo uma proteção mais abrangente dos Direitos Fundamentais.

Para a teoria externa, o processo de interpretação jurídica é crucial para determinar o âmbito de proteção da norma jusfundamental. No entanto, esse

âmbito de proteção não é estabelecido de forma definitiva, uma vez que podem existir limites externos que afetam o conteúdo protegido pela norma. Na abordagem dessa teoria, o primeiro passo é definir um âmbito de proteção inicial, que é posteriormente ajustado para refletir o âmbito definitivamente protegido após a consideração dos limites externos. Esses limites podem ser de natureza constitucional, ou seja, derivados diretamente da Constituição, ou inconstitucionais, quando extrapolam os limites impostos pela própria Constituição.

Para a teoria externa, uma restrição é uma ação estatal que atua de fora em relação ao Direito Fundamental, atingindo o bem ou interesse protegido. Nessa perspectiva, não há semelhança entre o âmbito de proteção e o âmbito de garantia efetiva do direito, ou seja, o Direito Fundamental é claramente separado de um lado e as restrições que lhe são impostas externamente do outro. Além disso, para que uma restrição intervenha no âmbito de proteção de um Direito Fundamental, é necessária uma fase prévia em que se procede à delimitação desse âmbito de proteção³⁶¹.

Para a teoria externa, o conceito de restrição só deve ser aplicado após a delimitação do âmbito de proteção da norma. A primeira etapa metodológica consiste em verificar a estrutura da norma constitucional que garante os direitos e, somente depois, analisar se os bens jurídicos protegidos por essa norma constitucional sofrem alguma restrição, e em que medida, natureza e com que finalidade a medida legal restritiva é aplicada (segunda instância da tarefa metodológica). Somente após essa análise é possível avaliar se as restrições impostas estão de acordo com os limites estabelecidos pela Constituição³⁶².

Uma restrição legal de Direitos Fundamentais ocorre quando o âmbito de proteção de um direito, conforme estabelecido por uma norma constitucional, é direta ou indiretamente limitado por meio da legislação. Em termos gerais, as leis restritivas de direitos "diminuem" ou limitam as possibilidades de ação garantidas pelo âmbito de proteção da norma que consagra esses direitos, afetando a eficácia de proteção de um bem jurídico inerente a um Direito Fundamental. Essas restrições podem variar em sua natureza e alcance, podendo abranger desde limitações explícitas e diretas até restrições mais sutis que afetam indiretamente

³⁶¹ ALEXANDRINO, José Melo. Op. cit., 2011, p. 119.

³⁶² CANOTILHO, J.J. Gomes. Op. cit., 2003, p. 1275-1276.

o exercício de um Direito Fundamental. É importante destacar que, para ser considerada legítima, uma restrição deve estar em conformidade com os princípios constitucionais, como a proporcionalidade e a razoabilidade, e deve ser necessária para proteger outros direitos ou interesses igualmente legítimos da sociedade³⁶³.

O estudo das restrições aos Direitos Fundamentais requer uma análise dos diferentes tipos de restrições que podem existir. Nesse sentido, pode-se considerar a seguinte tipologia: a) restrições diretamente estabelecidas pelas normas constitucionais; b) restrições estabelecidas por lei com autorização expressa da Constituição (reserva de lei restritiva); e c) restrições não expressamente autorizadas pela Constituição, ou seja, limites constitucionais não explícitos, cuja admissibilidade é sustentada pela necessidade de resolver conflitos entre Direitos Fundamentais³⁶⁴.

As restrições diretas estabelecidas pelas normas constitucionais são aquelas que limitam explicitamente o exercício de determinados Direitos Fundamentais, indicando as condições e os casos em que essas restrições são aplicáveis. Já as restrições estabelecidas por lei com autorização expressa da Constituição são aquelas que são impostas por meio de legislação específica, que deve estar em conformidade com os princípios constitucionais e com os limites estabelecidos pela própria Constituição.

Por fim, as restrições não expressamente autorizadas pela Constituição envolvem situações em que há um conflito entre Direitos Fundamentais e a necessidade de se estabelecer um equilíbrio entre esses direitos. Nesses casos, a admissibilidade das restrições é fundamentada na busca pela solução mais adequada para a proteção dos direitos em conflito, levando em consideração os princípios constitucionais e os valores em jogo.

A distinção entre o âmbito de proteção e os limites dos Direitos Fundamentais apresenta vantagens significativas em termos de clareza e operacionalidade jurídica, atendendo à necessidade de transparência metodológica. Essa distinção evita a mistura de interesses conflitantes e estabelece que o ônus da justificação de uma restrição recaia sobre o intérprete que a propõe. Isso reforça a ideia de que os fins nunca podem justificar os meios,

³⁶³ CANOTILHO, J.J. Gomes. Op. cit., 2003, p.1276.

³⁶⁴ Ibid., 2003, p.1276.

pois não apenas o resultado final, mas também o caminho percorrido para converter uma posição *prima facie* (no âmbito de proteção) em um direito definitivo (ou garantia) é crucial e permite um controle efetivo de todo o processo³⁶⁵.

Essa abordagem exige uma fundamentação sólida para qualquer restrição que se pretenda impor a esses direitos. Além disso, ao separar claramente o âmbito de proteção do Direito Fundamental dos limites que podem ser aplicados a ele, essa distinção promove uma maior segurança jurídica e evita interpretações arbitrárias ou injustificadas que possam comprometer a eficácia e a legitimidade dos Direitos Fundamentais.

O ponto central da restrinabilidade dos Direitos Fundamentais nessas teorias está na questão do controle, o que requer do intérprete um processo analítico específico para avaliar a restrição de um Direito Fundamental. Essas abordagens garantem um controle mais fácil e eficaz da constitucionalidade, uma vez que o juiz encarregado desse controle terá à disposição um conjunto de limites típicos aos direitos constitucionais, os quais vêm acompanhados de justificações também típicas para as respectivas restrições.

Ao estabelecer uma distinção clara entre o âmbito de proteção e os limites dos Direitos Fundamentais, essas teorias facilitam a identificação das circunstâncias em que uma restrição é ou não admissível, fornecendo critérios objetivos para o exercício do controle de constitucionalidade. Isso significa que o juiz, ao confrontar uma medida restritiva com os limites estabelecidos, terá mais clareza sobre a legitimidade dessa restrição, pois poderá avaliá-la à luz dos critérios previamente definidos.

Essa abordagem contribui para a segurança jurídica e a previsibilidade das decisões judiciais, uma vez que os parâmetros para a análise das restrições são estabelecidos, na medida do possível, de forma clara e objetiva. Dessa forma, as teorias da restrinabilidade dos Direitos Fundamentais proporcionam um arcabouço jurídico sólido para a proteção e a garantia desses direitos. Para Novais³⁶⁶:

No centro de toda a construção enquanto modelo orientado para o controle das restrições está a relevância que a dogmática de limites da teoria externa atribui ao sistema constitucional diferenciado de reservas

³⁶⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. Op. cit., 2009, p. 390.

³⁶⁶ NOVAIS, Jorge Reis. Op. cit., 2003, p. 306.

dos Direitos Fundamentais, ou seja, às distintas autorizações de intervenção no âmbito de proteção dos Direitos Fundamentais apostas às respectivas normas constitucionais de garantia. Isto é, o reconhecimento da força normativa da Constituição e das distinções nela expressas autoriza ao juiz do controle abraçar uma metódica de controle das intervenções compatível com a subsunção e o método jurídico tradicional.

O professor Novais³⁶⁷, por exemplo, destaca a importância do controle de constitucionalidade das restrições aos Direitos Fundamentais, uma preocupação central em sua teoria dos Direitos Fundamentais afetados por uma cláusula geral imanente de ponderação. Para fundamentar sua tese, ele adota como ponto de partida a teoria externa, pois esta é a única teoria existente até então que oferece os instrumentos necessários para esse fim. A necessidade premente de um controle eficaz das ações restritivas da liberdade promovidas pelos Poderes Públicos justifica a utilização das técnicas de verificação propostas pela teoria externa, mesmo que a teoria interna e sua doutrina da imanência sejam logicamente sólidas.

Ao adotar a teoria externa como base, Novais³⁶⁸ busca garantir um controle mais eficiente sobre as restrições aos Direitos Fundamentais, assegurando que tais restrições estejam em conformidade com os princípios constitucionais. Essa abordagem permite uma análise mais detalhada das medidas restritivas, verificando se estão de acordo com os limites estabelecidos pela Constituição. Assim, ao utilizar os instrumentos da teoria externa, busca garantir que as restrições aos Direitos Fundamentais sejam legítimas e proporcionais, contribuindo para a proteção efetiva desses direitos.

Nas teorias que abordam a restringibilidade dos Direitos Fundamentais, o intérprete deve seguir um caminho específico para analisar as restrições.

Em primeiro lugar, é necessário delimitar o âmbito normativo a ser restringido. Isso ocorre por meio da interpretação das normas, onde se verifica o conteúdo do âmbito de proteção da norma de Direito Fundamental. Essa fase envolve a interpretação da norma conforme uma das teorias da previsão normativa, que pode ser a ampla, restrita ou ampla mitigada. Essa etapa é crucial, pois estabelece os limites iniciais do Direito Fundamental.

³⁶⁷ NOVAIS, Jorge Reis. Op. cit., 2003, p. 572.

³⁶⁸ Ibid., 2003, p. 572.

Na sequência metodológica para analisar as restrições aos Direitos Fundamentais, a segunda etapa compreende a determinação da permissão para a restrição e a avaliação do cumprimento dos requisitos restritivos. Nesta fase, denominada de análise dos limites, o intérprete examina os limites que impactam o conteúdo do direito, o que pode justificar ou não a restrição ao Direito Fundamental. É nessa etapa que se decide de forma definitiva sobre o conteúdo do Direito Fundamental em questão. O intérprete verifica se há autorização constitucional para os poderes constituídos restringirem o Direito Fundamental em análise, como, por exemplo, se existem cláusulas de reserva na Constituição que condicionam a restrição (“nos termos da lei”). Além disso, verifica-se se o limite estava implicitamente autorizado, como em casos de conflito entre Direitos Fundamentais protegidos pela Constituição.

Na análise das restrições aos Direitos Fundamentais, a terceira e última etapa consiste na determinação dos “limites aos limites” desses direitos. Nesta fase, o intérprete examinará a legitimidade da medida restritiva concretamente adotada. Isso envolve a verificação da constitucionalidade da restrição, garantindo a observância do conteúdo essencial dos preceitos constitucionais, como os princípios da dignidade da pessoa humana, da igualdade, da segurança jurídica, da proteção da confiança e do princípio da proporcionalidade. Esses são os chamados “limites aos limites” dos Direitos Fundamentais. A restrição será considerada inconstitucional se violar esses “limites aos limites”, ou seja, se infringir as exigências do Estado de Direito que se aplicam a todas as medidas restritivas da liberdade.

O professor Miranda, defensor da teoria externa, destaca que as restrições são externas ao direito e têm o efeito de reduzir o seu conteúdo. Segundo essa abordagem, cada direito, liberdade e garantia existe de forma independente, e a restrição apenas retira uma parte desse conteúdo, o que contraria a visão da teoria interna³⁶⁹.

Em um Estado que se fundamenta na dignidade da pessoa humana, a liberdade e a autonomia dos indivíduos são princípios fundamentais. Qualquer intervenção do Estado na liberdade dos cidadãos deve ser excepcional e está sujeita a certos requisitos. A pessoa humana só será constitucionalmente

³⁶⁹ MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. Tomo IV. 5. ed., Coimbra: Coimbra, 2012, p. 416-417.

desrespeitada quando o Estado interferir de forma desproporcional e desnecessária em sua esfera de liberdade. Qualquer intervenção estatal na autonomia dos indivíduos ou restrição à sua liberdade deve ser estritamente necessária e adequada, não podendo ir além do que é estritamente necessário. Essa ideia é central para a compreensão do equilíbrio entre os direitos individuais e a atuação do Estado.

A liberdade e a autonomia dos cidadãos são protegidas como regra, cabendo ao Estado justificar, de forma clara e razoável, qualquer intervenção que limite esses direitos. A intervenção estatal só é legítima quando houver uma justificação constitucionalmente válida, e essa justificação deve ser proporcional aos objetivos pretendidos, não podendo impor restrições desnecessárias ou excessivas à liberdade dos indivíduos. Assim, o Estado deve agir com parcimônia ao restringir a liberdade individual, garantindo que suas ações sejam sempre proporcionais e estritamente necessárias para a proteção de outros direitos ou interesses legítimos.

8. ANÁLISE DAS DECISÕES JUDICIAIS

As sentenças emitidas pela Justiça do Trabalho, como as que serão analisadas neste estudo, desempenham um papel crucial dentro do sistema jurídico, sendo partes integrantes do campo simbólico que constitui o direito. Essas decisões não são meramente técnicas ou neutras; elas têm implicações políticas e econômicas significativas. Ao proferirem decisões, os juízes podem legitimar a ordem social existente, reforçando a hierarquia e a diferenciação social entre indivíduos e grupos. Por outro lado, essas decisões também têm o potencial de promover mudanças, questionando e até mesmo alterando a estrutura social vigente. Ao abordar questões de desigualdade e injustiça no ambiente de trabalho, as decisões judiciais podem incentivar uma redistribuição mais equitativa dos recursos e promover uma maior justiça social.

A Justiça do Trabalho emergiu fortalecida do processo de redemocratização, especialmente com a promulgação da Constituição de 1988. O texto constitucional consolidou e ampliou seu poder de criar normas econômicas e sociais através de julgamentos de dissídios coletivos. Com isso, a Justiça do Trabalho assumiu um papel ativo na construção e na interpretação das normas que regem as relações laborais. Esse fortalecimento reflete o reconhecimento da importância da Justiça do Trabalho na defesa dos direitos fundamentais das empresas e dos trabalhadores para que sejam efetivamente garantidos e respeitados.

CASO EMBRAER

Para fornecer um contexto detalhado sobre as circunstâncias em que ocorreram as demissões no caso da Embraer (Empresa Brasileira de Aeronáutica), é essencial descrever minuciosamente os fatores que levaram a uma das dispensas coletivas mais significativas da história recente da empresa. Essa situação não só gerou grande repercussão devido à sua magnitude, mas também se tornou emblemática por ser a primeira desse tipo a chegar ao Tribunal Superior do Trabalho (TST) em grau de recurso, exigindo uma análise aprofundada e um posicionamento claro desse tribunal. Nos próximos parágrafos, serão exploradas as diversas motivações que conduziram à decisão de realizar essas demissões em massa, incluindo os desafios econômicos enfrentados pela empresa, as pressões do mercado

internacional, e os imperativos de gestão que levaram a Embraer a considerar essa medida extrema. Além disso, será discutido como esses fatores influenciaram a decisão judicial, destacando os princípios legais e os argumentos apresentados por ambas as partes que foram determinantes para a resolução do caso.

No dia 19 de fevereiro 2009, a empresa Embraer comunicou um plano para reduzir seu quadro de funcionários em 20%, o que implicou a demissão de cerca de 4.400 trabalhadores. A empresa justificou essa decisão com base em dificuldades financeiras significativas e na necessidade urgente de cortar custos devido à crise econômica global em curso à época. Segundo seus representantes legais, embora a medida fosse drástica, ela se mostrava indispensável para a gestão eficaz da empresa e para a manutenção dos outros 17 mil postos de trabalho restantes.

A empresa alegou possuir uma clientela predominantemente internacional e, considerando que a situação econômica das empresas aéreas em nível global se encontrava extremamente precária, forçou grandes corporações a recorrer à dispensa de empregados como uma medida crucial para manter a saúde financeira e garantir a maioria dos empregos restantes. A Embraer argumenta que, comparativamente, foi a empresa do setor que menos realizou demissões. Além disso, a diminuição dos postos de trabalho é vista como uma ação essencial para manter o equilíbrio financeiro da empresa.

Entretanto, fora argumentado em juízo que a conduta adotada pela referida empresa viola princípios tais como o direito à informação e da boa-fé, fundamentais nas relações democráticas entre capital e trabalho. Para além disso, restou prejudicada a observância a princípios e valores constitucionais, comprometendo o compromisso com a democracia e os valores humanos fundamentais, bem como com a função social da empresa. Dentre os dispositivos citados no processo estão: os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e dos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa (CF, art. 1º, III e IV), o direito ao acesso à informação (CF, art. 5º, XIV), o reconhecimento das convenções e acordos coletivos de trabalho (CF, art. 7º, XXVI), e os princípios da representação sindical e da participação obrigatória dos sindicatos nas negociações (CF, art. 8º, III e VI). Além disso, mencionam a violação dos preceitos da Convenção nº 98 da OIT e das Recomendações nºs 94 e 163, bem como das normas do Código Civil referentes ao ato ilícito (CC, art. 187) e à boa-fé (CC, art. 422). No teor da decisão, o relator destacou que:

condenável foi a forma como a demissão coletiva foi conduzida e efetivada, sem que se tenha buscado formas efetivas de suavização dos seus efeitos, como medidas alternativas, e o que é pior, como já ressaltado acima, não houve anúncio prévio, nem manifestação de disposição de negociar uma demissão coletiva de modo a causar um impacto menor nas famílias e na comunidade³⁷⁰.

Enfatizou-se também a importância da transparência entre as partes envolvidas para promover um processo de negociação eficaz, o que, na opinião do sindicato, não houve. Portanto, defenderam que a primeira ação da empresa deveria ter sido a de iniciar uma negociação coletiva com o sindicato da categoria, comunicando de maneira clara e transparente a decisão de proceder com as demissões. Dessa forma, poderia se pleitear soluções alternativas que minimizassem os impactos negativos da medida.

