

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO
DEPARTAMENTO DE DIREITO ECONÔMICO E DO TRABALHO**

Cássio Faria Martins

**A EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES DE EMPREGO
NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO**

Porto Alegre
2018

CÁSSIO FARIA MARTINS

**A EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES DE EMPREGO
NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO**

Trabalho de conclusão de curso de graduação apresentado à Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul como requisito para a obtenção do título de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

Área de habilitação: Direito do Trabalho.

Orientador: Professor Doutor Leandro Amaral Dorneles de Dorneles.

Porto Alegre

2018

CÁSSIO FARIA MARTINS

**A EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES DE EMPREGO
NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO**

Trabalho de conclusão de curso de graduação
apresentado à Faculdade de Direito da
Universidade Federal do Rio Grande do Sul
como requisito para a obtenção do título de
Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

Aprovado em 11 de dezembro de 2018.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Leandro do Amaral Dorneles de Dorneles (Orientador)

Prof. Me. Francisco Rossal de Araújo

Prof. Dr. Glênio José Wasserstein Hekman

Aos meus pais, Ângelo e Ângela, pelo apoio incondicional.

Ao meu irmão, Gabriel, por estar sempre ao meu lado.

À Gabriela, pelo seu amor.

O direito não é um conceito lógico, mas sim um conceito de força. Daí a Justiça, que em uma mão segura a balança com que pesa o direito, carrega na outra a espada com que o defende. A espada sem a balança é a crua violência; a balança sem a espada é a impotência do direito.

Rudolf Von Jhering

RESUMO

A temática relativa à incidência dos direitos fundamentais nas relações de emprego assume papel de extrema relevância no contexto juslaboral brasileiro. Em virtude de haver dois sujeitos igualmente portadores de direitos fundamentais (empregado e empregador), faz-se necessária a utilização de um método diferenciado para sua incidência daquele adotado na relação Estado-cidadão. O objetivo desta pesquisa é analisar as teorias que tratam da forma pela qual os direitos fundamentais aplicam-se nas relações de emprego no ordenamento jurídico brasileiro. Nesse sentido, foi utilizado o método de pesquisa indutivo, com consulta à doutrina especializada relativa às teorias da eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas em geral, bem como àquelas que tratam especificamente da sua incidência nas relações de emprego, e também consulta à jurisprudência brasileira, notadamente do Supremo Tribunal Federal, Tribunal Superior do Trabalho e Tribunais Regionais do Trabalho. De todo modo, admitir a necessidade de proteção dos direitos fundamentais nas relações de emprego significa reconhecer que é preciso buscar a harmonização dos direitos fundamentais de empregados e empregadores, sendo limite intransponível para a conformação dos interesses em jogo a dignidade da pessoa humana.

Palavras-Chave: direitos fundamentais; eficácia; relações de emprego.

LISTA DE ABREVIATURAS

CF	Constituição Federal de 1988
CLT	Consolidação das Leis do Trabalho
STF	Supremo Tribunal Federal
TST	Tribunal Superior do Trabalho
Art.	Artigo

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	10
2 EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS.....	12
2.1 OS DIREITOS FUNDAMENTAIS E AS RELAÇÕES PRIVADAS.....	12
2.2 TEORIA DO <i>STATE ACTION</i>	19
2.3 TEORIA DA EFICÁCIA INDIRETA E MEDIATA.....	21
2.4 TEORIA DA EFICÁCIA DIRETA E IMEDIATA.....	25
2.5 TEORIA DA EFICÁCIA DIRETA E IMEDIATA PONDERADA (MATIZADA).....	27
2.5.1 Desenvolvimento da Teoria em Portugal.....	27
2.5.2 Desenvolvimento da Teoria na Espanha.....	29
2.6 O CASO BRASILEIRO.....	31
3 EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS INESPECÍFICOS DO TRABALHADOR NAS RELAÇÕES DE EMPREGO.....	36
3.1 OS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES DE EMPREGO – NOÇÕES GERAIS.....	36
3.2 PESSOALIDADE, SUBORDINAÇÃO E PODERES PATRONAIS: ONDE RESIDE O POTENCIAL LESIVO AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS?.....	39
3.3 A PONDERAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS EM CONFLITO – A APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE NAS RELAÇÕES DE EMPREGO.....	46
3.3.1 A Técnica da Ponderação e o Princípio da Proporcionalidade nas Relações de Emprego.....	46
3.3.2 Critérios para Auxiliar o Intérprete na Aplicação dos Direitos Fundamentais nas Relações de Emprego.....	51
4 A JURISPRUDÊNCIA E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS DOS EMPREGADOS. .	55
4.1 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.....	55
4.1.1 O Caso do Estatuto Pessoal da <i>Air France</i>.....	56
4.1.2 O Caso das Revistas Íntimas na De Millus S/A.....	57
4.1.3 Alguns Comentários sobre a Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.....	58
4.2 DO TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO.....	60
4.2.1 O Caso da Restrição ao Uso de Banheiro.....	60

4.2.2 A Revista Íntima na Jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho.....	61
4.2.2.1 O Caso da Aplicação do Artigo 373-A da CLT a Empregados Homens, com base no Princípio da Impessoalidade.....	62
4.2.2.2 O Caso da Revista considerada Lícita.....	64
4.2.2.3 O Caso da Instalação de Câmeras no Banheiro dos Empregados da Guarda Municipal de Americana.....	65
4.2.3 O Caso da Ofensa à Honra do Empregador pela Ex-empregada.....	66
4.2.4. O Caso da Dispensa por Discriminação Sexual.....	67
4.2.5. O Caso do Uso Indevido da Imagem do Empregado em Matéria Publicitária.....	69
4.3 DOS TRIBUNAIS REGIONAIS DO TRABALHO.....	71
4.3.1 O Caso da Dispensa Discriminatória por Motivações Políticas – Tribunal Regional do Trabalho da 23ª Região.....	71
4.3.2 O Caso dos Cantos Motivacionais – Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região. 73	73
4.3.3 O Caso da Violação à Liberdade Religiosa – Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região.....	74
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	77
REFERÊNCIAS.....	80

1 INTRODUÇÃO

O reconhecimento da força normativa da Constituição, bem como de sua passagem para o centro do sistema jurídico, foram, sem dúvida, umas das maiores transformações recentes no direito como um todo. Esse fenômeno se consolidou, sobretudo, após a II Guerra Mundial, passando as Constituições a prever a dignidade da pessoa humana como valor fundamental, da qual decorrem os direitos fundamentais. Nesse sentido, o pensamento jurídico contemporâneo está centrado em tornar eficaz o princípio da dignidade da pessoa humana, bem como os direitos fundamentais nas suas mais variadas espécies.

Os direitos fundamentais surgem, inicialmente, como direitos de proteção do indivíduo em face dos abusos cometidos pelo poder do Estado; contudo, com o tempo, percebeu-se a necessidade de protegê-lo também dos abusos de poder cometidos por outros indivíduos, ainda mais daqueles que detêm poder econômico e/ou social. Assim, verificou-se a busca de uma construção doutrinária e jurisprudencial para aplicar os direitos fundamentais previstos no texto constitucional não apenas em face do Estado, mas também nas relações privadas, o que ficou conhecido como eficácia horizontal dos direitos fundamentais, eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas/particulares ou eficácia dos direitos fundamentais perante terceiros.

Nesse sentido, a teoria da eficácia horizontal dos direitos fundamentais desenvolveu-se de forma contundente nas relações de emprego, haja vista que tais relações são marcadas por uma desigualdade fática entre as partes que a integram, já que um dos sujeitos do contrato de trabalho, o empregado, está em situação de sujeição (subordinação jurídica) ao outro sujeito, o empregador, tendo este, inclusive, poderes conferidos pela ordem jurídica para organizar sua atividade, estando, pois, presente o fenômeno do poder social e/ou econômico em maior ou menor medida.

O objetivo desta pesquisa é analisar as teorias que tratam da forma pela qual os direitos fundamentais aplicam-se nas relações de emprego no ordenamento jurídico brasileiro. Nesse sentido, foi utilizado o método de pesquisa indutivo, com consulta à doutrina especializada relativa às teorias da eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas em geral, bem como aquelas que tratam especificamente da sua incidência nas relações de

emprego, e também consulta à jurisprudência brasileira, notadamente do Supremo Tribunal Federal, Tribunal Superior do Trabalho e Tribunais Regionais do Trabalho.

Posto isso, tem-se que esta dissertação será dividida em três capítulos.

No primeiro capítulo, serão tratadas teorias acerca da eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas, analisando-se a forma pela qual Alemanha, Estados Unidos, Espanha e Portugal aplicam ou deixam de aplicar os direitos fundamentais em tais relações, culminando no caso específico do Brasil e o modo como a doutrina nacional trata o tema.

No segundo capítulo, será abordado o tema da eficácia dos direitos fundamentais inespecíficos dos trabalhadores nas relações de trabalho (direitos fundamentais não trabalhistas), tratando-se dos motivos pelos quais o potencial lesivo dos direitos fundamentais dos empregados é maior do que o que ocorre no sentido inverso, passando-se à análise dos métodos de aplicação de tais direitos nas relações de emprego. Por fim, serão estabelecidos critérios e parâmetros para sua incidência.

Finalmente, no terceiro e último capítulo, serão analisadas decisões do Judiciário, verificando-se de que modo e quais métodos são adotados pela jurisprudência brasileira na aplicação dos direitos fundamentais nas relações de emprego.

2 EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS

2.1 OS DIREITOS FUNDAMENTAIS E AS RELAÇÕES PRIVADAS

No século XX, ocorreram inúmeras transformações na sociedade em geral, notadamente na segunda metade do século. As atrocidades cometidas na II Guerra Mundial, sobretudo pelo regime nazista na Alemanha, modificaram de modo definitivo a forma de viver e de ver o mundo no Ocidente. O direito, por se tratar de uma construção social, não poderia ficar inerte às modificações oriundas desse período.

Com efeito, houve uma quebra de paradigma na forma de pensar, estruturar e aplicar o direito: o positivismo jurídico perdeu força, havendo uma reaproximação entre o direito e a moral; reconheceu-se a normatividade dos princípios jurídicos, desenvolvendo-se novos métodos de interpretação e aplicação do direito, resgatando-se a teoria da argumentação jurídica; a Constituição passou a deter força normativa, não sendo vista mais apenas como um documento político permeado de valores programáticos direcionados ao legislador, passando, aos poucos, para o centro do sistema jurídico e servindo de base para interpretação de todo direito infraconstitucional; a dignidade da pessoa humana tornou-se um valor universal fundamental, sendo considerada como fonte irradiadora de todos os direitos fundamentais.

