PODER DIRETIVO DO EMPREGADOR E EFICÁCIA HORIZONTAL DOS DIREITOS HUMANOS

Antonio Rodrigues de Freitas Jr.[[1]](#footnote-1)

 1. INTRODUÇÃO

 Não é exagero afirmar que a limitação jurídica do poder diretivo do empregador, bem como a disciplina das condições de eficácia das alterações contratuais, constituem os dois principais alicerces da proteção do trabalhador no exercício de sua autonomia negocial.

 Seja tratando o emprego como espécie de contrato, seja qualificando-o como de relação jurídica legalmente tutelada, a dinâmica do vínculo é sempre pautada pelos limites com que o sistema jurídico confere: 1) ao poder do empregador, e 2) ao direito de resistência do empregado.

 Isso se explica por um predicado que está na origem e na razão de ser do direito do trabalho: conferir limites a sujeitos que se vinculam por uma relação que o próprio sistema jurídico reconhece como essencialmente assimétrica. Relação entre dois sujeitos em que um deles tem legalmente reconhecido o poder de mando, e outro legalmente exigível o dever de obediência.

 Se no direito civil o primado da autonomia da vontade repousa na regra da igualdade formal dos contraentes, no direito do trabalho, diversamente, reconhece-se por lei a desigualdade entre os sujeitos como premissa e fundamento ético para o princípio da proteção. Esse importante corte distintivo justificou a autonomia dogmática e institucional do direito do trabalho ante o direito privado como um todo, e o direito civil em particular. E se dita autonomia não é idêntica para todos os países do Ocidente, é certamente uma nota predominante sobretudo entre os países de tradição romano-germânica.

 2. PODER DIRETIVO

 Sabe-se que vínculo de emprego típico é 1) oneroso, 2) pessoal para o prestador e 3) de regra não eventual ou contraído com expectativa de habitualidade.

 Sabe-se ainda que se trata de relação jurídica em que a prestação de trabalho é essencialmente 4) subordinada; vale dizer, realizada sob direção de outro que não o prestador.

 A subordinação constitui predicado tão nuclear e característico do vínculo de emprego, que lhe empresta até mesmo a qualificação: trabalho subordinado (expressão largamente empregada para designar o trabalho sob vínculo de emprego).

 O “outro”, sob cuja direção o trabalhador presta serviços, não é precisamente um sujeito tão pessoalmente individualizado como a pessoa física do trabalhador. A lei e a literatura jurídica chamam-no de empregador; mas não são poucos os sujeitos a ele equiparados. Há mesmo quem considere empregador único o conjunto de sujeitos, entre si ligados por um só poder de controle, ao que se costuma chamar de grupo econômico. O fato é que o sistema jurídico reconhece a esse inespecífico sujeito, a titularidade de um direito – ou como preferem alguns, de uma "potestade" (ou um poder-dever). A essa potestade convencionou-se chamar poder diretivo; e para realçar sua origem externa ante a pessoa do empregado, acrescendo a rubrica: poder diretivo do empregador.

 2.1. É certo que divergem os autores acerca da melhor localização topográfica (natureza jurídica) para o poder diretivo do empregador. Classifica-se melhor como espécie de direito subjetivo, direito potestativo, ou como direito-função (potestade)?

 Levando em conta os crescentes limites impostos ao seu exercício, seja por decorrência da expansão do direito do trabalho, seja especialmente por força da progressiva valorização da função social da propriedade, parece claro que se ainda não o é, cada vez mais e com maior rapidez próximo à figura da potestade.

 Ocupando-se de enaltecer a potestade como referência balizadora ao poder diretivo do empregador, numa elegante e apurada síntese, já se afirmou: “ao contrário do que sucede com o direito subjetivo, considerado *stricto sensu*, que visa sempre à satisfação do interesse egoísta do seu titular, o direito-função orienta-se no sentido de satisfazer interesse alheio, seja individual, como no caso do menor em regime de tutela, seja coletivo e supostamente superior, como no caso da família, da empresa, da fundação, da associação, do grupo profissional ou econômico” (Magano, 1982: 28).

 2.2. É frequente a literatura dogmática, voltada à figura do poder diretivo do empregador, apontar ao menos três diferentes projeções ou desdobramentos pelos quais se manifesta.