Nesse ínterim fora pleiteada e concedida liminar pelo desembargador Sotero da Silva suspendendo as rescisões contratuais (as já realizadas e as vindouras até a data da audiência de conciliação). Após fracassadas as tentativas de conciliação pelas partes, por fim, a sentença de mérito apresentou o seguinte teor:

- a) a abusividade do procedimento das suscitadas ao praticar a dispensa coletiva sem nenhuma negociação coletiva prévia com as entidades sindicais, nem instituição de programa de demissão voluntária incentivada;
- b) a inexistência de garantia de emprego ou de estabilidade que justifique a reintegração, ressalvados os casos de estabilidade provisória previstos em lei ou em normas coletivas, que poderão ser objeto dissídios individuais;
- c) o direito de cada empregado demitido a uma compensação financeira de dois valores correspondentes a um mês de aviso prévio, até o limite de sete mil reais;
- d) a eficácia da liminar concedida até o dia 13.03.2009, para manter vigente até esta data os contratos de trabalho em todos os seus efeitos;
- e) a manutenção dos planos de assistência médica aos trabalhadores demitidos e seus familiares por doze meses a contar de 13.03.2009;
- f) nos casos de reativação dos postos de trabalho, de acordo com as necessidades da empresa, preferência na seleção dos empregados despedidos que se apresentem e preencham as qualificações exigidas pelos cargos disponíveis, mantida durante dois anos³⁷¹.

Em suma, diante da complexidade do caso, a Seção de Dissídios Coletivos do Tribunal Regional proferiu uma sentença que, embasada em diversos estudos de juristas e filósofos, declarou abusivas as demissões em massa realizadas pela

³⁷⁰ BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho 15ª Região. Processo nº 00309-2009-000-15-00-4. Relator: Desembargador José Antonio Pancotti. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/tst/5353045>. Acesso em: 06 jun. 2024.

³⁷¹ BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho 15ª Região. Processo nº 00309-2009-000-15-00-4. Relator: Desembargador José Antonio Pancotti. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/tst/5353045>. Acesso em: 06 jun. 2024.

Embraer, devido à falta de negociação prévia com os sindicatos. Contudo, apesar de reconhecer o caráter abusivo das dispensas, a decisão optou por mantê-las, justificando-se na ausência de respaldo legal para revertê-las. Para mitigar os impactos dessa medida, o tribunal determinou que a Embraer deveria compensar os trabalhadores dispensados de várias formas. *In verbis*:

Assim, vislumbro que a ausência de negociação coletiva prévia e espontânea ao ato demissional caracteriza o ato como abusivo e ofensivo à dignidade da pessoa humana e aos valores sociais do trabalho, à livre iniciativa e à cidadania. Neste contexto, havendo pedido dos suscitantes de que se declare a nulidade da dispensa coletiva, reputo-a abusiva por falta de boa fé objetiva, nos termos do art. 422 do Código Civil, por ausência de negociação prévia, espontânea e direta entre as partes, que revela falta de lealdade da conduta, na medida em que houve tentativa de conciliação tão-somente com mediação judicial e, assim mesmo, por força de uma liminar de suspensão dos efeitos das demissões. O decreto de abusividade tem por fundamento os princípios gerais e os princípios fundamentais consagrados na Constituição da República, como a dignidade da pessoa humana; os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa (no art. 1º, III e IV); a construção de uma sociedade livre, justa e solidária; a garantia do desenvolvimento econômico; a erradicação da pobreza e da marginalização e a redução das desigualdades sociais e regionais; a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (no art. 3º, I, II, III e IV); a independência nacional e a prevalência dos direitos humanos (art. 4º, I e II). Admite-se como princípios gerais de direito do trabalho os da proteção do empregado nas dispensas coletivas, bem como aqueles existentes no direito comparado, com as Directivas da União Europeia, das Leis de Trabalho da Espanha e do México, além das diretrizes da Convenção 158 da OIT³⁷².

A empresa foi obrigada a assumir o custo do plano de saúde familiar dos funcionários demitidos por um período de 12 meses, além de pagar uma indenização correspondente a dois salários, com um teto de R\$ 7.000, juntamente com as verbas indenizatórias já previstas na legislação nos casos de dispensas individuais sem justa causa (qual seja, 40% sobre os depósitos do FGTS - o que a empresa já havia pago aos seus trabalhadores). A sentença também estipulou que as rescisões dos contratos de trabalho deveriam considerar os salários desde a data da demissão (19 de fevereiro) até o dia 13 de março, data da última audiência de conciliação, como se os contratos ainda estivessem vigentes durante esse período³⁷³.

³⁷² BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho 15ª Região. Processo nº 00309-2009-000-15-00-4. Relator: Desembargador José Antonio Pancotti. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/tst/5353045>. Acesso em: 06 jun. 2024.

³⁷³ SOARES, José Luiz de Oliveira. Pelos princípios ou pelas regras: o caso Embraer e as disputas jurídicas na Justiça do Trabalho. Política e Sociedade, Volume 10 – N º 18 – abril de 2011. Doi: doi:10.5007/2175-7984.2011v10n18p245.

Após a decisão inicial do Tribunal Regional, ambas as partes envolvidas no caso Embraer apresentaram recursos ao Tribunal Superior do Trabalho (TST) por meio de recursos ordinários. De um lado, os sindicatos pleitearam a reintegração dos trabalhadores aos seus respectivos postos de trabalho, argumentando que as demissões eram abusivas e injustas. Do outro lado, a empresa Embraer buscou a invalidação das compensações financeiras impostas pela decisão anterior e da prorrogação dos contratos de trabalho, alegando que tais medidas não eram justificadas.

Somente em 10 de agosto de 2009, o Tribunal Superior do Trabalho julgou o recurso ordinário e confirmou a decisão anteriormente proferida. O tribunal manteve as demissões, decidindo que não eram abusivas, e concluiu que os contratos de trabalho efetivamente se encerraram em 19 de fevereiro, data em que ocorreram as demissões, e não em 13 de março, como pleiteado pelos sindicatos. Além disso, o tribunal decidiu que não haveria necessidade de compensações financeiras adicionais, revertendo assim a decisão do Tribunal Regional que havia imposto tais medidas.

Contudo, um ponto importante de se destacar é que o Superior Tribunal fez uma distinção entre dispensa individual e dispensa coletiva, a saber:

Tanto na vida social como nas ciências, e como também no direito, os fatos estritamente individuais são manifestamente distintos dos fatos coletivos, massivos. Os eventos da dispensa coletiva e da dispensa individual de trabalhadores de certa empresa não poderiam obedecer a outra lógica. A dispensa coletiva, embora não esteja tipificada explícita e minuciosamente em lei, corresponde a fato econômico, social e jurídico diverso da despedida individual, pela acentuação da lesão provocada e pelo alargamento de seus efeitos, que deixam de ser restritos a alguns trabalhadores e suas famílias, atingindo, além das pessoas envolvidas, toda a comunidade empresarial, trabalhista, citadina e até mesmo regional, abalando ainda, o mercado econômico inteiro. É um fato manifestamente diferente da dispensa individual. [...] possui, portanto, regras e princípios específicos, diversos do direito individual.³⁷⁴

Em seu voto, o ministro relator argumentou que a Constituição Federal, no artigo 7º, inciso I, assegura o direito dos trabalhadores a uma relação de emprego protegida contra despedida arbitrária ou sem justa causa. Este direito é garantido com as seguintes palavras: “relação de emprego protegida contra despedida arbitrária ou

³⁷⁴ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Processo nº TST-RODC-309/2009-000-15-00.4. Relator: Mauricio Godinho Delgado. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/tst/5353045/inteiro-teor-11683664>. Acesso em: 06 jun. 2024.

sem justa causa, nos termos de lei complementar, que preverá indenização compensatória, dentre outros direitos”³⁷⁵. O ministro destacou que, embora a Constituição delegue ao legislador infraconstitucional a tarefa de definir as sanções específicas decorrentes da despedida arbitrária, o próprio texto constitucional já fornece uma proteção completa ao empregado.

O juízo da primeira instância enfatizou que o artigo 7º, inciso I, deve ser interpretado como uma norma de eficácia contida. Isso significa que, enquanto o legislador infraconstitucional pode detalhar e regulamentar as sanções, a proteção fundamental do trabalhador contra a despedida arbitrária já está integralmente prevista na Constituição. Sendo um direito fundamental, ele possui aplicação e eficácia imediata e plena, independentemente da regulamentação específica que venha a ser estabelecida posteriormente.

Foi categórico ao mencionar que até que seja estabelecida uma negociação coletiva trabalhista formal ou, alternativamente, até que se inicie o correspondente processo judicial trabalhista, conhecido como dissídio coletivo, qualquer ato unilateral e potestativo de dispensa coletiva realizado pela empresa seria considerado juridicamente ineficaz. Isso ocorre porque, no âmbito do direito coletivo trabalhista, não existe previsão para que um ato dessa natureza seja realizado sem a participação efetiva do sindicato dos trabalhadores.

Ficou entendido então que a ausência da negociação coletiva e do devido processo judicial que envolva a mediação e a deliberação sobre os termos da dispensa coletiva implica que qualquer decisão unilateral da empresa em dispensar um grande número de empregados não teria validade legal. Por esse motivo, estabeleceu a seguinte premissa:

distinção normativa entre as dispensas meramente tópicas e individuais e as dispensas massivas, coletivas, as quais são social, econômica, familiar e comunitariamente impactantes. [...] seria inválida a dispensa coletiva enquanto não negociada com o sindicato de trabalhadores, espontaneamente ou no plano do processo judicial coletivo.³⁷⁶ (grifo nosso).

³⁷⁵ BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1990.

³⁷⁶ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Processo nº TST-RODC-309/2009-000-15-00.4. Relator: Mauricio Godinho Delgado. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/tst/5353045/inteiro-teor-11683664>. Acesso em: 06 jun. 2024.

No entanto, por uma decisão majoritária, o tribunal concluiu que, no contexto específico do caso da Embraer, a premissa estabelecida deveria ser considerada aplicável apenas para situações futuras. Esse entendimento significa que a regra ou princípio fixado, que exige a negociação coletiva ou o processo judicial trabalhista para validar dispensas coletivas, não teria efeito retroativo sobre o caso em questão. Em outras palavras, embora a nova premissa seja uma diretriz importante para orientar dispensas coletivas futuras, o tribunal decidiu modular os efeitos da decisão afirmando que essa diretriz não se aplicaria ao caso da Embraer.

E, além disso, com base em princípios normativos, o Tribunal Superior do Trabalho efetivamente desempenhou um papel de criação judicial de um novo direito (antes inexistente). Este processo envolveu uma interpretação progressista das normas existentes, permitindo ao tribunal preencher lacunas legislativas e adaptar as regras jurídicas às necessidades contemporâneas.

Após esta breve exposição dos argumentos do caso, importante é uma análise mais acurada da fundamentação jurídica que subsidia esses argumentos.

Primeiramente, é fundamental destacar que, no período em que o dissídio foi instaurado, não havia uma legislação específica que regulamentasse o caso em questão. Em razão dessa lacuna legal, a Embraer solicitou que o tribunal enfrentasse a questão do poder normativo da Justiça do Trabalho e suas limitações. A empresa argumentou que a criação de normas disciplinadoras da dispensa coletiva ultrapassava as competências atribuídas ao Judiciário, pois a matéria é de domínio de lei.

Apesar da Constituição Federal proibir a dispensa arbitrária, não há uma regulamentação específica em lei complementar para essa questão da dispensa em massa. Além disso, a Convenção nº 158 da Organização Internacional do Trabalho (OIT), que foi ratificada pelo Brasil e previa a obrigatoriedade de justificativa para o término da relação de emprego, foi posteriormente revogada apenas alguns meses depois. Portanto, atualmente não existe qualquer exigência de justificativa por parte do empregador para o encerramento de contratos de trabalho.

A Embraer sustentou que o Judiciário não deveria assumir um papel Legislativo, especialmente em questões tão complexas e significativas como as demissões em massa, pois isso seria uma invasão das atribuições. O Poder

Legislativo desempenha um papel crucial na intervenção no domínio econômico, exercendo sua função tanto como criador de normas quanto como fiscalizador da execução dessas normas. Sua intervenção se dá, primeiramente, por meio da interpretação da ideologia constitucional, o que orienta a produção das leis que compõem o arcabouço do Direito Econômico. Nesse processo, o Legislativo não apenas elabora normas que regulam as atividades econômicas, mas também assegura que essas normas estejam em consonância com os princípios e valores estabelecidos pela Constituição³⁷⁷.

Em uma visão considerada “radical” dentro do âmbito econômico, pode-se citar o posicionamento de Milton Friedman, conhecido pela sua defesa do liberalismo econômico e pela crítica contundente à intervenção do Estado na economia. Em sua visão, o papel do governo (inclusive nas políticas econômicas) deveria ser mínimo, restrito a funções essenciais como a manutenção da ordem, a proteção dos direitos de propriedade e a garantia de contratos. Essa filosofia preconiza que as empresas devem operar com o menor nível possível de intervenção governamental.

Argumentava o economista que o governo, ao tentar regular a economia, frequentemente produzia resultados adversos, como a inflação e o desemprego, isso porque a interferência estatal nas decisões empresariais tende a gerar ineficiências e a distorcer os incentivos econômicos.

A existência de um mercado livre não elimina a necessidade de um governo. Ao contrário, um governo é essencial para determinar as regras do jogo e um árbitro para interpretar e pôr em vigor as regras estabelecidas. O que o mercado faz é reduzir sensivelmente o número de questões que devem ser decididas por meios políticos - e, por isso, minimizar a extensão em que o governo tem que participar diretamente do jogo. O aspecto característico da ação política é o de exigir ou reforçar uma conformidade substancial³⁷⁸.

No caso em comento, a Justiça do Trabalho, ao exigir que a Embraer negociasse previamente com os sindicatos e proporcionasse compensações adicionais aos trabalhadores demitidos, agiu para restringir direito fundamental da empresa. Portanto, sob a ótica de Friedman, essa intervenção poderia ser considerada uma limitação indevida à livre iniciativa da empresa e à sua capacidade

³⁷⁷ MORAES, Alexandre de. Direito constitucional. 40. ed., rev., atual. e ampl. - Barueri [SP]: Atlas, 2024.

³⁷⁸ FRIEDMAN, Milton. Capitalismo e liberdade. São Paulo: LTC, 2014, pp. 22-23.

de tomar decisões autônomas em resposta a condições econômicas adversas (inclusive de demitir e/ou fechar as portas da empresa quando bem achar necessário).

Como solução alternativa, poder-se-ia citar a possibilidade do governo focar em criar um ambiente macroeconômico estável e previsível, onde as empresas possam operar livremente, ajustando-se às mudanças do mercado sem restrições impostas pelo Estado.

Considerando essa perspectiva, o Poder Legislativo e o constituinte derivado, com sua capacidade de ter uma visão abrangente e ao mesmo tempo detalhada sobre os aspectos políticos e suas consequências imediatas e futuras, teoricamente estariam em uma posição mais adequada para lidar com questões sensíveis. Eles possuem uma legitimidade democrática derivada do sufrágio universal, o que lhes confere uma responsabilidade direta perante os eleitores.

Por outro lado, no que concerne às funções do Poder Judiciário, a opinião pública e a doutrina jurídica frequentemente apresentam posições divergentes quanto ao seu papel:

Tendo isso em vista, por ter uma visão macro e ao mesmo tempo sistêmica acerca dos aspectos políticos e suas consequências imediatas e também mediatas, o Poder Legislativo e o constituinte derivado, em tese, teriam uma melhor atuação em casos sensíveis. [...] É claro que, juntamente com a opinião pública, a doutrina também adota diferentes posicionamentos com relação à atuação do Judiciário, se mais intervencionistas ou não. Intervencionistas no sentido de que, ao deliberarem sobre questões políticas, estariam tomando o fator democrático-participativo da população na medida em que não foram eles, os juízes, eleitos através de sufrágio universal para tomar esse tipo de decisão.³⁷⁹

Há uma corrente de pensamento que defende uma postura mais intervencionista que sustenta a ideia de que, diante de omissões legislativas ou inércia dos poderes constituídos, o Judiciário tem a responsabilidade de preencher as lacunas, assegurando a proteção dos direitos fundamentais e a efetivação de princípios constitucionais. Ou seja, veem na sua atuação proativa uma forma de garantir que os direitos fundamentais sejam respeitados e que as injustiças sociais

³⁷⁹ LOPES FILHO, J. M.; CIDRÃO, T. V. A (in)constitucionalidade da vaquejada: desacordos, integridade e backlash. Rev. Direito Econ. Socioambiental, Curitiba, v. 9, n.3, p. 119-160, set./dez. 2018.

sejam corrigidas, mesmo que isso signifique ultrapassar as fronteiras tradicionais entre os poderes³⁸⁰.

Por outro lado, há críticos que alertam para os perigos de uma atuação judiciária excessivamente intervencionista. Eles argumentam que os juízes podem estar usurpando o papel dos legisladores eleitos, minando o princípio democrático-participativo. Este princípio é fundamental em uma democracia, pois garante que as decisões políticas sejam tomadas por indivíduos que representam a vontade popular, eleitos através de processos de sufrágio universal. Eles enfatizam que a legitimidade do poder judicial deriva de sua função de interpretação e aplicação da lei, e não da criação de normas ou da tomada de decisões políticas³⁸¹. Nas palavras de Arguelhes e Leal:

Por meio dessa análise comparativa das capacidades do Judiciário e da(s) instituição(ões) possivelmente afetada(s) por suas decisões, busca-se determinar os limites de atuação legítima das cortes em situações de efetiva ou potencial tensão institucional³⁸².

