

A EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES DE EMPREGO

Francisco Alberto da Motta Peixoto Giordani*

INTRODUÇÃO

A questão acerca da eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares abre campo a acesas disputas, quanto ao “se”, ao “como” e “em que medida”, consoante valiosas lições do insigne Ingo Wolfgang Sarlet¹, o que justifica a sua análise no âmbito das relações de emprego, máxime nos dias que correm, pois, talvez (vocábulo que o inesquecível Alexandre Dumas, em um de seus livros, afirmou *ser* “a quintessência de todas as filosofias”²), a drástica redução da oferta de empregos, de alguma maneira, acabe expondo os trabalhadores a maiores possibilidades de ofensa aos seus direitos fundamentais, sejam os específicos de sua condição de trabalhador, sejam os inespecíficos, atinentes a sua condição de cidadão-trabalhador, porquanto, como se não desconhece, a circunstância de ser trabalhador, não retira de quem o seja, a qualidade de cidadão, com os direitos então decorrentes³⁻⁴.

* *Desembargador do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região.*

1 Ingo Wolfgang Sarlet, “Direitos fundamentais e direito privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais”, organizador Ingo Wolfgang Sarlet, “A Constituição concretizada – constituindo pontes com o público e o privado”, Livraria do Advogado, 2000, p. 116 e ss.

2 Alexandre Dumas, “Os quarenta e cinco”, Porto, Livraria Lello & Irmão, sem data, vol. II, p. 199.

3 No que toca aos direitos fundamentais inespecíficos dos trabalhadores, de rigor a lembrança ao sentir dos eminentes Manuel Carlos Palomeque López e Manuel Álvarez de la Rosa: “Al Propio tiempo, otros derechos constitucionales de carácter general y, por ello, no específicamente laborales pueden ser ejercidos, sin embargo, por los sujetos de las relaciones de trabajo [los trabajadores, en particular] en el ámbito de las mismas, por lo que en tal caso adquieren un contenido o dimensión laborales sobrevenidos. Se produce así una ‘impregnación laboral’ de derechos de titularidad general o inespecífica por el hecho de su ejercicio por trabajadores asalariados [también eventualmente por empresarios] a propósito y en el ámbito de un contrato de trabajo. Son derechos atribuidos con carácter general a los ciudadanos, que son ejercidos en el seno de una relación jurídica laboral por ciudadanos que, al Propio tiempo, son trabajadores y, por lo tanto, se convierten en verdaderos derechos laborales por razón del sujeto y de la naturaleza de la relación jurídica en que se hacen valer, en derechos laborales inespecíficos. Y es que, naturalmente, la celebración de un contrato de trabajo ‘no implica en modo alguno la privación para una de las partes, el trabajador, de los derechos que la Constitución le reconoce como ciudadano’ (SSTC 120/1983, 88/1985, 104/1987, 6/1989, 126/1990, 99/1994, 6/1995, 4/1996, 106/1996, 186/1996, 204/1997, 1/1998 y 197/1998). Son, en definitiva, derechos del ciudadano-trabajador, que ejerce como trabajador-ciudadano” (“Derecho del trabajo”, Editorial Universitaria Ramón Areces, Decimotercera edición, p. 104-105).

4 Também o culto juslaborista lusitano José João Abrantes, em monumental obra, afirma que: “Hoje em dia, porém, a importância dos direitos fundamentais no âmbito da relação de trabalho caracteriza-se sobretudo, pelo menos nos países mais desenvolvidos, por uma atenção crescente à chamada ‘cidadania

Interessante, para iniciar a abordagem do tema, lembrar curioso aspecto salientado pelo ilustre lente Jorge Reis Novais, e que dá conta, em boa medida, das perplexidades e dificuldades que a questão da eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares suscita; observou o Professor:

“Um recente curso de mestrado na Faculdade de Direito de Lisboa subordinado a este tema [objeto da investigação ora levada a efeito] e frequentado em igual número por estudantes brasileiros e portugueses proporcionou-nos esta clara verificação inicial: enquanto os estudantes brasileiros se pronunciavam unanimemente pela aplicação directa dos direitos fundamentais aos particulares, já os estudantes portugueses eram muito mais reticentes a esta ideia. O curioso é que esta divergência reproduz uma divisão no mesmo sentido que é possível perceber entre as doutrinas brasileira e portuguesa. Ou seja, enquanto que praticamente

na empresa’, isto é, aos direitos fundamentais não especificamente laborais, aos direitos do cidadão, que os exerce, enquanto trabalhador, na empresa.

Assiste-se a ‘uma impregnação juslaborista de direitos de titularidade geral por via da sua actuação por parte de trabalhadores subordinados’.

‘São direitos atribuídos genericamente aos cidadãos, exercidos no quadro de uma relação jurídica de trabalho por cidadãos que, ao mesmo tempo, são trabalhadores e que, por isso, se tornam verdadeiros direitos de matriz juslaboralística, em razão dos sujeitos e da natureza da relação jurídica em que são feitos valer’.

São ‘direitos do cidadão-trabalhador’, (...) que os exerce enquanto trabalhador-cidadão.

Já não estamos apenas no terreno meramente contratual, mas no plano do Homem, da pessoa humana, existente dentro de cada trabalhador.

Na verdade, a conclusão de um contrato de trabalho não implica, de modo algum, a privação de direitos que a Constituição reconhece ao trabalhador como cidadão” (“Contrato de trabalho e direitos fundamentais”, Coimbra, 2005, p. 59-61).

Em outro trabalho, artigo publicado em obra coletiva, o mesmo e brilhante juslaborista José João Abrantes ensina que: “A evolução recente dos sistemas juslaborais é, pois, marcada por uma inflexão significativa no domínio da afirmação e salvaguarda das liberdades individuais no quadro da prestação de trabalho subordinado, aparecendo hoje como indiscutível a ideia de que a celebração do contrato de trabalho não implica a privação dos direitos que a Constituição reconhece a todas as pessoas e cidadãos” – José João Abrantes, “O novo Código do Trabalho e os direitos de personalidade do trabalhador”, obra coletiva, “A reforma do Código do Trabalho”, Centro de Estudos Judiciários – Inspecção-Geral do Trabalho, Coimbra, 2004, p. 143.

