

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE MINAS GERAIS
Programa de Pós-graduação *stricto sensu* em Direito

**EFICÁCIA PRIVADA DOS DIREITOS
FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES
TRABALHISTAS NO BRASIL**

MATEUS BEGHINI FERNANDES

BELO HORIZONTE

2008

MATEUS BEGHINI FERNANDES

**EFICÁCIA PRIVADA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS
RELAÇÕES TRABALHISTAS NO BRASIL**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito do Trabalho.

Orientador: Prof. Dr. José Roberto Freire Pimenta.

BELO HORIZONTE

2008

FICHA CATALOGRÁFICA
Elaborada pela Biblioteca da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais

F363e Fernandes, Mateus Beghini
Eficácia privada dos direitos fundamentais nas relações trabalhistas no Brasil /
Mateus Beghini Ferandes. Belo Horizonte, 2008.
131f.

Orientador: José Roberto Freire Pimenta
Dissertação (Mestrado) - Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais.
Programa de Pós-Graduação em Direito

1. Direitos fundamentais. 2. Relações trabalhistas. 3. Direito do trabalho. I.
Pimenta, José Roberto Freire. II. Pontifícia Universidade Católica de Minas
Gerais. Programa de Pós-Graduação em Direito. III. Título.

CDU: 331.16

Mateus Beghini Fernandes

Eficácia privada dos direitos fundamentais nas relações trabalhistas no Brasil.

Dissertação apresentada para a conclusão do curso de mestrado acadêmico em Direito do Trabalho, pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Belo Horizonte, 2008.

Prof. Dr. José Roberto Freire Pimenta (Orientador) - PUC Minas

Prof. Dr. Luiz Otávio Linhares - PUC Minas

Profa. Dra. Gabriela Neves Delgado - UFMG

AGRADECIMENTOS

À minha família por acreditar, incentivar e estar sempre ao meu lado. Devo tudo a vocês. Agradeço ao meu orientador por toda dedicação, atenção e estímulo. Aos professores do mestrado em Direito do Trabalho por terem transformado a minha maneira de pensar não só o direito, mas também as disciplinas que o cercam - política, economia, sociologia e filosofia. À professora Gabriela, que despertou em mim a vontade de caminhar pela seara trabalhista, obrigado pela torcida, pelos conselhos e pelo carinho. A todos os colegas do mestrado, especialmente, Adélia e Juliana, sempre prontas para ajudar. Aos amigos da Procuradoria Federal de Varginha, obrigado pelo agradável convívio, pelas opiniões e pelo ambiente instigante de debate jurídico diário.

“Entre o forte e o fraco, entre o rico e o pobre, entre o patrão e o operário, é a liberdade que oprime e a lei que liberta.”

Henri Lacordaire

“Os direitos fundamentais não são como os chapéus que se deixam na entrada do local de trabalho, eis que (...) não podem ser separados da pessoa humana em nenhum lugar, sob nenhuma circunstância.”

Mantero de San Vicente

RESUMO

A dissertação trata da eficácia privada dos direitos fundamentais nas relações trabalhistas travadas no Brasil. O constante vilipêndio à dignidade da pessoa do trabalhador em nosso país fez surgir a necessidade de trazer à tona a dogmática do transporte dos direitos fundamentais individuais para a relação de emprego, como forma de limitação dos poderes do empregador. Assim, o presente trabalho tem como escopo apresentar a teoria da *Drittwirkung der grundrechte* como instrumento hábil a equilibrar o exercício das liberdades constitucionais da pessoa do trabalhador com as exigências que derivam do vínculo empregatício, pretendendo, senão estancar, ao menos reduzir uma série de abusos, humilhações e violências sofridas no ambiente de trabalho.

Palavras-chave: eficácia privada – *Drittwirkung* - direitos fundamentais – relações de trabalho.

ABSTRACT

The explanation deals with the private effectiveness of the in the labor relations occurred in Brazil. The frequent disrespect to the dignity of the worker in our country has created the need of bringing the basic individual rights for the employment relationship, as a way of restriction of the powers of the employer. Thus, the actual work aims to present the Theory of *Drittwirkung der grundrechte* as a skillful instrument to balance the exercise of constitutional freedom of the worker with the demands which come from the work relationship, intending, if not end, at least reduce a number of abuses, humiliation and violence suffered in the working environment.

Key words: private effectiveness – *Drittwirkung* - fundamental rights - labor relations.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	11
-----------------	----

CAPÍTULO I: ASPECTOS DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

I.1) FONTES DE INSPIRAÇÃO DAS DECLARAÇÕES DE DIREITO.....	15
I.1.1) Direitos fundamentais de 1ª geração.....	16
I.1.2) Direitos fundamentais de 2ª geração.....	18
<i>I.1.2.1) Os direitos sociais e a reserva do possível.....</i>	<i>22</i>
I.1.3) Direitos fundamentais de 3ª geração.....	25
I.1.4) Direitos fundamentais de 4ª geração.....	26
I.1.5) Crítica à expressão “geração” de direitos fundamentais.....	27
I.2) CONCEITOS AFINS E CARACTERIZAÇÃO.....	29
I.2.1) Direitos humanos <i>versus</i> direitos fundamentais.....	30
I.3) HIERARQUIA DAS NORMAS DE TRATADOS DE DIREITOS INTERNACIONAIS.....	31
I.4) CLASSIFICAÇÃO.....	36
I.5) OS DIREITOS FUNDAMENTAIS E A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA.....	37

CAPÍTULO II: A EFICÁCIA PRIVADA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

II.1) A EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS..... 41

II.2) TEORIA NEGATIVISTA DA EFICÁCIA PRIVADA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS..... 42

II.3) TEORIAS AFIRMATIVISTAS DA EFICÁCIA PRIVADA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS..... 51

II.3.1) Eficácia indireta e mediata dos direitos fundamentais entre particulares..... 56

II.3.2) Eficácia direta e imediata dos direitos fundamentais entre particulares..... 62

II.3.3) Eficácia dos direitos fundamentais na esfera privada no Brasil..... 73

II.4) TEORIA MEDIATA E IMEDIATA – A SUPERAÇÃO DE UMA DICOTOMIA..... 81

CAPÍTULO III: A EFICÁCIA PRIVADA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E O DIREITO DO TRABALHO NO BRASIL

III.1) A EFICÁCIA PRIVADA DAS LIBERDADES INDIVIDUAIS NAS RELAÇÕES

LABORAIS..... 88

III.1.1) A eficácia privada dos direitos fundamentais da pessoa do trabalhador e as relações laborais no Brasil..... 105

III.2) A PONDERAÇÃO DE BENS E O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE NA SOLUÇÃO DE CONFLITOS ENTRE OS DIREITOS FUNDAMENTAIS ENVOLVIDOS NA RELAÇÃO LABORAL.....	121
CONCLUSÃO.....	125
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	128

INTRODUÇÃO

Na lição do professor Maurício Godinho Delgado, os direitos fundamentais “são prerrogativas ou vantagens jurídicas estruturantes da existência, afirmação e projeção da pessoa humana e de sua vida em sociedade.”¹

Sabe-se que esses direitos surgiram, inicialmente, como defesa do indivíduo contra a onipotência do Estado, atuando, pois, como um escudo à atuação estatal abusiva.

Contudo, as transformações da sociedade e do próprio Estado exigiram que os direitos fundamentais se tornassem aplicáveis também nas relações entre os particulares, haja vista que a opressão poderia provir não apenas do ente estatal, mas de uma multiplicidade de atores privados.

Assim, a eficácia privada dos direitos fundamentais surgiu com a finalidade de reduzir desigualdades entre as pessoas, buscando a igualdade material como forma de promoção da dignidade da pessoa humana.

A seara laboral, por sua vez, mostrou-se extremamente propícia ao fenômeno da horizontalização dos direitos fundamentais, em razão da nítida desigualdade dos particulares envolvidos na relação de emprego. É que a coexistência entre os direitos da pessoa do trabalhador e o poder empregatício faz da relação de emprego um ambiente permanentemente sujeito a conflitos e propício a agressões contra os direitos da parte hipossuficiente – o trabalhador.

¹ DELGADO, Maurício Godinho. *Direitos fundamentais na relação de trabalho*. São Paulo: Revista LTr, volume 70, p. 657.

No Brasil, essa situação é ainda mais grave, tendo em vista que a imensa desigualdade sócio-econômica que assola nosso país tem o condão de aumentar ainda mais a assimetria existente na relação trabalhista. Ademais, o arcabouço infraconstitucional trabalhista pátrio carece de um conjunto de normas aptas a oferecer uma efetiva guarida aos direitos da personalidade do trabalhador. Por fim, vale ressaltar os diversos fatores históricos, políticos e econômicos que contribuíram para o incremento das tensões nas relações laborais, tais como a tradição escravocrata, o longo período de ditadura, a globalização e a hegemonia do pensamento neoliberal, dentre outros.

Não é de se espantar que o quadro acima narrado freqüentemente levou a um abusivo e desmedido exercício do poder empregatício, submetendo-se o empregado a uma série de abusos, humilhações e violências em seu ambiente de trabalho.

Portanto, é nesse contexto de franco vilipêndio à dignidade da pessoa do trabalhador que surge a necessidade de trazer à tona a dogmática do transporte dos direitos fundamentais individuais para a relação de emprego, como forma de limitação dos poderes do empregador.

Destarte, o presente trabalho tem como escopo apresentar a teoria da eficácia horizontal dos direitos fundamentais como instrumento hábil a equilibrar o exercício das liberdades constitucionais da pessoa do trabalhador² com as exigências que derivam do vínculo empregatício. Ou seja, entre os poderes

² UBILLOS, Juan Maria Bilbao. *¿En qué medida vinculan a los particulares los derechos fundamentales?* In Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado. Org. Ingo Wolfgang Sarlet. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 332/333.

disciplinar, diretivo e de fiscalização do empregador, de um lado, e os direitos fundamentais individuais dos empregados, do outro.

Para tanto, o tema foi estudado na doutrina nacional e estrangeira, bem como analisado à luz de decisões dos Tribunais brasileiros e do exterior para, ao final, justificar, no caso do Brasil, a adoção e a aplicação da eficácia privada dos direitos fundamentais da pessoa do empregado.

No Capítulo I, foram abordados aspectos gerais dos direitos fundamentais, tais como conceito, nomenclatura, gerações, natureza, características, dentre outros, os quais são imprescindíveis para a compreensão dos demais temas. Assim, o objetivo desse capítulo é dar uma base sólida para a construção, de maneira lógica, concatenada e didática dos capítulos seguintes, razão pela qual os pontos são tratados de forma mais sucinta.

As diversas teorias sobre a eficácia dos direitos fundamentais são examinadas no Capítulo II. Inicia-se com o estudo das teorias negativistas para, logo após, abordar as teorias que defendem a eficácia horizontal dos direitos fundamentais, bem como as suas duas vertentes – teoria mediata e imediatas -, apontando quais são os países em que são adotadas, assim como as respectivas decisões de suas Supremas Cortes. Em seguida, analisa-se o tema à luz da legislação, doutrina e jurisprudência pátrias e, ao final, discorre-se sobre a superação da dicotomia entre as teorias mediata e imediata da eficácia privada dos direitos fundamentais.

Com base em todas essas teorias que cercam o tema, no Capítulo III a questão é trazida para a seara laboral, onde a sistemática da eficácia privada dos direitos fundamentais da pessoa do trabalhador é investigada em vários países,

com abordagem da doutrina e dos precedentes judiciais estrangeiros. Na seqüência, após traçado um panorama histórico, político e econômico de nosso país, o tema é analisado à luz do direito pátrio e da jurisprudência dos principais Tribunais de nosso país para, ao final, sustentar-se a melhor forma de instrumentalizar a teoria que mais se coaduna com a realidade do Brasil.

CAPÍTULO I

ASPECTOS DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

I.1) FONTES DE INSPIRAÇÃO DAS DECLARAÇÕES DE DIREITO

Na lição de José Afonso da Silva³, os direitos fundamentais que conhecemos não surgiram todos simultaneamente, mas sim, de forma gradual, sendo reflexo das condições históricas, também denominadas de fontes objetivas, e das condições filosóficas, conhecida como fontes subjetivas, de uma determinada época.

Impende salientar que o presente estudo se limita a levantar alguns aspectos relevantes sobre esse tema, de maneira a proporcionar a correta compreensão de sua importância, bem como situar o leitor no tempo e no espaço. É que a história dos direitos fundamentais, conforme sublinhado por Sarlet, desemboca no próprio “surgimento do Estado constitucional, cuja essência e a razão de ser residem justamente no reconhecimento e na proteção da dignidade da pessoa humana e dos direitos fundamentais do homem.”⁴

³ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 22 ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 172.

⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 5 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 42.

Assim, a doutrina costuma elencá-los em gerações⁵, cada qual com suas fontes objetivas e subjetivas peculiares, que serão sistematicamente examinadas.

I.1.1.1) Direitos fundamentais de 1ª geração

Ainda consoante o magistério do constitucionalista supracitado, os direitos fundamentais de 1ª geração surgiram no final do século XVIII com as revoluções liberais num momento em que a burguesia, por meio da limitação do poder absoluto dos reis, reivindicava o respeito à liberdade dos indivíduos pelo Estado.

Essas *condições reais ou históricas* (objetivas) se manifestaram devido a um cenário de contradições vigentes naquele século. De um lado o governo, estabelecido como monarquia absolutista, e do outro o fortalecimento da classe burguesa tendente, cada vez mais, à expansão comercial e cultural.

Por óbvio, as arbitrariedades cometidas pelos reis e o alto custo da manutenção da monarquia feudal embaraçavam o desenvolvimento da burguesia, a qual não mais estava disposta a sustentar os privilégios da nobreza, tão-pouco a tolerar investidas contra seus interesses de expansão econômica.

Já as *condições ideais ou lógicas* (subjetivas), de cunho nitidamente filosófico, ainda conforme aquele mesmo autor, consistiram no pensamento

⁵ No item I.1.1.5 serão trazidas a lume as críticas doutrinárias acerca dessa nomenclatura. De início, adota-se a expressão “geração”, vez que foi a originalmente adotada na doutrina.

cristão, no direito natural e na doutrina liberal francesa, essa última com suas bases ideológicas fincadas no iluminismo.

Insta ressaltar que foi o *pensamento cristão* que figurou como fonte e não a Igreja da época, até porque a monarquia absolutista do século XVIII encontrava no clero um forte aliado, o qual oferecia, inclusive, apoio ideológico para a manutenção do *status quo* vigente.

Foi do Antigo Testamento que herdamos a idéia de que o homem foi criado à imagem e semelhança de Deus, surgindo a tese da igualdade de todos seres humanos perante o Criador.⁶

O *direito natural* dos séculos XVII e XVIII, de cunho eminentemente racionalista, também serviu como um importante substrato ideológico para a construção do conceito dos direitos fundamentais de primeira geração, vez que pôs fim ao pensamento então vigente de que o poder político era algo divino. Segundo os jusnaturalistas, o homem é um ser racional e não poderia aceitar que o fundamento político e do Direito posto estivessem atrelados a uma “divinização”, a qual servia de base de sustentação para o regime absolutista da época.

Enquanto isso, o *pensamento iluminista* funcionava como pilar ideológico de valorização do indivíduo, pregando que o homem deveria ser o centro do universo e exaltando o individualismo, o que, mais uma vez, enfraquecia o fundamento do absolutismo feudal baseado no poder divino.

Impende salientar que é o pensamento kantiano, o marco conclusivo dessa fase da história dos direitos fundamentais. Para Kant, citado por Sarlet, “todos os

⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 5 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 44.

direitos estão abrangidos pelo direito de liberdade, direito natural por excelência, que cabe a todo homem em virtude de sua própria humanidade, encontrando-se limitado apenas pela liberdade coexistente dos demais homens.”⁷

Por fim, vale acrescentar que os valores de dignidade da pessoa humana, liberdade e igualdade dos homens também encontram suas raízes na filosofia clássica, sendo adotados pelo modelo político ateniense.

Assim, essas foram as condições históricas e ideológicas que embasaram a criação dos direitos fundamentais de primeira geração, também denominados de direitos civis e políticos, os quais possuem caráter negativo por exigirem uma abstenção do Estado.

A Constituição Francesa de 1791 e a Constituição Norte-Americana de 1787, essa ainda vigente, são exemplos de Constituições que consagraram apenas as liberdades públicas, ou seja, direitos fundamentais de primeira geração.

1.1.1.2) Direitos fundamentais de 2ª geração

Informa Paulo Bonavides⁸ que essa geração de direitos fundamentais teve seu substrato nas drásticas condições sociais advindas da Revolução Industrial. A situação de haver trabalhadores nas fábricas em situações incompatíveis com a

⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 5 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 47.

⁸ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 13 ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 564.

dignidade humana, aliada à crescente desigualdade social, forçou o reconhecimento de direitos sociais, culturais e econômicos.

As condições reais ou históricas dessa geração de direitos fundamentais estão num contexto de intenso desenvolvimento industrial e no aparecimento de um numeroso proletariado, sujeito ao domínio da burguesia capitalista. Essa exploração, cada vez mais desumana, fez com que surgissem constantes revoltas em prol de melhores condições de vida e de trabalho. Assim, a classe operária, aos poucos, foi aprendendo a se organizar, criando vários movimentos em prol desses direitos de segunda geração.

Dentre esses movimentos sociais mais relevantes, cumpre destacar o Cartismo e o Ludismo.

O Ludismo surgiu na Inglaterra, no início do século XIX, como uma reação à introdução de máquinas e a conseqüente perda de empregos. O movimento, iniciado por inspiração de Ned Ludd foi resumido por Leo Huberman na seguinte frase: “foi a máquina que roubou o trabalho dos homens e reduziu o preço das mercadorias. A máquina - eis o inimigo.”⁹

A partir dessa conclusão, afirma o autor, o passo seguinte era o de destruir as máquinas. Ainda acerca do movimento ludista, aduz o autor que “as máquinas de tecer renda, de tecer meias, máquinas de fiar - todas as máquinas que pareciam a certos trabalhadores em certos lugares terem provocado a miséria e fome - foram destruídas, esmagadas ou queimadas. Os destruidores de máquinas,

⁹ HUBERMAN, Leo. *História da riqueza do homem*. 16ª Edição. Zahar Editores: Rio de Janeiro, 1980, p. 198.

chamados luditas, ao lutarem contra a maquinaria, sentiam que lutavam por um padrão de vida.”¹⁰

Já o Cartismo¹¹, surgiu, no final da década de 1830, também para reivindicar melhores condições de vida e exigir direitos do poder público. Considerado o primeiro movimento independente da classe trabalhadora britânica, exerceu forte influência sobre o pensamento político. Sua estratégia girava em torno, principalmente, da coleta de assinaturas de uma série de petições, realizadas nas oficinas, nas fábricas e em reuniões públicas, e que eram enviadas à Câmara dos Comuns.

Com esse movimento, os cartistas conseguiram mudanças efetivas, como a primeira lei de proteção ao trabalho infantil, a lei de imprensa, a reforma do Código Penal, a regulamentação do trabalho feminino infantil e a lei permitindo as associações políticas.

Concomitantemente, surgiram novas doutrinas sociais aptas a justificar uma mudança na sociedade para que fossem implementados os direitos fundamentais de 2ª geração, conforme magistério de José Afonso da Silva¹². Essas recentes fontes ideológicas são o *Manifesto Comunista* e as doutrinas marxistas, com toda sua crítica ao capitalismo burguês e ao sentido puramente formal dos direitos fundamentais de primeira geração, postulando liberdade e igualdade materiais num regime socialista.

¹⁰ *Op. cit.*

¹¹ CUNHA, A.C.; HOLANDA, J.; CAIRO, T. A questão democrática- O Cartismo Disponível em <<http://www.historia.uff.br/nec/CARTISMO.htm>>. Acesso em 17/06/2008.

¹² SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 22 ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 175.

Outra *fonte subjetiva ou filosófica* foi a doutrina social da Igreja que, a partir do Papa Leão XIII, através das Encíclicas Papais, passou a clamar por uma ordem social mais justa, com diminuição da pobreza e proteção da classe operária.

Finalmente, o intervencionismo estatal é citado por Paulo Bonavides¹³ como fonte inspiradora dos direitos fundamentais de segunda geração, vez que reconhece no Estado um agente econômico e social, devendo, portanto, efetuar ações positivas com escopo de atenuar as desigualdades de uma sociedade.

O Estado Social teve sua primeira positivação com as Constituições Mexicana (1917) e de *Weimar* (1919) e se difundiu por todas as constituições do segundo pós-guerra.

Como se viu, já não era suficiente exigir somente abstenções, razão pela qual se passou à exigência de prestações por parte do Estado. Assim, devido às péssimas condições sociais no período pós Revolução Industrial, faziam-se necessárias ações de caráter positivo por parte do Poder Público, tais como educação, saúde, previdência social, cultura e acesso à Justiça.

Leciona Bonavides que “foi nesse contexto histórico e ideológico antiliberal que surgiram, no século XX, os direitos fundamentais de segunda geração, quais sejam, os direitos sociais, culturais, econômicos bem como os direitos coletivos ou de coletividades.”¹⁴

Esses direitos têm como objetivo a efetivação do princípio da igualdade em seu sentido material e estão associados às denominadas ações afirmativas, que visam à redução da desigualdade social.

¹³ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 13 ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 364.

¹⁴ *Op. cit.*

Pode-se afirmar que os direitos de primeira geração têm uma carga de eficácia maior do que os direitos de segunda geração, eis que, como já visto, os primeiros exigem do Estado uma conduta de abstenção, bastando, pois, vontade política. Já os direitos fundamentais de 2ª geração, demandam recursos orçamentários do Estado, os quais não são ilimitados.

Nesse mesmo sentido, é o raciocínio de Canotilho pontuando que “os direitos de liberdade não custam, em geral, muito dinheiro, podendo ser garantidos a todos os cidadãos sem se sobrecarregarem os cofres públicos. Os direitos sociais, pelo contrário, pressupõem grandes disponibilidades financeiras por parte do Estado.”¹⁵ Por isso, ainda segundo o professor de Coimbra, passou-se à construção dogmática da denominada “reserva do possível”, examinada a seguir.

I.1.1.2.1) Os direitos sociais e a reserva do possível

Como já salientado, a concretização dos direitos fundamentais de segunda geração depende do volume de recursos disponíveis pelo Poder público. Assim, ensina Marcelo Novelino¹⁶ que há uma estreita relação entre as circunstâncias econômicas e a efetividade dos direitos sociais, sendo que a onerosidade de sua implantação faz com que seu processo de concretização acabe condicionado por

¹⁵ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7 ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 481.

¹⁶ NOVELINO, Marcelo. *Direito Constitucional*. 2 ed. São Paulo: Método, 2008, p. 374.

aspectos financeiros, subordinando-se às possibilidades orçamentárias do Estado. A esse condicionamento deu-se o nome de “reserva do possível”.

No magistério do catedrático lusitano, a reserva do possível “traduz a idéia de que os direitos sociais só existem quando e enquanto existir dinheiro nos cofres públicos”.¹⁷

Acrescenta Sarlet que há como sustentar que a denominada reserva do possível apresenta pelo menos uma dimensão tríplice, que abrange:

*a) a efetiva disponibilidade fática dos recursos para a efetivação dos direitos fundamentais; b) a disponibilidade jurídica dos recursos materiais e humanos, que guarda íntima conexão com a distribuição das receitas e competências tributárias, orçamentárias, legislativas e administrativas, entre outras, e que, além disso, reclama equacionamento, notadamente no caso do Brasil, no contexto do nosso sistema constitucional federativo; c) já na perspectiva (também) do eventual titular de um direito a prestações sociais, a reserva do possível envolve o problema da proporcionalidade da prestação, em especial, no tocante à sua exigibilidade e, nesta quadra, também de sua razoabilidade.*¹⁸

Assim, a implementação dos direitos sociais, de certa forma, depende da opção política daqueles que foram investidos em seu mandato por meio de voto popular - seja de conformação legislativa, seja do Executivo. Contudo, como se verá a seguir, essa liberdade de opção política não é absoluta.

A relativização da cláusula da reserva do possível ficou consagrada no julgamento da medida cautelar da ADPF 45/DF¹⁹, no Supremo Tribunal Federal, na qual o relator, o Ministro Celso de Mello, advertiu, em seu voto, que a cláusula

¹⁷ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7 ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 481.

¹⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 9 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 307.

¹⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Petições ADI, ADC e ADPF. Disponível em < <http://www.stf.gov.br>>. Acesso em 29/06/2008.

da reserva do possível - ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível - não pode ser invocada, pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se do cumprimento de suas obrigações constitucionais, “notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade.”²⁰

Ainda nesse voto o Ministro assevera que os condicionamentos impostos pela cláusula da reserva do possível ao processo de concretização dos direitos de segunda geração - de implantação sempre onerosa -, “traduzem-se em um binômio que compreende, de um lado, a razoabilidade da pretensão individual/social deduzida em face do Poder Público e, de outro, a existência de disponibilidade financeira do Estado para tornar efetivas as prestações positivas dele reclamadas”.