 Uma primeira, comumente designada poder de comando, de mando, ou de direção, que consiste na aptidão para dirigir a prestação de serviço, orientando-a e modificando-a (*jus variandi*) segundo os interesses presumidos do tomador.

 Claro não ser esse um poder absoluto. Limita-se, por mais não seja, pelo comando da lei e pelas condições contratuais, expressa ou tacitamente ajustadas no plano da autonomia da vontade junto ao empregado.

 A segunda e consequente projeção do poder diretivo reside na aptidão de supervisionar ou fiscalizar. Diz-se consequente porque é desdobramento natural do poder de mando aquele de aferir se o conteúdo da ordem foi obedecido. Também aqui um poder não ilimitado, com frequência encontrando limites nos direitos de personalidade do trabalhador (intimidade, privacidade, etc.).

 Por fim, quem manda e fiscaliza, exibe o decorrente poder de aplicar sanção; no exercício do que alguns autores preferem designar poder disciplinar. Voltaremos ao exame pormenorizado, de relevantes limitações ao poder disciplinar, no tópico final desta leitura. Por ora basta realçar que as mais gravosas sanções facultadas ao empregador – sempre susceptíveis de controle jurisdicional – consistem na suspensão disciplinar e, em caso extremo, na atribuição de falta grave o bastante para justa causa, e por este motivo, a despedida do empregado (dispensa disciplinarmente motivada).

 2.3. A expressão “poder diretivo” mostra-se atualmente consagrada na dogmática do direito do trabalho.

 Entretanto, para além de investigar sua natureza jurídica bem como suas diversas projeções, convém examinar com certo detalhe as características sistêmicas pelas quais o poder diretivo se opera e se protrai no curso do vínculo empregatício.

 O termo poder é sabidamente polissêmico, e não seria adequado preconizar o acerto ou a preferência absoluta por uma de suas acepções. Entretanto, o fenômeno a que se convencionou chamar de poder diretivo do empregador parece exibir predicados que melhor se expressariam sob o signo do que em Weber vem chamado de autoridade[[2]](#footnote-2).

Weber considera que a noção de poder, entendida como a “probabilidade de impor a própria vontade, dentro de uma relação social, mesmo contra toda resistência e sob qualquer fundamento”, um conceito “sociologicamente amorfo”. Ainda seguindo de perto as formulações de Weber, os ordenamentos válidos são aqueles nos quais, para além da regularidade do desenvolvimento da ação social, a transgressão não apenas importa sanção, como também o sentimento do descumprimento de um “dever”.

Nas associações está presente, como função da necessária existência de um quadro dirigente, a dominação, vale dizer: a probabilidade de obtenção de obediência. Obediência que, por sinal, pode descansar em diversos fundamentos: hábitos, vontade, interesses, etc. Será legítima, portanto, a dominação em que a obediência se opera, no plano probabilístico, pelo reconhecimento de que o conteúdo da autoridade do dirigente esteja radicado nas máximas em torno das quais está ordenado o vínculo associativo. Nessa perspectiva, obedece-se quando se reconhece legítima a ordem da autoridade, ainda que o sentido, emprestado ao mando, não seja compartilhado, sob o ângulo axiológico, por quem obedece.

Na síntese feliz de Kronman (2009, 60), " o marco de uma relação de autoridade é o fato de que ela evolve o exercício de poder justificado na visão da pessoa que está sendo dominada, pois ela reconhece a validade normativa do princípio a que a parte que exerce o poder recorre como justificativa para suas ações. (...) Embora a autoridade seja apenas uma forma de poder, ela é, segundo Weber, a sua a forma mais estável e duradoura".

Com isso procura-se sugerir não uma alternativa, no terreno da predileção terminológica, mas o olhar qualificado para algumas especificidades características do poder diretivo, e de sua contrapartida subordinação, como equivalente de obediência no âmbito das relações de trabalho.

Se estivermos certos aos identificar o chamado "poder diretivo" do empregador, como expressão característica de exercício de autoridade, teremos em algum momento que devotar atenção aos aspectos relacionados aos mecanismos de produção de suas condições de legitimidade. Em outros termos: atentar para o fato de que a ordem jurídico-trabalhista será tanto mais estável e eficaz, quanto mais seja apta a "gozar do prestígio de ser considerada vinculante" ou legítima.

