

A EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES ENTRE PARTICULARES: O CASO DAS RELAÇÕES DE TRABALHO

Daniel Sarmiento*

Fábio Rodrigues Gomes**

1 – INTRODUÇÃO

Uma das características do Direito contemporâneo, não só no Brasil, mas em praticamente todas as democracias constitucionais, é a ubiquidade dos direitos fundamentais, que passaram a ser invocados nos mais variados cenários e contextos. Na atualidade, dificilmente surge alguma controvérsia jurídica relevante sem que pelo menos uma das partes envolvidas sustente a violação ou ameaça a algum direito fundamental, constitucionalmente consagrado. Os direitos fundamentais tornaram-se centrais nos mais variados ramos do ordenamento jurídico, do Direito de Família ao Processo Penal.

No Direito do Trabalho não poderia ser diferente. 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. Contudo, apesar do tema já ter penetrado nas decisões judiciais, existe ainda um certo déficit na literatura jurídica nacional no que concerne à discussão sobre os parâmetros para aplicação dos direitos fundamentais não trabalhistas no âmbito das relações de trabalho. O objetivo do presente artigo é contribuir para este importante debate, discutindo o problema da chamada “eficácia horizontal” dos direitos fundamentais, e propondo alguns critérios para a incidência destes direitos na esfera trabalhista.

O artigo compõe-se de duas partes. A primeira descreve o debate teórico sobre a vinculação dos particulares aos direitos fundamentais travado no âm-

* Professor adjunto de Direito Constitucional da UERJ; mestre e doutor em Direito Público pela mesma instituição, com pós-doutorado na Yale Law School; procurador regional da República.

** Juiz federal do Trabalho; mestre e doutor em Direito Público pela UERJ; professor da Escola Judicial do TRT da 1ª Região.

bíto do Direito Constitucional, com a exposição das principais teorias sobre o assunto e da jurisprudência do STF, seguida de tomada de posição neste debate. A segunda traz a discussão para o campo do Direito do Trabalho, buscando formular alguns parâmetros específicos para a incidência dos direitos fundamentais nas relações trabalhistas.

2 – A EFICÁCIA HORIZONTAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS: APORTES TEÓRICOS E A JURISPRUDÊNCIA DO STF

A teoria liberal clássica limitava o alcance dos direitos fundamentais à regência das relações públicas, que tinham o Estado em um dos seus pólos. Tais direitos eram vistos como limites ao exercício do poder estatal, que, portanto, não se projetavam no cenário das relações jurídico-privadas. Hoje, tal concepção, que caracterizava o modelo de constitucionalismo liberal-burguês revela-se anacrônica. Parece indiscutível que se a opressão e a violência contra a pessoa provêm não apenas do Estado, mas de uma 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 um imperativo incontornável.

Essa necessidade é ainda mais imperiosa em contextos sociais caracterizados por grave desigualdade social e assimetria de poder, como ocorre no Brasil. Em quadros como o nosso, excluir as relações privadas do raio de incidência dos direitos fundamentais importa em mutilar seriamente estes direitos, reduzindo a sua capacidade de proteger e promover a dignidade da pessoa humana.

Sem embargo, firmada essa premissa, é preciso aprofundar a análise, para verificar a forma como se dá a incidência dos direitos fundamentais nas relações entre particulares. Na verdade, não seria correto simplesmente transplantar o particular para a posição de sujeito passivo do direito fundamental, equiparando o seu regime jurídico ao dos Poderes Públicos, pois o indivíduo, diversamente do Estado, é titular de direitos fundamentais, e está investido pela própria Constituição em um poder de autodeterminação dos seus interesses. Uma equiparação do particular ao Estado, para fins de sujeição aos direitos fundamentais, tenderia a revelar-se autoritária, ao restringir em demasia a sua liberdade de fazer escolhas e agir de acordo com elas.

Poucos defenderiam, por exemplo, que o Direito pudesse interferir, com apoio no princípio da isonomia, no poder do indivíduo de convidar quem quiser para a sua festa de aniversário, por razões inteiramente caprichosas. Ou que fosse possível restringir a faculdade de uma pessoa de escolher os seus amigos

ou seu parceiro afetivo dentre aqueles que professam a sua religião, com base na proibição constitucional de discriminação por motivos religiosos. Esses exemplos singelos revelam que a hipertrofia da eficácia horizontal dos direitos fundamentais pode, em nome da utopia da realização destes direitos em todos os espaços sociais, converter-se numa verdadeira distopia, ao restringir em excesso a autonomia privada, ainda que com propósitos “politicamente corretos”. Teríamos aqui o paradoxo de um “fundamentalismo de direitos fundamentais”.

O tema da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais é um dos mais discutidos no Direito Constitucional Comparado na contemporaneidade, tendo suscitado respostas diferentes em diversos países, tendo em vista os respectivos sistemas constitucionais, culturas jurídicas e realidades socio-políticas¹. A questão já foi objeto de diversas decisões do Supremo Tribunal Federal, bem como de outros tribunais brasileiros, e vem sendo cada vez mais discutida pela doutrina nacional².

O tópico versado tangencia uma série de questões importantíssimas, como as concernentes à constitucionalização do ordenamento jurídico, à evolução das relações entre sociedade e Estado, e entre os espaços público e privado, e ao significado e limites da proteção constitucional conferida à autonomia privada. Por conta disso, e considerando os limites de espaço deste trabalho, iremos nos

-
- 1 Cf. Daniel Sarmento. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*, p. 185-234; e Mark Tushnet. “The Issue of State Action/Horizontal Effect in Comparative Constitutional Law”. In: *International Journal of Constitutional Law* n° 1, 2003, p. 79 ss.
 - 2 Veja-se na doutrina nacional, dentre outros, além da obra de Daniel Sarmento acima citada, Gilmar Ferreira Mendes. “Direitos Fundamentais: eficácia das garantias constitucionais nas relações privadas; análise da jurisprudência da Corte Constitucional alemã”. In: *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade: estudos de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 207-225; Ingo Wolfgang Sarlet. “Direitos Fundamentais e Direito Privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais”. In: Ingo Wolfgang Sarlet (Org.). *A Constituição Concretizada*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p. 107-163; Paulo Gustavo Gonet Branco. “Aspectos da Teoria Geral dos Direitos Fundamentais”. In: Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho e Paulo Gustavo Gonet Branco. *Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2000, p. 169-180; Carlos Roberto Siqueira Castro. “Aplicação dos Direitos Fundamentais às Relações Privadas”. In: Antonio Celso Alves Pereira e Celso R. D. de Albuquerque (Orgs.). *Estudos em Homenagem a Carlos Alberto Menezes Direito*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 227-246; Ingo Wolfgang Sarlet (Org.). *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003; Wilson Steinmetz. *A Vinculação dos Particulares aos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2004; Jane Gonçalves Reis Pereira. “Apontamentos sobre a aplicação de normas de direito fundamental nas relações jurídicas entre particulares”. In: Luís Roberto Barroso (Org.). *A Nova Interpretação Constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 119-192; Thiago Luís Santos Sombra. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais nas Relações Jurídico-Privadas*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2004; André Rufino do Vale. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais nas Relações Privadas*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2004; Virgílio Afonso da Silva. *A Constitucionalização do Direito: Os direitos fundamentais nas relações entre particulares*. São Paulo: Malheiros, 2005; e Eduardo Ribeiro Moreira. *Obtenção dos Direitos Fundamentais nas Relações entre Particulares*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

ater, nesta primeira etapa, às noções gerais contidas nas teorias mais difundidas sobre o assunto, para, logo em seguida, nos debruçarmos detidamente sobre alguns aspectos da eficácia dos direitos fundamentais nas relações de emprego.

2.1 A negação da eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas e a doutrina da “state action”

No cenário norte-americano tem prevalecido a visão de que, em regra geral, os direitos fundamentais positivados na Constituição não se estendem às relações privadas³. É praticamente um axioma do Direito Constitucional norte-americano, quase universalmente aceito tanto pela doutrina como pela jurisprudência, a ideia de que os direitos fundamentais, previstos no *Bill of Rights* da Constituição daquele país, impõem limitações apenas para os Poderes Públicos e não atribuem aos particulares direitos frente a outros particulares com exceção apenas da 13ª Emenda, que proibiu a escravidão. Trata-se da chamada teoria da *state action*.

Para justificar essa posição, a doutrina apoia-se na literalidade do texto constitucional norte-americano, que se refere apenas aos Poderes Públicos na maioria das suas cláusulas consagradoras de direitos fundamentais. Mas também são invocados outros argumentos teóricos, sendo o principal deles a preocupação com a autonomia privada, vocalizada nas lições de Laurence Tribe:

“(...) imunizando a ação privada do alcance das proibições constitucionais, impede-se que a Constituição atinja a liberdade individual – denegando aos indivíduos a liberdade de fazer certas escolhas, como as de com que pessoas se associar. Essa liberdade é básica dentro de qualquer concepção de liberdade, mas ela seria perdida se os indivíduos tivessem de conformar sua conduta às exigências constitucionais.”⁴

Além do argumento liberal, outra justificativa invocada para a doutrina da *state action* liga-se ao federalismo. Nos Estados Unidos, compete aos Estados e não à União legislar sobre Direito Privado, a não ser quando a matéria envolva o comércio interestadual ou internacional. Assim, afirma-se que a *state*

3 Veja-se, a propósito, Laurence Tribe. *American Constitutional Law*. 2. ed. Mineola: The Foundation Press, 1988, p. 1688-1720; e “Refocusing the ‘State Action’ Inquiry: Separating State Acts from State Actors”. In: *Constitutional Choices*. Cambridge: Harvard University Press, 1985, p. 246-266; John E. Nowak. & Ronald D. Rotunda. *Constitutional Law*. 5th. ed. St Paul: West Publishing Co., 1995, p. 470-509; Juan María Bilbao Ubillos. *Los Derechos Fundamentales en la Frontera entre lo Público y lo Privado*. Madrid: McGraw-Hill, 1997; Mark Tushnet. *Weak Courts, Strong Rights*. Princeton: Princeton University Press, 2008, p. 161-195; e Erwin Chemerinsky. *Constitutional Law: principles and policies*. 3. ed. New York: Aspen Publishers, 2006, p. 507-539.

4 Cf. Laurence Tribe. *American Constitutional Law*, op. cit., p. 1.691.

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.

A acidentada trajetória da doutrina da *state action* nos Estados Unidos inicia-se com os *Civil Rights Cases*, julgados pela Suprema Corte norte-americana em 1883⁵. Em 1875, o Congresso Nacional norte-americano aprovou a *Civil Rights Act*, prevendo uma série de punições civis e penais contra a discriminação racial em locais e serviços acessíveis ao público, com fundamento na competência conferida pela 14ª Emenda à Constituição daquele país, a qual, logo após o fim da escravidão, obrigara os Estados a respeitarem os princípios da igualdade e do devido processo legal. No entanto, a Suprema Corte, apreciando cinco casos de pessoas indiciadas por terem cerceado o acesso de negros em hotéis, teatros e trens, afirmou a inconstitucionalidade da norma, sob o argumento de que a União tinha recebido da Constituição apenas a competência para editar normas impedindo as discriminações praticadas pelos próprios Estados, mas não aquelas cometidas por indivíduos e empresas privadas. Nestes julgamentos, ficaram assentadas duas premissas: (a) os direitos fundamentais estabelecidos na Constituição americana vinculam apenas os Poderes Públicos e não os particulares; e (b) o Congresso Nacional não tem poderes para editar normas protegendo os direitos fundamentais nas relações privadas, pois a competência para disciplinar estas relações é exclusiva do legislador estadual. A primeira das premissas permanece até hoje inalterada, conquanto tenha se sujeitado, com o passar do tempo, a certas atenuações, como se verá a seguir. Mas a segunda já foi revista pela jurisprudência, que 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 se destaca o *Civil Rights Act* de 1964⁶.

A partir da década de 40 do século passado, a Suprema Corte americana, sem renegar a doutrina da *state action*, começa a esboçar alguns temperamentos a ela. Passou à 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. Esta teoria impede, em primeiro lugar, que o Estado se livre da sua vinculação aos direitos constitucionais pela constituição de empresas privadas, ou pela dele-

5 Cf. John E. Nowak. & Ronald D. Rotunda, op. cit., p. 474-477.

6 Aceita-se mais a intervenção do Legislativo do que do Judiciário Federal nesta seara, sob o argumento de que, no primeiro, os Estados estão politicamente representados no Senado Federal.

gação das suas funções típicas para particulares, pois estes, quando assumem funções de caráter essencialmente público, passam a sujeitar-se aos mesmos condicionamentos constitucionais impostos aos Poderes Públicos⁷.

Ademais, existem, segundo a Suprema Corte, certas atividades que, independentemente de delegação, são de natureza essencialmente estatal, e, portanto, quando os particulares as exercitam, devem submeter-se integralmente aos direitos fundamentais previstos na Constituição. O caso mais emblemático de aplicação desta teoria foi o *Marsh v. Alabama*⁸, julgado em 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.

A outra hipótese de vinculação dos particulares aos direitos fundamentais admitida no direito norte-americano relaciona-se aos casos em que é possível estabelecer uma conexão mais profunda entre a conduta do ator privado e alguma entidade governamental. O caso *Shelley v. Kraemer*⁹ constitui um relevante precedente nesta linha. Na hipótese, existia uma convenção privada vinculando os proprietários de vários imóveis de uma região, que os proibia de aliená-los a pessoas integrantes de minorais raciais. Apesar disso, o dono de um dos imóveis resolveu vendê-lo a um negro, contra o que se opuseram alguns dos demais coobrigados pela convenção, através do ajuizamento de uma ação. A questão chegou à Suprema Corte, que disse que se o Judiciário tutelasse o suposto direito dos autores com base na convenção, ele estaria emprestando a sua força e autoridade a uma discriminação contrária à Constituição. Por este artifício, reconheceu-se a presença de *state action* no caso, para rejeitar a ação.