Por fim, citando Ana Paula Barcelos²¹, o Ministro Relator estabeleceu a relação harmônica entre a reserva do possível - limite orçamentário para gastos públicos - e “o mínimo existencial”, o qual pode ser definido como um conjunto de bens e utilidades básicas tidos como essenciais, em determinado momento histórico, que abrange, atualmente, a saúde, a educação e a moradia:

meta central das Constituições modernas, e da Carta de 1988 em particular, pode ser resumida, como já exposto, na promoção do bem-estar do homem, cujo ponto de partida está em assegurar as condições de sua própria dignidade, que inclui, além da proteção dos direitos individuais, condições materiais mínimas de existência. Ao apurar os elementos fundamentais dessa dignidade (o mínimo existencial), estar-

²⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Petições ADI, ADC e ADPF. Disponível em < <http://www.stf.gov.br>>. Acesso em 29/06/2008.

²¹ BARCELLOS, Ana Paula de. *A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 245/246.

se-ão estabelecendo exatamente os alvos prioritários dos gastos públicos. Apenas depois de atingi-los é que se poderá discutir, relativamente aos recursos remanescentes, em que outros projetos se deverá investir. O mínimo existencial, como se vê, associado ao estabelecimento de prioridades orçamentárias, é capaz de conviver produtivamente com a reserva do possível.

I.1.1.3) Direitos fundamentais de 3ª geração

Surgem no final do século XX e são direitos que não se destinam à proteção do homem, considerado na sua esfera individual ou de determinados grupos sociais (sindicatos, associações, etc.), mas na defesa dos direitos da sociedade como um todo.

Têm como *fonte histórica* a formação de uma sociedade mundial massificada, diversificada em graus de desenvolvimento, marcada pelo fenômeno da globalização, razão pela qual são dotados de uma alta carga de humanismo e universalidade.²²

Essa geração de direitos emergiu da reflexão sobre temas referentes ao desenvolvimento, o direito à paz, ao meio ambiente, à comunicação e ao patrimônio comum da humanidade.

Descortinam-se, assim, segundo Paulo Bonavides, citando a doutrina de Karel Vasak²³, os direitos de solidariedade ou fraternidade, reconhecidos como o direito à paz, ao meio ambiente, ao patrimônio comum da humanidade, à

²² BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 13 ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 569.

²³ *Op. cit.*

comunicação e à autodeterminação dos povos, se direcionando, principalmente, contra a deterioração da qualidade de vida humana e a sua própria extinção.

Nas palavras do Ministro Celso de Mello, os direitos fundamentais de terceira geração “materializam poderes de titularidade coletiva atribuídos genericamente a todas as formações sociais”.²⁴

Impende salientar que a doutrina costuma relacionar as diferentes gerações dos direitos e garantias fundamentais ao tema da Revolução Francesa: liberdade (1ª geração), igualdade (2ª geração) e fraternidade (3ª geração).

Por fim, vale transcrever a crítica de Norberto Bobbio que, ao comentar sobre as classificações e fundamentações dos direitos humanos, disparou que “não se trata de saber quais e quantos são esses direitos, qual é a sua natureza e seu fundamento, se são direitos naturais ou históricos, absolutos ou relativos, mas sim qual é o modo mais seguro para garanti-los, para impedir que, apesar das solenes declarações, eles sejam continuamente violados”.²⁵

1.1.1.4) Direitos fundamentais de 4ª geração:

Para Paulo Bonavides²⁶, os direitos fundamentais de quarta geração são uma reação a um momento de globalização da teoria neoliberal e correspondem à derradeira fase de institucionalização do Estado Social.

²⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança 22.164/SP de 1995. Disponível em <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em 22/06/2008.

²⁵ NOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 25.

²⁶ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 13 ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 570.

Assim, para o renomado constitucionalista cearense, são direitos de quarta geração o direito à democracia, o direito à informação e o direito ao pluralismo. Afirma ainda que esses direitos compendiam o futuro da cidadania, sendo que somente com eles será legítima e possível a globalização política.

Sarlet, posicionando-se favoravelmente ao reconhecimento de uma quarta geração, afirma ser notável essa classificação de Bonavides, vez que ela “é o resultado da globalização dos direitos fundamentais, no sentido de uma universalização no plano institucional, que corresponde (...) à derradeira fase de institucionalização do Estado. Social.”²⁷

Por fim, sobre a quarta geração de direitos fundamentais, conclui o doutrinador gaúcho que:

*a proposta do professor Bonavides, comparadas com as posições que arrolam os direitos contra a manipulação genética, mudança de sexo, etc., como integrando a quarta geração, oferece a nítida vantagem de construir, de fato, uma nova fase no reconhecimento dos direitos fundamentais, qualitativamente diversa das anteriores, já que não se cuida apenas de vestir com roupagem nova reivindicações deduzidas, em sua maior parte, dos clássicos direitos de liberdade.*²⁸

1.1.1.5) Crítica à expressão “geração” de direitos fundamentais

A expressão “dimensão” substitui com vantagem lógica e qualitativa a expressão “geração” no que toca à designação de direitos fundamentais, vez que

²⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 9 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 58.

²⁸ *Op. cit.* p. 59.

essa última “pressupõe sucessão, enquanto a primeira (geração) dá uma idéia de coexistência desses direitos.”²⁹

Com o surgimento de novos direitos fundamentais a categoria antecedente não se esvai, ao reverso, reafirma o seu relevo na teia dos direitos fundamentais. Ademais, os novos direitos, além de proporcionar à geração anterior um novel significado interpretativo, acrescentam outros valores ao seu já rico conteúdo axiológico.

Nesse sentido, tem-se como exemplo o direito à propriedade que, consagrado como direito fundamental de primeira dimensão, garantia o exercício desse direito em caráter isolado, tal como preceituava o individualismo burguês dominante na época.

Com a proclamação dos direitos de segunda dimensão, o direito à propriedade não desaparece. Pelo contrário, num contexto de direitos sociais a propriedade ganha ainda mais importância, passando-se a reconhecer a sua função social.

Da mesma maneira, quando surgem os direitos de terceira dimensão a propriedade passa a ter uma nova roupagem para atender aos interesses difusos do século XX, sendo reconhecida a sua função sócio-ambiental.

Como se viu, são gerações de direitos que se interpenetram e se reinventam, sendo que, a cada nova geração, além do surgimento de novos direitos fundamentais - reflexo de uma sociedade em evolução-, surgem novas interpretações aos direitos fundamentais já consagrados, adaptando-lhes à modernidade e oxigenando a sua fundamentalidade.

²⁹ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 13 ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 572.

I.2) CONCEITOS AFINS E CARACTERIZAÇÃO

Leciona Marcelo Novelino³⁰ que várias expressões, a despeito de não possuírem o mesmo significado, têm sido utilizadas indistintamente para denominar os direitos fundamentais do homem. Dentre elas, direitos fundamentais, direitos humanos, direitos humanos fundamentais, liberdades fundamentais, liberdades públicas, direitos do homem, direitos públicos subjetivos, direitos civis e políticos.

Nem todas as expressões acima são hábeis a designar os direitos fundamentais. Na verdade, é assaz difícil a conceituação de forma lógica e sistemática da expressão direitos fundamentais do homem, tendo em vista a sua natureza multifária.

Perez Luño, citado por José Afonso da Silva³¹, arrisca uma definição para o tema, sugerindo o seguinte conceito:

Os direitos humanos são como conjunto de faculdades e instituições que, em cada momento histórico, concretizam as exigências de dignidade, liberdade e igualdade humanas, as quais devem ser reconhecidas positivamente pelo ordenamento jurídico em nível nacional e internacional.

Já um dos clássicos do Direito Público alemão, Konrad Hesse, citado por Bonavides³², afirma que os direitos fundamentais almejam criar e manter os pressupostos de uma vida na liberdade e na dignidade humana. Ainda, ensina Bonavides que “ao lado dessa concepção lata (...), há outra, mais restrita, mais

³⁰ NOVELINO, Marcelo. *Direito Constitucional*. 1 ed. São Paulo: Método, 2007, p. 223/224.

³¹ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional positivo*. 22 ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 179.

³² BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 13 ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 572.

específica e mais normativa, a saber: que os direitos fundamentais são aqueles direitos que o direito vigente qualifica como tais.”³³

Assim, sob o ponto de vista material, os direitos fundamentais variam conforme a ideologia, o grau de maturidade do Estado e a espécie de valores e princípios que a Constituição consagra, razão pela qual cada sociedade tem seus direitos fundamentais específicos.

Outras várias concepções e caracterizações são enumeradas pela doutrina em razão da natureza multifacetada dos direitos fundamentais. Todavia, por não ser esse o tema central desse estudo, passar-se-á ao exame de outra distinção realizada pela doutrina.

I.2.1) Direitos humanos *versus* direitos fundamentais

De início, frise-se que, no que toca à distinção a ser colocada, não há unanimidade na doutrina. Na lição de Canotilho³⁴, em que pese tais expressões figurarem, não raras às vezes, como sinônimas, elas se reportam à esferas distintas de positivação, cujas conseqüências práticas não podem ser desconsideradas.

O termo “direitos humanos” refere-se aos direitos relacionados aos valores de liberdade e igualdade positivados no plano internacional, geralmente

³³ *Op. cit.* p. 560.

³⁴ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7 ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 393.

materializados em declarações esparsas por meio de documentos solenes. Pode ser citada como exemplo a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de San Jose da Costa Rica).

Para Sarlet, citando Perez Luño, os “direitos fundamentais” podem ser conceituados como “um conjunto de direitos e liberdades institucionalmente reconhecidos e garantidos pelo direito positivo de um determinado Estado, tratando-se, portanto, de direitos delimitados espacial e temporalmente, cuja denominação se deve ao caráter básico e fundamentador do sistema jurídico do Estado de Direito.”³⁵

Ainda segundo esse autor, é verdade que há, cada vez mais, uma aproximação e harmonização do conteúdo das declarações universais e dos textos constitucionais, o que não é suficiente para deixar de reconhecer a diferença conceitual entre eles.

Por fim, imperioso destacar que, para gozar de eficácia, os direitos humanos (declarações no plano internacional), ao contrário dos direitos fundamentais (positivados na Constituição), dependem de recepção na ordem jurídica interna, a qual fixará, ainda, seu *status* jurídico-normativo no ordenamento interno, conforme será examinado no próximo tópico.

³⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 9 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 58.

I.3) HIERARQUIA DAS NORMAS DE TRATADOS DE DIREITOS INTERNACIONAIS

Leciona Sarlet³⁶ que existe uma forte corrente em nosso país, da qual são adeptos Flávia Piovesan, Valério Mazzuoli e Pedro Lenza, dentre outros nomes, que defende, com base na cláusula de abertura prevista no art. 5º, §2º, da CF/88, que os tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Brasil integrariam o ordenamento com *status* de norma (materialmente) constitucional.

Até bem pouco tempo, a corrente dominante era daqueles que entendiam que as normas internacionais em comento são recepcionadas em nosso ordenamento jurídico como leis ordinárias³⁷, conforme restou consagrado no julgamento da ADI 1480³⁸, em 04/09/1997, a qual julgou inconstitucional o decreto que inseriu no direito pátrio as normas da Convenção 158 da Organização Mundial do Trabalho (OIT).

Com a edição da Emenda Constitucional nº 45 de 2004, que acrescentou o parágrafo 3º no artigo 5º da CF/88³⁹, a discussão doutrinária acerca do tema parecia, a princípio, ter perdido o seu significado.

³⁶ *Op. cit.* p. 71.

³⁷ “Os tratados ou convenções internacionais, uma vez regularmente incorporados ao direito interno, situam-se, no sistema jurídico brasileiro, nos mesmos planos de validade, de eficácia e de autoridade em que se posicionam as leis ordinárias, havendo, em consequência, entre estas e os atos de direito internacional público, mera relação de paridade normativa.” (trecho extraído do inteiro teor da decisão prolatada na ADI 1480/STF).

³⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Petições ADI, ADC e ADPF. Disponível em <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em 29/06/2008.

³⁹ Art. 5º, § 3º: “Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.”

Ocorre que, em recente voto, no julgamento do Recurso Extraordinário nº 466.343/SP, o Ministro Gilmar Mendes, embasado nas normas de direito comparado e no de Direito Tributário pátrio, afirmou que os tratados internacionais de direitos humanos possuem natureza de **norma supralegal**, ou seja, numa escala de hierarquia estariam localizados acima da lei ordinária e abaixo da Constituição, valendo transcrever alguns trechos do voto.

Por conseguinte, parece mais consistente a interpretação que atribui a característica de supralegalidade aos tratados e convenções de direitos humanos. Essa tese pugna pelo argumento de que os tratados sobre direitos humanos seriam infraconstitucionais, porém, diante de seu caráter especial em relação aos demais atos normativos internacionais, também seriam dotados de um atributo de supralegalidade. Em outros termos, os tratados sobre direitos humanos não poderiam afrontar a supremacia da Constituição, mas teriam lugar especial reservado no ordenamento jurídico. Equipará-los à legislação ordinária seria subestimar o seu valor especial no contexto do sistema de proteção dos direitos da pessoa humana. (...)

Na experiência do direito comparado, é válido mencionar que essa mesma qualificação é expressamente consagrada na Constituição da Alemanha que, em seu art. 25, dispõe que “as normas gerais do Direito Internacional Público constituem parte integrante do direito federal. Elas prevalecem sobre as leis e produzem diretamente direitos e deveres para os habitantes do território nacional”. Anoto, ainda, que o mesmo tratamento hierárquico-normativo é dado aos tratados e convenções internacionais pela Constituição da França de 1958 (art. 55) e pela Constituição da Grécia de 1975 (art. 28).

No Direito Tributário, ressalto a vigência do princípio da prevalência do direito internacional sobre o direito interno infraconstitucional, previsto pelo art. 98 do Código Tributário Nacional. Há, aqui, uma visível incongruência, pois admite-se o caráter especial e superior (hierarquicamente) dos tratados sobre matéria tributária em relação à legislação infraconstitucional, mas quando se trata de tratados sobre direitos humanos, reconhece-se a possibilidade de que seus efeitos sejam suspensos por simples lei ordinária.

Nesse julgamento o STF analisa a prisão civil por dívida, em virtude do Decreto-lei 911/1969, o qual equipara o devedor - decorrente de inadimplemento em contrato de alienação fiduciária - ao depositário infiel.

A despeito de faltar ainda o voto de alguns Ministros, a maioria (oito julgadores) já decidiu que o Pacto São José da Costa Rica tem *status supralegal* e, assim, nesse particular, torna letra morta o famigerado Decreto-lei, que havia sido recepcionado no novo ordenamento constitucional como lei ordinária, conforme se extrai da conclusão do já mencionado voto:

Portanto, diante do inequívoco caráter especial dos tratados internacionais que cuidam da proteção dos direitos humanos, não é difícil entender que a sua internalização no ordenamento jurídico, por meio do procedimento de ratificação previsto na Constituição, tem o condão de paralisar a eficácia jurídica de toda e qualquer disciplina normativa infraconstitucional com ela conflitante.

*Nesse sentido, é possível concluir que, diante da supremacia da Constituição sobre os atos normativos internacionais, a previsão constitucional da prisão civil do depositário infiel (art. 5º, inciso LXVII) não foi revogada pela ratificação do Pacto Internacional dos Direitos Cívicos e Políticos (art. 11) e da Convenção Americana sobre Direitos Humanos – Pacto de San José da Costa Rica (art. 7º, 7), **mas deixou de ter aplicabilidade diante do efeito paralisante desses tratados em relação à legislação infraconstitucional que disciplina a matéria, incluídos o art. 1.287 do Código Civil de 1916 e o Decreto-Lei nº 911, de 1º de outubro de 1969.** (grifos).*

Tendo em vista o caráter supralegal desses diplomas normativos internacionais, a legislação infraconstitucional posterior que com eles seja conflitante também tem sua eficácia paralisada. É o que ocorre, por exemplo, com o art. 652 do Novo Código Civil (Lei nº 10.406/2002), que reproduz disposição idêntica ao art. 1.287 do Código Civil de 1916.

Enfim, desde a ratificação pelo Brasil, no ano de 1992, do Pacto Internacional dos Direitos Cívicos e Políticos (art. 11) e da Convenção Americana sobre Direitos Humanos – Pacto de San José da Costa Rica (art. 7º, 7), não há base legal para aplicação da parte final do art. 5º, inciso LXVII, da Constituição, ou seja, para a prisão civil do depositário infiel.

De qualquer forma, o legislador constitucional não fica impedido de submeter o Pacto Internacional dos Direitos Cívicos e Políticos e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos – Pacto de San José da Costa Rica, além de outros tratados de direitos humanos, ao procedimento especial de aprovação previsto no art. 5º, § 3º, da Constituição, tal como definido pela EC nº 45/2004, conferindo-lhes status de emenda constitucional.

O entendimento acima esposado foi reiterado, por unanimidade, pela Segunda Turma no julgamento do *Habeas Corpus* nº 90.172/SP do qual se extrai o seguinte trecho:

*A Turma deferiu habeas corpus (...). Em seguida, asseverou-se que o tema da legitimidade da prisão civil do depositário infiel, ressalvada a hipótese excepcional do devedor de alimentos, encontra-se em discussão no Plenário (RE 466343/SP, v. Informativos 449 e 450) e conta com 7⁴⁰ votos favoráveis ao reconhecimento da inconstitucionalidade da prisão civil do alienante fiduciário e do depositário infiel. Tendo isso em conta, entendeu-se presente a plausibilidade da tese da impetração. Reiterou-se, ainda, o que afirmado no mencionado RE 466343/SP no sentido de que os tratados internacionais de direitos humanos subscritos pelo **Brasil possuem status normativo supralegal**, o que torna inaplicável a legislação infraconstitucional com eles conflitantes, seja ela anterior ou posterior ao ato de ratificação e que, desde a ratificação, pelo Brasil, sem qualquer reserva, do Pacto Internacional dos Direitos Cívicos e Políticos (art. 11) e da Convenção Americana sobre Direitos Humanos - Pacto de San José da Costa Rica (art. 7º, 7), não há mais base legal para a prisão civil do depositário infiel.⁴¹*

Assim, não obstante a vasta discussão doutrinária que ainda circunda o tema, após a recente decisão do STF (a partir do RE 466.343/SP) e, desde que não seja observado o procedimento do § 3º do art. 5º da CF, conclui-se que há um terceiro gênero de normas legais: no patamar de baixo está a legalidade, no topo está a Constituição e no andar do meio encontram-se os Tratados de Direitos Humanos.

Portanto, nos termos do voto do Ministro Gilmar Mendes- posição hoje dominante no Pretório Excelso-, há 3 situações no que toca à hierarquia dos tratados internacionais no atual ordenamento jurídico, a saber:

- Os tratados internacionais de direitos humanos aprovados em 2 turnos por voto de 3/5 dos membros de ambas as casas do Congresso são equivalentes às emendas constitucionais, por força do art. 5º, §3º da CF/88;

⁴⁰ Atualmente, já são 8 (oito) votos a favor do status supra legal dos tratados de direito internacional ratificados pela República Federativa do Brasil.

⁴¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Inteiro teor de acórdãos. Disponível em <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em 29/06/2008.

- Os Tratados Internacionais de Direitos Humanos que não forem aprovados por esse processo legislativo, teriam *status* supralegal;

- Quanto aos tratados que não versem sobre direitos humanos, esses teriam *status* de lei ordinária.

I.4) CLASSIFICAÇÃO

Há várias classificações para os direitos fundamentais, dentre as quais adotou-se a versão tripartida adotada por Georg Jellinek, citado por Sarlet⁴², ante a facilidade de compreensão que essa taxonomia traz para a matéria em exame:

a) Direitos de defesa (*status negativus*): caracterizam-se por exigir do Estado, sobretudo, um dever de abstenção (com caráter negativo), impedindo sua ingerência na autonomia dos indivíduos. Portanto, limitam o poder do Estado com o intuito de preservar as liberdades individuais, impondo-lhe o dever de não interferir, não se intrometer, não reprimir e não censurar.

b) Direitos a prestações (*status positivus*): ao contrário dos direitos da categoria anterior, possuem natureza positiva, impondo ao Estado um dever de agir. Objetivam a realização de condutas ativas por parte do Estado, seja para **proteger** certos bens jurídicos contra terceiros, seja para **promover** ou garantir as

⁴² SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 9 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 174.

condições de fruição desses bens. Englobam o direito à prestações materiais ou jurídicas.

c) Direitos de participação (*status activus*): é constituída pelos direitos orientados a garantir a participação do cidadão na formação da vontade do Estado. Segundo Sarlet, com o reconhecimento desse *status* “o cidadão passa a ser considerado titular de competências que lhe garantem a possibilidade de participar ativamente da formação da vontade estatal, como, por exemplo, pelo direito ao voto.”⁴³

I.5) OS DIREITOS FUNDAMENTAIS E A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Pontua Maria Celina Bodin de Moraes que “o respeito à dignidade da pessoa humana, fundamento do imperativo categórico kantiano, de ordem moral, tornou-se comando jurídico no Brasil com o advento da Constituição Federal de 1988, do mesmo modo que já havia ocorrido em outras partes do mundo.”

Por sua vez, Sarlet⁴⁴, ciente da divergência doutrinária acerca da classificação da dignidade da pessoa humana como direito fundamental, ensina que a grande maioria dos autores classifica a dignidade da pessoa humana como um atributo intrínseco ao ser humano, razão pela qual não pode ser concedida

⁴³ *Op. cit.* p. 175.

⁴⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e os Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 5 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 71.

pelo o ordenamento jurídico. Assim, afirma não ser correta a afirmação de que ela é um direito fundamental ou, ainda, que existe um “direito à dignidade”.

De fato, o que há é um direito ao reconhecimento, ao respeito, à proteção e à promoção da dignidade da pessoa humana, podendo-se, inclusive, apontar um direito à existência digna.⁴⁵

Por outro lado, impende esclarecer que o art. 1º, inciso III, da CF/88,⁴⁶ não consubstancia apenas uma mera declaração ética e moral, mas sim uma norma jurídico-positiva dotada, em sua plenitude, de *status* constitucional material e formal.

Ao lado dessa função normativa, consoante o magistério de Sarmiento, há que se reconhecer que a dignidade da pessoa humana representa “o epicentro axiológico da ordem constitucional, irradiando seus efeitos sobre todo o ordenamento jurídico e balizando não apenas os atos estatais, mas também toda a miríade de relações privadas que se desenvolvem no seio da sociedade civil e no mercado”.⁴⁷

Nesse sentido, aduz Sarlet que, na sua perspectiva principiológica, “a dignidade da pessoa atua, portanto – no que comunga das características das

⁴⁵ *Op. cit.*

⁴⁶ Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

I – *omissis*.

II – *omissis*.

III - a dignidade da pessoa humana;

⁴⁷ SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2004, p.224.

normas-princípio em geral – como um mandado de otimização, ordenando sua a proteção e promoção.”⁴⁸

Ainda, assevera Maria Celina Bodin de Moraes que “da mesma forma que Kant estabeleceu para ordem moral, é na dignidade humana que a ordem jurídica democrática se apóia e constitui-se.”⁴⁹

Para Marcelo Novelino, citando José Carlos Vieira de Andrade, “a exigência de cumprimento e promoção dos direitos fundamentais encontra-se estreitamente vinculada ao respeito à dignidade da pessoa humana, razão pela qual esses direitos são pressupostos elementares de uma vida humana livre.”⁵⁰

Aliás, não é raro a dignidade ser apontada como a base dos direitos fundamentais. Assim já decidiu o Supremo Tribunal Federal ao indeferir o pedido de extradição (Ext 633/CH), feito pelo governo da República Popular da China, de acusado de crime de estelionato, crime punível, naquele país, com pena de morte. No Julgado restou consubstanciado, dentre outras coisas, que o fato do estrangeiro ostentar a condição jurídica de extraditando não basta para “reduzi-lo a um estado de submissão incompatível com a essencial dignidade que lhe é inerente como pessoa humana e que lhe confere a titularidade de direitos fundamentais inalienáveis”⁵¹

Isso se deve ao fato de que, com reconhecimento da dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos de nossa República, o Poder Constituinte

⁴⁸ *Op. cit.* p. 74.

⁴⁹ MORAIS, Maria Celina Bodin de. *O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo*. In Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado. org. Ingo Wolfgang Sarlet. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 116.

⁵⁰ NOVELINO, Marcelo. *Direito Constitucional*. 2 ed. São Paulo: Método, 2008, p. 249.

⁵¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Inteiro teor de acórdãos. Disponível em <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em 29/06/2008.

ordenou aos Poderes Públicos a obrigação de observar, promover e proteger os direitos fundamentais.⁵²

Nesse sentido, a expressão **observar** traduz a vedação imposta aos poderes públicos de realizar atividades prejudiciais à dignidade da pessoa humana. Essa abstenção, exigida do Estado em face dos particulares, como já mencionado, deriva dos direitos fundamentais surgidos ainda no século XVIII (1ª dimensão) e foi denominada pela doutrina de eficácia vertical dos direitos fundamentais.

Já o verbo **promover** consiste em proporcionar, através de ações materiais positivas, os meios indispensáveis para que todos tenham acesso aos direitos fundamentais.

