

DA APLICAÇÃO IMEDIATA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES DE TRABALHO

ANA CLÁUDIA PIRES FERREIRA DE LIMA (*)

1. INTRODUÇÃO

Um ordenamento jurídico deve ser aplicado de acordo com os valores emanados de sua lei suprema, qual seja, a Constituição.

A Constituição brasileira de 1988 erigiu os direitos fundamentais à sua máxima importância, tanto é que os posicionou em primeiro plano, antes de dispor sobre a organização do Estado, além de atribuir-lhes a condição de cláusula pétrea (art. 60, § 4º, IV). Estabeleceu, ainda, em seu art. 5º, §§ 1º e 2º a aplicação imediata das normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais, bem como o reconhecimento de outros direitos e garantias que não estejam nela expressos, decorrentes do regime e dos princípios adotados pela mesma ou por tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

A dignidade da pessoa humana, adotada como fundamento da República Federativa do Brasil no art. 1º, III de sua Constituição, exprime a essência dos direitos fundamentais, da qual todos os outros decorrem. Nas judiciosas lições de *Daniel Sarmento*, "o princípio da dignidade da pessoa humana exprime, em termos jurídicos, a máxima Kantiana, segunda (sic) a qual o Homem deve sempre ser tratado como um fim em si mesmo e nunca como um meio. O ser humano precede o Direito e o Estado, que apenas se justificam em razão dele." (g.n.)⁽¹⁾

A Constituição, portanto, tem a finalidade de tutelar a pessoa humana, devendo o princípio da dignidade da pessoa humana ser aplicado em sua plenitude, inclusive nas relações privadas, uma vez que "a opressão e a violência contra a pessoa provêm não apenas do Estado, mas de uma

(*) Juíza do Trabalho Substituta do TRT da 15ª Região. Mestranda no Centro de Pós-Graduação da Instituição Toledo de Ensino de Bauru — SP (área de concentração: Sistema Constitucional de Garantia de Direitos).

(1) Sarmento, Daniel. *A ponderação de interesses na constituição federal*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2002, p. 59.

multiplicidade de atores privados, presentes em esferas como o mercado, a família, a sociedade civil e a empresa, a incidência dos direitos fundamentais na esfera das relações entre particulares se torna imperativo incontornável."⁽²⁾

A aplicação imediata dos direitos fundamentais torna-se cada vez mais necessária diante desse mundo globalizado, em que se terceiriza a produção para qualquer dos continentes do planeta em que a mão de obra estiver mais barata, muitas vezes sem se importar com os direitos sociais dos trabalhadores, visando exclusivamente ao maior lucro, sem qualquer responsabilidade social.

Sem se falar no alto número de trabalhadores no mercado informal, ainda com resquícios de trabalho escravo em pleno século XXI, a ponto de assistirmos perplexos à execução de três fiscais e um motorista do Ministério do Trabalho quando investigavam denúncias de trabalho escravo na região do Município de Unaí, no interior de Minas Gerais, a menos de 200 quilômetros de Brasília, ocorrido no dia 28 de janeiro último, presencia-se constantemente a burla dos direitos dos trabalhadores, que, diante do alto índice de desemprego, baixa escolaridade, e, até mesmo, por desinformação, assistem passivamente à violação de seus direitos.

Nesta época de constitucionalização do direito privado, com imposição de limites à autonomia privada para se preservar a dignidade da pessoa humana, é um paradoxo falar-se em desregulamentação do direito do trabalho, quando, no dia a dia, nem o mínimo legal é assegurado aos trabalhadores.

Como assegurar vida digna a um menor acidentado no trabalho, se a Constituição proíbe o trabalho ao menor de 14 anos? Como garantir a efetividade de direitos trabalhistas a empregados de empresa que reiteradamente os descumpre?

A tutela da pessoa humana, finalidade maior da Constituição, demonstra a relevância do tema, no sentido de se buscar os meios para possibilitar a aplicação imediata das normas constitucionais de direitos fundamentais nas relações de trabalho, mesmo na ausência de legislação infraconstitucional regulamentadora.

2. APLICAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NA ESFERA PRIVADA

O Estado Liberal, ao conceber os direitos fundamentais como direito de defesa do indivíduo frente ao Estado, para que este observasse os direi-

(2) SARMENTO, Daniel. "A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais no direito comparado e no Brasil". *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, pp. 193-194.

tos e garantias individuais, não intervindo na vida privada do indivíduo, traçou um marco divisório entre o público e o privado.

