

# A EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NA RELAÇÃO DE EMPREGO: ALGUMAS PROPOSTAS METODOLÓGICAS PARA A INCIDÊNCIA DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS NA ESFERA JUSLABORAL

Fábio Rodrigues Gomes\*

SUMÁRIO: Introdução; 1 Breve digressão sobre as origens e divergências dogmáticas em torno da eficácia dos direitos, liberdades e garantias constitucionais na relação jurídica entre particulares; 2 Peculiaridades da *Drittwirkung* na esfera juslaboral; 3 A eficácia dos direitos fundamentais na relação de emprego à luz da jurisprudência dos Tribunais Superiores brasileiros; Conclusão; Referências bibliográficas.

## INTRODUÇÃO

A temática em torno da intrincada questão sobre “como” ou “em que medida” devem incidir as normas constitucionais nas relações privadas vem sendo há muito debatida pela doutrina estrangeira. E, mais recentemente, tornou-se objeto de alentados trabalhos no âmbito acadêmico brasileiro.<sup>1</sup> Esta manifestação tardia no cenário jurídico nacional deixa de causar estranheza quando passamos os olhos por

---

\* *Ex-Procurador Federal. Juiz do Trabalho Substituto do TRT da 1ª Região. Mestrando em Direito Público pela UERJ.*

1 Podemos mencionar como alguns exemplos da bibliografia sobre a matéria, entre nós: SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004; PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. Apontamentos sobre a aplicação das normas de direito fundamental nas relações jurídicas entre particulares. In: BARROSO, Luís Roberto (org.). *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003; SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais e direito privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *A constituição concretizada: construindo pontes com o público e o privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000; SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003; MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais*. 1. ed. 2. tir. Brasília: Brasília Jurídica, 2002; MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional*. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2004; STEINMETZ, Wilson Antônio. *Vinculação dos particulares a direitos fundamentais: eficácia jurídica*. 1. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

nossa alquebrada experiência constitucional, que contou com nada mais nada menos do que oito Cartas Políticas.

Realmente, não podemos olvidar que tal prodigalidade legislativa veio sempre mal acompanhada de nenhuma efetividade normativa, uma vez que, subjacente às nossas Constituições pretéritas, sucederam-se golpes de Estado, bravatas populistas, ditaduras (civil e militar), enfim, um conjunto de fatores que ensejou uma enorme instabilidade política, instabilidade essa que não poderia dar noutra coisa que não fosse a elaboração de imponentes monumentos à hipocrisia; ou, nas palavras do professor Luis Roberto Barroso, à *insinceridade constitucional*.<sup>2</sup> E essa conduta depreciativa da Carta Magna se revelou em diversos momentos de nossa história, como, por exemplo, quando se afirmava, em 1824, em pleno regime escravocrata, que “a lei seria igual para todos”, bem como quando, em 1969, foram prometidas benesses esdrúxulas aos trabalhadores, tais como “colônias de férias e clínicas de repouso”.<sup>3</sup> Obviamente que esta insistência do constituinte em se afastar da realidade acabou por enraizar no sentimento do povo brasileiro uma terrível patologia social calcada na mistificação da Constituição, associando-a, cada vez mais, a um instrumento de dominação ideológica – *a um apanhado de belas palavras predestinadas a permanecer apenas como letras de forma numa folha de papel* (Ferdinand Lassale).

Mas, com a redemocratização do País, ganhou força o “constitucionalismo brasileiro da efetividade”.<sup>4</sup> Resultando de uma necessidade histórica e tida como

---

2 BARROSO, Luis Roberto. A doutrina da efetividade. *Temas de direito constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, t. III, 2005, p. 63.

3 Idem, ibidem.

4 Expressão utilizada por SOUZA NETO, Cláudio Pereira. Fundamentação e normatividade dos direitos fundamentais: uma reconstrução teórica à luz do princípio democrático. In: BARROSO, Luis Roberto (org.). *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 288.

De acordo com a definição assente na doutrina, a *eficácia jurídica* seria a “aptidão formal [da norma] para incidir e reger situações da vida, operando os efeitos que lhe são próprios” (BARROSO, Luis Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas*. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 85), ou “a qualidade de produzir, em maior ou menor grau, efeitos jurídicos, ao regular, desde logo, as situações, relações e comportamentos de que cogita (...) diz respeito à aplicabilidade, exigibilidade ou executoriedade da norma, como possibilidade de sua aplicação jurídica” (SILVA, José Afonso. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 66). Desde as lições do eminente Ruy Barbosa, já se apontava que todas as normas constitucionais possuem eficácia jurídica. Entretanto, esta aptidão de produzir efeitos não se confunde com os desdobramentos da decisão pela aplicação da norma no caso concreto, ou seja, não se confunde com a sua *efetividade ou eficácia social*.

Diz-se que uma *norma* é socialmente eficaz quando ela é efetivamente cumprida pela sociedade, i.e., quando os seus objetivos são alcançados (GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 277-278). Revela-se, pois, como a *sua concretização no mundo dos fatos, o desempenho efetivo de sua função social* (BARROSO, Luis Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas*. Op. cit., p. 84-85). A rigor, trata-se de um fenômeno complementar à noção de eficácia jurídica da norma, pois, como ressalta o

um rito de passagem do velho para o novo direito constitucional, a *doutrina brasileira da efetividade* inoculou na comunidade jurídica nacional o gérmen da inquietação, do inconformismo com o faz de conta institucional, a ponto de, atualmente, ter-se pacificado a compreensão da *natureza jurídico-normativa da Constituição*.<sup>5</sup>

Em virtude desta guinada jusfilosófica, os operadores do direito se viram compelidos a “olhar para cima”<sup>6</sup> e iniciar a peregrinação em direção ao topo do ordenamento jurídico. Por certo que a saída da “caverna legalista” levou, e ainda leva, a alguns desconfortos sensoriais, uma vez que tornou necessário não apenas um novo enfoque sobre o direito positivado, como também nos obrigou a uma releitura das entrelinhas do texto normativo para além dos conceitos e preconceitos aparentes, a fim de adequá-los todos às luzes valorativas da Constituição, aos seus fundamentos materiais. Esta – a “constituição cidadã” – foi colocada no centro de gravidade do sistema, fazendo com que suas normas adquirissem, a par da concessão de posições jurídicas subjetivas, uma *dimensão objetiva* que, irradiando seus efeitos por todo o ordenamento, abriu espaço para o desenvolvimento de novas intelecções, tais como o movimento pós-positivista,<sup>7</sup> a “constitucionalização” do direito privado<sup>8</sup>

---

Professor Barroso, o Direito existe para realizar-se, sendo a sua desconsideração uma verdadeira anomalia (BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 3. ed. Rio de Janeiro: Saraiva, 1999, p. 242).

- 5 Por todos, cf. BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 31-57.
- 6 Estamos nos referindo à estrutura escalonada da ordem jurídica, na qual a Constituição ocuparia o ápice. Cf. KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 246-247: “A ordem jurídica não é um sistema de normas jurídicas ordenadas no mesmo plano, situadas umas ao lado das outras, mas é uma construção escalonada de diferentes camadas ou níveis de normas jurídicas (...) a Constituição representa o escalão de Direito positivo mais elevado”.
- 7 Cf. BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula. O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. In: BARROSO, Luís Roberto (org.). Op. cit., p. 336, em que os autores, de maneira bastante esclarecedora, definem pós-positivismo como “a designação provisória e genérica de um ideário difuso, no qual se incluem a definição das relações entre valores, princípios e regras, aspectos da chamada nova hermenêutica constitucional, e a teoria dos direitos fundamentais, edificada sobre o fundamento da dignidade humana. A valorização dos princípios, sua incorporação, explícita ou implícita, pelos textos constitucionais e o reconhecimento pela ordem jurídica de sua normatividade fazem parte desse ambiente de reaproximação entre o Direito e a Ética”.
- 8 Sobre esta reformulação do direito privado, que deveria passar por uma “filragem” constitucional, cf. TEPEDINO, Gustavo. Premissas metodológicas para a constitucionalização do Direito Civil. In: *Temas de direito civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001; MORAES, Maria Celina Bondin de. A caminho de um direito civil constitucional. In: *Revista de Direito Civil*, v. 65; NEGREIROS, Teresa. *Teoria do contrato: novos paradigmas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002; MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002; SCHIER, Paulo Ricardo. *Filragem constitucional*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1999; PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional*. Trad. Maria Cristina De Cicco. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002; GUASTINI, Riccardo. *La constitucionalización del ordenamiento jurídico: el caso italiano*. In: CARBONELL, Miguel (org.). *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Editorial Trotta, 2003.

e a inserção, na dogmática nacional, da discussão acerca da chamada *eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas*,<sup>9</sup> trazendo de volta para o seio do direito de matriz romano-germânica a noção de *racionalidade prática* e da *lógica do razoável*, em substituição aos dogmas da subsunção automática estruturada sobre uma lógica estritamente formal.<sup>10</sup>

Ora, sendo a relação de emprego originária de um vínculo contratual formado, em regra, entre particulares, pergunta-se: (1) Estaria este ajuste sujeito às mesmas controvérsias que foram estabelecidas pela doutrina quanto à aplicação dos direitos fundamentais nas relações privadas? (2) Estariam os Tribunais Superiores (Supremo Tribunal Federal e Tribunal Superior do Trabalho) atentos para esse “novo horizonte hermenêutico”<sup>11</sup> da relação de trabalho subordinado, que não só abrange, mas também ultrapassa os espaços previamente demarcados pelos dispositivos constitucionais específicos que tratam desta esfera de atuação humana?

Em vista das peculiaridades inerentes ao contrato de emprego e do seu inegável relevo constitucional, eis que o valor social do trabalho foi materializado

9 Em virtude da controvérsia existente sobre qual a melhor terminologia para o objeto do nosso estudo – “eficácia horizontal”, “eficácia em relação a terceiros”, “eficácia externa” ou “eficácia privada” –, optamos pela designação acima utilizada (“eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas”), uma vez que não deixa margem a dúvidas e evita discussões vazias que, ao fim e ao cabo, não contribuem para dissipar os problemas decorrentes de sua aplicação. Neste sentido, cf. SARLET, Ingo Wolfgang. *Direitos fundamentais e direito privado (...)*. In: Op. cit., p. 112-117; SARMENTO, Daniel. Op. cit., p. 8-10 e PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Apontamentos (...)*. In: BARROSO, Luís Roberto. Op. cit., p. 132-137.

10 Nas palavras de Cláudio Pereira de Souza Neto: “Refiro-me à tendência contemporânea de reinclusão da razão prática na metodologia jurídica, em contradição direta com a perspectiva kelseana, alicerçada no positivismo da Escola de Viena, de que somente a observação pode ser racional (razão teórica), e não a atividade de construção de normatividade. Esta estaria relegada ao campo da decisão, impassível de controle racional. Essa retomada da razão prática na metodologia jurídica tem sido uma das principais propostas do movimento contemporâneo de idéias – denominado, ainda na ausência de uma expressão autocentrada, de pós-positivismo. (...) é esse contexto em que ressurgem de maneira intensa os debates sobre a fundamentação filosófica dos direitos humanos. (...) Conceitos como os de dignidade humana, reserva de justiça, liberdade real, igualdade material, entre outros, (...) são alçados à categoria de pressupostos legitimadores da ordem jurídica (...) com o estabelecimento de padrões de racionalidade material constitucional como critérios norteadores da interpretação jurídica”. Cf. *Fundamentação e normatividade dos direitos fundamentais: uma reconstrução teórica à luz do princípio democrático*. In: BARROSO, Luís Roberto (org.). Op. cit., p. 302-304. Lapidar também a lição de Daniel Sarmento, ao asseverar que: “(...) se o modelo lógico-substantivo se revela imprestável diante das características do Direito Constitucional, urge, em prol da transparência e da controlabilidade das decisões do intérprete, recuperar e promover a idéia de racionalidade prática na hermenêutica e na jurisdição constitucional, a fim de legitimá-las democraticamente. A adoção da perspectiva principialista da Constituição não exclui, mas antes impõe, o desenvolvimento de praxes interpretativas e argumentações constitucionais racionais, transparentes, que gerem estabilidade e previsibilidade e não quebrem a idéia do direito como produto da vontade racional do povo, e não o fruto do decisionismo de magistrados, convertidos à posição de oráculos sagrados”. Op. cit., p. 154.