No que tange ao dever de **proteção**, esse implica numa ação positiva por parte desses poderes no sentido de defender os direitos humanos contra qualquer espécie de violação. Vale salientar que essa ação não consiste numa proteção em face da necessidade material - como no dever de promoção-, mas sim uma intervenção frente à atuação de particulares que possam violá-lo.

Assim, para melhor atender a esse anseio humanista de proteção da dignidade da pessoa também nas relações travadas entre os particulares, desenvolveu-se a teoria da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, a qual será amplamente analisada nos próximos capítulos, notadamente nas relações trabalhistas.

⁵² SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2004, p.119.

CAPÍTULO II

A EFICÁCIA PRIVADA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

II.1) A EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

O presente capítulo tem como finalidade expor de maneira clara e sistemática as diversas teorias sobre a incidência dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, examinando-as à luz do direito comparado de diversos países, dentre eles, Estados Unidos, Canadá, Alemanha, França, Espanha, Portugal, Itália, Argentina e, finalmente, Brasil.

O estudo englobará, ainda, a justificativa doutrinária e jurisprudencial para a adoção de cada teoria em estudo, bem como as suas respectivas críticas.

As teorias que justificam ou rejeitam a eficácia dos direitos fundamentais na ordem jurídica privada estão divididas em vários grupos, razão pela qual optou-se por uma análise pormenorizada apenas daquelas mais significativas, do ponto de vista dogmático e jurisprudencial.

II.2) TEORIA NEGATIVISTA DA EFICÁCIA PRIVADA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Ensina Daniel Sarmento⁵³ que, na Alemanha, logo após o surgimento da teoria da eficácia horizontal (ou privada) dos direitos fundamentais, houve uma forte reação de parte da doutrina nacional que, baseada no liberalismo clássico, afirmava que os direitos fundamentais representavam exclusivamente direitos de defesa contra o Estado.

Ainda segundo aquele autor, os doutrinadores alemães, que negavam a teoria da eficácia privada dos direitos fundamentais, baseavam-se na própria Lei Fundamental de Bonn, afirmando que esse diploma constitucional previa, expressamente, apenas a vinculação do Estado.

Nesse sentido é o art. 1.3 da Lei Fundamental da República Federativa da Alemanha que dispõe: “Os direitos fundamentais definidos abaixo vinculam o Legislativo, o Executivo e o Judiciário como direitos **diretamente aplicáveis**.”⁵⁴

Há, no referido texto constitucional, no art. 9.3, apenas um direito fundamental com eficácia privada expressamente determinada: a liberdade de associação sindical, a qual deve ser respeitada por empregadores privados.

Contudo, a corrente que negava a eficácia horizontal dos direitos fundamentais na Alemanha praticamente desapareceu, após essa eficácia ser

⁵³ SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2004, p.224.

⁵⁴ BRASIL. Presidência da República. Constituição da Alemanha. Disponível em <<http://archiv.jura.uni-saarland.de/BIJUS/grundgesetz/>>. Acesso em 22/07/2008.

reconhecida por reiteradas decisões do Tribunal Constitucional Federal, todas proferidas a partir da década de 50.

O primeiro desses casos foi o de Lüth, um cidadão alemão que, em 1950, incentivou o boicote ao filme que dizia ser anti-semita, eis que filmado por Veit Harlan, diretor de maior destaque do período nazista. Ele referia-se, em especial, ao filme *Jud Suss*, o filme líder da propaganda nazista anti-semita.

Examinado o caso, o Tribunal Distrital de Hamburgo decidiu que Lüth deveria deixar de promover qualquer boicote ao novo filme de Harlan, “Amante Imortal” (*Unsterbliche Geliebte*), ao fundamento de que incitar o boicote a filmes como esse violava o art. 826 do Código Civil Alemão, que veda a ofensa aos bons costumes, sendo contrário à política pública.

Lüth apresentou um recurso constitucional contra a sentença, a qual foi reformada pelo Tribunal Constitucional Federal alemão, consoante decisão narrada por Robert Alexy⁵⁵:

A Corte Constitucional Federal Alemã considerou a incitação ao boicote de Lüth a tais filmes como “prima facie” protegida pela liberdade de expressão garantida na primeira seção⁵⁶ do art. 5º da Lei Fundamental. A segunda seção⁵⁷ do art. 5º da Lei Fundamental, no entanto, contém três cláusulas limitadoras da liberdade de expressão garantida na primeira. A primeira delas seria de uma “lei geral”. O Tribunal

⁵⁵ ALEXY, Robert. Direitos Fundamentais, Balanceamento e Racionalidade. 2003. Disponível em <http://aprender.unb.br/file.php/350/moddata/forum/1622/44598/DIREITOS_FUNDAMENTAIS_BALANCEAMENTO_E_RACIONALIDADE_-_Robert_Alexy_2_.pdf>. Acesso em 15/09/2008.

⁵⁶ Inteiro teor da primeira seção do art. 5º:

1. Todos têm o direito de exprimir e divulgar livremente a sua opinião pela fala, escrita e imagens, e de se informar, sem qualquer entrave, através das fontes que são acessíveis a todos.
2. As liberdades de imprensa e de informação através do rádio, televisão e cinema estão garantidas.
3. Nenhuma censura tem lugar.

⁵⁷ Inteiro teor da segunda seção do art. 5º:

Tais direitos encontram limites nas prescrições das leis gerais, nas disposições legais para proteger a juventude e ao direito de honra pessoal.

Constitucional reconheceu que o art. 826 do Código Civil, aplicado pelo Tribunal de Hamburgo, era uma lei geral no sentido da primeira cláusula limitadora, o dispositivo referente à “lei geral” (Decisões da Corte Constitucional Federal, BverfGE, vol. 7, 198, 211f.). É precisamente neste aspecto que a dicotomia entre construção estreita e estrita, ou seja, a construção de regra, e a ampla e extensa, ou seja, a de princípio, entra em cena. Se se segue a construção de regra, a tarefa é simplesmente responder a duas questões. A primeira é se a incitação de Lüth é um caso que se enquadra na liberdade de expressão. A resposta da Corte Constitucional foi afirmativa e eu acredito que essa foi uma resposta correta. A segunda questão é saber se o art. 826 do Código Civil Alemão se aplica ao caso. O que deve se verificar quando a incitação ao boicote for contra a política pública (public policy). O Tribunal de Hamburgo argumentou que a incitação de Lüth fora indubitavelmente contra a política pública (public policy), pois visava evitar a soerguimento de Harlan como um grande diretor de cinema, não obstante o fato de ele não somente haver passado pelo processo de “Desnazificação” mas também não haver sido condenado em uma ação penal por crime de guerra. Neste caso, a incitação ao boicote deve ser declarada – segundo o Tribunal de Hamburgo – uma ação contrária às “convicções do Direito e da moral do povo alemão” (BverfGE, vol. 7, 198, 201).

*A Corte Constitucional argumentou que não seria suficiente observar esses dois supostos isolados (BverfGE, vol. 7, 198, 207f.). Ao contrário, a Corte requereu que houvesse um balanceamento ou um sopesamento dos princípios constitucionais colidentes em que a aplicação de regras do Direito Civil poderia limitar um direito constitucional. O resultado do seu balanceamento foi que ao princípio da liberdade de expressão deveria ser dado prioridade sobre considerações constitucionais concorrentes. **Ele exigiu que o dispositivo “contra a public policy” do art. 826 do Código Civil Alemão fosse interpretado de acordo com essa prioridade.** Em uma palavra, Lüth ganhou.*

Os Tribunais cíveis consideraram ilícito o boicote, por ser ofensivo aos bons costumes, nos termos do disposto no § 856 do BGB (Código Civil Alemão). Em resposta ao recurso constitucional impetrado pelo Sr. Lüth, o Tribunal Constitucional Federal cassou a sentença, com base no § 826 também do BGB, vez que ocorrera, naquele caso, violação ao direito de liberdade de opinião. (Grifos). (ALEXY, Robert, 2003, p. 135)

Portanto, a partir dessa decisão reconhecendo que as cláusulas gerais de Direito Privado devem ser interpretadas à luz dos preceitos fundamentais, os Tribunais alemães firmaram o entendimento de que era possível a eficácia dos direitos fundamentais também no campo privado, ficando, desde então, rechaçada, por completo, a idéia de que tais direitos eram dirigidos unicamente contra o Estado.

Foi nos Estados Unidos que essa teoria, que negava a eficácia dos fundamentais entre os particulares, encontrou terreno fértil. Isso se deve ao fato de que a Constituição americana vigente foi promulgada em 1787 à luz, portanto, do ideário liberal-burguês do século XVIII.

Para Juan María Bilbao Ubillos⁵⁸, a teoria da eficácia vertical é uma concepção que deve ser situada em um contexto jurídico e político em que ela surge, o qual não é outro, senão o Estado Liberal de Direito. Acrescenta, ainda, que num regime liberal a serviço dos interesses da burguesia, as liberdades só dão sua proteção frente ao que se percebe como sua principal ameaça - a possível interferência do poder político.

Assim, a teoria negativista em exame “surge numa época em que o indivíduo era concebido isoladamente no espaço social e político e a Sociedade e o Estado eram considerados dois mundos separados e estanques”.⁵⁹

Com a didática que lhe é peculiar, ensina o catedrático português:

não admira que os direitos fundamentais pudessem ser e fossem exclusivamente concebidos como direitos do indivíduo contra o Estado. Poder-se-ia até afirmar que os direitos fundamentais não podiam deixar de ser então concebidos dessa maneira: para além da natural influência de um contexto favorável, estava em causa uma exigência teórica e prática, visto que os direitos fundamentais tinham precisamente como finalidade a proteção da Sociedade contra intromissões do poder político.

Surgida na conjuntura acima descrita, a lei fundamental estadunidense impõe limitações apenas aos Poderes públicos, não atribuindo aos particulares

⁵⁸ UBILLOS, Juan Maria Bilbao. *¿En que medida vinculan a los particulares los derechos fundamentales?* In Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado. org. Ingo Wolfgang Sarlet. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 320.

⁵⁹ ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos, liberdades e garantias no âmbito das relações entre particulares.* In Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado. org. Ingo Wolfgang Sarlet. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 274.

direitos frente a outros particulares, com exceção apenas da Emenda 13 (de 1865, após a guerra de secessão), que proibiu a escravidão.

Destarte, a negação da eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas encontrou, naquele país, um terreno fecundo para a sua propagação, recebendo o nome de doutrina da *state action*.

Além do citado argumento liberal, essa doutrina “negativista” encontra guarida no pacto federativo norte-americano. Nos Estados Unidos é competência dos Estados-membros, e não da União, legislar sobre direito privado. “Assim, afirma-se que a *state action* preserva o espaço de autonomia dos estados-membros impedindo que as cortes federais, a pretexto de aplicarem a Constituição, intervenham na disciplina das relações privadas.”⁶⁰

Contudo, a partir de 1940, alguns temperamentos à doutrina da *state action* são esboçados pela Suprema Corte americana, ao adotar a denominada *public function theory*. Segundo ela, os particulares que agirem no exercício de atividades de natureza tipicamente estatal, estarão, também, sujeitos às limitações constitucionais voltadas à proteção dos direitos fundamentais.

No magistério de Sarmiento⁶¹, a adoção dessa teoria impede que o Estado deixe de estar vinculado aos direitos fundamentais pela constituição de empresas privadas ou pela delegação das funções típicas de estado aos particulares. Assim, quando se transferir ao setor privado funções de caráter eminentemente público, este assume as mesmas limitações constitucionais impostas aos Poderes Públicos.

⁶⁰ SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2004, p. 228.

⁶¹ *Op. cit.* p. 229.

Ademais, conforme a Suprema Corte daquele país, algumas atividades desenvolvidas por particulares, independentemente de delegação, são de natureza nitidamente estatal, acarretando aos que as exercem os mesmos deveres constitucionais atribuídos ao Estado no que toca aos direitos fundamentais.

Nesse sentido, o supracitado autor menciona alguns julgados dos quais se extrai:

Marsh v. Alabama, 1946. Discutia-se se uma empresa privada, que possuía terras no interior das quais se localizavam ruas, residências, estabelecimentos comerciais etc., podia ou não proibir Testemunhas de Jeová de pregarem no interior da sua propriedade. A Suprema Corte declarou inválida tal proibição, pois ao manter uma “cidade privada” (private owned town), a empresa se equiparava ao Estado e se sujeitava à 1ª Emenda da Constituição norte-americana que assegura a liberdade de culto.

Aplicando a mesma teoria, a Suprema Corte em Evans v. Newton reconheceu a ilicitude da negativa de acesso de negros ao parque privado, mas aberto ao público em geral. Em outra decisão mais recente, proferida em Edmonson v. Leesville Concrete Co. Inc., ela afirmou a invalidade do exercício do direito de recusa de jurados (peremptory jury challenges) por um advogado privado em processo do tribunal do júri, porque ficava evidenciado que a exclusão dos jurados baseara-se na raça destes. Segundo ela [Suprema Corte], a atividade de advogado privado estava, no caso, plenamente integrada à prestação jurisdicional, e sendo esta uma função estatal, dever-se-ia concluir pela sua vinculação ao princípio constitucional da igualdade.

Em outro julgado citado pelo autor, a Suprema Corte americana utilizou a *public function theory* para vincular os partidos políticos (pessoas jurídicas de direito privado) ao princípio constitucional da igualdade, ante a recusa de alguns comitês do sul do país em permitir a filiação de negros.

A jurisprudência estadunidense admite outro caso de vinculação de particulares aos direitos fundamentais - afirma Sarmento⁶² - ao estabelecer uma

⁶² SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2004, p. 231.

conexão mais profunda entre a conduta do ator privado e alguma entidade governamental. Nesse sentido foi o julgado *Shelley v. Kraemer*. Tratava-se de uma convenção privada vinculando os proprietários de vários imóveis de uma região que os proibia de aliená-los a negros. Não obstante, um dos proprietários vendeu seu imóvel para uma família de negros. O caso foi levado à Suprema Corte pelos coobrigados da convenção que não concordaram com a alienação, os quais não lograram êxito na demanda, ficando “decidido que se o Judiciário tutelasse o suposto direito dos autores com base no documento firmado entre os proprietários, ele estaria emprestando a sua força e autoridade a uma discriminação contrária à Constituição.”⁶³

Outra hipótese - ensina o autor - de vinculação dos particulares aos direitos fundamentais previstos no ordenamento constitucional liberal é no caso das entidades privadas que, de algum modo, estiverem recebendo ajudas especiais dos Poderes Públicos, seja sob a forma de benesse fiscal, subsídios, ou qualquer forma de subvenção.

Ante o exposto, o que se revela são verdadeiros artifícios da jurisprudência norte-americana que, ao equiparar o particular ao Poder Público, flexibilizam a *state action* e acabam por vincular diretamente os particulares aos direitos fundamentais.

Nesse ponto, é pertinente trazer à baila a crítica de Virgílio Afonso da Silva, que aduz que a doutrina da *state action* não serviria para negar a aplicação dos direitos fundamentais entre particulares, mas sim para contornar esta proibição inserida na Constituição.

⁶³ *Op. cit.*

Com a devida vênia, não merece guarida a assertiva, uma vez que a doutrina do *state action*, quando foi criada, negava por completo a possibilidade de vinculação dos particulares aos direitos fundamentais. Todavia, com o passar do tempo essa doutrina foi flexibilizada, como já mencionado, tomando novos rumos.

Ocorre que, apesar dos julgados retrocitados, a jurisprudência americana ainda é vacilante e fundamentalmente restritiva ao enfrentar o tema, admitindo, apenas de forma excepcional, a vinculação de particulares aos direitos fundamentais.

Sendo assim, a Suprema Corte não foi capaz de firmar *standards* seguros para a flexibilização da *state action*. Isso, talvez, deva-se ao fato de que o individualismo que caracteriza a Constituição ainda esteja muito arraigado na cultura dos Estados Unidos.

O professor americano Erwin Chemerinsky, citado por Sarmiento⁶⁴, ataca a sustentação doutrinária da *state action*, a qual, permita-nos repetir, baseia-se na proteção da liberdade individual, definindo um espaço de conduta privada que não tem que se adequar à Constituição e, também, na autonomia (legislativa) dos Estados-membros, únicos competentes para regular as relações privadas.

Segundo o catedrático californiano, a doutrina é falha porque “cada vez que se reconhece a liberdade de alguém para violar um direito fundamental de terceiro, ocorre uma restrição ao direito dessa vítima”. Assim, para ele “*a state action só promove a liberdade [autonomia da vontade] se se considerar que a*

⁶⁴ SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2004, p. 235.

liberdade de violar a Constituição é sempre mais importante do que os direitos individuais que são infringidos."⁶⁵

Ainda segundo Sarmento⁶⁶, a despeito de suas fragilidades a doutrina do *state action* também logrou êxito no Canadá, no julgamento do caso *Retail, Wholesale & Department Store Union, Local 580 versus Dolphin Delivery Ltd*, em 1986. Nesse caso, a Suprema Corte canadense decidiu que os direitos previstos na Constituição daquele país não eram aplicáveis aos particulares.

Para Sarlet⁶⁷ a doutrina da *state action* é inconsistente pois, a princípio, nega a vinculação dos particulares aos direitos fundamentais. Contudo, em determinadas situações, nas quais se faz imprescindível tal vinculação, a teoria em exame lança mão de artifícios que equiparam os particulares ao Poder Público, para impedir que ofensas a direitos fundamentais ocorram no âmbito das relações particulares.

II.3) TEORIAS AFIRMATIVISTAS DA EFICÁCIA PRIVADA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

⁶⁵ *Op. cit.* p. 236.

⁶⁶ *Op. cit.* p. 237.

⁶⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. *Direitos Fundamentais e Direito Privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais in A Constituição concretizada*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p. 138.

Em caráter preliminar, em razão da natureza multifuncional dos direitos fundamentais, relevante que se faça uma delimitação do estudo.

É que o presente trabalho visa o exame da eficácia privada apenas dos direitos fundamentais da pessoa do empregado, os quais, conforme já salientado no primeiro capítulo, são denominados de *direitos de defesa ou de proteção*.

Logo, o presente estudo não tem como objetivo tratar da eficácia privada dos direitos fundamentais sociais (direitos prestacionais ou de segunda dimensão), tema esse que mereceria, certamente, um estudo em apartado ante a sua enorme complexidade, mas sim justificar a necessidade da incidência da teoria que permite aplicação dos direitos fundamentais de primeira dimensão na relação entre os particulares, mais precisamente, nas relações de emprego.

Outra limitação necessária, ainda em razão do caráter multifacetado dos preceitos fundamentais, é que como será realizado um exame da eficácia dos direitos fundamentais entre os particulares, por óbvio, estão excluídas do estudo as normas de direitos fundamentais voltadas somente para o Estado, tais como o direito à nacionalidade, direito de asilo, direitos do preso, dentre vários outros dentro do catálogo dos direitos fundamentais que poderiam ser citados.

Ultrapassadas essas notas introdutórias, vale destacar a lição de Sarlet⁶⁸, para quem o reconhecimento da eficácia privada dos direitos fundamentais parte da constatação de que já ultrapassamos o período do Estado Clássico Liberal de Direito, no qual os direitos fundamentais, na condição de direitos de defesa,

⁶⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 9 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 398.

tenham como objetivo proteger o indivíduo de ingerências por parte dos poderes públicos na sua esfera pessoal.

Ademais, já não mais se experimenta, hodiernamente, a separação rígida entre Estado e sociedade, entre público e privado, tão preconizada pelos liberais.

Ainda no magistério daquele autor, vivemos, pelo menos na maioria dos países ao redor do globo, em Estados Sociais de Direito, no qual não apenas o Estado ampliou suas funções e atividades, mas a própria sociedade, cada vez mais, participa do exercício do poder, de maneira que os direitos fundamentais não apenas necessitam de proteção em face do estado, “mas, também, contra os mais fortes no âmbito da sociedade, isto é, os detentores de poder social e econômico, já que é nesta esfera que as liberdades se encontram particularmente ameaçadas.”⁶⁹

Ou seja, não podemos estar atrelados a um passado ligado ao Estado Liberal e ao seu respectivo paradigma – vinculação apenas do Estado no que toca aos direitos fundamentais – se vivemos uma nova realidade, qual seja, o Estado Social.

Assim, dentre as teorias que reconhecem a eficácia entre particulares dos direitos fundamentais, vale destacar as seguintes, ambas surgidas e desenvolvidas pela doutrina alemã:

- teoria da eficácia indireta e mediata (posição dualista);
- teoria da eficácia direta e imediata (posição monista).

⁶⁹ *Op. cit.* p. 399.

Na primeira, a força jurídica dos direitos fundamentais não se operaria entre os particulares de modo direto e imediato, mas apenas mediatamente, por meio de normas e princípios próprios do direito privado.

Vieira de Andrade⁷⁰ ensina que os adeptos dessa teoria defendiam que, no máximo, os preceitos constitucionais serviriam como princípios de interpretação das cláusulas gerais e conceitos indeterminados do direito privado.

Por outro lado, há os que defendem a teoria da eficácia direta e imediata, os quais propugnam pela validade absoluta (*erga omnes*) dos direitos fundamentais.

O que ambas as teorias têm em comum é a superação da concepção liberal-burguesa de que os direitos fundamentais são oponíveis apenas contra o Estado. De igual forma, ambas partem do pressuposto de que os preceitos fundamentais expressam “uma ordem de valores objetiva, cujos efeitos normativos alcançam todo o ordenamento jurídico, no âmbito do que se convencionou a chamar de uma ‘eficácia irradiante’.”⁷¹

Todavia, antes de ingressar no mérito dessas teorias, imperioso se faz o exame dos aspectos terminológicos envolvidos na questão. Como já foi mencionado, ambas as teses surgiram na Alemanha e são tratadas, na doutrina e na jurisprudência, sob vários títulos, notadamente, “eficácia privada”, “eficácia em

⁷⁰ ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos, liberdades e garantias no âmbito das relações entre particulares*. In Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado. org. Ingo Wolfgang Sarlet. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 278.

⁷¹ SARLET, Ingo Wolfgang. *Direitos Fundamentais e Direito Privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais in A Constituição concretizada*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p. 140.

relação a terceiros”, “eficácia externa” e “eficácia horizontal dos direitos fundamentais”.

Na observação de Sarlet⁷² essas duas últimas expressões encontraram suas primeiras formulações na doutrina constitucional alemã. Para o magistrado gaúcho, deve-se afastar a utilização da expressão “eficácia privada”, ao argumento de que é muito genérica. No que toca à expressão cunhada pela jurisprudência constitucional alemã - *eficácia em relação a terceiros (Drittwirkung)* - o ilustre constitucionalista pátrio afirma que o nome tem encontrado uma gama considerável de opositores.

É que, segundo ele, não se trata propriamente de um “nível eficaz (ou de uma terceira classe de destinatários), mas sim de um segundo nível, já que está em pauta a vinculação dos particulares em contraposição à clássica e incontestada vinculação das entidades estatais.”⁷³

O mesmo argumento serve para fundamentar a crítica à expressão *eficácia horizontal*, uma vez que induz à idéia de que há uma certa igualdade entre as partes quando, na verdade, pode-se estar falando de uma relação extremamente assimétrica, com imensas desigualdades entre os particulares envolvidos no conflito, não havendo, pois, “horizontalidade” ou relação horizontal entre as partes.

Bilbao Ubillos, comungando da crítica à expressão *eficácia horizontal*, aduziu que a falta de liberdade nas relações travadas entre os particulares decorre da desigualdade causada pela concentração de poderes sociais, econômicos ou de informação. Sendo assim, conclui: “a relação entre uma pessoa ou entidade

⁷² *Op. cit.* p. 113.

⁷³ *Op. cit.* p. 114.

que exerce um desses poderes e quem está submetido a ela não é precisamente horizontal.”⁷⁴

Já Canotilho, sem tecer críticas aos nomes utilizados para definir a matéria, assevera que em Portugal, inicialmente, a questão foi tratada como *eficácia externa* ou *eficácia em relação a terceiros*, mas que, atualmente, prefere-se o termo “*efeitos horizontais (horizontalwirkung)*” ou a expressão *eficácia dos direitos e liberdades e garantias na ordem jurídica privada (Geltung der Grundrechte in der Privatrechtsordnung)*.”⁷⁵

Em que pesem as críticas aqui expostas, a questão da nomenclatura só foi abordada para que se tenha total conhecimento de todas as expressões que são utilizadas para definir o tema em exame. Todavia, no presente estudo, essas expressões supramencionadas serão tratadas como sinônimas, até mesmo porque não há um consenso doutrinário sobre o nome mais correto a ser utilizado.

II.3.1) Eficácia indireta e mediata dos direitos fundamentais entre particulares

⁷⁴ UBILLOS, Juan Maria Bilbao. *¿En que medida vinculan a los particulares los derechos fundamentales? In* Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado. org. Ingo Wolfgang Sarlet. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 304.

⁷⁵ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7 ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 1286.

Leciona Vieira de Andrade⁷⁶ que esta teoria, denominada de *Mittelbare Drittwirkung*, foi desenvolvida, originariamente, pelo jurista alemão Günter Dürig, em obra publicada em 1956.

