

NORMAS CONSTITUCIONAIS E RELAÇÕES PRIVADAS NA EXPERIÊNCIA DAS CORTES SUPERIORES BRASILEIRAS

Gustavo Tepedino*

Em paradigmático julgamento proferido pela segunda Turma do Superior Tribunal Federal, sedimentou-se entendimento de que “os direitos fundamentais assegurados pela Constituição vinculam diretamente não apenas os poderes públicos, estando direcionados também à proteção dos particulares”¹. O reconhecimento da força normativa da Constituição, a vincular o legislador e operar eficácia independentemente de legislação infraconstitucional, em especial no que concerne às relações jurídicas de direito privado, é hoje uma realidade no âmbito dos Tribunais brasileiros. Trata-se de resultado de longo processo, que pode ser dividido em três fases distintas.

O primeiro desses períodos caracteriza-se pelo abandono das normas constitucionais na solução de controvérsias envolvendo particulares. Compreendidos como representantes de áreas estanques no âmbito do Direito (o Direito Público e o Direito Privado), Constituição e Código Civil não dialogavam entre si, de modo que não recorria o Supremo Tribunal Federal à Carta Constitucional para a resolução desses conflitos. Desprovidas de eficácia normativa, as normas constitucionais eram tidas como mero programa, sem conteúdo vinculante². Quando suscitadas, apresentavam-se tão somente como limite às normas infraconstitucionais. Avaliava-se, assim, a constitucionalidade das regras de “direito privado”, afastando-as quando em confronto com a Constituição³, mas negava-se a esta força normativa autônoma.

* *Professor Titular de Direito Civil da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ.*

- 1 STF, RE nº 201.819, 2ª T., Relª Minª Ellen Gracie, Rel. p/ Acórdão Min. Gilmar Mendes, j. 11.10.05.
- 2 É farta a literatura que descreve essa fase. Confira-se, por exemplo, SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004; BARROSO, Luis Roberto. *O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000; SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.
- 3 A título exemplificativo, confira-se o RE nº 44.994, 1ª T., Rel. Min. Oscar Saraiva, j. 06.10.60.

Em um segundo momento, com o advento da Constituição de 1988 e o amplo debate político que envolveu sua elaboração, os juristas brasileiros passaram a se preocupar um pouco mais em conferir efetividade às normas constitucionais. Contudo, tal perspectiva não ensejou de imediato o reconhecimento, pelo Supremo Tribunal Federal, da aplicação direta das normas constitucionais no âmbito das relações privadas. Apesar de já se ouvirem vozes contrárias à classificação das normas constitucionais como “normas programáticas”⁴, a ampliação de sua eficácia não se estendeu ao Direito Civil, onde esses dispositivos permaneceram considerados como dotados de eficácia limitada, a depender sua aplicação pelo Judiciário da promulgação de normas infraconstitucionais. Dessa forma, o conteúdo dos diversos princípios consagrados pela Carta – dentre os quais se pode ressaltar o princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III) – acabou sendo preenchido através de eventuais manifestações do legislador ordinário.

Nesse contexto, travou-se ampla discussão acerca da aplicação – direta ou não – do § 3º do art. 192, que estabelecia que: “As taxas de juros reais, nelas incluídas comissões e quaisquer outras remunerações direta ou indiretamente referidas à concessão de crédito, não poderão ser superiores a doze por cento ao ano; a cobrança acima deste limite será conceituada como crime de usura, punido, em todas as suas modalidades, nos termos que a lei determinar”⁵.

O Supremo Tribunal Federal foi chamado a decidir sobre a eficácia do dispositivo logo após a elaboração da Constituição de 1988, quando afirmou, por maioria de seus membros, tratar-se de norma de eficácia limitada, nos seguintes termos:

“Tendo a Constituição Federal, no único artigo em que trata do sistema financeiro nacional (art. 192), estabelecido que este será regulado por lei complementar, com observância do que determinou no *caput*, nos seus incisos e parágrafos, não é de se admitir a eficácia imediata e isolada do disposto em seu § 3º, sobre taxa de juros reais (12 por cento ao ano), até porque estes não foram conceituados”.

-
- 4 Confira-se arguta crítica elaborada por Eros Roberto Grau: “As consequências da adoção do pensamento da doutrina acima apontada (...) são desastrosas. (...) A verdade é que, na atribuição de caráter meramente programático a determinadas disposições constitucionais, o que se pretende é transformá-las em estereótipos ou meros termos de efeito. (...) Assim, penso possamos afirmar que a construção que nos conduz à visualização das normas como tais – programáticas – no texto constitucional tem caráter reacionário. Nelas se erige não apenas um obstáculo à funcionalidade do Direito, mas, sobretudo, ao poder de reivindicação das forças sociais” (A Constituição brasileira e as normas programáticas. In: *Revista de Direito Constitucional e Ciências Política*, n. 4, 1985, p. 41-42).
- 5 O artigo foi objeto de reforma pela Emenda Constitucional nº 40, de 29 de maio de 2003, a qual suprimiu o parágrafo em comento.