Conforme bem sintetiza Luís Roberto Barroso,

No constitucionalismo europeu – e na maior parte do mundo, que vivia sob sua influência – prevalecia o entendimento de que as normas constitucionais não eram propriamente normas jurídicas, que comportassem tutela judicial quando descumpridas, mas sim diretivas políticas endereçadas sobretudo ao legislador. A superação dessa perspectiva ganhou impulso no segundo pós-guerra, com a perda de prestígio do positivismo jurídico e da própria lei e com a ascensão dos princípios constitucionais concebidos como uma reserva de justiça na relação entre o poder político e os indivíduos, especialmente as minorias. [...]
Sedimentado o caráter normativo das normas constitucionais, o Direito contemporâneo é caracterizado pela passagem da Constituição para o centro do sistema jurídico, onde desfruta não apenas da supremacia formal que sempre teve, mas também de uma supremacia material, axiológica. Compreendida como uma ordem objetiva de valores e como um sistema aberto de princípios e regras, a Constituição transforma-se no filtro através do qual se deve ler todo o direito infraconstitucional.¹

¹ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 112-113.

As Constituições passaram a prever, em seu cerne, o princípio da dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais nas suas mais variadas espécies, desde os direitos individuais, frutos das revoluções liberais-burguesas, aos direitos políticos, coletivos, difusos e sociais. Houve a proliferação dos direitos fundamentais, a fim de acompanhar as necessidades e os interesses sociais. Direitos fundamentais, como quaisquer direitos, não estão por aí vagando na natureza: eles são produto da civilização humana enquanto positivados e reconhecidos como fundamentais a uma dada coletividade.

Nessa perspectiva, Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins sustentam que, para existência de direitos fundamentais, faz-se necessária a conjugação de três elementos: (1) Estado, pois sem ele os direitos fundamentais não poderiam ser garantidos e cumpridos, além de perderem sua função precípua que é a de limitar o poder estatal; (2) indivíduo, o qual pode fazer valer seus direitos perante o Estado e a sociedade; e de um (3) texto normativo regulador da relação entre Estado e indivíduos, cujo papel é desempenhado pela Constituição em sentido formal, a qual, ao declarar e garantir os direitos fundamentais, permite ao indivíduo “conhecer sua esfera de atuação livre de interferências estatais e, ao mesmo tempo, vincular o Estado a determinadas regras que impeçam cerceamentos injustificados das esferas garantidas da liberdade individual.”²

Nos termos de Rudolf Von Jhering, “Todo direito do mundo foi conquistado. Cada princípio jurídico que é hoje válido teve que ser extraído à força daqueles que se lhe opunham.”³. Os direitos surgem, pois, em consonância com os interesses, carências e necessidades percebidas por determinada civilização em dada época histórica. Norberto Bobbio bem resume tal compreensão, nos seguintes termos:

[...] os direitos do homem constituem uma classe variável, como a história destes últimos séculos demonstra suficientemente. O elenco dos direitos do homem se modificou, e continua a se modificar, com a mudança das condições históricas, ou seja, dos carecimentos e dos interesses, das classes no poder, dos meios disponíveis para a realização dos mesmos, das transformações técnicas, etc. Direitos que foram declarados absolutos no final do século XVIII, como a propriedade *sacre et inviolable*, foram submetidos a radicais limitações nas declarações contemporâneas; direitos que as declarações do século XVIII nem sequer mencionavam, como os direitos sociais, são agora proclamados com grande ostentação nas recentes declarações. [...] **O que prova que não existem direitos fundamentais por natureza. O que parece fundamental numa época histórica e numa**

² DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria geral dos direitos fundamentais*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 10-12.

³ JHERING, Rudolf Von. *A luta pelo direito*. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 12.

determinada civilização não é fundamental em outras épocas e em outras culturas.⁴ (grifo nosso)

Nesse sentido, seria impensável, por exemplo, falar-se em direito do trabalho nas sociedades Greco-Romanas da Antiguidade Clássica, que eram predominantemente escravocratas, bem como estabelecer regras de proteção ao consumidor antes das Revoluções Industriais e da existência da sociedade de consumo em massa.

Posto isso, tem-se que os direitos individuais surgem com as revoluções liberais dos séculos XVII, no caso da inglesa (1688-1689), e, principalmente, do XVIII, com as revoluções americana (1776) e francesa (1789). Nasceram da compreensão de que o poder do Estado deveria ser limitado, constituindo-se tais direitos verdadeiros limites ao exercício do poder estatal. Compreendem as liberdades públicas tradicionais: direito à vida, direito de propriedade, direito à igualdade de expressão, direito à liberdade de reunião, entre outros. Das revoluções liberais-burguesas surge a noção de constitucionalismo, pautado pela limitação do poder do Estado, supremacia da lei e pela proteção aos direitos individuais.⁵

Ao longo do século XX, um conceito fundamental para a sociedade contemporânea passou a deter grande relevância: a democracia. A democracia constitui-se de uma forma de governo em que o poder é fundado na participação e no consentimento da população (ideia do governo da maioria)⁶. Nessa linha, são positivados nas Constituições diversos direitos fundamentais associados ao ideal de democracia, os quais traduzem o direito de participação política do indivíduo, compreendendo o direito de votar, de ser votado, bem como de participar de forma permanente no debate público.

Da conjugação dos conceitos de constitucionalismo e de democracia, nasce o ideal do Estado Democrático de Direito. Consoante Barroso, o Estado Democrático de Direito consubstancia-se na “síntese histórica de dois conceitos que são próximos, mas que não se confundem: os de constitucionalismo e de democracia. Constitucionalismo significa, em essência, limitação do poder e supremacia da lei (Estado de direito, *rule of law*, *Rechtsstaat*). Democracia, por sua vez, em aproximação sumária, traduz-se em soberania popular e governo da maioria.”⁷

⁴ BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Nova ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. p. 18.

⁵ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 31.

⁶ *Ibidem*. p. 67-68.

⁷ *Ibidem*. p. 114.

Ademais, tem-se que, assim como os direitos políticos, os direitos sociais também se desenvolveram ao longo do século XX. Surgem da percepção de que não basta apenas proteger o indivíduo em face dos abusos de poder por parte do Estado, mas também é preciso protegê-los contra abusos de poder por parte de outros indivíduos, sobretudo aqueles que detêm poder econômico. Aparecem, inicialmente, como direitos trabalhistas (limitação de jornada, salário mínimo, férias) e passam, com o tempo, a incluir direitos à educação, à saúde e à previdência social, exigindo-se, então, prestações positivas do Estado.

Por fim, tem-se o desenvolvimento dos chamados direitos coletivos e/ou difusos, que são aqueles direitos fundamentais que não são titularizados por uma pessoa, mas sim por uma pluralidade indeterminada de pessoas. Como exemplos, temos o direito do consumidor e o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.⁸

No Brasil, assim como em outros países de (re)democratização tardia, o respeito à dignidade da pessoa humana e aos direitos fundamentais somente teve solo fértil para seu desenvolvimento após o restabelecimento do Estado Democrático de Direito com a promulgação da Constituição Federal de 1988, a qual consagrou a dignidade da pessoa humana como fundamento da República (artigo 1º, inciso III) e estabeleceu um extenso rol de direitos fundamentais, desde direitos individuais, a direitos difusos, coletivos, alçando os direitos trabalhistas ao status de direitos fundamentais (artigos 7º a 11).

Postas tais premissas, denota-se que a temática relativa aos direitos fundamentais tornou-se mais complexa ao verificar-se que o indivíduo, no pleno exercício dos seus direitos, não estava apenas sujeito aos abusos cometidos por parte do Estado, mas também sujeito às limitações oriundas de outros indivíduos, sobretudo daqueles que detêm poder social e econômico, de modo a tornar imprescindível a tutela dos direitos fundamentais não apenas nas relações público-privadas, mas também nas relações entre particulares. Consoante Leandro do Amaral D. de Dorneles, “Foi a dinamicidade das relações sociais e jurídicas que, paulatinamente, foi evidenciando situações de afronta de direitos fundamentais nas relações entre particulares, forçando a reflexão sobre a possibilidade de tutela também nesse âmbito.”⁹

⁸ DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria geral dos direitos fundamentais*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 56-57.

⁹ DORNELES, Leandro do Amaral D. de. Direitos fundamentais e relação de emprego. *Revista Justiça do Trabalho*, Porto Alegre, v. 33, n. 386, fev, 2016. p. 57.

Ante o exposto, os direitos fundamentais foram concebidos, inicialmente, como verdadeiros direitos de proteção do indivíduo em face do Estado. Nessa linha, a teoria liberal clássica limitava o alcance dos direitos fundamentais às relações públicas, não havendo nenhuma projeção para as relações privadas, as quais eram regradas pelo Código Civil, centro do sistema jurídico à época, e norteadas pelos princípios da autonomia da vontade e do *pacta sunt servanda*.¹⁰

No entanto, as relações sociais passaram a se tornar mais complexas e carecedoras de maior intervenção do Estado, fenômeno este percebido sobretudo no Século XIX, em virtude, dentre outros fatores, das transformações advindas da Revolução Industrial. Os Estados Nacionais passaram, então, a regulamentar com maior contundência as relações entre privados, mormente por meio de leis trabalhistas, as quais se destinavam a conferir um grau mínimo de humanidade aos trabalhadores. Esse fenômeno de maior intervenção estatal para corrigir eventuais disformidades causados pela ampla e irrestrita autonomia da vontade privada desenvolveu-se aos poucos.

De fato, foi nas primeiras décadas do Século XX que a primazia do direito privado sofreu sério golpe. Houve a promulgação de constituições de índole social (Constituição Mexicana de 1917 e Constituição de Weimar de 1919), além de haver um fortalecimento do movimento socialista na Europa, sobretudo com a Revolução Russa de 1917. Nessa linha, o grande sistema do Código Civil, centro do sistema jurídico até então, passou, aos poucos, a ceder espaço a outros subsistemas, que passaram a tratar de maneira pormenorizada temas de direito privado, como direito do consumidor, locações e do próprio direito do trabalho.¹¹

O golpe derradeiro no direito privado deu-se no período pós II Guerra Mundial, em que diversos Estados, visando superar os horrores cometidos pelos países fascistas, promulgaram novas constituições, em cujo centro situava-se a dignidade da pessoa humana, da qual irradiam todos os demais direitos fundamentais, prevendo desde os direitos individuais (liberdades públicas clássicas), a sociais, difusos e coletivos. Houve, nessa época, o que a doutrina passou a chamar de “constitucionalização do direito privado”¹², de modo que

¹⁰ Sobre o tema, MOLINA, André Araújo. *Teoria dos princípios trabalhistas: a aplicação do modelo metodológico pós-positivista ao direito do trabalho*. São Paulo: Atlas, 2013. p. 81-84; BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 84-86.

¹¹ MOLINA, André Araújo. *Teoria dos princípios trabalhistas: a aplicação do modelo metodológico pós-positivista ao direito do trabalho*. São Paulo: Atlas, 2013. p. 82-83.