Não há lugar aqui para explorar toda a variedade de consequências do que se afirmou relativamente, seja à natureza jurídica (potestade), seja à natureza sociológica (autoridade legitimada) do poder diretivo.

Para os propósitos desta leitura, terá sido suficiente tão somente enaltecer aspectos para os quais de regra a literatura dogmática tende a ser indiferente. Uma das importantes consequências que se podem extrair dessas afirmações consiste no reconhecimento de que a "autoridade diretiva" do empregador será melhor exercida à proporção em que se ocupe de ser exercida num quadro de legitimidade. Retornando a Kronman (2009, 61), " a verdadeira força das formas de dominação mais importantes e duradouras depende das idéias e crenças dos dirigidos, e é provável que isso soe estranho para qualquer pessoa que esteja acostumada a pensar sobre as idéias como sendo relativamente débeis e frágeis quando comparadas à realidade categórica da força física".

 3. EFICÁCIA HORIZONTAL DOS DIREITOS HUMANOS E RELAÇÕES DE TRABALHO

 Tem justificação histórica a asserção corrente de que o primeiro momento de afirmação dos direitos humanos fundamentais correspondeu ao imperativo de conferir ao ser humano – cidadão ou não – garantias e proteções que o preservassem dos excessos do Estado.

 Nesse sentido, portanto, não é demasiado admitir que os direitos humanos fundamentais nasceram, se não contra o Estado como entidade abstrata, ao menos seguramente como negação dos poderes absolutos do “Príncipe”; vale dizer: como limitação e contenção à ação daquele ou daqueles que se encontravam no exercício dos poderes coercitivos do Estado[[3]](#footnote-3).

 Já num estágio posterior, incorporaram-se, ao feixe dos assim chamados direitos humanos fundamentais, outras figuras que, por sua natureza menos constritiva, absenteísta e negativa (relativamente aos poderes do Estado), conferiam ao Estado o dever de ofertar prestação positiva[[4]](#footnote-4). Nessa segunda projeção dos direitos humanos fundamentais, caberia ao Estado não apenas abster-se de excessos lesivos ao patrimônio jurídico de seus súditos, como também, mediante ações promocionais e distributivas, assegurar-lhes um mínimo de proteção social apto a lhes preservar a dignidade humana.

 Há nesse exercício muitas variações, tanto terminológicas quanto mais claramente conceituais. Há, por exemplo, quem fale em garantias positivas de liberdade, procurando realçar um direito que nasceu contra o soberano absoluto, mas que, já num cenário de liberdades públicas, passou a impor, até mesmo ao próprio soberano, o dever de prover obrigações comissivas visando à sua garantia; em especial quando diante de liberdades toldadas pela desigualdade entre os particulares. Há também – e aqui se tenha apenas por mais um exemplo – quem fale em direitos de proteção. Não, propriamente, de proteção endereçada ao ser humano contra situações ou contingências econômicas e sociais, que lhe sejam capazes de comprometer a dignidade. Mas direitos de proteção caracterizados como aqueles que se destinam a obrigar o Estado a amparar os indivíduos ou os grupos sob seu poder soberano, que tenham suas liberdades ou direitos fundamentais ameaçados pela ação – atual ou potencial – de terceiros[[5]](#footnote-5).

 3.1. Com essas sintéticas digressões, objetiva-se apenas pôr em realce que, seja em sua acepção negativa, seja em sua projeção comissiva, promocional e, portanto, positiva, os direitos humanos fundamentais, em particular na segunda metade do século XX, teve o Estado como eixo de gravidade. Em outros termos: as autoridades públicas, seus agentes e os Poderes Públicos, são os destinatários imediatos do comando subjacente aos direitos humanos fundamentais. Por outro lado, os seres humanos sob seu poder soberano, reconhecidos como titulares de direitos “ante o Estado”. A esse figurino de predicação originária convencionou-se designar eficácia mediata ou vertical dos direitos fundamentais.

 Ora bem, denomina-se eficácia: 1) vertical, porque destinada à proteção do súdito diante do soberano – vale dizer, do ser humano diante do Estado; e 2) mediata, porque não endereçada à disciplina direta e imediata das relações jurídicas entre particulares, às quais o sistema jurídico reservara os veículos ordinários do direito privado e da jurisdição comum.