Além de não admitir, em princípio, a vinculação dos particulares aos direitos fundamentais constitucionalmente estabelecidos, a jurisprudência norte-americana, partindo de uma visão de extremado individualismo, ainda antepõe obstáculos diante da possibilidade de tutela pelo legislador ordinário destes direitos no âmbito das relações privadas. Uma decisão da Suprema Corte, proferida no ano 2000 no caso *Boy Scouts of America v. Dale*¹⁰, ilustra bem a assertiva. No Estado de New Jersey havia uma lei estadual proibindo qualquer

7 John E. Nowak. & Ronald D. Rotunda, op. cit., p. 478.

8 326 U.S. 501 (1946).

9 334 U.S. 1 (1948).

10 530 U. S. 640 (2000).

discriminação contra homossexuais. Apesar disto, a Boy Scouts (organização privada de escoteiros) resolveu expulsar de seus quadros um rapaz homossexual, ao descobrir a sua orientação sexual. O jovem ingressou com uma ação judicial questionando o ato, fundamentando-se na referida lei estadual anti-discriminatória, mas a inconstitucionalidade da norma foi arguida, e a questão acabou chegando à apreciação da Suprema Corte. Essa, em seu julgado, afirmou que a aplicação da lei estadual no caso violava a liberdade de associação, por obrigar que um grupo ligado por valores comuns – dentre os quais a rejeição ao homossexualismo – fosse integrado por pessoa indesejada.

Enfim, a doutrina da *state action*, apesar dos temperamentos que a jurisprudência lhe introduziu, não proporciona um tratamento adequado aos direitos fundamentais, diante do fato de que muitos dos perigos e ameaças à pessoa humana provêm não do Estado, mas de grupos, pessoas e organizações privadas. Ademais, ela não foi capaz de construir *standards* minimamente seguros e confiáveis na jurisdição constitucional norte-americana. Tal teoria está profundamente associada ao radical individualismo que caracteriza a Constituição e a cultura jurídica e social dos Estados Unidos. Não obstante, pelo grande prestígio e influência do Direito Constitucional norte-americano, ela acabou sendo também adotada em outros países, como o Canadá¹¹.

2.2 A teoria da eficácia indireta e mediata dos direitos fundamentais na esfera privada

A teoria da eficácia horizontal mediata ou indireta dos direitos fundamentais foi desenvolvida originariamente na doutrina alemã por Günter Dürig, em obra publicada em 1956¹², e tornou-se a concepção dominante no direito germânico, sendo hoje adotada pela maioria dos juristas daquele país e pela sua Corte Constitucional. Trata-se de construção intermediária entre a que simplesmente nega a vinculação dos particulares aos direitos fundamentais, e aquela que sustenta a incidência direta destes direitos na esfera privada.

Para a teoria da eficácia mediata, os direitos fundamentais não ingressam no cenário privado como direitos subjetivos, que possam ser invocados a partir

11 No Canadá, tal posição foi afirmada no precedente conhecido como *Dolphin Delivery*, julgado pela Suprema Corte do país em 1986. Para uma crítica contundente desta decisão, apontada como a mais criticada da Corte na sua primeira década de existência, veja-se David Beatty. “A Conservative Court: the Politicization of Law”. In: *University of Toronto Law Journal* 41, 1991, p. 147-167.

12 Günter Dürig, “Grundrechte und Zivilrechtsprechung”, in Theodor Maunz (Hrsg. Von). *Festschrift für Hans Nawiasky*. München: Beck, 1956, p. 157-190, *apud* Rafael Naranjo de la Cruz. *Los Límites de los Derechos Fundamentales en las Relaciones entre Particulares: La Buena Fé*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2000, p. 169.

da Constituição. Segundo Dürig¹³, 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. Por isso, certos atos, contrários aos direitos fundamentais, que seriam inválidos quando praticados pelo Estado, podem ser lícitos no âmbito do Direito Privado. E, por outro lado, certas práticas podem ser vedadas pelo Direito Privado, embora se relacionem ao exercício de um direito fundamental. Sem embargo, Dürig admite a necessidade de construir certas pontes entre o Direito Privado e a Constituição, para submeter o primeiro aos valores constitucionais. Para ele, esta ponte é representada pelas cláusulas gerais e pelos conceitos jurídicos indeterminados acolhidos pelo legislador – verdadeiras “portas de entrada” dos direitos fundamentais no Direito Privado – os quais devem ser interpretados e aplicados pelos juízes sempre em conformidade com a ordem de valores subjacente aos direitos fundamentais¹⁴. Neste sentido, a teoria da eficácia mediata liga-se à concepção da Constituição como ordem de valores, centrada nos direitos fundamentais e, em especial, no princípio da dignidade da pessoa humana.

A teoria da eficácia mediata nega a possibilidade de aplicação direta dos direitos fundamentais nas relações privadas porque, segundo seus adeptos, esta incidência acabaria exterminando a autonomia da vontade, e desfigurando o Direito Privado, ao convertê-lo numa mera concretização do Direito Constitucional¹⁵. Afirmam os seus defensores que a aplicação direta dos direitos fundamentais nas relações privadas importaria na outorga de um poder desmesurado ao Judiciário, tendo em vista o grau de indeterminação que caracteriza as normas constitucionais consagradoras desses direitos. Neste quadro, seria irremediavelmente comprometida a liberdade individual, que ficaria à mercê da discricção dos juízes. Por isso, entendem os partidários desta tese que a Constituição não investe os particulares em direitos subjetivos privados, mas que ela contém normas objetivas, cujo efeito de irradiação leva à impregnação das leis civis por valores constitucionais¹⁶.

13 Cf. David Capitant. *Les Effets Juridiques des Droits Fondamentaux en Allemagne*, Paris: L.G.D.J., 2000, p. 249-250.

14 Cf. Alexei Julio Estrada. *La Eficacia de los Derechos Fundamentales entre Particulares*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2000, p. 111; e Hans Peter Schneider. “Aplicación Directa y Eficacia Indirecta de las Normas Constitucionales”. In: *Democracia y Constitución*. Trad. K.J. Albiez Dohrmann. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991, p. 81.

15 Cf. Ingo von Münch. “*Drittwirkung* de Derechos Fundamentales en Alemania”. In: Salvador Coderch. *Asociaciones, Derechos Fundamentales y Autonomia Privada*. Madrid: Editorial Civitas, 1997, p. 50.

16 Cf. Konrad Hesse. *Derecho Constitucional y Derecho Privado*. Trad. Ignacio Gutierrez. Madrid: Cuadernos Civitas, 1995, p. 60-61; e François Rigaux. *La Protection de la Vie Privée et des Autres Biens de la Personnalité*. Bruxelles: Bruylant, 1990, p. 680.

Portanto, os argumentos empregados pelos adeptos da eficácia indireta dos direitos fundamentais nas relações privadas são atenuações daqueles defendidos pelos que negam qualquer tipo de incidência destes direitos sobre os particulares. A diferença essencial consiste no reconhecimento, pelos primeiros, de que os direitos fundamentais exprimem uma ordem de valores que se irradia por todos os campos do ordenamento, inclusive sobre o Direito Privado, cujas normas têm de ser interpretadas à sua luz¹⁷.

Os defensores da teoria da eficácia horizontal mediata dos direitos fundamentais sustentam que tais direitos são protegidos no campo privado não através dos instrumentos do Direito Constitucional, e sim por meio de mecanismos típicos do próprio Direito Privado¹⁸. A força jurídica dos preceitos fundamentais estender-se-ia aos particulares apenas de forma mediata, através da atuação do legislador.

Nesta perspectiva, dentre as várias soluções possíveis no conflito entre direitos fundamentais e autonomia privada, competiria à lei a tarefa de fixar o grau de cedência recíproca entre cada um dos bens jurídicos confrontantes¹⁹. Esta primazia do legislador em detrimento do juiz na conformação dos direitos fundamentais no âmbito privado conferiria, por um lado, maior segurança jurídica ao tráfico jurídico, e, por outro, conciliar-se-ia melhor com os princípios da democracia e da separação de poderes.

Ao Judiciário caberia o papel de preencher as cláusulas indeterminadas criadas pelo legislador, levando em consideração os direitos fundamentais, bem como o de rejeitar, por inconstitucionalidade, a aplicação das normas privadas incompatíveis com tais direitos – tarefa confiada com exclusividade às Cortes Constitucionais nos países onde o controle de constitucionalidade é concentrado. Apenas em hipóteses excepcionalíssimas os defensores da teoria da eficácia horizontal mediata dos direitos fundamentais admitem a sua aplicação direta pelo Judiciário em litígios privados.

Mas quando o Judiciário resolvesse os conflitos privados, interpretando as normas ordinárias sem levar em consideração os direitos fundamentais, ele tornar-se-ia responsável por uma lesão a tais direitos, sujeitando-se à censura²⁰.

17 Cf. Christian Starck. *La Constitution Cadre et Mesure du Droit*. Paris: Ed. Economica, 2004, p. 105.

18 Cf. Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira da Silva. “Vinculação das Entidades Privadas pelos Direitos, Liberdades e Garantias”. In: *Revista de Direito Público* nº 82. São Paulo: RT, p. 45.

19 Neste sentido, Pablo Salvador Coderch e Josep Ferrer I Riba, “Asociaciones, Democracia y *Drittwirkung*”, In: Salvador Coderch. *Asociaciones, Derechos Fundamentales y Autonomia Privada*, op. cit., p. 95-96.

20 Cf. Ernst-Wolfgang Böckenförde. *Escritos sobre Derechos Fundamentales*. Trad. Juan Luis Pagés y Ignacio Menéndez. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 1993, p. 119.

Foi este o caminho encontrado pela Corte Constitucional alemã para apreciar, em sede de reclamação constitucional, decisões judiciais proferidas pela jurisdição ordinária, que não tinham conferido o devido peso aos valores constitucionais na interpretação e aplicação de normas ordinárias regulamentadoras de relações privadas. Nessa tarefa, entende a doutrina que a Corte Constitucional não deve, a pretexto de proteger os direitos fundamentais, converter-se em uma instância de revisão geral dos julgados da jurisdição ordinária, para analisar a correção das decisões de aplicação da legislação infraconstitucional. Só quando a decisão judicial do litígio privado desconsiderar gravemente o efeito de irradiação dos direitos fundamentais sobre o Direito Privado é que o recurso constitucional seria admissível²¹.

São diversas as decisões da Corte Constitucional que aplicaram a doutrina da eficácia mediata dos direitos fundamentais às relações privadas, valendo destacar a proferida no caso *Lüth* – um dos mais importantes de toda a história daquela Corte, pelas construções teóricas que sedimentou. Tratava-se de discussão relativa à legitimidade de um boicote contra um filme dirigido pela cineasta Veit Harlan, que fora colaborador do regime nazista, organizado em 1950 pelo Presidente do Clube de Imprensa de Hamburgo, Erich Lüth. A empresa distribuidora do filme insurgira-se contra o boicote e obtivera decisão da Justiça Estadual de Hamburgo, determinando a sua cessação, com base no § 826 do Código Civil alemão, segundo o qual “quem causar danos intencionais a outrem, e de maneira ofensiva aos bons costumes, fica obrigado a compensar o dano”. Inconformado com o julgamento, Lüth interpôs reclamação constitucional (*Verfassungsbeschwerde*) para o Tribunal Constitucional. Esse acolheu o recurso, fundamentando-se no entendimento de que cláusulas gerais do direito privado, como os “bons costumes” referidos no § 826 do BGB, têm de ser interpretadas à luz da ordem de valores sobre a qual se assenta a Constituição, levando em consideração os direitos fundamentais, o que não fora feito pela Corte de Hamburgo, que não atribuíra, em sua decisão, qualquer influência à liberdade de expressão na interpretação da citada cláusula.²²

Esta orientação intermediária consolidou-se na jurisprudência alemã, representando uma espécie de compromisso entre a teoria mais “esquerdista” da eficácia horizontal direta, e a visão liberal clássica dos direitos fundamentais, que os confinava ao campo do Direito Público.

21 Cf. David Capitant, op. cit., p. 265-266.

22 BVerfGE 7, 198 (1958). Os trechos mais importantes deste julgado estão reproduzidos, em língua portuguesa, em Jürgen Schwabe. *Cinquenta Anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão*. Trad. Leonardo Martins et alli. Montevideo: Konrad Adenauer Stiftung, 2005, p. 381-394.

A teoria da eficácia indireta dos direitos fundamentais na esfera privada tem sido objeto de diversas críticas. Por um lado, há quem afirme que a impregnação das normas do Direito Privado pelos valores constitucionais pode causar a erosão do princípio da legalidade, ampliando a indeterminação e a insegurança na aplicação das normas civis, comerciais e trabalhistas²³. Da outra banda, a doutrina é criticada por não proporcionar uma tutela integral dos direitos fundamentais no plano privado, que ficaria dependente das decisões adotadas pelo legislador ordinário²⁴. E há ainda quem aponte para o caráter supérfluo desta construção, pois ela acaba se reconduzindo inteiramente à noção mais do que sedimentada de interpretação conforme a Constituição²⁵.

Na doutrina nacional é francamente minoritária a defesa da eficácia horizontal indireta dos direitos fundamentais. A ampla maioria dos autores que se debruçaram sobre o tema sustentam a vinculação direta e imediata dos particulares aos direitos fundamentais, até em vista de características singulares da nossa ordem constitucional, muito mais voltada para o combate à injustiça nas relações privadas do que a Lei Fundamental alemã²⁶. Neste cenário, são exceções Luís Afonso Heck²⁷, bem como Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins²⁸ – todos eles autores fortemente influenciados pelo pensamento constitucional alemão –, que advogam a adoção no Brasil da solução germânica para o problema da eficácia horizontal dos direitos fundamentais.

23 Esta a crítica do jurista austríaco A. Khol, exposta em artigo intitulado “The protection of human rights in relationships between private individuals: the Austrian situation”, *apud* Juan María Bilbao Ubillos, *La Eficacia de los Derechos Fundamentales frente a Particulares*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997, p. 317-318.