Concluindo um belo estudo a respeito dos direitos inespecíficos dos trabalhadores, assim afirma o preclaro Professor Renato Rua de Almeida: “Em conclusão, pode-se afirmar que os direitos laborais inespecíficos dos trabalhadores, exercidos como direito de cidadania no âmbito das relações de trabalho e expressados, por exemplo, como direitos da personalidade, direito à informação, direito à presunção de inocência, direito à ampla defesa e ao contraditório, são garantidos em razão da eficácia dos direitos constitucionais fundamentais, constituindo nos dias de hoje uma nova afirmação do Direito do Trabalho como aquele ramo do Direito que se especializou na promoção da melhoria das condições sociais dos trabalhadores”, “Os direitos laborais inespecíficos dos trabalhadores”, coordenador Renato Rua de Almeida, organizadores Claudimir Supioni Junior e Jeana Silva Sobral, “Direitos laborais inespecíficos – os direitos gerais de cidadania na relação de trabalho”, LTr, 2012, p. 13.

todos os autores brasileiros que ultimamente têm escrito sobre o tema aderem, com diferenciações de pormenor, à tese da eficácia ou aplicabilidade directa, já parte substancial da melhor doutrina portuguesa pronuncia-se em sentido contrário.”⁵

O que verificou o Professor Jorge Reis Novais rende ensejo a alguns questionamentos, sendo que, ao tema que ora se enfrenta, mais de perto interessa perquirir o motivo dessa diferença, a razão pela qual os estudantes brasileiros, bem como a doutrina brasileira majoritária, assim se posicionaram/posicionam.

Há uma circunstância que, logicamente, não passou despercebida ao eminente jurista, e que aumenta a perplexidade, qual seja a de que a Constituição portuguesa contém expressa previsão acerca da aplicação directa dos direitos fundamentais, e a Lei Maior nossa não, e nem por isso os portugueses se mostraram favoráveis à aplicação directa, como, também, a falta de uma clara disciplina a respeito, não inibiu os brasileiros a cerrar fileira em prol da aplicação; no aspecto, suas palavras foram as seguintes:

“Daí uma primeira perplexidade e uma primeira sugestão. A perplexidade advém desse facto: a Constituição brasileira não tem nenhuma afirmação clara sobre a questão e, no entanto, os brasileiros convergem na afirmação da aplicabilidade ou eficácia directa; a Constituição portuguesa consagra a aplicabilidade directa de forma aparentemente inequívoca, pelo menos no sentido em que não distingue a vinculação das entidades públicas da vinculação das privadas (‘os preceitos constitucionais respeitantes aos direitos, liberdades e garantias são directamente aplicáveis e

Renato Bignami também tem um interessante trabalho, no qual, em determinado momento, dilucida que: “En tercer lugar, se debe tener claro, aunque parezca absurda la idea contraria, que los derechos fundamentales son plenamente aplicables en todo y cualquier centro de trabajo. Por último, en el actual estado de desarrollo de la doctrina de los derechos fundamentales, queda claro que hay derechos fundamentales específicos al ciudadano trabajador, ya que el trabajo está en el centro de toda la vida de las sociedades contemporáneas y más, que la constitución es directamente aplicable específicamente en materia de los derechos fundamentales de la persona del trabajador.

Así, debe estar claro que los derechos fundamentales ‘no operan sólo como un límite extremo al contrato, fuera y al margen de la lógica contractual, se insertan también en su dinámica e integran su contenido, moralizando el contrato y siendo moralizado por este’. Por su parte, desde el punto de vista del Derecho del Trabajo y en el actual nivel de desarrollo de los derechos fundamentales laborales, debe tener en cuenta que hay derechos fundamentales propios del ambiente laboral, los llamados derechos fundamentales específicos, y hay derechos fundamentales genéricos y que también se aplican al medio ambiente laboral, los llamados derechos fundamentales inespecíficos”, “Los derechos fundamentales de la persona del trabajador”, *Revista de Direito do Trabalho*, RT, n. 122, ano 32, abr.-jun./2006, p. 210-211.

- 5 Jorge Reis Novais, “Os direitos fundamentais nas relações jurídicas entre particulares”, coordenadores Cláudio Pereira de Souza Neto e Daniel Sarmiento, “A constitucionalização do direito – fundamentos teóricos e aplicações específicas”, *Lumen Juris*, Rio de Janeiro, 2007, p. 355.

vinculam as entidades públicas e privadas’) e os portugueses manifestam evidentes reservas em adoptar essa posição.”⁶⁻⁷

Acerca dessa diferença de posicionamento, abstracção feita da circunstância de que na Pátria-mãe há autores de nomeada que defendem a eficácia direta e para além das abalizadas avaliações do consagrado jurista, gostaria de dizer que estou por creditá-la, também, aliás, pondo o acento tónico nesse ponto, ao fato de que, à época em que realizado o curso referido, Portugal não estava atravessando o transe que, infelizmente, passa no momento atual, embora não vivesse à larga, de maneira que as desigualdades sociais que lá então se verificavam, embora existissem, não eram tão alarmantes, tão pronunciadas, como as que, desde sempre, existiram entre nós.

Poderá ser-me lançada à face a seguinte indagação: e qual a ligação dessa diferença de posicionamento jurídico com as desigualdades sociais existentes?

A ligação, penso, está na própria razão de ser dos direitos fundamentais, e na evolução do pensamento jurídico que levou a que se entendesse pela observância dos mesmos, não apenas em face do Estado, mas também nas relações entre particulares, e sempre com vistas à proteção e ao valor conferido à dignidade da pessoa humana.

O quadro que acima foi desenhado, necessita, para uma melhor visualização, ser colorido com rápidas referências a dignidade da pessoa humana, aos direitos fundamentais e as correntes que surgiram, sustentando se viável e em qual medida e/ou maneira, a sua aplicabilidade às relações entre particulares.

DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

No que tange a dignidade da pessoa humana, embora seja esse um sentimento que, passe à singeleza da comparação, parece “nacer” com o ser humano, juntamente com seu corpo físico, sempre precisou ser afirmado no curso da história, ontem e hoje; afirmado e defendido, pois, ainda que experimentando um reconhecimento cada vez mais consistente, nem por isso deixou/deixa de ser, relativamente a grande parcela da população mundial, facilmente desrespeitada, ontem e hoje, mudando, em realidade, a forma como é agredida e os meios utilizados para fazê-lo: em épocas mais recuadas, parece que de

6 Jorge Reis Novais, “Os direitos fundamentais nas relações jurídicas entre particulares”, coordenadores Cláudio Pereira de Souza Neto e Daniel Sarmento, “A constitucionalização do direito – fundamentos teóricos e aplicações específicas”, Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2007, p. 355.

7 O artigo 18.º, 1, da Constituição portuguesa tem a seguinte redação: “Os preceitos constitucionais respeitantes aos direitos, liberdades e garantias são directamente aplicáveis e vinculam as entidades públicas e privadas”.

modo mais grosseiro e ostensivo, hoje, de maneira mais sutil e não tão visível, mas nem sempre...

Daí a precisão do quanto asseverado por Eduardo C. B. Bittar, no sentido de que “no princípio da dignidade da pessoa humana, pode-se afirmar que a expressão traduz, em sua inteireza, toda a carga de demanda por justiça, em torno das aflições humanas (miséria, injustiça, sofrimento, exploração, desvio, deturpação, corrupção, degradação...), e que, somente por isso, pode ser dita uma expressão fundamental para a cultura dos direitos”⁸.

Fácil inferir, após a leitura e assimilação da mensagem contida na transcrição feita, no parágrafo anterior, o elevado, elevadíssimo papel que ao direito cabe desempenhar, para que a dignidade humana de toda e qualquer pessoa seja, efetivamente, respeitada.

Por isso, vem a talho, nesse comenos, reproduzir as humanas linhas de Carlos Augusto Alcântara Machado, *verbis*: “Recorde-se que o homem é anterior ao Direito e ao Estado. Acima e antes de qualquer coisa tem o direito de ser reconhecido como homem/pessoa. E não há homem/pessoa destituído de dignidade. Assim, a primeira e fundamental função do direito é a tutela da dignidade da pessoa humana. Depois, cabe ao Direito assegurar que as relações entre os homens se desenvolvam regularmente”⁹; em realidade, embora seja um objetivo difícil, para alguns, de ser digerido, o que torna mais árduo o caminho para alcançá-lo, mas necessário até para uma melhor e mais pacífica vida em sociedade, como observa, ainda, o autor que vem de ser mencionado, ‘O Direito precisa ser compreendido como um instrumento que regulamenta condutas visando fazer com que os seres humanos vivam com o outro e não apesar do outro’¹⁰, já que, como lembra Lafayete Pozzoli, ‘O ser humano não é só matéria, tem também espírito e psíquico’¹¹; enfim, ‘Em cada ser humano habita, num certo sentido, toda a Humanidade’¹².

8 Eduardo C. B. Bittar, “Hermenêutica e Constituição: a dignidade da pessoa humana como legado à pós-modernidade”, organizadores Agassiz Almeida Filho e Plínio Melgaré, “Dignidade da pessoa humana – fundamentos e critérios interpretativos”, Malheiros, 2010, p. 261.

9 Carlos Augusto Alcântara Machado, “A fraternidade como categoria constitucional”, coordenadores Carlos Aurélio Mota de Souza e Thais Novaes Cavalcanti, “Princípios humanistas constitucionais – reflexões sobre o humanismo do século XXI”, Letras Jurídicas, 2010, p. 96.

10 Carlos Augusto Alcântara Machado, “A fraternidade como categoria constitucional”, coordenadores Carlos Aurélio Mota de Souza e Thais Novaes Cavalcanti, “Princípios humanistas constitucionais – reflexões sobre o humanismo do século XXI”, Letras Jurídicas, 2010, p. 96.

11 Lafayete Pozzoli, “Direito como função promocional da pessoa humana – uma nova ética na hermenêutica”, coordenadores Carlos Aurélio Mota de Souza e Thais Novaes Cavalcanti, “Princípios humanistas constitucionais – reflexões sobre o humanismo do século XXI”, Letras Jurídicas, 2010, p. 255.

12 Carlos Augusto Alcântara Machado, “A fraternidade como categoria constitucional”, coordenadores Carlos Aurélio Mota de Souza e Thais Novaes Cavalcanti, “Princípios humanistas constitucionais – reflexões sobre o humanismo do século XXI”, Letras Jurídicas, 2010, p. 96.

Aqui chegando, de fixar que a dignidade da pessoa humana não se contenta, nem se limita, a permitir ao ser humano “vencer” um dia após o outro, apenas sobrevivendo, mas, sim, a propiciar-lhe existência digna, que lhe permita realizar-se, evoluir como pessoa, sendo considerada, respeitada, sem passar por humilhações e privações, participando e interagindo com os demais indivíduos e com a sociedade, ou, como superiormente dito por Ingo Wolfgang Sarlet, “o nosso conceito de dignidade da pessoa humana formulado na obra ‘Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988’, p. 62, de acordo com o qual a dignidade da pessoa humana consiste na ‘qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, nesse sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais poderes’. Note-se, ainda, que o critério para definição do conceito indeterminado vida saudável é o conceito de saúde adotado pela OMS, no sentido de garantia de um completo bem-estar físico, mental e social, evitando, assim, a redução a um mínimo meramente vital ou mínimo existencial-fisiológico”¹³; aliás, como já, de há tempos, afirmado pelo augusto Supremo Tribunal Federal, no HC 45.232/GB, Tribunal Pleno, Rel. Min. Themístocles Cavalcanti, j. 21.02.68: “(...) A vida não é apenas o conjunto de funções que resistem à morte, mas é a afirmação positiva de condições que assegurem ao indivíduo e aos que dele dependem, dos recursos indispensáveis à subsistência (...)”, palavras essas que devem ecoar, sempre, em nossa sociedade, de maneira geral, e na jurídica, muito especialmente, como vem acontecendo, felizmente, e cada vez mais.