Atualmente, os direitos fundamentais são opostos não somente em face do Estado, mas também diante de particulares, uma vez que também estes devem respeitar os direitos fundamentais, mormente a dignidade da pessoa humana. Assim, toda relação humana, quer seja entre particular e ente público ou entre particulares, deve se pautar em valores éticos, respeitando os direitos inerentes ao homem, tais como a vida, a liberdade, a igualdade, a dignidade etc.

Defendendo a tese de que o homem deve ser livre não somente perante o Poder Público, mas também perante toda a sociedade, *Norberto Bobbio* assim dispôs:

No importa tanto que el individuo sea libre 'respecto del Estado' si después no es libre 'en la sociedad'. No importa que el Estado sea liberal si después la sociedad subyacente es despótica. No importa que el individuo sea libre políticamente se no lo es socialmente (...). Y, entonces, para llegar al corazón del problema de la libertad, es necesario dar un paso atrás: del Estado a la sociedad civil.⁽³⁾

Nesta sociedade tão complexa, não basta a observância dos Direitos Humanos tão-somente nas relações públicas, ou seja, em que o Estado seja parte (segundo a concepção antiga do direito de resistência do indivíduo diante do Estado), sendo imprescindível o respeito aos direitos humanos em toda e qualquer relação, pública ou privada. Daí, se falar em horizontalização dos direitos humanos, ou seja, a observância destes na relações entre particulares:

Faça-se em eficácia horizontal dos direitos fundamentais, para sublinhar o fato de que tais direitos não regulam apenas as relações verticais de poder que se estabelecem entre Estado e cidadão, mas incidem também sobre relações mantidas entre pessoas e entidades não estatais, que se encontram em posição de igualdade formal.⁽⁴⁾

Dentre as teorias a respeito da eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas vamos examinar: 1) a da negação da aplicação dos direitos fundamentais na esfera privada, relativizada com a teoria *State Action* e a *public function theory*; 2) a teoria da eficácia indireta e mediata dos direitos fundamentais na esfera privada, e 3) a teoria da eficácia direta e imediata dos direitos fundamentais na esfera privada.

(3) BOBBIO, Norberto. *Igualdad y libertad*. Trad. Pedro Aragón Rincón. Barcelona: Ediciones Paidós, 1993, p. 143.

(4) SARMENTO, Daniel. "A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais no direito comparado e no Brasil". *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*, op. cit., p. 5.

2.1. A tese da não vinculação dos particulares aos direitos fundamentais e a doutrina da *State Action*

Segundo a doutrina liberal clássica, os direitos fundamentais somente eram aplicados em face do poder público, sob a concepção de limite ao exercício do poder estatal, não se destinando a reger relações entre particulares.

Até hoje, a teoria da *State Action*, ou seja, de que os direitos fundamentais somente podem ser opostos em face do poder público, é aplicada pela doutrina e jurisprudência norte-americana, canadense e suíça, sob o fundamento de que o Direito Constitucional (que alberga os direitos fundamentais) não pode destituir a identidade do direito privado; este, sim, regulador das relações privadas, onde prevalece o princípio da autonomia individual.

Curiosamente, as ações afirmativas tiveram origem num Estado que nega a oposição dos direitos fundamentais a particulares. A negação da horizontalização dos direitos fundamentais se dá sob o fundamento de que os direitos fundamentais, previstos na Constituição Norte-americana, impõem limitações apenas para os Poderes Públicos e não atribuem aos particulares direitos diante de outros particulares com exceção apenas da 13ª Emenda, que proibiu a escravidão.