¹² *Ibidem*, p. 83-84.

diversos institutos que antes eram regulados apenas pelos códigos privados e legislações extravagantes passaram a deter a estatura de normas constitucionais. Ademais, além de a própria Constituição passar a prever normas de direito privado, ela transformou-se, nos dizeres de Luis Roberto Barroso, “[...] no filtro através do qual se deve ler todo o direito infraconstitucional.”¹³ Dito de outro modo, as normas dos demais ramos do direito devem ser interpretadas à luz dos valores e princípios constitucionais e à luz dos direitos fundamentais, rompendo-se, de modo definitivo, a forma de pensar e estruturar o pensamento jurídico contemporâneo.

Assim sendo, tornou-se premente a necessidade de se estabelecer parâmetros e critérios para a incidência dos direitos fundamentais nas relações privadas, pois, diferentemente do que ocorre na relação entre o cidadão e o Estado, em que se trata de “[...] uma relação entre um titular de direitos fundamentais e um não-titular”¹⁴, nas relações privadas há dois sujeitos igualmente titulares de direitos fundamentais, os quais, muitas das vezes, representam interesses conflitantes.

A problemática da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais é assim analisada por Ingo Wolfgang Sarlet:

Em suma, cuida-se de saber até que ponto pode o particular [...] recorrer aos direitos fundamentais nas relações com outros particulares, isto é, se, quando, e de que modo poderá opor direito fundamental do qual é titular relativamente a outro particular, que, neste caso, exerce papel de destinatário (obrigado), mas que, por sua vez, também é titular de direitos fundamentais? A natureza peculiar desta configuração decorre justamente da circunstância de que os particulares envolvidos na relação jurídica são, em princípio, ambos (ou todos) os titulares de direitos fundamentais, de tal sorte que se impõe a proteção dos respectivos direitos, bem como a necessidade de se estabelecer restrições recíprocas, estabelecendo-se uma relação de cunho conflituoso, inexistente, em regra, no âmbito das relações entre particulares e as entidades estatais (poder público em geral), já que estas, ao menos em princípio, não podem opor direito fundamental aos primeiros.¹⁵

Nessa perspectiva, passaram os países a travar debates quanto aos limites da eficácia dos direitos fundamentais previstos nos textos constitucionais, havendo diversos embates quanto à sua aplicabilidade para além da relação público-privado e se, sendo possível tal

¹³ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 113.

¹⁴ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 528.

¹⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais e direito privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais. In: _____. *A Constituição concretizada: construindo pontes com o público e o privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000. p. 112-113.

aplicação, de que modo deveria ocorrer. A fim de se determinar de que forma se daria tal aplicação, desenvolveram-se, ao redor do mundo, diversas teorias a respeito do assunto, desde teorias restritivas, beirando a ineficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas, a teorias que advogam pela aplicação direta da Constituição.

Nos Estados Unidos, país notadamente marcado pela ideologia liberal e individualista, há grande resistência quanto à intervenção do Estado nas relações privadas, tendo, assim, esse país adotado uma teoria bastante rígida quanto à aplicação dos direitos fundamentais a entes privados, denominada teoria do *state action*.

Já na Alemanha, travada a disputa sobre se os direitos fundamentais seriam aplicáveis nas relações entre particulares, ou se somente tinham aplicabilidade contra o Estado, nos moldes defendidos pela doutrina liberal clássica, prevaleceu a tese de que, sim, os direitos fundamentais seriam aplicáveis nas relações privadas, entendendo-se que estes produzem, além do efeito vertical, um efeito horizontal, conhecido na doutrina alemã como *Drittwirkung*, termo que significa, literalmente, “eficácia perante terceiros”, ou seja, vinculação de sujeitos de direito além do Estado.¹⁶ Surgiram, no país germânico, duas principais teorias acerca da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, quais sejam, a da aplicação direta e imediata da Constituição nas relações privadas e a da aplicação mediata ou indireta dos direitos fundamentais, segundo a qual os direitos fundamentais necessitariam de intermediação do legislador ordinário para serem aplicados nas relações particulares.

Há, ainda, em Portugal e na Espanha um esforço doutrinário para harmonizar ambas teorias germânicas, visando-se a adoção de uma teoria de aplicação direta e imediata ponderada (matizada) dos direitos fundamentais, os quais somente seriam aplicados diretamente com base nas circunstâncias do caso concreto e do direito fundamental em questão.

No Brasil, a teoria da eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas (eficácia horizontal dos direitos fundamentais) encontra respaldo na jurisprudência e doutrina majoritárias, não existindo, salvo escassas vozes doutrinárias, resistência à sua aplicação, havendo, apenas, discussão quanto à forma de incidência, ou seja, se os direitos fundamentais previstos no texto constitucional devem ser aplicados de forma direta às relações privadas ou se eles carecem de serem densificados por meio da atividade do legislador ordinário, para que,

¹⁶ DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria geral dos direitos fundamentais*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 103.

somente então, possam ser aplicados nestas relações. Há, também, uma doutrina dita mista ou eclética, que visa a buscar um meio termo entre essas duas teorias, aplicando-se os direitos fundamentais diretamente ou não nas relações particulares conforme as circunstâncias do caso concreto e o direito fundamental em jogo, em consonância com as doutrinas portuguesa e espanhola.

2.2 TEORIA DO *STATE ACTION*

Nos Estados Unidos prevalece a visão de que os direitos fundamentais positivados na Constituição não se estendem, via de regra, às relações privadas, ou seja, que os direitos fundamentais, previstos no *Bill of Rights*, não atribuem aos particulares direitos frente a outros particulares, excetuando-se apenas a 13^a Emenda, que proibiu a escravidão.¹⁷

Há, em síntese, três principais argumentos que sustentam a teoria do *state action*: primeiro, a literalidade da Constituição norte-americana se refere apenas aos Poderes Públicos na maioria das cláusulas garantidoras de direitos fundamentais; segundo, vale-se a doutrina de uma concepção liberal de que a eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas importaria reduzir a liberdade individual dos indivíduos de fazer escolhas, cerceando, portanto, a autonomia privada; terceiro, nos Estados Unidos, compete aos Estados e não à União legislar sobre direito privado, com exceção das matérias que envolvam comércio interestadual ou internacional, de modo que a doutrina do *state action*, em respeito ao federalismo, preserva a autonomia dos Estados, impedindo que as cortes federais intervenham na disciplina das relações privadas ao aplicar a Constituição.¹⁸

Superadas essas premissas gerais, denota-se que a doutrina do *state action* surge como uma teoria que, inicialmente, nega de forma absoluta a eficácia dos direitos fundamentais nas relações particulares; contudo, a partir dos anos 40 do século passado, a Suprema Corte norte-americana passou a expandir, de maneira tímida, é verdade, a proteção dos direitos fundamentais para além da relação estanque público-privado.

Com o julgamento dos *Civil Rights Cases* em 1883, a Suprema Corte inaugurou a doutrina conhecida como *state action*. Em 1875, o Congresso Nacional, fundamentando-se na

¹⁷ SARMENTO, Daniel; GOMES, Fábio Rodrigues. A eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares: o caso das relações de trabalho. *Revista TST*, Brasília, v. 77, n. 4, out/dez, 2011. p. 63.

¹⁸ *Ibidem*, p. 63-64.

competência conferida pela 14ª Emenda Constitucional, que obrigava os Estados a respeitar os princípios da igualdade e do devido processo legal, aprovou o *Civil Rights Act*, prevendo uma série de regras contra a discriminação em locais públicos e punições aos particulares que infringissem tais vedações contidas na lei federal. A Suprema Corte, instada a se manifestar, declarou a inconstitucionalidade da norma, sob o fundamento de que a Constituição teria conferido competência para a União de editar normas impedindo as discriminações praticadas pelos próprios Estados, não abrangendo aquelas cometidas por indivíduos e empresas privadas. Ficaram assentadas duas premissas básicas: a primeira de que os direitos fundamentais vinculam apenas os Poderes Públicos, e não os particulares; a segunda de que o Congresso Nacional não deteria competência para editar normas protegendo direitos fundamentais nas relações privadas.¹⁹

De outra banda, conforme Sarmiento e Gomes, a partir dos anos 40, a Suprema Corte americana passou a esboçar alguns temperamentos a esta teoria, passando a adotar a chamada *public function theory*, segundo a qual, quando particulares agirem no exercício de atividades de natureza tipicamente estatal, também estarão sujeitos às limitações constitucionais.²⁰ Dois casos que demonstram a adoção desta teoria mais flexível foram os casos *Smith v. Allwright* (1944), em que a Corte entendeu que partidos políticos, ao conduzirem eleições prévias, exercem atividade tipicamente estatal, sendo vedada a discriminação, e *Marsh v. Alabama* (1946), em que uma religiosa profetizante da doutrina religiosa “Testemunha de Jeová” foi proibida por uma empresa privada administradora de uma pequena cidade construída com a estrutura de um condomínio privado de praticar sua pregação no seu território, tendo sido condenada à prisão em virtude de uma lei do Estado do Alabama que previa penalidade para aqueles que invadissem propriedade particular. Entendeu a Suprema Corte que a cidade americana era uma propriedade privada especial, não podendo os proprietários da cidade limitar o exercício de direitos civis dos moradores e não-moradores, entre eles a liberdade de religião, adotando a administração privada posição idêntica ao do Estado.²¹

Em que pese tal alargamento conferido pela Suprema Corte para particulares que exerçam atividade tipicamente estatal, a jurisprudência norte-americana ainda impõe diversos

¹⁹ SARMENTO, Daniel; GOMES, Fábio Rodrigues. A eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares: o caso das relações de trabalho. *Revista TST*, Brasília, v. 77, n. 4, out/dez, 2011. p. 64.

²⁰ *Ibidem*.

²¹ MOLINA, André Araújo. *Teoria dos princípios trabalhistas: a aplicação do modelo metodológico pós-positivista ao direito do trabalho*. São Paulo: Atlas, 2013. p. 110.

obstáculos à tutela pelo legislador ordinário dos direitos fundamentais nas relações privadas. Caso emblemático é o do *Boy Scouts of America v. Dale* (2000) em que uma lei do Estado de Nova Jersey proibia qualquer discriminação contra homossexuais. Apesar disso, a *Boy Scouts*, organização privada de escoteiros, expulsou um rapaz ao descobrir que ele era homossexual. A Suprema Corte entendeu que a aplicação da lei estadual violava a liberdade de associação, por obrigar que um grupo ligado por valores comuns fosse integrado por pessoa indesejada, no caso, por um homossexual.²²

Em suma, apesar de certos temperamentos estabelecidos pela jurisprudência norte-americana, há forte resistência no país quanto ao reconhecimento da eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas, ocorrendo a aplicabilidade nestas relações apenas de forma excepcional, sendo a inaplicabilidade a regra geral.