Com a vista voltada agora mais especificamente ao cidadão-trabalhador, já que esse aspecto é de vital importância para o que se quer neste singelo trabalho deixar firme, de registrar que¹⁴: “A pessoa humana (qualquer que seja sua formação, seu nível cultural, sua responsabilidade funcional) não pode ser tratada como ‘objeto’, mero instrumento produtivo. A pessoa é ‘sujeito’, tem sua dignidade transcendente, tem aspirações, necessidades, passado e projetos para o futuro”.

13 Ingo Wolfgang Sarlet, “Dignidade da pessoa humana e ‘novos’ direitos na Constituição Federal de 1988: algumas aproximações”, organizadora Ana Carla Harmatiuk Matos, “A construção dos novos direitos”, Nuria Fabris, Porto Alegre, 2008, p. 199-200.

14 Paulo C. Moura, “A crise do emprego – uma visão além da economia”, Mauad Consultoria e Planejamento, 4. ed., Rio de Janeiro, p. 45.

Por fim, para encerrar esse tópico e passar ao dos direitos fundamentais, de ceder o passo ao inesquecível professor uruguaio Oscar Ermida Uriarte, cujos ensinamentos, certamente, jamais serão olvidados, que, com pena de mestre, apanhou bem a questão da dignidade da pessoa humana, e seu sentido no e para o mundo do trabalho; disse ele¹⁵:

“O da dignidade é um conceito antigo que provém da filosofia grega e, em especial, dos estoicos, passando pelo cristianismo e por Kant, para desembocar no Preâmbulo da Declaração Universal dos Direitos Humanos da ONU (1948), em conformidade com o qual ‘a dignidade é inerente a todos os membros da família humana’.

Trata-se, segundo já expressou o Tribunal Constitucional Espanhol, da estima que merece toda pessoa pelo único fato de assim ser; é o respeito devido a todo ser humano e seu Direito de viver uma vida digna. Inclui, portanto, o Direito a condições mínimas de existência que devem ser asseguradas pelo Estado e pela ordem econômica. E no mundo do trabalho, o Direito a ter uma vida digna depende do fato de possuir um trabalho decente ou digno.”

Insisto: objetivo que não é nada fácil atingir!

DIREITOS FUNDAMENTAIS E SUA EFICÁCIA EM RELAÇÃO AOS PARTICULARES

Creio que não se faz necessário encarecer a relevância dos direitos fundamentais para o homem e para o bem do próprio Estado, nos dias que correm; aliás, como bem lembrado por Uadi Lammêgo Bulos¹⁶: “Sem os direitos fundamentais, o homem não vive, não convive, e, em alguns casos, não sobrevive”.

Sabe-se, outrossim, que os direitos fundamentais, em um primeiro momento, surgiram para proteger as pessoas da atuação deletéria do Estado, dos desmandos e das arbitrariedades daqueles que estavam à frente, dos que comandavam, donde a necessidade de contê-lo (o Estado), de fazê-lo respeitar os direitos das pessoas, mas com o passar dos tempos, se viu que insuficiente a proteção apenas contra o Estado, pois havia particulares detentores de poder suficiente (*rectius*: mais do que suficiente) para provocar agressões à dignidade da pessoa humana

15 Oscar Ermida Uriarte, prefácio ao livro “Teoria da discriminação nas relações de trabalho”, Firmino Alves Lima, Elsevier, 2011, p. XIII e XIV.

16 Uadi Lammêgo Bulos apud Hélio Rios Ferreira e Heliomar Rios Ferreira, “A impossibilidade de relativização da dignidade da pessoa humana”, *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, RT, ano 18, n. 73, out./dez. 2010, p. 197.

e aos seus direitos fundamentais, em face das desigualdades existentes; assim, como esclarecem Rodrigo Fortunato Goulart e Roland Hasson¹⁷:

“Os direitos fundamentais nasceram como uma reação da pessoa à atuação arbitrária do Estado, para a defesa das liberdades individuais. Por isso, nesse aspecto, a conquista dos direitos civis e políticos de primeira geração caracterizam-se pela não atuação estatal, ou seja, uma competência negativa, de abstinência e respeito por esses direitos. Com o passar do tempo, diante da própria evolução do sistema para uma segunda relação de direitos, a ampliação da tutela estatal passou a incluir como fundamentais, direitos positivos, ou seja, passou-se a exigir do Estado uma atuação pró-ativa em benefício da pessoa, aplicáveis, portanto, não apenas em uma relação vertical (Estado-pessoa), mas horizontal (pessoa-pessoa). Vale dizer, os direitos fundamentais passaram a ser aplicáveis em relações entre privados, com o objetivo de reduzir as desigualdades existentes, devido à sua esfera objetiva.”

Afinado com os ensinamentos acima transcritos, a palavra forte de Miguel Rodríguez-Piñero, para quem:

“A dignidade, a liberdade, a privacidade, o livre desenvolvimento da personalidade devem ser tutelados não apenas em face do Estado e dos poderes públicos, mas também em face dos particulares. Daí a irrupção da Constituição nas relações entre os particulares, pois doravante ninguém escapa de sua longa manus (G.Durig).”¹⁸

Aliás, essa realidade, de poder não estatal podendo magoar direitos fundamentais das pessoas, também foi referida pelo eminente Ministro Augusto César Leite de Carvalho, em obra de grande valor, disse, então¹⁹:

“Em verdade, o poder crescente das instâncias de poder não estatais, como as grandes empresas ou as empresas em rede, no seio das economistas capitalistas, converteu-se em uma ameaça à efetividade dos direitos humanos que não pode ser desconsiderada.”