Para Dürig, citado por Vieira de Andrade, o princípio constitucional da liberdade (e do livre desenvolvimento da personalidade) deveria continuar a ser o postulado básico, o valor fundamental a se ter em conta na solução do problema. Nesse sentido, o Estado teria obrigação de proteger os direitos fundamentais contra os golpes que lhes sejam desferidos contudo, essa proteção deveria ser feita utilizando-se do direito privado.⁷⁷

Para os idealizadores dessa teoria, submeter a atividade dos sujeitos privados aos mesmos vínculos que limitam a ação do Estado significaria transformar os direitos em deveres, invertendo o seu sentido.

Para Claus-Wilhelm Canaris⁷⁸, o princípio constitucional da liberdade seria prejudicado, não só porque pressupõe, na esfera privada, o poder de disposição os particulares, mas também porque desse alargamento do âmbito de validade dos direitos fundamentais resultaria um aumento intolerável do poder do Estado que, naturalmente, seria erigido a fiscal dos deveres dos indivíduos e, por conseqüência, invadiria todo o domínio da atividade privada, destruindo a sua autonomia.

⁷⁶ ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos, liberdades e garantias no âmbito das relações entre particulares in* Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado. org. Ingo Wolfgang Sarlet. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 277/278.

⁷⁷ *Op. cit.*

⁷⁸ CANARIS, Claus-Wilhelm. *A influência dos direitos fundamentais sobre o direito privado na Alemanha in* Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado. org. Ingo Wolfgang Sarlet. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 227.

Portanto, os defensores da eficácia mediata sustentam que os direitos fundamentais não ingressam nas relações jurídicas privadas como direitos subjetivos que possam ser invocados por um particular frente ao outro. Esses direitos estão sim protegidos, mas por mecanismos de direito privado e não de ordem constitucional.

Para eles, a incidência direta dos direitos fundamentais acabaria suprimindo a autonomia da vontade, desfigurando o Direito Privado como ramo autônomo ao convertê-lo em mera concretização do Direito Constitucional. Consoante Dürig, citado por Sarmento, 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”.⁷⁹

Assim, os direitos fundamentais consistiriam numa ordem de valores que se irradia por todos os campos do ordenamento jurídico, inclusive sobre o direito privado, cujas normas têm que ser interpretadas ao seu lume, isto é, os direitos fundamentais serviriam apenas como princípios de interpretação das cláusulas gerais e conceitos indeterminados do direito privado.

Para Juan María Bilbao Ubillos⁸⁰ essa teoria intermediária, localizada entre os que negam qualquer vinculação de particulares aos direitos fundamentais e os que defendem a eficácia imediata desses direitos entre os atores privados, teve

⁷⁹ SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2004, p. 238.

⁸⁰ UBILLOS, Juan Maria Bilbao. *¿En que medida vinculan a los particulares los derechos fundamentales?* In *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. org. Ingo Wolfgang Sarlet. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 311.

como objetivo evitar as armadilhas de ordem dogmática que dificultaram o reconhecimento generalizado da *Drittwirkung*.

Para Sarmiento⁸¹, a principal diferenciação entre a doutrina de Dürig e os que negam totalmente a vinculação de particulares aos direitos fundamentais (*state action*) é que, para a primeira, tais direitos têm o condão de traçar valores que se irradiam por todo o ordenamento jurídico, inclusive pelo direito privado, cujas normas devem ser interpretadas à sua luz.

Ademais, a operacionalidade dos “direitos fundamentais nas relações privadas estaria vinculada à mediação de órgão estatal [legislativo], que além de estar vinculado diretamente a esses direitos, tem que ser coerente com o dever de proteção que deriva da dimensão objetiva dos direitos fundamentais.”⁸²

Nesse sentido, ensina Canotilho⁸³ que, para a teoria da eficácia indireta, os direitos fundamentais vinculariam *prima facie* o **legislador**, o qual é obrigado a conformar as referidas relações obedecendo aos princípios materiais positivados nas normas constitucionais de direitos, liberdades e garantias.

Logo, para que esses preceitos fundamentais atingissem a sua plena força jurídica, alcançando, inclusive, os particulares, seria necessária a atuação do legislador ordinário para a edição de normas de direito privado, contemplando, nesses diplomas legais, os direitos fundamentais já consagrados constitucionalmente.

⁸¹ SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2004, p. 240.

⁸² UBILLOS, Juan Maria Bilbao. *¿En que medida vinculan a los particulares los derechos fundamentales? In* Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado. org. Ingo Wolfgang Sarlet. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 311.

⁸³ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7 ed. Coimbra: Almedina, 2003, p.1287.

Segundo os adeptos da eficácia indireta ou mediata, a necessidade de intervenção do legislador prestigiaria a segurança jurídica, reduzindo a discricionariedade dos magistrados e aumentando a uniformidade das decisões judiciais na aplicação dos preceitos constitucionais nas relações privadas.

Quanto a essa afirmativa, Bilbao Ubillos⁸⁴ assevera que é compreensível a preocupação de alguns juristas com a ausência de critérios seguros para se invocar diretamente os direitos fundamentais nas relações entre particulares. Contudo, aduz ser inevitável que, em um ordenamento jurídico presidido por uma Constituição normativa e marcado pela expansão dos direitos fundamentais, ocorra determinada dose de insegurança e imprevisibilidade. Por fim, acrescenta que a “lógica dos direitos fundamentais conduz inevitavelmente a esse cenário, uma crescente participação dos juizes, o qual não conduz necessariamente ao caos, mas sim a um modelo de estado de direito eminentemente jurisdicional.”⁸⁵

Ainda para os defensores da teoria de Dürig, ela se conciliaria melhor com os princípios de democracia - participação popular na edição de normas de direito privado - e da separação de poderes.

A incidência dos direitos fundamentais, portanto, seria mediata, porque caberia ao legislador ordinário proteger esses direitos na esfera privada, sem olvidar-se da proteção da autonomia privada.

Nesse contexto, vale salientar a relevante explicação de Sarmento:

Ao judiciário sobraria o papel de preencher as cláusulas indeterminadas criadas pelo legislador, levando em consideração os direitos

⁸⁴ UBILLOS, Juan Maria Bilbao. *¿En que medida vinculan a los particulares los derechos fundamentales?* In Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado. org. Ingo Wolfgang Sarlet. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 313.

⁸⁵ *Op. cit.*

fundamentais, bem como o de rejeitar, por inconstitucionalidade, a aplicação das normas privadas incompatíveis com tais direitos.⁸⁶

Completando a explicação, Vieira de Andrade destaca que na teoria da eficácia indireta:

Quando muito, os preceitos constitucionais serviriam como princípios de interpretação das cláusulas gerais e conceitos indeterminados suscetíveis de concretização, clarificando-os (Wertverdeutlichung), acentuando ou desacentuando determinados elementos de seu conteúdo (Wertakzentuierung, Wertverschärfung), ou em casos extremos, colmatando as lacunas (Werschutzlückenschiessung), mas sempre dentro do espírito do Direito Privado.⁸⁷

Diante dessas limitações, não faltaram críticas contra essa teoria.

Para Canotilho, a *Mittelbare Drittwirkung* supõe a existência de dois ordenamentos “autônomos e horizontais, quando a ordem jurídica civil não pode deixar de compreender-se dentro da ordem jurídica constitucional: o direito civil não é matéria extraconstitucional, é matéria constitucional”.⁸⁸

Outro ponto fraco muito relevante é apontado por Perez Luño, citado por Sarmento⁸⁹, que se remete ao fato de que a eficácia indireta não proporciona uma tutela efetiva dos direitos fundamentais nas relações privadas, já que a proteção de tais direitos dependeria muito da vontade do legislador ordinário.

Bilbao Ubillos, sublinha que essa é uma construção teórica supérflua, já que acaba reconduzindo inteiramente à noção mais do que sedimentada de interpretação conforme a Constituição. E, por fim, afirma que um direito cujo

⁸⁶ SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2004, p. 241.

⁸⁷ ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos, liberdades e garantias no âmbito das relações entre particulares*. In *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. org. Ingo Wolfgang Sarlet. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 277.

⁸⁸ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7 ed. Coimbra: Almedina, 2003, p.1288.

⁸⁹ SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2004, p. 247.

reconhecimento e existência depende da atuação do legislador ordinário não é um direito fundamental.

Apesar das críticas, diversas Cortes Constitucionais adotaram a teoria da eficácia mediata dos direitos fundamentais nas relações privadas como uma forma de compromisso entre “o pendor socializante da teoria da eficácia horizontal direta e a visão liberal clássica dos direitos fundamentais, que os confinava ao campo do direito público”.⁹⁰

Dentre os principais países que abraçaram essa teoria encontram-se a Alemanha e a Áustria.

Quanto à França, aquele autor afirma que não há um grande debate acerca da eficácia privada dos direitos fundamentais, limitando-se o Judiciário a interpretar cláusulas gerais e conceitos indeterminados à luz do texto constitucional, em linha semelhante à preconizada pela doutrina da eficácia horizontal indireta.

Isso pode ser explicado pela tradição de vinculação à estrita legalidade cultivada pelo Judiciário francês, o qual tem suas origens numa visão rígida do princípio de separação dos poderes, “e num respeito sacrossanto à lei, considerada, na linha da filosofia de Rousseau, como expressão da vontade do povo”.⁹¹

II.3.2 - Eficácia direta e imediata dos direitos fundamentais entre particulares

⁹⁰ SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2004, p. 242.

⁹¹ *Op. cit.* p. 249.

A terceira teoria em exame foi criada na segunda metade do século passado “pelo, então, presidente do Tribunal Federal do Trabalho Alemão, Hans Carl Nipperdey.”⁹²

Segundo Sarmento⁹³, Nipperdey afirmou que, embora alguns direitos fundamentais constantes na Constituição alemã vinculem apenas o Estado, existem outros direitos que, pela sua natureza, podem ser diretamente invocados nas relações privadas, independentemente de mediação por parte do legislativo, sendo, destarte, oponíveis *erga omnes*.

A teoria da eficácia direta e imediata dos direitos fundamentais entre particulares foi retomada e desenvolvida, mais tarde, por Walter Leisner que, em tese de cátedra referente ao tema, advogou a idéia de que, “pela unidade do ordenamento jurídico (os direitos fundamentais constituem normas de valor válidas para toda ordem jurídica) e pela força normativa da Constituição, não seria possível aceitar que o direito privado fosse um gueto, à margem da Constituição e dos direitos fundamentais.”⁹⁴

⁹² UBILLOS, Juan Maria Bilbao. *¿En que medida vinculan a los particulares los derechos fundamentales?* In Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado. org. Ingo Wolfgang Sarlet. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 309.

⁹³ SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2004, p. 245.

⁹⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 5 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 400.

Na visão de Vieira de Andrade⁹⁵, a vinculação direta dos particulares é necessária por dois motivos. Primeiramente, porque os direitos fundamentais são princípios constitucionais e por força do princípio da unidade do ordenamento jurídico não poderiam deixar de ser aplicados entre particulares. Ademais, segundo ele, o Estado não pode se furtar ao seu dever de proteção, rechaçando quaisquer ofensas aos direitos fundamentais, ainda que entre particulares.

Reinhold Zeppelius é, também, defensor da eficácia imediata ao afirmar que “se os direitos fundamentais não forem suficientemente protegidos pelo legislador na esfera privada, as normas constitucionais que os consagram produzirão efeito direto de obrigatoriedade nas relações entre cidadãos”.⁹⁶

Todavia, ainda que os direitos fundamentais sejam diretamente aplicáveis às relações privadas, eis que independem da mediação do legislador, eles precisam ser analisados caso a caso para se verificar a existência e a extensão dessa eficácia horizontal.

Ou seja, embora seja defendida a eficácia direta e imediata dos direitos fundamentais na esfera privada, não se nega as especificidades dessa incidência, já que é cediço que o indivíduo é dotado de um poder de autodeterminação da sua vontade. Sendo assim, é imprescindível a ponderação entre o direito fundamental em jogo, de um lado, e a autonomia privada dos particulares envolvidos, do outro.

⁹⁵ ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos, liberdades e garantias no âmbito das relações entre particulares*. In Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado. org. Ingo Wolfgang Sarlet. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 278.

⁹⁶ SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2004, p. 246.

Ademais, no magistério de Canotilho⁹⁷, para que a autonomia privada seja protegida através de uma ponderação de interesses, deverá ser levada em conta a existência ou não de desigualdade entre as partes da relação privada, de tal forma que, quanto maior essa desigualdade, maior será a incidência direta dos direitos fundamentais. Todavia, mesmo numa relação entre pessoas numa suposta posição de igualdade, a autonomia privada poderá ser limitada em prol da proteção a um direito fundamental, como será visto adiante.

Assevera Sarlet⁹⁸ que a literatura jurídica destaca duas constelações diferentes no que toca à vinculação de particulares aos preceitos fundamentais, quais sejam, as relações manifestamente desiguais e as caracterizadas por virtual igualdade.

Aquelas podem ser definidas como relações que se estabelecem entre o indivíduo e os detentores de um poder social ou econômico (exemplo, relação trabalhista) e há um relativo consenso a respeito do transporte direto dos princípios fundamentais para a esfera privada, já que se trata de relações onde há uma nítida assimetria de poder, similar ao que acontece entre o Estado e o particular.

Já no que diz respeito às citadas relações igualitárias, isto é, em que não há exercício de determinado poder por uma das partes, prevalece o princípio da liberdade - e da autonomia privada -, “aceitando-se uma eficácia direta dos direitos fundamentais na esfera privada apenas nos casos em que a dignidade da pessoa

⁹⁷ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7 ed. Coimbra: Almedina, 2003, p.1289.

⁹⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 5 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 401/402.

humana estiver sob a ameaça de uma ingerência indevida na esfera da intimidade pessoal”.⁹⁹

Ainda segundo esse autor, a teoria da eficácia imediata encontrou terreno muito fértil na Espanha, apesar do texto constitucional ser silente sobre a matéria. Isso se deve ao fato do ordenamento jurídico espanhol não possuir ferramentas constitucionais para a omissão legislativa.

Aliás, é essa a principal crítica apontada por Bilbao Ubillos (2006) no que toca a aplicação da teoria mediata dos direitos fundamentais naquele país. Para ele: “o reconhecimento abstrato do dever de proteção não serve muito para a vítima ofendida que invoca em seu favor um direito fundamental cujo exercício não foi regulado pelo legislador ordinário.”¹⁰⁰

Segundo Sarmiento¹⁰¹, diante desse quadro, a doutrina espanhola, majoritariamente, defende a aplicação da teoria da eficácia imediata, dentre os quais, destacam-se: Tomás Quadra-Salcedo, Juan Maria Bilbao Ubillos, Pedro de Vega Garcia, Antonio-Enrique Perez Luño e Rafael Naranjo de la Cruz.

Nesse sentido, insta salientar o magistério de Quadra-Salcedo, citado por Sarmiento, o qual asseverou que:

a obrigação de respeitar os direitos fundamentais pelos cidadãos surge e emana diretamente da constituição e não só das normas inferiores a esta, não é, portanto, um mero reflexo do ordenamento jurídico que pode sofrer as alterações, modificações ou supressões que o legislador decida, sem que haja um núcleo essencial que se deduz diretamente da Constituição e que se impõe a todos os cidadãos.”¹⁰²

⁹⁹ *Op. cit.*

¹⁰⁰ UBILLOS, Juan Maria Bilbao. *¿En que medida vinculan a los particulares los derechos fundamentales? In* Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado. org. Ingo Wolfgang Sarlet. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 312.

¹⁰¹ SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2004, p. 246/247.

¹⁰² *Op. cit.*

Ainda segundo ele, Rafael Naranjo de la Cruz faz uma vigorosa defesa da teoria em exame, afirmando que a tese da eficácia mediata representa a subsistência de uma visão historicamente ultrapassada dos direitos fundamentais como direitos públicos subjetivos voltados apenas contra o Estado, no que tange ao dever de legislar.

Ensina Bilbao Ubillos¹⁰³ que a jurisprudência espanhola arquitetou um engenhoso artifício para que se pudesse levar as demandas envolvendo a eficácia horizontal dos direitos fundamentais ao Tribunal Constitucional da Espanha. É que lá, o *recurso de amparo* - um instrumento processual de defesa dos direitos fundamentais - foi previsto apenas para os casos em que a ofensa é perpetrada pelo Estado, nos termos do artigo 41.2 da Lei Orgânica do Tribunal Constitucional daquele país.

Assim, para que o recurso fosse admitido nos casos de violação desses direitos por particulares, elaborou-se a tese de que a ofensa não é proveniente da conduta do particular, mas sim do Poder Judiciário, quando este não estiver protegendo adequadamente os direitos fundamentais na prestação da tutela jurisdicional.

Já na Itália, o texto constitucional dispõe o seguinte em seu artigo segundo:¹⁰⁴

Art. 2º "A República reconhece e garante os direitos invioláveis do Homem, como indivíduo ou no seio das formações sociais onde

¹⁰³ UBILLOS, Juan Maria Bilbao. *¿En que medida vinculan a los particulares los derechos fundamentales?* In Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado. org. Ingo Wolfgang Sarlet. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 312.

¹⁰⁴ BRASIL. Presidência da República. Constituição da Itália. Disponível em <<http://www.senato.it/documenti/repository/costituzione.pdf>>. Acesso em 22/07/2008.

desenvolve a sua personalidade, e exige o cumprimento dos deveres inescusáveis de solidariedade política, econômica e social.”

Antes de tecer qualquer comentário sobre o citado artigo, vale lembrar que a Constituição italiana é de 1947, elaborada, pois, em um período em que já se pregava o ideário do Estado Social de Direito.

Nessa linha, Sarmiento¹⁰⁵, referindo-se a Vezio Crisafulli, Alessandro Pace, Pietro Perlingeri e Leopoldo Élia, afirma, categoricamente, que a tese da eficácia imediata é majoritária na doutrina italiana. Ainda, assevera que a jurisprudência italiana também abraçou a tese da eficácia imediata dos direitos fundamentais nas relações privadas, relatando o seguinte julgado:

Dentre as decisões mais importantes neste sentido, é possível destacar a proferida na Sentença nº 122/1970, que reconheceu expressamente que existem alguns direitos na Constituição italiana dotados de eficácia erga omnes, os quais protegem as pessoas não apenas das autoridades governamentais, mas, também, de outros atores privados. Naquele caso em que se discutia o exercício da liberdade de manifestação do pensamento, a Corte frisou que ninguém pode atentar contra ela [livre manifestação do pensamento] sem violar bem protegido por uma rigorosa tutela constitucional. Em outras decisões posteriores o mesmo Tribunal ressaltou a eficácia dos horizontal direta do direito à saúde, como na Sentença 202/1991, em que se afirmou que “o reconhecimento do direito à saúde como direito fundamental da pessoa e bem constitucionalmente garantido é plenamente operativo também nas relações de direito privado”.¹⁰⁶

Relevante ressaltar a observação de Canotilho de que a eficácia horizontal dos direitos fundamentais não se limita às discussões internas nos Estados, vez que tais teorias vêm sendo levantadas já no âmbito das convenções internacionais de direitos dos homens. “A chamada Drittwirkung da Convenção Européia dos Direitos do Homem aponta precisamente para a necessidade de proteção dos

¹⁰⁵ SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2004, p. 246/247

¹⁰⁶ *Op. cit.*

direitos do homem perante a vinculação dos mesmos por entidades particulares”.¹⁰⁷

Já a Argentina, consoante Norbert Lösing, citado por Sarmiento¹⁰⁸, foi o primeiro país da América latina a reconhecer a eficácia imediata dos direitos fundamentais, em decisão da sua Suprema Corte, datada de 1958, no julgamento de um recurso de amparo impetrado no caso Samuel Kot. A questão girava em torno da possibilidade de vinculação dos sindicatos (entes privados) aos direitos fundamentais, sendo decidido pela Suprema Corte daquele país que não havia nada na letra e nem no espírito da Constituição que permitia afirmar que a proteção aos chamados direitos humanos estava circunscrita apenas ao ataques advindos das autoridades públicas.¹⁰⁹

Em Portugal, a teoria alemã em comento desembarcou com vários adeptos, dentre eles, nomes de constitucionalistas de relevo internacional, tais como José Carlos Vieira de Andrade, Canotilho, Vital Moreira e Ana Prata.

Para tanto, baseiam-se no art. 18.1 da Lei Maior lusitana que dispõe¹¹⁰:

*Artigo 18.º
(Força jurídica)*

*1. Os preceitos constitucionais respeitantes aos direitos, liberdades e garantias são **directamente aplicáveis e vinculam as entidades públicas e privadas.** (grifos).*

¹⁰⁷ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7 ed. Coimbra: Almedina, 2003, p.1290.

¹⁰⁸ SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2004, p.258.

¹⁰⁹ Op. cit.

¹¹⁰ BRASIL. Presidência da República. Constituição de Portugal . Disponível em <http://www.portugal.gov.pt/Portal/PT/Portugal/Sistema_Politico/Constituicao/06Revisao/constituicao_p02.htm> Acesso em 22/07/2008.

Portanto, ante a literalidade do texto da Constituição portuguesa, resta uma tarefa árdua aos doutrinadores portugueses que não comungam da teoria da eficácia privada direta dos direitos fundamentais.

Para Ana Prata, citada por Sarmento¹¹¹, a Constituição portuguesa tem, como um de seus valores, a consagração da igualdade substancial e de liberdade, voltada para a eliminação da exploração do homem pelo próprio homem, razão pela qual não há alternativa para a efetividade desses princípios senão aceitar a vinculação dos particulares aos direitos fundamentais, fenômeno que a Professora da Faculdade de Direito de Lisboa deu o nome de oponibilidade interprivada dos direitos fundamentais.

Interpretando o preceito constitucional, Vieira de Andrade¹¹² é pela aplicação da teoria imediata, contudo compreendida dentro de um contexto variável de soluções, já que é certo que o texto da Lei Maior é claro ao permitir a vinculação de entidades privadas, mas não diz em quais termos se processa essa vinculação.

Afirma que as situações de poder social são muitas e diferenciadas, assim como deve ser variável o grau e a medida da aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais a ser utilizado na resolução de determinado caso concreto entre particulares.

¹¹¹ SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2004, p.252/253.

¹¹² ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos, liberdades e garantias no âmbito das relações entre particulares*. In *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. org. Ingo Wolfgang Sarlet. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 289.

Assim, o constitucionalista lusitano ensina que a “vinculação deve ser gradativa, devendo o juiz ponderar os interesses em jogo, tendo em conta o diferente peso dos direitos e das liberdades nas situações concretas.”¹¹³

Aliás, pouco consenso há no que toca à eficácia privada dos direitos fundamentais. No plano doutrinário, ainda é vacilante qual a teoria a ser adotada e em qual intensidade.

Bilbao Ubillos, fazendo um balanço desses quarenta anos de divergência doutrinária, aduz que existe um amplo acordo em torno da idéia de que os direitos fundamentais têm algum tipo de vigência social e que “se admite, generalizadamente, que o reconhecimento dos direitos fundamentais implica em diferentes conseqüências para os poderes públicos e privados.”¹¹⁴

Também tratando do embate entre a teoria mediata e a teoria imediata, e qual a intensidade em que deve ser essa última aplicada, Vieira de Andrade¹¹⁵ ensina que há alguns pontos de convergência na doutrina. Um desses pontos é que os sujeitos privados que gozam do chamado poder social não podem ser tratados como quaisquer outros indivíduos, devendo ser consideradas ilícitas nas relações privadas as diferenças de tratamento ou restrições à dignidade da pessoa humana. Outro ponto, é que não se pode destruir a autonomia privada, nem negar a liberdade negocial.

¹¹³ *Op. cit.*

¹¹⁴ UBILLOS, Juan Maria Bilbao. *¿En que medida vinculan a los particulares los derechos fundamentales?* In Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado. org. Ingo Wolfgang Sarlet. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 311.

¹¹⁵ ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos, liberdades e garantias no âmbito das relações entre particulares in* Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado. org. Ingo Wolfgang Sarlet. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 285.

Assim, a despeito da vasta divergência, pode-se concluir que há pressupostos comuns na doutrina aqui apresentada, no que toca à aplicação da eficácia privada direta dos direitos fundamentais. São eles:

- Quanto maior for a desigualdade, mais intensa deverá ser a proteção ao direito fundamental em jogo e, conseqüentemente, menor a tutela da autonomia privada;

- Já diante de uma situação mais igualitária entre as partes, a autonomia vai receber uma proteção maior, ficando o direito fundamental que com ela entra em conflito mais suscetível a restrições.

Por outro lado, também tem que ser levado em conta, no momento da ponderação de interesses entre o direito fundamental e a autonomia privada, ainda que em relações marcadas pela igualdade entre as partes, o fato de que deve ser respeitado um núcleo mínimo dos direitos fundamentais, sob pena de se proporcionar uma garantia incompleta à dignidade da pessoa humana.

Na lição de Sarmiento¹¹⁶, o peso da autonomia privada numa ponderação de interesses varia não apenas de acordo com o grau de desigualdade na relação jurídica, mas também em função da natureza da questão em exame. Isso porque há uma enorme variedade de situações heterogêneas, que não devem e nem podem ser equiparadas pelo intérprete. “Têm pouco em comum relações como as que existem, por exemplo entre pais e filhos, empregador e empregado, ordem religiosa e seus membros.”¹¹⁷

¹¹⁶ SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2004, p.308.