Tal posicionamento restou pacificado no Tribunal, sendo repetido em diversas decisões posteriores. É ver-se:

“O Supremo Tribunal Federal, ao analisar o tema ora debatido em sede de ação direta de inconstitucionalidade, estabeleceu que o preceito inscrito no art. 192, § 3º, da Carta Política – por qualificar-se como estrutura normativa aberta e incompleta – não se reveste de autoaplicabilidade, o que impede o Poder Judiciário, sem que exista o ato de concretização legislativa reclamado pelo texto constitucional, de conferir executoriedade imediata a essa regra de nossa Carta.”⁶

É possível afirmar que, apesar da evolução, a aplicação das normas constitucionais às relações privadas deu-se somente de forma retórica, no sentido de que, apesar de invocadas as normas constitucionais, restavam não aplicadas ao caso concreto em virtude de ausência de legislação infraconstitucional a dar “plena eficácia” ao dispositivo constitucional.

É certo, contudo, que o germe de uma nova fase já se encontrava presente quando o Pleno decidiu sobre o § 3º do art. 192 já pela primeira vez, como expressa o voto do Ministro Carlos Velloso, um dos que ficou vencido na decisão supracitada, o qual vaticinou:

“As normas constitucionais são, de regra, autoaplicáveis, vale dizer, são de eficácia plena e aplicabilidade imediata. Já foi o tempo em que predominava a doutrina no sentido de que seriam excepcionais as normas constitucionais que seriam, por si mesmas, executórias”.

Hoje, como já afirmado, tal posicionamento encontra-se superado. A maturação dos estudos acerca da CR, de 1988, e suas potencialidades, bem como a superação do entendimento, segundo o qual Direito Público e Privado seriam opostos e incomunicáveis, levou à gradual aplicação das normas constitucionais às relações privadas. Vive-se, então, uma terceira fase, na qual se admite amplamente a aplicação direta das normas constitucionais.

Percebe-se essa transformação gradual ao longo de diversas decisões do Tribunal que, apesar de não mencionarem expressamente a aplicação direta, utilizaram-se de princípios constitucionais relevantes para a decisão de lides envolvendo particulares. A primeira dessas decisões é o Recurso Extraordinário nº 160.222, em que se discutia a legitimidade de revista íntima efetuada por empresa produtora de peças íntimas femininas em suas empregadas, procedi-

6 RE nº 186.594, 1ª T., Rel. Min. Celso de Mello, j. 28.04.95. No mesmo sentido: RE nº 161.541, 2ª T., Rel. Min. Paulo Brossard, Rel. p/ Acórdão Min. Francisco Rezek, j. 22.02.94; e RE nº 170.131, 1ª T., Rel. Min. Celso de Mello, j. 08.02.94.

mento este previsto em cláusula contratual⁷. Na hipótese, não foi possível ao relator apreciar o mérito da questão, em virtude da verificação da prescrição. Contudo, a questão não lhe passou despercebida:

“Lamento que a irreversibilidade do tempo corrido faça impossível enfrentar a relevante questão de direitos fundamentais da pessoa humana, que o caso suscita, e que a radical contraposição de perspectivas entre a sentença e o recurso, de um lado, e o exacerbado privatismo do acórdão, de outro, tornaria fascinante.”⁸

Pouco tempo depois, o Tribunal foi instado a decidir sobre exclusão de associado de cooperativa, a qual se verificou através de processo em que não foram observadas as regras previstas no estatuto. O Ministro-Relator Marco Aurélio, ao julgar a questão, afirmou que o princípio do devido processo legal, consagrado no art. 5º, inciso LIV, da Constituição, em conjunto com os princípios da legalidade (art. 5º, II) e da ampla defesa (art. 5º, LV), tornaria inválidos os atos da Assembleia que resultaram na exclusão do cooperativado. Ficou assentado, portanto, que “na hipótese de exclusão de associado decorrente de conduta contrária aos estatutos, impõe-se a observância ao devido processo legal, viabilizado o exercício amplo da defesa”⁹.

Ainda sem mencionar expressamente estar aplicando normas constitucionais de forma direta às relações entre particulares¹⁰, julgou o Supremo Recurso Extraordinário em que se propugnava o reconhecimento de alguns direitos trabalhistas em face de empresa estrangeira. Na hipótese, ex-empregado

7 Confira-se a ementa do julgado em questão: “Recurso extraordinário: legitimação da ofendida – ainda que equivocadamente arrolada como testemunha –, não habilitada anteriormente, o que, porém, não a inibe de interpor o recurso, nos quinze dias seguintes ao término do prazo do Ministério Público, (STF, Súmulas ns. 210 e 448). II – Constrangimento ilegal: submissão das operárias de indústria de vestuário a revista íntima, sob ameaça de dispensa; sentença condenatória de primeiro grau fundada na garantia constitucional da intimidade e acórdão absolutório do Tribunal de Justiça, porque o constrangimento questionado à intimidade das trabalhadoras, embora existente, fora admitido por sua adesão ao contrato de trabalho: questão que, malgrado a sua relevância constitucional, já não pode ser solvida neste processo, dada a prescrição superveniente, contada desde a sentença de primeira instância e jamais interrompida, desde então”.