Em realidade, onde há homens, há sempre o risco daquele que detém mais poder, de tentar submeter o outro aos seus interesses, o que cumpre seja

17 Rodrigo Fortunato Goulart e Roland Hasson, “A eficácia horizontal dos direitos fundamentais nas relações de trabalho”, *Revista Trabalhista Direito e Processo*, Anamatra-LTr, n. 25, 2008, p. 139.

18 Miguel Rodríguez-Piñero, “Constituição, direitos fundamentais e contratos de trabalho”, *Revista Trabalho & Doutrina*, n. 15, dez. 1997, p. 25.

19 Augusto César Leite de Carvalho, “Garantia de indenidade no Brasil”, LTr, 2013, p. 108.

evitado²⁰, havendo o risco de descambar em agressão aos direitos fundamentais daquele que menos condições possui para fazer valer seus interesses, e conforme o caso, seus direitos; entretanto, essa possibilidade aumenta em proporção, numa sociedade que privilegia interesses outros, como o da necessidade de consumir, que se impinge à sociedade, que não, exatamente, o da pessoa humana, de maneira que a pessoa valha, não mais por ser pessoa, mas pelo que consome e sua capacidade de consumir mais, cada vez mais, e mais ainda.

Ainda, de lembrar que é a dignidade da pessoa humana que ilumina os direitos fundamentais, ou, como afirmam Hélio Rios Ferreira e Heliomar Rios Ferreira²¹,

“Não é à toa que a dignidade da pessoa humana é apontada com frequência como o fundamento dos direitos fundamentais, ela possui superioridade frente aos direitos fundamentais e serve como parâmetro para a aplicação dos que dela decorrem. Trata-se, sob nossa ótica, de um direito humano primário, necessário se faz que o ser humano que reivindica algum direito possua, pelo menos, uma vida digna.

A República Federativa do Brasil tem como fundamento a dignidade da pessoa humana. Não podemos confundir com os direitos fundamentais, pois estes decorrem dela.”

Atento a esses ensinamentos, pode-se aceitar, não só que “Os direitos fundamentais procuram facilitar e tornar possível o desenvolvimento integral da pessoa e o exercício real e efetivo de sua liberdade, a concretização da liberdade genérica em autodeterminação e em autorrealização”²², como, também, que “Para manter a coerência interna da ordem jurídica estes direitos devem influenciar todo o ordenamento jurídico em seu conjunto e em sua totalidade. Não basta conseguir a liberdade e a segurança em face do Estado, pois também nas relações entre os particulares podem ocorrer atentados à dignidade humana, aos seus direitos e à liberdade (Kahn-Freund, Trabajo y derecho, Madrid,

20 Fique claro, que não estou, nesse comenos, cuidando da liberdade, que é um direito fundamental das pessoas, mas, sim, de que, em realidade, não há liberdade (de verdade!) quando alguém, por ter mais poder de impor sua vontade, submete a de outro; e também não disse, de forma alguma, que isso sempre se verifica, quando há uma pessoa com maior poder do que outra, falei, isso sim, que essa é uma possibilidade que pode (*rectius*: não é algo que pode, sempre e sempre, ser descartado) acontecer. Só e apenas isso.

21 Hélio Rios Ferreira e Heliomar Rios Ferreira, “A impossibilidade de relativização da dignidade da pessoa humana”, *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, RT, ano 18, n. 73, out./dez. 2010, p. 199.

22 Miguel Rodríguez-Piñero, “Constituição, direitos fundamentais e contratos de trabalho”, *Revista Trabalho & Doutrina*, n. 15, dez. 1997, p. 25.

1987). Uma democracia exige a irradiação dos direitos fundamentais em todo o conjunto do ordenamento jurídico e no seio da sociedade civil”²³.

Se outrora houve maior debate acerca da eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, embora ainda exista, construído sob o argumento de que os direitos fundamentais surgiram como meio de defesa contra o Estado, não havendo amparo à ideia de alargar seu raio de atuação, ou, ainda, sustentando não haver hierarquia axiológica entre as normas constitucionais e as de direito privado²⁴, hodiernamente, poucas vezes se mantêm nesse discurso.

Nos dias que correm, e já de há algum tempo, o tempero da disputa fica centrado no modo em que se dá essa eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, havendo, a respeito, os que sustentam deva ser de modo mediato/indireto, e os que montam praça em que o escorrito é a eficácia direta/imediata.

Em respeito aos limites que devem ser seguidos neste trabalho, alguns aspectos instigantes e concernentes ao tema enfocado, não foram e nem poderão ser abordados com maior densidade, desde a opção pela própria denominação (que são várias, porquanto há os que preferem “eficácia perante terceiros”, “eficácia externa”, “eficácia privada” ou, ainda, “eficácia horizontal”), como uma abordagem acerca das dimensões dos direitos fundamentais, que alguns denominam de gerações, também, um melhor exame de como o Estado, primeiramente tido como “inimigo” dos direitos fundamentais, por isso que, naturalmente, contra ele se ergueu a muralha dos direitos fundamentais, passa a ser posteriormente um aliado para que floresçam e sejam respeitados/cultivados, além de outros aspectos, e o aprofundamento mais adequado das correntes existentes quanto a como se deve dar a eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas, e a relação de tudo isso com o princípio da unidade do ordenamento jurídico; pela mesma razão, somente será possível uma brevíssima referência as duas correntes sempre referidas, quando do exame do modo e alcance da eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, sem referência expressa a outras posições, como a norte-americana do *state action* e a dos deveres de proteção (mas tenho a intenção de, em trabalho futuro, de maior fôlego, pelo menos para mim, abordar mais essas e outras questões que envolvem esse fascinante tema).

No que respeita a eficácia mediata/indireta, seus defensores entendem, como muito bem e didaticamente explicado pelo ilustre Ministro do c. TST José Roberto Freire Pimenta e por Juliana Augusta Medeiros de Barros, “que

23 Miguel Rodriguez-Piñero, “Constituição, direitos fundamentais e contratos de trabalho”, *Revista Trabalho & Doutrina*, n. 15, dez. 1997, p. 25.

