diritto&diritti dal 1996
diritto.it
direttore Francesco Brugaletta

ISSN 1127-8579

Pubblicato dal 04/04/2013

All'indirizzo http://www.diritto.it/docs/34883-efic-cia-dos-direitos-fundamentais-nas-rela-es-contratuais-o-dever-de-contratar-os-direitos-fundamentais

Autore: Edilton Meireles

Eficácia dos direitos fundamentais nas relações contratuais. O dever de contratar os direitos fundamentais

Eficácia dos direitos fundamentais nas relações contratuais. O dever de contratar os direitos fundamentais.

Edilton Meireles[1]

RESUMO: No presente trabalho tratamos dos direitos fundamentais incidentes nas relações contratuais e dever de contratar nas hipóteses em que inexista lei disciplinando a vantagem constitucional. Partimos do entendimento de que o direito fundamental tem eficácia imediata. Daí, numa relação contratual, na falta de regras predefinidas a respeito do modo de como o direito fundamental deva incidir, cabe aos contratantes, em limitação positiva à autonomia privada, celebrar o contrato pactuando a forma de como deve ser efetivado o direito fundamental.

PALAVRAS-CHAVES: dever de contratar – direitos fundamentais – eficácia – omissão contratual.

SUMÁRIO. 1. Introdução. 2. Contrato como instrumento de eficácia dos direitos fundamentais entre particulares. 3. Omissão contratual. 4. Conclusões. 5. Referências.

1. Introdução

É comum se afirmar, até por aplicação do texto constitucional, que os direitos fundamentais têm eficácia imediata, inclusive nas relações entre particulares.

Muitos dos direitos fundamentais, todavia, inclusive vários daqueles arrolados como trabalhistas, ainda não foram objeto de regulamentação por leis infraconstitucionais. E é por tal motivo que parte da jurisprudência e doutrina se apegam a essa ausência de regulamentação para negar a eficácia imediata dos direitos fundamentais, especialmente quando o próprio texto constitucional se refere à sua disciplina por lei.

---

[1] Desembargador do Trabalho na 5ª Região (Bahia). Pós-doutorado pela Universidade de Lisboa. Mestre e Doutor em Direito (PUC/SP). Professor da UFBa e UCSal.

No presente trabalho, no entanto, procuraremos abordar essa questão, demonstrando que, nas relações entre particulares, os direitos fundamentais devem ser concretizados, independente de lei regulamentadora, mas tão simplesmente mediante a contratação.

Daremos ênfase, todavia, aos direitos fundamentais trabalhistas.

2. Contrato como instrumento de eficácia dos direitos fundamentais entre particulares

A eficácia imediata dos direitos fundamentais é matéria disciplinada na própria Constituição Federal, que, em seu art. 5º, § 1º, estabelece que "as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata".

Óbvio que quando a Constituição fala em aplicação imediata ela que estabelecer que as suas normas têm plena eficácia jurídica, não dependendo de qualquer outro ato normativo para tanto. Da aplicação jurídica imediata, no entanto, surge a eficácia do direito respectivo no mundo fático.

Ter aplicação jurídica imediata é incidir incontinente às relações jurídicas, independentemente de qualquer outro ato ou ação necessária à sua eficácia. Assim, podemos afirmar que, independentemente de qualquer lei regulamentadora dos direitos fundamentais, os direitos e garantias fundamentais se aplicam às relações entre particulares, independentemente de qualquer outro ato ou ação necessária à sua eficácia.

Nesta trilha, por exemplo, independente de qualquer ato ou ação, lei ou contrato, o direito fundamental à proteção da vida íntima e privada incide nas relações entre os particulares. Logo, toda e qualquer pessoa deve respeitar a vida íntima ou a vida privada de outrem. E os exemplos são múltiplos quando se trata dos direitos elencados no art. 5º da Constituição Federal.

Ocorre, porém, que muitos dos direitos fundamentais, especialmente os trabalhistas elencados no art. 7º da Constituição Federal, somente podem ser concretizados se, por óbvio, houver uma relação contratual firmada entre o destinatário do direito e o seu obrigado. Para o trabalhador ter como eficaz o direito ao décimo terceiro salário, por exemplo, é preciso que, antes, tenha firmado um contrato de emprego.