8 STF, RE nº 160.222, 1ª T., Rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 11.04.95.

9 STF, RE nº 158.215, 2ª T., Rel. Min. Marco Aurélio, j. 30.04.96.

10 A doutrina, contudo, já anotava, com base nessas decisões, que o STF estava a aplicar diretamente tais normas constitucionais às relações privadas. Nesse sentido, confira-se Daniel Sarmento: “Por estes acórdãos, infere-se que o STF aceita a aplicação de direitos fundamentais na resolução de conflitos interprivados, independentemente da mediação do legislador. Embora o Pretório Excelso não tenha chegado a discutir em seus julgados as diversas teorias sobre a forma de vinculação dos particulares aos direitos constitucionais, é possível extrair dos seus posicionamentos a adesão à tese mais progressista, da eficácia direta e imediata dos direitos fundamentais nas relações privadas” (*Direitos fundamentais e relações privadas*, cit., p. 294).

brasileiro de empresa francesa alegava não ter recebido diversos benefícios concedidos pela empregadora a funcionários de nacionalidade francesa, por ser este requisito previsto no estatuto do pessoal da companhia para a concessão das benesses pleiteadas. O Supremo entendeu que a previsão afrontava o princípio constitucional da isonomia (art. 5º, *caput*), pois “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”. Uma vez mais, fez incidir o Supremo norma de natureza constitucional a relação eminentemente privada, como se denota do voto do Ministro Maurício Corrêa:

“Evidentemente, como o tom da nossa Constituição é o da igualdade de tratamento, não podendo haver desigualdade entre iguais, razão pela qual quem aqui se instala há que obedecer ao nosso ordenamento legal, máxime no que diz respeito aos ditames ordenados pela Constituição Federal. Tanto mais que essa discriminação que foi feita não se coaduna com a razoabilidade, e muito menos não se coaduna com o ordenamento constitucional brasileiro.”

A argumentação utilizada pelos ministros para fundamentar a linha adotada deixa nítida a compreensão da eficácia direta das normas constitucionais, vez que aludem a uma interpretação sistemática do ordenamento, a prescindir a eficácia da Constituição de intervenção legislativa, como evidencia o voto do Ministro Nelson Néri da Silveira:

“Mas o princípio do nosso sistema é o da igualdade de tratamento. Em consequência, não pode uma empresa, no Brasil, seja nacional ou estrangeira, desde que funcione, opere, no território nacional, estabelecer discriminação decorrente da nacionalidade para seus empregados, em regulamento de empresa, a tanto correspondendo o estatuto dos servidores da empresa, tão só pela circunstância de não ser um nacional francês. (...) Nosso sistema não admite essa forma de discriminação, quer em relação à empresa brasileira, quer em relação à empresa estrangeira.”

A tendência já expressada pelos acórdãos citados consolidou-se com a apreciação do Recurso Extraordinário nº 201.819, julgado em 11 de outubro de 2005, quando o Tribunal aludiu expressamente à aplicação direta de normas constitucionais às relações privadas. Tratava-se de hipótese de exclusão de sócio através de procedimento no qual não lhe foi conferida possibilidade de se defender das acusações que lhe eram imputadas e sequer de se manifestar antes de ser punido com a exclusão. O Tribunal, rejeitando o argumento de que o princípio da ampla defesa não se aplicaria aos procedimentos internos das instituições privadas, entendeu que, apesar de se regerem pelas normas do

Código Civil, “a ordem jurídico-constitucional brasileira não conferiu a qualquer associação civil a possibilidade de agir à revelia dos princípios inscritos nas leis e, em especial, dos postulados que têm por fundamento direto o próprio texto da Constituição da República, notadamente em tema de proteção às liberdades e garantias fundamentais”. Concluiu, então, a Corte, em paradigmática passagem citada ao início, que “os direitos fundamentais assegurados pela Constituição vinculam diretamente não apenas os poderes públicos, estando direcionados também à proteção dos particulares em face dos poderes privados”¹¹.

Corroborando o voto do Relator, o Ministro Joaquim Barbosa enumerou os motivos pelos quais defendia a aplicabilidade direta do dispositivo constitucional:

“O primeiro deles, o paulatino rompimento das barreiras que separavam até final do século XIX o Direito Público e o Direito Privado. Por outro lado, um fenômeno facilmente observável em sistemas jurídicos dotados de jurisdição constitucional – a chamada ‘constitucionalização do direito privado’, mais especificamente do direito civil. Noutras palavras, as relações privadas, aquelas que há até bem pouco tempo se regiam exclusivamente pelo Direito Civil, hoje sofrem o influxo dos princípios de Direito Público, emanados predominantemente das decisões proferidas pelos órgãos de jurisdição constitucional.”