No caso em comento, a decisão da Justiça do Trabalho impôs à Embraer obrigações adicionais além daquelas normalmente exigidas em casos de demissão sem justa causa. O magistrado que proferiu a sentença destacou que a indenização tinha o objetivo de reparar "o abuso das demissões coletivas", uma vez que a Embraer efetuou as demissões sem realizar uma negociação prévia com os sindicatos representativos dos trabalhadores.

A Embraer justificou as demissões alegando enfrentar uma crise econômica mundial. Segundo a empresa, a redução de seu quadro de funcionários era necessária para sobreviver às dificuldades financeiras causadas pela diminuição das encomendas de aviões. A empresa argumentou que essa medida não só reduziria seus custos fixos, mas também ajustaria seu quadro de funcionários às novas expectativas de demanda, permitindo uma gestão mais eficiente e compatível com a realidade do mercado. Dessa forma, a empresa atuou como um agente maximizador

³⁸⁰ MORAES, Alexandre de. Direito constitucional. 40. ed., rev., atual. e ampl. - Barueri [SP]: Atlas, 2024

³⁸¹ MORAES, Alexandre de. Direito constitucional. 40. ed., rev., atual. e ampl. - Barueri [SP]: Atlas, 2024

³⁸² ARGUELHES, Diego Werneck; LEAL, Fernando. O argumento das “capacidades institucionais” entre a banalidade, a redundância e o absurdo. *Direito, Estado e Sociedade*, n. 38, pp. 6-50, jan/jun, 2011.

de utilidades, escolhendo a opção que julgava mais benéfica para mitigar os efeitos da crise econômica.

O tribunal, reconhecendo a falta de uma base jurídica clara para reverter as demissões, decidiu aumentar a compensação devida aos trabalhadores afetados. A Justiça do Trabalho determinou que a indenização deveria ser ampliada para refletir o impacto das demissões em massa e a ausência de negociação prévia. Além disso, o tribunal considerou que, ao impor obrigações adicionais à Embraer, estava promovendo um equilíbrio entre os interesses econômicos da empresa e os direitos dos trabalhadores.

A intervenção estatal nas atividades empresariais não é um fenômeno novo. Desde os primórdios da regulação econômica, o Estado tem desempenhado um papel crucial na tentativa de equilibrar interesses econômicos com a necessidade de proteção social e garantia de justiça. Muitos defendem que a intervenção estatal nas atividades empresariais se justifica pela necessidade de equilibrar interesses econômicos e sociais.

No sistema capitalista, a busca pelo lucro é um dos pilares fundamentais que orienta a atuação das empresas. Este princípio é essencial para a sobrevivência e o crescimento das organizações, incentivando a inovação, a eficiência e a competitividade. As empresas, ao perseguirem lucros, contribuem para o desenvolvimento econômico, gerando empregos, produzindo bens e serviços e promovendo investimentos que estimulam o progresso tecnológico e social.

A livre iniciativa, garantida como um direito fundamental, abrange o direito das empresas de tomar decisões estratégicas, como demissões e fechamento de operações, para garantir sua sobrevivência no mercado. Essa autonomia é crucial para que as empresas possam ajustar suas operações às condições econômicas variáveis e enfrentar crises financeiras.

A decisão judicial no caso da Embraer, que exigiu compensações para os trabalhadores demitidos e criticou a falta de negociação prévia, ilustra a tensão entre a autonomia empresarial e a proteção dos direitos dos trabalhadores. Embora a empresa tenha argumentado que as demissões eram necessárias para enfrentar a crise econômica global e manter a viabilidade de seus negócios, o tribunal de primeira

instância enfatizou a importância de procedimentos, nas suas palavras, justos e transparentes, que respeitem os direitos dos trabalhadores e promovam a negociação coletiva.

A empresa enfatizou que, na ausência de legislação específica, qualquer tentativa de normatização por parte da Justiça do Trabalho poderia resultar em uma interferência indevida nas operações empresariais e no direito de gestão da empresa. Além disso, a Embraer argumentou que essa falta de competência para criar normas específicas sobre a dispensa coletiva não só comprometeria a segurança jurídica, mas também poderia estabelecer precedentes perigosos para futuras decisões judiciais. Essa solicitação colocou em evidência o debate sobre os limites do poder normativo da Justiça do Trabalho. A Embraer buscava evitar que o tribunal adotasse uma postura ativa na criação de normas, o que, segundo a empresa, resultaria na reversão das dispensas já efetuadas, criando um cenário de incerteza e instabilidade para a gestão empresarial. Além disso, argumentou que esse poder normativo deveria “respeitar as condições de trabalho convencionais e legais mínimas ao estabelecer novas condições”³⁸³.

Nesse cenário, a empresa se posicionou como cumpridora da lei tipificada em situações restritas, ou seja, pelo pagamento das verbas rescisórias devidas. No contexto dos contratos por prazo indeterminado, a legislação brasileira impõe apenas o pagamento de uma indenização tarifada, que corresponde basicamente a 40% sobre os depósitos do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS). O direito brasileiro não possui normas específicas que regulem as dispensas coletivas e não impõe limitações explícitas tanto para dispensas individuais quanto para coletivas. Além disso (e principalmente), não condiciona tais dispensas à necessidade de negociação coletiva prévia.

Por outro lado, o contraponto, era pela defesa de normas-princípios (com alto teor de abstração) como as convenções internacionais (Convenções 98 e 158 da OIT) e princípios constitucionais, retirados do ordenamento jurídico brasileiro ou do direito comparado. No que diz respeito à Convenção 158 da Organização Internacional do Trabalho (OIT), ela estabelece um procedimento detalhado para lidar com as

³⁸³ BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho 15ª Região. Processo nº 00309-2009-000-15-00-4. Relator: Desembargador José Antonio Pancotti. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/tst/5353045>. Acesso em: 06 jun. 2024.

dispensas de caráter coletivo. Esse procedimento começa com a criação de um programa de dispensas, cujo objetivo é preservar os trabalhadores em determinadas situações específicas, como aqueles com maior tempo de serviço, por exemplo, e também inclui a consideração de alternativas à demissão coletiva. Entre essas alternativas, está a possibilidade de uma suspensão coletiva do trabalho por um período determinado, permitindo que a empresa e os empregados tenham um tempo adicional para tentar reverter a situação desfavorável. Outra alternativa prevista é a extensão do período de aviso prévio, proporcionando aos trabalhadores um prazo mais longo para se prepararem para a demissão e buscarem novas oportunidades de emprego.

Além disso, é relevante mencionar a trajetória da Convenção 158 da Organização Internacional do Trabalho (OIT) no Brasil. Inicialmente, essa convenção foi ratificada por meio do Decreto Legislativo nº 68, em setembro de 1992, tendo sua publicação ocorrido somente em 1996. Porém, em menos de um ano após sua publicação, a convenção foi denunciada, significando que o Brasil optou por não seguir suas diretrizes. Especificamente, a denúncia ocorreu ainda no ano de 1996, resultando em uma vigência de apenas oito meses no país.

Os argumentos enfatizam que, embora a legislação brasileira preveja o dever de negociar (conforme estabelecido no artigo 114, §2º, da Constituição Federal, e no artigo 616 da Consolidação das Leis do Trabalho - CLT), esse dever não é um requisito de validade para a celebração de negócios jurídicos. Muito menos se trata de um pré-requisito para a validade de uma dispensa coletiva. Por esse motivo, não há fundamentação legal que justifique a anulação das dispensas realizadas pela Embraer.

No que tange ao mérito, o relator reconheceu a ausência de legislação específica no ordenamento jurídico brasileiro para lidar com dispensas coletivas. Recorreu, então, ao artigo 8º da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), que permite a aplicação dos princípios gerais do direito, especialmente os princípios do direito do trabalho, bem como dos usos e costumes e do direito comparado, para colmatar as omissões legislativas. *In verbis:*

Art. 8º - As autoridades administrativas e a Justiça do Trabalho, na falta de disposições legais ou contratuais, decidirão, conforme o caso, pela

jurisprudência, por analogia, por equidade e outros princípios e normas gerais de direito, principalmente do direito do trabalho, e, ainda, de acordo com os usos e costumes, o direito comparado, mas sempre de maneira que nenhum interesse de classe ou particular prevaleça sobre o interesse público.

Parágrafo único - O direito comum será fonte subsidiária do direito do trabalho, naquilo em que não for incompatível com os princípios fundamentais deste³⁸⁴.

Ao magistrado, em sua função jurisdicional, não é permitido esquivar-se de proferir uma decisão sob o pretexto de que existe uma omissão ou lacuna na legislação vigente. O dever de julgar e entregar a prestação jurisdicional não pode ser frustrado pela ausência de normativas específicas para determinado caso. O princípio da indeclinabilidade da jurisdição, consagrado em diversos ordenamentos jurídicos, exige que o juiz encontre uma solução para o conflito apresentado, ainda que tenha que recorrer a princípios gerais do direito, analogias, costumes ou precedentes jurisprudenciais para preencher essas lacunas legislativas. Desta forma, chegou à conclusão que existe uma tendência, no que tange o direito comparado, das legislações a inclinarem-se à Convenção 158 da OIT. No teor da decisão, o relator asseverou:

Relativamente à eficácia da Convenção nº. 158 da OIT no Brasil, cumpre ressaltar a declaração da OIT sobre os princípios e direitos fundamentais no trabalho, em que se considera o crescimento econômico essencial, mas não suficiente para assegurar a equidade, a erradicação da pobreza e a manutenção de empregos, para declarar que todos os membros, ainda que não tenham ratificado as convenções tenham compromisso derivado do simples fato de pertencer à Organização de respeitar, promover e tornar realidade de boa fé e de conformidade com a Constituição, os princípios relativos aos direitos fundamentais que são objeto dessas convenções³⁸⁵.

A empresa, por sua vez, argumentou que as demissões realizadas foram regulares, alegando que as decisões acerca dos cortes foram tomadas de maneira ponderada e respeitosa, dentro dos limites legais. Defendeu que as dispensas foram um exercício legítimo do direito potestativo do empregador, isto é, a prerrogativa de tomar decisões administrativas autônomas, incluindo a demissão de funcionários, sem a necessidade de justificação adicional além das previstas em lei. E, além disso, que

³⁸⁴ BRASIL. Decreto-Lei nº 5.452 de 1º de maio de 1943. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm. Acesso em: 02 jun. 2024.

³⁸⁵ BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho 15ª Região. Processo nº 00309-2009-000-15-00-4. Relator: Desembargador José Antonio Pancotti. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/tst/5353045>. Acesso em: 06 jun. 2024.

foram realizadas no limite do necessário para que se protegesse a atividade empresarial e mantivesse o restante dos contratos de trabalho.

A decisão, em verdade, apresenta um caráter de inaptidão. Apesar de reconhecer o direito legítimo da empresa de realizar demissões (tanto é, que os trabalhadores não foram reintegrados nas suas funções e as demissões foram mantidas), a decisão acabou por penalizá-la com base em um aspecto técnico específico - a ausência de negociação prévia com os sindicatos - que, à época, não estava previsto na legislação vigente. Na decisão:

No caso em exame, é de se entender e acatar as justificativas alegadas pela suscitada de que uma crise econômica mundial afetou brusca e profundamente o mercado e a produção de aeronaves, com o cancelamento de encomendas e a falta de perspectiva de uma retomada para breve dos níveis de produção, como vinha ocorrendo até o último semestre do ano passado, mormente considerando que sua atividade empresarial é totalmente dependente de um mercado internacional que se encontra em profunda retração e sem sinais de recuperação para os próximos meses, ou talvez anos.

Este quadro desaguou inevitavelmente na demissão de 4.200 trabalhadores, a ponto de torná-las irreversíveis.

Embora a contundência destes fatos configure-se inarredável e torne a situação irreversível, na medida em que o número de postos de trabalho ofertados pelas empresas estão sempre atrelados ao seu potencial produtivo, que dependem, por outro lado, do desenvolvimento da estabilidade da economia de cada país e, no caso, como em muitas outras atividades empresariais, dependente também da estabilidade do mundo globalizado, por isso, oscilações econômicas locais e no mundo são sempre fatores inevitáveis de maior emprego ou desemprego, o condenável foi a forma como a demissão coletiva foi conduzida e efetivada, sem que se tenha buscado formas efetivas de suavização dos seus efeitos, como medidas alternativas, e o que é pior, como já ressaltado acima, não houve anúncio prévio, nem manifestação de disposição de negociar uma demissão coletiva de modo a causar um impacto menor nas famílias e na comunidade³⁸⁶ (grifo nosso).

Essa parte da decisão evidencia que o magistrado não contestou a oportunidade das demissões, mas, ao contrário, compreendeu e aceitou as justificativas apresentadas pela empresa. No entanto, a crítica do relator e, consequentemente, a decisão desfavorável à empresa, focaram-se na maneira como as demissões foram conduzidas, ou seja, sem aviso prévio e sem negociação. A principal preocupação do relator não foi a necessidade ou a validade das demissões

³⁸⁶ BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho 15ª Região. Processo nº 00309-2009-000-15-00-4. Relator: Desembargador José Antonio Pancotti. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/tst/5353045>. Acesso em: 06 jun. 2024.

em si, mas sim a ausência de comunicação transparente e de diálogo com os sindicatos antes da implementação das demissões coletivas.

Essa abordagem não só ignorou em certa medida a validade dos argumentos econômicos e operacionais apresentados pela empresa, mas também impôs uma exigência que não tinha amparo legal concreto. Em vez de apoiar-se em fundamentos sólidos e juridicamente estabelecidos, a decisão optou por sancionar a empresa devido a um detalhe procedural, o que resultou em uma solução que não refletiu de forma justa e equilibrada os direitos e obrigações das partes envolvidas.

Ao considerar esse contexto, é evidente que a decisão foi além do que era necessário e apropriado, focando em um tecnicismo que não deveria ter sido o determinante principal. Isso criou um precedente problemático, no qual a aplicação de uma norma não codificada levou à penalização de uma prática empresarial que, em outras circunstâncias, seria considerada legítima e justificada. Portanto, a decisão não apenas se revelou inapta para resolver o conflito de maneira justa, mas também estabeleceu um padrão de julgamento que pode gerar insegurança jurídica para outras empresas em situações semelhantes.

Pode-se argumentar que a decisão no caso da Embraer extrapolou os limites do que era estritamente necessário e se mostrou inadequada para resolver a questão de maneira eficaz. Além disso, a solução implementada não se demonstrou eficiente para atender às necessidades e expectativas de ambas as partes envolvidas no conflito.

a) Desconformidade com a teoria de Jorge Reis Novais

Resgatando o que já fora objeto de análise em capítulo anterior, a decisão em questão também afronta a teoria do suporte fático intermediário, encabeçada por Jorge Reis Novais. O faz na medida que, para essa teoria, na delimitação inicial do âmbito de proteção da norma, não se devem fazer juízos de valor ou ponderação de interesses, ou seja, sem a interferência direta de interesses que possam justificar limitações a esses direitos.

Em outras palavras, nem todos os comportamentos são incluídos, *a priori*, no âmbito de proteção da norma, são excluídos aqueles que constituem ilícito penal em

sentido jurídico-material ou que, mesmo não sendo objetos de sanção penal, sejam incompatíveis com os requisitos mínimos de uma vida em sociedade e, por consequência, resultem em reprovação social e jurídica consensual. Dessa forma, uma vez atendidos os requisitos básicos, como a preservação de afinidades aparentes com o âmbito de proteção do direito fundamental e a não exclusão em um controle preliminar, cabe ao Poder Público demonstrar e justificar a exclusão da proteção.

Para avaliar se a ação da empresa está em conformidade com o direito fundamental à livre iniciativa, é crucial determinar que essa decisão específica não constitui uma conduta criminosa, nem é incompatível com a vida em sociedade. Afinal, o empresário detém o direito fundamental à livre iniciativa e à gestão de seus negócios conforme considerar apropriado, desde que esteja em conformidade com a legislação vigente à época dos acontecimentos, como foi o caso. Essa análise inicial estabelece a base para a avaliação do autor.

O papel do juiz no caso concreto nesse primeiro momento é crucial, pois ele é responsável por concretizar o conteúdo do direito. Ao fazer isso, o juiz não está impondo limitações ou restrições arbitrárias, mas sim revelando o que já estava implicitamente contido na norma de direito fundamental. No contexto específico deste caso, trata-se do direito à livre iniciativa.

Esta revelação judicial implica em trazer à tona os elementos intrínsecos que constituem o direito à livre iniciativa, garantindo que a interpretação e aplicação da norma sejam compatíveis com os princípios fundamentais que regem a sociedade. O juiz, ao exercer essa função, está, na verdade, clarificando e especificando os contornos do direito à livre iniciativa, assegurando que ele seja aplicado de maneira justa e coerente com os valores e normas estabelecidos.

Como já mencionado, é responsabilidade do Poder Público apresentar uma justificativa sólida e convincente para a exclusão da proteção de determinados direitos. No entanto, neste caso específico, o Poder Público não conseguiu cumprir adequadamente com essa obrigação. A insuficiência de argumentos e a falta de uma fundamentação robusta para justificar a exclusão da proteção levaram à manutenção das demissões, sem a reintegração dos trabalhadores aos seus postos de trabalho.