Aqui, então, cabe uma ressalva quanto à incidência imediata dos direitos fundamentais nas relações entre particulares. A incidência pode ocorrer de modo imediato, independente de qualquer no fato ou ato jurídico, quando se trata de direitos que incidem independentemente da existência de uma relação contratual. É a hipótese da proteção à vida privada. Já em outras hipóteses, a eficácia do direito fundamental está sujeito à prévia pactuação de um negócio jurídico. É o que ocorre com diversos direitos trabalhistas prestacionais, cuja eficácia está condicionada a existência de um contrato. Somente uma vez firmado o contrato é que o direito fundamental passa a ter eficácia imediata. Já outros direitos fundamentais, independem para sua eficácia dessa prévia contratação (direito à vida, à liberdade, proteção da vida íntima, etc).

A eficácia do direito constitucional, portanto, em relação às prestações trabalhistas, fica condicionado à contratação do empregado. Celebrado o contrato, no entanto, a incidência do direito fundamental se faz de imediata, independentemente da vontade dos contratantes, que não podem dispor quanto a sua não aplicação. Aqui o legislador constitucional limitou a autonomia privada. O particular é livre para contratar, mas uma vez firmado o contrato, sua vontade (autonomia privada) fica limitada em relação às suas condições (cláusulas do contrato) quando diante de um direito fundamental.

Ocorre, porém, que a limitação à autonomia privada tem duas faces: uma positiva e outra negativa. Na sua vertente negativa, a limitação à autonomia privada (à liberdade negocial) retira da pessoa a liberdade de dispor sobre determinados direitos, prestações ou obrigações. É o caso do décimo terceiro salário assegurado na Constituição Federal. Uma vez celebrado o contrato de emprego, independentemente da vontade dos contratantes, esse beneficio previsto constitucionalmente passa a ser devido pelo empregador em favor do empregado. Os contratantes, assim, ficam impedidos de dispor sobre esse direito no que se refere ao mesmo ser devido ou não. Como a Constituição, no entanto, não é exaustiva na regulamentação desse benefício trabalhista, permanece, todavia, neste caso específico do décimo terceiro salário, como em muitos outros, a liberdade de disposição quanto a vários aspectos relacionados à respectiva prestação, como, por exemplo, a data do seu pagamento, o seu valor, etc. E tal se repete em diversas outras hipóteses.

Óbvio, no entanto, que, em havendo lei infraconstitucional regulamentando o direito fundamental, pode se estar diante de novas regras limitadoras à autonomia privada. E é

o que ocorre com o décimo terceiro salário, que já foi (já era) objeto de disciplina por lei ordinária, inclusive quanto ao seu valor, data de pagamento, etc.

Já na vertente positiva da limitação à autonomia privada, o legislador impõe à pessoa um dever de contratar. Se do ponto de vista negativo impede de dispor sobre determinados direitos, prestações ou obrigações, na vertente positiva impõe a obrigação de dispor sobre determinados direitos, prestações ou obrigações. Pode chegar mesmo a impor a própria contratação (interferindo na própria vontade de contratar), como ocorre nos contratos obrigatórios, a exemplo, de fornecimento de energia, fornecimento de água, etc. Nestes casos, em geral, as concessionarias não podem se recusar a contratar o fornecimento desses bens vitais (energia, água, etc).

A limitação à autonomia privada também se impõe, em alguns casos, sob a forma de obrigação de manter o contrato mesmo contra a vontade. É o que ocorre com o empregado estável, situação na qual o empregador não pode romper o contrato, pois limitado na sua autonomia privada de não querer mais continuar com a execução do contrato.

Daí se tem, até por um raciocínio lógico, que, se a pessoa pode ser obrigada a contratar ou obrigada a manter a execução de um contrato mesmo contra sua vontade, mais razões existem para que sua autonomia privada também se limite quanto às condições contratuais, impondo-se, também, a obrigação de contratar determinadas prestações.

E é o que ocorre com os diretos fundamentais que somente incidem e passam a ter eficácia imediata se firmado um contrato. Neste caso, como os direitos fundamentais tem eficácia imediata, uma vez firmado o contrato, as partes contratantes ficam limitadas nas suas autonomias privadas, passando a ser obrigadas a contratar e dispor sobre as mencionadas vantagens jusfundamentais. Ou, em outras palavras, se querem contratar, podem fazê-lo, mas desde que observem e disponham sobre os direitos fundamentais de eficácia imediata, regulamentando-os, no contrato, quando necessário.