24 Sobre esse ponto, *vide* Ricardo Castilho, “Direitos humanos”, Saraiva, 2. ed., p. 385-386.

a Constituição contém normas objetivas, cujo efeito de irradiação leva à impregnação das leis infraconstitucionais pelos valores consubstanciados nos direitos fundamentais. Assim, a força jurídica dos preceitos constitucionais se afirma, perante os particulares, por meio de princípios e regras de direito privado. Os princípios constitucionais serviriam para ajudar a interpretação das cláusulas gerais e conceitos indeterminados suscetíveis de concretização, desde que sempre dentro das linhas do direito privado”²⁵; ainda a respeito dessa corrente, de proveito a leitura da seguinte passagem de Walber de Moura Agra e Isabela Lessa Ribeiro²⁶:

“Parte da doutrina, mais arraigada à doutrina civilista, não admite que os direitos fundamentais possam produzir nenhum tipo de efeito, haja vista que a relação entre particulares pertence ao direito privado. Argumentam que sua aceitação produziria a constitucionalização de todo o Direito Privado, deixando a autonomia do cidadão relegada. Significaria o retorno do Estado Leviatã e o fim da inviolabilidade das prerrogativas dos cidadãos.

Nesse diapasão, sustentam seus corifeus que o Direito Privado nasceu antes do Direito Público, possuindo natureza e objetivos diversos. Como na esfera privada inexistem partes que ostentem prerrogativa de *jus imperium*, não há como se falar na incidência de normas de caráter público. A autonomia da vontade impede que ocorra uma hipertrofia do Judiciário, no que provocaria uma judicialização das esferas de deliberação social, com graves prejuízos para o regime democrático.”

Mas, como já dito, outra linha de entendimento existe sobre essa questão, que sustenta que não há mais fazer esse corte, para restringir a eficácia dos direitos fundamentais apenas quando dirigido contra o Estado, pois entre os particulares pode existir – e há – situações de desigualdade, nas quais os que detêm poder econômico/social, podem impor sua vontade aos que não o possuem, podendo, com isso, magoar os direitos fundamentais destes últimos, mesmo porque, nesses casos, não haveria falar em autonomia da vontade, tão cara ao pensamento contrário, por conta da ausência de quinhão equivalente de poder, se bem que sempre haveria a necessidade de se fazer algumas adaptações, não sendo possível uma aplicação idêntica da que se daria se uma das

25 José Roberto Freire Pimenta e Juliana Augusta Medeiros de Barros, “A eficácia imediata dos direitos fundamentais individuais nas relações privadas e a ponderação de interesses”. Disponível em: <www.conpedi.org/manaus/arquivos/anais/bh/jose_roberto_freire_pimenta>. Acesso em: 20 maio 2013.

26 Walber de Moura Agra e Isabela Lessa Ribeiro, “O STF e a eficácia horizontal dos direitos fundamentais”, coordenadores Roxana Cardoso Brasileiro Borges, Celso Luiz Braga de Castro e Walber de Moura Agra, “Novas perspectivas do direito privado”, Belo Horizonte, 2008, p. 357-358.

partes fosse o Estado, já que, quando a questão envolve apenas particulares, não se pode obnubilar o fato de que ambos possuem direitos fundamentais; outrossim, não apenas quando entre desiguais teria espaço e de ser observada a eficácia direta, pois mesmo entre iguais pode ser magoada a dignidade de pessoa humana de uma das partes, e aí, de ser observada a eficácia *inter privatos*, se bem que, nesses casos, diferentemente dos que envolvessem desigualdade econômica/social, maior peso se atribuiria/atribuirá a autonomia da vontade, ou seja, haveria/há graus de vinculação; aqui, de ceder o passo, ao sempre citado, quando de direitos fundamentais se cogita, o Professor Jorge Miranda, que, ao tratar da corrente que defende a eficácia imediata, esclarece que: “Para a segunda tese [a da eficácia direta] não há que fazer cisões na ordem jurídica e tudo se reconduz à dialéctica liberdade-poder: se, em vez de ser político, for um poder de grupo ou de uma entidade privada dominante, os direitos, liberdades e garantias deverão valer de modo absoluto, enquanto tais; nos restantes casos, poderá haver graus de vinculatividade”²⁷.

Estou em que a corrente que se posiciona em prol da eficácia direta dos direitos fundamentais nas relações entre particulares melhor resposta dá à realidade e as necessidades do mundo contemporâneo, no qual irrecusável o crescimento de poder de entidades privadas, bem como mais se afina (essa corrente) com o estágio atual do direito constitucional, sob diversos enfoques, entre os quais, o de que uma Constituição é um sistema de valores, que possui dimensão objetiva, e que irradia os valores que contém/elegeu para todos os cantos e ramos do direito, e que cada vez mais ténue a separação entre o direito privado e o direito público, como também que irrecusável o fenómeno da constitucionalização do direito; não empolga, a meu aviso, o argumento da preservação do direito fundamental de liberdade, que leva a permitir ao homem que conforme sua vida, escolha como agir no meio social, no seu relacionamento com os demais, preservando sua autonomia da vontade, manifestação daquele, já que especioso, pois, como falar em liberdade, em agir com autonomia da vontade, quando, pela necessidade e pela falta de poder, alguém é obrigado a aceitar o que um outro impõe, ainda que, com isso, reste magoado algum direito fundamental? Que se deva, como nota o ilustre lente José Carlos Vieira de Andrade²⁸, “tolerar-se um certo espaço de espontaneidade e até de arbitrariedade” na conduta humana é inegável, mesmo porque não se pode padronizar tudo num ser humano (embora há quem queira...), mas como se extrai das profundas lições desse mestre, isso não pode ser assim, quando

27 Jorge Miranda, “Manual de direito constitucional”, tomo IV, Coimbra, 3. ed., p. 324-325.

28 José Carlos Vieira de Andrade, “Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976”, Alameda, Coimbra, 1998, p. 296.

das relações entre desiguais; aliás, é muito fácil ser espontâneo e arbitrário com os que não podem reagir contra nossa espontaneidade e arbitrariedade, nem podem sê-lo conosco!