2.3 TEORIA DA EFICÁCIA INDIRETA E MEDIATA

Nos termos de André Araújo Molina,

Foi a partir da Lei Fundamental de 1949 [...] que surgiram as primeiras discussões acerca da eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas ou, na nomenclatura da experiência alemã, eficácia perante terceiros (*Drittwirkung der Grundrechte*).

[...] as posições se dividiram entre aqueles que defendiam a eficácia direta e aplicabilidade imediata (posições monistas) e aqueles defendendo a eficácia indireta e aplicabilidade mediata (posições dualistas) dos direitos fundamentais nas relações privadas. Ressalva-se que algumas posições mistas surgiram, colhendo conceitos em ambas as grandes posições, mas, em relação aos efeitos práticos, nada diferenciava das posições principais, em essência.²³

A teoria da eficácia horizontal mediata ou indireta dos direitos fundamentais trata-se, em síntese, de uma construção intermediária entre aqueles que negam a vinculação dos particulares aos direitos fundamentais, nos moldes da tradição jurídica norte-americana, e aqueles que sustentam a incidência direta destes direitos nas relações privadas.²⁴

²² SARMENTO, Daniel; GOMES, Fábio Rodrigues. A eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares: o caso das relações de trabalho. *Revista TST*, Brasília, v. 77, n. 4, out/dez, 2011. p. 66.

²³ MOLINA, André Araújo. *Teoria dos princípios trabalhistas: a aplicação do modelo metodológico pós-positivista ao direito do trabalho*. São Paulo: Atlas, 2013. p. 84-85.

²⁴ SARMENTO; GOMES, *loc. cit.*

Tal teoria foi desenvolvida por Günter Dürig e é amplamente adotada pela doutrina alemã. Segundo Molina, o autor germânico entendia que “[...] submeter a atividade dos particulares aos mesmos vínculos que limitam a ação do poder público significaria converter os direitos básicos privados em deveres [...]”, de modo a inverter totalmente o seu sentido, aniquilando-se a autonomia da vontade. Reconhece, por outro lado, “[...] que o poder público, enquanto passivo de direitos fundamentais, tem obrigação de evitar que esses direitos dos particulares sejam atacados por outros particulares [...]”, mas que tal proteção deve ser feita pelo próprio direito privado, ou seja, aplicando-se mediatamente os direitos fundamentais por meio da sua positivação na legislação ordinária.²⁵

Ademais, Dürig admitia a necessidade de construir certas pontes entre o direito privado e a Constituição, as quais seriam representadas pelas cláusulas gerais e pelos conceitos jurídicos indeterminados acolhidos pelo legislador, os quais devem ser interpretados pelos juízes sempre em conformidade com os direitos fundamentais.²⁶ Dito de outro modo, tal teoria indica que os direitos fundamentais só produzem efeitos para as relações jurídicas de direito privado por meio de normas e cláusulas gerais que contenham conceitos jurídicos indeterminados, servindo de verdadeiras “portas de entrada” ao direito constitucional no direito privado, devendo o juiz levar em consideração tal sistema no momento de interpretar e aplicar as normas que decidirão o caso.²⁷ Caberia, portanto, ao legislador a tarefa de realizar a aplicação dos direitos fundamentais nas relações privadas.

Entende Ingo Sarlet que, em última análise, isso significa que os direitos fundamentais não são diretamente oponíveis nas relações particulares, não sendo reconhecidos, pois, como direitos subjetivos, necessitando, assim, “[...] de uma intermediação, isto é, de uma transposição a ser efetuada precipuamente pelo legislador e, na ausência de normas legais privadas, pelos órgãos judiciais, [...] cuidando-se, na verdade, de uma espécie de recepção dos direitos fundamentais pelo Direito Privado.”²⁸

²⁵ MOLINA, André Araújo. *Teoria dos princípios trabalhistas: a aplicação do modelo metodológico pós-positivista ao direito do trabalho*. São Paulo: Atlas, 2013. p. 85-86.

²⁶ SARMENTO, Daniel; GOMES, Fábio Rodrigues. A eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares: o caso das relações de trabalho. *Revista TST*, Brasília, v. 77, n. 4, out/dez, 2011. p. 67.

²⁷ DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria geral dos direitos fundamentais*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 107.

²⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais e direito privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais. In: _____. *A Constituição concretizada: construindo pontes com o público e o privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000. p. 123-124.

Tal posição foi adotada pelo Tribunal Constitucional Federal alemão no julgamento do famoso caso Lüth em 1958 (BverfGE 7, 198). No caso em questão, foi promovida uma campanha de boicote por Erich Lüth, então Presidente do Clube de Imprensa de Hamburgo, contra o filme “Unsterbliche Gelibte” (amada imortal), dirigido pelo cineasta Veit Harlan, mesmo diretor que havia produzido um filme de conteúdo anti-semita durante o regime nazista. Harlan, insatisfeito com o boicote promovido por Lüth, ajuizou ação judicial objetivando cessar tais atos, com base no dispositivo do § 826 do Código Civil alemão que dispõe que “aquele que causa dano a outro, de maneira ofensiva aos bons costumes, está obrigado a repará-lo”, sendo a decisão de origem favorável ao cineasta, reconhecendo-se como ilícita a atividade de boicote, o que foi mantido pelo Tribunal de Justiça de Hamburgo. Lüth ingressou, então, com uma reclamação constitucional junto ao Tribunal Constitucional Federal, alegando que o Tribunal de segundo grau havia violado sua liberdade de expressão. A Corte Constitucional concluiu que o Tribunal Estadual desconsiderou o significado do direito fundamental de liberdade de expressão e informação de Lüth, reconhecendo-se que o conteúdo dos direitos fundamentais exercem influência no direito privado, ocorrendo a concretização de tal influência por meio das cláusulas gerais como é, no caso em questão, a cláusula geral “bons costumes”.²⁹ Portanto, em suma, entendeu o Tribunal Constitucional Federal Alemão que as cláusulas gerais de direito privado devem ser interpretadas à luz da Constituição e dos direitos fundamentais, de modo que a campanha de boicote promovida por Lüth era um exercício legítimo da liberdade de expressão, não contrariando os bons costumes.

A ementa do caso Lüth deixa claro que a posição do Tribunal Constitucional Federal alemão é a da adoção da teoria da aplicabilidade mediata ou indireta dos direitos fundamentais nas relações privadas, tendo sido consignada da seguinte forma:

Os direitos fundamentais são, em primeira linha, direitos de resistência do cidadão contra o Estado. Não obstante, às normas de direito fundamental incorpora-se também um ordenamento axiológico objetivo, que vale para todas as áreas do direito como uma fundamental decisão constitucional.

No direito civil, o conteúdo jurídico dos direitos fundamentais desenvolve-se de modo mediato, por intermédio das normas de direito privado. Ele interfere, sobretudo, nas prescrições de caráter cogente e é realizável pelo juiz, sobretudo pela via das cláusulas gerais.

²⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais e direito privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais. In: _____. *A Constituição concretizada: construindo pontes com o público e o privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000. p. 124-125.

[...] As normas do direito civil também podem ser “leis gerais” na acepção do art. 5, II, GG e, destarte, limitar o direito fundamental à liberdade de expressão do pensamento.

As “leis gerais” têm que ser interpretadas à luz do significado especial do direito fundamental à livre expressão do pensamento para o Estado livre e democrático.

O direito fundamental do art. 5 GG não protege somente a expressão de uma opinião enquanto tal, mas também o efeito intelectual a ser alcançado por sua expressão.

Uma expressão do pensamento que contenha uma convocação ao boicote não viola necessariamente os bons costumes na acepção do § 826 BGB; ela pode ser justificada constitucionalmente, em sede da ponderação de todos os fatores envolvidos no caso, por meio da liberdade de expressão do pensamento.³⁰

Embasado nesse contexto geral, tem-se que Robert Alexy bem resume a compreensão da teoria da eficácia mediata ou indireta dos direitos fundamentais nas relações privadas adotada na Alemanha:

Segundo a teoria de efeitos indiretos perante terceiros, cujos principais representantes são Dürig e o Tribunal Constitucional Federal, os direitos fundamentais, enquanto “decisões axiológicas”, “normas objetivas” ou “valores constitucionais”, ou seja, como *principios objetivos* [...] influenciam a interpretação do direito privado. Essa influência deve ocorrer sobretudo na concretização das cláusulas gerais do direito privado; mas ela pode também manifestar-se em toda e qualquer interpretação de uma norma de direito privado e, em casos especiais, chega até a fundamentar decisões contra o teor literal da lei. Apesar da influência dos direitos fundamentais, as normas de direito privado devem permanecer como normas de direito privado, e os direitos e deveres por elas estabelecidos permanecem direitos e deveres no âmbito do direito privado. No que diz respeito à posição do juiz, o efeito irradiador deve fundamentar o dever de levar em consideração a influência dos direitos fundamentais nas normas de direito privado, quando de sua interpretação.³¹

Como não poderia ser diferente, tal teoria foi objetivo de diversas críticas. As principais críticas doutrinárias a respeito da teoria da eficácia mediata ou indireta sustentam que esta não proporciona uma tutela integral dos direitos fundamentais no plano privado, por ficar dependente das decisões adotadas pelo legislador ordinário,³² que ela nada mais seria do que a utilização da já utilizada técnica da interpretação conforme a Constituição e que, no

³⁰ DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria geral dos direitos fundamentais*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 259.

³¹ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 529.

³² GARCÍA, Pedro de Vega, *apud*, SARMENTO, SARMENTO, Daniel; GOMES, Fábio Rodrigues. A eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares: o caso das relações de trabalho. *Revista TST*, Brasília, v. 77, n. 4, out/dez, 2011. p. 70.

mais das vezes, sua adoção resultaria no mesmo resultado prático da aplicação direta ou imediata da Constituição.³³

Por conseguinte, na mesma década de julgamento do caso paradigmático citado acima, desenvolveu-se na Alemanha uma teoria alternativa que advoga pela aplicação direta ou imediata da Constituição nas relações privadas, tendo como principal expoente teórico Hans Carl Nipperdey e sendo adotada pelo Tribunal Federal do Trabalho alemão.

2.4 TEORIA DA EFICÁCIA DIRETA E IMEDIATA

Na década de 50, travou-se, pois, na Alemanha, intenso debate sobre a forma de incidência dos direitos fundamentais nas relações privadas. Enquanto Dürig defendia efeitos indiretos dos direitos fundamentais nas relações privadas, Nipperdey sustentava a necessidade de se aplicar diretamente a Constituição.

A eficácia horizontal direta ou imediata dos direitos fundamentais nas relações privadas resulta no vínculo direto das pessoas aos direitos fundamentais, sob o fundamento de que, além do Estado, outras forças sociais detêm potencial lesivo semelhante³⁴, ou seja, as ameaças aos direitos fundamentais não provêm apenas do Estado, mas também dos próprios indivíduos, sobretudo os que possuem poder social.