Observar os direitos fundamentais na relação contratual não se resume a cumprir as obrigações ou prestações cujos delineamentos estejam exaustivamente disciplinados na Constituição ou que já foram objeto de regulamentação por lei infraconstitucional. Limitando à autonomia privada, também se impõe o respeito aos direitos fundamentais ainda não regulamentados por lei através da imposição da pactuação das regras contratuais necessárias à sua aplicação imediata. Ou seja, em outras palavras, mesmo

que não seja exaustivo o texto constitucional e mesmo que o direito fundamental não esteja regulamentado em lei (esgotando-se as regras para sua concreta eficácia), cabe aos contratantes inserirem no contrato as regras indispensáveis à eficácia concreta e imediata da garantia constitucional. Aqui surge o dever de contratar a prestação fundamental de eficácia imediata.

Assim, por exemplo, mesmo que não houvesse lei regulamentado o décimo terceiro salário, ainda assim, dada a eficácia imediata do direito fundamental respectivo, caberia aos contratantes firmarem as cláusulas contratuais necessárias à sua concretização e eficácia. A autonomia privada, aqui, está limitada na sua vertente positiva, pois as partes são obrigadas a pactuar de modo a tornar concreto o direito fundamental de eficácia imediata.

Aqui, então, podemos chegar à outra conclusão. É que os direitos fundamentais incidentes nas relações particulares contratuais (que estejam sujeitas à prévia existência de um contrato) podem e devem ser regulamentadas por lei infraconstitucional ou pelo próprio contrato. E, no caso dos direitos trabalhistas, eles também podem e devem ser disciplinados por norma coletiva (art. 7º, inciso XXVI – "reconhecimento das convenções e acordos coletivos de trabalho") ou por sentença normativa (art. 114, § 2º - "Recusando-se qualquer das partes à negociação coletiva ou à arbitragem, é facultado às mesmas, de comum acordo, ajuizar dissídio coletivo de natureza econômica, podendo a Justiça do Trabalho decidir o conflito, respeitadas as disposições mínimas legais de proteção ao trabalho, bem como as convencionadas anteriormente").

Cumpre, porém, ressaltar que a própria Constituição estabeleceu que, em algumas situações, determinadas restrições ao direito fundamental somente podem ser objeto de disciplina mediante específico instrumento jurídico. É o que ocorre com a possibilidade de redução salarial, somente admitida mediante convenção ou acordo coletivo do trabalho (inciso VI do art. 7º). Neste caso, nem por lei, nem por contrato individual ou por sentença normativa, se pode restringir o direito fundamental à irredutibilidade do salário. A redução somente se admite por convenção ou acordo coletivo do trabalho.

O mesmo se diga, ainda, quanto à ampliação da jornada de trabalho realizado em turnos ininterruptos de revezamento, que também está sujeito a outra regulamentação mediante negociação coletiva (inciso XIV do art. 7º da CF).

Cabe observar, porém, que, a partir dos dois e únicos exemplos acima mencionados como de possível regulamentação mediante específico instrumento jurídico (convenção ou acordo coletivo), pode-se concluir que o constituinte apenas limitou essa possibilidade de disciplina para a hipótese de se estabelecer uma medida negatória ao direito fundamental. Ou seja, se for para não incidir o direito fundamental (reduzindo o salário ou aumentando a jornada de trabalho em turnos ininterruptos), o constituinte estabeleceu um instrumento jurídico específico para dispor a respeito, limitando tanto a autonomia privada individual, como o próprio poder legislativo derivado (inclusive infraconstitucional) e o "poder normativo" da Justiça do Trabalho.

Já em relação à regulamentação do direito fundamental em si incidente numa relação particular de natureza contratual, o constituinte não estabeleceu qualquer limite ao instrumento de sua disciplina. Logo, ele pode e deve ser objeto de regulamentação por lei infraconstitucional, contrato individual, acordo coletivo, convenção coletiva ou mesmo por sentença normativa. Tudo de modo a tornar, de fato, eficaz o direito fundamental.