Também são invocados outros argumentos teóricos para a doutrina da não oposição dos direitos fundamentais aos particulares, tais como a autonomia privada e o pacto federativo. Em relação a este, ressalta-se que nos Estados Unidos compete aos Estados, e não à União, legislar sobre Direito Privado, a não ser quando a matéria normatizada envolva o comércio interestadual ou internacional. Afirma-se, pois, que a *state action* preserva o espaço de autonomia dos Estados, impedindo que as cortes federais, a pretexto de aplicarem a Constituição, intervenham na disciplina das relações privadas.⁽⁵⁾

A doutrina da *state action*, ou seja, da oposição dos direitos fundamentais somente perante o Poder Público, sofreu algumas atenuações a partir da década de 40, passando a Suprema Corte a adotar a chamada *public function theory*, "segundo a qual quando particulares agirem no exercício de atividades de natureza tipicamente estatal, estarão também sujeitos às limitações constitucionais".⁽⁶⁾ Esta teoria permitiu a oposição de direitos fundamentais em face de empresas privadas concessionárias de serviços públicos, tendo a Suprema Corte americana também a aplicado para vincular partidos políticos ao princípio da igualdade, diante da recusa de alguns comitês dos estados do sul dos EUA em admitir a filiação ou a participação de pessoas negras em suas eleições primárias, bem como para reconhecer a ilicitude da negativa de acesso aos negros a um parque privado, mas

(5) *Ibidem*, p. 228.

(6) *Ibidem*, p. 201.

aberto ao público; tendo reconhecido também a ilicitude da proibição de pregação por parte de testemunhas de Jeová nas terras de uma empresa, constituída por ruas, residências, estabelecimentos comerciais, enfim, uma verdadeira “cidade privada”, equiparando-se, portanto, ao Estado.⁽⁷⁾

A doutrina da *state action* vem sofrendo várias críticas. A propósito, o comentário de d. Kairys: “na esfera pública (...) conceitos básicos de liberdade, democracia e igualdade são aplicáveis. No entanto, na esfera privada, que inclui quase toda a atividade econômica, nós não permitimos nenhuma democracia ou igualdade, apenas a liberdade para comprar e vender.”⁽⁸⁾ Prevalece a regra da soberania do Mercado.

Erwin Chemerinsky propõe que a teoria da *state action* deveria ser substituída por um modelo de ponderação, no qual os tribunais avaliariam, diante de cada caso, o que seria mais importante proteger: a liberdade individual do ator privado ou os direitos da suposta vítima do seu comportamento. No mesmo sentido, John E. Nowak e Ronald D. Rotunda, segundo os quais a incidência dos direitos fundamentais nas relações privadas deveriam não ser equacionada pela busca de um coeficiente mínimo de ação estatal envolvido no caso em discussão, mas sim por meio de uma ponderação de interesses — *balancing test*, ponderando-se, de um lado, a liberdade daquele particular para agir da forma contestada, e, do outro, o direito do terceiro supostamente lesado.⁽⁹⁾

A jurisprudência americana “admite atualmente a competência da União para legislar sobre direitos humanos mesmo quando nenhum ator estatal esteja envolvido, o que ocorreu com a promulgação de diversos diplomas na década de 60, na fase áurea do movimento em prol dos direitos civis nos EUA, dentre os quais destaca-se o Civil Rights Act de 1964.”⁽¹⁰⁾

Entretanto, a jurisprudência americana oscila na aplicação da *public function theory*, a exemplo do caso *Columbia Broadcasting System v. Democratic National Committee*, no qual “o fato de as redes de rádio e televisão nos EUA sujeitarem-se ao licenciamento e à regulamentação do governo federal não bastava para vinculá-las aos direitos constitucionais, e, baseada neste entendimento, rechaçou a alegação de que a CBS estaria violando liberdades constitucionais, ao se recusar a admitir propaganda paga de grupos pacifistas contra a Guerra do Vietnam.”⁽¹¹⁾ Outro caso em que houve retrocesso no sentido de dar caráter privado a certas atividades outro-

(7) *Ibidem*, pp. 201-202.

(8) KAIRYS, D. *The politics of law*. New York: Pantheon Books, 1982, p. 151, *apud* SARMENTO, Daniel, *op. cit.* p. 206.

(9) SARMENTO, Daniel, *op. cit.*, pp. 208-209.

(10) *Ibidem*, p. 229.