O segundo passo na teoria de Reais Novais exige uma resposta para a seguinte indagação: existe autorização constitucional para o juiz restringir esse direito fundamental? As autorizações podem ser dadas da seguinte forma: restrições diretamente constitucionais, restrições indiretamente constitucionais ou restrições tacitamente constitucionais.

As primeiras, diretamente constitucionais, são aquelas em que o próprio legislador constituinte estabelece a restrição. Em outras palavras, a regra expressa no texto constitucional restringe a realização de um princípio constitucional. Ou seja, ao mesmo tempo em que cria o direito, também o limita, é uma cláusula que faz parte do enunciado que garante tal direito fundamental.

Por outro lado, as restrições indiretamente constitucionais são aquelas em que, com fundamento expresso ou implícito na constituição, são realizadas pelos poderes constituídos. Na prática, são chamadas de cláusulas de reserva (que são materializadas por normas infraconstitucionais), que conferem poderes ao legislador infraconstitucional o poder de estabelecer restrições indiretamente constitucionais. Importante destacar que as cláusulas de reserva não são restrições, mas apenas fundamentam a possibilidade jurídica das restrições.

Por último, mesmo em contextos onde a Constituição não especifica restrições explícitas nem autoriza diretamente tais limitações, os direitos fundamentais não estão isentos de serem restringidos. Isso se deve à quase impossibilidade de garantir que o exercício de um direito por um indivíduo não afete os direitos de outros. Portanto, estamos diante de situações de conflito, onde é necessária a imposição de limites para que esses direitos possam coexistir de maneira equilibrada.

Esse tipo de restrição é conhecido como restrição tácita. Ela ocorre quando, em um caso concreto de conflito entre direitos fundamentais, as normas constitucionais permitem que quaisquer dos Poderes Públicos, seja o Legislativo, Executivo ou Judiciário, imponham restrições. O objetivo dessas restrições é resolver o caso específico de forma harmônica, minimizando o prejuízo a qualquer dos direitos envolvidos. Um exemplo claro de restrição tácita é quando o Judiciário, através de uma sentença, restringe o direito fundamental de uma das partes. Nesses casos, o juiz tem a autoridade para impor limitações a fim de equilibrar os direitos em jogo e

buscar uma solução justa e equitativa para o conflito. No caso em comento, o juiz tinha sim autorização para restringir algum dos direitos postos em jogo, seja para beneficiar o empregado ou empregador, pois o limite não está expressamente autorizado e há choques entre direitos fundamentais - direito à livre iniciativa e direito de não ser demitido sem justa causa.

Passa-se à terceira etapa de análise, que envolve a verificação se a decisão em questão está em conformidade com a teoria dos limites aos limites. Essa teoria abrange tanto a necessidade de proteger o núcleo essencial de um direito fundamental quanto a exigência de que quaisquer restrições impostas sejam claras, determinadas, gerais e proporcionais.

A teoria dos limites aos limites assegura que os direitos fundamentais não sejam restringidos de maneira que comprometa seu núcleo essencial. Esse núcleo é a parte central e mais importante do direito, que deve ser preservada em qualquer circunstância. A proteção deste núcleo é fundamental para garantir que os direitos fundamentais sejam efetivamente exercidos e não se tornem meras palavras sem significado prático. Ela funciona como uma barreira contra a restrição excessiva ou injustificada dos direitos fundamentais, garantindo que esses direitos sejam protegidos de maneira eficaz. Ao estabelecer critérios para a imposição de limites, essa teoria assegura que as liberdades individuais sejam respeitadas e promovidas³⁸⁷.

Segundo essa teoria, alguns princípios devem ser observados antes de se limitar um direito fundamental, tais como a proporcionalidade, legalidade, segurança jurídica etc. Esses princípios funcionam como parâmetros técnicos de análise sobre a legitimidade da medida e sua constitucionalidade.

Entende-se, nesse ponto, que a decisão é ilegítima, por inobservância do respeito dos “limites aos limites”, em especial por desobedecer o princípio da proporcionalidade, a saber, para a maioria dos doutrinadores, o princípio da proporcionalidade se subdivide em 3:

³⁸⁷ SENA, Renata Martins. Direitos Garantias Fundamentais e Teoria dos Limites dos Limites. Disponível em: <http://blog.newtonpaiva.br/direito/wp-content/uploads/2012/08/PDF-D13-06.pdf>. Acesso em: 06 jul 2024.

- a) princípio da adequação, idoneidade³⁸⁸ ou aptidão. Os meios que um juiz seleciona para alcançar uma sentença devem ser adequados e apropriados para o objetivo estabelecido. É crucial que a medida adotada esteja em plena conformidade com o direito fundamental protegido, visando sempre o resultado desejado. Se o juiz não examina cuidadosamente a relação de causalidade entre os meios escolhidos e o fim desejado, a decisão pode se tornar inválida. Isso ocorre porque o meio utilizado para atingir o objetivo é inadequado e incapaz de produzir os efeitos prometidos na decisão. A relação de causalidade entre os meios escolhidos e o fim almejado é um aspecto fundamental na formulação de uma sentença judicial. Quando os meios escolhidos são inadequados, a decisão judicial não apenas falha em alcançar seu objetivo, mas também pode violar princípios constitucionais. Essa inadequação traduz-se em uma afronta à Constituição, pois a aplicação de meios ineficazes compromete a integridade das diretrizes normativas. Em suma, a decisão judicial deve refletir um equilíbrio cuidadoso entre os meios utilizados e os fins desejados, assegurando que os direitos fundamentais sejam efetivamente protegidos e promovidos.
- b) princípio da necessidade ou indispensabilidade³⁸⁹. A caracterização da indispensabilidade na adoção de medidas restritivas de direitos destaca a importância de proteger um interesse superior sem comprometer de maneira desnecessária os direitos individuais. A sentença judicial deve sempre buscar utilizar os meios menos prejudiciais possíveis para atingir seus objetivos específicos. Isso se alinha com a ideia de que qualquer restrição imposta a um direito deve ser justificada pela proteção de um interesse mais elevado. Sempre que o Estado dispuser de dois meios igualmente eficazes para alcançar um objetivo, deve optar pelo meio que impõe a menor restrição possível aos direitos em questão. Isso garante que a interferência nos direitos fundamentais seja minimizada,

³⁸⁸ NOVAIS, Jorge Reis. Os princípios constitucionais estruturantes da República Portuguesa. Coimbra: Coimbra Editora, 2004, p. 162.

³⁸⁹ NOVAIS, Jorge Reis. Os princípios constitucionais estruturantes da República Portuguesa. Coimbra: Coimbra Editora, 2004, p. 163.

preservando ao máximo a liberdade individual enquanto se busca proteger um interesse superior.

- c) princípio da proporcionalidade³⁹⁰ em sentido estrito. O sentido estrito da proporcionalidade destaca-se pela sua importância em assegurar a justiça nas decisões judiciais. Este princípio requer uma avaliação cuidadosa entre o meio utilizado e o fim desejado. Quando se decide pela redução de um direito para permitir a apreciação de outro direito que possui um peso significativamente maior, exige-se do juiz uma grande prudência na avaliação do nexo causal entre a medida adotada e o objetivo pretendido. Neste contexto, o "juízo de ponderação" é fundamental. Ele implica em um exercício de cautela, aplicação de medidas justas, sensatez e discernimento lógico. Este processo visa prevenir excessos, garantindo que as medidas tomadas sejam adequadas e necessárias, sem ultrapassar os limites do necessário para atingir o objetivo proposto. Uma decisão judicial é considerada desproporcional em sentido estrito quando vai além do necessário para alcançar seu objetivo. Isso significa que, se a medida adotada exceder o que é indispensável para atingir o fim desejado, ela se torna inválida. Este princípio é vital para proteger os direitos fundamentais, impedindo que sejam restringidos de maneira excessiva ou desnecessária.

A decisão do caso Embraer, à primeira vista, não seguiu o princípio da proporcionalidade. Em primeiro lugar, a decisão pode ser considerada inapta e inadequada porque não presumiu a boa-fé objetiva da empresa, um princípio fundamental nas relações contratuais. A decisão não levou em consideração a boa-fé objetiva da empresa. Este princípio, que deve estar presente em todas as relações contratuais, foi ignorado ao presumir que a empresa agiu de má-fé ao demitir seus funcionários sem prévia negociação com os sindicatos. Esta presunção não se sustentava, dado que a empresa estava em conformidade com a legislação vigente e possuía idoneidade financeira para cumprir suas obrigações legais. No entanto, a

³⁹⁰ NOVAIS, Jorge Reis. Os princípios constitucionais estruturantes da República Portuguesa. Coimbra: Coimbra Editora, 2004, p. 163.

decisão acabou onerando indevidamente a empresa, impondo-lhe obrigações adicionais.

A decisão também não foi indispensável, uma vez que não utilizou os meios menos restritivos possíveis de intervenção na relação de trabalho. As demissões foram consideradas oportunas e não abusivas, portanto, a sentença não poderia exigir um acordo prévio com os sindicatos para sua validação. O ato judiciário, ao invés de declarar as demissões abusivas e exigir uma compensação financeira adicional, deveria ter optado por medidas menos danosas e intervencionistas, como por exemplo, declarar um bloqueio provisório de bens da empresa em caso de não pagamento das verbas devidas dentro de prazo determinado pelo juiz.

Por fim, a decisão judicial ainda não respeitou o princípio da proporcionalidade em sentido estrito, pois a decisão foi manifestamente desproporcional no sentido de que o juiz foi além do necessário para a garantia dos direitos dos trabalhadores. Ele, não só declarou a abusividade das demissões, como também, “legislou” no sentido de criar verbas rescisórias que não estavam previstas previamente em lei.

A decisão do juiz foi desproporcional porque foi além do que era necessário para proteger os trabalhadores. A imposição de novas verbas rescisórias, além das que já estavam previstas em lei, não apenas onerou indevidamente a empresa, mas também criou um precedente perigoso para futuras decisões judiciais. Isso porque abriu a porta para que juízes possam criar novas obrigações não previstas em lei, o que pode gerar insegurança jurídica.

A decisão tomada no caso Embraer claramente assumiu um caráter protecionista e configurou como um limite aos direitos fundamentais da empresa, definindo e reduzindo o âmbito de proteção das normas que garantem a livre iniciativa e o direito de gestão empresarial. Isso se evidenciou pela ênfase que o Tribunal Regional colocou na ausência de uma negociação prévia com os sindicatos, considerando essa falta de diálogo como um fator central para classificar as demissões em massa como abusivas. Esse requisito adicional, que não possuía um fundamento legal explícito, implicou na redefinição do âmbito de proteção das normas que asseguram a liberdade empresarial. Em vez de simplesmente permitir que a empresa exercesse seu direito de gestão conforme necessário para sua sobrevivência

econômica, a decisão judicial impôs um ônus adicional que restringiu a capacidade da empresa de tomar decisões estratégicas de forma autônoma.

A Justiça do Trabalho considerou essencial que as empresas realizem negociações coletivas antes de implementar demissões significativas, para assegurar que os interesses dos trabalhadores sejam adequadamente considerados e protegidos. Além disso, o tribunal se empenhou em preencher as lacunas presentes na legislação trabalhista brasileira. Mesmo sem uma regulamentação específica no ordenamento jurídico vigente que tratasse diretamente das demissões coletivas, o tribunal recorreu a princípios gerais do direito, ao direito do trabalho e ao direito comparado para fundamentar sua decisão. Esta abordagem mostrou uma clara intenção de privilegiar a proteção dos trabalhadores. O tribunal interpretou a legislação de maneira expansiva, procurando garantir que os direitos dos trabalhadores fossem salvaguardados em situações onde a legislação específica era omissa.

A decisão no caso da Embraer teve um caráter protecionista porque priorizou a proteção dos trabalhadores e a mitigação dos impactos sociais e econômicos das demissões em massa. Ao impor condições adicionais, exigir negociações prévias e reconhecer a necessidade de uma abordagem participativa e transparente, o tribunal procurou assegurar que os direitos e interesses dos trabalhadores fossem resguardados, mesmo em um contexto de dificuldades econômicas para a empresa. Essa postura protecionista é extremamente prejudicial para as empresas de forma geral, especialmente as transnacionais que possuem empregados em várias partes do globo.

Primeiramente porque esse tipo de decisão frequentemente se baseia em interpretações expansivas da legislação ou em princípios. Para as empresas transnacionais em especial, que operam em múltiplas jurisdições, a imprevisibilidade dessas decisões pode dificultar a elaboração de estratégias de mercado, sejam de curto ou longo prazo. A insegurança jurídica ocorre quando as empresas não conseguem prever como as leis serão aplicadas ou interpretadas, levando a um ambiente de negócios bastante instável para os empresários.

A insegurança jurídica cria um ambiente no qual as empresas não têm certeza sobre quais regras serão aplicadas e nem como serão interpretadas. Isso desincentiva

novos investimentos e pode levar empresas a reconsiderarem suas operações em países onde a legislação e sua interpretação são vistas como voláteis. Além disso, as empresas transnacionais precisam de previsibilidade para planejar investimentos, contratações e expansão. A confiança no sistema legal é fundamental e sua ausência pode minar a confiança das empresas na estabilidade do ambiente jurídico e econômico de um país.

Em segundo lugar, as decisões protecionistas, que frequentemente impõem obrigações adicionais como indenizações maiores ou benefícios estendidos, aumentam os custos operacionais das empresas. Esse fato pode afetar diretamente a viabilidade econômica de manter operações em determinadas regiões, levando potencialmente à relocação de operações para jurisdições com regulamentos mais previsíveis e favoráveis. Ou seja, fechando suas operações na localidade, as empresas transnacionais deixam de gerar empregos, fortalecer a economia local, gerar oportunidades, pagar impostos ao governo etc.

Essas decisões podem, inclusive, trazer o efeito oposto, na medida em que, muito embora sejam destinadas a proteger os trabalhadores, elas podem criar um ambiente de trabalho mais conflituoso. Isso porque empresas que sentem que suas mãos estão atadas por regulamentos rigorosos podem adotar uma postura mais defensiva em negociações com sindicatos, o que pode exacerbar tensões e conflitos na seara trabalhista.

O caso em questão foi especialmente significativo, pois forçou o tribunal a tomar uma posição decisiva sobre a maneira de abordar questões complexas relacionadas a demissões em massa. Essa situação demandou não apenas uma análise detalhada das circunstâncias específicas do caso, mas também uma reflexão mais ampla sobre como equilibrar os princípios de justiça social com as normas legais existentes (ou, no caso, inexistentes). Além do impacto jurídico, o caso provocou reações intensas e diversificadas de vários setores da sociedade. Organizações sindicais, grupos de defesa dos direitos dos trabalhadores, representantes da indústria e até mesmo setores do governo manifestaram-se sobre os desdobramentos do processo.

CASO FORD

O caso Ford também foi igualmente emblemático e merece atenção especial, haja vista que a decisão acerca das demissões coletivas da empresa foi atribuída a uma série de fatores econômicos e estruturais. A crise econômica brasileira, que já vinha afetando diversas indústrias, teve um impacto profundo sobre a saúde financeira da empresa. A pandemia do coronavírus, que começou em 2020, apenas piorou a situação, causando uma desaceleração econômica global e reduzindo significativamente a demanda por automóveis. Além dessas questões econômicas imediatas, a montadora também lidava com desafios estruturais internos que dificultavam a manutenção de suas operações no Brasil.

Em janeiro de 2021, a montadora americana comunicou a decisão de encerrar as atividades de suas fábricas localizadas em Camaçari (Bahia), Taubaté (São Paulo) e Horizonte (Ceará). Esse fechamento resultou na demissão direta de 5 mil trabalhadores e afetou indiretamente outros 12 mil.

Anunciadas as demissões, o Ministério Público do Trabalho (MPT), por meio de Ação Civil Pública (ACP) em Taubaté, solicitou tutela antecipada com o intuito de:

- 1) DECLARAR a nulidade dos atos negociais até então perpetrados pela empresa junto à entidade sindical profissional, tendo em vista a condução/procedimento unilateral, a falta de informação/transparéncia ao sindicato e a restrição de conteúdo quanto ao seu objeto, pela FORD. Bem como, determinar à FORD MOTOR COMPANY BRASIL LTDA e ao BANCO FORD SA, solidariamente, sob o ônus de multa de R\$1.000.000,00 (um milhão de reais), por item, acrescido de R\$50.000,00 (cinquenta mil reais) por trabalhador atingido pelo preceito violado para:
- 2) ABSTER-SE de promover dispensa coletiva de trabalhadores sem prévia negociação coletiva efetiva e conclusiva com a entidade sindical profissional, inclusive especificamente quanto ao tema concernente à manutenção dos postos de trabalho;
- 3) ABSTER-SE de, durante as negociações, suspender o pagamento dos salários e/ou das licenças remuneradas;
- 4) ABSTER-SE de praticar assédio moral negocial, de apresentar ou oferecer propostas ou valores individuais aos trabalhadores, durante a negociação coletiva;
- 5) FORNECER ao sindicato profissional, no prazo de 15 dias, todas informações que sejam necessárias às negociações e a tomada de decisões pela categoria profissional, sem prejuízo de sigilo, tais como: a - as razões econômicas, financeiras e técnicas do projeto de desmobilização da fábrica em Taubaté; b - número e categorias dos trabalhadores que podem ser afetados; c – demais dados sobre o empreendimento (sobre a situação econômica e social da unidade negociadora e da empresa em geral);

6) APRESENTAR, ao Juízo, em 30 dias, cronograma de negociação coletiva com o sindicato dos trabalhadores, entabulado diretamente com a entidade sindical, considerando: a - um prazo razoável para a reflexão pela categoria a ser consultada, tendo em vista a necessidade de consulta e deliberação pela categoria profissional; e b - um prazo razoável para a análise dos documentos a serem apresentados pela empresa ao sindicato. O cronograma de negociação coletiva deverá considerar o contexto de isolamento social e a necessidade inclusive de cautelas necessárias a não contaminação dos trabalhadores pela Covid-19 e/ou a impossibilidade de aglomerações, pelos trabalhadores;

7) APRESENTAR em Juízo planilha com detalhamento dos valores a serem pagos em face de rescisões contratuais com empresas parceiras, fornecedoras, prestadoras, terceirizadas e concessionárias, contendo valores relativos às rescisões e indenizações dos empregados e prestadores de serviços de cada uma delas;

8) CONSTITUIR, no prazo de 15 dias, fundo garantidor de créditos trabalhistas gerados com o fechamento da fábrica em Taubaté em relação aos empregos diretos, indiretos e induzidos pelo empreendimento conduzido pela empresa FORD, bem como das atuais e eventuais futuras ações trabalhistas, até a solução integral dos créditos laborais, mediante depósito mínimo, em instituição financeira nacional a ser determinada por esse D. Juízo, equivalente ao valor global de todos os contratos vigentes nos últimos 2 (dois) anos;

9) ABSTER-SE de promover remessa de recursos ao exterior, sob qualquer modalidade, bem como alienar ativos e bens imóveis até a constituição do fundo garantidor referido no pedido nº8;

10) ABSTER-SE de alienar bens e maquinário da empresa, especialmente os que guarnecessem o estabelecimento industrial de Taubaté, até a conclusão efetiva e conclusiva da negociação coletiva.