11 SARLET, Ingo. *Direitos fundamentais e direito privado (...)*. In: SARLET, Ingo (org.). Op. cit., p. 160.

como um dos princípios fundamentais da República Federativa do Brasil,<sup>12</sup> pretendemos realizar uma abordagem que permita ao leitor refletir sobre as conseqüências da influência das normas constitucionais (direitos, liberdades e garantias) no ambiente laboral.

## 1 BREVE DIGRESSÃO SOBRE AS ORIGENS E DIVERGÊNCIAS DOGMÁTICAS EM TORNO DA EFICÁCIA DOS DIREITOS, LIBERDADES E GARANTIAS CONSTITUCIONAIS NA RELAÇÃO JURÍDICA FIRMADA ENTRE PARTICULARES

2.1 É interessante notar, como o fez Peces-Barba, que a noção inicial dos direitos fundamentais – surgida a partir das teorias contratualistas e jusnaturalistas que impulsionaram a transição para a modernidade – não continha qualquer restrição quanto aos seus destinatários, impondo-se indiscriminadamente tanto aos particulares, como ao Poder Público.<sup>13</sup> Foi somente com a posterior positivação dos direitos naturais e construção da estrutura jurídica do Estado Liberal de Direito, com especial atenção à dogmática do “direito público subjetivo” capitaneada por Georg Jellinek,<sup>14</sup> que os direitos fundamentais tiveram o seu raio de ação diminuído, atendo-se ao controle do poder estatal. Ficavam de fora, em conseqüência, as relações travadas entre os particulares. Estas, seguindo a linha de raciocínio positivista, formalista e avalorativa dominante à época, deveriam ser regidas tão-somente por um Direito Privado que “*no necessitaria de controle ni barreras porque no existiam poderes excessivos, sino un plano de igualdad, regulado por la autonomia de la voluntad*”.<sup>15</sup>

Foram necessárias várias décadas e duas guerras mundiais para que esta postura asséptica e cientificista – vigente sob o pano de fundo da dicotomia absoluta entre o público e o privado (Estado *versus* sociedade) – fosse finalmente rompida, estendendo-se o manto dos direitos fundamentais, extraído do núcleo material da Constituição, sobre o conjunto do tecido social. E foi precisamente na Alemanha,

12 Art. 1º, IV, da CRFB/88.

13 PECES-BARBA MARTINEZ, Gregório. *Curso de derechos fundamentales: teoria general*. Madrid: Universidad Carlos III. Boletín Oficial del Estado, 1999, p. 617.

14 Para este juspublicista alemão, as situações jurídicas individuais em face do Estado poderiam ser caracterizadas através de quatro *status* distintos: (1) *status subjectionis*, representando a subordinação do indivíduo frente ao Estado, o qual possuiria aptidão para conformar-lhe o comportamento; (2) *status negativus* ou *status libertatis*, materializando a esfera individual intransponível à interferência estatal, que deveria se abster de qualquer conduta lesiva à liberdade; (3) *status positivus* ou *status civitatis*, viabilizando, ao indivíduo, a exigência de ações positivas do Estado, no sentido de amenizar as desigualdades sociais; (4) *status activae civitatis*, que permitiria a participação individual na formação da vontade do Estado. Cf. SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 3. ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 160-164.

15 PECES-BARBA MARTINEZ, Gregório. Op. cit., p. 621.

onde havia sido formulada aquela doutrina restritiva, que se deu esta mutação epistemológica.<sup>16</sup>

De fato, é plenamente compreensível que, vindo de um passado recente de atrocidades cometidas pelo regime nacional-socialista, o Tribunal Constitucional Federal alemão (*Bundesverfassungsgericht*) almejasse virar, da maneira mais incisiva possível, esta página da história.<sup>17</sup> E o marco deste recomeço se deu a partir do famoso julgamento do caso Lüth, proferido em 1958. Nesta oportunidade, a Corte Constitucional alemã, ao apreciar o direito à liberdade de expressão do cidadão que intitulou a célebre decisão, afirmou que, “*de acuerdo com la jurisprudencia permanente del Tribunal Constitucional Federal, las normas iusfundamentales contienen no solo derechos subjetivos de defensa del individuo frente al Estado, sino que representan, al mismo tiempo, un orden valorativo objetivo que, en tanto decisión básica jurídico-constitucional, vale para todos los ámbitos del derecho y proporciona directrices e impulsos para la legislación, la administración y la jurisprudência*” (grifos nossos).<sup>18</sup> É importante ressaltar, entretanto, que esta concepção axiológica da Constituição não se colocava nos mesmos termos das teorias do direito natural (remissão a uma moral transcendente e inutável), pois que seriam valores de “uma comunidade concreta e dos homens que vivem nela, e que na sua Lei Fundamental fixaram os próprios parâmetros axiológicos e determinaram as posições e a hierarquia dos bens jurídicos”.<sup>19</sup>

Ainda que essa decisão seminal do Tribunal Constitucional Federal tenha sido objeto de críticas, mormente em face de seu conteúdo vago – porquanto levaria

- 
- 16 Vale registrar que existem autores que imputam à doutrina norte-americana do *state action* a primazia sobre a discussão em torno da possibilidade de se invocar os direitos fundamentais nas relações entre particulares. Nos Estados Unidos, a *state action doctrine* foi construída a partir da aplicação da 14ª emenda que obrigava os Estados a observarem os princípios da igualdade e do devido processo legal. A partir da década de 40 e após uma série de decisões envolvendo controvérsias privadas, a Suprema Corte americana adotou a chamada *public function theory*, firmando entendimento no sentido de que os particulares, quando exercessem atividades próprias do Estado, ou alguma outra assemelhada, também estariam vinculados aos direitos fundamentais. Cf. SARMENTO, Daniel. Op. cit., p. 226-237; PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. Apontamentos (...). In: BARROSO, Luís Roberto. Op. cit., p. 169-177.
- 17 Cf. ACKERMAN, Bruce. The rise of world constitutionalism. In: *Yale law school occasional papers. Second series*, number 3, 1997, p. 06: “*The New Beginning scenario deals in expressive symbols, not functional imperatives. Under this scenario, a constitution emerges as a symbolic marker of a great transition in the political life of a nation. For example, it is impossible to understand the remarkable success of the German Constitutional Court – both in jurisprudential terms and in terms of effective authority – without recognizing that the Basic Law has become, in the society at large, a central symbol of the nation’s break with its Nazi past*”.
- 18 BVerfGE 39, 1 (41), apud ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Trad. Ernesto Garzón Valdés. 1. ed. 3. reimp. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002, p. 507.
- 19 HÄBERLE, Peter. Le Libertá Fondamentali nello Stato Costituzionale. Trad. Alessandro Fusillo e Romolo W. Rossi. Roma: La Nuova Itália Scientifica, 1993, p. 41, apud SARMENTO, Daniel. Op. cit., p. 149-150.

a uma enorme dificuldade de controle das decisões judiciais<sup>20</sup> –, os pensadores alemães aceitaram, de um modo geral,<sup>21</sup> a vinculação dos particulares aos direitos fundamentais,<sup>22</sup> pois que, independentemente da controvérsia a respeito da possibilidade de acesso a uma ordem de valores, reconheceram a *dimensão objetiva* destes direitos, liberdades e garantias, os quais, vazados em sua estrutura normativa pela textura aberta da linguagem constitucional, permitiriam a atribuição de sentido aos seus enunciados deontológicos, através de imperativos morais construídos a partir de procedimentos discursivos.<sup>23</sup>

O maior efeito prático desta dimensão – a *eficácia irradiante* (*Ausstrahlungswirkung*) dos direitos fundamentais – produziu a convicção de que estes mandamentos também se espriam pelas relações privadas, cabendo ao Estado tomar as medidas necessárias para a proteção do “epicentro axiológico da ordem jurídica”.<sup>24</sup>

2.2 A rigor, os problemas decorrentes desta nova miragem se situam, conforme alertamos no início de nossa exposição, no “como” as normas fundamentais influem na relação entre os indivíduos (problema de construção) e “em que medida” esta intervenção deve ser efetivada (problema de colisão).<sup>25</sup> E para solucionar este inevitável dissenso doutrinário sobre a forma de atuação da Constituição na vida

---

20 SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais e direito privado (...). In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). Op. cit., p. 118, nota de rodapé nº 28. Ver também HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, v. I, 2003, p. 314 e ss.; JIMÉNEZ CAMPO, Javier. Prólogo. In: BILBAO UBILLOS, Juan Maria. *La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares: análisis de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997, p. 23-25.

21 Deve ser ressaltada a existência de uma corrente doutrinária que nega a relevância dos direitos fundamentais na esfera jurídico-privada, chegando a afirmar que a *Drittwirkung* seria uma espécie de “Cavalo de Tróia” que destruiria o sistema construído sobre a base da autonomia privada. Cf. BILBAO UBILLOS, Juan Maria. En qué medida vinculan a los particulares los derechos fundamentales? In: SARLET, Ingo Wolfgang. *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. Op. cit., p. 309.

22 Cf. ALEXY, Robert. Op. cit., p. 510; BILBAO UBILLOS, Juan Maria. Op. cit., p. 278; SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais e direito privado (...). In: SARLET, Ingo Wolfgang. *A constituição concretizada: construindo pontes com o público e o privado*. Op. cit., p. 117.

23 Cf. ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2001, p. 283. Vale ressaltar também a lição do Professor Humberto Ávila, em *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 16, afirmando que: “Ocorre que a aplicação do Direito depende precisamente de processos discursivos e institucionais sem os quais ele não se torna realidade. A matéria bruta utilizada pelo intérprete – o texto normativo ou dispositivo – constitui mera possibilidade de Direito. A transformação dos textos normativos em normas jurídicas depende da construção de conteúdos de sentido pelo próprio intérprete”.

24 SARMENTO, Daniel. Op. cit., p. 156.

25 ALEXY, Robert. Op. cit., p. 511.

social, foram elaboradas, basicamente, três teorias:<sup>26</sup> (1) a da *aplicação indireta ou mediata* (*mittelbare Drittwirkung*), (2) a dos *deveres de proteção* (*Schutzpflicht*) e (3) a da *aplicação direta ou imediata* (*unmittelbare Drittwirkung*).