(11) *Ibidem*, p. 233.

ra consideradas públicas é o *Rendell-Baker v. Kohn* (457 US 830 — 1982): “em que a Corte julgou não ser dever do Estado coibir discriminação em uma escola privada, mesmo quando essa escola opera sob contrato governamental para cumprir certas obrigações no que concerne à educação especial de parcela de seus estudantes.”⁽¹²⁾

Joaquim B. Barbosa Gomes conclui que a doutrina da “ação governamental” — como denomina a *State Action*, tem hoje a sua síntese explicativa na seguinte parte do julgamento proferido pela Suprema Corte no caso *Lugar v. Edmondson Oil Co* (457 US 922 — 1982):

Nossos precedentes têm insistido em que a conduta supostamente causadora da privação de um direito constitucional (federal) seja razoavelmente atribuível ao Estado. Esses precedentes traduzem uma abordagem bipolar do problema da ‘atribuição razoável’. Em primeiro lugar, a privação tem que decorrer do exercício de algum direito ou prerrogativa criada pelo Estado ou por uma pessoa pela qual o Estado seja responsável. (...) Em segundo lugar, a pessoa acusada de causar a privação há de ser alguém de quem razoavelmente se possa dizer que se trata de um ‘ator estatal’. Isto por ser ele uma autoridade do Estado, por ter atuado juntamente com uma autoridade estatal ou por ter obtido significativa ajuda de agentes estatais, ou porque a sua conduta é de alguma forma atribuível ao Estado.⁽¹³⁾

Barbosa Gomes ensina que para complementar a doutrina da “ação governamental” é preciso conjugá-la com os dispositivos do Estatuto dos Direitos Cíveis de 1964, sendo que o empecilho dessa doutrina (da “Ação Governamental”) à oposição dos direitos fundamentais diante de particulares tem sido contornado graças a soluções emanadas do Judiciário e do Congresso, que vêm outorgando aos órgãos competentes os poderes necessários ao combate à discriminação praticada na esfera privada. “Dentre os diversos instrumentos de atuação nessa área destaca-se a utilização pelo Congresso da chamada Cláusula de Comércio; do seu poder de regulamentar é implementar os dispositivos da Constituição (‘Enforcement Power’) e do poder de tributar e de dispor sobre o dispêndio de recursos públicos (‘Taxing and Spending Power’).”⁽¹⁴⁾

2.2. Teoria da eficácia indireta e mediata dos direitos fundamentais nas relações privadas

Essa teoria, desenvolvida na doutrina alemã por *Günter Dürig* em 1956, consiste em dar aos direitos fundamentais uma dimensão objetiva, ou seja, os direitos fundamentais exprimem uma ordem de valores que se irradia

(12) GOMES, Joaquim B. *Barbosa. Ação Afirmativa e Princípio Constitucional da Igualdade*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 88.

(13) *Ibidem*, pp. 88-89.

(14) *Ibidem*, pp. 89-90.

por todos os campos do ordenamento, inclusive sobre o Direito Privado, cujas normas têm de ser interpretadas ao seu lume:

Juan María Bilbao Ubillos critica com propriedade a teoria da aplicação mediata e indireta dos direitos fundamentais — que condiciona a aplicação dos direitos fundamentais à intermediação pelo legislador ordinário:

A nuestro juicio, un derecho cuyo reconocimiento depende del legislador, no es un derecho fundamental. Es un derecho de rango legal, simplemente. El derecho fundamental se define justamente por la indisponibilidad de su contenido por el legislador. No parece compatible con esta caracterización la afirmación de que los derechos fundamentales sólo operan (entre particulares) cuando el legislador así lo decide.⁽¹⁵⁾

2.3. Teoria da eficácia direta e imediata dos direitos fundamentais nas relações privadas

Discorrendo sobre a teoria da eficácia direta dos direitos fundamentais na esfera privada, *Daniel Sarmento*⁽¹⁶⁾ ensina que a mesma foi primeiramente defendida por *Hans Carl Nipperdey*, a partir do início da década de 50, na Alemanha. Sua teoria consistia em que alguns direitos fundamentais, pela sua natureza, poderiam ser invocados diretamente nas relações privadas, independentemente de qualquer mediação por parte do legislador, sob o fundamento que as ameaças aos direitos fundamentais no mundo contemporâneo não provêm apenas do Estado, mas também dos poderes sociais e de terceiros em geral. Seguindo a doutrina de *Nipperdey*, *Walter Leisner* defendeu a idéia de que, pela unidade da ordem jurídica, não seria admissível conceber o Direito Privado como um gueto, à margem da Constituição e dos direitos fundamentais.