¹¹⁷ *Op. cit.*

Assim, diante de uma questão de autonomia existencial, ligada à dimensão afetiva, emocional, da personalidade ou à privacidade do indivíduo, deverá ser atribuído à autonomia privada um peso maior na ponderação de interesses.

Já no campo das relações econômicas, Sarmiento¹¹⁸ afirma que a essencialidade do bem em jogo é um dos critérios para a aferição da intensidade de proteção dispensada à autonomia privada. Logo, quanto mais o bem envolvido for essencial à vida humana, maior a proteção ao direito fundamental e menor a tutela da autonomia privada. Já se o bem for supérfluo, o raciocínio é justamente o inverso.

Para exemplificar, o constitucionalista brasileiro exemplifica que a limitação à autonomia privada das escolas na admissão de alunos deve ser bem mais intensa do que para uma boate na aceitação de certos clientes, já que a educação é bem mais essencial do que o lazer.

A Constituição da África do Sul, de 1997, conseguiu trazer para seu texto parte desse consenso doutrinário existente, abordando de forma moderna o tema em estudo (até mesmo em razão da sua recente promulgação), prevendo a possibilidade da eficácia direta dos direitos fundamentais, desde que se observe a proporção devida. Vale, portanto, transcrever a seção 8 (2) que trata da matéria:

*As normas sobre direitos fundamentais vinculam as pessoas físicas ou jurídicas, se, e na medida em que, ela seja aplicável, considerando a natureza do direito e a natureza da obrigação imposta por ele*¹¹⁹.

¹¹⁸ *Op. cit.*

¹¹⁹ *Op. cit.* p. 237.

II.3.3) Eficácia dos direitos fundamentais na esfera privada no Brasil

No caso brasileiro, dentre os poucos autores que já se manifestaram sobre o presente tema, a maioria sustentou que a eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas é direta e imediata.

Gustavo Tepedino, abordando a questão sob a perspectiva do Direito Civil-Constitucional, defende a vinculação direta dos particulares aos direitos fundamentais. Para ele, o principal instrumento da tutela da pessoa nas relações entre particulares é o princípio da dignidade da pessoa humana, o qual “é capaz de incidir em todas as situações, previstas ou não, em que a personalidade, entendida como valor máximo do ordenamento, seja o ponto de referência objetivo.”¹²⁰

Já para André Ramos Tavares¹²¹, não se pode negar, em situações de absoluta omissão do legislador, que os direitos fundamentais sejam aplicados nas relações entre os particulares. Na seara processual, observa o autor que a teoria em exame não deve ser aplicada ampla e irrestritamente, sob pena de constitucionalizar todo o Direito, transformando o Supremo Tribunal Federal em uma verdadeira Corte de revisão.

No magistério de Gilmar Mendes, Inocêncio Coelho e Paulo Gonet Branco (2008) a eficácia dos direitos fundamentais é imediata, eis que já superada a

¹²⁰ TEPEDINO, Gustavo. *A Tutela da Personalidade no Ordenamento civil-constitucional Brasileiro in* Temas de Direito Civil. Coord. Gustavo Tepedino. 3 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 49.

¹²¹ TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 440.

concepção de um Estado de Direito meramente formal, “em que os direitos fundamentais somente ganham expressão quando regulados por lei, com o que se expõe o esvaziamento de conteúdo pela atuação ou inação do legislador.”¹²²

Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins¹²³ (2006), contrariando o entendimento majoritário da doutrina brasileira, são pela aplicação da teoria mediata, afirmando que os particulares devem respeitar os direitos fundamentais na exata medida em que estes forem concretizados por leis infraconstitucionais.

O ilustre constitucionalista brasileiro Luís Roberto Barroso advoga, categoricamente, que sob uma ótica “de avanço social, devem-se esgotar todas as potencialidades interpretativas do Texto Constitucional, o que inclui a aplicação direta das normas constitucionais no limite máximo do possível, sem condicioná-las ao legislador infraconstitucional.”¹²⁴

Para Sarmento¹²⁵ a possibilidade da eficácia direta dos direitos fundamentais decorre tanto da característica intervencionista e social da nossa Carta Magna, que contém um generoso elenco de direitos sociais e econômicos (art. 6º e 7º), bem como da previsão de inúmeros direitos voltados especialmente contra particulares, como os direitos trabalhistas do art. 7º.

Além disso, trata-se de uma Constituição que indica como primeiro objetivo fundamental da nossa República (art. 3º, I, CF/88) o de construir uma sociedade livre, justa e solidária.

¹²² MENDES, G; COELHO, I; GONET BRANCO, P. *Curso de Direito Constitucional*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 251.

¹²³ DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria Geral dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, 286.

¹²⁴ BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 260.

¹²⁵ SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2004, p. 279.

Por todos esses fatores é incontroverso que o modelo constitucional brasileiro afastou-se daquela visão liberal de Estado e do seu corolário de que os direitos fundamentais somente são violados por entes estatais.

Outrossim, não há no texto constitucional brasileiro nada que indique a vinculação direta aos direitos fundamentais apenas por parte dos Poderes públicos, com exceção, é claro, de alguns direitos que se destinam necessariamente ao Estado, como os direitos do preso, por exemplo.

Para Ingo Wolfgang Sarlet¹²⁶ a atual Constituição da República Federativa do Brasil, influenciada por outros diplomas constitucionais, dos quais se destacam o art. 18.1 da Constituição Portuguesa, o art. 332 da Constituição do Uruguai e o art. 1º, inciso III, da Lei Fundamental da Alemanha, consagrou, em seu texto, o seguinte dispositivo:

Art. 5º. Omissis

§ 1º - As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.¹²⁷

Contudo, afirma o renomado constitucionalista que a doutrina pátria, assim como acontece no direito comparado, não alcançou um consenso sobre o significado e o alcance do preceito em análise.

Não obstante, o professor gaúcho, defendendo a eficácia imediata dos direitos de defesa, afirma que as características da sociedade brasileira, considerada mais injusta e assimétrica do que a maioria das sociedades de

¹²⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 5 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 293/294.

¹²⁷ BRASIL. Presidência da República. Constituição Federal de 1988. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em 29/08/2008.

primeiro mundo, demandam um reforço na tutela dos direitos fundamentais no campo privado, no qual reinam a opressão e a violência.

Além disso, continua o catedrático, a aplicabilidade imediata e a plena eficácia dos direitos fundamentais de defesa aqui estudados encontram respaldo no fato de que as normas que os consagram receberam do constituinte normatividade suficiente e independem de concretização legislativa. Assim, essas normas “têm por objetivo precípua oportunizar a aplicação imediata, sem qualquer intermediação concretizadora, assegurando a plena justiciabilidade desses direitos, no sentido de sua exigibilidade em juízo.”¹²⁸

Vale ressaltar que a existência de desigualdade entre as partes na relação privada é inerente à sociedade civil, ou seja, no campo das relações privadas também se verifica a existência do binômio poder-sujeição, justificando a proteção dos direitos fundamentais nessa esfera, já que tal assimetria de poder prejudica ou até impede, em muitas das vezes, o exercício dos direitos fundamentais pela parte hipossuficiente.

Partindo dessas premissas, a doutrina nacional clama pela necessidade do estabelecimento de *standards* para a aplicação de cada direito fundamental na relação privada, para que se verifique os casos em que sua incidência deve ou não prevalecer sobre a autonomia da vontade.

A jurisprudência brasileira vem aplicando os direitos fundamentais individuais consagrados na Constituição diretamente na resolução de litígios

¹²⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 5 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 293/294.

privados, embora não adentre, na maioria das vezes, na discussão acerca das teorias jurídicas sobre a forma de vinculação dos particulares a tais direitos.

Vale destacar o Recurso Extraordinário 158215-4¹²⁹, de 30 de abril de 1996, no qual a questão foi levantada perante a Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal. Tratava-se de um caso em que a Cooperativa Mista São Luiz Ltda excluiu associado – sob o fundamento de conduta contrária ao estatuto – sem, contudo, oportunizar ao cooperativado o exercício do contraditório e da ampla defesa. O Pretório Excelso, por sua vez, decidiu pela nulidade da expulsão, ante a inobservância dos respectivos direitos fundamentais de natureza processual naquela relação privada.

Outro julgado daquela Corte Suprema de 2001, citado por Sarmento¹³⁰, foi o Recurso Extraordinário 251.445/GO, relatado pelo Ministro Celso de Mello, no qual decidiu o Supremo Tribunal Federal que a proibição constitucional de prova ilícita também alcança, no processo penal, as provas resultantes de ato ilícito perpetrado por particular, no qual o Estado não tenha tido nenhuma participação. Segundo aquele autor, o relator argumentou que:

Se a prova incriminadora resultar de ato ilícito praticado por particular, e a “res furtiva”, por efeito de investigação criminal promovida por agentes públicos, for por estes apreendida, também aqui, mesmo não sendo imputável ao Poder Público o gesto de desrespeito ao ordenamento jurídico (...) remanescerá caracterizada a situação configuradora da ilicitude da prova.¹³¹

¹²⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Inteiro Teor de Acórdãos. Disponível em < <http://www.stf.gov.br>>. Acesso em 27/07/2008.

¹³⁰ SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2004, p.294.

¹³¹ *Op. cit.*

Só em 2005, no julgamento do Recurso Extraordinário nº 201.819/RJ¹³², é que o Supremo Tribunal Federal pronunciou-se expressamente sobre o tema da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, abordando as teorias aqui discutidas, sendo Relator para o acórdão o Ministro Gilmar Mendes, do qual se extrai a seguinte ementa:

*SOCIEDADE CIVIL SEM FINS LUCRATIVOS. UNIÃO BRASILEIRA DE COMPOSITORES. EXCLUSÃO DE SÓCIO SEM GARANTIA DA AMPLA DEFESA E DO CONTRADITÓRIO. EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS. RECURSO DESPROVIDO. I. EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS. **As violações a direitos fundamentais não ocorrem somente no âmbito das relações entre o cidadão e o Estado, mas igualmente nas relações travadas entre pessoas físicas e jurídicas de direito privado.** Assim, os direitos fundamentais assegurados pela Constituição vinculam diretamente não apenas os poderes públicos, estando direcionados também à proteção dos particulares em face dos poderes privados. II. OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS COMO LIMITES À AUTONOMIA PRIVADA DAS ASSOCIAÇÕES. A ordem jurídico-constitucional brasileira não conferiu a qualquer associação civil a possibilidade de agir à revelia dos princípios inscritos nas leis e, em especial, dos postulados que têm por fundamento direto o próprio texto da Constituição da República, notadamente em tema de proteção às liberdades e garantias fundamentais. O espaço de autonomia privada garantido pela Constituição às associações não está imune à incidência dos princípios constitucionais que asseguram o respeito aos direitos fundamentais de seus associados. **A autonomia privada, que encontra claras limitações de ordem jurídica, não pode ser exercida em detrimento ou com desrespeito aos direitos e garantias de terceiros, especialmente aqueles positivados em sede constitucional, pois a autonomia da vontade não confere aos particulares, no domínio de sua incidência e atuação, o poder de transgredir ou de ignorar as restrições postas e definidas pela própria Constituição, cuja eficácia e força normativa também se impõem, aos particulares, no âmbito de suas relações privadas,** em tema de liberdades fundamentais. (Grifos)*

A questão versava sobre um associado do quadro da Sociedade Civil – União Brasileira de Compositores, excluído sem ter tido a oportunidade de refutar o ato que resultara na sua punição. O STF decidiu que, em face das

¹³² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Inteiro Teor de Acórdãos. Disponível em < <http://www.stf.gov.br>>. Acesso em 29/07/2008.

peculiaridades do caso, era imperiosa a observância das garantias constitucionais do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa naquela relação entre particulares.

O Superior Tribunal de Justiça também já se posicionou sobre a controvérsia, no julgamento do HC 12.547/DF¹³³, de relatoria do Ministro Ruy Rosado de Aguiar. Tratava-se de prisão civil por dívida, em virtude de um contrato de alienação fiduciária de veículo, no qual o valor do débito quase quintuplicou no período de 2 anos, conforme se depreende da seguinte ementa:

*Habeas Corpus. Prisão Civil. Alienação fiduciária em garantia. Princípio constitucional da dignidade da pessoa humana. **Direitos fundamentais de igualdade e liberdade.** Cláusula geral dos bons costumes e regra de interpretação da lei segundo seus fins sociais. Decreto de prisão civil da devedora que deixou de pagar dívida bancária assumida com a compra de um automóvel-táxi, que se elevou, em menos de 24 meses, de R\$ 18.700,00 para R\$ 86.858,24, a exigir que o total da remuneração da devedora, pelo resto do tempo provável de vida, seja consumido com o pagamento dos juros. **Ofensa ao princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, aos direitos de liberdade de locomoção e de igualdade contratual** e aos dispositivos da LICC sobre o fim social da lei e obediência aos bons costumes.*
Grifos.

Sarmiento afirma que, no voto, o Ministro expôs sucintamente as teorias da eficácia mediata e imediata dos direitos fundamentais entre os particulares, manifestando a sua concordância com a última, transcrevendo os seguintes trechos do julgado:

Não me parece que a eficácia na relação de direito privado seja somente indireta, pois bem pode acontecer que no caso concreto exija a aplicação imediata do preceito constitucional, quando inexistir norma infraconstitucional que admita interpretação de acordo com a diretiva constitucional, ou faltar cláusula geral aplicável naquela situação, muito embora esteja patente a violação do direito fundamental (...). No caso dos autos, porém, a distinção entre a eficácia direta e indireta frente a terceiros é irrelevante.¹³⁴

¹³³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Revista eletrônica de jurisprudência. Disponível em < <http://www.stj.gov.br>>. Acesso em 29/07/2008.

¹³⁴ SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2004, p. 296.

Ainda nesse sentido é a decisão do TJRS¹³⁵, em sede de recurso de apelação, datada de 22 de agosto de 1996, de lavra do Desembargador Araken de Assis:

EMENTA: Civil. Reparação de dano moral. Confronto entre liberdade de expressão e crítica e direito a tutela da imagem e da honra. Distinção entre atividade pública e privada da pessoa. Posição de preponderância da liberdade de crítica, no campo das atividades públicas, no confronto com a imagem. A honra e a imagem integram os direitos da personalidade, tutelados na Constituição (art.5, V e X), bem como a liberdade de expressão e de crítica (art-5, IV). No eventual confronto entre tais valores, há de se distinguir, nas atividades da pessoa, a esfera pública e a esfera privada. Quando alguém exerce atividade pública, saindo da vida privada, se torna passível de crítica, agasalhada na preponderância da liberdade de expressão, caso em que certo médico, investido na função de administrador de hospital, mereceu críticas do administrador anterior, defendendo outras diretrizes administrativas. Tutela da liberdade de expressão.

Destarte, vê-se que a jurisprudência pátria, mesmo não se pronunciando, em regra, expressamente sobre a matéria, é pela aplicação da teoria da eficácia dos direitos fundamentais entre os particulares, ainda que não seja firme o posicionamento acerca da vinculação a tais preceitos— se direta ou indireta.

Contudo, no que toca à escolha da forma de vinculação, é irreparável o entendimento trazido por Canotilho¹³⁶, que assevera que o ponto central ou o foco é a proteção dos direitos fundamentais nas relações entre particulares. Assim, evitando taxonomias, o doutrinador português deixa de lado a dicotomia entre as teorias em análise, preferindo a utilização de “soluções diferenciadas” a serem construídas no caso concreto, tudo conforme será explicitado no próximo item.

Aduz, ainda - e a nosso ver muito acertadamente -, que a ordem jurídica tende, hoje, para uma superação dessa dicotomia existente entre a teoria mediata

¹³⁵ Rio Grande do Sul. Tribunal de Justiça. Inteiro Teor de Acórdãos. Disponível em <http://www.tj.rs.gov.br/site_php/jprud2/ementa.php>. Acesso em 27/07/2008.

¹³⁶ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7 ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 1289/1290.

e imediata. Essa importante lição de Canotilho serviu como fonte de inspiração para o próximo item.

II.4) TEORIA MEDIATA E IMEDIATA – A SUPERAÇÃO DE UMA DICOTOMIA

Canotilho, citando Konrad Hesse, afirma que a problemática da eficácia horizontal se insere no âmbito da função de proteção dos direitos fundamentais, isto é, as normas consagradoras de direitos, liberdades e garantias “constituem ou transportam princípios de ordenação objetiva - em especial deveres de garantia e de proteção do Estado – que são também eficazes na ordem jurídica privada.”¹³⁷

Ocorre que os direitos fundamentais têm, por sua própria natureza, uma pluralidade de funções, de forma a possibilitar e exigir soluções diferenciadas e adequadas, consoante o preceito fundamental que estiver em jogo no caso concreto.

Assim, o professor de Coimbra ensina que se trata de uma fase de superação dessa dicotomia entre a eficácia mediata e imediata, partindo-se para a busca de soluções diferenciadas que devem levar em consideração a especificidade do direito privado, de um lado, e o significado dos direitos fundamentais na ordem jurídica global, por outro.

¹³⁷ *Op. cit.*

Destarte, no magistério de Canotilho, complementado pelo raciocínio de Bilbao Ubillos¹³⁸, a eficácia horizontal deve ser operacionalizada da seguinte maneira:

- Primeiro, se existente, aplica-se o direito privado positivado para a situação em conflito. Quando o comando legal não estiver de acordo com os direitos fundamentais, cabe a declaração de inconstitucionalidade desse preceito. Ademais, as cláusulas gerais ou conceitos indeterminados contidas nas normas infraconstitucionais, se presentes, deverão ser interpretadas à luz dos direitos fundamentais. Até aqui, nenhuma novidade, vez que essa solução é a ofertada pelos defensores da teoria mediata ou indireta.

- Caso não exista a referida norma ou o direito infraconstitucional não esteja apto a proteger de maneira eficaz os direitos fundamentais, esses não ficarão sem proteção, vez que, nesse caso, os juízes aplicariam diretamente as normas de direitos fundamentais. Nesse sentido, leciona o catedrático espanhol que, quando a proteção dos direitos fundamentais “puder ser levada a cabo mediante a interpretação e aplicação de cláusulas gerais, a eficácia privada será *indireta*. Mas, se faltam tais pontos de conexão, não cessa a atuação dos direitos fundamentais, vez que se impõem *diretamente*”.¹³⁹

Pelo exposto, as teorias que pugnam pela eficácia horizontal dos direitos fundamentais não seriam antagônicas, mas sim complementares. Não há, portanto, que se falar em dicotomia entre as teorias quando, na verdade, elas

¹³⁸ UBILLOS, Juan Maria Bilbao. *¿En que medida vinculan a los particulares los derechos fundamentales?* In Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado. org. Ingo Wolfgang Sarlet. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 312.

¹³⁹ *Op. cit.*

devem representar apenas etapas distintas do processo de proteção aos direitos fundamentais.

Vale salientar que cada uma das etapas acima tem sua função, sendo que a interpretação que confere maior eficácia aos princípios constitucionais – princípio da máxima efetividade da constituição - não é nem a mediata nem a imediata, mas sim as duas reunidas. A aplicação escalonada das teorias em estudo permite que sejam somados os pontos positivos de ambas as teorias e, ao mesmo tempo, neutralizados os pontos negativos.

Isso porque a primeira etapa, aplicação mediata, confere maior segurança jurídica na aplicação dos direitos constitucionais, diminuindo a margem de discricionariedade do aplicador da lei, prestigiando uma interpretação mais uniforme dos preceitos fundamentais ventilados em normas legais, desde que, por óbvio, sejam essas constitucionais.

Outra vantagem é que ao consagrar, na ordem infraconstitucional, os direitos fundamentais, o legislador pode levar mais em conta as particularidades das situações concretas, oferecendo, inclusive, ao operador jurídico, o resultado (já pré-determinado) da ponderação do conflito de bens e interesses em jogo, bem como criar, desde logo, instrumentos que possam responsabilizar juridicamente aquele que ofende os direitos fundamentais. Tudo isso é possível graças ao nível de detalhamento que é próprio da legislação ordinária, pormenores esses impossíveis de serem considerados no texto constitucional, até porque, como texto fundamental de um Estado, não é esse seu objetivo.

Pode-se citar como exemplo, na seara trabalhista, a Lei 9029/1995 que dispõe acerca da proibição de discriminação na relação de emprego, valendo transcrever seu art. 1º:

Art. 1º Fica proibida a adoção de qualquer prática discriminatória e limitativa para efeito de acesso a relação de emprego, ou sua manutenção, por motivo de sexo, origem, raça, cor, estado civil, situação familiar ou idade, ressalvadas, neste caso, as hipóteses de proteção ao menor previstas no inciso XXXIII do art. 7º da Constituição Federal.¹⁴⁰

Suponha-se, todavia, que tal lei inexistisse. Nesse caso, conforme exposto alhures, aplicar-se-ia a teoria da eficácia imediata dos direitos fundamentais. Assim, pela ponderação dos bens jurídicos em conflito (não discriminação do empregado *versus* autonomia privada do empregador), o operador jurídico chegaria ao mesmo resultado (proibição de discriminação), aplicando-se, diretamente, o art. 5º, *caput*, da CF/88, que consagra o princípio da igualdade e tem como corolário lógico o princípio da não-discriminação:

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.¹⁴¹

Todavia, a legislação infraconstitucional, além de já proporcionar o resultado da equação de ponderação de bens jurídicos para a situação específica, ainda pode, como é o caso da Lei 9029/1995, fixar multa, proibir financiamento junto a instituições financeiras oficiais, prever reintegração no emprego no caso de dispensa por ato discriminatório, bem como, alternativamente o pagamento em dobro da remuneração do período em que o empregado ficou afastado por

¹⁴⁰ BRASIL. Presidência da república. Legislação ordinária. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9029.htm> Acesso em 29/08/2008.

¹⁴¹ BRASIL. Presidência da república. Constituição Federal. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em 29/08/2008.

discriminação, tudo para que se proteja com maior eficácia os direitos fundamentais. Destaca-se, pois, os trechos da mencionada lei:

Art. 3º Sem prejuízo do prescrito no artigo anterior, as infrações do disposto nesta lei são passíveis das seguintes cominações:

*I - **multa administrativa** de dez vezes o valor do maior salário pago pelo empregador, elevado em cinquenta por cento em caso de reincidência;*

*II - **proibição de obter empréstimo** ou financiamento junto a instituições financeiras oficiais.*

Art. 4º O rompimento da relação de trabalho por ato discriminatório, nos moldes desta lei, faculta ao empregado optar entre:

*I - **a readmissão** com ressarcimento integral de todo o período de afastamento, mediante pagamento das remunerações devidas, corrigidas monetariamente, acrescidas dos juros legais;*

*II - **a percepção, em dobro, da remuneração** do período de afastamento, corrigida monetariamente e acrescida dos juros legais.*

Conforme foi demonstrado, nem sempre a aplicação direta dos preceitos fundamentais é o melhor caminho para a sua proteção.

Assim, afigura-se imprescindível a utilização da teoria da eficácia imediata ou direta, caso se constate que (a) inexistir norma infraconstitucional que regule o caso em exame ou ante a declaração da sua inconstitucionalidade por ofender os preceitos constitucionais, (b) inexister cláusulas gerais ou conceitos indeterminados no ordenamento infraconstitucional ou sejam esses incapazes de oferecer uma proteção satisfatória aos direitos fundamentais.

Leciona Bilbao Ubillos que essa tutela, derivada imediatamente do texto constitucional, colmata lacunas nas normas infraconstitucionais, cobrindo os casos concretos não contemplados pelo legislador. Adiante, acrescenta que:

Dada a confusão que reina em torno deste tema, é conveniente que se esclareça algumas idéias para ajudar a desfazer o mal entendido perturbador, que resulta da habitual contraposição entre a eficácia imediata e mediata, como se fossem conceitos excludentes. É uma falsa disjuntiva: admitir a possibilidade de uma vigência imediata dos direitos fundamentais nas relações privadas em determinados casos, não significa negar ou subestimar o efeito de irradiação desses direitos

*através da lei. Ambas modalidades são perfeitamente compatíveis: o normal (e o mais conveniente também) é que o legislador concretize o alcance dos diferentes direitos nas relações de Direito privado, mas quando essa mediação não existe, na ausência da lei, as normas constitucionais podem aplicar-se diretamente.*¹⁴²

Viera de Andrade¹⁴³ também comunga da idéia de que as duas modalidades são teorias complementares e que, caso haja uma norma infralegal que regule a situação em conflito, essa deve ser aplicada, presumindo-se que estabelece o que chama de “equilíbrio aceitável” entre os valores em jogo.

É lógico que essa presunção é relativa, cabendo a declaração de inconstitucionalidade da lei quando esta atentar frontalmente contra os preceitos relativos aos direitos fundamentais.

Para Konrad Hesse¹⁴⁴, é tarefa precípua do legislador realizar o conteúdo dos direitos fundamentais de modo diferenciado, concreto e de forma vinculante, para harmonizar recíproca e proporcionalmente as posições fundamentais dos particulares, delimitando a liberdade de uns frente aos outros.