A *primeira delas*, chamada por Vieira de Andrade de posição dualista,<sup>27</sup> foi concebida por Gunther Dürig e tinha como mote a preservação do princípio da liberdade como valor fundamental a ser considerado na aplicação das normas constitucionais nas relações privadas. De fato, levando-se à frente a antiga noção dos direitos fundamentais como direitos de defesa contra o poder do Estado, chegou-se à conclusão de que a autonomia de vontade deveria ser protegida através do direito privado (objeto da legítima manifestação dos representantes do povo), incidindo “a força jurídica dos preceitos constitucionais em relação aos particulares (terceiros) (...) apenas mediatamente”.<sup>28</sup> Neste sentido, a idéia de uma intervenção direta (ou imediata) do Estado nas relações entre os particulares, sem contar com a intermediação do legislador ordinário, era afastada por meio de uma “rejeição rotunda” que “poderia resumir-se desta forma breve e incisiva: o que é que tem o Estado a ver com a vida privada dos indivíduos?”.<sup>29</sup>

A bem da verdade, por detrás desta concepção doutrinária estava o forte temor de que a aplicação sem peias das normas constitucionais levasse ao extermínio da autonomia da vontade, uma vez que a livre disposição de interesses pelas partes estaria continuamente sob a mira de uma verdadeira “espada de Dâmocles” jusfundamental, cujo manejo imprevisível incumbiria tão-somente ao magistrado. Deste modo, a fim de aplacar a insegurança jurídica decorrente desta perigosa liberdade de movimentos judiciais, os defensores da eficácia mediata afirmavam que a primazia da proteção dos direitos fundamentais estaria nas mãos do Poder Legislativo<sup>30</sup> e que somente este, por razões de conveniência e oportunidade, poderia abrir caminho para a intervenção do Poder Judiciário através das cláusulas gerais (ou dos conceitos jurídicos indeterminados), que permitiriam a utilização dos valores constitucionais no processo de reconstrução (interpretação) de sentido do comando normativo.<sup>31</sup> Assim, a norma de direito privado demarcaria o espaço dentro do qual

---

26 Idem, *ibidem*.

27 ANDRADE, José Carlos Vieira de. 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. 275.

28 Idem, p. 276.

29 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Provedor de Justiça e efeito horizontal de direitos, liberdades e garantias. In: CANOTILHO, J. J. Gomes. *Estudos sobre direitos fundamentais*. Coimbra: Coimbra, 2004, p. 86.

30 “Al legislador le corresponderá entonces establecer el nivel de vigencia social de los derechos fundamentales exigido por la Constitución mediante la promulgación de normas de Derecho privado que correspondan a una valoración equilibrada.” BILBAO UBILLOS, Juan Maria. Op. cit., p. 324.

31 MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional*. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 120: “Um meio de irradiação



o juiz poderia se mover, compatibilizando o seu agir com os Princípios da Separação de Poderes e da Democracia.<sup>32</sup> Esta é a posição dominante na doutrina alemã e a adotada pelo Tribunal Federal Constitucional daquele país.<sup>33</sup>

Passando agora para a *segunda visão dogmática*, isto é, para o segundo modo de pensar a eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas, poderíamos sintetizar esta corrente nas seguintes questões formuladas por Canaris:<sup>34</sup> (1) Quem é o destinatário dos direitos fundamentais? (2) De quem é o comportamento objeto de exame com base nos direitos fundamentais (órgão público ou um particular)? (3) Em que função se aplicam os direitos fundamentais – como proibição de intervenção (direito de defesa) ou como mandamentos (deveres) de proteção?

Para este jurista alemão, fora dos casos excepcionais expressamente previstos na Constituição, somente o Estado seria o destinatário dos direitos fundamentais. Destarte, seguindo esta linha de raciocínio, Canaris observa que a conduta a ser confrontada diretamente com os direitos fundamentais seria aquela proveniente do ente público – seja através de um ato executivo, legislativo ou jurisdicional –, não havendo sentido em falar de “eficácia externa” sobre os negócios travados por sujeitos jusprivatistas. Contudo, o autor ressalva que os direitos fundamentais servem tanto para a “defesa de intervenções por parte do Estado nos bens jurídicos dos seus cidadãos (*Eingriffsverbote und Abwehrrechte*)”, quanto para “obrigar o Estado à proteção dos seus cidadãos”, caracterizando-se, pois, como “mandamentos de tutela ou deveres de proteção (*Schutzgebote*)”.<sup>35</sup>

A rigor, a *teoria dos deveres de proteção* alarga a aplicabilidade mediata dos direitos fundamentais para além do mero preenchimento das cláusulas gerais de direito privado,<sup>36</sup> obrigando o Estado ou o ordenamento jurídico “a proteger um cidadão contra o outro também nas relações entre si”,<sup>37</sup> sob pena de ser responsabilizado na medida em que não tenha cumprido seu dever específico de

---

dos direitos fundamentais para as relações privadas seriam as cláusulas gerais (*Generalklauseln*), que serviriam de porta de entrada (*Einbruchstelle*) dos direitos fundamentais no âmbito privado”.

32 SARMENTO, Daniel. A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais no direito comparado e no Brasil. In: BARROSO, Luis Roberto (org.). Op. cit., p. 214.

33 Cf. ALEXY, Robert. Op. cit., p. 511-512; BILBAO UBILLOS, Juan Maria. Em qué medida vinculan a los particulares los derechos fundamentales? In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 307.

34 CANARIS, Claus-Wilhelm. A influência dos direitos fundamentais sobre o direito privado na Alemanha. Trad. Peter Naumann. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. Op. cit., p. 234.

35 Idem, p. 237.

36 ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*. Op. cit., p. 248-249; e Os direitos, liberdades e garantias no âmbito das relações entre particulares. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. Op. cit., p. 280.

37 CANARIS, Claus-Wilhelm. A influência (...). In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). Op. cit., p. 238.

tutela, formulado negativamente como princípio da proibição de déficit (*Untermassverbot*).<sup>38</sup>

Por fim, nos aproximamos da forma mais polêmica de aplicação dos direitos fundamentais e que, de certo modo, permite a introdução do nosso tema propriamente dito: a análise da *incidência direta das normas constitucionais na relação de emprego*.

Com efeito, foi a partir da formulação dogmática realizada pelo juiz presidente do Tribunal Federal do Trabalho alemão (*Bundesarbeitsgericht*),<sup>39</sup> Hans Carl Nipperday – discípulo de Hans Kelsen e prestigiado especialista em direito civil e trabalhista<sup>40</sup> –, que a doutrina da eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas ganhou corpo, a ponto de seguir viagem para além das fronteiras do direito germânico.<sup>41</sup> De acordo com Nipperday, “*el efecto jurídico es más bien un efecto directamente normativo que modifica las normas de derecho privado existentes, sin que importe que se trate de derecho vinculante o dispositivo, de cláusulas generales o de determinadas normas jurídicas, o crea otras nuevas, sean éstas prohibiciones, mandatos, derechos subjetivos, leyes de protección o razones de justificación*” (grifos nossos).<sup>42</sup>

Para esta teoria, os direitos fundamentais não atuariam apenas como norte de conduta para a atividade legislativa ou como regra hermenêutica dirigida aos magistrados, mas também como “*norma de comportamiento apta para incidir (...) en el contenido de las relaciones entre particulares*”,<sup>43</sup> possuindo um efeito absoluto

38 ANDRADE, José Carlos Vieira. Op. cit., p. 249-250. Esclarece este autor que a idéia do princípio da proibição de déficit foi originalmente formulada por Canaris e possuiria como contraponto o princípio da proibição do excesso (*Übermassverbot*). No mesmo sentido, cf. MENDES, Gilmar Ferreira. Op. cit., p. 120, que denominou a *Untermassverbot* de “proibição de omissão”.

39 BILBAO UBILLOS, Juan Maria. Op. cit., p. 272. Este autor nos conta que foi na decisão proferida pela Primeira Câmara desta Corte Laboral, no dia 3 de dezembro de 1954, que se afirmou claramente possuírem os direitos fundamentais caráter vinculante e “*una significación inmediata (unmittelbare Bedeutung)*” nas relações privadas, tendo sido este posicionamento reproduzido pela sentença de 5 de maio de 1957, quando se “*declaró nula una cláusula contractual que preveía la extinción de la relación laboral de las enfermeras que trabajaban al servicio de um hospital privado en el caso de que contrajeran matrimonio. Esta cláusula, invocada por el empresario que despidió a la demandante, vulneraba, según el BAG, los artículos 1.1, 2.1 y 6.1 de la Ley Fundamental*”.

40 Idem, p. 271, nota de rodapé nº 86.

41 Idem, p. 329 e ss.

42 Apud ALEXY, Robert. Op. cit., p. 513.

43 BILBAO UBILLOS, Juan Maria. Em qué medida vinculan a los particulares los derechos fundamentales? In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). Op. cit., p. 317. É importante a observação feita por este autor, no sentido de que a decantada oposição entre a eficácia mediata e a imediata “*es una falsa disyuntiva: admitir la posibilidad de una vigencia inmediata de los derechos fundamentales en las relaciones inter privados en determinados supuestos, no significa negar o subestimar el efecto de irradiación de esos derechos a través de la ley. Ambas modalidades son perfectamente compatibles: lo normal (y lo más conveniente también) es que sea el legislador el que concrete el alcance de los diferentes derechos en las relaciones de Derecho privado, pero cuando esa mediación no existe, en ausencia de ley, las normas constitucionales pueden aplicarse directamente*”.

(*absolute Wirkung*).<sup>44</sup> Deste modo, independentemente de não existir uma lei proibitiva ou permissiva<sup>45</sup> e de o ajuste de vontades ter sido efetuado com amparo na autonomia individual, o *caráter normativo da Constituição* exigiria a consideração imediata dos direitos fundamentais por ela consagrados. Esta vinculação ensejaria a materialização de uma posição jurídica subjetiva de um particular em face de outro, fundamentada tão-somente na violação, por este último, do comando constitucional arrolado (explícita ou implicitamente) pela Lei Maior como direito fundamental. No entanto, como veremos a seguir, tal pretensão não se dará pacificamente na grande maioria das vezes, pois que, em se tratando de relação entre particulares, os dois pólos serão, simultaneamente, titulares e destinatários de direitos fundamentais.<sup>46</sup>

## 2 PECULIARIDADES DA *DRITTWIRKUNG* NA ESFERA JUSLABORAL

Após este rápido panorama sobre as diferentes perspectivas dogmáticas acerca do modo de aplicação dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, passaremos à *primeira pergunta* lançada na introdução deste ensaio: estaria o ajuste realizado entre o empregado e o empregador sujeito às mesmas controvérsias dogmáticas que foram estabelecidas a partir da doutrina da *Drittwirkung*?

Para respondermos satisfatoriamente a esta questão, poderíamos transformá-la numa outra ainda mais simples: existe algum traço peculiar que diferencie a relação de emprego das demais relações privadas? Não só cremos que sim, como também que a realidade já fala por si. Senão, vejamos.

3.1 De fato, está na essência do ajuste laboral a distância entre as posições de largada nas negociações, podendo-se afirmar, figurativamente, que, enquanto o trabalhador está na linha de partida, o empregador já se encontra a um passo da linha de chegada. Quando afirmamos ser óbvia a existência de peculiaridades nesta espécie de relação jurídica privada, é porque nela *jamais haverá uma plena isonomia entre as partes*, ainda que o prestador de serviço seja altamente qualificado, porquanto sempre estará submetido às diretrizes de organização e às normas disciplinares estabelecidas pelo empregador. Em suma: *sempre estará juridicamente subordinado. Eis aí o primeiro diferencial.*

44 ALEXY, Robert. Op. cit., p. 513; SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais e direito privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *A constituição concretizada: construindo pontes com o público e o privado*. Op. cit., p. 122.

45 “*Um derecho cuyo reconocimiento, cuya existencia, 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*” (grifos nossos). BILBAO UBILLOS, Juan Maria. Em qué medida vinculan a los particulares los derechos fundamentales? In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). Op. cit., p. 313.

46 SARMENTO, Daniel. Op. cit., p. 301.

Não foi por acaso que as formulações originais sobre a eficácia imediata dos direitos fundamentais entre os particulares surgiram no âmbito trabalhista,<sup>47</sup> pois foi justamente nesta seara que a desigualdade jurídica (e, na maioria das vezes, também econômica)<sup>48</sup> se apresentou sem cerimônia. Ao invés de se constituir um contrato bilateral calcado numa verdadeira e recíproca autonomia da vontade, o que existia, na realidade, era uma via de mão única, pavimentada por um fenômeno recorrente das sociedades de massa: o *poder social* (*Sinzheimer*).<sup>49</sup>

3.2 Mas antes de darmos prosseguimento ao exame desta forma de manifestação de poder na esfera privada, é importante fazermos mais uma pequena digressão, a fim de esclarecermos um aspecto bastante relevante sobre a doutrina da *Drittwirkung* na relação de emprego.