Em conclusão ao julgamento, anotou o Ministro Celso de Mello o impacto dessa nova visão em um dos pilares do Direito Civil, qual seja, a autonomia privada que, segundo ele, “não pode ser exercida em detrimento ou com desrespeito aos direitos e garantias de terceiros, especialmente aqueles positivados em sede constitucional, pois a autonomia de vontade não confere aos particulares, no domínio de sua incidência e atuação, o poder de transgredir ou de ignorar as restrições postas e definidas pela própria Constituição, cuja eficácia e força normativa também se impõem, aos particulares, no âmbito de suas relações privadas, em tema de liberdades fundamentais”. Assim, como consequência dessa percepção, decidiu a questão afirmando que “a ordem jurídico-constitucional brasileira não conferiu a qualquer associação civil a possibilidade de agir, como a parte ora recorrente o fez, à revelia dos princípios inscritos nas leis e, em especial, dos postulados que têm por fundamento direto o próprio texto da Constituição da República, notadamente em tema de proteção às liberdades e garantias fundamentais”.

11 STF, RE nº 201.819, 2ª T., Relª Minª Ellen Gracie, Rel. p/ Acórdão Min. Gilmar Mendes, j. 11.10.05.

Paralelamente a esse processo de reconhecimento da eficácia do texto constitucional nas relações privadas, tem-se verificado outra mudança relevante no posicionamento da Corte, dessa vez em relação ao mandado de injunção (remédio constitucionalmente previsto para sanar omissões legislativas essenciais para a concretude de direitos conferidos pela Constituição). Outrora utilizado tão somente para reconhecer a mora do legislador ordinário na elaboração de normas necessárias para permitir o exercício de direitos constitucionalmente consagrados¹², tal remédio passou a dar base a decisões nas quais o Supremo Tribunal Federal, ciente de sua vinculação à Constituição, vem solucionando casos independentemente da edição das normas legais infraconstitucionais¹³. Reconhece-se, assim, a força normativa da Constituição, a vincular o próprio aplicador do direito que, em respeito aos seus ditames, deve buscar dirimir a questão independentemente da existência de norma infraconstitucional regulamentadora.

Nesse contexto, passaram os princípios-chave da Constituição a influir significativamente no julgamento de questões envolvendo a legislação cível do país, tornando possível listar importantes Acórdãos do Superior Tribunal de Justiça (Corte Suprema para assuntos infraconstitucionais) em que esta é interpretada em conjunto com tais princípios. Assim, entendeu discriminatória disposição de estatuto social que impedia que menor sob guarda de um dos sócios, mas que não fosse seu filho, se tornasse dependente, entendendo que, apesar de se garantir “aos associados dispor, nos estatutos do clube, da forma que mais conveniente lhes parecer quanto ao acesso ao quadro social”, encontra tal possibilidade limites de razoabilidade, não se mostrando possível “estabelecer discriminação que a lei não admite”¹⁴.

Dentre esses princípios, assume especial relevância o princípio da dignidade da pessoa humana. Recentemente, o princípio serviu de base para

12 “Mandado de injunção: ausência de regulamentação do direito ao aviso-prévio proporcional previsto no art. 7º, XXI, da Constituição da República. Mora legislativa: critério objetivo de sua verificação: procedência, para declarar a mora e comunicar a decisão ao Congresso Nacional para que a supra” (STF, MI nº 695, Pleno, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 01.03.07).

13 A nova orientação foi fixada no âmbito do Mandado de Injunção nº 721, julgado pelo Tribunal Pleno em 30.08.07, de relatoria do Ministro Marco Aurélio, no qual se assentou: “A natureza da citada ação constitucional – mandado de injunção –, procedente a causa de pedir versada na inicial, leva o pronunciamento a ganhar contornos mandamentais, a ganhar eficácia maior, a ponto de viabilizar, consideradas as balizas subjetivas da impetração, o exercício do direito, da liberdade constitucional ou das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania. Eis que surgiu, no cenário normativo-constitucional, o instrumento capaz de revelar a lei fundamental como de concretude maior, abandonada visão simplesmente lírica”. A Corte, posteriormente, ratificou o entendimento no julgamento do Mandado de Injunção nº 758, Pleno, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 01.07.08.