3. DA NOVA HERMENÊUTICA JURÍDICA CONSTITUCIONAL

José Joaquim Gomes Canotilho aponta a superação da dicotomia eficácia mediata/eficácia imediata a favor de *soluções diferenciadas*:

Reconhece-se, desde logo, que a problemática da chamada “eficácia horizontal” se insere no âmbito da *função de protecção dos direitos fundamentais*, ou seja, as normas consagradoras dos direitos, liberdades e garantias e direitos análogos constituem ou transportam *princípios de ordenação objectiva* — em especial, deveres de garantia e

(15) BILBAO UBILLOS, Juan María. *La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997, p. 297.

(16) Sarmento, Daniel. “A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais no direito comparado e no Brasil”. *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. Op. cit., p. 220.

de protecção do Estado — que são também eficazes na ordem jurídica privada (K. Hesse). Esta eficácia, para ser compreendida com rigor, deve ter em consideração a *multifuncionalidade* ou *pluralidade de funções dos direitos fundamentais*, de forma a possibilitar soluções diferenciadas e adequadas, consoante o “referente” de direito fundamental que estiver em *causa* no caso concreto. (...) ...a procura de soluções diferenciadas deve tomar em consideração a *especificidade do direito privado*, por um lado, e o significado dos direitos fundamentais na ordem jurídica global por outro.⁽¹⁷⁾

Canotilho explica que as *soluções diferenciadas* a encontrar não podem hoje desprezar o valor dos direitos, liberdades e garantias como elementos de eficácia conformadora imediata do direito privado, não podendo, de modo algum, acobertar uma “dupla ética no seio da sociedade” (J. Riveró). Cita como exemplo da “dupla ética” a consideração como violação da integridade física e moral a exigência de testes de gravidez às mulheres que procuram emprego na função pública, e, ao mesmo tempo, a tolerância e aceitação dos mesmos testes quando o pedido de emprego é feito a entidades privadas, em nome da “produtividade das empresas” e da “autonomia contratual e empresarial”.⁽¹⁸⁾

Ressalta-se que a aplicação de direitos fundamentais diante do Estado deve ser distinguida da aplicação de direitos fundamentais entre particulares, uma vez que nesta relação jurídica ambos os pólos são titulares de direitos fundamentais, sendo que a “medida” da incidência dos direitos fundamentais em cada caso, nas palavras de *Robert Alexy*,⁽¹⁹⁾ “um problema de colisão”.

Conforme *José Carlos Vieira de Andrade*, há colisão ou conflito sempre que a Constituição proteger, simultaneamente, dois valores ou bens em contradição concreta. Como solução para a colisão de direitos, *Luís Roberto Barroso* explica a técnica da ponderação de bens:

A doutrina mais tradicional divulga como mecanismo adequado à solução de tensões entre normas a chamada ponderação de bens ou valores. Trata-se de uma linha de raciocínio que procura identificar o bem jurídico tutelado por cada uma delas, associá-lo a um determinado valor, isto é, ao princípio constitucional ao qual se reconduz, para, então, traçar o âmbito de incidência de cada norma, sempre tendo como referência máxima as decisões fundamentais do constituinte. A

(17) CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Livraria Almedina, 2003, 7ª ed., p1289.

(18) *Ibidem*, p. 1294.

(19) ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Tradução de Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 511.

doutrina tem rejeitado, todavia, a predefinição rígida da ascensão de determinados valores e bens jurídicos, como a que resultaria, por exemplo, da absolutização da proposição *in dubio pro libertate*. Se é certo, por exemplo, que a liberdade deve, de regra, prevalecer sobre meras conveniências do Estado, poderá ela ter de ceder, em determinadas circunstâncias, diante da necessidade de segurança e de proteção da coletividade.⁽²⁰⁾

O método de balanceamento, assim como toda interpretação jurídica, deve ser analisado de acordo com o caso concreto (direitos em conflito), pois o bem que prevalecer num determinado caso pode ser relegado para segundo plano diante das circunstâncias de outro caso. Nos dizeres de Canotilho, “é indispensável a justificação e motivação da regra de prevalência parcial assente na ponderação, devendo ter-se em conta sobretudo os princípios constitucionais da igualdade, da justiça, da segurança jurídica.”... “O apelo à metódica de ponderação é, afinal, uma exigência de solução justa de conflitos entre princípios.”⁽²¹⁾

O método da ponderação de bens ou valores deve ser aplicado em conjunto com os princípios da unidade da Constituição e os postulados da razoabilidade e da proporcionalidade. Estes últimos devem orientar o juízo de ponderação na distribuição dos custos do conflito, no sentido de que o sacrifício imposto a uma das partes seja razoável e não seja proporcionalmente mais intenso do que no benefício auferido pela outra parte.