24 Neste sentido, Pedro de Vega García. “Dificultades y problemas para la construcción de un constitucionalismo de la igualdad (en caso de la eficacia horizontal de los derechos fundamentales)”. In: Antonio-Enrique Pérez Luño (Org.). *Derechos Humanos y Constitucionalismo ante el Tercer Milenio*, 3. ed. Madrid: Tecnos, 1990, p. 272.

25 Juan María Bilbao Ubillos. *La Eficacia de los Derechos Fundamentales frente a Particulares*, op. cit., p. 313.

26 A Lei Fundamental alemã foi adotada em 1949, pouco depois da traumática experiência do nazismo. Naquele contexto, era natural que o constituinte centrasse o seu foco nos perigos do arbítrio estatal. Assim, a Constituição germânica consagra expressamente a vinculação dos três poderes estatais aos direitos fundamentais, mas se silencia em relação à submissão a eles dos atores privados. Ela, por outro lado, não consagra direitos fundamentais expressamente dirigidos contra particulares, com a única exceção da garantia de associação sindical dos trabalhadores, também dirigida contra os seus empregadores (art. 9.3). Neste ponto, é total a diferença em relação à Constituição de 1988, pródiga na consagração de direitos voltados contra os particulares, como todo o elenco de direitos trabalhistas presentes no art. 7º do Texto Magno.

27 Luís Afonso Heck. “Direitos Fundamentais e sua Influência no Direito Civil”. In: *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, v. 16, 1999, p. 111-125.

28 Cf. Dimitri Dioulis e Leonardo Martins. *Teoria Geral dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: RT, 2007, p. 104-115.

2.3 A teoria da eficácia direta e imediata dos direitos fundamentais na esfera privada

A teoria da eficácia direta dos direitos fundamentais nas relações privadas foi defendida inicialmente na Alemanha por Hans Carl Nipperdey, a partir do início da década de 50²⁹. Segundo ele, embora alguns direitos fundamentais previstos na Constituição alemã vinculem apenas o Estado, outros, pela sua natureza, podem ser invocados diretamente nas relações privadas, independentemente de qualquer mediação por parte do legislador, revestindo-se de oponibilidade *erga omnes*. Nipperdey justifica sua afirmação com base na constatação de que os perigos que ameaçam os direitos fundamentais no mundo contemporâneo não provêm apenas do Estado, mas também dos poderes sociais e de terceiros em geral. A opção constitucional pelo Estado Social importaria no reconhecimento desta realidade, tendo como consequência a extensão dos direitos fundamentais às relações entre particulares.

A teoria de Nipperdey foi retomada e desenvolvida na doutrina germânica por Walter Leisner, em tese de cátedra referente ao tema, na qual advogou a ideia de que, pela unidade da ordem jurídica, não seria admissível conceber o Direito Privado como um gueto, à margem da Constituição e dos direitos fundamentais³⁰.

Embora minoritária no cenário germânico, a tese da eficácia horizontal imediata tem ampla penetração na doutrina de outros Estados europeus, como Espanha³¹, Portugal³² e Itália³³. Em alguns regimes constitucionais, aliás, ela parece resultar de expressa imposição constitucional, como é o caso de Portugal e da África do Sul, cujas constituições preveem a vinculação dos particulares aos direitos fundamentais, sem condicioná-la a qualquer mediação legislativa.

29 Segundo Alexei Julio Estrada (op. cit., p. 103), a primeira manifestação de Nipperdey sobre a matéria teria ocorrido em artigo publicado em 1950, sobre a igualdade do homem e da mulher em relação ao direito ao salário, mas a sua abordagem mais profunda sobre a questão estaria no seu livro, escrito conjuntamente com Ennecerus, sobre a parte geral do Direito Civil alemão, publicado em 1958 e intitulado *Allgemeiner teil des Bürgerlichen Rechts*.

30 Cf. Ingo Wolfgang Sarlet. “Direitos Fundamentais e Direito Privado...”, op. cit., p. 117.

31 Veja-se, na doutrina espanhola, dentre outros, Juan María Bilbao Ubillos. *La Eficacia de los Derechos Fundamentales frente a Particulares*, op. cit. p. 349-382; e Antonio-Enrique Pérez Luño. *Los Derechos Fundamentales*. 6. ed. Madrid: Tecnos, 1995, p. 22-23.

32 Cf. José Joaquim Gomes Canotilho. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 1998, p. 1.150-1.160; Ana Prata. *A Tutela Constitucional da Autonomia Privada*. Coimbra: Almedina, 1982, p. 137. Em sentido contrário, veja-se Jorge Reis Novais. *Os Direitos Fundamentais: Trunfos contra a Maioria*. Coimbra: Coimbra Editora, 2006, p. 69-116.

33 Cf. Alessandro Pace. *Problemática delle Libertà Costituzionali, Parte Generale*. 2. ed. Padova: CEDAM, 1990, p. 20-21; Pietro Perlingieri. *Il Diritto Civile nella Legalità Costituzionale*. 2. ed. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 1991, p. 189-200.

Os adeptos da teoria da eficácia imediata dos direitos fundamentais nas relações privadas não negam a existência de especificidades nesta incidência, nem a necessidade de ponderar o direito fundamental em jogo com a autonomia privada dos particulares envolvidos no caso. Não se trata, portanto, de uma doutrina radical, que possa conduzir a resultados liberticidas, ao contrário do que sustentam seus opositores, pois ela não prega a desconsideração da liberdade individual no tráfico jurídico-privado, mas antes impõe que seja devidamente sopesada na análise de cada situação concreta³⁴.

Tampouco se pode acusar a doutrina da eficácia imediata dos direitos fundamentais nas relações privadas de incompatível com o princípio democrático, por atribuir poder em demasia ao Judiciário, em detrimento do legislador. Isto porque, em primeiro lugar, a proteção de direitos fundamentais, no mais das vezes, não prejudica a democracia, mas antes assegura as condições necessárias ao seu bom funcionamento³⁵. Ademais, a maior parte dos adeptos desta teoria reconhece que, diante da existência de lei disciplinando a questão subjacente ao conflito privado, deve o Judiciário aplicar a norma vigente – e não dar ao caso a resposta que pareça mais justa a cada magistrado –, podendo afastar-se da solução preconizada pelo legislador tão somente quando concluir que esta se afigura incompatível com a Constituição.

Como já destacado acima, a teoria da eficácia horizontal direta e imediata dos direitos fundamentais é amplamente dominante no cenário brasileiro, sendo sustentada por autores como Ingo Wolfgang Sarlet, Luís Roberto Barroso³⁶, Gustavo Tepedino³⁷, Wilson Steinmetz³⁸ e Jane Reis Gonçalves Pereira³⁹, dentre tantos outros, e contando também com a nossa adesão, como será visto abaixo.

34 Cf. Robert Alexy. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Trad. Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 514.

35 A questão sobre a relação entre os direitos fundamentais e a democracia é complexa, e não há aqui espaço para discussão deste intrincado tema. Veja-se, na literatura brasileira, Cláudio Ari Mello. *Democracia Constitucional e Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

36 Luís Roberto Barroso. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 370-371.

37 Gustavo Tepedino. “Direitos Humanos e Relações Jurídicas Privadas”. In: *Temas de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 55-71.

38 Wilson Steinmetz. *A Vinculação dos Particulares aos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2004.

39 Jane Gonçalves Reis Pereira. “Apontamentos sobre a aplicação de normas de direito fundamental nas relações jurídicas entre particulares”. In: Luís Roberto Barroso (Org.). *A Nova Interpretação Constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 119-192.

2.4 Teoria dos deveres de proteção e a eficácia horizontal dos direitos fundamentais

Um importante segmento da doutrina alemã mais recente vem defendendo a tese de que a doutrina dos deveres de proteção do Estado em relação aos direitos fundamentais constitui a forma mais exata para solucionar a questão da projeção destes direitos no âmbito das relações privadas⁴⁰. Embora esta posição seja, de certa forma, uma variação da teoria da eficácia indireta acima analisada, vale a pena, pela sua representatividade, expor aqui os seus lineamentos mais gerais, o que será feito a partir de breve análise das lições do seu mais importante defensor e divulgador, Claus-Wilhelm Canaris.

Para Canaris⁴¹, os direitos fundamentais na ordem jurídica alemã vinculam diretamente apenas os Poderes Públicos e não os sujeitos de Direito Privado. Contudo, ele sustenta que o Estado, tanto ao editar normas como ao prestar a jurisdição, está obrigado não apenas a abster-se de violar os direitos fundamentais, como também a protegê-los diante das lesões e ameaças provenientes dos particulares. Para designar estas duas funções distintas dos direitos fundamentais – defensiva e protetiva – ele emprega as denominações “proibição de intervenção” e “imperativo de tutela” (ou “imperativo de proteção”).

Entende Canaris que é possível analisar a influência dos direitos fundamentais sobre o Direito Privado em diferentes planos. O primeiro deles é o da vinculação do legislador do Direito Privado aos direitos fundamentais. Esta vinculação, para ele, é direta e imediata, e decorre não só de expressa previsão no texto constitucional germânico (art. 1º, nº 3, da Lei Fundamental), como também do próprio princípio da supremacia da Constituição. Assim, as normas editadas no âmbito do Direito Privado não só não podem violar os direitos fundamentais dos particulares, como devem também proporcionar uma proteção adequada a estes direitos em face da conduta de outros atores privados.

O segundo plano de análise é o da “aplicação e desenvolvimento judicial do Direito Privado”. Neste ponto, Canaris criticou a ideia do efeito de irradiação dos direitos fundamentais, formulada no julgamento do caso L \ddot{u} th, e que constitui a base teórica da teoria da eficácia indireta, não por discordar das suas consequências, mas por considerá-la uma mera “formulação metafórica extraída

40 Cf. Alexei Julio Strada. *La Eficacia de los Derechos Fundamentales entre Particulares*, op. cit., p. 141.

41 Há pelo menos dois textos de Canaris sobre o assunto disponíveis em língua portuguesa: a obra *Direitos Fundamentais e Direito Privado*. Trad. Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo Mota Pinto. Coimbra: Livraria Almedina, 2003, e o artigo “A Influência dos Direitos Fundamentais sobre o Direito Privado na Alemanha”. In: Ingo Wolfgang Sarlet (Org.). *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. Rio de Janeiro: Livraria do Advogado, 2003, p. 223-244.

da linguagem coloquial”⁴², que seria supérflua por nada acrescentar às funções “normais” dos direitos fundamentais – proibição de intervenção e imperativo de tutela. Para ele, não seria necessário recorrer a tal artifício, bastando o reconhecimento de que os juízes, como órgãos do Estado, ao decidirem litígios privados, devem não apenas abster-se de violar os direitos fundamentais das partes, como também buscar a sua efetiva proteção.

Portanto, de acordo com Canaris, tanto a função legislativa como a jurisdicional estão vinculadas negativa e positivamente aos direitos fundamentais, inclusive no que tange à sua atuação sobre o campo das relações privadas. Porém, a vinculação negativa, ligada à dimensão de proibição de intervenção sobre os direitos fundamentais, seria mais forte do que a vinculação positiva, correlacionada ao imperativo de proteção. Isto porque, no caso da vinculação negativa, haveria apenas um comportamento exigível dos Poderes Públicos, que é a abstenção de intervenção no âmbito do direito fundamental em causa. Já no que tange à vinculação positiva, existiria, em regra, uma maior liberdade de conformação por parte do legislador ou do juiz, uma vez que normalmente há múltiplas formas constitucionalmente admissíveis para assegurar a proteção dos direitos fundamentais.

Canaris admite que muitas vezes a aplicação dos direitos fundamentais no âmbito do Direito Privado depende de uma ponderação entre o direito em jogo e a autonomia privada do particular. Assim, o recurso à ponderação, pautada pelo princípio da proporcionalidade, torna-se geralmente necessário para o equacionamento da questão. Sem embargo, no caso de influência dos direitos fundamentais através da proibição de intervenção estatal, recorre-se à dimensão do princípio da proporcionalidade como *vedação do excesso*, no qual há espaço para um controle mais rigoroso da conduta dos poderes públicos. Já no caso da influência destes direitos através do imperativo de tutela, a dimensão pertinente do princípio da proporcionalidade é a da *proibição de insuficiência*⁴³, em que o controle é mais brando.

Dita teoria também se sujeita a diversas críticas. Por um lado, alguns civilistas alemães, preocupados diante de supostos riscos à autonomia da sua

42 *Direitos Fundamentais e Direito Privado*, op. cit., p. 132.

43 Sobre o princípio da proibição de insuficiência como dimensão do princípio da proporcionalidade, veja-se, na doutrina nacional, Lenio Luiz Streck. “De proibição do excesso (*Überschussverbot*) à proibição da proteção deficiente (*Untermassverbot*): de como não há blindagem contra normas penais inconstitucionais”. In: *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica* n° 2, 2004, p. 243-284; e Ingo Wolfgang Sarlet. “Constituição e proporcionalidade: o Direito Penal e os direitos fundamentais entre a proibição do excesso e a proibição de insuficiência”. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais* n° 47, 2004, p. 60-112.

disciplina, criticaram o fato de que ela conferiria poderes em demasia ao juiz constitucional, permitindo que este, com base em valorações pouco objetivas, implantasse confusão entre as categorias tradicionais do Direito Privado, aumentando a insegurança jurídica⁴⁴. Do outro lado, há quem afirme que a teoria dos deveres de proteção encobre o fato de que, no contexto da sociedade contemporânea, só por mero preconceito se podem excluir os particulares, sobretudo os detentores de posição de poder social, da qualidade de destinatários dos direitos fundamentais. Ademais, a referida teoria, tal como a da eficácia indireta acima comentada, torna a proteção dos direitos fundamentais na esfera privada refém da vontade do legislador ordinário, negando a eles uma proteção adequada, compatível com a sua fundamentalidade⁴⁵.