14 REsp nº 93.634, Rel. Min. Eduardo Ribeiro, j. 24.08.99.

importante decisão em que se concedeu a portadores de HIV o benefício de tramitação especial de processos previsto pelo art. 1.211-A do Código de Processo Civil para beneficiar pessoas com idade superior a sessenta e cinco anos¹⁵. Reformando decisão do Tribunal *a quo*, que havia compreendido que não se poderia usar de interpretação extensiva ou analógica na norma em questão por se tratar de norma excepcional, afirmou o Superior Tribunal de Justiça que “não há necessidade de se adentrar a seara da interpretação extensiva ou da utilização da analogia de dispositivo legal infraconstitucional de cunho processual ou material, para se ter completamente assegurado o direito subjetivo pleiteado pelo recorrente. Basta buscar nos fundamentos da República Federativa do Brasil o princípio da dignidade da pessoa humana que, por sua própria significância, impõe a celeridade necessária peculiar à tramitação prioritária do processo em que figura parte com enfermidade como o portador do vírus HIV, tudo isso pela particular condição do recorrente, em decorrência de sua moléstia”¹⁶.

No mesmo diapasão, construiu o Tribunal entendimento, ora sedimentado, de que é possível o levantamento do saldo do FGTS mesmo no caso de doenças graves não previstas na lei, pois “o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, com assento no art. 1º, III, da CF/88, é fundamento do próprio Estado Democrático de Direito, que constitui a República Federativa do Brasil, e deve se materializar em todos os documentos legislativos voltados para fins sociais, como a lei que instituiu o Fundo de Garantia por Tempo de Serviço”¹⁷.

Ainda atendendo aos ditames do princípio da dignidade da pessoa humana, decidiu o Tribunal aplicar o conceito de bem de família e, por conseguinte, a garantia de impenhorabilidade conferida pela Lei nº 8.009¹⁸, a imóvel sede de empresa familiar na qual residiam os membros da família. Ao assim decidir, ressaltou o Ministro Luiz Fux que “ao aplicar a lei, o julgador não pode, tão somente, restringir-se à subsunção do fato à norma. Deve estar atento aos princípios maiores que regem o ordenamento jurídico e aos fins sociais a que a lei se dirige”. Tal perspectiva levou o julgador à conclusão de que “iluminado pelo princípio da dignidade da pessoa humana, o art. 1º da Lei nº 8.009/90 precisa

15 Dispõe o artigo: “Os procedimentos judiciais em que figure como parte ou interveniente pessoa com idade igual ou superior a sessenta e cinco anos terão prioridade na tramitação de todos os atos e diligências em qualquer instância”.

16 STJ, REsp nº 1.026.899, 3ª T., Relª Minª Nancy Andrigli, j. 17.04.08.

17 REsp 853.002, 2ª T., Relª Minª Eliana Calmon, j. 19.09.06. No mesmo sentido, v. STJ, 2ª T., REsp nº 670.027, Relª Minª Eliana Calmon, j. 16.11.04.

18 Eis o teor do dispositivo: “O imóvel residencial próprio do casal, ou da entidade familiar, é impenhorável e não responderá por qualquer tipo de dívida civil, comercial, fiscal, previdenciária ou de outra natureza, contraída pelos cônjuges ou pelos pais ou filhos que sejam seus proprietários e nele residam, salvo nas hipóteses previstas nesta lei”.

ser interpretado no sentido de que a proteção deve ser estendida à habitação familiar, ainda mais quando o imóvel onde reside a família é da propriedade de uma empresa pequena e familiar”¹⁹.

O Supremo Tribunal Federal também não se manteve alheio aos efeitos causados no ordenamento pátrio pela previsão da dignidade da pessoa humana como princípio fundamental na República. A questão foi ressaltada em recente julgado, no qual se avaliou a constitucionalidade de norma elaborada por um dos estados da Federação (o Estado de São Paulo) que proibia o uso de determinada substância (crisotila) na composição de produtos, materiais e artefatos. Alegava-se a incompatibilidade de tal dispositivo com o art. 24, inciso V, da Constituição da República, por entender exorbitada competência supletiva do Estado-membro para legislar sobre produção e consumo.

Entendeu o Tribunal que a relevância das questões em debate – direito à vida e à saúde dos expostos ao produto – deveria prevalecer em face de eventual restrição à competência do Estado-membro. Nos termos do voto vencedor do Ministro Joaquim Barbosa, a defesa da inconstitucionalidade da norma com base no exercício exorbitante da competência concorrente do Estado de São Paulo não se coaduna com os valores defendidos pela Constituição, em especial por visar a norma à eficaz proteção da pessoa humana.²⁰ Assim, a aplicação direta dos direitos constitucionais à saúde e à vida (integridade psicofísica) autoriza o legislador estadual, mesmo no âmbito de sua competência supletiva, a expandir e aperfeiçoar, progressivamente, a tutela dos valores constitucionais, não circunscrevendo sua atuação a suprir lacunas derivadas da omissão da legislação federal²¹.

No âmbito das relações trabalhistas, o Tribunal Superior do Trabalho tem liderado semelhante tendência.