Com efeito, é de conhecimento geral que foi a partir da reação dos trabalhadores à farsa da igualdade formal, insuflada pelo Estado burguês, que surgiu o *direito do trabalho*, cujo escopo seria o de compensar a inevitável ascendência do proprietário dos meios de produção sobre aquele que só possuía a força física e mental como moeda de troca pela subsistência. Ocorre que este movimento operário se mostrou tão bem-sucedido que as suas reivindicações alcançaram patamar constitucional, agregando à Lei Fundamental normas expressamente dirigidas aos empregadores (entes privados). Logo, se considerássemos apenas esta dimensão (social) dos direitos fundamentais, não haveria maiores motivos para que prosseguíssemos a discussão em torno da aplicabilidade das normas constitucionais na relação privada trabalhista, visto que o próprio legislador constituinte já teria sido bastante enfático neste propósito.<sup>50</sup> Todavia, o que estamos a analisar é a possibilidade de incidência de todo o espectro de direitos fundamentais que não

---

47 “*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 y sigue encontrando entre los cultivadores de esta disciplina los más firmes apoyos.*” BILBAO UBILLOS, Juan Maria. Op. cit., p. 245.

48 “*Es evidente, por ejemplo, que el estado de dependencia económica del salariado le obligaría muchas veces a aceptar las condiciones impuestas por el empleador en el contrato individual de trabajo.*” Idem, p. 244.

49 “*Como se observa na sociedade de massa atual, a empresa ou mesmo o Estado, pela sua posição econômica e pelas suas atividades de produção e distribuição de bens ou serviços, encontram-se na iminência de estabelecer uma série de (...) contratos de adesão. (...) Hoje elas dominam quase todos os setores da vida privada, é a maneira normal de concluir contratos onde há superioridade econômica ou técnica entre os contratantes, seja nos contratos de empresa com seus clientes, seja com seus fornecedores, seja com seus assalariados*” (grifos nossos). MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 53-54.

50 Cf. SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais e direito privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *A constituição concretizada: construindo pontes com o público e o privado*. Op. cit., p. 150; e SARMENTO, Daniel. Op. cit., p. 332-333.

seja imediatamente (ou exclusivamente) acometido aos trabalhadores,<sup>51</sup> o que, conseqüentemente, reconduz esta relação privada *sui generis* ao tema objeto do esforço dogmático de delimitação do alcance da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais.

3.3 Pois bem. Levando-se em conta a *natural proeminência do empregador sobre o agir profissional do empregado, bem como a correlata sujeição do trabalhador ao poder de mando do empregador – não apenas durante a execução de suas atividades, como também (e principalmente) no momento de admissão*,<sup>52</sup> quando, via de regra, o indivíduo está ansioso por conquistar uma vaga no mercado de trabalho na tentativa de sobreviver dignamente –, grande parte dos autores,<sup>53</sup> assim como a maioria dos países ocidentais de tradição romano-germânica,<sup>54</sup> 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*

- 
- 51 A expressão utilizada pelo Tribunal Constitucional espanhol seria o de “*ciertos derechos fundamentales en su proyección laboral*” (grifos nossos). BILBAO UBILLOS, Juan Maria. En qué medida vinculan a los particulares los derechos fundamentales? In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. Op. cit., p. 328.
- 52 “*La supremacia del empleador (y la consiguiente subordinación del trabajador) preexiste al contrato y hace que el consentimiento contractual no sea completamente libre y espontáneo.*” BILBAO UBILLOS, Juan Maria. Op. cit., p. 246, nota de rodapé nº 30. No mesmo sentido, é bastante adequada a hipótese trazida por ANDRADE, José Carlos Vieira de. Os direitos, liberdades e garantias no âmbito das relações entre particulares. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. Op. cit., p. 285, nota de rodapé nº 46, ao afirmar que “um caso exemplar de violação dos direitos fundamentais seria o das *closed-shops*, em que os empregadores se obrigam a não admitir e até, por vezes, a despedir trabalhadores não-inscritos num certo sindicato. Era prática frequente, p.ex., na Grã-Bretanha, várias vezes condenada no Tribunal Europeu dos Direitos do Homem (cf. NJW, 1982, 486)” (grifos nossos).
- 53 Dentre outros, BILBAO UBILLOS, Juan Maria. Op. cit., p. 241-256; ANDRADE, José Carlos Vieira. Op. cit., p. 254-259; CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 1293; ZIPPELIUS, Reinhold. *Teoria geral do estado*. Trad. Karin Praefke-Aires Coutinho. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 438-439 e 442; SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais e direito privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *A constituição concretizada: construindo pontes com o público e o privado*. Op. cit., p. 140; PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. Apontamentos (...). In: BARROSO, Luís Roberto. Op. cit., p. 148; SARMENTO, Daniel. Op. cit., p. 261 e 305, afirmando este último autor que, “no contexto da sociedade contemporânea, só por mero preconceito se pode excluir os particulares, sobretudo os detentores de posição de poder social, da qualidade de destinatários dos direitos fundamentais (...) É por isso também que em certos domínios normativos, como o *Direito do Trabalho* e o *Direito do Consumidor*, que têm como premissa a desigualdade fática entre as partes, a vinculação aos direitos fundamentais deve mostrar-se especialmente enérgica, enquanto a argumentação ligada à autonomia da vontade dos contratantes assume peso inferior” (grifos nossos). A título de confrontação, vale conferir o artigo do Professor Ingo Sarlet referido nesta nota, p. 130-132, em que são registradas algumas opiniões divergentes desta aqui esposada.
- 54 Quanto aos países que adotaram a eficácia imediata dos direitos fundamentais, são eles, nomeadamente, Espanha, Portugal, Itália e Argentina, cf. SARMENTO, Daniel. Op. cit., p. 258.

*fundamentales del trabajador, dada la fuerte implicación de la persona de este en la ejecución de la prestación laboral*".<sup>55</sup>

O parâmetro utilizado para se alcançar esta conclusão foi exatamente o da inescapável desigualdade fática e jurídica entre os sujeitos da relação de emprego, pois, quanto maior ela se revela, maior será a margem de restrição da autonomia privada. Ou, dito de outro modo, quanto menor for a liberdade da parte mais fraca (quando, por exemplo, possuir menor nível educacional),<sup>56</sup> maior será a necessidade de proteção.<sup>57</sup>

Na verdade, a participação de um particular investido de um poder privado é da essência do contrato de trabalho subordinado, isto é, trata-se de um elemento nodal à sua conformação, diferentemente do que ocorre em outras modalidades de relações privadas, nas quais o *desnível sinalagmático*<sup>58</sup> é meramente eventual. Além disso, poderíamos invocar o argumento do jurista francês Jean Rivero, no sentido de não ser concebível a existência de uma "dupla moral no seio da sociedade".<sup>59</sup> Destarte, seria injustificável, por exemplo, que a exigência de "teste de gravidez" fosse considerada uma violação da integridade física e moral de uma mulher candidata a uma função pública, enquanto o mesmo procedimento fosse considerado um requisito lícito para a obtenção de um emprego privado, "em nome da produtividade da empresa e da autonomia contratual ou empresarial".<sup>60</sup>

55 BILBAO UBILLOS, Juan Maria. Op. cit., p. 246-247.

56 "No tocante às relações de poder, o que é mais característico das nossas sociedades é o facto de a desigualdade material estar profundamente entrelaçada com a desigualdade não material, *sobretudo com a educação desigual*, a desigualdade das capacidades representacionais/comunicativas e expressivas e ainda a desigualdade de oportunidades e de capacidades de organizar interesses e para participar autonomamente em processos de tomada de decisões significativas" (grifos nossos). SANTOS, Boaventura de Souza. *Para um novo senso comum: a ciência, o direito e a política na transição paradigmática*. 4. ed. São Paulo: Cortez, 2002, v.1, p. 267: *A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência*.

57 BILBAO UBILLOS, Juan Maria. En qué medida vinculan a los particulares los derechos fundamentales? In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. Op. cit., p. 334.

58 Utilizamos a expressão "desnível sinalagmático" ao tomarmos emprestada a *noção de sinalagma* ["um elemento imanente estrutural do contrato, (...) a dependência genética, condicionada e funcional de pelo menos duas prestações co-respectivas, (...) o nexo-final que oriundo da vontade das partes é moldado pela lei" (MARQUES, Cláudia Lima. Op. cit., p. 240)] *contextualizada numa relação de poder*. Esta, por sua vez, seria definida como "qualquer relação social regulada por uma troca desigual (...) uma relação social porque a sua persistência reside na capacidade que ela tem de reproduzir desigualdade mais através da troca interna do que por determinação externa" (SANTOS, Boaventura de Souza. Op. cit., p. 266).

59 SARMENTO, Daniel. Op. cit., p. 244; CANOTILHO, J. J. Gomes. Provedor de Justiça e efeito horizontal de direitos, liberdades e garantias. In: CANOTILHO, J. J. Gomes. *Estudos sobre direitos fundamentais*. Op. cit., p. 95.

60 CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 1294. Merece ser transcrita uma decisão da Corte Constitucional espanhola que, ao se

Entretanto, vale aqui um lembrete aos mais afoitos na efetivação imediata das variadas dimensões dos direitos fundamentais na relação de trabalho subordinado. Por mais que o poder social (*in casu*, o empregador privado) se aproxime do Poder Público no tocante à necessidade de proteção do mais fraco que com ele se relacione, os dois não são assimiláveis.<sup>61</sup> Como afirmamos anteriormente, devemos ter sempre em mente que o particular – por mais influente que seja – continua sendo titular de direitos fundamentais.<sup>62</sup> Portanto, será inevitável que nos depararemos com algumas “zonas cinzentas”, nas quais não restará tão evidente qual dos litigantes estará com a razão.<sup>63</sup> Nestes casos difíceis (*hard cases*), deveremos lançar mão do postulado da ponderação.<sup>64</sup> Assim, o que deverá nortear o grau ou a medida da aplicação

---

posicionar francamente a favor da eficácia direta dos direitos fundamentais no ambiente laboral, asseverou: “*Ni las organizaciones empresariales forman mundos separados y estancos del resto de la sociedad ni la libertad de empresa que establece el art. 38 del texto constitucional legitima el que quienes prestan servicios en aquéllas por cuenta y bajo la dependencia de sus titulares deban soportar despojos transitorios o limitaciones injustificadas de sus derechos fundamentales y libertades públicas, que tienen un valor central y nuclear en el sistema jurídico constitucional. Las manifestaciones de ‘feudalismo industrial’ repugnan al Estado social y democrático de Derecho*” (grifos nossos). BILBAO UBILLOS, Juan Maria. En qué medida vinculan a los particulares los derechos fundamentales? In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. Op. cit., p. 328-329.