Na verdade, a teoria dos deveres de proteção baseia-se na ideia correta de que cabe ao Estado proteger os direitos fundamentais dos particulares ameaçados pela conduta de outros particulares. Contudo, a premissa em que ela se lastreia – de que só o Estado estaria primariamente vinculado aos direitos fundamentais – parece francamente inadequada à realidade da vida moderna, além de eticamente injustificável. Não bastasse, aceitar a existência dos deveres de proteção e negar a vinculação imediata dos particulares aos direitos fundamentais encerra uma evidente contradição, já que, do ponto de vista lógico, só faz sentido obrigar o Estado a impedir uma lesão a um direito fundamental causada por um particular se se aceitar também que ao particular em questão não é lícito causar aquela lesão – vale dizer, que ele também está vinculado ao respeito do direito fundamental.

2.5 A eficácia horizontal direta na jurisprudência do STF

Antes da promulgação da Constituição de 1988, o STF não tinha uma posição clara sobre a vinculação dos particulares aos direitos fundamentais. De uma decisão da Corte proferida em 1968, era possível extrair o seu alinhamento à premissa tradicional, de limitação dos direitos à esfera das relações públicas, em que há a presença estatal. Trata-se do julgamento proferido no Recurso Extraordinário nº 63.279, em que a se discutiu a validade de cláusulas dos

44 Esta crítica foi feita por Uwe Diederichsen, em dois artigos doutrinários publicados em 1997 e 1998, conforme David Capitant, *op. cit.*, p. 271.

45 Cabe reproduzir aqui a observação feita por Juan María Bilbao Ubillos: “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”. (*La Eficacia...*, *op. cit.*, p. 297)

Estatutos Sociais do “Santos Football Club”, impugnadas por um associado, por suposta ofensa ao princípio da igualdade. No voto proferido pelo Relator, Ministro Amaral Santos, acompanhado pelos demais integrantes da 3ª Turma do Tribunal, aduziu-se que “o princípio da isonomia é de aplicação nas relações de direito público, ou naquelas em que o direito público interfere. Assim, nas relações de direito privado, como são as que se estabelecem entre os sócios de uma associação esportiva e esta mesma associação, a primeira coisa a verificar-se, para se cogitar da aplicabilidade ou não do princípio, é se alguma norma de direito público a impõe. Inexistente esta norma, os estatutos da associação dessa natureza poderão livremente estabelecer aquelas relações conforme for do interesse associativo”.

Contudo, em outros julgamentos proferidos a partir de 1977, o STF reconheceu que certas emanações do direito à privacidade também vinculam os particulares, em casos em que se analisou a validade do emprego, como meio de prova em litígios entre particulares, de gravação telefônica feita por um interlocutor, sem o conhecimento do outro⁴⁶.

Após o advento da Constituição de 1988, o problema da eficácia horizontal ressurgiu no STF em 1995, por ocasião do julgamento do Recurso Extraordinário nº 160.222, da relatoria do Ministro Sepúlveda Pertence, em que se discutia a conduta da empresa *De Millus S.A.*, fabricante de roupas íntimas, que submetia as suas empregadas à prática de revista íntima, visando a impedir o furto de suas mercadorias. O gerente da empresa, denunciado pelo crime de constrangimento ilegal, havia sido condenado em 1ª instância e posteriormente absolvido por acórdão do Tribunal de Alçada do Estado do Rio de Janeiro, que destacara a validade do procedimento de revista íntima, porque previsto no contrato de trabalho celebrado pelas supostas vítimas. A Corte acabou não apreciando a questão de fundo da causa, que tocava à vinculação da empresa a respeito dos direitos à privacidade e à dignidade humana de suas empregadas, tendo em vista o reconhecimento da ocorrência de prescrição. No entanto, infere-se da manifestação do Ministro Pertence a sua posição contrária ao acórdão recorrido, na sua admissão da legitimidade do vexatório procedimento de revista íntima sob o argumento de respeito à autonomia contratual.

Pouco tempo depois, o Supremo Tribunal Federal aplicou diretamente a uma relação privada o direito fundamental ao devido processo legal. Tratou-se do Recurso Extraordinário nº 158.215-4/RS, julgado em 1996 pela 2ª Turma e relatado pelo Ministro Marco Aurélio, em que se discutiu a validade do ato de cooperativa que punira associado, excluindo-o do seu quadro, sem oportunizar-

46 Veja-se o REExt 85.439, Rel. Min. Xavier de Albuquerque; e REExt 100.094, Rel. Min. Rafael Mayer.

lhe o prévio exercício do direito de defesa. No sucinto acórdão, não se enveredou no debate sobre a vinculação de particulares a direitos fundamentais, mas esta foi simplesmente afirmada. O STF afirmou, já na ementa do julgado, que “na hipótese de exclusão de associado decorrente de conduta contrária aos estatutos, impõe-se a observância do devido processo legal, viabilizando o exercício da ampla defesa”.

No mesmo ano de 1996, a 2ª Turma do STF apreciou outro caso de incidência dos direitos fundamentais nas relações privadas no Recurso Extraordinário nº 161.243-6/DF, em que foi Relator o Ministro Carlos Mário Velloso. Cuidava-se de hipótese em que trabalhador brasileiro, empregado pela empresa aérea Air France, pretendia o reconhecimento de direitos trabalhistas assegurados no estatuto do pessoal da empresa, que a princípio só beneficiariam os empregados de nacionalidade francesa. Tal pretensão havia sido denegada no âmbito da Justiça do Trabalho, mas o STF acolheu o pedido do trabalhador, aplicando diretamente o preceito isonômico ao caso, por não vislumbrar qualquer razão legítima que justificasse a diferença de tratamento entre trabalhadores brasileiros e franceses. No acórdão foram tecidas considerações doutrinárias sobre o princípio da igualdade, mas imperou, mais uma vez, o silêncio sobre o controvertido tema da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais, que foi admitida sem qualquer problematização. Na ementa da decisão lavrou-se:

“CONSTITUCIONAL. TRABALHO. PRINCÍPIO DA IGUALDADE. TRABALHADOR BRASILEIRO EMPREGADO DE EMPRESA ESTRANGEIRA: ESTATUTOS DO PESSOAL DESTA: APLICABILIDADE AO TRABALHADOR ESTRANGEIRO E AO TRABALHADOR BRASILEIRO. CF, 1967, ART. 153, § 1º; 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: (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.”

A questão da validade das revistas íntimas promovidas pela *De Millus S.A.* voltou à pauta da Corte em 1999⁴⁷. Tratava-se, desta vez, de apreciar recur-

47 Agravo Interno no Agravo de Instrumento nº 22.0959, DJ 29.10.99.

so extraordinário contra decisão contrária ao pedido de condenação em danos morais da empresa, formulado por ex-empregadas que haviam sido submetidas à referida prática. A 1ª Turma do STF manteve decisão do Ministro Moreira Alves, que negara seguimento ao recurso, por não vislumbrar na conduta da empregadora qualquer afronta a direitos fundamentais. No acórdão, lavrado por Moreira Alves, averbou-se que a revista íntima, previamente divulgada e aceita pelos empregados, não ofenderia a dignidade da pessoa humana, nem tampouco outros direitos fundamentais, desde que “processada segundo os padrões éticos, com discricção, privacidade, respeitando e preservando a essência dos valores morais do ser humano”. Note-se que, embora a Corte não tenha visto, na hipótese concreta, ofensa a direitos fundamentais, a sua argumentação partiu da premissa implícita de que tais direitos vinculavam a entidade privada, independentemente de qualquer mediação legislativa.

Até a esta altura, a questão da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais era simplesmente presumida pelas decisões do STF, sem que a Corte se detivesse em qualquer análise teórica sobre o tema, nem tampouco debatesse a forma da incidência destes direitos – se direta ou indireta –, suas características e limites. Este panorama se modifica com o julgamento do Recurso Extraordinário nº 201.819-8, pela 2ª Turma da Corte, ocorrido em 2005.

O caso envolvia a União Brasileira de Compositores (UBC), que punira com a exclusão um associado, sem assegurar-lhe a prévia oportunidade de defesa. O Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro já havia invalidado a exclusão, por ofensa ao princípio constitucional da ampla defesa e contra esta decisão fora interposto o recurso extraordinário.

A relatora originária do recurso era a Ministra Ellen Gracie, que se manifestou favoravelmente ao seu provimento, por considerar que o princípio da ampla defesa não incidia na hipótese, mas apenas o estatuto social da UBC, que não teria sido violado. Após o voto da Ministra Ellen Gracie, o Ministro Gilmar Ferreira Mendes pediu vista, e, em seguida, apresentou extenso e erudito voto, em que expôs as principais correntes no debate sobre a vinculação dos particulares aos direitos fundamentais, com farta invocação de doutrina e jurisprudência estrangeira, sobretudo germânica. Em seu voto, o Ministro afirmou a aplicabilidade direta do direito à ampla defesa ao caso, mas não quis se comprometer com qualquer posição mais geral a propósito da controvérsia sobre a natureza mediata ou imediata da eficácia horizontal dos direitos fundamentais.

O Ministro Joaquim Barbosa também apresentou voto-vista, acompanhando Gilmar Mendes no provimento do recurso, para assentar a incidência direta do direito à ampla defesa na hipótese. Tal como o Ministro Gilmar,

Joaquim Barbosa não quis se comprometer com qualquer das teses que tratam da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais, apenas rechaçando a doutrina norte-americana da *state action*, que nega tal vinculação, pela sua incompatibilidade com o constitucionalismo brasileiro.

Prosseguindo o julgamento, o Ministro Carlos Velloso, em voto oral, alinhou-se à posição da Ministra Ellen Gracie. No entanto, ele não rechaçou a aplicação dos direitos fundamentais nas relações privadas, fazendo, ao revés, expressa referência a julgamento anterior que relatara, já mencionado acima, em que se reconheceu a violação do princípio da igualdade no âmbito trabalhista, em caso envolvendo a Air France. O voto de Velloso baseou-se na concepção – extremamente discutível, diga-se de passagem – de que seria impossível discutir em sede de recurso extraordinário suposta violação ao devido processo legal, uma vez que tal exame necessariamente envolveria questão infraconstitucional, porquanto “o devido processo legal se exerce em conformidade com a lei”.

Coube então ao Ministro Celso de Mello desempatar o julgamento, o que fez em extensa manifestação, em que acompanhou a posição de Gilmar Mendes e Joaquim Barbosa. Porém, diferentemente deste outros ministros, Celso de Mello endossou de forma explícita a tese da eficácia horizontal direta no sistema constitucional brasileiro, como se infere de alguns trechos do seu voto:

“Cumpre considerar, neste ponto, até mesmo para efeito de exame da questão ora em análise, a advertência de Ingo Wolfgang Sarlet (...): ‘uma opção por uma eficácia direta traduz uma decisão política em prol de um constitucionalismo da igualdade, objetivando a efetividade do sistema de direitos e garantias fundamentais no âmbito do Estado Social de Direito, ao passo que a concepção defensora de uma eficácia apenas indireta encontra-se atrelada ao constitucionalismo de inspiração liberal-burguesa (...)

É por essa razão que a autonomia privada – que encontra claras limitações de ordem jurídica – não pode ser exercida em detrimento 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 se 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.”

Nossa Suprema Corte revisitou a questão da eficácia horizontal dos direitos fundamentais em julgado proferido a propósito do direito à moradia, que envolveu a discussão sobre a validade de dispositivo legal que excepcionava,

da proteção da impenhorabilidade do bem de família, a residência do fiador em contratos de locação⁴⁸.

A primeira orientação do STF nesta matéria, adotada em 2005, no julgamento do Recurso Extraordinário nº 352.940, e posteriormente reiterada, pelos mesmos fundamentos, no Recurso Extraordinário nº 449.657, fora no sentido da incompatibilidade da referida restrição à impenhorabilidade do bem de família com o direito fundamental à moradia, inserido no texto constitucional brasileiro a partir da Emenda Constitucional nº 26/00. Ambas as decisões, relatadas pelo Ministro Carlos Mário Velloso, invocaram também o princípio da isonomia, por considerarem que a proteção do fiador do contrato de locação, afastada pela lei, tinha a mesma *ratio* que justificava a regra da impenhorabilidade do bem de família⁴⁹. Tais acórdãos não adentraram o exame da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, atendo-se ao exame da constitucionalidade do dispositivo legal em discussão.

Contudo, em 2006, ao apreciar o Recurso Extraordinário nº 407.688-8, relatado pelo Ministro Cezar Peluso, o STF reviu aquela posição originária, para assentar, por maioria, a constitucionalidade da exceção à impenhorabilidade do bem de família do fiador de contrato de locação, vencidos os Ministros Eros Roberto Grau, Carlos Ayres de Britto e Celso de Mello.

O relator do feito, Ministro Peluso, manifestou-se no sentido da validade da referida exceção, por considerar que o direito à moradia, “que não se confunde, necessariamente, com o direito à propriedade imobiliária (...) pode, sem prejuízo de outras alternativas conformadoras, reputar-se, em certo sentido, implementado por norma jurídica que favoreça o incremento da oferta de imóveis para fins de locação habitacional, mediante previsão de reforço das garantias contratuais dos locadores”. Nas suas palavras, a hipótese de penhorabilidade em discussão, ao diminuir os riscos inerentes ao contrato de locação residencial, tutelaria “o direito de moradia de uma classe ampla de pessoas (interessadas na locação), em dano de outra de menor espectro (a dos fiadores proprietário de um só imóvel, enquanto bem de família, os quais não são obrigados a prestar fiança)”. Para Peluso, a invalidação da norma sob aná-

48 A Lei nº 8.009/90 determinou, em seu art. 1º, a impenhorabilidade do imóvel residencial próprio da entidade familiar por qualquer dívida, estabelecendo algumas exceções. Posteriormente, a Lei nº 8.245/91, ao dispor sobre as locações imobiliárias, instituiu nova exceção à impenhorabilidade do bem de família, consistente na execução decorrente de dívida decorrente de fiança concedida em contrato de locação (art. 3º, VII).