19 STJ, REsp nº 621.399, 1º T., Rel. Min. Luiz Fux, j. 19.04.05.

20 O acórdão ainda não se encontra publicado, mas é possível obter referências do julgado no Informativo de Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal nº 509, de 2 a 6 de junho de 2008.

21 “Dentro do contexto pertinente ao direito à moradia, torna-se relevante observar, na linha da reflexão feita pelo eminente Professor Luiz Edson Fachin, que se impõe, ao Estado, dispensar tutela efetiva às grandes conquistas sociais, assegurando-lhes, mediante adoção de medidas apropriadas, a proteção do patrimônio mínimo fundada em postulados inderrogáveis, como o princípio da dignidade da pessoa humana, que representa – enquanto um dos fundamentos da República (CF, art. 1º, III) – valor revestido de centralidade em nosso sistema constitucional. Esse princípio fundamental, valorizado pela fiel observância da exigência ético-jurídica da solidariedade social – que traduz um dos objetivos fundamentais do Estado Social de Direito (CF, art. 3º, I) – permite legitimar interpretações que objetivem destacar, em referido contexto, o necessário respeito ao indivíduo, superando-se, desse modo, em prol da subsistência digna das pessoas, restrições que possam injustamente frustrar a eficácia de um direito tão essencial, como o da intangibilidade do espaço doméstico em que o ser humano vive com a sua família” (Voto vencido do Ministro Celso de Mello).

Assim, por exemplo, considerou-se atentatória à privacidade e à honra a prática, não incomum, de restrição ao uso do toalete por seus funcionários durante a jornada de trabalho: “Restrições ao uso de toalete. Dano moral. Configuração. A CLT consagra o poder diretivo do empregador (art. 2º), que se manifesta por meio do controle, vigilância e fiscalização dos seus empregados. Tal poder encontra limites também legalmente traçados. *Ninguém pode tudo. Os poderes de qualquer indivíduo, de qualquer instituição, para além do que trace o ordenamento, estão limitados não só pelo que podem os outros indivíduos e instituições, mas, ainda, pelo que, legitimamente, podem exigir na defesa de seus patrimônios jurídicos. A Constituição da República (arts. 1º, inciso III, e 5º, caput e incisos III e X) tutela a privacidade e a honra, coibindo práticas que ofendam a dignidade da pessoa humana e constituam tratamento degradante. (...) A restrição ao uso de toaletes não pode ser considerada conduta razoável, violando a privacidade e ofendendo a dignidade, ao tempo em que expõe o trabalhador a constrangimento desnecessário. A necessidade de continuidade dos serviços, pela sua natureza, não pode ser alcançada pelo sacrifício e humilhação do empregado, cabendo tal ônus, obviamente, à empresa, que há de conceber rotinas que a assegurem, com postos de trabalho suficientes e ferramentas hábeis. (...) Não há nada e nenhuma norma que autorize o empregador ou seus prepostos a restringir o uso de toalete, no modelo sob exame, resultando a prática em repudiado tratamento degradante (Constituição Federal, arts. 1º, III e 5º, III e X)”²².*

A afronta aos princípios e valores constitucionais também serviu de base à identificação de ato discriminatório na dispensa imotivada de trabalhador portador do vírus HIV. A decisão, afirmou, na esteira do entendimento consolidado daquele Tribunal, que “o exercício do direito potestativo de denúncia vazia do contrato de trabalho sofre limites, na hipótese de ato discriminatório, em função dos princípios da função social da propriedade (art. 170, III, da CF), da dignidade da pessoa humana e dos valores sociais do trabalho (art. 1º, III e IV, da CF), por manifesta incompatibilidade”²³.

22 TST, RR 144200-71.2007.5.03.0091, 3ª T., Rel. Min. Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira, j. 22.09.2010, publ. DEJT 01.10.2010, grifou-se. V., ainda: TST, RR 1525200-90.2008.5.09.0029, 3ª T. Relª Minª Rosa Maria Weber, j. 06.10.2010, publ. DEJT 15.10.2010; TST, AIRR 137940-94.2007.5.01.0038, 6ª T., Rel. Min. Mauricio Godinho Delgado, j. 01.12.2010, publ. DEJT 10.12.2010; TST, E-ED-RR 159600-47.2007.5.03.0020, SDI-1, Rel. Min. Aloysio Corrêa da Veiga, j. 23.09.2010, publ. DEJT 01.10.2010; TST, RR 1300-49.2008.5.15.0074, 2ª T., Rel. Min. Caputo Bastos, j. 23.02.2011, publ. DEJT 11.03.2011.