- 61 SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais e direito privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *A constituição concretizada: construindo pontes com o público e o privado*. Op. cit., p. 131.
- 62 Idem, p. 129.
- 63 Poderíamos citar, como exemplo, a hipótese de um jornalista que é despedido por escrever um artigo que vai contra a linha editorial de seu empregador. Haveria, neste caso, violação da sua liberdade de expressão e exercício profissional? Ou estaria o empregador no seu direito legítimo de dispensar os empregados que não compartilhassem de sua ideologia, sob o argumento de que tal comportamento poderia induzir a erro os seus leitores, no tocante à sua verdadeira posição política? Esse exemplo foi retirado de uma situação semelhante mencionada por UBILLOS, Juan Maria Bilbao. Op. cit., p. 703, nota de rodapé nº 631.
- 64 Cf. ALEXY, Robert. Op. cit., p. 514. Sobre a natureza da ponderação de interesses e a sua forma de aplicação, Cf. ÁVILA, Humberto. Op. cit., p. 80 e ss., sendo interessante destacar, desde já, que “esses deveres situam-se num segundo grau e estabelecem a estrutura de aplicação de outras normas, princípios e regras. Como tais, eles permitem verificar os casos em que há violação às normas cuja aplicação estruturam (...) os postulados normativos situam-se num plano distinto daquele das normas cuja aplicação estruturam. A violação deles consiste na não-interpretação de acordo com sua estruturação. São, por isso, metanormas, ou normas de segundo grau (...) funcionam como estrutura para aplicação de outras normas”. Para outras visões sobre o tema, cf., ainda, SARMENTO, Daniel. *A ponderação de interesses na Constituição Federal*. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002; BARCELLOS, Ana Paula de. *Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005; SILVA, Luis Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. In: TORRENS, Haradja Leite; ALCOFORADO, Mario Sawatani Guedes (org.). *A expansão do direito: estudos de direito constitucional e filosofia do direito em homenagem ao professor Willis Santiago Guerra Filho* (por duas décadas de docências e pesquisas). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004; STEINMETZ, Wilson Antônio. *Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

direta das normas constitucionais será este instrumento metódico de argumentação e decisão,<sup>65</sup> o que nos permitirá harmonizar a ordem jurídica nas hipóteses em que dois ou mais princípios constitucionais estiverem em rota de colisão.

3.4 Posta a *primeira peculiaridade* da relação jurídica empregatícia – a *continua subordinação jurídica do empregado como reverso do inequívoco poder privado (de organização e disciplinar) do empregador* –, bem como colocadas as premissas básicas dela decorrentes, isto é, que (i) a forma direta de aplicação das normas constitucionais seria a mais apropriada e que (ii) haverá ocasiões nas quais será necessária a ponderação dos interesses em jogo, estamos aptos a observar uma *segunda peculiaridade* desta modalidade de ajuste privado: a *possibilidade de limitação temporária e contingente dos direitos fundamentais individuais da pessoa humana, quando exercidos na qualidade de trabalhador*.

De plano, o leitor deve atentar para a sutileza que permeia a nossa apresentação da possibilidade de limitação de direitos fundamentais na relação de emprego, uma vez que o fizemos considerando o *indivíduo na qualidade de trabalhador*. Ora, esta ressalva se deve ao fato de não estarmos apreciando os direitos fundamentais especificamente dirigidos aos trabalhadores,<sup>66</sup> uma vez que seriam, *a priori*, irrenunciáveis.<sup>67</sup> O que objetivamos analisar é a possibilidade de o empregado ter limitado – durante a vigência do contrato e em razão das características que o circundam (daí o porquê de “temporária” e “contingente”) – o exercício de seus direitos fundamentais individuais, como, por exemplo, os de liberdade ideológica, de expressão ou religiosa. Para sermos mais claros, vejamos três exemplos:<sup>68</sup>

65 CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. Op. cit., p. 1283.

66 Como, v.g., aqueles elencados no art. 7º da Constituição Federal de 1988.

67 Cf. CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. Op. cit., p. 464-465, que declara, *in verbis*: “os direitos fundamentais dos trabalhadores e das suas organizações são, na ordem constitucional portuguesa, irrenunciáveis, sobretudo quando se trata de direitos, liberdades e garantias dos trabalhadores”. Essa observação se adapta perfeitamente à ordem constitucional brasileira, com o único reparo de aqui ser permitida a flexibilização dos direitos constitucionais do trabalhador por meio da negociação coletiva realizada pelo sindicato representante da categoria profissional (art. 7º, VI, XIII e XIV, da CRFB/88). Cf., por todos, na doutrina brasileira, SÜSSEKIND, Arnaldo et al. *Instituições de direito do trabalho*. 17. ed. São Paulo: LTr, 1997, p. 215 e ss.

68 É importante salientar que os exemplos mencionados se referem à parcela de direitos fundamentais cuja eficácia depende, em última análise, da *manifestação de vontade do empregado*. No que tange àqueles que envolvam questões de natureza *existencial* – *situações que se põem fora da ingerência volitiva do indivíduo*, como, por exemplo, as atinentes à idade, raça, sexo ou deficiência física –, a hipótese será de incidência do *princípio da proibição de discriminação*, positivado no art. 7º, incisos XXX e XXXI da CRFB/88 e na *Lei nº 9.029/95*. Contudo, não se deve olvidar que, mesmo diante destas normas, haverá situações de prevalência do princípio da liberdade contratual.

De fato, desde que o empregador justifique razoavelmente o tratamento desigual, isto é, que apresente um *fundamento coerente entre a finalidade da restrição e o critério escolhido para efetua-la*, demonstrando, no caso concreto, que o biotipo do empregado não atende aos requisitos necessários ao exercício da atividade profissional exigida, inexistirá violação do princípio da igualdade material. Um caso interessante que poderia ilustrar o que dissemos foi mencionado pelo Professor Vieira



*Caso (1)* – Uma fundação destinada a ajudar imigrantes possui dentre os seus empregados uma pessoa que, fora de suas atividades profissionais, preside um partido político francamente hostil à presença de imigrantes no país. Tão logo a diretoria toma conhecimento do fato, dispensa-o.<sup>69</sup> Este ato é ofensivo à liberdade ideológica do trabalhador?

*Caso (2)* – Uma escola católica contrata um professor de matemática. No decorrer do ano letivo, a diretoria descobre que o docente, conversando com os alunos no intervalo das aulas, externou sua opinião pessoal acerca do divórcio e do aborto, mostrando-se favorável a ambos. Ato contínuo, dispensa-o.<sup>70</sup> Novamente pergunta-se: este ato é atentatório à liberdade de expressão do trabalhador?

*Caso (3)* – Um indivíduo pertencente a uma determinada seita solicitou um emprego em um restaurante, tendo sido informado pelo proprietário que havia uma vaga para trabalhar na cozinha, mas que só poderia contratá-lo se retirasse a sua barba, uma vez que assim exigiam as normas sanitárias e de higiene vigentes naquele estabelecimento. Afirmando ser a preservação da barba um dos mandamentos de sua religião, o candidato se recusou a retirá-la e, conseqüentemente, não foi admitido.<sup>71</sup> Poderia este trabalhador pretender alguma forma de reparação, alegando discriminação religiosa ou restrição indevida de sua liberdade de religião?

3.5 Diante das situações acima mencionadas, já se torna perceptível a enorme quantidade de variáveis que o aplicador do direito poderá encontrar pela frente, na

---

de Andrade, ao afirmar que “já é difícil hoje (...) conceber a hipótese de uma discriminação no emprego em função do sexo, mesmo invocando a ‘capacidade objetiva para o exercício da função’ (...) na atividade de estiva” (cf. *Os direitos, liberdades e garantias no âmbito das relações entre particulares*. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. Op. cit., p. 297, nota de rodapé nº 86). Nesta hipótese, o professor português deixa implícita a conexão de sentido entre a finalidade da distinção (selecionar pessoas capazes de exercer pesadas atividades físicas) e o critério eleito para realizá-la (sexo). Outrossim, vale relembrar que a discriminação do trabalhador desprovida de uma razão subjacente (*ratio*) capaz de justificá-la será imediatamente fulminada pelo direito fundamental ao tratamento materialmente isonômico, o qual funcionará com um verdadeiro *instrumento de bloqueio* aos atos arbitrários do empregador, maquiados por uma suposta autonomia da vontade (cf. ÁVILA, Humberto. *Sistema constitucional tributário*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 47). A rigor, para a verificação da justeza do tratamento desigual, é essencial ter em mente a advertência de Boaventura de Souza Santos, que afirmou: “as pessoas e os grupos sociais têm o direito a ser iguais quando a diferença os inferioriza, e o direito de ser diferentes quando a igualdade os descaracteriza” (apud MORAES, Maria Celina Bondin. *O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo*. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. Op. cit., p. 124).

69 Caso verídico mencionado por BILBAO UBILLOS, Juan Maria. Op. cit., p. 703, nota de rodapé nº 631.

70 Exemplo semelhante é dado por CANOTILHO, J. J. Gomes. Provedor de Justiça (...). In: CANOTILHO, J. J. Gomes. *Estudos sobre direitos fundamentais*. Op. cit., p. 88.

71 Situação verídica colhida de BILBAO UBILLOS, Juan Maria. Op. cit., p. 710, nota de rodapé nº 642.

tentativa de compaginar os direitos fundamentais do indivíduo-trabalhador com algumas circunstâncias próprias às relações de emprego. Deste modo, no intuito de evitar o extremismo – seja aquele radicado na defesa de uma *supressão absoluta dos direitos fundamentais individuais das relações de emprego*, em virtude da subordinação jurídica, do dever de lealdade do empregado e, quiçá, dos caprichos do empregador (autonomia privada), seja aquele motivador da *total desconsideração das cláusulas contratuais*, ensejando uma aplicação ilimitada dos direitos, liberdades e garantias constitucionais –, impõe-se a necessidade de se encontrar *critérios metodológicos objetivos para a aplicação dos direitos fundamentais individuais na relação laboral*, ou seja, de criação de alguns *standards*,<sup>72</sup> cuja observância auxiliará o juiz na aferição da legitimidade (ou não) de uma intervenção privada restritiva da liberdade do indivíduo enquanto trabalhador.<sup>73</sup>

Todavia, antes de darmos o primeiro passo para a delimitação destes parâmetros gerais, é imperioso que iluminemos o caminho a ser percorrido, colocando um holofote sobre a especial natureza dos direitos fundamentais que “*incumben al trabajador como ciudadano*”. Estes, a rigor, devem ser modulados “*en la medida estrictamente imprescindible para el correcto y ordenado desenvolvimiento de la actividad productiva*”, o que torna indispensável, em contrapartida, a “*adaptabilidad de los derechos del trabajador a los requerimientos de la organización productiva en que se integra, y en la apreciada razonabilidad de éstos*, como se ha afirmado que manifestaciones del ejercicio de aquéllos que en outro contexto serían legítimas, no lo son, cuando su ejercicio se valora en el marco de una relación laboral (...). *Se trata de encontrar un equilibrio entre el ejercicio por el trabajador de sus libertades constitucionales y las exigencias que se derivan del vinculo contractual*”.<sup>74</sup> (grifos nossos)

A bem da verdade, não podemos esquecer que a submissão do trabalhador às determinações do empregador se dá espontaneamente, uma vez que partimos do pressuposto de que estamos lidando com um contrato livremente estabelecido. Logo, a comunhão de interesses entre empregado e empregador – no sentido de cooperação recíproca para a melhor consecução da finalidade empresarial – é o norte de conduta

---

72 “Trata-se de uma medida de responsabilidade que vincula os participantes numa relação obrigacional a comportamentos socialmente típicos. Estamos, no fundo, perante medidas fácticas de comportamento social que devem ser observadas a fim de se evitarem resultados danosos geradores de responsabilidade (...). Os *standards* do *reasonable man*, *man on the clapham omnibus* passam a ser invocados como medidas de comportamento judicialmente relevantes”. CANOTILHO, J. J. Gomes. Métodos de protecção de direitos, liberdades e garantias. In: CANOTILHO, J. J. Gomes. *Estudos sobre direitos fundamentais*. Op. cit., p. 155. Cf. também SARMENTO, Daniel. Op. cit., p. 302-303.

73 CANOTILHO, J. J. Gomes. Dognática de direitos fundamentais e direito privado. In: CANOTILHO, J. J. Gomes. *Estudos sobre direitos fundamentais*. Op. cit., p. 198.