Assim, caso não haja norma legal que disponha acerca do caso em conflito, o magistrado não ficará desprovido da possibilidade de atender aos preceitos constitucionais, devendo se valer dos conceitos indeterminados do direito privado e preenchê-los à luz dos valores constitucionais, conforme defendido pela teoria da eficácia indireta.

Se, ainda, for insuficiente, inócuo ou acanhado o resultado alcançado para a proteção dos direitos fundamentais, o juiz deve verificar quais os bens jurídicos

¹⁴² UBILLOS, Juan Maria Bilbao. *¿En que medida vinculan a los particulares los derechos fundamentales?* In Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado. org. Ingo Wolfgang Sarlet. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 319.

¹⁴³ ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos, liberdades e garantias no âmbito das relações entre particulares.* In Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado. org. Ingo Wolfgang Sarlet. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 292.

¹⁴⁴ HESSE, Konrad. *Derecho constitucional e derecho privado.* Madrid: Civitas, 1995, p. 314.

(direitos fundamentais) em conflito para, então, ponderá-los, segundo o princípio da harmonização das normas constitucionais.

Para Sarlet¹⁴⁵, nesse último caso, o magistrado deverá realizar uma análise tópico-sistemática, calcada nas especificidades da situação em pauta, buscando uma ponderação dos valores em jogo, baseado no equilíbrio e na concordância prática que orientam a interpretação das normas constitucionais, de maneira que não se sacrifique, por completo, um dos direitos fundamentais em tela, preservando, na medida do possível, a essência de cada um deles.

Destarte, como foi demonstrado, até nas relações mais igualitárias entre os particulares, imperiosa a aplicação direta dos direitos fundamentais nas relações privadas quando em jogo a dignidade da pessoa humana.

Portanto, a aplicação dos direitos fundamentais entre os particulares se faz ainda mais relevante e necessária em determinados segmentos, nos quais é freqüente o embate entre um poder econômico-social e um hipossuficiente – tal como na relação de trabalho, notadamente em um cenário de crise do Estado social e ascensão do pensamento neoliberal, com a conseqüente desregulamentação e flexibilização das leis trabalhistas, conforme será tratado no próximo capítulo.

¹⁴⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. *Direitos Fundamentais e Direito Privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais in A Constituição concretizada*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p. 159.

CAPÍTULO III

A EFICÁCIA PRIVADA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DA PESSOA DO TRABALHADOR E O DIREITO DO TRABALHO NO BRASIL

III.1) A EFICÁCIA PRIVADA DAS LIBERDADES INDIVIDUAIS NAS RELAÇÕES LABORAIS

Como já mencionado alhures, os direitos fundamentais, inicialmente, eram dirigidos apenas contra o Estado, uma vez que o monopólio do poder estava concentrado no aparato estatal.

Contudo, é sabido que já não há mais essa concentração, eis que o poder é exercido por diferentes setores da sociedade, estando, pois, disperso entre os diversos particulares detentores dos poderes sociais, econômicos ou de informação.

Vários são os fatores que explicam a multiplicação progressiva desses centros privados de poder desde o século passado. Certamente, um deles é a hegemonia do liberalismo econômico deflagrada no final da década de 70 e que se instalou em vários países do ocidente desde então. É que, nas palavras do ilustre professor Maurício Godinho Delgado, o modelo neoliberal possui um “receituário esterilizante do potencial de atuação do Estado”¹⁴⁶, incentivando a sua

¹⁴⁶ DELGADO, Maurício Godinho. *Capitalismo, trabalho e emprego*. São Paulo: LTr, 2006, p. 92.

substituição pelo particular e, como consequência, transferindo parte do poder estatal para determinados segmentos da sociedade.

Ademais, a crescente globalização, resultado da generalização do sistema de produção capitalista¹⁴⁷, é outro fenômeno que não pode ser ignorado como fator de acúmulo de poder nas mãos dos particulares, vez que gerou, e ainda gera, inúmeras fusões empresariais ao redor do planeta, fazendo surgir verdadeiros impérios institucionais privados, alguns, inclusive, com mais prestígio político, social e econômico do que muitas nações.

Diante desse cenário, foi inevitável um incremento da polarização das relações travadas pelos particulares, nas quais, de um lado, figuram os que exercem esses poderes privados e, do outro, os que a eles estão submetidos.

Por óbvio, esse crescente antagonismo dentro das próprias relações privadas tem o condão de proporcionar uma maior desigualdade no seio dessas relações, criando uma atmosfera favorável a ofensas contra as liberdades individuais da parte mais frágil.

Nesse sentido vale frisar a lição de Bilbao Ubillos, que assevera que o direito privado “também conhece o fenômeno da autoridade, do poder, como capacidade de determinar ou condicionar, juridicamente ou de fato, as decisões dos particulares, influenciando no seu comportamento ou impondo a sua própria vontade.”¹⁴⁸

¹⁴⁷ *Op. cit.* p. 12.

¹⁴⁸ UBILLOS, Juan Maria Bilbao. *¿En qué medida vinculan a los particulares los derechos fundamentales?* In Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado. Org. Ingo Wolfgang Sarlet. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 303.

Nesses casos, ainda segundo o constitucionalista espanhol, a eficácia dos direitos fundamentais entre os particulares é de extrema relevância, por se tratar de situações em que é patente a sujeição de uma das partes, a qual não dispõe da mínima liberdade de contratar ou de eleger as cláusulas do negócio jurídico e, muito menos, de exigir o seu cumprimento.

Em seguida, o autor aduz que “é evidente, por exemplo, que o estado de dependência econômica do assalariado lhe obriga muitas das vezes a aceitar condições impostas pelo empregador no contrato individual de trabalho”.¹⁴⁹

Melhor situação não poderia ter sido utilizada à guisa de exemplo, vez que é inerente ao contrato de trabalho o exercício do poder empregatício que, em suas diversas dimensões – diretiva, fiscalizatória, regulamentar e disciplinar – “concentra um conjunto de prerrogativas de grande relevo sócio-econômico, que favorece, em geral, a figura do empregador, conferindo-lhe enorme influência no âmbito do contrato e da própria sociedade.”¹⁵⁰

Nessa linha, Zeno Simm comenta que a relação laboral demonstrou-se propensa à *horizontalização* dos direitos fundamentais porque nela, “pela própria natureza da relação contratual, o empregado abre mão de uma parte de suas liberdades na medida em que se coloca a serviço do empregador, subordinado a esse e por ele controlado e fiscalizado”.¹⁵¹

¹⁴⁹ UBILLOS, Juan Maria Bilbao. *¿En qué medida vinculan a los particulares los derechos fundamentales?* In Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado. Org. Ingo Wolfgang Sarlet. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 303.

¹⁵⁰ DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 4 ed. São Paulo: LTr, 2005, p. 628.

¹⁵¹ SIMM, Zeno. *Os Direitos Fundamentais nas relações de trabalho*. São Paulo: Revista LTr, volume 69, p.1293.

Por conseguinte, em virtude da subordinação jurídica do empregado e do poder empregatício - elementos típicos dos contratos de emprego e que os distinguem, inclusive, de outros contratos afins (como o contrato de prestação de serviços e o contrato de mandato, dentre outros) -, o trabalhador é colocado numa posição jurídica desigual, a qual, diga-se de passagem, é naturalmente exigida para a consecução dessa modalidade contratual, fazendo da relação laboral um exemplo típico de sujeição ao poder concentrado nas mãos de uma das partes (privadas) envolvidas.

Como se não bastasse, deve ser somada a esse quadro a hegemonia econômico-social do empregador, bem como a já histórica relação de conflito entre capital e trabalho. Relevante salientar aqui o magistério de Aldacy Rachid Coutinho¹⁵², que admite ser inerente ao sistema capitalista um grau de conflito, máxime diante da insuperável separação e antagonismo de interesses que cercam o capital e o trabalho.

Nesse contexto, percebe-se que o estudo da dogmática do transporte dos direitos fundamentais individuais para a relação de trabalho é assaz relevante, haja vista que vem ao socorro da dignidade da pessoa humana do trabalhador, pretendendo, senão estancar, ao menos reduzir uma série de abusos, humilhações e violências sofridas no ambiente de trabalho, assim como abolir as indevidas ingerências na vida privada do empregado, sob o argumento da busca da produtividade, da preservação do nome e da imagem da empresa e do direito de propriedade do empregador.

¹⁵² COUTINHO, Aldacy Rachid. *Autonomia privada: em busca da defesa dos direitos fundamentais*. In Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado. Org. Ingo Wolfgang Sarlet. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 175.

José Antônio Perez Gediel¹⁵³ afirma que a atividade econômica, “como expressão e exercício da livre iniciativa, da propriedade privada e da livre disposição de bens, só se torna possível ao se apresentar conformada pelo respeito à dignidade humana e pelos direitos fundamentais”.

Nesse particular é a lição de Sarmiento, ao afirmar que em certos domínios normativos, que têm como premissa a desigualdade fática entre as partes, tal como ocorre no Direito do Trabalho, “a vinculação aos direitos fundamentais deve mostrar-se especialmente enérgica, enquanto a argumentação ligada à autonomia da vontade dos contratantes assume um peso inferior”.¹⁵⁴

Em outras palavras, se houver uma relação jurídica privada de poder, ocasião em que um dos particulares exerce sobre o outro uma incontestada superioridade, aplicam-se os direitos de índole fundamental como forma de desfazimento ou, pelo menos, de atenuação da disparidade.

Desse modo, nas relações contratuais trabalhistas, perante a patente hipossuficiência de uma das partes, o negócio jurídico deve ser realizado de maneira que seja observada a liberdade econômica, desde que essa seja uma expressão de respeito à dignidade da pessoa humana. Nesse diapasão já dispõe o art. 41 da Constituição italiana:

A iniciativa privada é livre. Não pode desenvolver-se em oposição à utilidade social ou de modo que cause dano à segurança, à liberdade e à dignidade humana. A lei determina os programas e controles oportunos

¹⁵³ GEDIEL, José Antônio Perez. *A irrenunciabilidade a direitos da personalidade do trabalhador*. In Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado. Org. Ingo Wolfgang Sarlet. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 158.

¹⁵⁴ SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2004, p, 305.

*para que a atividade econômica pública ou privada possa ser orientada e coordenada aos fins sociais.*¹⁵⁵

Para Alice Monteiro de Barros, a assimétrica situação de poder contratual inerente à relação laboral serviu não só para “desativar o fundamento teórico do dogma da autonomia da vontade, como também contribuiu para a reconstrução da tradicional dogmática dos direitos fundamentais”, estendendo sua vinculação aos particulares, pouco importando se pessoas físicas ou jurídicas.¹⁵⁶

Foi assim, ante a evidente debilidade de uma das partes, que a relação de emprego tornou-se ambiente extremamente fértil para o “desenvolvimento da eficácia pluridimensional dos direitos fundamentais, segundo a teoria da *Drittwirkung*,” como forma de neutralizar ou compensar posições contratuais assimétricas.¹⁵⁷

Não é por outro motivo que a teoria da eficácia direta dos direitos fundamentais foi concebida, justamente, por um membro do Tribunal Federal do Trabalho, o magistrado alemão Hans Carl Nipperdey.¹⁵⁸

As reflexões do magistrado que, na década de 50 do século passado, exercia a presidência do Tribunal Federal do Trabalho alemão, foram logo adotadas na jurisprudência dessa corte, que passou a tratar os direitos fundamentais como princípios ordenadores para a vida social, conferindo-lhes um significado direto também para o tráfico jurídico-privado.

¹⁵⁵ BRASIL. Presidência da República. Constituição da Itália. Disponível em <http://www.senato.it/documenti/repository/costituzione.pdf>. Acesso em 15/09/2008.

¹⁵⁶ BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de Direito do Trabalho*. 2 ed. São Paulo: Ltr, 2006, p. 593.

¹⁵⁷ *Op. cit.* 594.

¹⁵⁸ SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2004, p, 245.

A partir daí, foram inúmeras as decisões dos Tribunais trabalhistas e dos Tribunais Constitucionais, ao redor do mundo, adotando a eficácia privada (seja imediata ou mediata) dos direitos fundamentais nas relações laborais, conforme será visto a seguir.

Em 1957, na Alemanha, baseado na teoria de Nipperdey, o Tribunal Federal do Trabalho decidiu sobre uma relação de trabalho, na qual houve a dispensa de uma enfermeira de um hospital privado por ter violado a cláusula que vedava a possibilidade de matrimônio.¹⁵⁹

Diante disso, o Tribunal laboral, aplicando diretamente os preceitos da Constituição alemã, declarou nula essa cláusula contratual por vulnerar direitos fundamentais de proteção ao matrimônio e à família, de dignidade da pessoa humana e ao livre desenvolvimento da personalidade, tudo isso “sem a invocação de nenhuma norma ordinária da legislação trabalhista.”

A sentença causou sensação não tanto pela solução adotada, mas por sua fundamentação. O Tribunal baseou-se explicitamente na *Drittwirkung* direta dos direitos fundamentais invocados, deduzindo-a das mudanças experimentadas pelos direitos fundamentais, que já não eram somente direitos de defesa frente ao Estado, mas regras de ordenação da vida social. Assim sendo, os contratos privados não poderiam colidir com o que se denominou de “ordem pública” do ordenamento jurídico de um Estado.

Já em 1989, segundo Sarmiento, o Tribunal laboral alemão deu ganho de causa a um químico (empregado) que fora dispensado porque se negara,

¹⁵⁹ SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2004, p, 246.

alegando liberdade de consciência, a trabalhar no desenvolvimento de um remédio que evitaria náuseas de militares que fossem a combate com armas nucleares.¹⁶⁰

Ainda na Alemanha, relata Claus-Wilhelm Canaris que o Tribunal Constitucional Federal condenou o empregador na obrigação de celebrar contrato, vez que a dispensa ofendera o direito de livre expressão da opinião do empregado¹⁶¹, nos termos do art. 5º, alínea 1, da Lei Fundamental de Bonn, valendo transcrever a íntegra do mencionado artigo:

Artigo 5º

- 1. Todos têm o direito de exprimir e divulgar livremente a sua opinião pela fala, escrita e imagens, e de se informar, sem qualquer entrave, através das fontes que são acessíveis a todos.*
- 2. As liberdades de imprensa e de informação através do rádio, televisão e cinema estão garantidas.*
- 3. Nenhuma censura tem lugar.¹⁶²*

O caso era de uma jovem que laborava como aprendiz numa determinada empresa e que escreveu um artigo para um jornal, no qual criticava a construção de uma usina nuclear, insinuando, naquele periódico, a sua concordância com o emprego de violência contra o empreendimento. O empregador, receoso de que ela pudesse fazer uso de violência também contra a sua empresa, não celebrou o contrato após o término do período profissionalizante.

Inobstante não haver, naquele país, norma que obrigasse a celebração do contrato após o período de aprendizagem, afirma Canaris que o Tribunal Constitucional alemão interpretou, à luz do já transcrito preceito constitucional (art.

¹⁶⁰ *Op. cit.*

¹⁶¹ CANARIS, Claus-Wilhelm. *A influência dos direitos fundamentais sobre o direito privado na Alemanha*. In Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado. Org. Ingo Wolfgang Sarlet. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 232.

¹⁶² BRASIL. Presidência da República. Constituição da Alemanha. Disponível em <<http://archiv.jura.uni-saarland.de/BIJUS/grundgesetz/>>. Acesso em 15/09/2008.

5º, alínea 1), a cláusula geral do art. 75 da Lei de Organização de Empresas (*Betriebsfassungsgesetz*), “segundo a qual todas as pessoas que trabalham em uma empresa devem ser tratadas conforme princípios do direito e da equidade e que deve ser evitado qualquer tratamento distinto em virtude de convicções políticas do empregado”.¹⁶³

Nota-se que foi indispensável a utilização da cláusula geral como porta de entrada do direito fundamental de liberdade de opinião invocado pelo empregado porque na Alemanha, já há algum tempo, adota-se a teoria da *eficácia mediata* dos direitos fundamentais.

Interessante lembrar que, conforme já salientado no Capítulo II, não obstante o Tribunal Federal do Trabalho ter trazido a lume em seus julgados a teoria da eficácia imediata dos direitos fundamentais, após inúmeras decisões do Tribunal Constitucional daquele país adotando a teoria da eficácia mediata, inclusive em demandas laborais, o Tribunal trabalhista recuou, abraçando também essa teoria.

Cabe destacar que não se está defendendo qual a correta teoria a ser aplicada, vez que, conforme demonstrado no capítulo anterior, não há essa proclamada dicotomia entre as duas teorias, mas sim uma relação de complementaridade.

Já na Espanha, ensina Bilbao Ubillos que o Tribunal Constitucional daquele país vem reconhecendo, de maneira reiterada, a eficácia privada dos direitos fundamentais nas relações de trabalho, como uma maneira de “limitar os poderes de organização e direção do empregador”. Assegura que, nesses casos, “não há

¹⁶³ *Op. cit.* p. 233

nenhum erro em se falar em direitos fundamentais dos trabalhadores ou direitos fundamentais em sua proteção laboral”.¹⁶⁴

O constitucionalista espanhol traz à tona a importante decisão da Corte Constitucional daquele país, no julgado STC 88 de 1995.

*(...) discutia-se a ilicitude constitucional da dispensa realizada pela empresa, como sanção pelas manifestações públicas de um empregado, de forte conteúdo crítico, acerca do funcionamento da empresa. A primeira turma do Tribunal Constitucional decidiu que a celebração de um contrato de trabalho não implica, de modo algum, na privação dos direitos fundamentais de uma das partes. Tão retumbante afirmação se justifica no seguinte argumento: **nem as organizações empresariais formam mundos separados e estanques do resto da sociedade, nem a liberdade da empresa, estabelecida no art. 38 do texto constitucional, legitima aos que prestam serviços subordinados a ela a suportar ofensas transitórias ou limitações injustificadas nos seus direitos fundamentais e liberdades públicas**, os quais têm um valor central e nuclear no sistema jurídico constitucional. Ao Estado social e democrático de Direito repugna quaisquer manifestações de ‘feudalismo industrial’.*¹⁶⁵ (Grifos).

Bilbao Ubillos menciona, ainda, que, em decisão anterior, no julgamento do STC 120/1983, a Corte Constitucional espanhola já havia se pronunciado no sentido de que a relação contratual trabalhista gera um conjunto de deveres recíprocos entre empregado e empregador que condiciona, também, o exercício do direito de liberdade de expressão. Contudo, esses condicionamentos devem ser “matizados cuidadosamente, já que não cabe defender a existência de um dever genérico de lealdade, traduzido numa sujeição abrangente do trabalhador ao interesse do empregador, vez que esse entendimento não é compatível com o sistema constitucional das relações laborais”.¹⁶⁶

¹⁶⁴ UBILLOS, Juan Maria Bilbao. *¿En qué medida vinculan a los particulares los derechos fundamentales?* In Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado. Org. Ingo Wolfgang Sarlet. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 330.

¹⁶⁵ *Op. cit.*

¹⁶⁶ *Op cit.* p. 331.

Com base em outro julgado, o STC 99/1994, no qual se examinou o direito de imagem do empregador, o citado doutrinador leciona que “o contrato de trabalho não legitima qualquer recorte no exercício dos direitos fundamentais que incumbem ao trabalhador como cidadão”¹⁶⁷ e que sua inserção no âmago da organização empresarial é apta apenas a modular seus direitos fundamentais, na justa medida do imprescindível, possibilitando o correto desenvolvimento da atividade produtiva.

Logo, dada a posição prevalente dos direitos fundamentais no ordenamento constitucional, não basta apenas o interesse do empregador para que esses direitos sejam por ele restringidos. Tal limitação, portanto, só pode socorrer o empregador quando não houver outra forma de coordenar os interesses da organização empresarial e dos trabalhadores.

Esclarecendo o nível dessa limitação citada por Bilbao Ubillos, Alice Monteiro de Barros, acertadamente, defende que os direitos fundamentais “não deverão ser afetados quando o empregado se insere no organismo empresarial, admitindo-se, apenas, que sejam modulados na medida imprescindível do correto desenvolvimento da atividade produtiva,” uma vez que o contrato de trabalho não poderá ser “legitimador de recortes no exercício dos direitos fundamentais assegurados ao empregado como cidadão.”¹⁶⁸

Vale acrescentar o comentário de Mantero de San Vicente, citado por Zeno Simm, para quem “os direitos fundamentais não são como os chapéus que se deixam na entrada do local de trabalho, eis que tais direitos, assim como as

¹⁶⁷ *Op cit.* p. 332.

¹⁶⁸ BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de Direito do Trabalho*. 2 ed. São Paulo: Ltr, 2006, p. 613.

cabeças, não podem ser separados da pessoa humana em nenhum lugar, sob nenhuma circunstância.”¹⁶⁹

No que toca às relações coletivas de trabalho, o Tribunal Constitucional da Espanha, com fulcro na eficácia privada dos direitos fundamentais entre particulares, declarou nula a cláusula da convenção coletiva que ofendia frontalmente o princípio constitucional da igualdade.¹⁷⁰

Em Portugal, Canotilho selecionou em sua obra alguns casos judiciais emblemáticos¹⁷¹ daquele país que revelam a necessidade de aplicação dos direitos fundamentais do cidadão (liberdades públicas individuais e coletivas) também nas relações trabalhistas.

O primeiro deles foi uma indústria que celebrou contratos de trabalho em que os trabalhadores renunciaram a qualquer atividade partidária e à filiação em sindicatos. Afirma, nesse caso, ser imperiosa a aplicação das normas consagradoras dos direitos, liberdades e garantias (arts. 46, 51 e 55 da Constituição portuguesa) como reação ao que chama de “desvalor constitucional” de tais contratos.

Artigo 46.º
(Liberdade de associação)

1. Os cidadãos têm o direito de, livremente e sem dependência de qualquer autorização, constituir associações, desde que estas não se destinem a promover a violência e os respectivos fins não sejam contrários à lei penal.

¹⁶⁹ SIMM, Zeno. *Os Direitos Fundamentais nas relações de trabalho*. São Paulo: Revista LTr, volume 69, p.1294.

¹⁷⁰ UBILLOS, Juan Maria Bilbao. *¿En qué medida vinculan a los particulares los derechos fundamentales?* In Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado. Org. Ingo Wolfgang Sarlet. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 333.

¹⁷¹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7 ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 1285.

2. *As associações prosseguem livremente os seus fins sem interferência das autoridades públicas e não podem ser dissolvidas pelo Estado ou suspensas as suas actividades senão nos casos previstos na lei e mediante decisão judicial.*

3. *Ninguém pode ser obrigado a fazer parte de uma associação nem coagido por qualquer meio a permanecer nela.*

4. *Não são consentidas associações armadas nem de tipo militar, militarizadas ou paramilitares, nem organizações racistas ou que perfilhem a ideologia fascista.*

Artigo 51.º

(Associações e partidos políticos)

1. *A liberdade de associação compreende o direito de constituir ou participar em associações e partidos políticos e de através deles concorrer democraticamente para a formação da vontade popular e a organização do poder político.*

2. *Ninguém pode estar inscrito simultaneamente em mais de um partido político nem ser privado do exercício de qualquer direito por estar ou deixar de estar inscrito em algum partido legalmente constituído.*

3. *Os partidos políticos não podem, sem prejuízo da filosofia ou ideologia inspiradora do seu programa, usar denominação que contenha expressões directamente relacionadas com quaisquer religiões ou igrejas, bem como emblemas confundíveis com símbolos nacionais ou religiosos.*

4. *Não podem constituir-se partidos que, pela sua designação ou pelos seus objectivos programáticos, tenham índole ou âmbito regional.*

5. *Os partidos políticos devem reger-se pelos princípios da transparência, da organização e da gestão democráticas e da participação de todos os seus membros.*

6. *A lei estabelece as regras de financiamento dos partidos políticos, nomeadamente quanto aos requisitos e limites do financiamento público, bem como às exigências de publicidade do seu património e das suas contas*

Artigo 55.º

(Liberdade sindical)

1. *É reconhecida aos trabalhadores a liberdade sindical, condição e garantia da construção da sua unidade para defesa dos seus direitos e interesses.*

2. *No exercício da liberdade sindical é garantido aos trabalhadores, sem qualquer discriminação, designadamente:*

a) *A liberdade de constituição de associações sindicais a todos os níveis;*

b) A liberdade de inscrição, não podendo nenhum trabalhador ser obrigado a pagar quotas para o sindicato em que não esteja inscrito;

c) A liberdade de organização e regulamentação interna das associações sindicais;

d) O direito de exercício de actividade sindical na empresa;

e) O direito de tendência, nas formas que os respectivos estatutos determinarem.

3. As associações sindicais devem reger-se pelos princípios da organização e da gestão democráticas, baseados na eleição periódica e por escrutínio secreto dos órgãos dirigentes, sem sujeição a qualquer autorização ou homologação, e assentes na participação activa dos trabalhadores em todos os aspectos da actividade sindical.

4. As associações sindicais são independentes do patronato, do Estado, das confissões religiosas, dos partidos e outras associações políticas, devendo a lei estabelecer as garantias adequadas dessa independência, fundamento da unidade das classes trabalhadoras.