E essa conclusão se deve chegar mesmo diante de direitos fundamentais nos quais o constituinte impôs a obrigatoriedade de sua regulamentação por lei. Ao menos em relação aos direitos trabalhistas. Isso porque, mesmo neste caso, o legislador constitucional não retirou dos particulares a possibilidade de dispor sobre a matéria (direito) mediante contrato, já que o disposto no art. 7º da CF não impede a pactuação que visa à melhoria da condição social do trabalhador (caput do art. 7º). E o mesmo se diga, em relação às outras relações contratuais, já que remanesce a autonomia privada.

É o caso, por exemplo, do "adicional de remuneração para as atividades penosas, insalubres ou perigosas, na forma da lei" (inciso XXIII do art. 7º). Observem que, neste caso, poder-se-ia pensar que o adicional de remuneração para as atividades penosas, insalubres ou perigosas somente pode ser objeto de regulamentação por lei, já que o referido dispositivo constitucional menciona que o mesmo deva ser objeto de disciplina legislativa ("na forma da lei"). A partir desse raciocínio, então, enquanto não regulamentado esse adicional por lei, ele não poderia ser exigido, já que faltaria a disciplina normativa necessária para sua eficácia (qual o percentual do adicional? O que é perigoso? etc).

Devemos, porém, neste caso, dar outra interpretação ao referido texto constitucional, buscando justamente respeitar a eficácia do direito fundamental. Isso porque, em verdade, quando o constituinte estabeleceu em diversas passagens que determinadas matérias devam ser regulamentadas por lei ("na forma da lei", "nos termos de lei complementar", "conforme definido em lei", etc), ela apenas quis estabelecer a possibilidade de o legislador infraconstitucional criar restrições ao direito fundamental ao estabelecer as regras para seu exercício.

Ou seja, se em relação a outras matérias não há a possibilidade de restrição por lei, para outras o constituinte previu a possibilidade de o legislador ordinário estabelecer restrição ou limitação. É certo, porém, que a autorização genérica dada ao legislador infraconstitucional para legislar sobre diversas questões não impede de se impor restrição aos direitos não sujeitos a "reserva da lei". Contudo à essa conclusão se chega a partir da incidência da teoria da colisão, que permite a "concordância prática " entre direitos fundamentais, a incidência dos limites imanentes e a delimitação para evitar choques a partir do exercício da liberdade[2].

Essa possibilidade, porém, dada ao legislador infraconstitucional para delimitar o exercício do direito fundamental não retira dos particulares o dever de contratarem quanto à eficácia imediata do direito fundamental. E à essa conclusão se chega justamente a partir de uma interpretação sistemática da Constituição. Isso porque, se os direitos fundamentais tem eficácia imediata, mesmo nas relações contratuais entre particulares, logo não se pode estabelecer que aqueles estariam sujeitos a incidência somente depois de regulamentado por lei. Preferível, assim, se entender que, na omissão ou no espaço deixado pela lei, impõe-se aos contratantes o dever de firmar pacto contratual disciplinando a plena e imediata eficácia do direito constitucional.

Assim numa interpretação mais compatível com a regra da incidência imediata, é de se ter que a obrigatoriedade de regulamentação por lei não exclui o dever-direito das partes contratantes estabelecerem as regras necessárias à incidência imediata do direito fundamental.

Acrescente-se, ainda, que não haveria razão para se entender de modo diverso, pois se se está diante de um negócio jurídico de natureza privada, não há razão para que os

[2] A esse respeito, por todos, cf. Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins, Teoria geral dos direitos fundamentais, 3 ed, p. 146-162.

contratantes não possam dispor sobre um direito fundamental, tornando eficaz seu exercício, independentemente da regulamentação legal.

Mais coerente, portanto, é, desde logo, interpretar a norma constitucional como impositiva da obrigação de contratar o direito fundamental, de modo a torná-lo eficaz imediatamente.

3. Omissão contratual

Da mesma forma que falta lei regulamentando o direito fundamental, é certo que os contratantes também podem não pactuar de modo a tornar concretos os direitos fundamentais quando necessário. Omisso o legislador; omissos aos contratantes.