Requer que eventual multa por descumprimento seja destinada, em sede de execução, a entidades ou projetos previamente analisados e aprovados pelo Ministério Público do Trabalho, com o fim de atender, substancialmente, o disposto no art. 13, da Lei nº7.347/85 ou, na ausência, a fundos próprios, tais como o Fundo de Defesa dos Direitos Difusos (FDD). *[sic]*³⁹¹

Em suma, pleiteou-se a anulação das demissões, fundamentada em alegações de constitucionalidade e abuso por parte do empregador. Além disso, buscou-se obter uma tutela inibitória com o objetivo de impedir que a empresa realizasse futuras demissões coletivas sem antes realizar uma negociação coletiva prévia. A ação argumentava que a falta de negociação prévia violava princípios constitucionais e configurava um comportamento abusivo por parte do empregador, justificando assim a necessidade de intervenção judicial para proteger os direitos dos trabalhadores e garantir um processo mais justo e transparente em futuras demissões coletivas.

³⁹¹ BRASIL. 2ª Vara do Trabalho de Taubaté. Ação Civil Pública Processo nº 0010097-70.2021.5.15.0102. Juíza titular: Andréia de Oliveira. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/wp-content/uploads/2023/09/0010097-7020215150102-ford-proibida.pdf>. Acesso em: 06 jun. 2024.

A responsável pelo julgamento da ACP, a juíza da 2ª Vara de Taubaté, chegou a reconhecer que era a favor do entendimento de que o “Estado deve interferir o mínimo possível na gerência das empresas e não é possível obrigar a empresa a continuar suas atividades ou a manter um empregado não estável em seu quadro de funcionários, se assim ela, empresa, não desejar”³⁹².

Muito embora isto, utilizou como razões a serem levadas em consideração o fato de que foi noticiado que a empresa Ford recebeu desde 1999 uma quantia equivalente a R\$ 20.000.000.000,00 para viabilizar suas operações em território nacional (ressaltando, é claro, que este fato deveria ser melhor comprovado e analisado pela decisão de mérito). Ressalta que a empresa recebeu quantias vultuosas do BNDES para aquisição de maquinário e manutenção de suas atividades e, também incentivos municipais para a mesma finalidade. Evidencia que, ao longo dos anos, foram negociadas diversas reduções de direitos para possibilitar a manutenção dos empregos e a continuidade das atividades da empresa.

A juíza, com o intuito de diminuir o impacto econômico e social das demissões coletivas dos empregados da Ford e de trabalhadores de empresas terceirizadas que dela dependem, enfatizou a importância da função social da empresa, bem como o impacto social coletivo (que também foi pauta na decisão do caso da Embraer). Por outro lado, a magistrada também ressaltou a importância da valorização do trabalho e livre iniciativa como fundamentos da ordem econômica.

Em termos de fundamentação legal, a magistrada levantou o disposto no art. 477-A da CLT, *in verbis*:

Art. 477-A. As dispensas imotivadas individuais, plúrimas ou coletivas equiparam-se para todos os fins, não havendo necessidade de autorização prévia de entidade sindical ou de celebração de convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho para sua efetivação. (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017)³⁹³.

Ressaltou o supra dispositivo apenas para declarar que: “Apesar do disposto no artigo 477-A da CLT, diante do impacto social que as dispensas coletivas geram,

³⁹² BRASIL. 2ª Vara do Trabalho de Taubaté. Ação Civil Pública Processo nº 0010097-70.2021.5.15.0102. Juíza titular: Andréia de Oliveira. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/wp-content/uploads/2023/09/0010097-7020215150102-ford-proibida.pdf>. Acesso em: 06 jun. 2024.

³⁹³ BRASIL. Decreto-Lei nº 5.452 de 1º de maio de 1943. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm. Acesso em: 02 jun. 2024.

reputo necessária a negociação coletiva para tanto". Segundo ela, o referido artigo seria inconstitucional, pois atenta contra o artigo 7º, inciso I, da Constituição Federal.

Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

I - relação de emprego protegida contra despedida arbitrária ou sem justa causa, nos termos de lei complementar, que preverá indenização compensatória, dentre outros direitos;³⁹⁴

Vale destacar que o artigo 477-A da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) foi introduzido pela Lei nº 13.467 no ano de 2017, situando-se temporalmente após a decisão do caso Embraer, mas antes das decisões relacionadas ao caso Ford. Essa inclusão trouxe significativas mudanças na forma como as demissões coletivas passaram a ser tratadas no ordenamento jurídico brasileiro. Esse dispositivo representou uma significativa alteração no tratamento jurídico das demissões coletivas, refletindo uma mudança de paradigma na relação entre empregadores e trabalhadores, e estabelecendo novos parâmetros para a atuação da Justiça do Trabalho em casos futuros.

A decisão no caso Embraer estabeleceu um precedente judicial crucial para a análise da validade das dispensas coletivas no Brasil. A partir desse julgamento, foi estabelecido que a negociação coletiva prévia é imprescindível para a realização de demissões em massa. Na ausência de uma regulamentação específica à época para as dispensas coletivas, a Justiça do Trabalho exerceu um poder normativo para declarar a necessidade de uma negociação coletiva prévia como uma condição essencial para validar tais demissões em massa.

Entretanto, a Suprema Corte emitiu uma tese significativa ao julgar o Recurso Extraordinário (RE) 999435, identificado como Tema 638. A tese estipula que "a intervenção sindical prévia é um requisito procedural essencial para a dispensa em massa de trabalhadores, o que não se confunde com a necessidade de autorização prévia por parte da entidade sindical ou celebração de convenção ou acordo coletivo."³⁹⁵

³⁹⁴ BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1990.

³⁹⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tema 638: Necessidade de negociação coletiva para a dispensa em massa de trabalhadores. Leading case: 999435. Relator: Min. Marco Aurélio. Disponível em:

Além disso, essa decisão modulou seus efeitos, determinando que a intervenção sindical prévia seria exigida apenas para demissões em massa ocorridas após a publicação da ata do julgamento de mérito, o que ocorreria somente em 17 de abril de 2023. Essa modulação de efeitos visa a garantir uma transição ordenada para a nova exigência procedural, evitando a aplicação retroativa que poderia gerar insegurança jurídica.

Entretanto, opondo-se à tese proferida pela Suprema Corte, o legislador incluiu o artigo 477-A na CLT por meio da Lei 13.467/2017, conhecida como a Reforma Trabalhista. O legislador reformista utilizou essa lei para estabelecer de forma explícita a desnecessidade da intervenção sindical em casos de dispensa coletiva, equiparando-a às demissões individuais. Essa mudança normativa buscou simplificar o processo de demissões em massa, eliminando a exigência de uma negociação coletiva prévia, que muitas vezes era vista como um obstáculo burocrático para as empresas.

Assim, a Reforma Trabalhista trouxe uma nova perspectiva ao tratamento das dispensas coletivas, alinhando-as com o procedimento das demissões individuais. Essa equiparação tinha como objetivo proporcionar mais flexibilidade e agilidade às empresas na gestão de suas forças de trabalho, especialmente em momentos de crise econômica ou reestruturação empresarial.

Se o próprio legislador optou por não exigir a negociação coletiva com os sindicatos, chegando ao ponto de criar uma lei que estabelece essa diretriz, o poder normativo da Justiça do Trabalho não deveria se sobrepor a essa decisão. Tal sobreposição poderia ferir o princípio da separação dos poderes, que é um pilar fundamental do Estado Democrático de Direito. Ao legislar sobre a desnecessidade de intervenção sindical em casos de demissões coletivas, o legislador claramente delineou a intenção de simplificar e agilizar esses procedimentos, conferindo mais autonomia às empresas em suas decisões laborais.

Além disso, é crucial destacar que o poder normativo da Justiça do Trabalho não autoriza a criação de obrigações que vão além daquelas previstas no art. 10 do

Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT), que impõe uma multa de 40% do FGTS em caso de demissão sem justa causa, e na legislação própria vigente. Essas disposições legais devem prevalecer até que uma norma complementar seja editada. O papel da Justiça do Trabalho, nesse contexto, é aplicar e interpretar as leis existentes, não criar novas obrigações que extrapolam o que já foi determinado pelo legislador.

Ao respeitar essas diretrizes, a Justiça do Trabalho assegura que suas decisões estejam alinhadas com o arcabouço legal vigente, evitando a criação de precedentes que possam gerar insegurança jurídica e comprometer o equilíbrio entre os poderes. Dessa forma, é garantido que as relações de trabalho sejam reguladas de acordo com as leis democraticamente estabelecidas, preservando a coerência e a estabilidade do ordenamento jurídico.

Nos pontos importantes, a decisão final da magistrada publicada em 5 de fevereiro de 2021 resultou em:

- 1) Não declarou a nulidade dos atos negociais realizados pela empresa, por entender que essa é matéria a ser decidida após a instrução processual.
- 2) Em razão da responsabilidade social da empresa, a magistrada declarou que a empresa deve se abster de promover a dispensa coletiva dos trabalhadores e suspender salários até que haja negociação coletiva com o sindicato.
- 3) No que tange a negociação de rescisão contratual, esta deverá se dar diretamente com o sindicato da categoria, restando proibida qualquer negociação direta com os trabalhadores.

No mesmo mês de fevereiro, também foi publicada pela 3^a Vara do Trabalho de Camaçari-BA decisão de Tutela Cautelar requerida pelo MPT, desta vez pelo juiz substituto Leonardo de Moura. Foram utilizados como base a argumentação da sentença da 2^o Vara de Taubaté e, ainda, a argumentação de que a decisão da

empresa “violou a boa-fé objetiva, pois frustrou expectativa legítima dos trabalhadores e sindicato quanto a manutenção dos postos de trabalho”³⁹⁶.

O juiz ratificou que a despedida é ato de natureza coletiva, e que, por isso, “a participação dos trabalhadores necessariamente tem de ser através das entidades sindicais, tal como previsto na Constituição Federal, em seu art. 8º, III e VI”³⁹⁷. Colocou, portanto, a validade das negociações condicionada à participação das entidades sindicais. Em outras palavras, “para ser considerada válida, a despedida coletiva necessariamente tem de ser precedida de uma negociação coletiva”³⁹⁸.

Afirmou-se ainda a constitucionalidade do artigo 477-A da CLT, sustentando que este dispositivo deve ser interpretado em conformidade com as normas constitucionais e os tratados internacionais, que enfatizam a relevância da negociação coletiva. Destacou-se que a intenção não é exigir uma “autorização prévia do sindicato”, mas sim promover um processo de construção conjunta entre a empresa e o sindicato para encontrar uma solução para a controvérsia coletiva. Ressaltando, assim, a autocomposição como prioridade nas negociações.

O teor da sentença, por fim, insistiu que a empresa devesse:

ABSTER-SE de promover dispensa coletiva de trabalhadores até logre êxito a negociação coletiva para tal com a entidade sindical profissional, devendo todas as possibilidades serem analisadas e discutidas;

ABSTER-SE de, durante as negociações e enquanto vigorem os contratos de trabalho, suspender o pagamento dos salários e/ou das licenças remuneradas dos trabalhadores;

ABSTER-SE de praticar assédio moral negocial, de apresentar ou oferecer propostas ou valores de forma individual aos trabalhadores, durante a negociação coletiva, devendo, caso seja do seu interesse, informar a coletividade das tratativas através de comunicados oficiais;

[...] sob pena de multa de R\$1.000.000,00 (um milhão de reais), por item descumprido, acrescido de R\$50.000,00 (cinquenta mil reais) por trabalhador atingido.³⁹⁹

³⁹⁶ BRASIL. 3ª Vara do Trabalho de Camaçari. Tutela Cautelar Antecedente Processo nº 0000053-72.2021.5.05.0133. Juiz substituto: Leonardo de Moura Landulfo Jorge. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/00/0000053-7220215050133-ford-proibida.pdf>. Acesso em: 06 jun. 2024.

³⁹⁷ BRASIL. 3ª Vara do Trabalho de Camaçari. Tutela Cautelar Antecedente Processo nº 0000053-72.2021.5.05.0133. Juiz substituto: Leonardo de Moura Landulfo Jorge. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/00/0000053-7220215050133-ford-proibida.pdf>. Acesso em: 06 jun. 2024.

³⁹⁸ BRASIL. 3ª Vara do Trabalho de Camaçari. Tutela Cautelar Antecedente Processo nº 0000053-72.2021.5.05.0133. Juiz substituto: Leonardo de Moura Landulfo Jorge. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/00/0000053-7220215050133-ford-proibida.pdf>. Acesso em: 06 jun. 2024.

³⁹⁹ BRASIL. 3ª Vara do Trabalho de Camaçari. Tutela Cautelar Antecedente Processo nº 0000053-72.2021.5.05.0133. Juiz substituto: Leonardo de Moura Landulfo Jorge. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/00/0000053-7220215050133-ford-proibida.pdf>. Acesso em: 06 jun. 2024.

Com essas duas decisões do caso Ford, os magistrados não só ignoraram a legislação vigente, tomando uma decisão *contra legem*, mas também atuaram como legisladores ao criar uma condição para a legalidade das demissões realizadas pela empresa Ford. Ao fazê-lo, estabeleceram que a negociação coletiva é um requisito indispensável para a efetivação das demissões, mesmo que essa exigência não esteja prevista na legislação atual. Essa postura judicial não só contornou as disposições legais vigentes, mas também introduziu uma nova exigência legal que não havia sido previamente estabelecida, interferindo assim no âmbito legislativo e nos direitos das empresas de gerir suas atividades conforme as leis vigentes.

CONCLUSÃO

O presente estudo teve como propósito central responder, de forma sistemática e aprofundada, às indagações formuladas nas linhas iniciais desta investigação. Buscou-se elaborar, de maneira inédita, um *iter procedendi* ancorado em fundamentos teóricos robustos, capaz de orientar a atuação judicial em casos complexos — particularmente no âmbito do Direito do Trabalho — em que se verifique a possibilidade de restrição ilegítima aos direitos fundamentais de empresas transnacionais.

A proposta aqui desenvolvida visa evitar que, sob o pretexto de proteger o trabalhador, sejam proferidas decisões dissociadas da legislação vigente, capazes de gerar injustiças ou de comprometer a sustentabilidade de organizações econômicas que, em última análise, asseguram empregos de qualidade a milhares de trabalhadores em diferentes países. Afinal, é legítimo indagar: qual profissional não aspiraria integrar os quadros de uma corporação transnacional que oferece condições laborais de excelência e oportunidades de crescimento global?

O objetivo que se busca alcançar é, de fato também, a proteção integral dos trabalhadores, compreendidos em sua dimensão mais ampla. Tal premissa, à primeira vista, poderia parecer paradoxal para um intérprete desatento que, limitando-se à leitura superficial do título desta pesquisa, interpretasse a proposta como voltada exclusivamente à defesa das empresas. No entanto, a preocupação aqui recai sobre a pessoa humana enquanto sujeito de direitos, independentemente de sua vinculação a uma comunidade nacional específica — seja ela brasileira, norte-americana, asiática ou europeia.

Ao longo desta investigação, demonstrou-se empiricamente que a retração de diversas empresas transnacionais no território brasileiro — entre elas Ford, Mercedes-Benz (no segmento de carros de passeio), Fnac, Nintendo, Brasil Kirin (Schincariol), HSBC, Citibank, Duke Energy, Geely Motors, Forever 21, Nike, Sony, Cabify, Yoki (General Mills), Makro, Chrysler, Alfa Romeo e Mahindra — em grande parte motivada pela insegurança jurídica vigente que permeia todos os ramos do Poder Judiciário nacional, ainda que com especial destaque para as questões tratadas na esfera da Justiça do Trabalho, tem produzido impactos socioeconômicos expressivos. A decisão dessas corporações de encerrar ou reduzir suas operações locais não apenas compromete investimentos estratégicos, mas também deteriora as oportunidades

laborais. O resultado é a substituição de postos de trabalho qualificados e bem remunerados, anteriormente oferecidos por essas organizações globais, por ocupações precárias e de menor atratividade, tanto do ponto de vista econômico quanto do desenvolvimento profissional.