A vinculação direta e imediata dos particulares aos direitos fundamentais têm por fundamento o argumento de acordo com o qual não se poderia aceitar que o direito privado ficasse à margem da Constituição, em virtude de os direitos fundamentais constituírem normas que expressam valores aplicáveis a todo ordenamento jurídico - em decorrência do princípio da unidade da ordem jurídica, bem como em razão da força normativa da Constituição -, não havendo como admitir-se uma vinculação somente dos poderes públicos aos direitos fundamentais.³⁵

Molina, ao tratar da teoria defendida por Nipperdey, afirma que:

³³ MOLINA, André Araújo. *Teoria dos princípios trabalhistas: a aplicação do modelo metodológico pós-positivista ao direito do trabalho*. São Paulo: Atlas, 2013. p. 88.

³⁴ DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria geral dos direitos fundamentais*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 108.

³⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais e direito privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais. In: _____. *A Constituição concretizada: construindo pontes com o público e o privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000. p. 121-122.

[...] Segundo ele, os direitos de estatura constitucional são vinculantes do Estado; contudo, alguns deles, pela própria natureza, podem ser invocados nas relações privadas, sendo exigidos *erga omnes* e sem a necessidade de mediação pelo legislador. Os ataques aos direitos dos cidadãos não são apenas desferidos pelo poder público, antes são alvo das investidas de outros particulares. A unidade da ordem jurídica, capitulada pela Lei Fundamental, não coloca o direito privado à margem da influência das normas constitucionais. Como efeito direto da hierarquia normativa, encontra-se o direito privado vinculado à Carta [...].³⁶

Além do mais, Alexy, explicitando as semelhanças e diferenças entre as teorias de origem germânica, alega que, em ambas teorias, a influência das normas de direitos fundamentais no direito privado “decorre da sua característica como direito constitucional objetivo e vinculante”. A diferença, contudo, reside no fato de que, na teoria da eficácia direta ou imediata dos direitos fundamentais, não se sustenta que os direitos fundamentais produzem efeitos na relação cidadão/cidadão apenas por meio de uma influência das normas de direito privado³⁷, mas sim que dos direitos fundamentais, nos termos de Nipperdey, “fluem também direitos subjetivos privados para os indivíduos”.³⁸

Nessa linha, afirma Sarlet que, como consequência de tal concepção, os direitos fundamentais previstos no texto constitucional não necessitam de qualquer transformação para serem aplicados nas relações privadas, “[...] acarretando uma proibição de qualquer limitação aos direitos fundamentais contratualmente avençada, ou mesmo gerando direito subjetivo à indenização no caso de uma ofensa oriunda de particulares.”³⁹

Adotando a teoria da aplicabilidade direta ou imediata da Constituição, o Tribunal Federal do Trabalho alemão, presidido à época por H. C. Nipperdey, julgou um caso paradigmático no ano de 1957 conhecido como caso da enfermeira Lempflegerin (BAGE 2, 274). No caso em questão, havia uma cláusula que previa a extinção dos contratos de trabalho firmados entre as enfermeiras e um hospital privado caso elas contraíssem matrimônio. O Tribunal entendeu que os direitos fundamentais das enfermeiras de constituir família e de matrimônio foram restringidos desproporcionalmente pelo empregador, aplicando, de forma

³⁶ MOLINA, André Araújo. *Teoria dos princípios trabalhistas: a aplicação do modelo metodológico pós-positivista ao direito do trabalho*. São Paulo: Atlas, 2013. p. 86.

³⁷ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 530.

³⁸ NIPPERDEY, Hans C., *apud* ALEXY, Robert, *Teoria dos direitos fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 530.

³⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais e direito privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais. In: _____. *A Constituição concretizada: construindo pontes com o público e o privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000. p. 122-123.

direta e imediata, tais direitos nessa relação de trabalho, sem a necessidade de intermediação pela legislação.⁴⁰

As principais críticas dirigidas a essa teoria são as de que ela comprometeria em demasia a liberdade individual e a autonomia privada, que seria antidemocrática, atribuindo demasiado poder ao Judiciário em detrimento do Legislativo, que geraria insegurança jurídica e que poria em risco a autonomia e identidade do direito privado.⁴¹

Em suma, a teoria da eficácia direta ou imediata dos direitos fundamentais defende que estes constituem verdadeiros direitos subjetivos dos indivíduos tanto em face do Estado como em face de outros particulares, de modo que podem ser diretamente invocados e aplicados nas relações privadas, independentemente de mediação legislativa.

2.5 TEORIA DA EFICÁCIA DIRETA E IMEDIATA PONDERADA (MATIZADA)

2.5.1 Desenvolvimento da Teoria em Portugal

Em virtude da Constituição portuguesa, que prevê expressamente que os direitos fundamentais vinculam tanto os poderes públicos, como o Estado⁴², os autores portugueses adotam, regra geral, a posição de eficácia imediata ponderada (matizada) dos direitos fundamentais, isto é, “sob o pálio da proporcionalidade e da decisão conforme as circunstâncias dos casos concretos, invocando a incidência dos direitos fundamentais quanto maior for a desigualdade fática entre os sujeitos.”⁴³

No entanto, não tendo a Constituição portuguesa definido de que modo deve dar-se tal aplicação nas relações privadas, surgiram no país defensores de ambas correntes alemãs explicitadas acima; porém, denota-se que ambas correntes portuguesas concordam com duas

⁴⁰ MOLINA, André Araújo. *Teoria dos princípios trabalhistas: a aplicação do modelo metodológico pós-positivista ao direito do trabalho*. São Paulo: Atlas, 2013. p. 86.

⁴¹ SARMENTO, Daniel. A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais no direito comparado e no Brasil. In: BARROSO, Luís Roberto (org.). *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 248.

⁴² Art. 18º (força jurídica) da Constituição Portuguesa de 1976: “1. Os preceitos constitucionais respeitantes aos direitos, liberdades e garantias são diretamente aplicáveis e vinculam as entidades públicas e privadas [...]”. (PORTUGAL. *Constituição da República Portuguesa*. Disponível em: <<https://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx>>. Acesso em: 02 dez. 2018).

⁴³ MOLINA, André Araújo. *Teoria dos princípios trabalhistas: a aplicação do modelo metodológico pós-positivista ao direito do trabalho*. São Paulo: Atlas, 2013. p. 101.

premissas básicas: primeira, que deve haver diferença de tratamento em relação às entidades privadas poderosas, as quais não devem ser tratadas como qualquer outro indivíduo; segunda, que não se pode, com a finalidade de proteger os direitos fundamentais, “retirar-se a autonomia privada e destruir-se a liberdade de autodeterminação dos cidadãos em sua vida e nos negócios que celebram na sua esfera privada.”⁴⁴

Além disso, concordam, também, os doutrinadores portugueses que a adoção da teoria da aplicabilidade imediata tende a gerar o inconveniente da instalação da “ditadura do Poder Judiciário”, tendo em vista que os juízes deteriam o domínio da aplicação e interpretação do direito privado, substituindo-se, dessa forma, ao legislador, sob o pretexto da eficácia direta dos direitos fundamentais.⁴⁵ No entanto, Molina adverte que

[...] esse resultado inconveniente pode ser minorado, quiçá extinto, a se entender que a eficácia apenas é direta quando se tratar de entes privados coletivos (pessoas de natureza jurídica), ainda assim gradativa conforme a desigualdade seja verificada em cada caso concreto, incumbindo ao magistrado expor e ponderar todos os valores em jogo, se somando que é o legislador primeiramente quem incumbe regular as situações dentro das relações privadas e dar a solução ponderada em caso de colisão de princípios, por intermédio de uma regra jurídica restritiva.⁴⁶

José Carlos Vieira de Andrade, professor da Universidade de Coimbra, sustenta que se trata apenas de assegurar, na medida em que o caso concreto justificar, uma proteção mais intensa e eficiente aos direitos fundamentais dos particulares suscetíveis de serem desproporcionalmente violados por entidades privadas poderosas.⁴⁷ Conclui o professor português:

Os particulares poderão, assim, de acordo com *a natureza específica*, a *razão de ser* e a *intensidade* do poder exercido (na falta ou insuficiência da lei ou contra ela, se inconstitucional), invocar os direitos fundamentais que asseguram a sua liberdade, por um lado, e exigir, por outro, uma igualdade de tratamento em relação a outros indivíduos nas mesmas circunstâncias, arguindo a invalidade dos actos e negócios jurídicos que ofendam os princípios constitucionais ou reclamando a indemnização dos danos causados.

⁴⁴ MOLINA, André Araújo. *Teoria dos princípios trabalhistas: a aplicação do modelo metodológico pós-positivista ao direito do trabalho*. São Paulo: Atlas, 2013. p. 95-96.

⁴⁵ *Ibidem*, p. 97.

⁴⁶ *Ibidem*.

⁴⁷ ANDRADE, José Carlos Vieira de, *apud* MOLINA, André Araújo. *Teoria dos princípios trabalhistas: a aplicação do modelo metodológico pós-positivista ao direito do trabalho*. São Paulo: Atlas, 2013. p. 97.

Em todo caso, a vinculação das entidades privadas poderosas pelos direitos fundamentais raramente se produzirá em termos semelhantes à vinculação dos poderes públicos.

Na realidade, as entidades privadas são também, apesar de tudo, titulares de direitos, liberdades e garantias [...] e essa circunstância, que terá de ser levada em linha de conta, poderá sempre implicar uma *ponderação* dos direitos ou valores em conflito, ainda que venha a revelar-se mínima [...].⁴⁸

Cabe citar, ainda, a doutrina de Paulo Mota Pinto, juiz do Tribunal Constitucional português, que adota uma posição ainda mais contida quanto à eficácia direta dos direitos fundamentais nas relações privadas, entendendo que, em primeira linha, a aplicação das normas de direitos fundamentais devem ocorrer por intermediação do legislador, nos moldes defendidos pela teoria da eficácia mediata. Distancia-se, contudo, desta teoria ao entender que há duas exceções para aplicar diretamente os direitos fundamentais: primeira, quando o legislador for omissivo ou quando a norma de direito privado for inconstitucional, pesando, nesses casos, um forte ônus argumentativo ao julgador; segunda, nos casos em que o núcleo essencial da dignidade da pessoa humana for violado.⁴⁹

2.5.2 Desenvolvimento da Teoria na Espanha

Juan Maria Bilbao Ubillos, professor na Faculdade de Direito da Universidade de Valladolid, Espanha, entende que a eficácia dos direitos fundamentais entre privados deve ser atenuada, conforme as circunstâncias do caso concreto, tendo em vista que nas relações entre particulares, diferentemente do que ocorre na relação Estado-indivíduo, ambos são detentores de direitos fundamentais, de sorte a ocorrer colisão, a qual deve ser resolvida pela técnica da ponderação. Sustenta o autor espanhol que a incidência dos direitos fundamentais deve ser direta e imediata, mas com as necessárias adaptações, sob pena de solapar o princípio da autonomia privada, grande pilar do direito privado.⁵⁰

A Corte Constitucional espanhola, apesar de não adotar, expressamente, uma das teorias acerca da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, “admite a existência de

⁴⁸ ANDRADE, José Carlos Vieira de. Os direitos, liberdades e garantias no âmbito das relações entre particulares. In: SARLET, Ingo Wolfgang. *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 253.