 A premissa desse modelo de reconhecimento dos direitos fundamentais, predominante no primeiro momento de sua afirmação - essencialmente liberal, diga-se de passagem – residiu na aceitação de que, uma vez removidos os obstáculos de natureza estatal (pública) oponíveis à liberdade e à igualdade entre particulares, não remanesceriam motivos para invocar a força normativa qualificada de direitos humanos fundamentais para interferir na relação entre atores privados. Para essa relação de natureza privada seria bastante a tutela ordinária conferida aos direitos em geral.

 Em outros termos: 1) o primeiro não-dito ideológico desse modelo consistiu no reconhecimento de que o sistema jurídico ordinário, de direito privado, seria suficiente para dar conta da disciplina das relações jurídicas entre sujeitos “formalmente iguais”, prescindindo da eficácia qualificada de direitos fundamentais e 2) o segundo "silêncio ideológico", não menos eloqüente, residiu na correspondente desqualificação das desigualdades e assimetrias, materiais e até formais, que presidem muitas das relações entre atores não estatais. E isso porque, como sustento, se o figurino liberal e individualista dos direitos humanos fundamentais foi capaz de reconhecer os riscos da dominação e do poder sujeito a limites, não o foi para conferir a devida importância aos ingredientes de poder e de dominação – na acepção weberiana – que engendram e perpassam as relações entre sujeitos não-estatais. Ainda em termos weberianos, se porventura levou em conta o Estado, ignorou outras espécies de “associações de interesse” no interior das quais relações de mando e de sujeição estão presentes.

 3.2. Mais recentemente, tem sido comum observar que esse modelo ortodoxo de eficácia dos direitos humanos fundamentais vem sofrendo crescentes temperos.

 O pano de fundo desse itinerário de mudança reside no progressivo reconhecimento de que, também no âmbito de relações entre sujeitos não-estatais, estão presentes diversas modalidades de exercício de poder que, para que seja exercido de forma legítima (sob controle), necessita observar, em muitos de seus traços, os limites e procedimentos que legitimam o exercício da autoridade pública. E assim não apenas naqueles casos em que se cuide de sujeitos delegatários de poderes originariamente radicados no Estado; mas inclusive quando se trate de titulares de um direito privado *tout court*.

 Esse é o caso de todo o chamado poder disciplinar que é exercitado no interior das entidades associativas (gremiais, sindicais ou corporativas), societárias, condominiais, e até mesmo no plano mercantil das concessões, das franquias, etc..

 Nem é preciso dizer muito para demonstrar ser esse também, tipicamente, o caso do poder disciplinar que o empregador exerce em relação à conduta do empregado.

 3.3. A questão nuclear do tópico desta leitura consiste em saber se o empregador tem o dever de observar, nos procedimentos disciplinares endereçados à aplicação de sanções aos empregados, os parâmetros da ampla defesa (tal como o Estado deve fazer quanto aos acusados no âmbito penal)? A garantia da ampla defesa, como se sabe, figura entre aqueles preceitos universalmente aceitos como direito humano fundamental do acusado?

 Respeitados os direitos infra-constitucionais porventura dispostos em lei, no estatuto social ou em convenção coletiva (conforme o caso), e, naturalmente, assegurada a possibilidade de posterior revisão judicial (quanto ao mérito da sanção aplicável), para a dogmática trabalhista convencional não haveria lugar para invocar a nulidade formal *in procedendo*, de sanções aplicadas sem observância do direito humano fundamental à ampla defesa.

 Ampla defesa, num cenário como esse, consistiria apenas em direito fundamental oponível à autoridade judiciária (quando por ocasião de eventual e futuro reexame jurisdicional); jamais ao empregador nem a qualquer outro ente não-estatal titularizado ao exercício de poder disciplinar.

 O reconhecimento de que a ampla defesa constitui direito humano fundamental, susceptível de produzir eficácia horizontal no âmbito da relação empregado – empregador, permite ir além dos limites convencionais da dogmática trabalhista.