A atividade empresarial é essencialmente econômica, uma vez que busca a geração de lucro para aqueles que a conduzem. O lucro pode ser tanto o propósito central da produção ou circulação de bens e serviços, quanto um instrumento para alcançar finalidades diversas. No entanto, é claro que, no contexto capitalista, nenhuma atividade econômica pode se sustentar sem alcançar a lucratividade.

No princípio da preservação da empresa, construído pelo moderno Direito Comercial, o valor básico prestigiado é o da conservação da atividade (e não do empresário, do estabelecimento ou de uma sociedade), em virtude da imensa gama de interesses que transcendem os dos detentores do negócio e gravitam em torno da continuidade deste; assim os interesses de empregados quanto aos seus postos de trabalho, de consumidores em relação aos bens ou serviços de que necessitam, do fisco voltado à arrecadação e outros.

Um olhar míope da Justiça do Trabalho, voltado exclusivamente para a proteção imediata de cada trabalhador individualmente considerado, pode produzir efeitos contraproducentes e comprometer o equilíbrio do sistema constitucional. Ao absolutizar a perspectiva individual, ignora-se que os Direitos Fundamentais se projetam também sobre a esfera jurídica da empresa — cuja preservação é essencial para a manutenção da atividade econômica e, por consequência, dos próprios empregos — e sobre os demais *stakeholders*, como fornecedores, consumidores e a coletividade. Tal miopia interpretativa gera decisões que, embora pareçam proteger o trabalhador isoladamente, podem, no médio e longo prazo, fragilizar a própria efetividade dos direitos sociais, reduzir a competitividade empresarial e, paradoxalmente, prejudicar aqueles mesmos sujeitos que se pretendia beneficiar.

O que se almeja neste trabalho é oferecer ao julgador instrumentos teóricos e metodológicos capazes de auxiliá-lo, com rigor científico, na resolução dos chamados *hard cases* que envolvem Direitos Fundamentais. Busca-se superar soluções intuitivas ou marcadas pelo decisionismo, fornecendo um *iter procedendi* racional, estruturado e constitucionalmente ancorado, que permita fundamentar decisões de

modo transparente e controlável, conciliando a proteção dos direitos em jogo com a preservação da unidade da Constituição.

Ademais, de forma empírica, demonstra-se a correção desse *iter procedendi* ao analisar decisões paradigmáticas envolvendo os casos Embraer e Ford, nos quais, se o método aqui proposto tivesse sido aplicado, seria possível alcançar soluções mais equilibradas e coerentes com o sistema constitucional de Direitos Fundamentais.

Ao enfrentar a primeira pergunta proposta neste trabalho, se as empresas transnacionais são detentoras de direitos fundamentais, conclui-se, de forma categórica, que as empresas, enquanto pessoas jurídicas, são titulares de direitos fundamentais. A Constituição Federal, ao estabelecer a ordem econômica em estreita conexão com a ordem social, confere-lhe uma função que transcende a mera geração de riqueza, vinculando-a à promoção de valores como justiça social, redução das desigualdades, proteção do trabalho e defesa do meio ambiente. Nesse contexto, reconhecer direitos fundamentais às empresas é medida que garante a eficácia desses valores e assegura a estabilidade das relações econômicas e sociais.

A empresa, juridicamente concebida como organização de pessoas e bens destinada à realização de fins comuns, é criação normativa voltada a atender necessidades humanas e a viabilizar objetivos coletivos que não poderiam ser alcançados de forma individual. Sua personalidade jurídica não possui existência autônoma ou desvinculada da pessoa humana; ao contrário, reflete e projeta os interesses e direitos daqueles que a constituem e dela participam. Por isso, a proteção dos direitos fundamentais da empresa significa, em última análise, a proteção dos direitos das pessoas naturais que lhe dão origem e finalidade.

Direitos como o de propriedade, a liberdade de iniciativa, a liberdade econômica, a liberdade de associação e de expressão, bem como a garantia do devido processo legal, têm aplicação direta às empresas. Tais direitos não são meros privilégios, mas requisitos indispensáveis para que possam atuar de forma previsível, segura e estável, contribuindo para o desenvolvimento econômico e para a concretização das políticas sociais constitucionais. Sem essas garantias, a própria função social da empresa restaria comprometida, afetando negativamente trabalhadores, consumidores, fornecedores e toda a coletividade.

Evidentemente, a titularidade de direitos fundamentais pelas pessoas jurídicas deve observar as limitações impostas por sua natureza. Direitos

vinculados a atributos exclusivamente humanos – como o direito à vida física, à integridade corporal ou à saúde biológica – não lhes são aplicáveis. Contudo, essa limitação não reduz a importância do reconhecimento de outros direitos essenciais, ajustados à sua realidade institucional e imprescindíveis ao seu papel na ordem econômica e social.

Assim, o reconhecimento da titularidade de direitos fundamentais pelas empresas não é apenas juridicamente possível, mas constitucionalmente necessário. Trata-se de garantir coerência ao sistema jurídico, fortalecer a segurança das relações econômicas, preservar a função social da empresa e, sobretudo, assegurar que a ordem econômica, enquanto instrumento da ordem social, possa cumprir plenamente os objetivos do Estado Democrático de Direito. Reconhecida a titularidade de direitos fundamentais pelas empresas, impõe-se enfrentar a questão central que permeia os *hard cases* analisados nesta pesquisa: como solucionar, no plano jurídico e procedural, os conflitos em que trabalhadores e empresas transnacionais, simultaneamente, invocam direitos dessa natureza.

O fenômeno da colisão de direitos fundamentais entre sujeitos de naturezas distintas — de um lado, pessoas naturais, dotadas de dignidade humana como valor-fonte; de outro, pessoas jurídicas, cuja existência é derivada e funcional — exige um método de solução que preserve a coerência constitucional e assegure a máxima eficácia possível a cada direito em disputa.

O *iter procedendi* aqui proposto parte do reconhecimento da paridade formal de proteção, mas também da compreensão das diferenças ontológicas e teleológicas entre os titulares. Este modelo procedural evita soluções simplistas, nas quais um direito é automaticamente sobreposto ao outro, e propõe, ao contrário, um mecanismo racional, transparente e justificável de decisão. Sua utilidade prática se revela especialmente em casos envolvendo a liberdade de iniciativa e de gestão empresarial de um lado, e direitos trabalhistas à dignidade, saúde, segurança e não discriminação de outro.

No tocante à segunda questão formulada na introdução — se os direitos fundamentais são aplicáveis de forma direta às relações privadas —, impõe-se uma análise crítica das principais correntes teóricas. Embora a doutrina tenha oferecido alternativas como a *state action doctrine*, a teoria da eficácia imediata e a teoria da eficácia mediata pura, entende-se que tais construções não se mostram adequadas ao *iter procedendi* que este trabalho propõe. Cada uma dessas teorias apresenta

limitações que comprometem a coerência dogmática e a segurança jurídica, razão pela qual sua aplicação será afastada em favor de uma abordagem mais consistente, que melhor responda aos desafios dos *hard cases* envolvendo empresas transnacionais.

A adoção da *state action*, no contexto desta pesquisa, constituiria obstáculo relevante, pois, no *iter procedendi* aqui proposto, as restrições não se limitam à proteção dos trabalhadores, mas também alcançam os direitos fundamentais das empresas transnacionais. Ao excluir de antemão a aplicação direta desses direitos nas relações privadas, a *state action* inviabilizaria a lógica de tratamento equânime que este trabalho defende, em que tanto trabalhadores quanto corporações podem invocar direitos fundamentais, desde que observados limites legítimos e proporcionais. Embora fundada em valores respeitáveis, como a separação de poderes e o federalismo, seu efeito prático é criar zonas de não proteção e blindar atores privados contra qualquer controle constitucional, o que se mostra particularmente problemático em relações laborais e comerciais transnacionais. Por isso, ainda que relevante em seu contexto histórico, a *state action* deve ser preterida, permitindo um modelo em que direitos fundamentais sejam sempre ponderados, e não excluídos de forma absoluta.

Rechaça-se, outrossim, a adoção da teoria da eficácia imediata dos Direitos Fundamentais. A razão é clara: permitir a aplicação direta e irrestrita das normas constitucionais nas relações privadas conduz a um grau excessivo de subjetividade judicial, pois transfere ao intérprete o poder de definir, sem mediação ou parâmetro normativo claro, o alcance de direitos fundamentais abstratos. Essa dinâmica fragiliza a segurança jurídica e, sobretudo, a legitimidade democrática, na medida em que reduz o papel do legislador, órgão legitimamente eleito pelo povo, cuja função é estabelecer balizas e critérios normativos para a proteção equilibrada dos direitos.

A solução tampouco se encontra na teoria da eficácia mediata. Embora mais cautelosa, ela acaba por diluir os direitos fundamentais ao condicioná-los sempre à atuação legislativa, o que pode gerar espaços de omissão e desproteção. Em contextos de forte assimetria de poder — como nas relações laborais, consumeristas e, em especial, nas interações com empresas transnacionais — essa mediação pode ser insuficiente para tutelar de modo efetivo a dignidade da pessoa humana, núcleo axiológico do Estado Constitucional.

É justamente nesse ponto que a teoria dos deveres de proteção apresenta-se como a alternativa mais consistente. Por ela, reconhece-se que o Estado não apenas deve abster-se de violar direitos fundamentais (dimensão negativa), mas também tem o dever positivo de proteger os indivíduos contra lesões advindas de terceiros privados, inclusive grandes corporações que concentram poder econômico e social. Nessa perspectiva, não se atribui ao juiz um poder ilimitado de aplicação direta da Constituição, tampouco se reduz a eficácia dos direitos fundamentais à passividade legislativa: exige-se que o Estado, em todas as suas funções — legislativa, executiva e jurisdicional —, atue para assegurar uma proteção efetiva e equilibrada dos direitos.

Essa concepção permite construir um *iter procedendi* que valoriza simultaneamente a força normativa da Constituição e a legitimidade democrática, mas sem abrir mão da tutela concreta da dignidade humana nas relações privadas. Os deveres de proteção conferem densidade normativa aos direitos fundamentais e vinculam os poderes públicos, inclusive o Judiciário, a adotarem medidas que inibam abusos e assegurem a coexistência equilibrada de direitos em conflito.

É fundamental frisar que as empresas transnacionais não podem encarar os direitos fundamentais como entraves ou inimigos. Pelo contrário, devem compreendê-los como fundamentos indispensáveis de sua própria legitimidade social e jurídica. No cenário globalizado, em que tais empresas exercem influência capaz de afetar a vida de milhões de pessoas, a observância dos direitos fundamentais é condição de estabilidade, de confiança institucional e de sustentabilidade.

Na terceira etapa metodológica do *iter procedendi* desta pesquisa firmamos a opção pela concepção ampla mitigada da previsão normativa no que tange ao âmbito de proteção do direito fundamental em detrimento tanto da teoria do suporte fático restrito quanto da teoria do suporte fático amplo. A teoria restritiva, ao pretender desde logo excluir do âmbito de proteção condutas “não essenciais” ou “substituíveis”, cristaliza um âmbito estreito que tende a reduzir a adaptabilidade dos Direitos Fundamentais às novas realidades, preservando apenas o tradicional e o típico, ao mesmo tempo em que desprotege formas contemporâneas de exercício de liberdades. Esse modelo confunde delimitação com restrição, permitindo que simples regulações operem, na prática, como afetações de conteúdo, além de recorrer de forma excessiva à interpretação histórico-sistêmática, o que pode engessar a leitura constitucional diante da evolução social e tecnológica. O resultado é um mecanismo

que oculta conflitos reais sob a aparência de delimitação e empobrece o controle argumentativo das intervenções.

Por sua vez, a concepção ampliativa, ao incluir *prima facie* praticamente toda conduta no âmbito de proteção e remeter a decisão definitiva ao momento da intervenção, conduz a uma hiperconstitucionalização dos conflitos, com risco de paralisia regulatória, expansão descontrolada das colisões e acionamento indiscriminado dos “limites aos limites”. Essa concepção também provoca sobrecarga do Judiciário, especialmente da jurisdição constitucional, e apresenta fragilidade metodológica por não distinguir claramente entre o plano primário da delimitação e o plano dos limites, deixando quase tudo sujeito à ponderação casuística. O efeito é a perda de previsibilidade e de segurança jurídica, comprometendo a racionalidade do sistema.

Em contraste, a proposta intermediária de Reis Novais mostra-se mais consistente por mitigar os excessos de ambos os polos e oferecer critérios operacionais para a delimitação prévia do âmbito de proteção, sem antecipar juízos de restrição. Sua lógica parte da inclusão inicial controlada, admitindo *prima facie* os casos dúbios no âmbito protegido e preservando transparência quanto à existência de um bem jusfundamental em jogo. Apenas comportamentos evidentemente incompatíveis com as exigências mínimas de uma vida em comunidade, em especial os ilícitos penais qualificados, são de antemão excluídos. Outras hipóteses permanecem incluídas até que o legislador, a Administração ou os Tribunais cumpram o ônus argumentativo de demonstrar, de modo público e racional, a necessidade de exclusão (*defining out*). Essa concepção mantém nítida a bipartição metodológica entre o plano primário da previsão normativa — que define o conteúdo protegido — e o plano dos limites — que trata das restrições —, impedindo que a técnica de limitação substitua a tarefa dogmática de definir o núcleo do direito. Ao mesmo tempo, preserva o equilíbrio institucional, evitando tanto a subproteção típica dos modelos estritos quanto a hiperproteção difusa dos modelos amplos, reduzindo colisões artificiais e assegurando espaço de conformação democrática acompanhado de controle jurídico efetivo.

No desenho procedural desta tese, a adoção da concepção intermediária integra-se como etapa necessária e anterior a qualquer juízo de limitação. Nesse ponto do *iter procedendi* deve, portanto, compreender: inicialmente, a delimitação do âmbito de proteção por meio da concepção intermediária, que identifica o bem

tutelado e inclui *prima facie* as situações que não sejam inequivocamente incompatíveis com a ordem constitucional; em seguida, a atribuição aos poderes públicos do ônus de justificar eventual exclusão adicional, com fundamentação densa e verificável.

Dessa forma, a concepção ampla mitigada da previsão normativa compatibiliza densidade normativa e racionalidade institucional, assegurando que o âmbito de proteção não seja comprimido artificialmente, que sua expansão não se converta em hipertrofia e que o processo decisório permaneça transparente, sequencial e controlável. Por isso, integra, como passo estruturante do *iter procedendi* desta tese, a metodologia de definição e tutela dos Direitos Fundamentais em contextos de conflito, oferecendo base dogmática mais equilibrada para decisões constitucionalmente adequadas.

No quarto estágio do *iter procedendi* proposto nesta tese, impõe-se a adoção de uma metodologia que assegure a máxima efetividade dos direitos fundamentais sem abrir margem ao decisionismo judicial. Nesse sentido, cabe afastar, de modo fundamentado, as três teorias clássicas da restringibilidade.

A teoria interna revela-se inadequada porque, ao considerar que os limites já estão imanentes na formulação normativa dos direitos, acaba por confundir delimitação com restrição. Essa concepção conduz à autolimitação prévia da Constituição, restringe indevidamente a incidência dos direitos fundamentais, fragiliza o controle de constitucionalidade e não oferece soluções eficazes para os conflitos concretos.

A teoria externa, embora mais consistente por distinguir entre âmbito de proteção e restrições, mostra-se insuficiente. Apesar de valer-se de instrumentos como a proporcionalidade e a reserva legal, não fornece critérios operativos suficientemente claros para tratar das situações fronteiriças, deixando espaços que podem ser preenchidos pela arbitrariedade judicial.

A teoria dos princípios, tal como estruturada por Alexy, tampouco pode ser adotada. Ao partir do suporte fático amplo, transfere o peso decisório para a etapa da ponderação, conduzindo à hiperconstitucionalização dos conflitos e fragilizando a segurança jurídica. Essa formulação amplia em excesso a discricionariedade judicial, permitindo que decisões sejam tomadas sem critérios intersubjetivamente controláveis.

Diante dessas insuficiências, a presente pesquisa adota a concepção intermediária de Jorge Reis Novais, que parte da teoria externa, mas lhe acrescenta uma cláusula geral imanente de ponderação. Nessa perspectiva, o âmbito de proteção é inicialmente amplo, abarcando todas as situações não manifestamente incompatíveis com a ordem constitucional, excetuando apenas ilícitos penais graves e condutas contrárias às exigências mínimas de vida em comunidade. O aspecto metodológico decisivo está no fato de que, sempre que o Poder Público, e em especial o juiz, pretender restringir um direito fundamental, recairá sobre ele o ônus da argumentação constitucional densa, transparente e intersubjetivamente controlável.

Essa solução assegura a máxima efetividade dos direitos fundamentais e, ao mesmo tempo, combate diretamente o decisionismo. Com isso, garante-se que nenhuma restrição seja imposta sem fundamentação constitucional adequada, respeitando-se o núcleo essencial dos direitos e reforçando a força normativa da Constituição.