Quando a lei, a convenção coletiva ou acordo coletivo já regulamentou o direito fundamental, é certo que as partes podem até ser omissos na pactuação individual, pois a regra supletiva ou imperativa (da lei, da convenção coletiva ou do acordo coletivo) incide na relação jurídica contratual, atuando, a bem da verdade, em algumas situações, como limitadora da autonomia privada.

É certo, ainda, que, mesmo diante dos direitos fundamentais aos quais o constituinte, de logo, não deixou registrado o dever imediato de regulamentação ("na forma da lei", "nos termos de lei complementar", "conforme definido em lei", etc), o destinatário dessa vantagem (do direito fundamental) tem o direito de exigir do Estado-legislador a edição de norma tendente a concretizá-lo, independentemente de, eventualmente, pactuar em contrato os termos necessários à sua eficácia.

Aqui estaríamos diante do direito à legislação, mencionado por Robert Alexy[3] e acolhido por parte dos doutrinadores brasileiros, a exemplo de Dirley da Cunha Júnior, para quem o direito subjetivo a uma legislação decorre da previsão, por parte do art. 102, § 2º da CF/88, da omissão inconstitucional, da força normativa da Constituição e da previsão de um direito fundamental material da qual decorre o comando determinador de regulação[4].

---

[3] Robert Alexy, Teoría de los derechos fundamentales, p. 476.
[4] Dirley da Cunha Júnior, Controle judicial das omissões do Poder Público, p. 360.

Contudo, como já dito, o fato de a parte interessada ter o direito subjetivo de exigir do Estado a legislação pertinente, tal não lhe retira o dever-direito de concretizar o direito fundamental mediante o contrato. Aqui há direito à legislação, como há direito-dever de contratar (limitação à autonomia privada). E se para a omissão legislativa o próprio constituinte previu como instrumentos para concretização do direito à legislação o acesso à justiça mediante a propositura da ação de inconstitucionalidade por omissão e do mandado de injunção, para a omissão do particular, quando da contratação, a legislação prevê o acesso irrestrito à Justiça. Ou seja, diante da omissão contratual, cabe ao credor do direito fundamental, caso haja resistência em contratá-lo por parte do obrigado (cocontratante), pedir ao Judiciário que seja preenchida a lacuna contratual.

A supressão da omissão contratual pelo juiz, aliás, não se constitui em nenhuma novidade legislativa. Basta mencionar que o art. 480 do Código Civil prevê a possibilidade da parte contratante pedir judicialmente a redução da prestação ou o modo de executá-la quando diante de onerosidade excessiva. Ou seja, nesta hipótese, caso as partes não pactuem quanto a redução da prestação ou quanto a alteração do modo de sua execução, caberá ao juiz decidir a respeito.

Hipótese semelhante existe no art. 464 do Código Civil, que, em relação ao contrato preliminar, estabelece que, "esgotado o prazo, poderá o juiz, a pedido do interessado, suprir a vontade da parte inadimplente, conferindo caráter definitivo ao contrato preliminar, salvo se a isto se opuser a natureza da obrigação".

Concretização, ainda, dessa possibilidade de supressão da vontade contratual pelo juiz se tem no preceito do art. 466-A do CPC, que estabelece a regra de que a sentença que condena o devedor a emitir declaração de vontade, "uma vez transitada em julgado, produzirá todos os efeitos da declaração não emitida".

São todas, pois, situações nas quais o juiz supre a vontade do contratante ou da pessoa, assim como em diversas outras hipóteses, a exemplo da outorga uxória, etc.

Assim, havendo o dever de contratar, não será pela omissão do contratante obrigado que o direito fundamental deixará de ser exigível. Cabe, desse modo, ao interessado (contratante credor), buscar no Judiciário a integração do contrato, devendo o juiz suprir a lacuna, estabelecendo os termos do contrato na parte omissa, de modo a tornar eficaz o direito fundamental.

Nesta trilha, por exemplo, sendo direito fundamental do trabalhador a percepção do adicional de remuneração por atividade penosa, não havendo qualquer instrumento jurídico disciplinando essa vantagem constitucional, caberá ao juiz estabelecer a regra contratual respectiva, em cada caso concreto.