⁴⁹ PINTO, Paulo Mota, *apud* MOLINA, André Araújo. *Teoria dos princípios trabalhistas: a aplicação do modelo metodológico pós-positivista ao direito do trabalho*. São Paulo: Atlas, 2013. p. 100.

⁵⁰ UBILLOS, Juan María Bilbao, *apud* MOLINA, André Araújo. *Teoria dos princípios trabalhistas: a aplicação do modelo metodológico pós-positivista ao direito do trabalho*. São Paulo: Atlas, 2013. p. 106.

eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas, mas não de uma eficácia direta, imediata, como se dá em relação aos poderes públicos, mas uma eficácia matizada, que deve adaptar-se em cada caso concreto aos direitos fundamentais daquele outro particular envolvido na relação”, tendo o Tribunal se manifestado pela primeira vez sobre a questão num julgamento envolvendo uma relação de trabalho (STC 120/1983)⁵¹, em que reconheceu o direito à liberdade de expressão do trabalhador dispensado por tecer críticas contrárias ao interesse empresarial.⁵²

Já na decisão da STC 177/1988, nos termos de Molina⁵³, a Suprema Corte espanhola manifestou-se no seguinte sentido:

Há de ter-se em conta, com efeito, que no âmbito das relações privadas os direitos fundamentais e, entre eles, o princípio da igualdade, não de aplicar-se matizadamente, pois não de fazer-se compatíveis com outros valores e parâmetros que tem em sua última origem no princípio da autonomia de vontade.⁵⁴

Por fim, cabe citar o julgamento da STC 98/2000, cujo caso se tratava da instalação de microfones em determinados locais da empresa “Casino de La Toja S.A”, onde já havia câmeras de vídeo. Conforme Vecchi, o Tribunal assentou certas premissas para decisão do caso, quais sejam:

- a celebração de um contrato de trabalho não implica, de modo algum, a privação para uma das partes, o trabalhador, dos direitos que a Constituição reconhece aos cidadãos (doutrina já assentada na STC 88/1985);
- o contrato de trabalho não pode considerar-se com um título legitimador de recortes no exercício dos direitos fundamentais que cabem ao trabalhador como cidadão, que não perde essa condição ao se inserir do âmbito de uma organização privada (doutrina já assentada na STC 99/1994), sendo inaceitáveis as manifestações de “feudalismo industrial” (doutrina assentada na STC 88/1985);
- [...] O direito à intimidade, embora não seja absoluto, pois pode ceder frente a outros bens constitucionalmente protegidos e desde que para alcançar fins legítimos, só pode sofrer restrições se respeitado um juízo de proporcionalidade, bem como

⁵¹ Disponível em: <<http://hj.tribunalconstitucional.es/es/Resolucion/Show/248>>. Acesso em: 03 dez. 2018.

⁵² MOLINA, André Araújo. *Teoria dos princípios trabalhistas: a aplicação do modelo metodológico pós-positivista ao direito do trabalho*. São Paulo: Atlas, 2013. p. 104-105.

⁵³ *Ibidem*, p. 105.

⁵⁴ Trecho original: “Ha de tenerse en cuenta también, como en otras ocasiones ha puesto de manifiesto este Tribunal, que en el ámbito de las relaciones privadas, en el que, sin perjuicio de las consideraciones anteriores, el Convenio colectivo se incardina, los derechos fundamentales y, entre ellos, el principio de igualdad, han de aplicarse matizadamente, pues han de hacerse compatibles con otros valores o parámetros que tienen su último origen en el principio de la autonomía de la voluntad, y que se manifiestan a través de los derechos y deberes que nacen de la relación contractual creada por las partes o de la correspondiente situación jurídica”. Disponível em: <<http://hj.tribunalconstitucional.es/es/Resolucion/Show/1118>>. Acesso em: 03 dez. 2018.

preservado seu núcleo essencial (doutrina assentada em várias sentenças, como exemplo, a STC 57/1994);

- a limitação dos direitos fundamentais só é admissível na medida necessária para tutela de outros interesses constitucionalmente previstos, como as faculdades organizativas empresariais (poder empregatício), cabendo um juízo de ponderação no qual o princípio da proporcionalidade se faz presente;

- não basta a mera utilidade para a empresa a fim de justificar a restrição a um direito fundamental, pois para a restrição de mostrar legítima, ela deve se mostrar imprescindível para a tutela dos interesses empresariais constitucionalmente legítimos.^{55,56}

Enfim, verifica-se que tanto em Portugal como na Espanha há uma tentativa de estabelecer certos temperamentos à incidência direta dos direitos fundamentais nas relações privadas, adotando-se o entendimento de que a função precípua de intermediar a aplicação de tais direitos aos particulares é do legislador, cabendo ao Poder Judiciário intervir somente quando houver omissão legislativa ou insuficiência de aplicação do direito.⁵⁷

2.6 O CASO BRASILEIRO

Nos termos expostos anteriormente, o respeito à dignidade da pessoa humana e aos direitos fundamentais em geral só foi possível, de fato, após a promulgação da Constituição Federal de 1988. Nessa perspectiva, a discussão acerca da incidência de tais direitos nas relações privadas passou a ter maior relevância.

A literalidade do artigo 5º, § 1º, da Constituição, ao prever que “As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicabilidade imediata” inaugurou o debate acerca da incidência ou não nas relações privadas, pois, diferentemente da Constituição portuguesa em que há regra expressa de vinculação dos particulares aos direitos fundamentais, a nossa

⁵⁵ VECCHI, Ipojucan Demétrius. A eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas: o caso da relação de emprego. *Revista TST, Brasília*, v. 77, n. 3, jul/set, 2011. p. 124.

⁵⁶ Cumpre citar trecho importante da decisão da Corte Constitucional espanhola, *in verbis*: “En resumen, la implantación del sistema de audición y grabación no ha sido en este caso conforme con los principios de proporcionalidad e intervención mínima que rigen la modulación de los derechos fundamentales por los requerimientos propios del interés de la organización empresarial, pues la finalidad que se persigue (dar un plus de seguridad, especialmente ante eventuales reclamaciones de los clientes) resulta desproporcionada para el sacrificio que implica del derecho a la intimidad de los trabajadores (e incluso de los clientes del casino). [...] Se trata, en suma, de una intromisión ilegítima en el derecho a la intimidad consagrado en el art. 18.1 CE, pues no existe argumento definitivo que autorice a la empresa a escuchar y grabar las conversaciones privadas que los trabajadores del casino mantengan entre sí o con los clientes”. Disponível em: <<http://hj.tribunalconstitucional.es/es/Resolucion/Show/4082>>. Acesso em: 03 dez. 2018.

⁵⁷ MOLINA, André Araújo. *Teoria dos princípios trabalhistas: a aplicação do modelo metodológico pós-positivista ao direito do trabalho*. São Paulo: Atlas, 2013. p. 108.

Constituição não estabelece em que relações e em que medida os direitos fundamentais aplicam-se imediatamente.

Nessa perspectiva, havendo bastante divergência, há defensores das quatro teorias supracitadas. Nos termos do questionamento de Sarlet, se até mesmo no direito lusitano, em que o texto constitucional prevê no seu artigo 18º, de forma expressa, a vinculação direta das entidades privadas aos direitos fundamentais “[...] não se registra um consenso quanto ao alcance e à forma desta vinculação, o que não dizer do direito constitucional pátrio, no qual inexistente cláusula similar?”.⁵⁸

Algumas poucas vozes no direito brasileiro defendem a teoria da ineficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas, nos moldes do direito americano. No entanto, conforme Jane Reis Gonçalves Pereira, as concepções que negam a vinculação dos direitos fundamentais aos particulares refletem, hoje, “uma abordagem mais ideológica do que descritiva do ordenamento.”⁵⁹ Ademais, tem-se que, na doutrina trabalhista, tal dogmática é impossível, pois grande parte dos direitos trabalhistas está nos artigos 6º, 7º e 8º da Constituição e tem eficácia direta nas relações de trabalho.⁶⁰ Além do mais, o Supremo Tribunal Federal e a jurisprudência trabalhista como um todo reconhece tal eficácia, conforme será abordado em tópico específico, de modo que se torna infrutífera tal discussão.

Posto isso, tem-se, na doutrina nacional, como principais expoentes defensores da eficácia indireta e mediata dos direitos fundamentais nas relações privadas Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins.

Entendem os professores que

[...] um possível reconhecimento do efeito direto não pode prescindir da mediação do Estado. Seu fundamento jurídico consiste novamente no art. 5º, § 1º, da CF, indicando a obrigação do Estado de fazer respeitar os direitos fundamentais com o afastamento ou a reparação de uma agressão oriunda de particulares. [...] Isso significa que, apesar do caráter direto da aplicação da norma constitucional, as relações entre particulares só ficam submetidas aos direitos fundamentais mediante atuação (decisão) do Estado, de tal sorte que somente o Estado-juiz está diretamente vinculado. O particular, ao contrário, está diretamente vinculado somente ao direito

⁵⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 375.

⁵⁹ PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. Apontamentos sobre a aplicação das normas de direito fundamental nas relações jurídicas privadas. In: BARROSO, Luís Roberto (org.). *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 180.

⁶⁰ MOLINA, André Araújo. *Teoria dos princípios trabalhistas: a aplicação do modelo metodológico pós-positivista ao direito do trabalho*. São Paulo: Atlas, 2013. p. 112.

infraconstitucional, sobretudo ao direito privado e penal, do qual é o destinatário normativo por excelência.

Tal aplicação direta pelo Estado-juiz, portanto, não impugna a tese aqui adotada de que o efeito horizontal é *meramente indireto*. Necessita dos *media*, isto é, da intermediação das cláusulas gerais do direito infraconstitucional (exemplos: boa-fé, bons costumes, função social do contrato etc.) sobre as quais incide o referido “efeito de irradiação” e, evidentemente, da decisão do juiz que interpreta e aplica tais cláusulas.⁶¹

Por outro lado, a doutrina majoritária nacional adota a teoria da eficácia horizontal direta e imediata, como é o caso de Ingo Wolfgang Sarlet⁶², Luis Roberto Barroso⁶³, Daniel Sarmento⁶⁴, Jane Reis Gonçalves Pereira⁶⁵, dentre outros.