4. AMPLA DEFESA E PODER DISCIPLINAR DO EMPREGADOR

 É bem verdade que o direito à ampla defesa, quando aplicável no âmbito de relações jurídicas entre particulares, não o será sem consideráveis atenuações de fundo e de forma.

 Assim, por exemplo, não é possível falar em direito 1) à defesa técnica pelo patrocínio de advogado (salvo quando disposição estatutária ou contratual assim o preveja)[[6]](#footnote-6); 2) à utilização de meios de prova desproporcionais à natureza e à gravidade do fato e da sanção; e 3) à observância de prazos, regras procedimentais, duplicidade de graus ou instâncias decisórias, formalidades e ritualização que, por analogia, sejam retiradas de outros estatutos processuais punitivos. E assim para que sejamos razoáveis e proporcionados à natureza da relação entre particulares – ainda que entre particulares que exibam assimetrias disciplinares chanceladas pelo sistema jurídico.

 Por outro lado, tudo parece indicar que se reconheça *prima facie*, a quem se atribui fato disciplinar, contratual ou estatutariamente punível, ou seja, ao trabalhador acusado: 1) o direito a ser informado do fato que se lhe é imputado; 2) de poder contrariar a imputação, no todo ou em parte, em sua materialidade e/ou autoria; 3) de empregar meios argumentativos e probatórios proporcionados à gravidade da imputação e 4) de não ser alvo de decisão disciplinar por pessoa a quem, direta e diretamente, a sanção aproveite, ou por quem quer que manifestamente mantenha, com o acusado, relação pessoal contaminada pela hostilidade ou pela desafeição.

 Enfim, trata-se de permitir que a sanção, ainda que aplicada no plano de relações privadas, respeite parâmetros de seriedade e de dignidade sem cuja observância a autoridade não estatal não seja desacreditada como protagonista de um simulacro ou de uma zombaria à pessoa do acusado. Em outros termos, a imposição de um parâmetro que legitime – sem o inviabilizar - o exercício do poder disciplinar como poder diretivo em sua dimensão de verdadeira potestade.

 E o mais importante, de um parâmetro ou *standard* que vai consideravelmente além da simples proibição do abuso de direito ou do enaltecimento da boa-fé objetiva.

 Algo próximo de preconizar que a expansão das conquistas democráticas, pelo respeito ao ser humano e a sua dignidade, não se contém pelo “muro” da empresa, do estatuto associativo ou da autonomia privada. Nem mesmo da autonomia privada coletiva, como no caso dos partidos políticos e dos sindicatos, em que os direitos fundamentais da minoria não podem ser menoscabados pelo reconhecimento absoluto e ilimitado da regra de maioria.

 Nisso reside uma importante nota distintiva entre a eficácia horizontal ou imediata de um direito humano fundamental, e outras figuras jurídicas de direito privado que também concorrem, de modo não raro semelhante, para a promoção da dignidade humana (proibição de abuso de direito, boa-fé objetiva, etc.). Quando se trata de eficácia imediata já não mais se trata de um direito infra-constitucional de natureza privada. Diversamente, cuida-se de uma proteção de índole constitucional, qualificada como direito humano fundamental e que, por esse motivo, não apenas observa os cânones da hermenêutica constitucional, como também, por seus predicados, sobrepõe-se e até mesmo invalida outras normas, sejam elas infra-constitucionais, sejam mesmo emanadas do poder constituinte derivado.

 Nesse sentido considerem-se inúmeros preceitos de direito estrangeiro consagrando explicitamente o postulado da eficácia horizontal e imediata dos direitos humanos fundamentais.

 Um dos pioneiros, no âmbito do direito do trabalho, foi o Estatuto dos Trabalhadores da Itália (Lei 300, de 1970), que já nos anos setenta, previu, de modo um tanto insipiente, mas ousado ante o pioneirismo com que o fazia, o dever, ao empregador, de afixar, em local de fácil acesso, as normas disciplinares relativas às sanções aplicáveis, bem como os respectivos procedimentos de contestação. Obrigava-o, ainda, antes da aplicação de sanção disciplinar, a notificar o empregado, assegurando-lhe o direito de defesa, em especial o de se fazer assistido por representante da associação sindical à qual é filiado, diretamente ou por procuração. Por força dessas e de outras inovações, essa Lei italiana foi adotada como um verdadeiro paradigma, na atualização e no aperfeiçoamento de muitas disposições legais de países da Europa continental; em especial entre os experimentaram processos de democratização e de revitalização institucional decorrente da superação de regimes autoritários. (Siqueira Neto, 191 e ss.).