74 BILBAO UBILLOS, Juan Maria. En qué medida vinculan a los particulares los derechos fundamentales? In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. Op. cit., p. 330-331.

destes sujeitos privados, sendo, portanto, bastante razoável que determinadas liberdades fundamentais sejam adequadas ao funcionamento do empreendimento. A dificuldade está, mais uma vez, em desvendar a precisa extensão desta restrição.

3.6 Com efeito, a prática forense trabalhista demonstra mais do que todas as outras que, subjacente às grandes controvérsias jurídicas, estão questões fáticas que não podem ser descuradas, porquanto de crucial importância para a justa composição da demanda, isto é, para a descoberta de uma resposta que leve em conta todos os aspectos da realidade. Temos, deste modo, que a melhor forma de controle da ingerência privada sobre os direitos fundamentais individuais do trabalhador é aquela realizada topicamente (caso a caso),<sup>75</sup> uma vez que permite a apreciação do problema de maneira diferenciada<sup>76</sup> e, conseqüentemente, favorece a descoberta de soluções mais afeitas à realidade factual subjacente à controvérsia suscitada. Entretanto, nada impede que através do estudo de algumas situações concretas sejam construídos, a partir de uma dogmática analítica,<sup>77</sup> parâmetros procedimentais gerais aptos a auxiliar o magistrado<sup>78</sup> e que, a par de viabilizar a aferição da legitimidade do ato do empregador, constituiriam importantes critérios objetivos a serviço do controle da própria argumentação judicial.<sup>79</sup>

Isto posto, ao decompormos analiticamente os três exemplos mencionados no item 3.4, poderíamos sistematizar os seguintes critérios metodológicos para a análise da legitimidade do ato compressivo da esfera jurídica individual do trabalhador subordinado:<sup>80</sup>

---

75 SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais e direito privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *A constituição concretizada: construindo pontes com o público e o privado*. Op. cit., p. 159.

76 CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. Op. cit., p. 464.

77 Cf. ALEXY, Robert. Op. cit., p. 30: “Dicho brevemente, en la dimensión analítica de lo que se trata es de la consideración sistemático-conceptual del derecho válido. El espectro de tareas se extiende aquí desde el análisis de los conceptos fundamentales (...) pasando por la construcción jurídica (por ejemplo, la de la relación entre el supuesto de hecho y las restricciones de los derechos fundamentales y la del efecto en terceros) hasta la investigación de la estructura del sistema jurídico (por ejemplo, la llamada irradiación de los derechos fundamentales) y de la fundamentación sobre la base de derechos fundamentales (por ejemplo, de la ponderación)” (grifos nossos).

78 CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. Op. cit., p. 1275.

79 Neste aspecto, não devemos olvidar que a parametrização sugerida não tem o escopo de afastar completamente o subjetivismo inerente à decisão judicial, sendo o caso de lembramos da advertência feita por Robert Alexy, no sentido de que, “para qualquer pessoa preparada a aceitar uma teoria da argumentação jurídica racional, um procedimento que garanta a certeza do resultado, a teoria proposta aqui é inaceitável por esse único motivo. No entanto, nenhum procedimento que garanta certeza está à vista ainda. Qualquer pessoa que equipare racionalidade com certeza terá de renunciar à idéia de uma teoria de argumentação jurídica racional”. ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica*. Trad. Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy, 2001, p. 272.

80 Cf. CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. Op. cit., p. 1284.

- (a) *identificar* qual a liberdade fundamental que estaria sendo imediatamente restringida;<sup>81</sup>
- (b) delimitar a *finalidade da limitação* do direito fundamental individual, isto é, o estado de coisas a que o ato do empregador visa promover;<sup>82</sup>
- (c) observar a *relação de coerência*<sup>83</sup> entre a *restrição do exercício do direito fundamental individual e a atividade profissional desempenhada pelo trabalhador*;
- (d) reconstruir a *espécie de limitação* com base na *intensidade*<sup>84</sup> da relação de coerência anteriormente apreciada: se forte (ou mais intensa), será o caso de uma *limitação imanente anteposta* ao direito fundamental,<sup>85</sup> cuja extensão deverá ser analisada sob as lentes do *postulado da proibição do excesso*;<sup>86</sup> se fraca (ou menos intensa), não haverá como se delimitar

81 CANOTILHO, J. J. Gomes. Dogmática de direitos fundamentais e direito privado. In: CANOTILHO, J. J. Gomes. *Estudos sobre direitos fundamentais*. Op. cit., p. 199-200.

82 Cf. ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*. Op. cit., p. 70; CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. Op. cit., p. 465.

83 ÁVILA, Humberto. *Sistema constitucional tributário*. Op. cit., p. 30-33: “A conexão de sentido ou a relação de dependência entre normas é um reconhecido postulado hermenêutico (...). A coerência é tanto um critério de relação entre dois elementos como uma propriedade resultante dessa mesma relação. (...) No plano formal, um conjunto de proposições qualifica-se como coerente se preenche os requisitos de (a) consistência e de (b) completude. *Consistência* significa ausência de contradição (...). *Completude* significa a relação de cada elemento com o restante do sistema, em termos de integridade (...) e de coesão inferencial (o conjunto de proposições contém suas próprias consequências lógicas). No plano substancial, um conjunto de proposições qualifica-se como coerente quanto maior for a (a) *relação de dependência recíproca* entre as proposições e (b) quanto maior forem os seus elementos comuns (...) O postulado da coerência contribui, justamente, fornecendo critérios para encontrar uma melhor fundamentação” (grifos nossos).

84 ÁVILA, Humberto. *Sistema constitucional tributário*. Op. cit., p. 32-33: “o postulado da coerência serve para melhor compreender a gradualidade do relacionamento entre as normas (...) O emprego do critério da coerência complementa a noção de hierarquia para demonstrar que o *relacionamento entre as normas, no tocante ao aspecto substancial, pode ser gradual, isto é, ‘mais ou menos’* (...). Está-se (...) no terreno do ‘promove mais ou promove menos’, do ‘suporta mais ou suporta menos’ e do ‘mais compatível ou menos compatível’ (...). *A intensidade será garantida mediante a escolha de premissas plausíveis e conclusões que possam decorrer logicamente delas*” (grifos nossos).

85 ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*. Op. cit., p. 279: “No que respeita aos limites imanentes, embora seja de rejeitar um modelo ‘pré-formativo’, que sustente a recondução à hipótese normativa constitucional de todas as limitações possíveis, deve admitir-se uma interpretação das normas constitucionais que permita restringir à partida o âmbito de proteção da norma que prevê o direito fundamental (...). *Essa delimitação substancial justifica-se (...) pela vantagem prática de evitar que venha a considerar-se como uma situação de conflito de direitos aquela em que o conflito é apenas aparente*” (grifos nossos). No sentido contrário, cf. ALEXY, Robert. Op. cit., p. 271; CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. Op. cit., p. 1280-1282.

86 “A promoção das finalidades constitucionalmente postas possui, porém, um limite. Esse limite é fornecido pelo postulado da proibição de excesso. (...) A proibição de excesso está presente em qualquer contexto em que um direito fundamental esteja sendo restringido. Por isso, deve ser

antecipadamente o âmbito de proteção da norma, tornando-se indispensável a *ponderação de bens em concreto* para o estabelecimento de uma relação de preferência.<sup>87</sup> Nesta parte final do *iter* argumentativo, operacionalizar-se-á uma *investigação estruturada essencialmente sobre o grau da conexão de sentido* referida no estágio anterior, utilizando-se, para tanto, as teorias interna ou externa da limitação dos direitos fundamentais quando se tratar, respectivamente, de uma restrição fortemente coerente ou fracamente coerente.<sup>88</sup>

Conforme já havíamos bosquejado linhas atrás,<sup>89</sup> ao inserir-se no contexto contemporâneo pós-positivista estruturado sobre uma racionalidade prática, o empregador não terá como se eximir de justificar racionalmente o ato restritivo da liberdade do trabalhador. O juiz, por sua vez, ao balizar sua atuação pelos marcos procedimental-argumentativos que propusemos, obterá os instrumentos apropriados ao exame da adequação dos fatos aos direitos fundamentais envolvidos, fazendo com que não baste a mera alegação consequencialista do interventor privado de que agiu com vistas ao melhor funcionamento da empresa. Deveras, poderá acontecer de a argüição de eficiência administrativa não ser suficiente à racionalização da restrição, pois que, ao navegarmos pelos mares nebulosos dos direitos fundamentais, corremos o risco de calcular mal a nossa trajetória e nos deparamos com um

---

investigada separadamente do postulado da proporcionalidade: sua aplicação (...) depende, unicamente, de estar um direito fundamental sendo excessivamente restringido” (ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*. Op. cit., p. 101). “Ele se fundamenta na idéia de que todos os direitos e princípios fundamentais, ainda que possam ser restringíveis, não podem ser atingidos no seu *núcleo essencial*, sendo esse núcleo definido como *aquela parcela do conteúdo de um direito sem a qual ele perde a sua eficácia mínima e, por isso, deixa de ser reconhecido como um direito fundamental*” (grifos nossos). (ÁVILA, Humberto. *Sistema constitucional tributário*. Op. cit., p. 389)

87 ALEXY, Robert. Op. cit., p. 92.

88 Sobre a possibilidade de compatibilização entre as chamadas teorias interna e externa, cf. CANOTILHO, J. J. Gomes. Dognática de direitos fundamentais e direito privado. In: CANOTILHO, J. J. Gomes. *Estudos sobre direitos fundamentais*. Op. cit., p. 200-202, *in verbis*: “o modo de articulação da intervenção restritiva com os pressupostos dos direitos fundamentais revela também o modo como se determina o âmbito de garantia efetivo de um direito. Se partirmos das premissas da chamada teoria externa o âmbito de garantia efetivo é o âmbito de proteção definitivo depois de estabelecidas as restrições. Se elegermos a teoria interna, o âmbito de garantia efetivo é o que resulta depois de um cuidadoso recorte dos limites que *a priori* (limites imanes) subtraem ao âmbito de protecção determinados acções, posições, comportamentos. O problema está em que nos casos de colisões entre direitos não é fácil delimitar o âmbito de protecção e o âmbito de garantia efetivo, pela simples razão de que *a intervenção restritiva surge associada ao próprio exercício de um direito* (...) A questão da articulação de direitos e limites de direitos é, como vimos, há muito conhecida no domínio do direito constitucional. (...) A moderna teoria do direito tem revisitado o problema da radical alternatividade das teorias externa e interna das restrições para demonstrar a *insustentabilidade de teorias puras* quando na *grelha analítica* introduzimos duas outras dimensões metódicas: (1) a distinção entre princípios e regras no campo dos direitos fundamentais; (2) a indispensabilidade da ponderação de direitos e de bens, irrecondizível à fixação de padrões teóricos abstratos” (grifos nossos).

89 Cf. introdução e nota de rodapé nº 60.

gigantesco iceberg: o chamado *núcleo essencial*. Este restará sempre protegido, seja através do *postulado da proibição do excesso*, quando contarmos com uma *relação de congruência forte* caracterizadora de uma restrição *a priori* do âmbito de proteção normativa (limitação imanente ou implícita ao direito fundamental individual do trabalhador), seja por intermédio do *postulado da ponderação*, quando houver uma *relação de congruência fraca* que não permita concluir que a limitação (efeito da conduta patronal) seja uma decorrência natural da finalidade empresarial a ser alcançada, dando margem à apreciação, em concreto, sobre qual dos direitos fundamentais deverá prevalecer (liberdade fundamental do trabalhador *versus* autonomia privada do empregador).

3.7 Voltemos agora aos exemplos mencionados no item 3.4, a fim de que possamos estabelecer soluções para aqueles conflitos através dos critérios metodológicos acima objetivados.