23 Confira-se o inteiro teor da ementa: “Empregado portador do vírus HIV. Dispensa imotivada. Presunção relativa de discriminação. Reintegração. A ordem jurídica pátria repudia a discriminação, cuja presença na *voluntas* que precede o ato da dispensa implica a sua ilicitude, ensejando nulidade. O exercício do direito potestativo de denúncia vazia do contrato de trabalho sofre limites, na hipótese

Da mesma forma, presumiu o TST discriminatória a dispensa imotivada de portador de cardiomiopatia grave, apesar de não existir “lei específica asseguradora da permanência no emprego de empregado portador de cardiopatia grave, a reintegração em face de dispensa arbitrária e discriminatória, devido à ausência de motivo disciplinar, técnico, econômico ou financeiro, não afronta o art. 5º, II, da Constituição Federal”²⁴.

Percebe-se, pois, através da análise das decisões das Cortes Superiores brasileiras, o impacto da Constituição de 1988 na aplicação do Direito Civil.

de ato discriminatório, em função dos princípios da função social da propriedade (art. 170, III, da CF), da dignidade da pessoa humana e dos valores sociais do trabalho (art. 1º, III e IV, da CF), por manifesta incompatibilidade. A jurisprudência desta Corte Superior evoluiu no sentido de presumir discriminatória a dispensa sempre que o empregador tem ciência de que o empregado é portador do vírus HIV, com a consequente inversão do encargo probatório (*praesumptio juris tantum*)” (TST, RR 721340-83.2006.5.12.0035, 3ª T., Relª Minª Rosa Maria Weber, j. 26.05.2010, publ. DEJT 22.10.2010). Na mesma direção: TST, AIRR 69440-93.2007.5.02.0087, 3ª T., Rel. Min. Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira, j. 12.05.2010, publ. DEJT 28.05.2010; TST, E-RR 36600-18.2000.5.15.0021, SDI-1, Rel. Min. Horácio Raymundo de Senna Pires, j. 06.11.08, publ. DEJT 14.11.08; TST, RR-317800-64.2008.5.12.0054, 6ª T., Rel. Mauricio Godinho Delgado, j. 03.08.2011, publ. DEJT 12.08.2011.

- 24 TST, RR 18900-65.2003.5.15.0072, 1ª T., Rel. Min. Luiz Philippe Vieira de Mello Filho, j. 17.03.2010, publ. DEJT 06.08.2010. Além dos exemplos destacados, verificam-se vários julgados do TST que demonstram a evolução delineada.

Com fulcro no princípio da isonomia, por exemplo, reconhece-se que o empregado da empresa prestadora de serviços que desempenhar iguais funções às desenvolvidas pelo empregado da empresa tomadora faz jus aos mesmos direitos e ao mesmo patamar remuneratório: “Recursos de Revista da segunda e do terceiro reclamados. Isonomia entre os empregados da empresa prestadora e tomadora dos serviços. OJ nº 383 DA SBDI-1 DO TST. O Regional confirmou que o reclamante realizava tarefas típicas de bancário, determinou seu enquadramento nessa categoria profissional e deferiu as diferenças salariais pleiteadas e os benefícios previstos nas normas coletivas inerentes aos bancários. Contudo, esta Corte, por intermédio da Orientação Jurisprudencial nº 383 da SBDI-1 firmou entendimento no sentido de que, desde que observado o exercício das mesmas funções, são devidos aos empregados da prestadora de serviços os mesmos direitos da empresa tomadora, em face do princípio da isonomia, situação que se amolda ao caso concreto. Recurso de revista não conhecido” (TST, RR 13200-71.2007.5.18.0012, 8ª T., Relª Minª Dora Maria da Costa, j. 06.10.2010, publ. DJET 08.10.2010. No mesmo sentido: TST, AIRR-81900-04.2009.5.03.0059, 8ª T., Relª Minª Dora Maria da Costa, j. 25.05.2011, publ. DEJT 27.05.2011; TST, RR-57200-50.2010.5.13.0026, 3ª T., Relª Minª Rosa Maria Weber, j. 25.05.2011, publ. DEJT 23.06.2011).

Nesse diapasão, aplicou-se diretamente o princípio constitucional da liberdade de associação em diversos precedentes para reconhecer a vedação à cobrança de contribuições assistencial e confederativa a empregados não associados à entidade representativa de sua respectiva categoria: “Contribuição assistencial e confederativa. Desconto. Limitação. Não filiados. Incidência. 1. Diferentemente do que se verifica em relação à contribuição sindical, que se afigura como tributo exigível de toda a categoria, tem-se que as contribuições assistencial e confederativa apenas são devidas pelos empregados efetivamente associados à entidade sindical, em respeito ao direito de livre associação e sindicalização, previsto nos arts. 5º, inciso XX, e 8º, inciso V, da Constituição Federal. Entendimento que se encontra perfilhado no Precedente Normativo nº 119 da SDC do TST. 2º” (TST, E-RR 20.956/2002, SBDI-I, Rel. Min. João Oreste Dalazen, publ. DJU 23.04.04). Confira-se também: TST, E-RR-499.248/1998, SBDI-I, Rel. Min. João Oreste Dalazen, publ. DJU 26.09.03; TST, AIRR 182840-86.2007.5.01.0022, 3ª T., Relª Minª Rosa Maria Weber, publ. DEJT 03.06.2011. O entendimento coaduna-se com o verbete nº 666 da Súmula do Supremo Tribunal Federal, *verbis*: “A contribuição confederativa de que trata o art. 8º, IV, da Constituição só é exigível dos filiados ao sindicato respectivo”.