5. As associações sindicais têm o direito de estabelecer relações ou filiar-se em organizações sindicais internacionais.

6. Os representantes eleitos dos trabalhadores gozam do direito à informação e consulta, bem como à protecção legal adequada contra quaisquer formas de condicionamento, constrangimento ou limitação do exercício legítimo das suas funções.¹⁷²

Outro caso foi o de uma professora que celebrou contrato de trabalho com colégio particular, no qual constava a “cláusula de celibato”. Assim, quando a empregada contraiu matrimônio, a escola desencadeou um procedimento de dispensa, invocando violação àquela cláusula. A professora contestou a ação de dispensa, valendo-se diretamente do art. 36, inciso I, da Carta portuguesa, para proteger o seu direito fundamental de constituição de família.

Artigo 36.º
(Família, casamento e filiação)

¹⁷² BRASIL. Presidência da República. Constituição de Portugal. Disponível em <http://www.portugal.gov.pt/Portal/PT/Portugal/Sistema_Politico/Constituicao/06Revisao/>. Acesso em 15/09/2008.

1. Todos têm o direito de constituir família e de contrair casamento em condições de plena igualdade.¹⁷³

O catedrático de Coimbra elenca mais um julgado, no qual uma empresa contratou duas mulheres para trabalho de informática, mas condicionou a manutenção do contrato às seguintes cláusulas, todas violadoras do art. 36, inciso I (retro) e do art. 26 (direito à intimidade) do texto constitucional de Portugal:

- sujeitarem-se a testes de gravidez no momento da admissão;
- aceitarem como justa causa o fato de ocorrer uma gravidez durante o contrato;
- considerarem como justa causa o fato de virem a ser “mães hospedeiras” (barriga de aluguel) durante a vigência do contrato.

Por fim, menciona o caso em que as entidades patronais e as organizações sindicais celebraram um contrato coletivo de trabalho, onde incluíram a cláusula de *closed-shop*, isto é, a proibição de admissão de operários não vinculados a determinados sindicatos, ficando nítida a lesão aos art. 47¹⁷⁴ e 55/6, ambos da Constituição portuguesa.

Portanto, além dos direitos fundamentais tipicamente laborais, classificados dentre os denominados direitos de segunda dimensão (direitos prestacionais), os trabalhadores, enquanto cidadãos, são também titulares de direitos e liberdades

¹⁷³ BRASIL. Presidência da República. Constituição de Portugal. Disponível em <http://www.portugal.gov.pt/Portal/PT/Portugal/Sistema_Politico/Constituicao/06Revisao/>. Acesso em 15/09/2008.

¹⁷⁴ Artigo 47 da Constituição de Portugal - (Liberdade de escolha de profissão e acesso à função pública)

1. Todos têm o direito de escolher livremente a profissão ou o gênero de trabalho, salvas as restrições legais impostas pelo interesse coletivo ou inerentes à sua própria capacidade.

2. Todos os cidadãos têm o direito de acesso à função pública, em condições de igualdade e liberdade, em regra por via de concurso.

de primeira dimensão, das quais não se despem ao celebrar um contrato de emprego.

Por óbvio, são elas (liberdades) inseparáveis da figura do trabalhador, enquanto pessoa humana, razão pela qual faz-se necessário lançar um olhar criterioso sobre a eficácia dos direitos fundamentais de proteção (primeira dimensão) na relação de emprego, tendo-se em conta que, muito além da relevância do trabalho, está a relevância da pessoa que trabalha.

Sendo assim, ao lado de direitos fundamentais trabalhistas específicos, existem também na seara laboral, os chamados “direitos fundamentais inespecíficos (que se destinam à generalidade das pessoas) e que, embora de titularidade genérica, ganham uma feição laboral por sua utilização no âmbito do contrato de emprego.”¹⁷⁵

Para Zenno Simm, nos últimos 25 anos tem-se observado, notadamente no âmbito europeu, uma luta pelas liberdades individuais no ambiente laboral. Citando Fernando Valdés Dal-Ré, o autor afirma que as causas e ideologias desse fenômeno competem a vários fatores, sendo mais relevantes os que se seguem:¹⁷⁶

O primeiro é o reencontro do trabalhador com sua própria individualidade. Aduz o autor que “o trabalhador, antes, estava oculto atrás da sombra da noção de cidadão (séc. XIX) e, depois, oculto atrás da sombra da classe obreira (séc. XX); agora, redescobre que é pessoa, ou seja, uma pessoa trabalhadora.”

¹⁷⁵ SIMM, Zeno. *Os Direitos Fundamentais nas relações de trabalho*. São Paulo: Revista LTr, volume 69, p.1296.

¹⁷⁶ *Op. cit.* p. 1994.

Outro fator mencionado foi a concepção de uma estrutura empresarial diferente do fordismo que, ao mesmo tempo em que descentraliza a produção, utiliza tecnologias cada vez mais modernas para controlar o trabalho, “as quais têm grande capacidade invasiva, molestando a privacidade do indivíduo trabalhador (o “grande olho” do Big Brother de Orwell).”

Na lição de Alice Monteiro de Barros, é de suma importância o vigor dos direitos fundamentais dos trabalhadores - enquanto cidadãos inseridos na relação de trabalho - numa época em que os imperativos econômicos do mercado, consequência da hegemonia do pensamento liberal, questionam os dogmas tradicionais do Direito do Trabalho.¹⁷⁷

A catedrática, citando a doutrina espanhola de Miguel Rodriguez-Piñero, conclui aduzindo que a eficácia dos direitos fundamentais na relação de emprego é “um antídoto para emancipar o contrato de trabalho de sua excessiva subordinação à economia, permitindo que essa disciplina recupere seu papel de assegurar a auto-realização, a autodeterminação do empregado como cidadão.”¹⁷⁸

Portanto, após justificada a relevância do transporte dos direitos fundamentais para a relação de emprego, passa-se a explicitar como se dá esse fenômeno no Brasil e quais as circunstâncias dessa incidência, bem como o entendimento jurisprudencial acerca da matéria.

¹⁷⁷ BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de Direito do Trabalho*. 2 ed. São Paulo: Ltr, 2006, p. 614.

¹⁷⁸ *Op. cit.*

III.1.1) A eficácia privada dos direitos fundamentais da pessoa do trabalhador e as relações laborais no Brasil

O constitucionalismo social, encetado pelas Constituições mexicana e de *Weimar*, destaca-se por ter feito constar nas leis fundamentais a merecida guarida ao fenômeno do trabalho como instrumento para a persecução da dignidade da pessoa humana, razão pela qual estão intimamente ligadas ao princípio da não-neutralidade (igualdade material), fundando um solene compromisso com os desfavorecidos.

No magistério de Manoel Jorge e Silva Neto, a Constituição de 1934, inspirada na Constituição alemã de 1919 (*Weimar*), é um marco na história do constitucionalismo brasileiro, eis que conferiu novo *status* aos direitos sociais, sendo escolhido o constitucionalismo social como instrumento para a consecução do bem-estar geral de nosso país.¹⁷⁹

Contudo, aquele texto constitucional não chegou a atingir esse objetivo, até mesmo em virtude do seu curto período de existência, haja vista que foi substituída pela Carta outorgada por Getúlio Vargas já em 1937.

Mais adiante, na vigência da “Constituição” de 1969 (Emenda Constitucional nº 1/1969 à Constituição de 1967), os direitos sociais estavam jungidos à ordem econômica, franqueando a idéia de submissão do trabalho ao

¹⁷⁹ NETO, Manoel Jorge e Silva. *Curso de Direito constitucional do trabalho*. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 65-66.

capital e dando a verdadeira nota da ideologia dominante, qual seja, do trabalho como um “componente do processo produtivo ou um mero fator de produção”.¹⁸⁰

Assim, foi com a promulgação da Carta de 1988 que os direitos sociais granjearam a sua “autonomia”, sendo alocado o valor do trabalho na sua devida centralidade, figurando, inclusive, como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil (art. 1º, IV, da CF/88¹⁸¹).

Destarte, a promulgação da Carta cidadã, ante ao severo rompimento com a ideologia até então prevalente na ordem nacional, acarretou, como já era de se esperar, inúmeros impactos na sociedade e, conseqüentemente, na relação laboral, mormente no que toca ao exercício do poder empregatício.

Na lição do professor Maurício Godinho¹⁸², o processo de democratização da sociedade política ocidental serviu também para democratizar o sistema de poder prevalente dentro da empresa, refletindo diretamente em limitações ao poder empregatício.

Afirma Aldacy Rachid Coutinho que, no espaço consolidado da democratização do país, especialmente com o despertar constitucional (1988), “o aviltamento da condição humana que se vê expropriada do direito de sobreviver com o fruto do seu trabalho (...) encontra os olhos de quem percebe a emergência de uma eficácia dos direitos fundamentais como resposta ao descalabro.”¹⁸³

¹⁸⁰ *Op. cit.* p. 70.

¹⁸¹ BRASIL. Presidência da República. Constituição de 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em 20/09/2008.

¹⁸² DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2005, p. 628/629.

¹⁸³ COUTINHO, Aldacy Rachid. *Autonomia privada: em busca da defesa dos direitos fundamentais*. In Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado. Org. Ingo Wolfgang Sarlet. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 169.

Nesse ponto, ensina Sarmiento¹⁸⁴ que a opressão pode provir não apenas do Estado, mas de uma multiplicidade de atores privados, dentre os quais a empresa, ou seja, da relação entre empregado e empregador.

E, mais adiante, conclui asseverando ser a eficácia privada dos direitos fundamentais indispensável no contexto de uma sociedade desigual, vez que torna mais evidente e concreta a proteção da dignidade da pessoa humana e de outros valores constitucionalmente consagrados, dos quais destacam-se a igualdade material, o valor social do trabalho, a construção de uma sociedade justa, livre e solidária, a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e a proibição de quaisquer outras formas de discriminação.

Diante desses valores gizados pelo constituinte de 1988, outra conclusão não é plausível senão aquela que torna a relação privada trabalhista um lugar extremamente permeável aos direitos fundamentais da **pessoa do trabalhador**. Aliás, interpretação em sentido contrário levaria à absurda conclusão de que a relação de emprego ou o ambiente laboral é um “gueto”, uma relação blindada à incidência dos preceitos fundamentais, onde a força normativa da Constituição não teria lugar.

Assim, ante a eficácia privada dos preceitos constitucionais, é necessário lançar um novo olhar para a relação laboral, que deve ser encarada como expressão da dignidade da pessoa do trabalhador, sendo imperativo um contingenciamento do poder empregatício para que sejam postas em franca

¹⁸⁴ SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2004, p, 289.

ilegalidade medidas que tentem agredir ou cercear as liberdades do cidadão trabalhador.

Nesse sentido, o professor Maurício Godinho afirma ser inquestionável que a Constituição de 1988 rejeitou condutas fiscalizatórias e de controle da prestação de serviços que agridam a liberdade e a dignidade básicas da pessoa do trabalhador. É que, segundo ele (citando o Preâmbulo da CF/88), a Constituição pretendeu instituir um “Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social”.¹⁸⁵

Ademais, além dos já mencionados princípios normativos, no magistério do professor Maurício Godinho existem, na nossa Constituição, regras impositivas enfáticas que afastam a viabilidade jurídica do exercício do poder empregatício contra a dignidade do trabalhador, das quais cita:

*a regra geral da igualdade de todos perante a lei e da inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade (art. 5º, caput, CF/88). Também a regra geral de que ninguém será submetido (...) a tratamento desumano ou degradante (art. 5º, X, CF/88). Por fim as regras gerais clássicas no sentido de que ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente e de que ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal (art. 5º, LIII e LIV, CF/88).*¹⁸⁶

Em outros ordenamentos trabalhistas mais evoluídos do que o brasileiro, existem balizamentos infraconstitucionais expressos de proteção da liberdade e da dignidade da pessoa do trabalhador.

¹⁸⁵ DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2005, p. 635.

¹⁸⁶ *Op. Cit.* p.636.

No caso de Portugal, o Código do Trabalho contém normas que versam acerca dos direitos da personalidade do empregado e do empregador. Desse modo, no ordenamento lusitano há uma menor necessidade do operador jurídico valer-se diretamente (eficácia imediata) do texto constitucional para, por exemplo, dirimir uma controvérsia envolvendo a liberdade de opinião ou direito à intimidade na relação laboral. Basta se socorrer, respectivamente, dos artigos 15 e 16 do mencionado diploma legal, para elucidar a questão nos seguintes termos:

Artigo 15.º
Liberdade de expressão e de opinião

É reconhecida no âmbito da empresa a liberdade de expressão e de divulgação do pensamento e opinião, com respeito dos direitos de personalidade do trabalhador e empregador, incluindo as pessoas singulares que o representam, e do normal funcionamento da empresa.

Artigo 16.º
Reserva da intimidade da vida privada

1 - O empregador e o trabalhador devem respeitar os direitos de personalidade da contraparte, cabendo-lhes, designadamente, guardar reserva quanto à intimidade da vida privada.

2 - O direito à reserva da intimidade da vida privada abrange quer o acesso, quer a divulgação de aspectos atinentes à esfera íntima e pessoal das partes, nomeadamente relacionados com a vida familiar, afectiva e sexual, com o estado de saúde e com as convicções políticas e religiosas.¹⁸⁷

No mesmo diapasão é o Estatuto dos Direitos dos Trabalhadores da Itália de 1970. Ensina o professor Maurício Godinho¹⁸⁸ que o diploma italiano, em seu art. 2º, proíbe a presença permanente de guardas de segurança no local de cumprimento das atividades laborais. Veda ainda, como regra (art. 4º), o uso de

¹⁸⁷ Portal do Governo de Portugal. Ministério da Segurança Social e do Trabalho. Disponível em http://www.portugal.gov.pt/Portal/PT/Governos/Governos_Constitucionais/GC15/Ministerios/MSST/Comunicacao/Outros_Documentos/20030827_MSST_Doc_Codigo_Trabalho.htm. Acesso em 20/09/2008.

¹⁸⁸ DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2005, p. 636.

instalações audiovisuais ou de outros aparelhos com fim de controle à distância das atividades dos trabalhadores, devendo a utilização eventual, quando necessária, ser submetida ao prévio acordo das comissões de representantes sindicais na empresa. Por fim, estão também proibidas, via de regra, como reza o art. 6º daquele estatuto, as inspeções pessoais sobre o trabalhador, admitindo-as com determinadas restrições em alguns casos, sempre mediante acordo entre empregador e as comissões de representantes sindicais na empresa ou com uma comissão interna de empregados.¹⁸⁹

Já no âmbito da Comunidade europeia Paulo Mota Pinto, traz a lume as normas de direito comunitário que dão guarida aos direitos fundamentais especificamente no âmbito trabalhista, vedando as discriminações em relação à idade, às convicções religiosas, aos deficientes e à orientação sexual (Diretiva 2000/78/CE) e, também, no que tange à discriminação em relação ao sexo (Diretiva 2002/73/CE).¹⁹⁰

Infelizmente, no Brasil, são raras as leis que tratam dos direitos da personalidade do trabalhador. Nesse ponto, a Consolidação das Leis do Trabalho, principal diploma infraconstitucional que rege as relações de emprego, peca pela ausência de normas consagradoras dos direitos fundamentais na proteção da dignidade da pessoa do empregado.

É notório que o art. 483 da CLT tratou da matéria de maneira reflexa, ao prever em suas alíneas “a”, “b”, “c”, e “e”, hipóteses de atentado contra a higidez

¹⁸⁹ *Op. Cit.* p.635.

¹⁹⁰ PINTO, Paulo Mota. *Autonomia privada e discriminação: algumas notas. In* Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado. *Org.* Ingo Wolfgang Sarlet. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 365.

moral e psíquica do trabalhador. Contudo, o tratamento legal conferido ao tema ressoa-se de maior especificidade.

Lado outro, não se olvida que o art. 8º, parágrafo único, da CLT dispõe acerca da utilização do “direito comum” para suprir lacunas no texto celetista. Portanto, ante a sua omissão, no que toca a proteção dos direitos fundamentais da pessoa do obreiro, o mencionado artigo ordena que o operador do Direito do Trabalho busque a solução para a controvérsia em outras normas infraconstitucionais como, por exemplo, no Código Civil.

Ocorre que, apesar das inovações previstas no art. 11 e seguintes¹⁹¹ do novo Código Civil (no Código Civil de 1916 não havia disposições equivalentes), é

¹⁹¹ Art. 11. Com exceção dos casos previstos em lei, os direitos da personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo o seu exercício sofrer limitação voluntária.

Art. 12. Pode-se exigir que cesse a ameaça, ou a lesão, a direito da personalidade, e reclamar perdas e danos, sem prejuízo de outras sanções previstas em lei.

Parágrafo único. Em se tratando de morto, terá legitimação para requerer a medida prevista neste artigo o cônjuge sobrevivente, ou qualquer parente em linha reta, ou colateral até o quarto grau.

Art. 13. Salvo por exigência médica, é defeso o ato de disposição do próprio corpo, quando importar diminuição permanente da integridade física, ou contrariar os bons costumes.

Parágrafo único. O ato previsto neste artigo será admitido para fins de transplante, na forma estabelecida em lei especial.

Art. 14. É válida, com objetivo científico, ou altruístico, a disposição gratuita do próprio corpo, no todo ou em parte, para depois da morte.

Parágrafo único. O ato de disposição pode ser livremente revogado a qualquer tempo.

Art. 15. Ninguém pode ser constrangido a submeter-se, com risco de vida, a tratamento médico ou a intervenção cirúrgica.

Art. 16. Toda pessoa tem direito ao nome, nele compreendidos o prenome e o sobrenome.

Art. 17. O nome da pessoa não pode ser empregado por outrem em publicações ou representações que a exponham ao desprezo público, ainda quando não haja intenção difamatória.

Art. 18. Sem autorização, não se pode usar o nome alheio em propaganda comercial.

Art. 19. O pseudônimo adotado para atividades lícitas goza da proteção que se dá ao nome.

Art. 20. Salvo se autorizadas, ou se necessárias à administração da justiça ou à manutenção da ordem pública, a divulgação de escritos, a transmissão da palavra, ou a publicação, a exposição ou a utilização da imagem de uma pessoa poderão ser proibidas, a seu requerimento e sem prejuízo da indenização que couber, se lhe atingirem a honra, a boa fama ou a respeitabilidade, ou se se destinarem a fins comerciais.

Parágrafo único. Em se tratando de morto ou de ausente, são partes legítimas para requerer essa proteção o cônjuge, os ascendentes ou os descendentes.

Art. 21. A vida privada da pessoa natural é inviolável, e o juiz, a requerimento do interessado, adotará as providências necessárias para impedir ou fazer cessar ato contrário a esta norma.

de se sobrelevar que o “direito comum” não trata a contento da matéria, em virtude da complexidade que cerca a relação de emprego.

Assim, após um exame mais detido do capítulo que trata dos direitos da personalidade no Código Civil brasileiro, resta patente a ausência de “vocaçãõ” daquele diploma para prestar socorro aos direitos da personalidade inseridos no contexto da relação de emprego, mormente quando comparadas às normas trabalhistas portuguesas e italianas (acima mencionadas) de proteção da dignidade do trabalhador.

Não se pode negar que a ordem jurídica heterônoma estatal criou algumas poucas normas para desempenhar esse mister, das quais vale ressaltar a Lei 9.029/1995 que, trata da proibição de discriminação na seara laboral, bem como a Lei 9.799/1999, que além da vedação da discriminação, trata da proibição do empregador ou preposto de proceder a revistas íntimas nas empregadas.

Contudo, a despeito dessas e outras raras normas, o que se percebe é um enorme vazio no que tange à defesa das liberdades públicas do cidadão-trabalhador.

Isso sem falar na hegemonia do pensamento liberal instalada no Brasil nas últimas décadas, que retirou o fenômeno do trabalho da sua devida centralidade, arrancando do Estado a sua veia intervencionista e, assim, evitando a edição de leis que desempenhassem o mister de proteção da dignidade do trabalhador.

Em relação a esse modelo, comenta o professor Márcio Túlio Viana¹⁹² que, para a “retórica neoliberal, a lei está cheia de velharias, é rígida em excesso, tem raízes corporativistas, é paternalista. Além do mais, tende a proteger uma elite, pois os empregados de ontem serão os autônomos de amanhã, e, mesmo hoje, a maioria emigra para a informalidade.”

Foi munido dessa retórica que o Brasil atravessou o último século, sem criar um arcabouço normativo infralegal de proteção aos direitos da pessoa do trabalhador, conduta essa que vulnera a eficácia objetiva dos direitos fundamentais, que traz em si uma ordem para que o legislador ordinário estabeleça, no âmbito infraconstitucional, a ponderação entre as liberdades constitucionais ou, mais especificamente, estabeleça um equilíbrio entre os direitos fundamentais dos empregados e dos empregadores.

Aqui vale a relevante crítica de Sarmento, para quem “essa ponderação, num Estado que “leva a sério” a democracia, deve ser realizada primariamente pelo legislador”.¹⁹³

Assim, pelos motivos expostos alhures, a seara trabalhista brasileira, a despeito de ser um ambiente extremamente favorável a agressões contra os direitos da personalidade do trabalhador, não dispõe de um conjunto de normas infralegais aptas a regular de forma efetiva tais questões.

Destarte, tendo em vista essa enorme omissão legislativa em nosso país, imperioso se faz o manejo da teoria da *eficácia imediata* dos direitos fundamentais

¹⁹² VIANA, Márcio Túlio. *A proteção social do trabalhador no mundo globalizado* – O direito do Trabalho no limiar do século XXI. Disponível em <<http://globalization.sites.uol.com.br/MarcioTulio.htm>>. Acesso em 25/09/2008.

¹⁹³ SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2004, p, 302.

entre os particulares integrantes da relação de emprego, como medida de reconhecimento, proteção e efetividade das liberdades públicas da pessoa do trabalhador.

Aliás, nesse sentido tem sido o posicionamento dos Tribunais pátrios, mesmo que não empregando expressamente o rótulo da eficácia imediata dos direitos fundamentais nas relações privadas, valendo destacar o Recurso Extraordinário nº 161.243-6, de relatoria do Ministro Carlos Veloso, julgado pela 2ª Turma do Pretório Excelso e publicado em 19/12/1997.¹⁹⁴

Tratava-se de uma reclamação trabalhista proposta por Joseph Halfin em face da “Compagnie Nationale Air France”, na qual o reclamante, brasileiro, pleiteava, dentre outras coisas, a concessão dos mesmos benefícios assegurados pelo Estatuto da Empresa aos empregados de nacionalidade francesa. No caso, o Tribunal Regional do Trabalho havia indeferido o pedido por não ser francês o empregado, valendo transcrever a ementa da decisão do STF:

EMENTA: EMPREGADO DE EMPRESA ESTRANGEIRA - ISONOMIA. CONSTITUCIONAL. TRABALHO. PRINCÍPIO DA IGUALDADE. TRABALHADOR BRASILEIRO EMPREGADO DE EMPRESA ESTRANGEIRA: ESTATUTOS DO PESSOAL DESTA: APLICABILIDADE AO TRABALHADOR ESTRANGEIRO E AO TRABALHADOR BRASILEIRO. C.F., 1967, art. 153, § 1º; C.F., 1988, art 5º, caput.

I. Ao recorrente, por não ser francês, não obstante trabalhar para a empresa francesa, no Brasil, não foi aplicado o Estatuto do Pessoal da Empresa, que concede vantagens aos empregados, cuja aplicabilidade seria restrita ao empregado de nacionalidade francesa. Ofensa ao princípio da igualdade: CF, 1967, art. 153, § 1º; CF, 1988, art. 5º, caput).

*II. **A discriminação que se baseia em atributo, qualidade, nota intrínseca ou extrínseca do indivíduo, como o sexo, a raça, a nacionalidade, o credo religioso, etc., é inconstitucional.** Precedente do STF: Ag 110.846(AgRg)-PR, Célio Borja, RTJ 119/465.*

III. Fatores que autorizariam a desigualização não ocorrentes no caso.

IV. R.E. conhecido e provido. (Grifos).

¹⁹⁴ NOVELINO, Marcelo Novelino. *Leituras complementares de Direito Constitucional*. 2 ed. Salvador: *Juspodium*, 2007, p.151.

Já o Tribunal Superior do Trabalho, em julgado de relatoria do Ministro João Oreste Dalazen (TST-RR-2195/1999-009-05-00-6), publicado em 07/09/2004, julgou procedente o pedido de danos morais de uma empregada que era submetida, duas vezes ao dia (na saída para os intervalos intra e interjornada), à revista íntima, na qual erguia blusa até a altura do sutiã e abaixava a calça até a altura do joelho. Relatou-se, ainda que, em determinado dia, a diretora da empresa ordenou que a obreira ficasse inteiramente nua no vestiário, na presença das demais empregadas.

A reclamada, a seu turno, afirmou que não havia revista, mas sim um acompanhamento durante a troca de roupa e que era realizada por pessoa do mesmo sexo, afirmando ser necessária a fiscalização, uma vez que a empresa lidava com produtos psicotrópicos:

DANO MORAL. PRESENÇA DE SUPERVISOR NOS VESTIÁRIOS DA EMPRESA PARA ACOMPANHAMENTO DA TROCA DE ROUPAS DOS EMPREGADOS. REVISTA VISUAL.