*Solução do caso (1):*

- (a) identificamos a liberdade ideológica como sendo o direito fundamental individual imediatamente restringido;
- (b) a finalidade da restrição se colocaria na necessidade de evitar o desacordo ideológico interno a respeito do cerne da atividade desempenhada pela fundação (defesa de imigrantes);
- (c) há uma forte relação de coerência, isto é, uma profunda consistência e reciprocidade entre a restrição do direito fundamental individual e a atividade profissional exercida pelo empregado, mormente diante do fato de que este mister é essencial na consecução do objetivo preconizado pelo demandado (o qual, não se deve esquecer, caracteriza-se como uma “*organizacion de tendencia*”);<sup>90</sup>
- (d) neste caso concreto, existe uma limitação imanente anteposta à liberdade ideológica do empregado, eis que estaria ínsita ao exercício de sua atividade profissional a compatibilidade ou comunhão com o pensamento político do empregador acerca da melhor forma de tratamento dos imigrantes.

---

90 “*El ingreso en cualquier organización implica una restricción potencial de los derechos individuales. No supone propiamente una renúncia, sino una ‘modalización’ en el ejercicio de los mismos (...). El problema radica en determinar el alcance de esa modalización en las organizaciones de tendencia, que va a depender, en primer lugar, de la intensidad con que se pretende ejercitar el derecho fundamental. Normalmente, las convicciones íntimas del trabajador son irrelevantes a efectos de valorar la aptitud profesional del trabajador y el correcto cumplimiento de la prestación convenida, pero excepcionalmente el conflicto puede transcender al exterior y afectar a esa aptitud, porque en estos casos no se exige solo saber hacer algo, sino hacerlo de una determinada manera, con un contenido que refleje la ideología que inspira la organización. De este modo, la ideología entra en el contenido del contrato como característica cualitativa de la prestación*” (grifos nossos). BILBAO UBILLOS, Juan Maria. Op. cit., p. 703, nota de rodapé nº 631.

Concluimos, destarte, pela legitimidade da limitação da liberdade ideológica do trabalhador e, conseqüentemente, pela licitude da dispensa, eis que a restrição imposta se confundia com a própria essência da execução da prestação. Logo, não há que se falar em excessiva compressão violadora do conteúdo essencial do direito fundamental.

*Solução do caso (2):*

- (a) identificamos a liberdade de expressão como sendo o direito fundamental individual imediatamente restringido;
- (b) a limitação da liberdade de expressão do trabalhador possuiria o intuito de impedir que os alunos tomassem contato com opiniões diferentes daquelas cultivadas pela escola e que, nesta perspectiva, viessem a prejudicar a sua formação;
- (c) há uma fraca relação de coerência entre a limitação do direito fundamental individual e a atividade profissional exercida pelo empregado. De fato, apesar de se tratar de um fato também ocorrido numa “*organización de tendencia*”, não há como o desempenho da obrigação contratual de um professor de matemática ser mais ou menos religioso, pois ele se processa de modo totalmente independente das convicções do docente acerca dos dogmas seguidos pelo empregador. Ademais, deve-se levar em conta que a sua opinião pessoal foi externada fora do horário de aula e por provocação dos alunos, não havendo que se falar, neste caso, em desvio de conduta profissional (como poderia ser cogitado, v.g., se o professor expressasse, espontaneamente e no decorrer da aula, suas opiniões críticas ou desrespeitosas acerca da religião seguida pela escola);
- (d) nesta hipótese, torna-se inviável a prévia caracterização de um limite imanente ao direito fundamental individual do empregado, impondo-se a aplicação do postulado da ponderação para se dirimir o conflito existente entre a liberdade de expressão do professor de matemática e a autonomia privada da escola católica.

Deste modo, temos que, não obstante a conduta patronal ser *adequada* à promoção do fim almejado (impedir a divulgação de idéias contrárias às suas no interior do estabelecimento) e *necessária* (haja vista não existir meio alternativo igualmente eficaz na promoção do fim),<sup>91</sup> ele se mostra *desproporcional em sentido estrito*, uma vez que a importância da realização do fim almejado pelo empregador não justifica o grau de restrição imputado à liberdade constitucional do empregado, haja vista a ausência de conexão entre esta e o agir profissional propriamente dito.

---

91 Neste sentido, a despedida seria o meio mais efetivo porque impediria definitivamente o professor de entrar em contato com os alunos nas dependências da escola.

Outrossim, o fato de existirem meios que, sem embargo de promoverem (aparentemente) a finalidade em menor escala, seriam menos invasivos da esfera *fundamental* do trabalhador (como ocorreria, por exemplo, com a cominação de advertência ou de suspensão), deixa evidente a desmedida da limitação imposta. Nula é, portanto, a intervenção privada restritiva, dando margem à reparação pecuniária e à reintegração.

*Solução do caso (3):*

- (a) identificamos a liberdade religiosa como sendo o direito fundamental individual imediatamente restringido;
- (b) a finalidade da restrição se colocaria na necessidade de evitar o descumprimento de uma norma de higiene que visa à proteção da saúde dos consumidores;
- (c) há uma forte relação de coerência, isto é, uma profunda consistência e reciprocidade entre a restrição imposta ao direito fundamental do empregado e a atividade profissional que lhe incumbiria exercitar (trabalhar na cozinha do restaurante), sendo importante destacar que se tratava de norma dirigida indistintamente a qualquer pessoa candidata àquela função, independentemente da crença religiosa;
- (d) neste caso concreto, existe uma limitação imanente anteposta à liberdade religiosa do empregado, eis que a retirada de sua barba se colocaria como um pressuposto objetivo ao exercício de sua atividade profissional.

Concluimos, assim, pela legitimidade da limitação ao direito fundamental individual do trabalhador e, conseqüentemente, pela inexistência de discriminação e, menos ainda, de fragmentação do núcleo essencial.

3.8 Podemos observar, ao cabo destas respostas, que, durante a apreciação da eficácia dos direitos fundamentais na relação de trabalho assalariado, deverá o magistrado estar alerta para as peculiaridades deste ajuste privado, quais sejam: (i) a contínua subordinação jurídica do empregado indissolúvelmente associada ao poder privado do empregador e (ii) a possível legitimidade do ato limitador, temporário e condicionado, de um direito fundamental individual do empregado. Pois que, enquanto a primeira especificidade facilita a escolha do modo de aplicação (direto) dos direitos, liberdades e garantias, a segunda inspira uma atenção redobrada quando se constatar a presença de limitações às liberdades constitucionais do prestador de serviços. E nada melhor do que a existência de critérios metodológicos objetivos para a verificação da justa medida destas restrições, bem como para a preservação do núcleo essencial do direito fundamental individual do trabalhador, cujos contornos poderão ser delimitados prévia (limitação imanente) ou posteriormente (ponderação concreta).



### 3 A EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NA RELAÇÃO DE EMPREGO À LUZ DA JURISPRUDÊNCIA DOS TRIBUNAIS SUPERIORES BRASILEIROS

Feitas estas considerações teóricas a respeito da eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas e, mais especificamente, na relação de emprego, chegamos à segunda questão proposta na introdução deste estudo: estariam os Tribunais Superiores (Supremo Tribunal Federal e Tribunal Superior do Trabalho) atentos para esse “novo horizonte hermenêutico” da relação de trabalho subordinado, que não só abrange, mas também ultrapassa os espaços previamente demarcados pelos dispositivos constitucionais específicos que tratam desta esfera de atuação humana?

Quando partimos para a verificação da dimensão empírica<sup>92</sup> dos direitos fundamentais no âmbito nacional, é no mínimo prudente asseverarmos o óbvio, isto é, que devemos criticar – para o bem ou para o mal – a jurisprudência brasileira à luz da nossa Constituição e de acordo com a nossa realidade social, pois que a falta de atenção a esta perspectiva poderá acarretar enormes distorções epistemológicas.<sup>93</sup>

E ao regressarmos para a Lei Fundamental brasileira de 1988, em especial para o seu art. 7º, deparamo-nos com um farto catálogo de direitos consagrados aos trabalhadores, estando constitucionalizados desde o lapso de tempo conferido aos prazos prescricionais até a quantificação de horas a ser observada durante a jornada de trabalho. Sendo assim, chega a ser compreensível que a temática da eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas tenha ecoado tão pouco pelas sendas do direito constitucional do trabalho, pois que tamanha generosidade do constituinte acabou por desenvolver uma certa miopia doutrinária, isto é, proporcionou uma visão bastante acurada sobre a proteção normativa que estava logo à mão, ao passo que embaçou os demais potenciais emancipatórios localizados em espaços constitucionais relativamente distantes daquele ocupado pelos direitos dos trabalhadores.

Porém, ainda que a ausência de uma dogmática estruturada em torno desta matéria pudesse provocar uma efetividade constitucional pela metade – eis que dificulta a penetração dos demais direitos, liberdades e garantias fundamentais na

---

92 “*Quien considere que el objeto de la dimensión empírica es el conocimiento del derecho positivamente válido tendrá que presuponer un amplio y polifacético concepto del derecho y de validez. En la dimensión empírica no se trata tan solo de la descripción del derecho legislado sino también de la descripción y pronóstico de la praxis judicial, es decir; no solo del derecho legislado sino también del derecho judicial.*” ALEXY, Robert. Op. cit., p. 30.

93 Cf. PECES-BARBA MARTINEZ, Gregório. Op. cit., p. 618, que, ao considerar este problema, afirmou que: “*En realidad, la confusión viene de un excesivo seguidismo de la doctrina alemana. Lo verá muy lúcidamente Javier Ballarín, al comentar el libro de García Torres y Jiménez-Blanco ‘Derechos fundamentales y relaciones entre particulares’: ‘Una vez más, dirá, nos parece que la experiencia jurídica española es leída con anteojos germánicos’.*”

esfera jurídica relacionada ao empregado e ao empregador –, é possível garimpar, na jurisprudência brasileira, algumas decisões bastante interessantes, que trazem um indicativo da direção que vem sendo seguida pelos nossos Tribunais Superiores. Vejamos alguns exemplos.

Apreciada uma ação trabalhista movida por um empregado brasileiro de uma companhia francesa de aviação, na qual se pretendia a extensão do Estatuto de Pessoal da empresa que era aplicada exclusivamente aos empregados franceses, a Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, reformando o acórdão recorrido (que discordou da tese do reclamante sob o argumento de que não possuía o requisito necessário à cobertura do Estatuto, isto é, que não possuía a nacionalidade francesa), proveu o recurso interposto pelo cidadão brasileiro, utilizando-se da aplicação direta do princípio da igualdade. Em sua fundamentação, o STF afirmou que a discriminação em razão da nacionalidade se mostrava injustificável, na medida em que “os funcionários franceses não exerciam tarefas típicas, em relação aos brasileiros”.<sup>94</sup> O teor da ementa é o seguinte:

“CONSTITUCIONAL – TRABALHO – PRINCÍPIO DA IGUALDADE – TRABALHADOR BRASILEIRO EMPREGADO DE EMPRESA ESTRANGEIRA – ESTATUTOS DO PESSOAL DESTA – APLICABILIDADE AO TRABALHADOR ESTRANGEIRO E AO TRABALHADOR BRASILEIRO – CF/67, ART. 153, § 1º; CF/88, ART. 5º, *CAPUT* – I – Ao recorrente, por não ser francês, não obstante trabalhar para a empresa francesa, no Brasil, não foi aplicado o Estatuto do Pessoal da Empresa, que concede vantagens aos empregados, cuja aplicabilidade seria restrita ao empregado de nacionalidade francesa. Ofensa ao princípio da igualdade (CF/67, art. 153, § 1º; CF/88, art. 5º, *caput*). II – A discriminação que se baseia em atributo, qualidade, nota intrínseca ou extrínseca do indivíduo, como o sexo, a raça, a nacionalidade, o credo religioso etc., é inconstitucional. Precedente do STF: Ag 110.846-AgRg/PR, Célio Borja, RTJ 119/465. III – Fatores que autorizariam a desigualização não ocorrentes no caso. IV – RE conhecido e provido.” (RE 161.243/DF, Rel. Min. Carlos Velloso, DJ 19.12.1977)

Também podemos avistar outros casos de eficácia imediata dos direitos fundamentais na relação de emprego em decisões do Tribunal Superior do Trabalho. Começemos pelo julgamento realizado pela Quinta Turma, em que se aplicou imediatamente o princípio da não-discriminação para anular a dispensa de empregado portador do vírus HIV. Eis o teor da ementa:

“EMPREGADA PORTADORA DO VÍRUS HIV – DISPENSA DISCRIMINATÓRIA – A SDI-I do TST firmou posicionamento no sentido de que, ainda que não exista, no âmbito infraconstitucional, lei específica asseguradora da permanência no emprego do empregado portador do vírus

---

94 PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. Apontamentos sobre a aplicação das normas de direito fundamental nas relações jurídicas entre particulares. In: BARROSO, Luís Roberto (org.). Op. cit., p. 179.