 De forma ainda mais clara e bem mais abrangente, figura o art. 18, 1, da Constituição portuguesa, que ordena a aplicação dos direitos fundamentais a entes privados, ou mesmo o atual art. 35, 3, da Constituição suíça.

 Com isso se demonstra que a eficácia horizontal dos direitos fundamentais, em nossos dias, não é apenas uma doutrina constitucional ou de direitos humanos. Em diversos ordenamentos já constitui verdadeiro mandamento expresso de hermenêutica constitucional que deve presidir a interpretação e a aplicação de direitos no plano das relações entre particulares.

 No Brasil já deste século, um precedente da Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal foi decisivo para robustecer o itinerário de mudanças no terreno da aplicação horizontal dos direitos fundamentais.[[7]](#footnote-7)

 É bem verdade que não constitui um precedente de Plenário, nem tampouco exarado por votação unânime. Por outro lado, considerando os Ministros que lideraram a decisão vencedora, assim como um certo protagonismo que a Segunda Turma tem exercido nessa matéria, não será demasiado apontá-lo um firme passo na direção da tendência aqui comentada.

 Naturalmente estamos diante de uma operação hermenêutica delicada, cujos contornos dogmáticos ainda estão longe de exibir nitidez e previsibilidade.

 Por outro lado, não parece ousado afirmar a conveniência de se conferir eficácia direta, ao menos a alguns direitos humanos fundamentais como é o caso da ampla defesa que se deve assegurar aos acusados em todo processo de natureza disciplinar, ainda que no exercício da autoridade dos empregadores privados.

 Aqui importa avançar agindo sobre os próprios fundamentos em que se alicerça a dominação juridicamente legitimada. Nessa perspectiva, reconhecer a eficácia (antes mesmo que invocar a tutela) do direito fundamental, ultrapassando a proteção à pessoa do indivíduo acusado, para conferir às relações intersubjetivas, que se estabelecem no interior do ambiente social de trabalho, grandeza qualitativamente mais fraterna e tolerante.

 O argumento aqui sustentado prende-se ao reconhecimento de que – pondo de lado ou mesmo antes que o Judiciário seja chamado a tratar dos limites do poder disciplinar do empregador, sob o ângulo da eficácia dos direitos fundamentais – nada impede; ou melhor, tudo parece aconselhar a progressiva incorporação de hábitos, procedimentos e rotinas, culturais e institucionais, para um exercício tolerável e tolerante da autoridade. E assim num vetor de aperfeiçoamentos que considere a conveniência e a justeza de sua contenção a limites – materiais e procedimentais – contemporâneos e consentâneos com o respeito não apenas ao ser humano no ambiente de trabalho.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Freitas Jr., Antonio Rodrigues de. (2010). “Direitos Sociais e Eficácia Horizontal dos Direitos Fundamentais: possíveis consequências práticas para o exercício do Poder Disciplinar do Empregador.Seguin, Figueiredo *et alii.* Seguin e Figueiredo orgs.Direitos Sociais à Luz da Constituição de 1988. Curitiba: Letra da Lei; 195-203.

Kronman, Anthony T. (2009). Max Weber. Rio de Janeiro: Elsevier.

Magano, Octavio Bueno. (1982). Do Poder Diretivo na Empresa. São Paulo: Saraiva.

Mendes, Gilmar Ferreira. (2004). Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade. São Paulo: Saraiva.

Nascimento, Amauri Mascaro. (2009). Iniciação ao Direito do Trabalho. São Paulo: LTr.

Piovesan, Flávia.(2006). “Direitos Humanos e o Trabalho”. Piovesan *et. alii.*. Freitas Jr, Antonio Rodrigues de. Org. Direito do Trabalho e Direitos Humanos. São Paulo: BH Editora; 287-317.

Siqueira Neto (1999). Liberdade Sindical e Representação dos Trabalhadores nos Locais de Trabalho. São Paulo: LTr.

Weber, Max. (1964). Economia y Sociedad. México-Buenos Aires: Fondo de Cultura Econômica; vols.I e II.