Por, de maneira brilhante, sintetizar a questão da eficácia direta/imediata dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, de muita utilidade a transcrição do claro posicionamento da culta Juíza Andréa Presas Rocha, para quem²⁹, “Justifica-se a admissibilidade de uma eficácia horizontal dos direitos fundamentais, a um, porque tais direitos, como princípios e valores que são, não podem deixar de aplicar-se a toda a ordem jurídica e, portanto, também nas áreas do direito privado (princípio da unidade do ordenamento jurídico), e, a dois, pela necessidade de proteção dos particulares, não apenas perante o Estado, mas, também, por intermédio do Estado, perante outros particulares, pelo menos perante indivíduos ou entidades privadas que sobre eles exercem ou estão em condições de exercer verdadeiros poderes, jurídicos ou de fato”.

Como no Brasil, gritantes, alarmantes, as desigualdades existentes, o que se vê a todo momento, em quase todos os lugares, fica fácil concluir a razão pela qual os estudantes e doutrinadores brasileiros, bem como a jurisprudência, em expressiva quantidade, são pela eficácia direta/imediata dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, o que, em alguma medida, não ocorria, à época, em Portugal, estando aqui, como disse, um dos fatores que explicam, com mais vigor, ao observado pelo Professor Jorge Reis Novais, e referido ao início deste singelo trabalho.

E, especificamente, no que toca ao Direito do Trabalho, a quantas “anda” a questão?

A CONSTITUIÇÃO E A EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E (N)O DIREITO DO TRABALHO

À partida, de apontar que, como recorda o insigne juslaborista José João Abrantes³⁰, apontando quais em nota de rodapé, “Na maior parte desses ordenamentos, a questão da possível eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre privados colocou-se inicialmente no âmbito laboral”, o que, bem é de ver, não pode causar espanto algum, porquanto, como se sabe, a desigualdade de poder, passe a singeleza do vocábulo, “habita”, de regra, os locais de trabalho,

29 Andréa Presas Rocha, “A efetividade dos direitos de cidadania nas relações de emprego – em defesa de uma eficácia direta”, coordenador Renato Rua de Almeida, organizadoras Adriana Calvo e Andréa Presas Rocha, “Direitos fundamentais aplicados ao direito do trabalho”, LTr, 2010, p. 32.

30 José João Abrantes, “Contrato de trabalho e direitos fundamentais”, Coimbra, 2005, p. 66.

de maneira que, se muitas as possibilidades de, nas relações entre particulares, outras, diversas das de emprego, uma das partes, com mais poder, lesar a outra, aumentam, em muito, essas possibilidades, no âmbito de uma relação de emprego, pelo estado de sujeição do empregado ao seu respectivo dador de serviço, quadro esse que os avanços tecnológicos, em vez de amenizar, aprofundam, e o mesmo se diga do modelo de sociedade que impera no orbe atualmente, em que se dá algo curioso: a proteção que antes se dispensava ao trabalhador, hoje não se quer dispensar mais a ele, mas ao consumidor (pois uma pessoa vale o que pode consumir, então, quem consome é que deve ser protegido), ainda que, para ser consumidor, normalmente, a pessoa que tenha que estar empregada, e, com isso, ter meios (ainda que bem “apertados”) para consumir...

É uma realidade, a de que, se bem que não ocorra sempre e invariavelmente, o poder econômico possui um, digamos assim, “apetite muito grande”, em abocanhar boas fatias dos direitos fundamentais daqueles que dele dependem, por isso que há de ser-lhe preceituada uma dieta à base de obrigação de respeito aos direitos fundamentais; essa “aptidão” do poder econômico foi apontada por Luiz Carlos Forghieri Guimarães, ao denunciar que: “A falta de igualdade fática para estabelecer suas relações privadas, normalmente o poder econômico, infringe o princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CF)”³¹, e essa realidade, por si só, mais do que justifica, impõe, inarredavelmente, a observância dos direitos fundamentais na relação de emprego, como meio de conter, no que preciso, as suas consequências, atento a que “o contrato de trabalho não é e nem nunca foi uma licença para matar a dignidade humana”³², o que sucederia/sucedera se os direitos fundamentais dos trabalhadores não forem respeitados, destarte, clara a ideia de que, por imprescindível que assim seja, “Os direitos fundamentais são componentes básicos e estruturais do direito do trabalho”³³; fere a questão com maestria o insigne e já citado Professor José João Abrantes, *verbis*:

“Os direitos fundamentais devem ser encarados como componentes estruturais básicas do contrato de trabalho, tendo em conta as especiais características de uma relação em que a pessoa do trabalhador está intrinsecamente envolvida na troca contratual e que, por isso, é, pro-

31 Luiz Carlos Forghieri Guimarães, “Direitos fundamentais e relações desiguais – poder econômico e o indivíduo”, colaboração Marcos Paulo Rosário, Letras Jurídicas, 2008, p. 15.

32 Maria Regina Redinha, “Os direitos da personalidade no Código do Trabalho: actualidade e oportunidade da sua inclusão”, obra coletiva “A reforma do Código do Trabalho”, Centro de Estudos Judiciários Inspeção-Geral do Trabalho, Coimbra, 2004, p. 162.

33 Miguel Rodriguez-Piñero, “Constituição, direitos fundamentais e contratos de trabalho”, *Revista Trabalho & Doutrina*, n. 15, dez. 1997, p. 25.

vavelmente como nenhum (*sic*) outra, constitucionalmente condicionada, por valores assentes na ideia de dignidade humana.

A Constituição estabelece, com efeito, uma ordem de valores, que tem o seu cerne nessa dignidade da pessoa humana, garantida pelos direitos fundamentais, e que, como tal, tem de valer como estatuição fundamental para todos os ramos de direito, designadamente para o Direito do Trabalho.³⁴

De resto, se não se olvidar que a dignidade da pessoa humana é o centro do sistema constitucional estabelecido em terra pátria, lançando seus raios de calor humano para todos os aspectos da vida e ramos do direito, bem se compreenderá que o Direito do Trabalho também se beneficia desse ambiente, devendo a interpretação do seu sistema seguir esse norte, ou como já observado: “Na ordem constitucional vigente, após a Carta Magna de 1988, adotou-se o valor da dignidade da pessoa humana como núcleo basilar de todo o ordenamento jurídico, sendo um parâmetro a orientar a interpretação e a compreensão do sistema constitucional e infraconstitucional, refletindo-se em diversos ‘ramos’ do Direito, notadamente no Direito do Trabalho”³⁵.