49 Consta no RE 352.940: “(...) tendo em vista o princípio isonômico, o citado dispositivo – inciso VII do art. 3º, acrescentado pela Lei nº 8.245/91 –, não foi recebido pela EC nº 26, de 2000. Essa não recepção mais se acentua diante do fato da EC nº 26, de 2000, ter estampado, expressamente, no art. 6º, o direito à moradia como direito fundamental de 2ª geração, direito social”.

lise geraria “exigência sistemática de garantias mais custosas para as locações residenciais, com o conseqüente desfalque do campo de abrangência do próprio direito constitucional à moradia”.

Ao argumento de Peluso, somou-se o externado pelo Ministro Joaquim Barbosa. Se, para Peluso, o conflito subjacente entre direitos fundamentais subjacentes ao caso envolvia *moradia (dos não proprietários) v. moradia (dos fiadores)*, para Barbosa a hipótese seria de colisão entre *moradia e autonomia privada*. Com efeito, após destacar que os direitos fundamentais não têm natureza absoluta, podendo ceder diante de outros direitos, Joaquim Barbosa afirmou a prevalência, na hipótese, da autonomia privada: “A decisão de prestar fiança, como já disse, é expressão da liberdade, do direito à livre contratação. Ao fazer uso dessa franquia constitucional, o cidadão, por livre e espontânea vontade, põe em risco a incolumidade de um direito fundamental social que lhe é assegurado na Constituição. E o faz, repito, por vontade própria”. Este argumento também pesou no voto do Ministro Gilmar Mendes, que destacou a relevância da proteção da autonomia privada no contexto constitucional, como emanção da própria ideia de personalidade.

O Ministro Eros Grau capitaneou a divergência, invocando basicamente dois argumentos. O primeiro foi a suposta ofensa ao princípio da igualdade, pois lhe parecia anti-isonômico que o locatário, se proprietário de algum imóvel, continuasse a se beneficiar da impenhorabilidade do bem de família, mas não o seu fiador, que não dera causa à dívida. O segundo argumento foi no sentido de que a tutela de um direito fundamental, como a moradia, não poderia ficar submetida à lógica do mercado. A sua posição foi acompanhada pelo Ministro Celso de Mello, que teceu considerações sobre a importância do direito à moradia; e pelo Ministro Carlos Britto que agregou ao cenário ponderativo a proteção constitucional à família, aludindo, ainda, a uma alegada indisponibilidade do bem de família no contexto da fiança.

Vale destacar que, além de Peluso, também os Ministros Sepúlveda Pertence e Nelson Jobim valeram-se, em suas análises, de considerações consequencialistas, de cunho pragmático⁵⁰, para justificarem a posição adotada,

50 Veja-se, a propósito, Gustavo Binenbojm e André Rodrigues Cyrino. “O Direito à Moradia e a Penhorabilidade do Bem Único do Fiador em Contratos de Locação: Limites à Revisão dos Diagnósticos e Prognósticos Legislativos”. In: Cláudio Pereira de Souza Neto e Daniel Sarmiento. *Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 997-1017. Para uma análise mais ampla sobre o consequencialismo nas decisões judiciais, cf. Diego Werneck Arguelles. *Deuses Pragmáticos, Mortais Formalistas: a justificação consequencialista das decisões judiciais*. Dissertação de Mestrado apresentada ao programa de pós-graduação da Faculdade de Direito da UERJ, 2006.

favorável à constitucionalidade da norma questionada. Para eles, o efeito prático da invalidação da norma seria francamente desfavorável à proteção da moradia para a maior parte das pessoas, por encarecer o custo das locações ou ampliar o déficit habitacional. Por isso, seria incorreto expurgá-la do ordenamento com fundamento na própria tutela do direito de moradia.

Como se percebe, as divergências surgidas neste julgamento não gravitaram em torno da possibilidade ou da forma de incidência dos direitos fundamentais sobre relações privadas, mas sim ao redor das implicações da proteção do direito à moradia na hipótese em discussão⁵¹.

3 – A EFICÁCIA HORIZONTAL NO DIREITO BRASILEIRO: POSICIONAMENTO PESSOAL

Qualquer posição que se adote em relação ao tema da eficácia horizontal dos direitos fundamentais não pode descurar da moldura axiológica delineada pela Constituição de 1988, e do sistema de direitos fundamentais por ela hospedado. Não há dúvida, neste ponto, que a Carta de 88 é intervencionista e social, como o seu generoso elenco de direitos sociais e econômicos (arts. 6º e 7º, CF) revela claramente. Trata-se de uma Constituição que indica, como primeiro objetivo fundamental da República, “construir uma sociedade livre, justa e solidária” (art. 3º, I, CF) e que não se ilude com a miragem liberal-burguesa de que é o Estado o único adversário dos direitos humanos. Nossa Constituição consagra um modelo de Estado Social, voltado para a promoção da igualdade substantiva, não se baseando nos mesmos pressupostos ideológicos que sustentaram a separação rígida entre Estado e sociedade civil, e que serviram, historicamente, para fundamentar a exclusão dos direitos fundamentais do campo das relações entre particulares.

Portanto, a Constituição brasileira é francamente incompatível com a tese radical, adotada nos Estados Unidos, que simplesmente exclui a aplicação dos direitos individuais sobre as relações privadas. Da mesma forma, ela não se mostra afinada com a posição mais compromissória, mas ainda assim conservadora, da eficácia horizontal indireta e mediata dos direitos individuais, predominante na Alemanha, que torna a incidência destes direitos dependente da vontade do legislador ordinário, ou os confina ao modesto papel de meros vetores interpretativos das cláusulas gerais do Direito Privado.

51 Para uma erudita crítica a este julgamento, veja-se Ingo Wolfgang Sarlet. “A Eficácia e Efetividade do Direito à Moradia na sua Dimensão Negativa (Defensiva): Análise Crítica à Luz de alguns Exemplos”. In: Cláudio Pereira de Souza Neto e Daniel Sarmiento (Orgs.). *Direitos Sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*, op. cit., p. 1.019-1.051.

Aliás, em relação ao modelo alemão, é importante ressaltar a existência de relevantes diferenças entre o seu sistema de direitos fundamentais e aquele adotado pela Constituição brasileira, para com isso evitar mimetismos descabidos. A Lei Fundamental de Bonn foi adotada em 1949, logo após o fim da traumática experiência do nacional-socialismo. Neste cenário, é natural que a grande preocupação do constituinte, no tema dos direitos fundamentais, tenha sido em relação ao arbítrio estatal. Assim, a Constituição alemã consagra expressamente a vinculação dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário aos direitos fundamentais (art. 1.3), mas se silencia em relação à submissão dos particulares aos mesmos direitos. Ela, por outro lado, diferentemente da Carta brasileira, não consagra direitos fundamentais expressamente dirigidos contra atores privados, com exceção do art. 9.3, que garante, em face dos empregadores, a liberdade de associação sindical dos empregados⁵². No Brasil, dá-se o contrário, com a previsão de inúmeros direitos voltados contra particulares, como todos os direitos trabalhistas do art. 7º da Constituição Federal. Ademais, a Lei Fundamental de Bonn prevê expressamente o princípio do Estado Social (art. 20), mas não enuncia diretamente nenhum direito social ou econômico⁵³, diferentemente do que ocorre na Carta brasileira, pródiga na garantia de prestações sociais. Assim, o sistema de direitos fundamentais inscrito na Carta brasileira está mais caracterizado pela socialidade do que o sistema germânico.

Portanto, se é certo que, mesmo no cenário alemão, já parece discutível a correção da tese da eficácia apenas indireta e mediata dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, no contexto brasileiro esta teoria não pode vingar. Na verdade, a Constituição brasileira, por todos os fatores acima apontados, favorece muito mais as interpretações que aprofundam a incidência dos direitos fundamentais na esfera privada do que a Carta germânica. Ademais, nada há no texto constitucional brasileiro que sugira a ideia de vinculação direta aos direitos fundamentais apenas dos poderes públicos. Afora, é certo, alguns direitos que têm como destinatários necessários o Estado (direitos do preso, por exemplo), na maioria dos outros casos o constituinte não estabeleceu de antemão nenhuma limitação no polo passivo das liberdades públicas, que afastasse os particulares. Muito pelo contrário, a linguagem adotada pelo

52 Cf. Christian Starck. *La Constitution Cadre et Mesure du Droit*, op. cit., p. 107.

53 Este fato deveu-se ao descrédito que se abateu sobre a Constituição de Weimar, que consagrava direitos sociais que nunca saíram do papel. Não obstante, a ausência de reconhecimento expresso de direitos fundamentais sociais não impediu que a jurisprudência criativa da Corte Constitucional alemã formulasse a teoria da proteção ao mínimo existencial, compreendendo as prestações materiais básicas necessárias para vida digna, a partir do princípio da dignidade da pessoa humana. Veja-se, a propósito, Andreas J. Krell. *Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha*, op. cit., p. 41-49.

constituente na redação da maioria dos direitos fundamentais transmite a ideia de uma vinculação passiva universal.

Não bastasse, existe um dado fático relevante, que não pode ser menos-prezado: a sociedade brasileira é muito mais injusta e assimétrica do que a da Alemanha, dos Estados Unidos ou de qualquer outro país do Primeiro Mundo. O Brasil, como se sabe, possui índices de desigualdade social vergonhosos, equiparados aos dos países mais miseráveis do mundo.

Estas tristes características da sociedade brasileira justificam um reforço na tutela dos direitos humanos no campo privado, em que reinam a opressão e a violência⁵⁴. Tal quadro impõe ao jurista a adoção de posições comprometidas com a mudança do *status quo*. Por isso, a eficácia dos direitos fundamentais na esfera privada é direta e imediata no ordenamento jurídico brasileiro.

Ademais, as objeções lançadas contra esta concepção não impressionam. Num esforço de síntese, é possível resumir os argumentos esgrimidos contra a tese da vinculação direta e imediata dos particulares aos direitos fundamentais às seguintes proposições: (a) esta vinculação direta compromete em demasia a autonomia privada; (b) ela é antidemocrática, pois importa em atribuição de poderes excessivos ao juiz, em detrimento do legislador, que é quem deve ponderar os direitos e interesses constitucionais em jogo nos litígios privados; (c) ela gera insegurança jurídica, na medida em que enseja que os conflitos privados sejam solucionados com base em princípios constitucionais vagos e abstratos, cuja aplicação é muitas vezes imprevisível; e (d) ela põe em risco a autonomia e identidade do Direito Privado, permitindo a sua “colonização” pelo Direito Constitucional.

Nenhuma das citadas objeções encontra lastro na ordem constitucional brasileira. Em relação à alegada restrição excessiva à autonomia privada, esta não representa um valor absoluto, podendo, portanto, ser ponderada com outros direitos e interesses constitucionais. Teria alguma procedência o argumento, se a doutrina da eficácia horizontal direta dos direitos fundamentais propusesse uma vinculação irrestrita dos particulares àqueles direitos, em regime idêntico ao que vigora para os poderes públicos, desconsiderando a proteção constitucional deferida à autonomia privada. Mas não é isso que ocorre, pois praticamente todos os defensores da tese em questão reconhecem a existência de especificidades na incidência dos direitos constitucionais nas relações entre particulares,

54 No mesmo sentido, Ingo Wolfgang Sarlet destaca que o maior grau de desigualdade social no país constitui argumento relevante para adoção, entre nós, da tese da eficácia direta e imediata dos direitos fundamentais nas relações privadas (“*Direitos Fundamentais e Direito Privado...*”, op. cit., p. 152-153).

decorrentes, sobretudo, da necessidade de ponderação entre o direito em jogo e a autonomia privada da pessoa cujo comportamento se cogita restringir.

Ademais, só existe efetivamente autonomia privada quando o agente desfrutar de mínimas condições materiais de liberdade. Isto não acontece em grande parte dos casos de aplicação dos direitos humanos nas relações entre particulares, nas quais a manifesta desigualdade entre as partes obsta, de fato, o exercício da autonomia⁵⁵. Pensar a autonomia privada, num sentido pleno, é considerar também os constrangimentos que lhe são impostos por agentes não estatais, no contexto de uma sociedade profundamente assimétrica e excludente. Em regra, é contra esses constrangimentos à liberdade humana que se volta a aplicação dos direitos fundamentais no campo das relações entre particulares. Portanto, afirmar a aplicabilidade direta e imediata dos direitos individuais nestas relações não atenta contra a autonomia privada, mas, ao inverso, visa a promovê-la no seu sentido mais pleno.

O argumento concernente ao caráter antidemocrático da teoria da eficácia direta também deve ser refutado. Ninguém questiona o fato de que existe um espaço legítimo para que o legislador pondere a autonomia privada com os direitos fundamentais, estabelecendo a partir daí as normas de regência das relações privadas⁵⁶. Afinal de contas, o legislador democrático também é intérprete da Constituição, e quando concretiza os seus valores, o faz com o lastro democrático haurido da eleição popular.

Por isso, a prioridade na ponderação entre os direitos fundamentais é, de fato, do legislador, razão pela qual as normas jurídicas, inclusive as do Direito Privado, gozam de presunção de constitucionalidade. Assim, os juízes devem aplicar tais normas na resolução dos casos concretos que envolvam direitos fundamentais, e só podem afastar-se delas se lograrem demonstrar a sua inconstitucionalidade. Neste caso, pesará sobre eles o ônus argumentativo correspondente.

Todavia, isto não obsta a aplicação direta da Constituição aos casos concretos, quando inexistir regra ordinária específica tratando da matéria, ou quando a sua aplicação revelar-se em descompasso com as normas e valores

55 Cf. Pedro de Vega García. “Dificultades y Problemas para la Construcción de un Constitucionalismo de la Igualdad (en caso de la eficacia horizontal de los derechos fundamentales)”, op. cit., p. 268-269.