HIV, a dispensa de forma arbitrária e discriminatória afronta o *caput* do art. 5º da CF/88. Precedentes: ERR 439.041/1998, ERR 217.791/1995, ERR 205.359/1995. Recurso de revista conhecido e parcialmente provido.” (RR 726.101, Rel. Min. Rider Nogueira de Brito, DJ 06.02.2004)

Ademais, são inúmeros os acórdãos do TST que materializam diretamente o princípio da dignidade humana na relação de emprego. Destacamos dois, a título ilustrativo:

“RECURSO DE REVISTA DO MUNICÍPIO – CONTRATO NULO – EFEITOS – FGTS – MP 2.164-41/01 – O Regional, embora tenha reconhecido a nulidade da contratação, sem o precedente do concurso público, condenou o Município ao pagamento de aviso prévio, décimo terceiro salário, férias e FGTS, mais multa de quarenta por cento. Sendo assim, com exceção do FGTS, contrariou frontalmente o precedente desta Corte, pelo que se impõe a exclusão dos demais títulos trabalhistas lá deferidos. Não obstante a nulidade do contrato, os princípios constitucionais em que se funda a própria República Federal do Brasil, de respeito à dignidade da pessoa humana e aos valores sociais do trabalho, impuseram ao TST, ao editar o Enunciado nº 363, a conclusão de se garantir ao trabalhador público direitos mínimos que o colocassem a salvo da condição similar ao escravo. Esses princípios, que levaram esta Corte a abrandar as implicações provenientes da nulidade do contrato de trabalho no âmbito da Administração Pública, certamente inspiraram a alteração imprimida à Lei nº 8.036/90 pelo art. 9º da MP 2.164-41/01, infirmando assim eventual pecha de inconstitucionalidade. (...). Recurso parcialmente provido.” (RR 7642-2002-900-01-00, 4ª T., Rel. Min. Antonio José de Barros Levenhagem, DJ 07.02.2003)

“DANO MORAL – REVISTA NA EMPREGADA – AVALIAÇÃO DA PROVA – Nos termos do v. acórdão do Tribunal Regional, a par da confissão feita na defesa, existe prova material da ofensa perpetrada ao patrimônio imaterial (moral) da reclamante, submetida pela reclamada a constrangimentos diuturnos em decorrência das ‘revistas completas’, incluindo seus pertences, com a finalidade de verificar, sem as cautelas exigidas nesse tipo de revista, se a empregada não estava subtraindo valores da empresa. Tal conduta caracteriza a prática de dano moral ressarcível, em face da violação do dever de confiança recíproca que alicerça o contrato de trabalho e do princípio constitucional do respeito à dignidade da pessoa humana do trabalhador. Incidência do Enunciado nº 126 deste Tribunal Superior. Recurso de revista não conhecido.” (RR 426.712, 5ª T., Rel. Juiz Convocado Walmir Oliveira da Costa, DJ 25.10.2002)

Deste modo, enfrentando a questão acima suscitada, vemos claramente que os Tribunais Superiores não têm a menor dificuldade para aplicar diretamente os direitos fundamentais no âmbito juslaboral. No entanto, esta atuação prática não se assemelha a uma plena consciência do “novo horizonte hermenêutico” representado pela doutrina da *Drittwirkung*, uma vez que se constata aqui a mesma ausência de

fundamentação teórica que já havia sido anotada em outros estudos, quando da observação deste fenômeno em relação às demais espécies de ajustes privados.<sup>95</sup>

## CONCLUSÃO

Procuramos estabelecer, no decorrer desta exposição, algumas premissas teóricas que consideramos indispensáveis ao correto entendimento da aplicação dos direitos fundamentais na relação de emprego.

De fato, quando falamos, num primeiro momento, da vinculação imediata dos poderes privados aos direitos fundamentais do trabalhador assalariado, não fizemos nada mais do que iluminar uma verdade que já se mostrava aparente aos olhos de todos que operam com o direito laboral. Mas, ao nos darmos conta da possibilidade do empregador, em determinadas circunstâncias, poder restringir legitimamente algumas liberdades da pessoa que lhe é subordinada, acendemos o sinal amarelo. O temor de que o retrocesso social se acentue ainda mais entre nós torna bastante atual a outrora superada “coisificação” do ser humano, cujo repúdio mais vigoroso partiu de Kant, através do seu famoso imperativo categórico: “Age de tal maneira que uses a humanidade, tanto na tua pessoa como na pessoa de qualquer outro, sempre e simultaneamente como fim e nunca simplesmente como meio”.<sup>96</sup>

As possibilidades estão em aberto. Num mundo “pós-moderno”, onde as certezas se evaporam numa velocidade assustadora, o instrumental disponibilizado pela teoria da *Drittwirkung* se coloca como uma faca de dois gumes. Se, de um lado, ele reforça o compromisso humanitário que permeia a Constituição brasileira de 1988, proporcionando uma densificação normativa como nunca houve na história deste país e tornando realmente palpáveis noções, tais como dignidade humana, justiça social, liberdade e igualdade, de outra parte, ele carrega o fardo da possibilidade do arbítrio judicial e da preocupação com a iminente “colonização do mundo da vida” (Habermas).

Cabe a nós, artífices do direito, encontrarmos uma saída para este impasse, a fim de que não percamos esta rica oportunidade de fazer do Brasil um país melhor. Melhor não apenas sob o aspecto individual, egocêntrico, mas, sobretudo, sob a perspectiva do outro. E é justamente esta mudança de paradigma que poderá revolucionar as relações de emprego.

Quando acreditarmos firmemente que aquela pessoa que trabalha para nós tem o igual direito de ver respeitadas suas escolhas, que a solidariedade e não a

---

95 Cf. SARMENTO, Daniel. Op. cit., p. 292-297; PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. Apontamentos sobre a aplicação das normas de direito fundamental nas relações jurídicas entre particulares. In: BARROSO, Luís Roberto (org.). Op. cit., p. 178-180.

96 KAUFMANN, A.; HASSEMER, W. (org.). *Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas*. Trad. Marcos Keel e Manuel Seca de Oliveira. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002, p. 95-103.

competitividade exacerbada deve nortear o agir profissional e a atividade empresarial, enfim, quando nos apercebermos que caminhamos todos na mesma estrada, neste dia, então, teremos dado início a um novo tempo, no qual os conceitos de direitos fundamentais, dimensão objetiva, eficácia irradiante serão parte integrante de um discurso plenamente incorporado no imaginário social, um pressuposto às convenções estabelecidas pelo empregado em cooperação com o empregador.

O que acalentamos pode parecer uma utopia ou uma promessa ingênua, mas como bem disse Aristóteles: “A esperança é o sonho de um homem desperto”.<sup>97</sup>

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ACKERMAN, Bruce. The rise of world constitutionalism. *Yale Law School Occasional Papers, Second Series*, number 3, 1997.

ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Trad. Ernesto Garzón Valdés. 1. ed. 3. reimp. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.

\_\_\_\_\_. *Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica*. Trad. Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy, 2001.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2001.

\_\_\_\_\_. 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.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

\_\_\_\_\_. *Sistema constitucional tributário*. São Paulo: Saraiva, 2004.

BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BARROSO, Luis Roberto. *Interpretação e aplicação da constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 3. ed. Rio de Janeiro: Saraiva, 1999.

\_\_\_\_\_. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas*. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

\_\_\_\_\_. *A doutrina da efetividade*. Mimeo.

\_\_\_\_\_; BARCELLOS, Ana Paula. O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. In: BARROSO, Luis Roberto (org.). *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BILBAO UBILLOS, Juan Maria. *La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares: análisis de la jurisprudência del Tribunal Constitucional*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997.

---

97 ARISTÓTELES. *Pensamentos da Grécia Antiga*. 2. ed. Lisboa: Nova Acrópole, 1997, p. 63.

\_\_\_\_\_. En qué medida vinculan a los particulares los derechos fundamentales? In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

CANARIS, Claus-Wilhelm. A influência dos direitos fundamentais sobre o direito privado na Alemanha. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. Trad. Peter Naumann. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

\_\_\_\_\_. Provedor de Justiça e efeito horizontal de direitos, liberdades e garantias. In: CANOTILHO, J. J. Gomes. *Estudos sobre direitos fundamentais*. Coimbra: Coimbra, 2004.

\_\_\_\_\_. Dogmática de direitos fundamentais e direito privado. In: CANOTILHO, J. J. Gomes. *Estudos sobre direitos fundamentais*. Coimbra: Coimbra, 2004.

\_\_\_\_\_. Métodos de protecção de direitos, liberdades e garantias. In: CANOTILHO, J. J. Gomes. *Estudos sobre direitos fundamentais*. Coimbra: Coimbra, 2004.

GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, v. I, 2003.

JIMÉNEZ CAMPO, Javier. Prólogo. In: BILBAO UBILLOS, Juan Maria. *La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares: análisis de la jurisprudência del Tribunal Constitucional*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997.

KAUFMANN, A.; HASSEMER, W. (org.). *Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas*. Trad. Marcos Keel e Manuel Seca de Oliveira. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional*. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2004.

MORAES, Maria Celina Bondin. O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

PECES-BARBA MARTINEZ, Gregório. *Curso de derechos fundamentales: teoría general*. Madrid: Universidad Carlos III. Boletín Oficial del Estado, 1999.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. Apontamentos sobre a aplicação das normas de direito fundamental nas relações jurídicas entre particulares. In: BARROSO, Luis Roberto (org.). *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

SANTOS, Boaventura de Souza. *Para um novo senso comum: a ciência, o direito e a política na transição paradigmática*. 4. ed. São Paulo: Cortez, v. 1, 2002. *A crítica da razão indolente:*

*contra o desperdício da experiência.*

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 3. ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

\_\_\_\_\_. Direitos fundamentais e direito privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *A constituição concretizada: construindo pontes com o público e o privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

\_\_\_\_\_. A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais no direito comparado e no Brasil. In: BARROSO, Luis Roberto (org.). *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

SILVA, José Afonso, *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

SOUZANETO, Cláudio Pereira de. Fundamentação e normatividade dos direitos fundamentais: uma reconstrução teórica à luz do princípio democrático. In: BARROSO, Luis Roberto (org.). *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

SÜSSEKIND, Arnaldo et al. *Instituições de direito do trabalho*. 17. ed. São Paulo: LTr, 1997.

ZIPPELIUS, Reinhold. *Teoria geral do estado*. Trad. Karin Praefke-Aires Coutinho. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.