Luis Roberto Barroso ressalta que as normas jurídicas em geral, e especificamente as normas constitucionais, não trazem em si um sentido único, objetivo, válido para todas as situações sobre as quais incidem, cabendo ao intérprete um papel criativo na sua concretização.⁽²²⁾

Lenio Luiz Streck⁽²³⁾ preconiza a Constituição dotada de uma “força normativa, dirigente, programática e compromissária”, sendo que o processo de interpretação dos textos normativos do sistema depende do sentido que temos da Constituição:

Desse modo, fazer jurisdição constitucional não significa restringir o processo hermenêutico ao exame da parametricidade formal de textos infraconstitucionais com a Constituição. Trata-se, sim, de *compreender a jurisdição constitucional como processo de vivificação da Consti-*

(20) BARROSO, Luis Roberto. — *Interpretação e aplicação da constituição*, São Paulo: Saraiva, 1999, p. 192.

(21) CANOTILHO, *op. cit.*, p. 1113.

(22) Barroso, Luis Roberto & Ana Paulo de Barcellos. “O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro.” *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, pp. 331-332.

(23) Constitucionalizando Direitos: 15 anos da constituição brasileira de 1988/ Fernando Facury Scaff (org.). — Rio de Janeiro: Renovar, 2003. Lenio Luiz Streck. “Análise Crítica da Jurisdição constitucional e das possibilidades hermenêuticas de concretização dos direitos fundamentais, p. 142.”

tuição na sua materialidade, a partir desse novo paradigma instituído pelo Estado Democrático de Direito.

Entendo, assim, que a justiça constitucional deve assumir uma postura intervencionista, longe da postura absenteísta própria do modelo liberal-individualista-normativista que permeia a dogmática jurídica brasileira. A toda evidência, quando estou falando de uma função intervencionista do Poder Judiciário, não estou propondo uma (simplista) judicialização da política e das relações sociais (e nem a morte da política).

Quando falo em "intervencionismo substancialista", refiro-me ao cumprimento dos preceitos e princípios insitos aos Direitos Fundamentais Sociais e ao núcleo político do Estado Social previsto na Constituição de 1988, donde é possível afirmar que, na inércia dos poderes encarregados precipuamente de implementar as políticas públicas, é obrigação constitucional do Judiciário, através da jurisdição constitucional, propiciar as condições necessárias para a concretização dos direitos sociais-fundamentais.⁽²⁴⁾

4. OS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES DO TRABALHO

As diversas teorias sobre a aplicação dos direitos fundamentais (aplicação imediata e direta; mediata e indireta e o dever de proteção do Estado) têm como pano de fundo o mesmo questionamento da postura do Judiciário na solução de conflitos: este deve assumir uma posição de neutralidade, ou deve desempenhar um papel transformador, no sentido de se dar efetividade à Constituição?

O Poder Judiciário trabalhista, buscando a efetividade da tutela jurisdicional, tem adotado posição de vanguarda na defesa dos direitos fundamentais, desempenhando um papel transformador, concretizando os direitos fundamentais mesmo diante da omissão do legislador ordinário. Dentre alguns casos práticos, podemos citar:

a) a concessão de liminar em Ação Civil Pública decretando a intervenção na administração de empresa para forçá-la ao cumprimento da legislação trabalhista que vinha desrespeitando reiteradamente, tendo como um de seus argumentos o não cumprimento de sua função social e o aviltamento à dignidade dos trabalhadores;⁽²⁵⁾ b) a determinação ao INSS de ex-

(24) *Ibidem*, pp. 155/158.