56 Na mesma linha, Ingo Wolfgang Sarlet reconhece que é tarefa precípua do legislador a concretização dos direitos fundamentais na esfera das relações privadas, mas adverte que esta constatação não exclui a possibilidade de vinculação direta dos particulares àqueles direitos (“Direitos Fundamentais e Direito Privado...”, op. cit., p. 143.)

constitucionais. Afinal, a Constituição é norma jurídica e não mero repositório de conselhos dirigidos ao Poder Legislativo.

Ademais, a existência de conflitos entre princípios constitucionais, reclamando a necessidade de ponderações, não é particularidade da aplicação dos direitos fundamentais nas relações privadas⁵⁷. A mesma problemática se apresenta em diversos outros campos, e isto nunca excluiu a possibilidade de resolução judicial de litígios.

A objeção concernente à insegurança jurídica é ponderável, mas também pode ser refutada. Em primeiro lugar, porque no próprio direito infraconstitucional é também extremamente frequente o emprego de conceitos jurídicos indeterminados e de cláusulas gerais, dotadas de elevado grau de indeterminação⁵⁸. Portanto, deixar de lado a Constituição na resolução dos conflitos entre particulares não restauraria o “reino da segurança” da era da Escola da Exegese, pelas próprias características do Direito contemporâneo.

Além disso, a questão ligada à segurança na aplicação do direito não pode ser encarada a partir de uma perspectiva ultrapassada, que concebia o ordenamento jurídico como um sistema fechado de regras prontas a uma mecânica subsunção. O paradigma hermenêutico pós-positivista hoje vigente⁵⁹, que reconhece a plena juridicidade dos princípios, paga um certo preço à segurança jurídica: a interpretação e aplicação do direito tornam-se mais dinâmicas, elásticas, ricas do ponto de vista axiológico, mas também – é verdade – menos previsíveis. Este, no entanto, não é um problema ligado apenas à incidência dos direitos fundamentais nas relações entre particulares. Trata-se de questão mais ampla, que atinge a todos os ramos do conhecimento jurídico, e nada justifica a criação de uma redoma em torno ao Direito Privado, para deixá-lo imune aos sopros renovadores do pós-positivismo.

Por outro lado, existem várias formas e fórmulas para reduzir a incerteza decorrente da aplicação judicial de normas constitucionais abertas, como as que consagram os direitos fundamentais. Muito importante, neste particular, é o paulatino estabelecimento de *standards* para aplicação de cada direito fundamental nas relações privadas, com a identificação dos casos em que sua incidência deve prevalecer sobre a autonomia privada dos particulares, bem

57 Cf. Ingo Wolfgang Sarlet. “Direitos Fundamentais e Direito Privado...”, op. cit., p. 143.

58 Cf. Judith Martins-Costa. *A Boa-Fé no Direito Privado*. São Paulo: RT, 1999, p. 287 ss.

59 Sobre o paradigma dito pós-positivista, veja-se Luís Roberto Barroso. “Fundamentos Teóricos e Filosóficos do Novo Direito Constitucional Brasileiro: pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo”. In: *Revista de Direito Administrativo* nº 225, 2001, p. 5-37; e Daniel Sarmento. “O Neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades”. In: *Por um Constitucionalismo Inclusivo: história constitucional brasileira, teoria da Constituição e direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 223-272.

como aqueles onde deve ocorrer o contrário⁶⁰. São as chamadas “relações de precedência condicionada entre princípios” a que aludiu Robert Alexy⁶¹, que a doutrina e a jurisprudência, na ausência de lei, vão consolidando, reduzindo com isso as margens residuais de subjetividade nas futuras decisões sobre questões semelhantes. A evolução da argumentação jurídica e da racionalidade prática neste campo, sob a atenta fiscalização da “comunidade de intérpretes” da Constituição, servirá para balizar caminhos e reduzir os decisionismos, fortalecendo a segurança jurídica.

Finalmente, o argumento sobre a perda da autonomia do Direito Privado também não convence. Nenhum ramo do Direito, público ou privado, sobrevive hoje às margens da normatividade constitucional⁶². Pelo contrário, a supremacia hierárquica formal e material da Constituição, fiscalizada e promovida por variados instrumentos de jurisdição constitucional, bem como o reconhecimento da força normativa de toda a Lei Maior, induziram à fecundação de todos os ramos do direito pelos valores, princípios e diretrizes hospedados em sede constitucional. E, no Brasil, a constitucionalização do Direito Privado não é sequer uma escolha do intérprete. A opção já foi feita pelo próprio constituinte, que se dedicou a disciplinar em linhas gerais inúmeros institutos do Direito Privado, como a família e a propriedade⁶³.

Por outro lado, a adoção da ideia de que o Estado tem de assegurar a fruição efetiva dos direitos fundamentais diante das ameaças representadas por terceiros – postulada pela teoria dos deveres de proteção, acima exposta – não exclui a vinculação direta dos particulares a tais direitos. Pelo contrário, ambas as concepções reforçam-se mutuamente, e podem ser reconduzidas a um denominador comum, que é a visão realista de que, no mundo contemporâneo, os atores privados, sobretudo quando investidos em maior poder social, representam um perigo tão grande como o próprio Estado para o gozo dos direitos fundamentais pelos mais fracos⁶⁴.

Obviamente, a possibilidade de aplicação direta dos direitos fundamentais nas relações privadas não exclui a obrigação dos juízes e tribunais de interpreta-

60 Propus diversos *standards* para essa ponderação no meu livro *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*, op. cit., p. 259-271, para o qual peço vênia para remeter o leitor.

61 *Teoría de los Derechos Fundamentales*, op. cit., p. 92.

62 Sobre o fenômeno da constitucionalização do Direito, vejam-se os textos que compõem a coletânea: Cláudio Pereira de Souza Neto e Daniel Sarmento (Orgs.). *A Constitucionalização do Direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

63 Sobre a constitucionalização do Direito Civil no Brasil há extensa literatura. Veja-se, dentre outros, Gustavo Tepedino. *Temas de Direito Civil*. Rio de Janeiro: renovar, 1999; e Maria Celina Bodin de Moraes. *Na Medida da Pessoa Humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

64 Cf. Ingo Wolfgang Sarlet. “Direitos Fundamentais e Direito Privado...”, op. cit., p. 147.

rem as normas jurídicas infraconstitucionais – todas elas e não apenas as cláusulas gerais – no sentido que mais favoreça a garantia e promoção dos direitos fundamentais. O reconhecimento da eficácia direta dos direitos fundamentais na esfera das relações jurídico-privadas não é incompatível com o chamado efeito de irradiação desses mesmos direitos, que os torna vetores exegéticos de todas as normas que compõem o ordenamento jurídico. Assim, ao aplicar qualquer norma infraconstitucional a casos concretos, inclusive no campo das relações entre particulares, o Judiciário deve mirar os valores constitucionais, que têm no sistema de direitos fundamentais o seu eixo central, e no princípio da dignidade da pessoa humana o seu vértice. Caso não seja possível aplicar a norma ordinária existente em conformidade com os direitos fundamentais, deve o órgão jurisdicional exercer o controle incidental de constitucionalidade, para afastar o preceito viciado da resolução da questão, e, diante de eventual ausência de norma, solucionar o litígio através da invocação direta da Constituição. De resto, esta obrigação deriva do próprio princípio da supremacia da Constituição e da vinculação do Judiciário, como órgão estatal, aos direitos fundamentais nela positivados.

4 – OS DIREITOS FUNDAMENTAIS NÃO TRABALHISTAS E AS RELAÇÕES DE TRABALHO

A relação de trabalho é uma relação jurídica diferenciada, na medida em que se caracteriza por uma pronunciada desigualdade entre as partes. Nela, jamais existe uma plena simetria de poder entre empregador e empregado, ainda que o prestador de serviço seja altamente qualificado. Isso porque ele estará sempre submetido às diretrizes de organização, ao poder de fiscalização e às normas disciplinares estabelecidas pelo empregador. Em suma: estará sempre *juridicamente subordinado*⁶⁵.

Não foi por acaso que as formulações originais sobre a eficácia imediata dos direitos fundamentais entre os particulares surgiram no âmbito trabalhista. Como relembra Bilbao Ubillos:

“A nadie puede sorprender, por tanto, que la génesis y el desarrollo más fecundo de la teoría de la “Drittwirkung” de los derechos fundamentales haya tenido como escenario el campo de las relaciones laborales. Esta doctrina nace precisamente en los tribunales laborales

65 Cf., por todos, Arnaldo Süssekind *et al. Instituições de direito do trabalho*. 22. ed. São Paulo: LTr, 2005, p. 311.

y sigue encontrando entre los cultivadores de esta disciplina los más firmes apoyos.”⁶⁶

Esta natural proeminência do empregador sobre a atuação profissional do empregado – assim como a correlata sujeição do trabalhador ao poder de mando do empregador – acontece não apenas durante a execução de suas atividades, como também (e principalmente) no momento de admissão, quando, via de regra, o indivíduo precisa conquistar uma vaga no mercado de trabalho na tentativa de sobreviver dignamente⁶⁷. Por conta disso, grande parte dos autores admite a viabilidade da aplicação imediata dos direitos fundamentais na relação de emprego, uma vez que “Los poderes del empresario (el poder de dirección y el disciplinario) constituyen (...) una amenaza potencial par los derechos fundamentales del trabajador, dada la fuerte implicación de la persona de este en la ejecución de la prestación laboral”⁶⁸.

Esta intrínseca desigualdade justifica que, na seara trabalhista, a incidência dos direitos fundamentais ocorra de forma especialmente enérgica. Isto, no entanto, não significa que não haja espaço para ponderação com a autonomia privada das partes.

Em primeiro lugar porque, a não ser em situações específicas, o empregador privado não é equiparável ao Estado no que toca à vinculação aos direitos fundamentais, mantendo um grau de liberdade na sua atuação mais amplo do que aquele detido pelos Poderes Públicos. Um empregador, por exemplo, pode, em geral, selecionar um trabalhador em detrimento de outro candidato à mesma vaga, por ter sentido maior afinidade pessoal com o primeiro, mas jamais se admitiria que a Administração Pública agisse da mesma maneira num concurso público.

Ademais, não se pode ignorar que algumas das restrições a direitos fundamentais do trabalhador decorrem da relação contratual, cuja formação depende do consentimento do empregado. Se, por um lado, não se pode ignorar que a

66 Juan María Bilbao Ubillos, *La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares*, p. 245.

67 Cf. Juan María Bilbao Ubillos, *La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares*, p. 246, nota de rodapé nº 30 e José Carlos Vieira de Andrade. “Os direitos, liberdades e garantias no âmbito das relações entre particulares”. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 285, nota de rodapé nº 46.

68 Juan María Bilbao Ubillos, *La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares*, p. 246-247; José Carlos Vieira de Andrade, *Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*, p. 254-259; J. J. Gomes Canotilho. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, p. 1.293, Reinhold Zippelius. *Teoria Geral do Estado*, p. 438-439 e 442; Ingo Wolfgang Sarlet, “Direitos Fundamentais e Direito Privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais”. In: op. cit., p. 140; Jane Reis Gonçalves Pereira, op. cit., p. 148; e Daniel Sarmento, *Direitos fundamentais e relações privadas*, p. 261 e 305.

autonomia contratual pode ser mera fachada para imposições heterônomas, violadoras de direitos, impostas pela parte mais forte, por outro, tampouco se deve reduzir a zero a possibilidade de autodeterminação dos próprios interesses pelos trabalhadores, tratando-os como se fossem sujeitos incapazes.

Portanto, para nortear a aplicação direta dos direitos fundamentais não trabalhistas nas relações de trabalho, é imprescindível formular parâmetros adequados, que possam resolver a colisão entre os valores constitucionais em rota de colisão⁶⁹.

Note-se que o que aqui se discute não é a aplicação de direitos trabalhistas (arts. 7º a 11 da CF/88), na qual, via de regra, a restrição dos direitos dos trabalhadores se legitima apenas com a participação sindical (art. 7º, VI e XIV, da CF/88). O que se pretende analisar é a possibilidade de o empregador limitar diretamente – durante a vigência do contrato e em razão das características que o circundam – o exercício de *direitos fundamentais individuais* dos empregados. Vejamos três exemplos:

Caso (1) – O empregado X foi admitido em 2002 pela Empresa Y – sociedade de economia mista – através de concurso público. Ocorre que em junho de 2007 ele foi dispensado sem justa causa. Inconformado, ajuizou ação trabalhista sob a alegação de ter sofrido “perseguição política”, requerendo a sua reintegração e indenização por danos morais. Em defesa, o empregador argumentou que utilizou requisitos técnicos para a dispensa e, mais do que isso, que não está obrigado a motivar sua decisão, conforme jurisprudência pacificada na Súmula nº 390, II, do TST⁷⁰ e na OJ nº 247, I, da SDI-I do TST⁷¹. No decorrer da fase instrutória, o juiz concluiu que apenas os empregados presentes em audiência pública na Câmara Municipal, e que se manifestaram contrariamente à privatização da Empresa Y, foram dispensados. De modo que julgou procedentes os pedidos, tendo sido sua decisão confirmada em 2º e 3º graus⁷².

Diante deste caso concreto, pergunta-se: está correta a decisão judicial? Por que o direito à liberdade político-ideológica do trabalhador deve prevalecer sobre a liberdade gerencial do empregador?

69 Daniel Sarmiento, *Direitos fundamentais e relações privadas*, p. 302-303 e 349 e J.J. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, p. 1.283.

70 “Ao empregado de empresa pública ou de sociedade de economia mista, ainda que admitido mediante aprovação em concurso público, não é garantida a estabilidade prevista no art. 41 da CF/1988”.

71 “A despedida de empregados de empresa pública e de sociedade de economia mista, mesmo admitidos por concurso público, independe de ato motivado para sua validade”.