Assim, nada mais natural, a par de necessária/obrigatória, a eficácia dos direitos fundamentais em uma relação de emprego, a qual, também e mais ainda, em seara trabalhista, deve ser a direta/imediata, o que, aliás, já é determinado, pela Magna Carta, relativamente a uma série de direitos fundamentais, que tem como destinatários, irrecusavelmente, os empregadores, de maneira que, há inferir, quanto aos direitos fundamentais específicos dos trabalhadores, em certa medida, já há determinação constitucional a respeito³⁶; entretanto, quanto

34 José João Abrantes, “O novo Código do Trabalho e os direitos de personalidade do trabalhador”, obra coletiva “A reforma do Código do Trabalho”, Centro de Estudos Judiciários Inspecção-Geral do Trabalho, Coimbra, 2004, p. 149.

35 Juliane Caravieri Martins Gambá e Zélia Maria Cardoso Montal, “Princípios constitucionais do direito do trabalho: relevância e aplicabilidade, rediscutindo paradigmas”, *Revista Trabalhista Direito e Processo*, ano 11, n. 41, p. 66.

36 Com ensina o preclaro Paulo Gustavo Gonet Branco: “É claro que não se discute a incidência dos direitos fundamentais quando estes estão evidentemente concebidos para serem exercidos em face de particulares. Diversos direitos sociais, em especial os relacionados ao Direito do Trabalho, têm eficácia direta contra empregadores privados – veja-se, a propósito, o inciso XVII do art. 7º, que assegura o gozo de férias anuais remuneradas, com pelo menos um terço a mais do que o salário normal, e o inciso XXX do mesmo dispositivo, que proíbe aos empregadores estabelecer diferenças de salários e de critérios de admissão, por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil”, Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho e Paulo Gustavo Gonet Branco, “Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais”, *Brasília Jurídica*, 2000, p. 171. Ver, também, Ingo Wolfgang Sarlet, “Direitos fundamentais e direito privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais”, organizador Ingo Wolfgang Sarlet, “A Constituição concretizada – construindo pontes com o público e o privado”, *Livraria do Advogado*, 2000, p. 116.

aos direitos fundamentais inespecíficos, e referidos nas notas de rodapé ns. 3 e 4, nas linhas transatas, necessária a definição pela eficácia dos direitos fundamentais de forma direta/imediata.

Faço coro, portanto, aos que se manifestam no sentido da necessidade da eficácia imediata/direta dos direitos fundamentais nas relações de emprego, portanto, junto a minha voz a de outros que verbalizam que, como a de Joselita Nepomuceno Borba:

“Aceitar a eficácia dos direitos fundamentais no âmbito das relações sociais do trabalho é de extrema importância, vez que, silente até agora a Consolidação das Leis do Trabalho e legislação extravagante acerca de direitos como os inerentes aos direitos de personalidade: intimidade da vida privada, liberdade de expressão, não discriminação, proibição de assédio, só para exemplificar, a tomada de consciência da necessidade de proteger os valores constitucionais, obriga-se a reler a Dogmática do Direito do Trabalho à luz desses princípios, fazendo, via de consequência, aderir ao contrato de trabalho direito e garantias fundamentais inerentes à liberdade do indivíduo, não aquela do homem senhor do seu destino da era do liberalismo, mas a inerente ao livre desenvolvimento da personalidade do homem, ser humano solidário, que vive em sociedade e é responsável perante a mesma.”³⁷

A relevância do Direito do Trabalho, para a inclusão social e mesmo para a vida do trabalhador e de seus dependentes – o que deveria ser objeto de mais atenção/preocupação da sociedade, como um todo –, e os ataques que o têm por alvo, tornam também inadiável, imperiosa, necessária, a eficácia dos direitos fundamentais, de forma direta/imediata, em seu seio; assim, como de maneira muito objetiva e firme afirmado por Luiz Otávio Linhares Renault e Isabela Márcia de Alcântara Fabiano³⁸, “Finalmente, se a relação de emprego, apesar das múltiplas tentativas de fraude, de precarização, de flexibilização e de desregulamentação do Direito do Trabalho, continua sendo o principal instrumento de acesso à inclusão social do trabalhador e de sua família, de distribuição de renda, de erradicação da pobreza, de diminuição das desigualdades, e de

37 Joselita Nepomuceno Borba, “Direitos fundamentais. Eficácia horizontal direta nas relações sociais entre capital e trabalho. Riscos do trabalho e a obrigação de reparar os danos dele decorrentes”, coordenador Renato Rua de Almeida, organizadoras Adriana Calvo e Andréa Presas Rocha, “Direitos fundamentais aplicados ao direito do trabalho”, LTr, 2010, p. 64.

38 Luiz Otávio Linhares Renault e Isabela Márcia de Alcântara Fabiano, “Eficácia horizontal dos direitos fundamentais nas relações de emprego – alguma verdade”, *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, ano 77, n. 4, out./dez. 2011, p. 219.

dignificação da pessoa humana, não há motivos para privar os direitos sociais trabalhistas de aplicabilidade e de eficácia imediatas”.

Finalizando este breve estudo, cito Daniel Sarmiento e Fábio Rodrigues Gomes, os quais, de maneira percuciente, advertem que³⁹:

“Não há como pensar as relações de trabalho no cenário jurídico contemporâneo sem levar em consideração os direitos fundamentais – não apenas os trabalhistas como também os demais direitos individuais, sociais e coletivos.”

39 Daniel Sarmiento e Fábio Rodrigues Gomes, “A eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares: o caso das relações de trabalho”, *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, ano 77, n. 4, out./dez. 2011, p. 60.