São Paulo, verão de 2011.

1. Professor Associado da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, por onde também se graduou, obteve seu mestrado, doutorado e Livre-Docência. Advogado em São Paulo, Procurador Legislativo do Município de São Paulo, foi Secretário Nacional de Justiça do Ministério da Justiça (2002); e integrante da Equipe Técnica designada para a Redação dos Anteprojetos de Reforma Sindical, pelo Ministro do Trabalho e do Emprego (2003). [↑](#footnote-ref-1)
2. As proposições terminológicas que se seguirão, a saber, ação social, relação social, validade e legitimidade da ordem social, poder, autoridade, e dominaçã

o, acompanharão o itinerário conceitual preconizado por Weber (1964: 5-45; 170-204). [↑](#footnote-ref-2)
3. “Na sua concepção tradicional, os direitos fundamentais são *direitos de defesa (abwehrrechte)*, destinados a proteger determinadas posições subjetivas contra a intervenção do Poder Público, ou seja pelo (a) não-impedimento da prática de determinado ato, seja pela (b) não-intervenção em situações subjetivas ou pela não-eliminação de posições jurídicas. Nessa dimensão, os direitos fundamentais contêm disposições definidoras de uma *competência negativa do Poder Público (negative kompetenzbestimmung)*.” (Mendes, 2004: 2). Na perspectiva com que proponho uma apropriação preliminar sobre o tema, q.v. (Freitas Jr., 2010: 195-203). [↑](#footnote-ref-3)
4. O emprego da designação “direitos de prestação” é crescentemente por muitos rechaçada, porque sugere que os direitos políticos – diversamente dos direitos sociais – não implicariam potencialmente vultosos gastos do Estado, nem tampouco o dever comissivo de prestação positiva para que os Poderes Públicos pudessem conferir-lhes eficácia. Nisso residiria, como assinalam alguns, uma falsa simetria e correspondência entre a distinção entre direitos de abstenção x direitos de prestação, e a que separa direitos políticos de direitos sociais, como espécies de direitos humanos fundamentais. Nesse sentido interessa o recorte distintivo traçado por Piovesan (2006: 302-304) ao comentar o figurino preconizado pelo Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais de 1966, para quem: “se os direitos civis e políticos devem ser assegurados de plano pelo Estado, sem escusa ou demora – têm a chamada auto-aplicabilidade -, os direitos sociais, econômicos e culturais, por sua vez, nos termos em que estão concebidos pelo Pacto, apresentam realização progressiva (...). No entanto, cabe realçar que tanto os direitos sociais, como os direitos civis e políticos demandam do Estado prestações positivas e negativas, sendo equivocada e simplista a visão de que os direitos sociais só demandariam prestações positivas, enquanto que os direitos civis e políticos demandariam prestações negativas, ou a mera abstenção estatal.(...) Isto é, os direitos civis e políticos não se restringem a demandar a mera omissão estatal, já que a sua implementação requer políticas públicas direcionadas, que contemplam também um custo”. [↑](#footnote-ref-4)
5. Em meu ver, ainda que esse “dever de proteção” possa em alguma medida projetar-se no campo dos direitos humanos fundamentais, não parecem qualitativamente distintos da função protetora coessencial ao fenômeno da dominação e constitutiva, mesmo, do próprio Estado Moderno – muito antes que se pudesse falar, a rigor, em direitos humanos fundamentais. Suspeito que a única novidade apta a credenciar uma categoria específica de “direitos humanos fundamentais de proteção” seria função do dever do Estado contemporâneo de promover à proteção dentro de limites materiais e seguindo regras procedimentais que não menoscabem os fundamentos do Estado Democrático de Direito. Em outros termos: proteger, sem fazer com que o fim de proteger seja bastante para autorizar o emprego de todo e qualquer meio, como no cenário da soberania absolutista. [↑](#footnote-ref-5)
6. O que revela sua natureza obrigacional e não a de aplicação de preceito imediatamente derivado da proteção constitucional. [↑](#footnote-ref-6)
7. Recurso Extraordinário 201.819-8 Rio de Janeiro. Recorrente: União Brasileira de Compositores – UBC; Recorrido: Arthur Rodrigues Villarinho. [↑](#footnote-ref-7)