72 Cf. TST-AIRR nº 61640-84.2007.5.23.0004, Rel. Min. Mauricio Godinho Delgado, DJ 18.02.2011.

Caso (2) – Na admissão e durante a vigência do seu contrato de emprego com a American Airlines, a empregada X, comissária de bordo, foi submetida ao “detector de mentiras” (polígrafo). Durante as entrevistas lhe foram feitas as seguintes indagações: você já cometeu crimes ou foi presa? Vende ou vendeu narcóticos? Tem antecedentes de desonestidade? Cometeu violações de trânsito? Deve dinheiro para alguém? Quem? Quanto? Já roubou qualquer propriedade do local onde trabalha? Desde seu último teste, já usou drogas ilegais? Intencionalmente já permitiu que alguém viajasse com documentos falsos? Permitiu que alguém violasse os procedimentos de segurança? Já permitiu contrabando em alguma aeronave?

Apesar de nunca ter sido reprovada nos exames, a empregada X ajuizou ação em face da American Airlines, requerendo indenização por danos morais, em razão, basicamente, da violação de sua privacidade.

Em sua defesa, o empregador argumentou (i) que as perguntas eram de natureza técnica e profissional (sem qualquer conotação sexual ou íntima), (ii) que a função da empregada X era bastante relevante, na medida em que um pequeno descuido poderia colocar em risco a segurança do voo, da tripulação e dos passageiros, (iii) que o exame era efetuado por meio de um programa de computador que aferia as ondas sonoras emitidas pelo entrevistado, comparando-as com as encontradas em níveis de normalidade, (iv) que era um exame efetuado em todos os empregados, (v) que o resultado não era divulgado e (vi) que o empregado consentia na realização do exame. Todas as afirmações da ré foram comprovadas ao longo da instrução processual.

O pedido foi julgado procedente em primeira instância. Houve reforma da sentença pelo TRT, mas o acórdão regional foi posteriormente revertido pelo TST⁷³.

Novamente, pergunta-se: qual das decisões judiciais está correta? Nesta hipótese concreta, o ato patronal caracteriza ou não violação indevida da privacidade da empregada X?

Caso (3) – A empregada X, contratada por uma associação beneficente sem fins lucrativos, afastou-se do emprego por quinze dias, a fim de se submeter a uma cirurgia. Quatro meses depois de retornar ao trabalho, ela se licenciou novamente por mais quinze dias. Após o segundo retorno, o empregador exigiu que X realizasse exame de sangue, de modo a verificar a presença do vírus HIV. De posse do resultado positivo, o empregador o informou à empregada e, ato contínuo, a transferiu para outro setor. Passados poucos meses, a empregada

73 Cf. TST-RR nº 28140-17.2004.5.03.092, Rel. Min. Mauricio Godinho Delgado, DJ 07.05.2010.

X foi transferida mais duas vezes para setores distintos e, ao cabo de pouco tempo, foi dispensada. Levada a questão a juízo, o empregador foi sentenciado a indenizar a empregada X por dano moral, o que foi confirmado, posteriormente, pelas instâncias superiores⁷⁴.

Pergunta-se mais uma vez: a decisão judicial está correta? Por que, neste caso concreto, o direito à privacidade da trabalhadora deve prevalecer sobre a liberdade gerencial do empregador e, mais especificamente, sobre o seu poder de fiscalização?

Diante das situações acima mencionadas, já se percebem as diversas variáveis que o aplicador do direito deverá considerar, na tentativa de compagnar a incidência dos direitos fundamentais individuais do trabalhador na relação de emprego, com a possibilidade de o empregador – justificadamente – restringi-los⁷⁵.

Deste modo, no intuito de evitar o extremismo – seja aquele radicado na defesa de uma *supressão absoluta dos direitos individuais não trabalhistas dos empregados nas relações de emprego* (em virtude da subordinação jurídica, do dever de lealdade do empregado e, quiçá, dos caprichos do empregador); seja aquele motivador da *total desconsideração das cláusulas contratuais* (emanação da autonomia privada), ensejando uma aplicação ilimitada dos direitos fundamentais individuais –, impõe-se a necessidade de delinear critérios. Nada muito diferente do que se faz, por exemplo, nos Estados Unidos da América, através da jurisprudência da Suprema Corte e do *Equal Employment Opportunity Commission – EEOC*, a agência federal (...) incumbida pelo *Civil Act Rights* de implementar a igualdade de condições de trabalho naquele país⁷⁶.

A ideia é de buscar a conciliação possível entre o respeito dos direitos individuais dos empregados com exigências que derivam do vínculo contratual mantido com o seu empregador, ligadas, no mais das vezes, às necessidades das atividades produtivas em que o trabalhador está engajado⁷⁷.

Neste ponto, devem ser evitadas duas posições extremas: a que ignora a participação da vontade do empregado na celebração do contrato de traba-

74 TST-AIRR nº 180440-10.2005.5.01.0245, Rel. Min. Maria de Assis Calsing, DJ 13.11.09.

75 Daniel Sarmento, *Direitos fundamentais e relações privadas*, p. 313.

76 Firmino Alves Lima. *Teoria da discriminação nas relações de trabalho*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011, p. 137, 182-184 e 220-221 e Álvaro Ricardo de Souza Cruz. *O direito à diferença*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2009, p. 32-36. Destaque-se que, no cenário norte-americano, a extensão dos direitos fundamentais às relações de trabalho não decorre da aplicação da Constituição, mas de intervenções legislativas.

77 Cf. Juan María Bilbao Ubillos. “En qué medida vinculan a los particulares los derechos fundamentales?”. In: op. cit., p. 330-331.

lho, assumindo posição excessivamente paternalista; e a que, em nome da sua autonomia contratual, se revela insensível diante da opressão privada, que pode ocorrer sob a fachada da autonomia contratual, sobretudo no contexto de relações assimétricas, como aquelas travadas entre patrão e empregado.

Nesta questão, a prática forense trabalhista demonstra que, subjacente às grandes controvérsias jurídicas, estão questões fáticas que não podem ser descuidadas, que podem fazer grande diferença para a decisão judicial⁷⁸. Por isso, sem prejuízo da formulação de parâmetros gerais, o controle da ingerência privada sobre os direitos fundamentais individuais do trabalhador não pode prescindir de análise tópica e casuística⁷⁹, que permita a busca de solução adequada às especificidades de cada caso⁸⁰.

5 – ALGUNS PARÂMETROS PARA A APLICAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES DE EMPREGO

Um primeiro e importante parâmetro geral diz respeito à finalidade da restrição ao direito fundamental do trabalhador. Admitem-se, *a priori*, restrições proporcionais aos direitos individuais do trabalhador, que mantenham relação de estreita coerência com objetivos empresariais legítimos do seu empregador (o que os norte-americanos chamam de *business necessity*)⁸¹. Assim, por exemplo, pode ser admissível a exigência feita por um restaurante aos seus profissionais que mantenham as unhas cortadas, pela preocupação com a higiene dos alimentos preparados e servidos. A restrição à autonomia do trabalhador estará aqui justificada por uma razoável necessidade do serviço.

Algumas outras variáveis, relacionadas à natureza do empregador, são também relevantes, para calibragem da ponderação entre os direitos do trabalhador e os interesses legítimos do empregador:

(1) se este for um ente de grande envergadura, com grande número de empregados, cuja atuação for pautada por interesses econômicos, deverá

78 Sobre a importância das circunstâncias fáticas, cf., por todos, BARCELLOS, Ana Paula de, *Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional*, p. 120-123 e 287-292.

79 Ingo Wolfgang Sarlet. “Direitos Fundamentais e Direito Privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais”. In: op. cit., p. 159.

80 Daniel Sarmiento, *Direitos fundamentais e relações privadas*, p. 302-302, 313, 332, 349-350 e José Carlos Vieira de Andrade. *Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2001, p. 264.

81 Cf. Álvaro Ricardo de Souza Cruz, op. cit., p. 19-21 e Firmino Alves Lima, op. cit., p. 128-140. Cf., também, Ana Paula de Barcellos, *Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional*, p. 282-287 e 292, Humberto Ávila, *Teoria dos Princípios*, p. 70 e J.J. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, p. 465.

existir uma preferência *prima facie* para o direito fundamental do empregado em detrimento da conduta restritiva do empregador, haja vista que a relação jurídica existente é marcada por intensa desigualdade fática, e em jogo não estão liberdades existenciais do empregador⁸²;

(2) se a natureza da atuação do empregador for a de uma *entidade integrante da Administração Pública direta ou indireta* ou de *entidade que desempenhe função de natureza eminentemente pública*, deverá existir uma preferência *prima facie* para o direito fundamental do empregado. Aqui a vinculação do empregador aos direitos fundamentais é ou equivale àquela imposta ao Estado⁸³;

(3) se a natureza do empregador for a de *micro, pequeno, empresário individual ou entidade sem fins lucrativos*, deverá ser mitigada a preferência *prima facie* indicada no item (1), em face da menor desigualdade fática e da maior proximidade pessoal entre as partes (e as vontades) contratantes⁸⁴;

(4) se a natureza do empregador for a de *organização de tendência*, deverá continuar a existir a preferência *prima facie* indicada no item (1), mas com a possibilidade de inversão desta presunção, especialmente quando a discussão envolver a opção ideológica constante da própria finalidade da atividade empresarial (v.g., uma escola religiosa ou um partido político)⁸⁵. Mas desde que o empregado possua ciência no momento da admissão – algo próximo do instituto norte-americano da *bona fide occupational qualification (BFOQ)*⁸⁶;

(5) se a natureza do empregador for a de *empregador doméstico*, não deverá existir preferência *prima facie* do direito fundamental do empregado diante da escolha restritiva do empregador, uma vez que aquele não estará se

82 Daniel Sarmento, *Direitos fundamentais e relações privadas*, p. 303-305 e 308-309, José Carlos Vieira de Andrade, op. cit., p. 252-253 e Wilson Steinmetz. “Princípio da Proporcionalidade e Atos de Autonomia Privada Restritivos de Direitos Fundamentais”. In: Virgílio Afonso da Silva (org.). *Interpretação constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 52-53. Em sentido semelhante, afirmando a prevalência de “direitos fundamentais do indivíduo, bem como de condições materiais necessárias para seu bem-estar mínimo e para o exercício da cidadania”, cf. Ana Paula de Barcellos, *Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional*, p. 235 e ss. Cf. também Ingo Wolfgang Sarlet. “Direitos fundamentais sociais, ‘mínimo existencial’ e direito privado: breves notas sobre alguns aspectos da possível eficácia dos direitos sociais nas relações entre particulares”. In: op. cit., p. 588.

83 Neste sentido, cf. Daniel Sarmento, *Direitos fundamentais e relações privadas*, p. 314-317: “as empresas estatais estão plenamente sujeitas aos direitos fundamentais e não podem invocar a sua autonomia empresarial como razão para mitigar esta submissão”. Cf., também, LIMA, Firmino Alves, op. cit., p. 64-66.

84 Daniel Sarmento, *Direitos fundamentais e relações privadas*, p. 303-304 e 309.

85 Juan Maria Bilbao Ubillos, *La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares*, p. 703, nota de rodapé nº 631.

86 Roger Raupp Rios. *Direito da antidiscriminação: discriminação direta, indireta e ações afirmativas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 113-115 e Firmino Alves Lima, op.cit., p. 137, p. 140-143.

inserindo no bojo de uma atividade econômica, mas, sim, no entorno de um ambiente residencial/familiar, no qual deve ser preservada “uma margem de arbítrio, [que] é também uma liberdade emocional”⁸⁷⁻⁸⁸;

(6) *independentemente da natureza da atuação do empregador*, haverá uma *reforçada preferência prima facie* para o direito fundamental do empregado, sempre que a conduta restritiva do empregador colocar em jogo alguma *qualidade intrínseca ou existencial* do trabalhador (v.g., raça, gênero, idade ou nacionalidade)⁸⁹. Deve-se exigir, nestes casos, uma justificativa mais intensa do empregador (*strict scrutiny*), atentando-se, inclusive, para o impacto desproporcional acarretado pela decisão patronal (o que, no direito norte-americano, equivale à *disparate impact doctrine*)⁹⁰. Será sempre essencial perquirir a razão justificadora da restrição ao direito fundamental do trabalhador, e os critérios acima alinhavados concernem à intensidade do ônus argumentativo exigido em cada caso, para dar suporte às medidas restritivas. Neste passo, a *subordinação jurídica* (capaz de, por si só, reprimir direitos individuais dos empregados) e a *funcionalização da autonomia privada empresarial* (vista apenas como um meio para o cumprimento dos seus *objetivos econômico-patrimoniais*)⁹¹ são dois fatores que, pela sua importância na relação de emprego, sobrecarregam o dever justificador do empregador.

De toda sorte, tais critérios não reduzem o papel central do princípio da proporcionalidade na análise a ser realizada. Tal princípio permanece sendo um instrumento chave para racionalização do controle das medidas restritivas aos direitos fundamentais dos trabalhadores, na medida em que adiciona maior objetividade e previsibilidade à atuação jurisdicional⁹².

87 José Carlos Vieira de Andrade, op. cit., p. 269 e 324 e Daniel Sarmento, *Direitos fundamentais e relações privadas*, p. 302 e 310-311.

88 Aqui nos referimos tão somente à liberdade de escolha do empregador no momento de contratação do empregado doméstico. Dito *standard* não pode ser empregado para tornar as relações de emprego no âmbito doméstico impenetráveis à força emancipatória dos direitos humanos, o que legitimaria a plena submissão do trabalhador doméstico aos desígnios e caprichos dos seus patrões, numa lógica perversa, em que ainda ressoam os ecos da escravidão.

89 José Carlos Vieira de Andrade, op. cit., p. 270-271 e Daniel Sarmento, *Direitos fundamentais e relações privadas*, p. 308-311.