Em conclusão, ao adotar a citada teoria como etapa final do *iter procedendi*, esta tese afirma que a efetividade dos direitos fundamentais só se compatibiliza com a racionalidade constitucional quando cada restrição for acompanhada de uma fundamentação densa, pública e controlável. Afasta-se, assim, o risco do decisionismo, ao mesmo tempo em que se reforça a força normativa da Constituição como instrumento de contenção do poder estatal e de preservação da esfera jurídica das empresas transnacionais, frequentemente alvos de restrições ilegítimas. Esse modelo metodológico, além de oferecer respostas mais justas e equilibradas aos *hard cases*, projeta um caminho seguro para o futuro do constitucionalismo, no qual a proteção dos direitos fundamentais deixa de ser um espaço de escolhas arbitrárias e passa a ser resultado de um processo argumentativo transparente, racional e comprometido com a unidade da Constituição.

Ao incorporar esse *iter procedendi* como ferramenta de resolução, propõe-se uma resposta estruturada, capaz de reduzir a margem de discricionariedade judicial e de proporcionar segurança jurídica, sem abrir mão da tutela efetiva dos direitos fundamentais em jogo. Trata-se, portanto, de um instrumento de equilíbrio constitucional, apto a guiar magistrados, advogados e formuladores de políticas públicas na gestão desses conflitos complexos.

Assim, o *iter procedendi* funcionaria como roteiro metodológico que, se tivesse sido aplicado, teria conduzido a soluções mais equilibradas e menos arbitrárias, respeitando os interesses de trabalhadores, empresas e coletividade.

A análise empírica dos casos Embraer e Ford revela como a aplicação do *iter procedendi* proposto teria conduzido a soluções mais equilibradas e constitucionais.

No primeiro estágio, reconhecer-se-ia que também as empresas transnacionais são destinatárias de direitos fundamentais, o que impediria a absolutização da liberdade de gestão econômica em detrimento do direito ao trabalho.

No segundo estágio, a adoção da teoria dos deveres de proteção obrigaria o Judiciário a tutelar de forma simultânea a liberdade de iniciativa empresarial e a proteção ao emprego, sem sacrificar um polo em favor do outro. O Judiciário se comportou mais próximo de uma eficácia direta e imediata em favor do trabalhador, sem uma mediação protetiva equilibrada. Isso levou a uma tutela unilateral, ignorando o dever de proteção simétrica também em relação à empresa.

No terceiro estágio, ao optar pela teoria do suporte fático amplo mitigado, afastar-se-iam tanto a rigidez da teoria do suporte fático restrito, que excluiria a análise de certas condutas, quanto a hipertrofia da teoria do suporte fático amplo, que admitiria a inclusão ilimitada de situações no âmbito de proteção. No caso Embraer, o Judiciário trabalhista atuou como se adotasse a teoria do suporte fático restrito, negando proteção à liberdade de gestão empresarial sob o argumento de que a dispensa coletiva não estava disciplinada em lei. No caso FORD, o Judiciário aplicou um raciocínio próximo à teoria do suporte fático amplo, expandindo o âmbito de proteção dos trabalhadores de forma ilimitada (tudo protegido *prima facie*) e, em seguida, restringindo a liberdade empresarial pela via da ponderação casuística.

Finalmente, no quarto estágio, a adoção da teoria da restringibilidade de Jorge Reis Novais imporia aos julgadores o ônus de fundamentar de forma densa e intersubjetivamente controlável qualquer restrição imposta, evitando soluções decisionistas que, como se verificou, criaram requisitos *contra legem* e fragilizaram a segurança jurídica.

Dessa forma, se o *iter procedendi* aqui construído tivesse sido aplicado, os julgamentos da Embraer e da Ford teriam resultado em decisões mais consistentes, equilibradas e harmônicas com a unidade da Constituição. As decisões restringiram os direitos fundamentais das empresas ao desconsiderarem o princípio da boa-fé objetiva, presumindo má-fé nas demissões realizadas. Ademais, mostraram-se desnecessárias e desproporcionais, pois ignoraram meios menos gravosos de intervenção e qualificaram como abusivas demissões legítimas. Assim, ultrapassaram os limites constitucionais da proporcionalidade, oneraram indevidamente as empresas e instauraram um perigoso precedente de insegurança jurídica.

A Justiça do Trabalho extrapolou sua função constitucional e assumiu, de forma indireta, um papel quase legislativo. Os julgados focaram apenas nos trabalhadores, como se os direitos fundamentais fossem monopólio deles, deixando em segundo plano a esfera protetiva das empresas. No caso Embraer, ao ignorar que também a empresa transnacional é destinatária de direitos fundamentais, absolutizou-se a proteção ao emprego em detrimento da liberdade de gestão, sem a devida harmonização. No caso Ford, a exigência judicial de negociação coletiva prévia às dispensas — embora socialmente desejável — foi criada *contra legem*, sem o necessário respaldo constitucional, configurando uma ingerência normativa incompatível com a separação de poderes. Se tivesse sido aplicado o *iter procedendi* aqui proposto, o resultado seria diverso: o primeiro estágio teria reconhecido a dupla titularidade dos direitos fundamentais; o segundo, pela teoria dos deveres de proteção, teria imposto a tutela simultânea de empregos e da liberdade empresarial; o terceiro, pela previsão normativa ampla mitigada, teria evitado tanto a exclusão rígida da teoria do suporte fático restrito quanto a expansão ilimitada da teoria do suporte fático amplo; e o quarto, com a teoria da restrição de Jorge Reis Novais, teria imposto ao julgador o ônus de uma fundamentação constitucionalmente densa, capaz de legitimar restrições e afastar soluções arbitrárias.

Em ambas as situações, verificaram-se restrições severas aos direitos fundamentais das empresas transnacionais, sem que houvesse a correspondente fundamentação densa e constitucionalmente ancorada capaz de legitimar tais medidas. No caso Embraer, a liberdade de gestão foi desconsiderada sem que houvesse ônus argumentativo consistente, resultando em decisão ancorada em

meros juízos de conveniência, sob o argumento formalista da ausência de disciplina legal da dispensa coletiva, em uma postura que, na prática, negou reconhecimento à titularidade de direitos fundamentais pela própria empresa. Já no caso Ford, o Judiciário criou, *contra legem*, a exigência de negociação coletiva como condição de validade das dispensas em massa, impondo limitação inédita à liberdade de iniciativa e à autonomia privada empresarial, sem qualquer suporte normativo explícito, configurando um típico exemplo de decisionismo judicial. Esses caminhos, quando lidos à luz do *iter procedendi*, demonstram a adoção implícita de modelos já superados: de um lado, a rigidez da teoria interna; de outro, a hipertrofia da teoria dos princípios de Alexy. Em ambos, faltou o ponto de equilíbrio metodológico, que apenas a teoria da restringibilidade de Jorge Reis Novais poderia oferecer. É precisamente neste quarto e último estágio do percurso metodológico que se encontra o antídoto contra o decisionismo judicial: sempre que o juiz pretender restringir um direito fundamental, sobretudo em relações que envolvem empresas transnacionais, deve assumir o ônus argumentativo de demonstrar, de forma racional, proporcional e intersubjetivamente controlável, a constitucionalidade de sua decisão. Ao não fazê-lo, a Justiça do Trabalho incorreu em um olhar míope, que, ao proteger o trabalhador individualmente, terminou por comprometer a segurança jurídica, a preservação de empregos e a função social da própria empresa, prejudicando, em última análise, todos os *stakeholders* envolvidos. A contribuição deste trabalho, portanto, reside em oferecer ao julgador um roteiro metodológico seguro — o *iter procedendi* — capaz de afastar soluções intuitivas ou arbitrárias e de assegurar que, em casos de colisão entre direitos fundamentais, as restrições impostas se mantenham dentro dos limites da Constituição e da rationalidade democrática. É esta a exigência mínima de uma jurisdição comprometida não apenas com o presente de cada trabalhador, mas com o futuro de todos os que dependem da vitalidade econômica e institucional das empresas transnacionais em uma ordem globalizada.

Portanto, se o *iter procedendi* aqui defendido tivesse sido rigorosamente observado, as decisões paradigmáticas da Embraer e da Ford não teriam conduzido a restrições ilegítimas dos direitos fundamentais das empresas transnacionais. No primeiro caso, a dispensa coletiva teria sido reconhecida como manifestação legítima da liberdade de gestão empresarial, direito fundamental

constitucionalmente assegurado, limitada apenas pelos deveres já previstos em lei e convenções coletivas, e não por exigências criadas *ad hoc* pelo Judiciário. No segundo, o encerramento das fábricas teria sido admitido como exercício regular da liberdade de iniciativa e planejamento empresarial, sem a imposição, *contra legem*, da negociação coletiva prévia como requisito de validade, bastando o cumprimento integral das normas trabalhistas e coletivas vigentes. Em ambos os casos, a adoção do *iter procedendi* — partindo do reconhecimento da titularidade de direitos fundamentais pelas empresas transnacionais, passando pela escolha da teoria dos deveres de proteção, pela adoção da previsão normativa ampla mitigada e culminando com a teoria da restringibilidade de Jorge Reis Novais — teria garantido soluções equilibradas, densamente fundamentadas e constitucionalmente legítimas. Mais do que assegurar a proteção dos trabalhadores, teria evitado o decisionismo judicial e preservado a segurança jurídica, demonstrando que a efetividade dos direitos fundamentais somente se realiza quando aplicada de modo racional, científico e simétrico, sem transformar as empresas em inimigas da Constituição, mas sim em sujeitos indispensáveis à concretização do próprio Estado de Direito.

REFERÊNCIAS

- ABRANTES, José João Nunes. **A vinculação das entidades privadas aos direitos fundamentais.** Lisboa: Associação Acadêmica da Faculdade de Direito de Lisboa, 1990.
- ABRANTES. José João Nunes. **Contrat de Travail et droits fondamentaux:** contribuition à une dogmatique commune européenne, avec référence spéciale au droit allemand et au droit portugais. Peter Lang: Frankfurt am Main, 2000.
- ACEMOGLU, Daron; ROBINSON, James A. **Porque as nações fracassam:** as origens do poder, da prosperidade e da pobreza. Tradução de Cristiana Serra. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.
- ALEMANHA BAG (**Bundesarbeitsgericht – Tribunal Federal do Trabalho**) 1, 185. Disponível em: <http://www.bundesarbeitsgericht.de/>. Acesso em: 11 fev. 2024.
- ALEMANHA. **Lei Fundamental da República Federal da Alemanha**, de 23 de maio de 1949. Principal instrumento normativo da Alemanha. Berlim, 2011. Disponível em: <https://www.btgbestellservice.de/pdf/80208000.pdf>. Acesso em: 28 set. 2016.
- ALEXANDRINO, José de Melo. **O discurso dos direitos.** Coimbra: Coimbra, 2011b.
- ALEXANDRINO, José de Melo. **O discurso dos direitos.** Coimbra: Coimbra, 2011a.
- ALEXANDRINO, José Melo. **Direitos Fundamentais.** Introdução geral. 2. ed., Cascais: Princípia, 2011.
- ALEY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais.** Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.
- ALEY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais.** Tradução de Virgílio Afonso da Silva da 5. ed. alemã. São Paulo: Malheiros, 2008b.
- AMARAL, Francisco. **Direito civil:** introdução. Rio de Janeiro: Renovar, 2014.
- AMARAL, Francisco. **Direito civil:** introdução. Rio de Janeiro: Renovar, 2014.
- ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976.** 4. ed. Coimbra: Almedina, 2009.
- ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976.** Coimbra: Almedina, 2004.
- ARAUJO, Ruy Belém de; SANTOS, Lourival Santana. **Temas de história econômica.** São Cristóvão: Universidade Federal de Sergipe CESADD, 2011.

ARGUELHES, Diego Werneck; LEAL, Fernando. O argumento das capacidades institucionais entre a banalidade, a redundância e o absurdo. *Direito, Estado e Sociedade*, n. 38, pp. 6-50, jan/jun, 2011.

ASCARELLI, Tullio. Origem do direito comercial. **Revista de Direito Mercantil Econômico, Industrial e Financeiro**, São Paulo, v.35, n.103, p.87-100, jul./set. 1996.

ASQUINI, Alberto. Perfis da empresa. Tradução de Fabio Konder Comparato. **Revista de Direito Mercantil, Industrial Econômico e Financeiro**, São Paulo, v.35, n.104, p.109-126, out-dez, 1996.

ASQUINI, Alberto. Profili dell'impresa. **Rivista di Diritto Commerciale**, [s.l.], v.41, Parte I, 1943.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

BAMBIRRA, Felipe M. **O sistema universal de proteção dos direitos humanos e fundamentais**. 2014. 418f. Tese (Doutorado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2014.

BAPTISTA, Luís Olavo. **Empresa transnacional e direito**. São Paulo: Revista dos tribunais, 1987.

BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro (Pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo}. **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, v.1, n.2, p.9-44, set. 2001.

BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia**. 13. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2015

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

BOROWSKI, Martin. La restricción de los derechos fundamentales. **Revista Española de Derecho Constitucional**, Madrid, v.20, n.59, p.29-56, 2000.

BRASIL. (Constituição, 1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 2016. 496 p.

BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1990.

BRASIL. 2ª Vara do Trabalho de Taubaté. Ação Civil Pública Processo nº 0010097-70.2021.5.15.0102. Juíza titular: Andréia de Oliveira. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/wp-content/uploads/2023/09/0010097-7020215150102-ford-proibida.pdf>. Acesso em: 06 jun. 2024.

BRASIL. 3ª Vara do Trabalho de Camaçari. Tutela Cautelar Antecedente Processo nº 0000053-72.2021.5.05.0133. Juiz substituto: Leonardo de Moura Landulfo Jorge.

Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/00/0000053-7220215050133-ford-proibida.pdf>. Acesso em: 06 jun. 2024.

BRASIL. Conselho de Justiça Federal. **Enunciado nº 193**. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/372#:~:text=O%20exerc%C3%ADcio%20das%20atividades%20de,exclu%C3%A9do%20do%20conceito%20de%20empresa>. Acesso em: 20 jan. 2024.

BRASIL. Decreto-Lei nº 5.452 de 1º de maio de 1943. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm. Acesso em: 02 jun. 2024.

BRASIL. **Decreto-lei nº 5.452**, de 1º de maio de 1943. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm. Acesso em: 11 fev. 2024.

BRASIL. Lei n.º 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Diário Oficial da União**, Brasília, 11 de janeiro de 2002, p.1.

BRASIL. Lei n.º 11.101, de 9 de fevereiro de 2005. Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária. **Diário Oficial da União**, Brasília, 9 fev. 2005.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, ano 139, n. 8, p. 1-74, 11 jan. 2002.

BRASIL. Lei nº 13.467 de 13 de Julho de 2017. Altera a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, e as Leis nº 6.019, de 3 de janeiro de 1974, 8.036, de 11 de maio de 1990, e 8.212, de 24 de julho de 1991, a fim de adequar a legislação às novas relações de trabalho. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-2018/2017/lei/l13467.htm. Acesso em: 03 jul. 2024.

BRASIL. **Lei nº 8.078**, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078compilado.htm. Acesso em: 11 fev. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 201819**. Relatora: Min. Ellen Grace. 11 nov. 2005. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=388784>. Acesso: 12 fev. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tema 638: Necessidade de negociação coletiva para a dispensa em massa de trabalhadores. Leading case: 999435. Relator: Min. Marco Aurélio. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=5059065&numeroProcesso=999435&classeProcesso=RE&numeroTema=638>. Acesso em: 02 jun. 2024.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho 15ª Região. Processo nº 00309-2009-000-15-00-4. Relator: Desembargador José Antonio Pancotti. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/tst/5353045>. Acesso em: 06 jun. 2024.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Processo nº TST-RODC-309/2009-000-15-00-4. Relator: Mauricio Godinho Delgado. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/tst/5353045/inteiro-teor-11683664>. Acesso em: 06 jun. 2024.

BULGARELLI, Waldirio. **Tratado de direito empresarial**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 1997.

CALVET, Otávio Amaral. **A estabilidade da gestante doméstica: reintegração forçada?** 2006. Disponível em: <http://www.nucleotrabalhistacalvet.com.br/artigos/>. Acesso em: 12 nov 2023.

CAMPOBASSO, Gian Franco. **Diritto Commerciale**: Diritto dell'impresa. 3. ed. Torino: UTET, 1997.

CANARIS, Claus-Wilhelm. **Direitos fundamentais e direito privado**. Coimbra: Almedina, 2006.

CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. **Constituição da República Portuguesa anotada**. 4. ed. Coimbra: Coimbra, 2007.

CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7.ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CAVUSGIL, S. Tamer; KNIGHT, Gary; RIESENBERG, John R. **Negócios Internacionais**: estratégia, gestão e novas realidades. São Paulo: Pearson Prentice, 2010.

CEREZETTI, Sheila Christina Neder. **A recuperação judicial de sociedade por ações**. São Paulo: Malheiros, 2012.

CHEREDNYCHENKO, Olha O. Fundamental rights and private law: A relationship of subordination or complementarity? **Utrecht Law Review**, [s.l.], v.3, n.2, p.1-25, 2007.

CHEREMINKSY, Erwin. Rethinking state action. **Northwestern University Law Review**. Chicago, v. 80, n.3, p. 553-554, 1985.

CHIUSI, Tiziana. A dimensão abrangente do Direito Privado romano: observações sistemático-teóricas sobre uma ordem jurídica que não conhecia "Direitos Fundamentais". In: MONTEIRO; António Pinto; NEUNER; Jörg; SARLET; Wolfgang (Orgs). **Direitos Fundamentais e Direito Privado**: uma perspectiva de direito comparado. Coimbra: Almedina, 2007.