O poder do juiz em suprir essa lacuna, por sua vez, decorre do fato de a parte obrigada a contratar descumprir com essa sua obrigação (limite positivo à autonomia privada). Se a parte descumpre sua obrigação, logo abre caminho para a intervenção do Estado-juiz, que, em atividade substitutiva, faz prevalecer a ordem jurídica. Em suma: se você não paga, o juiz penhora seus bens, vende-os e com o dinheiro do devedor (fruto da venda) paga a dívida (o juiz substitui o devedor no cumprimento da obrigação); se você não quer fazer, o juiz faz em seu nome (da mesma forma, o juiz substitui o devedor no cumprimento da obrigação), etc.

Pode-se afirmar, todavia, que, neste caso, a decisão judicial não teria efeito retroativo ou quando muito apenas retroagiria à data da citação (ou do ajuizamento da demanda). De nossa parte, entendemos que há o efeito retroativo à data da celebração do contrato, já que o direito fundamental tem eficácia imediata e cabia às partes contratarem o modo de sua concretização.

De qualquer modo, ainda que não seja assim, a violação do dever de contratar por parte do obrigado ao direito fundamental gera a sua responsabilidade civil. Ou seja, no exemplo do adicional de remuneração, se o juiz suprir, a partir de hoje, a omissão contratual, fixando o valor devido a tal título, é certo que o empregador, doravante, estará obrigado a pagar a respectiva prestação. Mas, em relação aos fatos passados, como ele descumpriu com sua obrigação de contratar, caberá a reparação do dano causado ao empregado dada a violação ao direito fundamental à eficácia do direito fundamental. E, no caso, a reparação será igual à prestação que deveria ter sido paga desde o início do contrato. Logo, na prática, a decisão judicial terá efeito retroativo, seja em forma de pagamento da própria prestação devida, seja em forma de indenização pela reparação do dano.

Cumpre, ainda, destacar que, em matéria de direito fundamental descabe presumir qualquer renúncia. Assim, se o trabalhador não contratou, quando da celebração do contrato de emprego, a forma de pagamento de uma vantagem jusfundamental (v.g., adicional de penosidade), tal não implica em deduzir que ele renunciou ao direito

respectivo. Até porque sua vontade (autonomia privada) também está limitada. O trabalhador não só tem assegurado o "direito fundamental", como tem o dever de pactuar as regras necessárias para sua eficácia imediata. Logo, não cabe presumir qualquer renúncia a esse direito-dever.

Por fim, ressalte-se que, sejam as partes contratantes, seja o juiz quando da colmatação da lacuna contratual, assim como o próprio legislador ou os convenentes ou acordantes coletivamente, todos devem, na regulamentação do direito fundamental, aplicar os princípios que regem os direitos e garantias constitucionais, de modo que, em sua disciplina, não se incorra em inconstitucionalidades, ilegalidades ou em abuso do direito (de contratar).

Óbvio, ainda, que as partes não podem contratar o adicional de remuneração em valor irrisório, de modo a tornar, na prática, um direito esvaziado. Neste sentido, por certo que não se pode atingir o núcleo essencial do direito fundamental ou estabelecer restrições não permitidas ou não autorizadas pela Constituição.

Outrossim, na pactuação das cláusulas contratuais necessárias à eficácia do direito fundamental, se em colisão com outro direito fundamental, deve se usar da técnica da ponderação ou da proporcionalidade, procurando compatibilizar os direitos em confronto, observando o propósito perseguido, a licitude das eventuais restrições, a adequação e a necessidade.

E não se pode perder de vista que impera sobre os direitos fundamentais os princípios da sua máxima eficácia e o da dignidade de pessoa humana. Além disso, na hipótese do direito fundamental trabalhista, cabe relembrar que sobre ele ainda incidem os princípios do direito ao trabalho (art. 6º da CF), da valorização do trabalho humano (caput do art. 170 da CF), do valor social do trabalho (inciso IV do art. 1º da CF) e do não-retrocesso (ou do avanço) social (caput do art. 7º c/c § 2º, in fine, do art. 114 da CF).

E tais princípios reforçam ainda mais toda a argumentação acima, qual seja, de que, para máxima eficácia dos direitos fundamentais, para realização da dignidade da pessoa humana e para concretização do direito ao trabalho, da valorização do trabalho, do valor social do trabalho e do avanço social dos trabalhadores é imperioso se concluir que os direitos fundamentais trabalhistas impõem às partes do contrato de emprego o direito-

dever de disciplinar as vantagens contratuais previstas na Constituição Federal independentemente da existência ou não de lei regulamentadora.