Sustenta Pereira que a concepção de que os direitos fundamentais aplicam-se diretamente nas relações privadas é decorrência “[...] lógica da adoção de um modelo hermenêutico comprometido com o caráter normativo da Constituição”. Afirma que isso não significa que os direitos fundamentais devem incidir de forma absoluta e incondicionada nas relações entre particulares, o que não seria admitido nem se tais direitos fossem aplicados em face do Estado. Conclui a autora que

É indiscutível, na dogmática constitucional, que não há direito a que se possa conferir uma aplicação total ou incondicional, mesmo em face do Estado. O caráter relativo e limitado dos direitos fundamentais decorre da própria noção de unidade da constituição, e da conseqüente necessidade de coordenação e harmonização dos valores constitucionalmente protegidos.

Nessa ordem de idéias, os direitos fundamentais são, em tese, aplicáveis às relações privadas, cabendo ao intérprete modular a extensão de sua incidência por meio dos recursos hermenêuticos tradicionais, mas tendo em conta, também, a proteção constitucional da autonomia da privada (princípio da liberdade).⁶⁶

Sarmento, por sua vez, aduz que praticamente todos os adeptos da eficácia direta “[...] reconhecem a existência de especificidades na incidência dos direitos constitucionais nas

⁶¹ DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria geral dos direitos fundamentais*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 110-111.

⁶² SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 382.

⁶³ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 413.

⁶⁴ SARMENTO, Daniel. A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais no direito comparado e no Brasil. In: BARROSO, Luís Roberto (org.). *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 256.

⁶⁵ PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. Apontamentos sobre a aplicação das normas de direito fundamental nas relações jurídicas privadas. In: BARROSO, Luís Roberto (org.). *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 185.

⁶⁶ *Ibidem*, p.185-186.

relações entre particulares, decorrentes, sobretudo, da necessidade de ponderação entre o direito em jogo e a autonomia privada da pessoa cujo comportamento se cogita restringir”.⁶⁷

Além disso, não nega o autor que

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

Todavia, isto não obsta a aplicação direta da Constituição aos casos concretos, quando inexistir regra ordinária específica tratando da matéria, ou quando a aplicação da mesma revelar-se em descompasso com as normas e valores constitucionais.⁶⁸

Nota-se, portanto, que a teoria da eficácia direta e imediata da Constituição nas relações privadas estabelece diversos temperamentos para a incidência dos direitos fundamentais, cujas lições se aproximam (e muito) da teoria eclética ou mista, o que é admitido pelo próprio Molina, defensor desta teoria, reconhecendo que, na medida em que os adeptos da teoria do efeito horizontal direto sustentem que “[...] ambas as partes da relação jurídica entre particulares são detentoras de direitos e que esses devem ser ponderados quando dos casos de eficácia direta e imediata, a solução para essa corrente em nada diferencia da posição eclética ou mista a que nos filiamos”.⁶⁹

Molina, valendo-se da doutrina de Virgílio Afonso da Silva, argumenta que a eficácia nas relações particulares pode ser mediada pelo legislador, hipótese em que tais direitos teriam efeitos meramente indiretos, salvo se a ponderação realizada pelo legislador privado for inconstitucional. Nessa perspectiva, afirma

Na ausência dessa mediação ou quando houver declaração de inconstitucionalidade, a sua aplicabilidade seria direta e imediata, ocasionando, por via reflexiva, a necessidade de ponderação com os demais direitos fundamentais incidentes – sopesamento que não foi realizado pelo legislador. No momento da ponderação um ponto a ser levado em consideração é a assimetria entre as partes envolvidas,

⁶⁷ SARMENTO, Daniel. A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais no direito comparado e no Brasil. In: BARROSO, Luís Roberto (org.). *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 249.

⁶⁸ *Ibidem*, 250-251.

⁶⁹ MOLINA, André Araújo. *Teoria dos princípios trabalhistas: a aplicação do modelo metodológico pós-positivista ao direito do trabalho*. São Paulo: Atlas, 2013. p. 116.

significando que quanto menor a autonomia maior será a eficácia dos direitos fundamentais.⁷⁰

Portanto, no Brasil, em linhas gerais, se reconhece o efeito horizontal dos direitos fundamentais, havendo embates apenas quanto à forma e à medida de sua incidência entre aqueles que pregam a aplicabilidade mediata ou indireta dos direitos fundamentais e aqueles que entendem que estes devem ser aplicados de forma direta e imediata, havendo, ainda, uma doutrina dita mista ou eclética, a qual, em efeitos práticos, em muito pouco se distingue da teoria da eficácia direta.

O certo é que a jurisprudência majoritária brasileira aplica os direitos fundamentais nas relações privadas acriticamente, não havendo, de forma expressa, posicionamento sobre quaisquer das teorias abordadas, aplicando-se, de forma implícita, via de regra, a teoria da eficácia imediata, como será visto no capítulo específico.

Superado esse contexto teórico geral, será abordado o tema da eficácia dos direitos fundamentais nas relações de trabalho, relações estas em que há, reconhecidamente, situações de tensionamento entre os direitos dos trabalhadores e os do empregador.

⁷⁰ SILVA, Virgílio Afonso da, *apud* MOLINA, André Araújo. *Teoria dos princípios trabalhistas: a aplicação do modelo metodológico pós-positivista ao direito do trabalho*. São Paulo: Atlas, 2013. p. 117.

3 EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS INESPECÍFICOS DO TRABALHADOR NAS RELAÇÕES DE EMPREGO

3.1 OS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES DE EMPREGO – NOÇÕES GERAIS

Independentemente da posição adotada acerca da forma e do grau de incidência dos direitos fundamentais nas relações particulares, há certa unanimidade na doutrina sobre o fato de que, em relações em que há desigualdade fática entre as partes, é maior o potencial lesivo aos direitos fundamentais, de modo a adotar-se uma postura mais protetiva a esses direitos. Nesse sentido, nos termos de Daniel Sarmento, “[...] quanto maior for a desigualdade, mais intensa será a proteção ao direito fundamental em jogo, e menor a tutela da autonomia privada”. Já no caso de haver uma situação de igualdade, a autonomia privada deve ser protegida de forma mais intensa, possibilitando uma restrição maior no direito fundamental em questão.¹

Não é por outro motivo, conforme Bilbao Ubillos, que a teoria da eficácia privada dos direitos fundamentais tenha se desenvolvido, principalmente, nas relações de trabalho. Afirma o autor espanhol que tal fenômeno explica-se pela subordinação intrínseca à prestação de serviços pelo trabalhador, haja vista que a empresa resulta numa situação de poder e de subordinação. Os poderes patronais do empregador, decorrentes da própria lógica da subordinação, constituem, dessa forma, “[...] uma ameaça potencial para os direitos fundamentais do trabalhador, dada a forte implicação da pessoa deste na execução da prestação laboral”².

Leandro Dorneles acrescenta, ainda, ao debate, o fato de que há a “[...] personalidade como elemento essencial na caracterização da relação de emprego e, a partir dela, a consagração do trabalho, substancialmente, como uma projeção da própria personalidade do

¹ SARMENTO, Daniel. A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais no direito comparado e no Brasil. In: BARROSO, Luís Roberto (org.). *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 272.

² UBILOS, Juan Maria Bilbao, *apud* PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. Apontamentos sobre a aplicação das normas de direito fundamental nas relações jurídicas privadas. In: BARROSO, Luís Roberto (org.). *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 149.

trabalhador”³, além da já dita subordinação, em decorrência da qual possui o empregador um conjunto de prerrogativas conferidas pela ordem jurídica para organização de sua força de trabalho. Arremata o autor ao dizer que a subordinação e o uso de tais prerrogativas por parte do empregador, sobretudo as de dirigir, fiscalizar e punir, “[...] hiperdimensionam o potencial lesivo da ingerência do empregador no cumprimento contratual [...]”⁴, de forma a ameaçar os direitos fundamentais dos trabalhadores, mormente aqueles relacionados à sua personalidade (honra, intimidade, integridade física e moral, dentre outros).

Somado a isso, imperioso frisar que o empregado, ao integrar uma relação de emprego, não perde sua condição de cidadão portador de direitos fundamentais. Nos termos da metáfora de Molina, “[...] ao contratar uma relação de emprego, o empregado não retira a sua roupa de cidadão ao colocar o uniforme de trabalho”⁵, resultando no fato de que, além dos direitos e obrigações recíprocos a serem respeitados durante a relação trabalhista, seja os impostos pela legislação especial, seja os ajustados no contrato de trabalho, devem, ainda, ambas as partes, respeitarem, mutuamente, os direitos fundamentais da parte contrária.

Além disso, antes de adentrar-se especificamente na análise da incidência dos direitos fundamentais nas relações jurídico-trabalhistas, faz-se necessário proceder à delimitação sobre quais direitos fundamentais, no ordenamento jurídico brasileiro, entram na discussão quanto à sua incidência para além da relação público-privado. Sarlet expõe o tema nos seguintes termos:

[...] excluem-se da discussão, notadamente no que diz com uma eficácia direta, todos os direitos fundamentais que, por sua natureza, têm por destinatário única e exclusivamente os órgãos estatais. Como exemplos, poderíamos citar os direitos políticos, algumas das garantias fundamentais na esfera processual (como o habeas corpus e o mandado de segurança). Já no que diz com os direitos sociais, o exemplo do direito subjetivo ao ensino fundamental (público) obrigatório e gratuito (art. 208, inciso I, da CF) é ilustrativo da circunstância de que o destinatário – sujeito passivo – direto e imediato deste direito é o poder público, e não um particular, o que não afasta a incidência de efeitos em relação a particulares e nem a existência de deveres fundamentais, no caso, em caráter ilustrativo, o dever da família (pais ou responsáveis) de zelar pela escolaridade do filho. [...] De outra banda, o problema poder-se-á considerar parcialmente resolvido no caso dos direitos fundamentais que, em virtude de sua formulação, se dirigem (ao menos também) diretamente aos particulares, tais como o direito à indenização por dano moral ou material no caso

³ DORNELES, Leandro do Amaral D. de. Direitos fundamentais e relação de emprego. *Revista Justiça do Trabalho*, Porto Alegre, v. 33, n. 386, fev, 2016. p. 53.

⁴ *Ibidem*.