COELHO, Fábio Ulhoa. Dignidade da pessoa humana na economia globalizada. In: MIRANDA, Jorge; SILVA, Marco Antônio Marques (Coord.). **Tratado Iuso-brasileiro da Dignidade Humana**. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Manual de direito comercial**. 14. ed. São Paulo: Saraiva,

2003.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Tratado de direito comercial vol. 1:** introdução ao direito comercial e teoria geral das sociedades. São Paulo: Saraiva, 2015.

CORDEIRO, António Menezes. **Tratado de direito civil português.** Tomo I. Coimbra: Almedina, 1999.

DAHL, Robert. **A democracia e seus críticos.** Tradução de Patrícia de Freitas Ribeiro. São Paulo: WMF, 2012.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do estado.** 16. ed. São Paulo: Saraiva, 1991.

DECLARAÇÃO DOS DIREITOS DO HOMEM E DO CIDADÃO, 1789. Universidade de São Paulo: Biblioteca Virtual de Direitos Humanos, 2015. Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-anteriores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/declaracao-de-direitos-do-homem-e-do-cidadao-1789.html>. Acesso em: 13 dez. 2023.

DIAS, Rosa Maria Pellegrini Baptista. **A responsabilidade internacional das empresas transnacionais por ofensas aos Direitos Humanos.** 2009, 159f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Programa de Pós-Graduação, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2009.

DICKEN, Peter. **Mudança global:** mapeando as novas fronteiras da economia mundial. Tradução de Teresa Cristina Felix Sousa. 5.ed. Porto Alegre: Bookman, 2010.

DWORKIN, Ronald. **Sovereign Virtue:** The Theory and Practice of Equality. Cambridge: Harvard University Press, 2000.

ESTADOS UNIDOS. Constituição (1787). **Constituição dos Estados Unidos da América.** Disponível em: <https://constitution.congress.gov/constitution/amendment-13/#:~:text=Neither%20slavery%20nor%20involuntary%20servitude,place%20subject%20to%20their%20jurisdiction>. Acesso em: 10 fev. 2024.

ESTORNINHO, Maria João. **A fuga para o Direito Privado:** contributo para o estudo da actividade de direito privado da administração pública. 2009. 407f.. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Faculdade de Lisboa, Lisboa, 1962.

FÉRES, Marcelo Andrade. Empresa e empresário: do Código Civil italiano ao novo Código Civil brasileiro. In: VIANA, Frederico Rodrigues (coord.). **Direito de empresa no novo Código Civil.** Rio de Janeiro: Forense, 2004.

FERNANDEZ, João Alberto da Costa Ganzo. A caracterização da atividade empresária: identificação dos elementos de empresa sob a ótica sistêmica. **Revista da ESMEC**, [s.l.], v.17, n.23, p.259-283, 2010.

FERRAJOLI, Luigi. **Diritto e ragione**: teoria del garantismo penale. Roma: Laterza, 1997.

FERRAJOLI, Luigi. O Direito como sistema de garantias. In: OLIVEIRA JÚNIOR, José Alcebíades (Org.). **O novo em direito e política**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

FRAGOSO, Andréa Barroso Silva de. A norma da proporcionalidade: algumas controvérsias doutrinárias. In: DUARTE, David; SARLET, Ingo; BRANDÃO, Paulo de Tarso (Orgs.). **Ponderação e proporcionalidade no Estado Constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013, p. 261-306.

FREITAS, Luiz Fernando Calil de. **Direitos fundamentais**: limites e restrições. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

FRIEDMAN, Milton. Capitalismo e liberdade. São Paulo: LTC, 2014.

FRIEDMAN, Thomas L. **O mundo é plano**: uma breve história do século XXI. Tradução de Cristiana Serra, S. Duarte e Bruno Casotti. 2.ed. Rio de Janeiro: Objetiva, 2007.

GARRIGUES, Joaquín. **Curso de derecho mercantil**. 7. ed. Bogotá: Temis, 1987.

GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes; MELLO, Patrícia Perrone Campos. A titularidade dos direitos fundamentais por parte de pessoas jurídicas. A empresa como agente de efetivação dos direitos sociais: notas introdutórias ao direito empresarial constitucional. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, v.6, n.3, p.99-119, 2016.

GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes; MELLO, Patrícia Perrone Campos. A titularidade dos direitos fundamentais por parte de pessoas jurídicas. A empresa como agente de efetivação dos direitos sociais: notas introdutórias ao direito empresarial constitucional. Rev. Bras. Polít. Públicas (Online), Brasília, v. 6, nº 3, 2016, p. 99-119. GUERRERO, Manuel Medina. **La Vinculacion Negativa Del Legislador a Los Derechos Fundamentales**. Madrid: McGraw, 1996.

GUITTON, Henri. **Economia política**. Tradução de Oscar Dias Corrêa. 2.ed. Rio de Janeiro: Fundo de Cultura, 1961.

HABERMAS, Jünger. **The Structural Transformation of the Public Sphere**: An Inquiry into a Category of Bourgeois Society. Cambridge: The MIT Press, 1991.

HÄRBELE, Peter. **La Libertad Fundamental en el Estado Constitucional**. San Miguel: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1997.

HENTZ, Luiz Antônio Soares. A teoria da empresa no novo direito de empresa. **Jus Navigandi**, Teresina, a. 6, n. 58, ago. 2002.

HESSE, Konrad. **Temas fundamentais de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2009.

HOBBES, Thomas. **Leviatã**: matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e

civil. Tradução de João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. 3. ed. São Paulo: AbrilCultural, 1983.

HOBBSAWN, Eric. **Sobre história**. Tradução de Cid Knipel Moreira. São Paulo: Companhia das Letras, 1998.

IANNI, Otávio. **Teorias da globalização**. 13.ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2007.

KELSEN, Hans. **General Theory of Law and State**. Cambridge: Harvard University Press, 1945.

LAFER, Celso. **A reconstrução dos Direitos Humanos**: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt. São Paulo: Companhia das Letras, 1998.

LEAL, Rogério Gesta. **Perspectivas hermenêuticas dos direitos humanos e fundamentais como elementos operativos-constitucionais do Estado Democrático de Direito no Brasil**, 2000, 315f. Tese (Doutorado em Direito) - Centro de Ciências Jurídicas, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2000.

LOPES FILHO, J. M.; CIDRÃO, T. V. A (in)constitucionalidade da vaquejada: desacordos, integridade e backlash. Rev. Direito Econ. Socioambiental, Curitiba, v. 9, n.3, p. 119-160, set./dez. 2018.

LOPES, Ana Frazão de Azevedo. **Empresa e propriedade**: função social e abuso de poder econômico. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

LOPES, Ana Frazão de Azevedo. Empresa e propriedade: função social e abuso de poder econômico. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

LOPES, Raphaela de Araújo Lima. A responsabilização de empresas transnacionais por violações a direitos humanos sob a perspectiva do direito internacional. In: Encontro Nacional do CONPEDI. 23,2014. **Anais** [...]. Florianópolis: CONPEDI/UFSC, 2014.

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

MAMEDE, Gladston. **Falência e recuperação de empresas**. 13. ed. Barueri: Atlas, 2022.

MARDEN, Carlos; CIDRÃO, Taís Vasconcelos. Direitos humanos, pluralismo e autoritarismo no Estado Democrático de Direito. **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica**. Belo Horizonte, v.16, n.23, p.191-209, jan/jun, 2018.

MARDEN, Carlos. Democracia sitiada. In: MORAIS, José Luís Bolzan de; SARAIVA, Bruno Cozza (Orgs.). **Estado e Constituição**. Florianópolis: Empório do Direito, 2016.

MARQUES JÚNIOR, William Paiva. Expansão do Direito Internacional dos Direitos Humanos e a busca de sua proteção integral no texto constitucional de 1988. In: XIII Encontro Internacional do CONPEDI – Montevidéu: Direito Internacional I. Florianópolis: CONPEDI, 2024. p. 1-15.

MELLO FRANCO, Vera Helena. **Manual de direito comercial.** 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. I, 2004.

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

MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade:** estudos de Direito Constitucional. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2004.

MIRAGEM, Bruno Nubens Barbosa. Do direito comercial ao direito empresarial: formação histórica e tendências do direito brasileiro. **Revista de Direito Privado,** Londrina, v.5, n.17, p.71-98, jan./mar. 2004.

MIRANDA, Jorge. **Constituição Portuguesa Anotada**, tomo I. 2.ed. Coimbra: Coimbra, 2010.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional.** Tomo IV. 3. ed. Coimbra: Coimbra, 2000.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional.** Tomo IV. 5. ed., Coimbra: Coimbra, 2012.

MORAES, Alexandre de. Direito constitucional. 40. ed., rev., atual. e ampl. - Barueri [SP]: Atlas, 2024.

MORAIS, Heloisa Polizel de Oliveira. **O papel do ESG (ambiental, social e governança) nas empresas transnacionais e as implicações na responsabilização civil por acidente de trabalho.** 2023. 77f. (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade Nove de Julho, São Paulo, 2023.

MÜLLER, Friedrich. **Die Positivität der Grundrechte:** Fragen Einer praktischen rundrechtsdogmatik. Berlim: Duncker & Humblo, 1990.

NEGRÃO, Ricardo. **Preservação da empresa.** São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

NOVACK, George. **A lei do desenvolvimento desigual combinado da sociedade.** São Paulo: Dag. Gráfica e Editorial LTDA, 1988.

NOVAIS, Jorge Reis. **As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição.** Coimbra: Coimbra, 2003.

NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos fundamentais:** trunfos contra a maioria. Coimbra: Coimbra, 2006.

NOVAIS, Jorge Reis. Os princípios constitucionais estruturantes da República Portuguesa. Coimbra: Coimbra Editora, 2004.

NOVAIS, Jorge Reis. Os princípios constitucionais estruturantes da República Portuguesa. Coimbra: Coimbra Editora, 2004.

NUSDEO, Fábio. **Curso de economia:** introdução ao direito econômico. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

OLIVEIRA FILHO, Christiano Simões; REIS, Juliana Bergamini; BARBOSA, Flávio Constantino. Empresas Transnacionais e o Estado brasileiro: uma análise da relação entre o investimento direto externo e transformação da estrutura produtiva. **Fronteira: Revista de Iniciação Científica em Relações Internacionais**, [s.l.], .20, n.40, p.7-28, 2021.

PEREZ LUÑO, Antonio E. **Los Derechos Fundamentales**. Madrid: Tecnos, 2004.

PINTO COELHO, Saulo de Oliveira. Reconhecimento, experiência e historicidade: considerações para uma compreensão dos Direitos Humanos-Fundamentais como (in)variáveis principiológicas do direito nas sociedades democráticas contemporâneas. In: FARIA, José Fernando; SOBREIRA FILHO, Enoque; OLIVEIRA JUNIOR, Jose Alcebiades. **Atas do XXI Congresso Nacional de Direito**. Florianópolis: FUNJAB, 2012.

PORTUGAL. (Constituição, 1976). **Constituição da República Federativa Portuguesa**. Diário da República n.º 86/1976, Série I de 1976-04-10. Disponível em: <https://diariodarepublica.pt/dr/legislacao-consolidada/decreto-aprovacao-constituicao/1976-34520775-45799375>. Acesso em: 11 fev. 2024.

PUGLIESE, Adriana Valéria. Preservação da empresa. In: LEMOS, André Jorge; Calças, Manoel de Queiroz Pereira; LUCCA, Newton de; CUEVA, Ricardo Villas Bôas; MACIEL, Renata Mota (Orgs.). **Coletânea da atividade negocial**. São Paulo: Universidade Nove de Julho, UNINOVE, 2019. p.320-327.

RAWLS, John. **Political Liberalism**. New York: Columbia University Press, 1993.

REDING, Viviane; ZOLL, Andrezej. **Fundamental rights and private law a practical tool for judges**. Zoll. Editado por Christoph Busch e Hans Schulte-Nölke. Osnabrück: European Legal Studies Institute. University of Osnabrück. 2012.

REQUIÃO, Rubens. **Curso de direito comercial**. 25. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2003.

RIBAS, Joaquim. **Direito civil brasileiro**. Rio de Janeiro: Rio, 1977.

RIBAS, Joaquim. Direito civil brasileiro. Rio de Janeiro: Rio, 1977.

ROMEO, Antonino. **Diritto Commerciale**. Bresso: Tramontana, 1985.

ROTHENBURG, Walter Claudius. **Direitos fundamentais**. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

ROTHENBURG, Walter Claudius. Direitos fundamentais. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

ROTUNDA, Ronald D; NOWAK, John E. **Treatise on Constitutional Law: substance and procedure**. 2. ed. Minn: St. Paul, 1992.

SACRAMONE, Marcelo Barbosa. **Comentários à Lei de Recuperação de**

Empresas e Falência. 4. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2023.

SANTOS, Boaventura de Souza. **A gramática do tempo:** para uma nova cultura política. São Paulo: Cortez, 2006.

SANTOS, Boaventura de Souza. **Um discurso sobre as ciências.** 5.ed. São Paulo: Cortez. 2008.

SARLET, Ingo Wolfgang; CANOTILHO, J.J. Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; STRECK, Lenio Luiz; LEONCY, Léo Ferreira. **Comentários à Constituição do Brasil.** São Paulo: Saraiva, 2013.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais:** uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais:** uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

SARLET, Ingo. A influência dos direitos fundamentais no direito privado: o caso brasileiro. In: MONTEIRO; António Pinto, NEUNER; Jörg; SARLET; Wolfgang (Orgs.). **Direitos Fundamentais e Direito Privado:** uma perspectiva de direito comparado. Coimbra: Almedina, 2007. p.132-133.

SARLET, Ingo. Direitos fundamentais e direito privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais. In: SARLET, Ingo Wolfgang (orgs.). **Dimensões da dignidade:** ensaios de Filosofia do Direito e Direito Constitucional. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000. p.13-43.

SARMENTO, Daniel; GOMES, Fábio Rodrigues. A eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares: o caso das relações de trabalho. **Revista do Tribunal Superior do Trabalho**, Brasília, v.77, n.4, p.60-101, out./dez. 2011.

SARMENTO, Daniel. A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais no direito comparado e no Brasil. In: BARROSO, Luís Roberto (Org.). **A nova interpretação constitucional:** ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 193-284.

SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

SCHMITT, Carl. **Teoria de La Constitución.** Madrid: Alianza, 1982.

SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade.** Tradução de Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

SENA, Renata Martins. Direitos Garantias Fundamentais e Teoria dos Limites dos Limites. Disponível em: <http://blog.newtonpaiva.br/direito/wp-content/uploads/2012/08/PDF-D13-06.pdf>. Acesso em: 06 jul 2024.

SILVA, Vasco Pereira da. A vinculação das entidades privadas pelos direitos,

liberdades e garantias. **Revista de Direito e de Estudos Sociais**, Coimbra, v.2, n.2, p.256-258, abr-jun. 1987.

SILVA, Vasco Pereira da. Vinculação das entidades privadas pelos direitos, liberdades e garantias. **Revista de Direito Público**, São Paulo, v.20, n.82, p.41-52, abr./jun. 1987.

SILVA, Virgílio Afonso da. **A constitucionalização do direito:** os direitos fundamentais nas relações entre particulares. São Paulo: Malheiros, 2011.

SILVA, Virgílio Afonso da. **A constitucionalização do direito:** os direitos fundamentais nas relações entre particulares. São Paulo: Malheiros, 2005.

SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais:** conteúdo essencial, restrições e eficácia. São Paulo: Malheiros, 2009.

SOARES, José Luiz de Oliveira. Pelos princípios ou pelas regras: o caso Embraer e as disputas jurídicas na Justiça do Trabalho. **Política e Sociedade**, Volume 10 – N ° 18 – abril de 2011. Doi: doi:10.5007/2175-7984.2011v10n18p245.

SOUZA, Ruy de. **O direito das empresas:** atualização do direito comercial. Belo Horizonte: Bernardo Álvares, 1959.

STARCK, Christian. Derechos fundamentales y Derecho privado. **Revista Española de Derecho Constitucional**, Madrid, v.22, n.66, p. 65-89, set./dez. 2002.

STEINMETZ, Wilson. **A vinculação dos particulares a direitos fundamentais.** São Paulo: Malheiros, 2004.

TEIXEIRA, Alessandra Vanessa. **Sustentabilidade humanista e corporações transnacionais:** desafios da sociedade líquida. 2020, 254f. Tese (Doutorado em Ciências Jurídicas) - Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu*, Universidade do Vale do Itajaí, Itajaí/SC, 2020.

TOMAZETTE, Marlon. **Curso de direito empresarial:** teoria geral e direito societário. v. 1, 8. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

TRIBE, Laurence. **American Constitutional Law.** 2. ed. Mineola: The Foundation Press, 1988.

TUGENDHAT, Ernst. Die Kontroverse um die Menschenrechte. In: GOSEPATH, Lohmann. **Philosophie der Menschenrechte.** Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1998.

UBILLOS, Juan María Bilbao. **Los derechos fundamentales en la frontera entre lo público y lo privado.** Madrid: McGraw W-Hill Interamericana de España, 1997.

VENOSA, Sílvio de Salvo; RODRIGUES, Cláudia. **Código Civil interpretado.** 4. ed. São Paulo: Atlas, 2019.

VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. **Curso de direito comercial.** São Paulo: Malheiros, 2004.

VIEIRA, Flávia do Amaral. **Direito internacional em movimento:** mecanismos de responsabilização de empresas transnacionais por violações de direitos humanos, 2021, 240f. Tese (Doutorado em Direito) - Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal do Pará, Belém, 2021.