Cada vez mais se defende, em consonância com a lição do Professor Perlingieri, que “a norma constitucional pode, também sozinha (quando não existirem normas ordinárias que disciplinem a *fattispecie* em consideração), ser a fonte da disciplina de uma relação jurídica de Direito Civil”²⁵.

Contudo, ainda se encontram, não obstante a evolução traçada, algumas resistências à aplicação direta das normas constitucionais às relações privadas.

– A unidade do ordenamento mostra-se incompatível com a noção de microsistema.

– É equivocada a chamada civilização do Direito Constitucional, que pretende indicar a suposta influência do Direito Civil e de suas categorias na interpretação constitucional: são os valores constitucionais que devem impregnar cada categoria do direito infraconstitucional, sob pena de se obstaculizar o projeto constitucional em nome de soluções legislativas da práxis judiciária ou do próprio mercado, incompatíveis com o sistema.

– Mostra-se insustentável o vetusto processo hermenêutico silogístico conhecido como subsunção, que pressupõe a dualidade inexistente entre a norma jurídica (premissa maior) e a hipótese fática (premissa menor). A norma jurídica é um *posterius* e não um *prius*. Produz-se, do processo interpretativo, a um só tempo, a norma interpretada e o fato qualificado. Daí a imprescindibilidade da fundamentação das decisões e da argumentação que as legitimam.

– Não há espaços de não direito: a liberdade não é um dado pré-jurídico. Esta concepção supõe a dualidade entre o fato social e a norma. Contrapõe a liberdade à intervenção legislativa (papel repressor do direito). Tal visão autoriza aprioristicamente certos comportamentos humanos, desresponsabilizando seus titulares.

– Encontra-se superada a discussão acerca da aplicação direta ou indireta. Se o ordenamento é unitário, a norma constitucional há sempre de prevalecer, direta ou indiretamente²⁶.

25 *Perfis de Direito Civil*: uma Introdução ao Direito Civil-Constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 11.

26 Esclarece o professor Perlingieri: “La stessa espressione ‘rilettura degli istituti del diritto civile alla luce della Costituzione’, pur se con una certa dose di ambiguità, intende sottolineare non già che oggetto dell’interpretazione a fini applicativi sia la disposizione ordinaria, regolatrice del singolo istituto, adeguata o conformata alla norma costituzionale, ma che oggetto dell’interpretazione sono le disposizioni di rango ordinario unitamente alle norme costituzionali: le une in funzione delle altre e viceversa, in coordinamento le une e le altre secondo la collaudata tecnica del combinato disposto. Tecnica, questa, volta ad evitare che la Costituzione sia letta e interpretata alla luce della legge ordinaria, in una sorta di bidirezionalità ermeneutica foriera di grosse ambiguità” (*La dottrina del diritto civile nella legalità costituzionale*, Relazione introduttiva al Congresso Internazionale de Direito Civil-Constitucional da Cidade do Rio de Janeiro. “Interpretação do Direito Civil Contemporâneo: Novos problemas à luz de legalidade constitucional”, proferida em 21 de setembro de 2006).

– Funcionalização dos institutos de Direito Privado não é expressão de comunitarismo (fascismo, comunismo), mas traduz o reconhecimento dos valores existenciais constitucionalmente estabelecidos, que privilegiam a pessoa humana e impõem deveres aos titulares de situações jurídicas patrimoniais.

– Não há teorias setoriais de interpretação (interpretação constitucional, interpretação do Direito Penal, interpretação do Direito Administrativo, e assim por diante), porque isso faria supor que nem toda interpretação é constitucional e esfacelaria a unidade do ordenamento. A teoria da interpretação é, portanto, uma.

– As normas infraconstitucionais, pelo fato de conterem maior densidade analítica, não devem servir de decodificadores ou tradutores dos princípios constitucionais. Tal seria a forma oblíqua de se esmorecer ou aniquilar a aplicação direta das normas constitucionais.

– O reconhecimento do papel criativo dos magistrados não importa em apoio ao *decisionismo*, ou à atribuição de ilimitado poder aos juízes. Trata-se de fixar limites axiológicos para a atuação da magistratura, com apoio na teoria da argumentação. Há de se reconstruir, assim, o princípio da segurança jurídica.

– Há de se separar a lógica proprietária da lógica da pessoa humana: o ter do ser. Tal promíscua superposição acaba por impedir à promoção dos valores existenciais, reduzindo-os aos paradigmas das relações patrimoniais no âmbito das quais o conceito de direito subjetivo foi construído.