À essa mesma conclusão, aliás, podemos chegar em relação às normas coletivas trabalhistas. Ou seja, da mesma forma que os empregados e empregadores têm o direito-dever de pactuar quanto à eficácia dos direitos fundamentais ainda não regulamentados por lei, às entidades sindicais e os empregadores, seja mediante convenção coletiva (celebrada pelas entidades sindicais), seja através de acordo coletivo (celebrado entre entidade sindical e empregador), também estão obrigados a tanto.

O direito fundamental, portanto, tanto cria uma limitação positiva à autonomia privada individual, como à autonomia privada coletiva, obrigando a todos os envolvidos o dever de contratar de modo a tornar eficaz a garantia constitucional.

4. Conclusões

Do exposto acima, podemos concluir, resumidamente:

a) "as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata" (§ 1º do art. 5º da CF/88);

b) ter aplicação imediata é incidir incontinente, independentemente de qualquer outro ato ou ação necessária à sua incidência;

c) a incidência ocorre de modo imediato, independente de qualquer outro fato ou ato jurídico, quando se trata de direitos que incidem independentemente da existência de uma relação contratual;

d) na hipótese de relação contratual, a eficácia do direito fundamental fica condicionado à celebração do contrato;

e) uma vez pactuado o contrato, porém, a incidência do direito fundamental se faz de imediato, independentemente da vontade dos contratantes, que não podem dispor quanto a sua não aplicação; neste caso, o legislador constitucional limitou a autonomia privada dos particulares;

f) a limitação à autonomia privada tem duas faces: uma positiva e outra negativa; na vertente negativa, a limitação à autonomia privada (à liberdade negocial)

retira da pessoa a liberdade de dispor sobre determinados direitos, prestações ou obrigações; já na sua vertente positiva, o legislador impõe à pessoa um dever de contratar;

g) os direitos fundamentais incidentes nas relações particulares de natureza contratual (que estejam sujeitas à prévia existência de um contrato) podem e devem ser regulamentadas por lei infraconstitucional ou pelo próprio contrato;

h) no caso dos direitos trabalhistas, os direitos fundamentais pertinentes também podem e devem ser disciplinados por norma coletiva ou por sentença normativa;

i) a obrigatoriedade da regulamentação mediante lei do direito fundamental de modo a se alcançar a sua eficácia não retira dos particulares o dever de contratarem quanto a eficácia imediata do direito fundamental quando diante da omissão legislativa;

j) o direito fundamental tanto cria uma limitação positiva (dever de contratar) à autonomia privada individual, como à autonomia privada coletiva, obrigando a todos os envolvidos o dever de contratar de modo a tornar eficaz o direito fundamental quando não haja norma regulamentando seu exercício;

k) diante da omissão contratual, cabe ao destinatário do direito fundamental, caso haja resistência em contratar pelo obrigado, pedir ao Judiciário que seja preenchida a lacuna contratual;

l) a decisão judicial supridora da omissão contratual tem efeito retroativo à data da celebração do contrato;

m) quando da pactuação individual ou coletiva ou quando da decisão judicial colmatadora da omissão contratual, cabe aos contratantes ou ao juiz fazer observar sobre o direito fundamental trabalhista a incidência dos princípios do direito ao trabalho (art. 6º da CF), da valorização do trabalho humano (caput do art. 170 da CF), do valor social do trabalho (inciso IV do art. 1º da CF) e do não-retrocesso (ou do avanço) social (caput do art. 7º c/c § 2º, in fine, do art. 114 da CF);

n) também quando da contratação ou da decisão judicial devem ser aplicados os princípios que regem os direitos e garantias constitucionais, de modo que, em

sua disciplina contratual, não se incorra em inconstitucionalidades, ilegalidades ou em abuso do direito (de contratar); e, por fim,

o) em matéria de direito fundamental descabe presumir qualquer renúncia.

5. Referências

ALEXY, Robert. Teoría de los derechos fundamentales. Tradução de Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales (CEPC), 2002.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. Controle judicial das omissões do Poder Público. São Paulo: Saraiva, 2004.

DIMOULIS, Dimitri. MARTINS, Leonardo. Teoria geral dos direitos Fundamentais. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.