(25) Decisão proferida pelo MM. Juiz do Trabalho Levi Rosa Tomé, nos autos da Ação Civil Pública promovida pelo Ministério Público da União em face de Sobar S/A Alcool e Derivados, Sobar S/A Agropecuária, Agrobau Prestação de Serviços S/C Ltda. (sucessora de Agrobau — Agropecuária Ltda.); Petroforte Brasileiro de Petróleo Ltda., Ari Natalino da Silva, Débora Aparecida Gonçalves, Herick da Silva e Aparecida Maria Pessuto da Silva, Vara de Trabalho de Ourinhos-SP.

pedição de CTPS a menor que sofreu acidente de trabalho para ter as mesmas proteções inerentes a qualquer trabalhador, uma vez que a finalidade da norma que proíbe o trabalho ao menor é a de protegê-lo, não podendo ser interpretada em seu prejuízo,⁽²⁶⁾ e c) ressalta-se, ainda, que se tornou pacífica na jurisprudência a aplicação imediata do art. 5º, X da Constituição Federal, referente à condenação em indenização por danos morais.

A mais alta corte brasileira também tem aplicado, de forma direta, os direitos fundamentais para dirimir conflitos de caráter privado, inclusive nas relações trabalhistas:

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, p. 1; CF., 1988, art. 5º, *caput*.

I — Ao recorrente, por não ser francês, não obstante trabalhar para 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: (C.F., 1967, art. 153, p. 1, 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, Célso Borja, RTJ 119/465. (RE n. 161.243-6/DF, 1996, STF, 2ª Turma, Rel. Min. Carlos Mário Velloso).

5. CONCLUSÃO

Considerando-se que a Constituição brasileira tem por finalidade tutelar a pessoa humana, reconhecendo-lhe direitos fundamentais (estes, indisponíveis, por natureza) e atribuindo ao Poder Judiciário a função de “guardião” da Constituição, defende-se a atuação do Judiciário num papel transformador, saindo do apego ao positivismo jurídico, em que somente poderia dar eficácia às normas constitucionais se regulamentadas pelo legislador ordinário.

Os direitos fundamentais devem ser aplicados de forma direta e imediata (art. 5º, §§ 2º, da CF) também nas relações de trabalho, com a concessão de uma tutela jurisdicional efetiva (que também é um direito fundamen-

(26) Sentença proferida nos autos do processo 784/01-3, da Vara do Trabalho de Itapeva, pela MM. Juíza do Trabalho Substituta Márcia Cristina Sampaio Mendes.

tal — art. 5º, XXV) mesmo diante da omissão do legislador em regulamentar o exercício de direitos fundamentais.

Havendo conflito de direitos fundamentais, deve-se recorrer à Nova Hermenêutica Jurídica Constitucional, com a utilização do método da ponderação de bens e os postulados da proporcionalidade e da razoabilidade para que, diante das peculiaridades de cada caso, possa-se concretizar o direito em harmonia com os valores adotados pela Constituição.

6. BIBLIOGRAFIA

ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Tradução de Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da constituição*. São Paulo: Saraiva, 1999.

BARROSO, Luís Roberto & Ana Paulo de Barcellos. "O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro." In *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BILBAO UBILLOS, Juan María. *La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

BOBBIO, Norberto. *Igualdad y libertad*. Trad. Pedro Aragón Rincón. Barcelona: Ediciones Paidós, 1993.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 13ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2003.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. A "principlização" da jurisprudência através da Constituição, in *Revista de processo*, São Paulo, 2000, vol. 98, p. 84, apud MEDINA, José Miguel Garcia, *Execução civil: princípios fundamentais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

_____. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Livraria Almedina, 2003, 7ª ed., p. 1289.

GOMES, Joaquim B. Barbosa. *Ação Afirmativa e Princípio Constitucional da Igualdade*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

GUERRA, Marcelo Lima. *Direitos fundamentais e a proteção do credor na execução civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

HESSE, Konrad, "Grundrechte", in *Staatslexikon*, v. 2., apud Paulo Bonavides, ob. cit.

KAIRYS, D. *The politics of law*. New York: Pantheon Books, 1982, p. 151. apud SARMENTO, Daniel, ob. cit. p. 206.

SARMENTO, Daniel. *A ponderação de interesses na constituição federal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

_____. "A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais no direito comparado e no Brasil". In: *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

STRECK, Lenio Luiz. "Análise Crítica da Jurisdição constitucional e das possibilidades hermenêuticas de concretização dos direitos fundamentais." In: *Constitucionalizando Direitos: 15 anos da constituição brasileira de 1988*/ Fernando Facury Scaff (org.). Rio de Janeiro: Renovar, 2003.