90 Sobre a teoria do impacto desproporcional, veja-se. Daniel Sarmento. “A igualdade étnico-racial no direito constitucional brasileiro: discriminação ‘de fato’, teoria do impacto desproporcional e ação afirmativa”. In: *Livres e iguais: estudos de direito constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 147-153, Roger Raupp Rios, op. cit., p. 117 e ss.; e Firmino Alves Lima, op. cit., p. 182-184 e 197-199 e CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza, op. cit., p. 30-36.

91 Daniel Sarmento, *Direitos fundamentais e relações privadas*, p. 340.

92 Jorge Reis Novais. *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*, p. 356, Virgílio Afonso da Silva. *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*, p. 146-148 e Jane Reis Gonçalves Pereira, *Interpretação constitucional e direitos fundamentais*, p. 168.

Sendo assim, é possível que uma restrição de direito fundamental do empregado voltada à promoção da *análise administrativa* do empregador, e desprovida de qualquer intento discriminatório, seja, ainda assim, inválida, quando não resista a um exame pautado por criteriosa análise dos três subprincípios em que se desdobra a proporcionalidade: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

Em outras palavras, a restrição a um direito do empregado, para ser considerada válida, deve pelo menos contribuir para a promoção de interesse legítimo do empregador (adequação); deve ser o meio mais suave para a promoção, com a mesma intensidade, daquele interesse (necessidade); e, numa relação de custos e benefícios, pautada não pela lógica econômica, mas por parâmetros extraídos da Constituição, a promoção do objetivo visado pelo empregador não pode implicar em sacrifício superior ao direito do empregado (proporcionalidade em sentido estrito). Enfim, toda e qualquer restrição a direito fundamental do trabalhador tem de ser compatível com o princípio da proporcionalidade, cabendo ao Poder Judiciário aferir, caso a caso, a conformidade da medida restritiva com os subprincípios da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, em que se decompõe dito princípio.

6 – A METODOLOGIA EM AÇÃO: PRATICANDO COM CRITÉRIOS SUGERIDOS

Voltemos agora para os exemplos antes esboçados, a fim de que possamos verificar as soluções obtidas através dos critérios propostos.

Solução do Caso (1)

Identificamos, de um lado, o art. 5º, VIII, da CF/88 e, pois, a liberdade político-ideológica (no sentido de exercício de convicção filosófica ou política a respeito da privatização de fatias da Administração Pública) como sendo o direito fundamental individual imediatamente restringido. De outra parte, aponhamos os arts. 7º, I, e 173, § 1º, II, da CF/88, que dispõem sobre a permissão de dispensa sem justa causa dos empregados de sociedades de economia mista, como o interesse do empregador a ser promovido.

Inexiste finalidade lógica admitida, menos ainda, vinculação lógica entre a restrição do direito individual à liberdade política do empregado e a sua despedida, na medida em que esta teria sido fruto do mero exercício do seu direito potestativo do empregador de despedi-lo silenciosamente.

Indo adiante no trabalho de averiguação, há três circunstâncias fáticas que chamam a atenção: (i) a enorme envergadura econômica do empregador,

(ii) o fato de ele integrar a Administração Pública indireta e (iii) a insistência do empregador em se escorar no silêncio permitido constitucionalmente para justificar a sua decisão de despedimento, apesar de o ato ter sido praticado pouco tempo depois da manifestação política do seu empregado.

A enorme diferença de poder econômico entre as partes, associada ao dever de impessoalidade, moralidade e eficiência daquela espécie de empregador público (art. 37, *caput*, da CF/88), autorizam o julgador a atribuir preferência *prima facie* à liberdade política do empregado em detrimento do exercício do direito de dispensa sem justa causa da Empresa Y.

A rigor, a Empresa Y, mesmo se não integrasse da Administração Pública indireta, estaria em maus lençóis. Isso porque a acusação do empregado (respaldada por uma sequência temporal bastante suspeita entre o seu ato político e o desligamento da empresa) pode alterar a qualificação jurídica da decisão patronal (transformando-a de exceção permitida – dispensa sem justa causa – em uma regra geral de proibição – dispensa arbitrária). Neste sentido, ela obriga o empregador a quebrar o silêncio e dizer por que o dispensou.

Trata-se de uma inversão do ônus argumentativo, providência corriqueira na jurisprudência norte-americana⁹³. A par de fomentar a transparência e a boa-fé contratual, esta inversão obrigará o empregador a justificar qual foi a necessidade empresarial (*business necessity*) que o impeliu a tomar a decisão de despedida.

Ademais, a natureza estatal da empresa impõe a ela uma observância ainda mais rigorosa aos direitos fundamentais⁹⁴. Na verdade, a Empresa Y está obrigada a ir além do discurso voluntarista e a tratar a todos os seus empregados com impessoalidade (sem preferências ou discriminações subjetivas e obscuras), moralidade (justificando os seus atos para que possam ser aceitos ou, ao menos, compreendidos pelos seus destinatários) e eficiência, estando este último mandamento estreitamente vinculado à ideia de *business necessity* referida há pouco. Mas nada disso foi feito no caso.

Concluímos, deste modo, pela ilegitimidade da restrição do direito fundamental individual do trabalhador e, conseqüentemente, pela ilicitude da dispensa, que se revela juridicamente como arbitrária⁹⁵. Logo, a decisão judicial está correta, eis que alcançou este mesmo resultado.

93 Fábio Rodrigues Gomes, *O direito fundamental ao trabalho*, p. 128 e ss. Sobre este tipo de inversão do ônus argumentativo na jurisprudência norte-americana, cf. Roger Raupp Rios, *op. cit.*, p. 122-123, e Firmino Alves Lima, *op. cit.*, p. 128-140.

94 Cf. Daniel Sarmento, *Direitos fundamentais e relações privadas*, *op. cit.*, p. 316.

95 Fábio Rodrigues Gomes, *O direito fundamental ao trabalho*, p. 128 e ss.

Solução do caso (2)

Identificamos, de um lado, o art. 5º, X, da CF/88 e, pois, o direito fundamental à privacidade como sendo o direito fundamental individual imediatamente restringido. De outra parte, apontamos o art. 1º, IV, da CF/88, que dispõe sobre a livre iniciativa e autonomia privada empresarial (suporte normativo do poder patronal de fiscalização), como o interesse do empregador a ser promovido.

Supõe-se que a finalidade lógica da restrição da privacidade da empregada X seria verificar se os empregados admitidos estavam desestabilizados emocionalmente e/ou desenvolvendo comportamento antissocial capaz de comprometer a segurança do voo e pôr em risco a vida dos demais tripulantes e passageiros.

Há uma forte relação de coerência entre a limitação do direito fundamental de privacidade da empregada X, a atividade profissional por ela exercida e a natureza da atuação da American Airlines, na medida em que o seu cargo (comissária de bordo) a envolveria numa área essencial para a manutenção dos objetivos traçados pelo empregador.

Modificam-se, aqui, as impressões expostas na solução do caso anterior. Ou seja, depois de efetuada a aplicação dos parâmetros mais genéricos acima sugeridos, encontramos boas chances de convalidar o ato patronal de submissão do empregado ao polígrafo. Pois – formalmente falando – ele está bem amparado juridicamente pelo direito fundamental de administrar sua empresa da forma mais segura possível.

Por outro lado, apesar de qualificar-se como ente de grande envergadura econômica, a American Airlines não pautou sua decisão por interesses exclusivamente (ou primordialmente) patrimoniais. Ao contrário, sua conduta visou à preservação da integridade física dos seus empregados e dos milhares de passageiros que transporta diuturnamente, tornando-se secundária a proteção do seu bem material.

As perguntas acima explicitadas evidenciam a relação de pertinência entre o exame realizado e objetivo empresarial alegado. Com efeito, as questões miraram apenas a prática de condutas ilícitas ou potencialmente geradoras de insegurança. Isto é, não houve invasão das preferências ou escolhas do empregado que fossem alheias ao fim empresarial objetivado.

A bem de ver, o indivíduo que se propõe a trabalhar numa área de atuação sabidamente arriscada (especialmente nos tempos atuais) tem ciência de que algumas concessões deverão ser feitas em prol do bem-estar da coletividade (com destaque para aquela inserida na mesma realidade).

Ademais, deve-se salientar que a existência de uma justificativa razoável para a medida adotada impede a sua classificação como discriminação arbitrária⁹⁶. Até mesmo porque ficou demonstrado que a generalidade dos empregados eram submetidos ao teste, mantendo a empresa sigilo absoluto sobre os resultados nele encontrados.

Enfim, o empregador, sem sombra de dúvidas, valeu-se de um mecanismo restritivo do direito fundamental à privacidade da empregada X. Mas por ser ele *adequado* ao fim a que se propõe, *necessário* para a sua efetivação, sublinhando-se o fato de o juiz não ser um especialista em segurança, sendo incapaz, portanto, de sugerir meio alternativo igualmente eficaz e menos lesivo (e não houve prova pericial neste sentido) e *proporcional em sentido estrito*, visto que a tibieza do sacrifício imposto (resposta a perguntas estritamente relacionadas com a manutenção da segurança de todos) é superada pela alta relevância do benefício auferido (maior proteção à vida dos tripulantes e passageiros), concluímos pela legitimidade do ato patronal e, conseqüentemente, pela licitude da sua submissão ao detector de mentiras. Logo, está correta apenas a decisão judicial regional, eis que alcançou este mesmo resultado⁹⁷.

Solução do caso (3)

Identificamos, de um lado, o art. 5º, *caput*, I e X, c/c o art. 7º, XXX, da CF/88 e, pois, os direitos fundamentais à igualdade de tratamento (no sentido de não ser discriminado sem a apresentação de critérios razoáveis) e à privacidade como sendo os direitos fundamentais individuais imediatamente restringidos da empregada X. De outra parte, figura o art. 7º, I, da CF/88, que dispõe sobre a permissão de dispensa sem justa causa dos empregados, como o direito promovido.

Tomando por base a argumentação da Empresa X, inexistente finalidade lógica admitida, ou, menos ainda, vinculação lógica entre a restrição dos direitos individuais a igual tratamento e à privacidade da empregada X e a sua despedida imotivada, na medida em que esta teria sido fruto do mero exercício do direito potestativo da associação de dispensá-la silenciosamente. Portanto, na visão do empregador, eventual restrição dos direitos individuais seria uma consequência alheia à sua decisão.

96 Fábio Rodrigues Gomes, *O direito fundamental ao trabalho*, p. 128 e ss.

97 É importante registrar que a decisão colegiada do TST não foi unânime, tendo o Ministro Aloysio Corrêa da Veiga proferido voto divergente, no mesmo sentido deste texto. Cf. também a decisão proferida no RO nº 0031800-30.2009.5.01.0082, Rel. Des. Alberto Fortes Gil, DJ 16.08.2011.

Há uma fraca relação de coerência entre a restrição do direito fundamental individual e a atividade profissional exercida pelo empregado, mormente diante do fato de que a sua tarefa contratual era eminentemente técnica e, assim, desligada de questões e/ou condicionamentos existenciais.

Tem-se, pois, uma repetição do padrão argumentativo desenvolvido na análise do Caso (1). Por outras palavras, depois de efetuada a subsunção do Caso (3) aos parâmetros mais genéricos acima sugeridos, encontramos enorme dificuldade para invalidar o ato patronal de dispensa, na medida em que – formalmente falando – ele está bem amparado juridicamente pela permissão constitucional de dispensa imotivada. Porém, será nos detalhes que encontraremos as circunstâncias indispensáveis à confirmação ou reformulação do raciocínio até agora entabulado.

Com efeito, no Caso (3), o que está em debate é a violação dos direitos fundamentais da empregada X em função de uma situação que lhe é intrínseca: a sua qualidade de portadora do vírus HIV. Deste modo, o critério mais adequado para o melhor encaminhamento da argumentação é o *Critério (6)*, que faz menção expressa a esta hipótese e, mais do que isso, registra a irrelevância da natureza da atuação do empregador, quando uma qualidade existencial do empregado estiver em jogo.

Portanto, há uma reforçada preferência *prima facie* dos direitos fundamentais individuais da empregada X, com a conseqüente inversão do ônus argumentativo e a exigência de uma justificativa extremamente convincente do empregador, para que as suspeitas em torno de sua conduta sejam desfeitas (*strict scrutiny*).

Não basta à associação defender-se com o argumento formal e circular de que dispensou imotivadamente a empregada X porque tem o direito de fazê-lo. Isso porque este discurso não esclarece o motivo por detrás de sua decisão (e motivo sempre há, pois as decisões gerenciais presumem-se racionais). Na verdade, esta impugnação vazia deixa no ar a existência de uma razão que não pode ser exposta ao público, seja porque é proibida institucionalmente, seja porque é condenável moralmente. De um jeito ou de outro, o silêncio patronal se torna eloquente o bastante para que sua decisão seja inexoravelmente invalidada.

Concluimos, deste modo, pela ilegitimidade da restrição dos direitos fundamentais à igualdade de tratamento e à privacidade da empregada X. Logo, está correta a decisão judicial, eis que alcançou este mesmo resultado.

7 – CONCLUSÃO

O tema da aplicação dos direitos fundamentais não trabalhistas no contexto das relações de emprego é extremamente rico e complexo. Neste estudo, apresentamos apenas alguns possíveis parâmetros, que estão longe de esgotarem a matéria.

A preocupação com a fixação destes parâmetros justifica-se pelo temor do decisionismo judicial, que acarreta insegurança jurídica e compromete a democracia. Embora os critérios não tragam soluções definitivas, eles podem auxiliar o intérprete na sua busca em cada caso, além de permitirem um maior controle intersubjetivo das decisões judiciais, tornando-as menos dependentes das pré-compreensões e idiossincrasias de cada magistrado.

A incidência dos direitos fundamentais nas relações de trabalho é essencial para tornar estas relações mais humanizadas e justas, considerando o cenário de desigualdade e assimetria que as caracteriza. Sem embargo, deve-se fugir de qualquer tipo de “fundamentalismo” dos direitos fundamentais, o que justifica a busca racional de critérios nesta área, tão importante na vida do ser humano e na conformação da nossa sociedade.