- 1. Equivale à revista pessoal de controle e, portanto, ofende o direito à intimidade do empregado a conduta do empregador que, excedendo os limites do poder diretivo e fiscalizador, impõe a presença de supervisor, ainda que do mesmo sexo, para acompanhar a troca de roupa dos empregados no vestiário.*
- 2. O poder de direção patronal está sujeito a limites inderrogáveis, como o respeito à dignidade do empregado e à liberdade que lhe é reconhecida no plano constitucional.*
- 3. Irrelevante a circunstância de a supervisão ser empreendida por pessoa do mesmo sexo, uma vez que o constrangimento persiste, ainda que em menor grau. A mera exposição, quer parcial, quer total, do corpo do empregado, caracteriza grave invasão à sua intimidade, traduzindo incursão em domínio para o qual a lei franqueia o acesso somente em raríssimos casos e com severas restrições, tal como se verifica até mesmo no âmbito do direito penal (art. 5º, XI e XII, da CF).*
- 4. Despiciendo, igualmente, o fato de inexistir contato físico entre o supervisor e os empregados, pois a simples visualização de partes do corpo humano, pela supervisora, evidencia a agressão à intimidade da Empregada.*
- 5. Tese que se impõe à luz dos princípios consagrados na Constituição da República, sobretudo os da dignidade da pessoa, erigida como um dos fundamentos do Estado Democrático de*

Direito (art. 1º, inciso III), da proibição de tratamento desumano e degradante (art. 5º, inciso III) e da inviolabilidade da intimidade e da honra (art. 5º, inciso X).

6. Recurso de revista de que se conhece e a que se dá provimento para julgar procedente o pedido de indenização por dano moral. (Grifos)

Aliás, nesse caso, o voto fez remissão expressa à teoria da eficácia horizontal *imediata* dos direitos fundamentais, a qual foi adotada para dirimir o confronto na relação de emprego (entre particulares), servindo para relativizar o poder fiscalizatório do empregador, conforme se depreende do seguinte trecho do voto:

Aliás, a tese aqui esposada encontra apoio na teoria da Eficácia Horizontal dos Direitos Fundamentais ou Drittwirkung der Grundrechte, concebida pelo alemão Hans Carl Nipperdey, juiz e prestigioso especialista em direito civil e do trabalho, já na década de 50 do século passado.(...)

(...) A doutrina encontra plena aplicabilidade na espécie. Com efeito, a garantia fundamental inscrita no inciso X do art. 5º da Constituição Federal há de pautar as relações de emprego, máxime no tocante à imposição de limites ao poder de fiscalização e controle conferido ao Empregador.

Em outro recente acórdão do egrégio Tribunal Regional do Trabalho de Minas Gerais (TRT-00321-2008-038-03-00-6-RO), a Turma Recursal de Juiz de Fora, em acórdão de relatoria do Desembargador Heriberto de Castro, publicado em 22/07/2008, também adotou explicitamente a teoria da eficácia horizontal (imediata) dos direitos fundamentais (citando, inclusive, a decisão do STF transcrita no capítulo II). O caso versava sobre a aplicação da pena máxima de demissão sem que fossem observados o contraditório e a ampla defesa do empregado. Segue adiante, parte do trecho do voto vencedor do relator:

*E nem se diga que a apuração de faltas graves se restringe a empregados estáveis ou às empresas que tenham se obrigado a fazê-lo por norma regulamentar (Súmula 77 do TST). **Com efeito, a teoria da eficácia horizontal dos direitos fundamentais impõe a observância das prerrogativas constitucionais também no âmbito das relações privadas. (...)***

Logo, em qualquer caso, para que seja validada a aplicação da pena capital, o empregador deve comprovar em juízo que engendrou reais esforços para se certificar da autoria da falta imputada, garantindo ao empregado a oportunidade de exercer seus inarredáveis direitos à ampla defesa e ao contraditório.

Nada disso restou, contudo, demonstrado nos autos. Como dito, o reclamante foi dispensado sumariamente pela simples presunção de que era o maior beneficiário da falsificação perpetrada, o que não pode ser chancelado pelo Judiciário.

Assim, por outros fundamentos, mantenho a conversão da modalidade de extinção contratual e a correspondente condenação em verbas rescisórias.¹⁹⁵

Nesse mesmo diapasão, aplicando de forma imediata os direitos fundamentais na relação de trabalho, o voto do Desembargador José Roberto Freire Pimenta no julgamento do Recurso Ordinário 00317-2003-092-03-00-9 (TRT/MG), publicado em 05/06/2004, foi pela procedência do pedido de danos morais do reclamante, reconhecendo que o uso de polígrafo pelo empregador ofendia literalmente à intimidade, honra e de imagem do obreiro:

EMENTA: DANO MORAL. TESTE DO POLÍGRAFO (DETECTOR DE MENTIRAS). DIREITO À HONRA E À INTIMIDADE DO TRABALHADOR. O trabalhador, ao ingressar em uma empresa na qualidade de empregado, não se despe dos direitos e garantias fundamentais asseguradas pela Constituição da República a todos os cidadãos, dentre os quais figura com destaque a inviolabilidade de sua intimidade, de sua honra e de sua imagem (artigo 5º, inciso X, do Texto Fundamental). Se é verdade que o empregador detém poderes de direção, fiscalização e disciplinamento em relação àqueles que lhe prestam serviços, não menos certo é que o exercício desse direito potestativo encontra limite em tais direitos e garantias constitucionais. Quando o empregador obriga o seu empregado a se submeter ao teste do polígrafo, equipamento de eficácia duvidosa e não adotado no ordenamento jurídico pátrio, extrapola os limites de atuação do seu poder diretivo e atinge a dignidade desse trabalhador, expondo a honra e intimidade deste e submetendo-o a um constrangimento injustificado, apto a ensejar a reparação pelos danos morais causados por essa conduta.

¹⁹⁵ BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da terceira região. Acórdão na íntegra. Disponível em <<http://www.trt3.jus.br/>>. Acesso em 25/09/2008.

Como se vê, já está consagrada na jurisprudência pátria a utilização da teoria da eficácia imediata dos direitos fundamentais na relação laboral, restando expressamente reconhecido que a inserção do empregado no ambiente de trabalho não é capaz de lhe retirar a titularidade dos direitos da personalidade.

Do contrário, a subordinação jurídica assumiria contornos de um verdadeiro estado de sujeição do obreiro, tornando ilimitado o poder empregatício, como se extrai do trecho da decisão da 1ª Vara do Trabalho de Curitiba a seguir, citada por José Antônio Peres Gediel:

O ordenamento jurídico brasileiro, que consagra a dignidade da pessoa humana como fundamento da República, assegura de forma expressa, como direito fundamental, a inviolabilidade da intimidade e privacidade das pessoas.(...) Evidentemente, as relações de trabalho não podem mais ser concebidas como um círculo em que impera o poder absoluto do empregador, como outrora fora a soberania indivisa do senhor feudal no âmbito de seu feudo, imune à obrigação de respeito à dignidade da pessoa do trabalhador. Não se coaduna com a ordem constitucional brasileira olvidar-se a responsabilidade da empresa perante a consecução da dignidade da pessoa humana, dos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, preconizada pelo art. 1º, IV, da CF e do respeito aos direitos fundamentais dos trabalhadores, a cuja realização também está vinculada a empresa e não só o poder público.¹⁹⁶

Igualmente, o direito fundamental ao sigilo da correspondência, disposto no art. 5º, XII, da CF/88, inclusive por meios eletrônicos, também goza de eficácia imediata na relação de emprego, como forma de restringir o poder do empregador. Caso contrário, haveria o que o professor Luiz Otávio Linhares Renault denominou em seu voto de *desterritorialização do poder empregatício*, fato esse que ofenderia diversos direitos fundamentais inerentes à pessoa do trabalhador. Nesse sentido,

¹⁹⁶ PERES GEDIEL, José Antônio. A irrenunciabilidade a direitos da personalidade pelo trabalhador. *In* Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado. Org. Ingo Wolfgang Sarlet. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 164.

segue parte da ementa da decisão proferida no Recurso Ordinário nº 00997-2005-030-03-00-6, julgado no TRT/MG:

*(...) Na esfera da relação entre o empregado e o empregador, portanto, no campo restrito do Direito do Trabalho, vigoram, como no Direito Penal, com óbvias reciprocidades e interesses tutelados e tonalidades diferentes, as regras constitucionais da inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra, da imagem, do sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas e, acrescentaria eu, eis que o rol não é taxativo, podendo ser ampliado a outros atributos da personalidade, das mensagens **armazenadas em e-mails, tudo conforme previsto no art. 5º., incisos, X e XII, da Carta Magna. Grinover nota que o objeto da tutela relativa ao sigilo de correspondência, ao qual penso se deva associar o correio eletrônico, é dúplice: "de um lado, a liberdade de manifestação de pensamento; de outro lado, o segredo, como expressão do direito à intimidade". (Ada Pellegrini Grinover. Liberdades Públicas e Processo Penal, p. 306). Ora bem, o rastreamento e a violação do conteúdo das mensagens enviadas e recebidas via e-mail do empregado, ainda que em computador de propriedade da empresa, implicam ato que poderia tentar cunhar, denominando-o de "**desterritorialização do poder empregatício**", do qual o empresário definitivamente não é detentor, uma vez que para exercer o seu direito de fiscalizar e eventualmente de punir determinado empregado, por desrespeito a regras de conduta vigentes no ambiente exclusivo de trabalho, quase sempre necessitará invadir a intimidade, a vida privada, a liberdade de pensamento, o sigilo de correspondência e de comunicações de dados, tanto do seu empregado quanto de outrem, isto é, de terceiro a quem foi enviada ou de quem foi recebida a mensagem, mas que não se encontra sob o manto da subordinação prevista no art. 3º., da CLT (...).***

*Eis o papel que entendo caber aos operadores do Direito para uma efetiva tutela da intimidade, **na qual se insere a inviolabilidade de correspondência, inclusive a eletrônica: preservação da privacidade do conteúdo dos e-mails, verdadeira extensão da vida e dos segredos mais íntimos das pessoas**, exceto nas hipóteses em que tal invasão se torne realmente indispensável para a apuração da verdade dos fatos e mediante prévia autorização judicial¹⁹⁷ (Grifos).*

Assim, a relação privada entre empregado e empregador não projeta a submissão pessoal daquele, pois se trata de uma relação jurídica na qual inexistente a supremacia do poder empresarial, vez que está sujeito aos limites impostos por outros valores reconhecidos no ordenamento jurídico pátrio.

¹⁹⁷ BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da terceira região. Acórdão na íntegra. Disponível em <<http://www.trt3.jus.br/>>. Acesso em 25/09/2008.

Por fim, ressaltando a necessidade da teoria da eficácia imediata das liberdades constitucionais em virtude da ausência de normas trabalhistas, segue a ementa da decisão de relatoria da Desembargadora Alice Monteiro de Barros.

DIREITO À INTIMIDADE - VIOLAÇÃO - DANO MORAL.

Embora o Direito do Trabalho não faça menção expressa aos direitos de intimidade do trabalhador, eles são oponíveis contra o empregador, porque assegurados em preceito constitucional. Não é o fato de o empregado encontrar-se subordinado ao empregador ou de deter este último o poder diretivo, que irá justificar a ineficácia da tutela à intimidade no local de trabalho, do contrário haveria degeneração da subordinação jurídica em um estado de sujeição do trabalhador. Logo, procede a indenização por dano moral, quando comprovado que a reclamante, em estado de gravidez, foi proibida de ir ao banheiro pelo gerente do reclamado, durante a realização de jogos de bingo, vindo a urinar, em público, no horário de expediente. O rigor desmedido adotado pela empresa expôs a obreira a uma situação vexatória, devendo ser reparado o mal que lhe foi injustamente causado. Numa época em que os imperativos econômicos do mercado questionam os dogmas tradicionais do Direito do trabalho, o vigor dos direitos fundamentais deverá servir de antídoto "para emancipar o contrato de trabalho de sua excessiva subordinação à economia", permitindo a auto-realização do empregado como cidadão. (TRT-RO-18878/99 - 2ª T. - Rel. Juíza Alice Monteiro de Barros - Publicação. MG. 24.05.00).¹⁹⁸ (Grifos).

Assentadas as argumentações dogmáticas no ordenamento trabalhista pátrio acerca da eficácia horizontal dos direitos fundamentais e da premente necessidade do seu imediato transporte para as relações de emprego, imperioso examinar os mecanismos de que deve se valer o julgador para equacionar os litígios decorrentes das colisões desses preceitos constitucionais.

¹⁹⁸ BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de Direito do Trabalho*. 2 ed. São Paulo: Ltr, 2006, p. 613 (nota de rodapé).

III.2) A PONDERAÇÃO DE BENS E O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE NA SOLUÇÃO DE CONFLITOS ENTRE OS DIREITOS FUNDAMENTAIS ENVOLVIDOS NA RELAÇÃO LABORAL

Como exposto anteriormente, o contrato de emprego, por definição, baseia-se numa assimetria pois, se de um lado coloca-se nas mãos do empresário o poder empregatício, do outro cria-se a subordinação jurídica do empregado.

Dessa maneira, não é raro na seara laboral o embate entre as liberdades públicas dos empregados (direitos fundamentais do cidadão trabalhador) e os direitos fundamentais dos empregadores, quais sejam, autonomia privada, livre iniciativa econômica e direito de propriedade, dentre outros.

Bilbao Ubillos aduz ser necessário encontrar um ponto de equilíbrio entre o exercício das liberdades constitucionais do trabalhador e as exigências que derivam do vínculo contratual pois, se há, de um lado, os poderes disciplinar, diretivo e de fiscalização do empregador, há, do outro, direitos fundamentais do cidadão- trabalhador.¹⁹⁹

Na lição de Canotilho²⁰⁰, considera-se uma autêntica colisão de direitos fundamentais quando o exercício de um direito fundamental por parte do seu titular impede ou embaraça o exercício do direito fundamental por parte de outro titular.

¹⁹⁹ UBILLOS, Juan Maria Bilbao. *¿En qué medida vinculan a los particulares los derechos fundamentales?* In Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado. Org. Ingo Wolfgang Sarlet. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 332.

²⁰⁰ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7 ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 1270.

Diga-se de passagem, essas colisões são inevitáveis e até mesmo previsíveis, na medida em que a Constituição de 1988 confere proteção a valores e interesses antagônicos, mormente àqueles envolvidos na relação de emprego.

Assim, diante da colisão de direitos fundamentais, havendo submissão do litígio ao Judiciário, devem ser consideradas as peculiaridades do caso concreto e examinados seus diversos elementos, cabendo ao magistrado sopesar as circunstâncias e eleger a norma que considerar mais adequada para solucionar a questão, valendo-se, para tanto, da técnica da ponderação.

Sobre a ponderação, Luís Roberto Barroso e Ana Paula de Barcellos esclarecem:

(...)Da exposição apresentada extrai-se que a ponderação ingressou no universo da interpretação constitucional como uma necessidade, antes que como uma opção filosófica ou ideológica. É certo, no entanto, que cada uma das três etapas descritas acima – identificação das normas pertinentes, seleção dos fatos relevantes e atribuição geral de pesos, com a produção de uma conclusão – envolve avaliações de caráter subjetivo, que poderão variar em função das circunstâncias pessoais do intérprete e de outras tantas influências. É interessante observar que alguns dos principais temas da atualidade constitucional do Brasil têm seu equacionamento posto em termos de ponderação de valores, podendo-se destacar:

I- (...).

II- o debate acerca da denominação 'eficácia horizontal dos direitos fundamentais', envolvendo a aplicação das normas constitucionais às relações privadas, onde se contrapõem a autonomia da vontade e a efetivação dos direitos fundamentais;²⁰¹

A ponderação, entretanto, muito embora seu natural caráter subjetivo, não pode ser realizada de maneira absolutamente livre e isenta de critérios científicos.

A sujeição das partes ao arbítrio judicial comprometeria a segurança jurídica, que

²⁰¹ BARROSO, Luís Roberto e BARCELLOS, Ana Paula de. *O Começo da História. A Nova Interpretação Constitucional e o Papel dos Princípios no Direito Brasileiro*. In: BARROSO, Luís Roberto (organizador). *A nova interpretação constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 348.

é elemento constitutivo do Estado Democrático de Direito. Por essa razão, a doutrina propugna que o processo intelectual da ponderação tenha como fio condutor o princípio instrumental da proporcionalidade ou da razoabilidade

No que toca à nomenclatura do princípio a ser examinado, mister, inicialmente, esclarecer que, apesar das divergências doutrinárias, o princípio da razoabilidade, em linhas gerais, guarda uma relação de fungibilidade com o princípio da proporcionalidade.

Willys Santiago Guerra Filho, citado por Luís Roberto Barroso²⁰², ensina que há sinonímia e origem comum, na matemática, dos termos razão e proporção. Não obstante, afirma ser possível verificar que o termo razoabilidade é mais utilizado por autores anglo-saxões, enquanto autores de origem germânica preferem proporcionalidade. O próprio Supremo Tribunal Federal usa indistintamente as suas expressões.

Esclarecida essa questão, defende Robert Alexy²⁰³, como forma de afastar os casuísmos judiciais, que a aplicação desse princípio de interpretação constitucional seja escalonada em três fases ou três sub-princípios:

O primeiro é a exigência de uma adequação entre meios e fins, ou seja, a medida adotada (meio) deve ser apta a alcançar o fim por ela almejado.

Já o segundo sub-princípio, da necessidade, também conhecido como menor ingerência possível ou proibição de excesso, significa que a medida adotada deve ser a menos lesiva e onerosa.

²⁰² BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da constituição*. 3ªed. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 217.

²⁰³ ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid. Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p.111.

O terceiro sub-princípio é o da proporcionalidade em sentido estrito, que assevera que os benefícios da medida têm que ser maiores que os prejuízos por ela causados.

A utilização judicial desses sub-princípios, além de homenagear a segurança jurídica - elemento essencial da noção de Estado de Direito-, é relevante instrumento de orientação do magistrado para o exame da colisão de direitos fundamentais posta em juízo, na medida em que fornece elementos técnicos e seguros para alcançar a necessária justiça das decisões.

Desse modo percebe-se, de forma cristalina, que, nos dias atuais, com as mencionadas transformações no âmbito do Direito do Trabalho, o princípio da proporcionalidade desempenha uma tarefa essencial na preservação e proteção dos direitos fundamentais do cidadão-trabalhador perante os renovados poderes empresariais.

Isso porque a proporcionalidade evita casuísmos e prestigia a segurança jurídica, tornando mais científica a aplicação da teoria imediata da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, que tem como objetivo o re-equilíbrio da desigual balança comercial da relação de emprego de maneira a consagrar os valores esculpidos na Constituição de 1988, a saber, igualdade material, valor social do trabalho, construção de uma sociedade justa, livre e solidária, promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e a proibição de quaisquer outras formas de discriminação, tudo como forma de garantir a necessária dignidade à pessoa do trabalhador brasileiro.

CONCLUSÃO

A eficácia horizontal dos direitos fundamentais é ainda objeto de muita celeuma doutrinária e jurisprudencial, fato esse que não impediu que alguns pontos de consenso fossem construídos ao redor do tema.

Um desses pontos é o seguinte: quanto maior a desigualdade entre os particulares envolvidos na relação, mais enérgica deverá ser a proteção ao direito fundamental em jogo e, conseqüentemente, menor a tutela da autonomia privada, com o qual essa se coloca em confronto.

Ora, a relação de emprego é manifestamente conhecida pela desigualdade entre os particulares envolvidos, fato esse capaz de justificar a utilização da teoria da eficácia horizontal dos direitos fundamentais como forma de proteção à dignidade da pessoa do trabalhador.

No Brasil, ante a ausência de um arcabouço normativo infraconstitucional dispendo acerca das liberdades públicas do trabalhador, somente a aplicação da teoria imediata (ou direta) dos direitos fundamentais entre os particulares mostra-se apta a proporcionar uma efetiva proteção aos direitos da pessoa do trabalhador, limitando, de maneira constitucionalmente adequada, os direitos fundamentais do empregador.

Ademais, à luz de uma interpretação sistemática do texto constitucional, fica patente que a aplicação dessa teoria está francamente autorizada (e até incentivada) pela Constituição de 1988, como forma de concretizar outros

princípios também por ela consagrados, tais como a igualdade material, o valor social do trabalho, a construção de uma sociedade justa, livre e solidária e a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e a proibição de quaisquer outras formas de discriminação.

Tanto é assim que os principais Tribunais de nosso país têm adotado, em sua prática jurisprudencial, a teoria da eficácia direta dos direitos fundamentais na relação de emprego, ainda que sem a utilização desse rótulo, cunhado na doutrina internacional mais abalizada.

Por outro lado, como a utilização da eficácia imediata dos direitos fundamentais cria conflitos entre normas de mesmo *status* - direitos fundamentais dos empregadores *versus* os dos empregados -, torna-se imperiosa a adequada ponderação judicial dos bens jurídicos envolvidos no caso concreto.

Destarte, buscando a redução do subjetivismo das decisões judiciais, bem como a ampliação da segurança jurídica e da cientificidade na ponderação dos direitos em jogo, o magistrado deve se valer do princípio da proporcionalidade - bem como de seus sub-princípios - como parâmetro de orientação para a adequada solução dos conflitos envolvendo a aplicação da teoria imediata na proteção aos direitos fundamentais da pessoa do empregado.

Ainda, cumpre salientar que a utilização da eficácia horizontal dos direitos fundamentais nas relações trabalhistas tem como escopo o revigoramento dos direitos fundamentais da pessoa do empregado, constituindo mais um instrumento disponível para os operadores jurídicos, na árdua tarefa de proteção da dignidade da pessoa do trabalhador.

Assim, vistos sob essa perspectiva (eficácia privada), os direitos fundamentais da pessoa do trabalhador tendem a causar uma verdadeira metamorfose nas relações de emprego do nosso país, tornando-as mais respeitadas, democráticas e dignas, fato esse que, inevitavelmente, conduzirá a um ambiente de trabalho mais compatível com a letra e o espírito da Constituição Cidadã promulgada em nosso país em 1988.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid. Centro de estudios constitucionales, 1993.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos, liberdades e garantias no âmbito das relações entre particulares*. In *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. Org. Ingo Wolfgang Sarlet. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

BARCELLOS, Ana Paula de. *A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de Direito do Trabalho*. 2 ed. São Paulo: Ltr, 2006.

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. São Paulo: Saraiva, 1996.

BARROSO, Luís Roberto e BARCELLOS, Ana Paula de. *O Começo da História. A Nova Interpretação Constitucional e o Papel dos Princípios no Direito Brasileiro*. In *A nova interpretação constitucional*: Org. Luís Roberto Barroso. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

CANARIS, Claus-Wilhelm. *A influência dos direitos fundamentais sobre o direito privado na Alemanha*. In *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. Org. Ingo Wolfgang Sarlet. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7 ed. Coimbra: Almedina, 2003

COUTINHO, Aldacy Rachid. *Autonomia privada: em busca da defesa dos direitos fundamentais*. In *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. Org. Ingo Wolfgang Sarlet. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

DELGADO, Maurício Godinho. *Capitalismo, trabalho e emprego*. São Paulo: LTr, 2006.

DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2005.

DELGADO, Maurício Godinho. *Direitos fundamentais na relação de trabalho*. São Paulo: Revista LTr, volume 70.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria geral dos direitos fundamentais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

GEDIEL, José Antônio Perez. *A irrenunciabilidade a direitos da personalidade do trabalhador*. In *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. Org. Ingo Wolfgang Sarlet. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

HESSE, Konrad. *Derecho Constitucional e derecho privado*. Madrid: Civitas, 1995.

HUBERMAN, Leo. *História da riqueza do homem*. 16ª Edição. Zahr Editores: Rio de Janeiro, 1980.

MENDES, G; COELHO, I; GONET BRANCO, P. *Curso de direito constitucional*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

MORAIS, Maria Celina Bodin de. *O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo*. In Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado. Org. Ingo Wolfgang Sarlet. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

NETO, Manoel Jorge e Silva. *Curso de Direito constitucional do trabalho*. São Paulo: Malheiros, 1998.

NOVELINO, Marcelo. *Direito Constitucional*. 1 ed. São Paulo: Método, 2007.

NOVELINO, Marcelo Novelino. *Leituras complementares de Direito Constitucional*. 2 ed. Salvador: Juspodium, 2007.

PINTO, Paulo Mota. *Autonomia privada e discriminação: algumas notas*. In Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado. Org. Ingo Wolfgang Sarlet. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 9 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 5 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Direitos fundamentais e direito privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais in A Constituição concretizada*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2004.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 22 ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

SILVA, Virgílio Afonso da. *A constitucionalização do direito: Os direitos fundamentais nas relações entre particulares*. São Paulo: Malheiros, 2005.

SIMM, Zeno. *Os Direitos fundamentais nas relações de trabalho*. São Paulo: Revista LTr, volume 69.

TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

TEPEDINO, Gustavo. *A Tutela da personalidade no Ordenamento civil-constitucional Brasileiro in Temas de Direito Civil*. Coord. Gustavo Tepedino. 3 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

UBILLOS, Juan Maria Bilbao. *¿En que medida vinculan a los particulares los derechos fundamentales? In Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. Org. Ingo Wolfgang Sarlet. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.