⁵ MOLINA, André Araújo. *Teoria dos princípios trabalhistas: a aplicação do modelo metodológico pós-positivista ao direito do trabalho*. São Paulo: Atlas, 2013. p. 142.

do abuso do direito de livre manifestação de pensamento (art. 5º, IV e V, da CF), o direito à inviolabilidade do domicílio (art. 5º, XI, da CF) e o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas e telefônicas (art. 5º, XII, da CF). Tal ocorre também com diversos dos direitos sociais, de modo especial no que diz com os direitos dos trabalhadores que têm por destinatário os empregadores, em regra, particulares. Em todas as hipóteses referidas não há, na verdade, questionar uma vinculação dos particulares aos direitos fundamentais.⁶

Ainda assim, faz-se pertinente frisar a distinção entre aqueles direitos fundamentais conferidos aos trabalhadores em virtude de sua condição de trabalhador daqueles direitos fundamentais conferidos a todos os cidadãos, dos quais o trabalhador não abdica ao aderir ao contrato de trabalho. Consoante lição de Ipojucan D. Vecchi, os direitos fundamentais específicos dos trabalhadores são aqueles direitos que a Constituição prevê, de forma expressa, que se aplicam nas relações de trabalho, tendo como sujeito passivo os empregadores, não havendo questionamentos quanto à sua incidência nas relações trabalhistas, como é o caso do direito às férias acrescidas de um terço, ao décimo terceiro salário e à limitação de jornada. Já os direitos fundamentais inespecíficos dos trabalhadores (direitos fundamentais não trabalhistas) são aqueles direitos destinados não de forma especial aos trabalhadores, mas sim indistintamente a qualquer cidadão. Como exemplos, cita o autor, os direitos à intimidade e vida privada, liberdade de expressão, liberdade religiosa, devido processo legal e direito à honra.⁷

O presente trabalho se destina não a analisar a aplicabilidade dos direitos fundamentais específicos dos trabalhadores previstos na Constituição Federal, pois quanto a esses o constituinte originário previu, de forma expressa, que se aplicam às relações de trabalho, sendo obrigatória a observância desse catálogo de direitos do trabalhador nos contratos de trabalho.⁸ Destina-se, portanto, a analisar a aplicabilidade dos direitos fundamentais inespecíficos dos trabalhadores nas relações de emprego (direitos fundamentais não-trabalhistas), compreendidos como aqueles direitos do trabalhador enquanto cidadão.

⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 376-377.

⁷ VECCHI, Ipojucan Demétrius. A eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas: o caso da relação de emprego. *Revista TST, Brasília*, v. 77, n. 3, jul/set, 2011. p. 119.

⁸ Cabe citar o art. 7º, *caput*, da Constituição Federal, *in verbis*: “São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social”. (BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 02 dez. 2018).

Postas tais premissas, será aprofundado o tema relativo aos elementos essenciais da relação de emprego que refletem a necessidade de proteção dos direitos fundamentais dos trabalhadores, quais sejam, a personalidade do empregado e a subordinação, da qual decorrem os poderes do empregador.

3.2 PESSOALIDADE, SUBORDINAÇÃO E PODERES PATRONAIS: ONDE RESIDE O POTENCIAL LESIVO AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS?

É sabido que o direito do trabalho não esgota seu objeto de estudo com a relação de emprego, sendo esta uma espécie do gênero relação de trabalho. Porém, é indiscutível que o vínculo de emprego detém centralidade neste ramo jurídico especializado. A relação de emprego constitui-se, tanto do ponto de vista econômico-social como do ponto de vista jurídico, a modalidade de trabalho mais relevante desde a consolidação do sistema econômico hegemônico na contemporaneidade que é o capitalismo, tendo o próprio ramo do direito do trabalho se estruturado em torno da relação de emprego.⁹ Nessa senda, apesar das transformações recentes no ordenamento jurídico e na própria realidade social brasileira, a relação empregatícia segue detendo posição central no contexto juslaboral pátrio.

A relação de emprego caracteriza-se pela coexistência de quatro elementos (requisitos) essenciais, os quais são extraídos pela doutrina do conceito legal de empregador (art. 2º da CLT)¹⁰ e empregado (art. 3º da CLT)¹¹. São eles: personalidade, onerosidade, não eventualidade (ou continuidade) e subordinação. Assim, empregado é conceituado como a pessoa física que presta serviços de natureza não eventual a empregador mediante recebimento de salário e subordinação jurídica.¹² Já empregador é definido como “*pessoa física, jurídica ou ente despersonalizado que contrata uma pessoa física a prestação de seus serviços, efetuados com personalidade, onerosidade, não eventualidade e sob sua subordinação*”.¹³

⁹ DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 16. ed. São Paulo: LTr, 2017. p. 310.

¹⁰ Art. 2º da CLT: “Considera-se empregador a empresa, individual ou coletiva, que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviço”. (BRASIL. Decreto-Lei n. 5.452, de 1º de maio de 1943. *Planalto*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del5452.htm>. Acesso em: 02 dez. 2018).

¹¹ Art. 3º da CLT: “Considera-se empregado toda pessoa física que prestar serviços de natureza não eventual a empregador, sob a dependência deste e mediante salário”. (BRASIL. Decreto-Lei n. 5.452, de 1º de maio de 1943. *Planalto*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del5452.htm>. Acesso em: 02 dez. 2018).

¹² BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de direito do trabalho*. 11. ed. São Paulo: LTr, 2017. p. 174.

¹³ DELGADO, *op. cit.* p. 458.

Da personalidade, extraem-se algumas características do vínculo de emprego, dentre as quais, a de que o trabalho deve ser prestado necessariamente pela pessoa contratada, ou seja, não podendo fazer-se substituir por outra. Assim, conforme Cíntia Oliveira e Leandro Dorneles, a prestação de trabalho constitui-se uma “[...] obrigação infungível, personalíssima e intransferível, *intuitu personae* [...]”.¹⁴ Além do mais, dentre alguns dos desdobramentos da personalidade apontados pelos autores, um detém significativa relevância para a temática da incidência dos direitos fundamentais nas relações de emprego: a inseparabilidade entre um dos sujeitos, o empregado, e o objeto do contrato de trabalho, a prestação de serviços, de modo a possibilitar, na prática, a ocorrência de um processo de “coisificação do trabalhador”.¹⁵

Já a subordinação configura-se, nos dizeres de Maurício Godinho Delgado, “*na situação jurídica derivada do contrato de trabalho, pela qual o empregado compromete-se a acolher o poder de direção empresarial no modo de realização de sua prestação de serviços*”.¹⁶ A subordinação trata-se, pois, segundo Amauri Mascaro Nascimento, de uma limitação à autonomia da vontade do trabalhador, havendo a transferência ao empregador do poder de direção do trabalho, faculdade esta que lhe possibilita determinar seu modo de execução, de modo que subordinação e poder de direção seriam “verso e reverso da mesma medalha”.¹⁷

Dito de outro modo, a subordinação manifesta-se por meio de um conjunto de prerrogativas (poderes) conferidos ao empregador para organizar, dirigir, fiscalizar e disciplinar a sua mão-de-obra, a fim de atender aos seus interesses. Sendo assim, a subordinação traduz a desigualdade existente na relação de emprego, tendo em vista que um polos contratuais, o empregado, está em posição jurídica de sujeição ao poder do outro polo, o empregador. Ademais, Sarmiento e Gomes acrescentam que nas relações de trabalho nunca há uma simetria de poder entre empregador e empregado, ainda que se trate de empregado altamente qualificado, tendo em vista justamente que este “[...] estará sempre submetido às

¹⁴ OLIVEIRA, Cíntia Machado; DORNELES, Leandro do Amaral D. de. *Direito do trabalho*. 3. ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2016. p. 47.

¹⁵ *Ibidem*.

¹⁶ DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 16. ed. São Paulo: LTr, 2017. p. 325.

¹⁷ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Iniciação ao direito do trabalho*. 38. ed. São Paulo: LTr, 2013. p. 174.

diretrizes de organização, ao poder de fiscalização e às normas disciplinares estabelecidas pelo empregador. Em suma: estará sempre *juridicamente subordinado*".¹⁸

Além do mais, um fundamento pertinente para a concepção de subordinação e dos poderes do empregador que dela decorrem é a alteridade. Consoante Francisco Rossal de Araújo e Rodrigo Coimbra, uma característica importante a ser extraída do conceito legal de empregador é a de que ele é o responsável exclusivo pelos riscos da atividade econômica, não podendo repassá-los aos seus empregados. Na relação de emprego, o empregador fica com frutos oriundos do trabalho, porém, em contrapartida, assume a totalidade dos riscos do empreendimento. Nessa perspectiva, apontam os autores que, como consequência dos riscos assumidos, é que o ordenamento jurídico alcança aos empregadores os poderes de admitir, assalariar e dirigir sua força de trabalho.¹⁹ Extraí-se, portanto, da ideia de alteridade, o fato de que a ordem jurídica, ao mesmo tempo que torna o empregador o único responsável pela assunção dos riscos da atividade econômica, lhe confere certos poderes e prerrogativas para que possa organizar sua força de trabalho, adequando-a às suas necessidades e interesses, a fim alcançar a sua finalidade empresarial.

Conforme bem resume Delgado,

[...] O poder empregatício [...] é inerente ao contrato de trabalho. Por meio dele o Direito confere ao empregador o poder organizativo e regente sobre seu empreendimento, inclusive a prestação de serviços, com a vantagem de usufruir da situação jurídica de subordinação de seus empregados. Embora a mesma ordem jurídica imponha ao empregador os riscos da atividade empresarial, confere-lhe a larga e impressionante prerrogativa de estruturar, reger, regerar, controlar e até punir no âmbito de seu empreendimento.²⁰

Em linhas gerais, os poderes do empregador dividem-se em poder de direção ou de comando, poder de organização, poder de fiscalização ou de controle e poder disciplinar. Por poder de direção ou comando entende-se a faculdade que possui o empregador de determinar o modo como a prestação de serviços deve ser exercida pelos empregados. É, em síntese, o poder de dar ordens aos empregados. Já o poder de organização manifesta-se por meio da organização e coordenação do empreendimento e dos fatores de produção, sendo um desdobramento de tal poder a possibilidade de regulamentar o trabalho, por meio do

¹⁸ SARMENTO, Daniel; GOMES, Fábio Rodrigues. A Eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares: o caso das relações de trabalho. *Revista TST, Brasília*, v. 77, n. 4, out/dez, 2011. p. 88.

¹⁹ ARAÚJO, Francisco Rossal de; COIMBRA, Rodrigo. *Direito do trabalho – I*. São Paulo: LTr, 2014. p. 359.

²⁰ DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 16. ed. São Paulo: LTr, 2017. p. 796.

regulamento de empresa (o que é chamado de poder regulamentar). O poder de fiscalização ou controle é a prerrogativa dada ao empregador para fiscalizar as atividades dos seus empregados. Por fim, o poder disciplinar possibilita ao empregador impor sanções disciplinares aos seus empregados, em virtude de faltas cometidas por estes.²¹

Dorneles entende que a força de trabalho do empregado é essencial para a noção laboral de empresa. Além disso, aduz que ela é inseparável da pessoa que o presta, constituindo-se uma “projeção da própria personalidade do trabalhador”. Nesse sentido, sustenta que

[...] Os poderes patronais justificam-se na medida em que dão utilidade à força de trabalho abstratamente contratada e, nestes termos, gozam de uma legitimidade inicial; mas, sendo esta energia laboral uma projeção da própria personalidade do prestador, pode haver situações em que esta utilidade empresarial projete-se *além* do espaço produtivo, surgindo as situações de tensão com os direitos fundamentais dos trabalhadores.²²

Assim sendo, tem-se que os poderes do empregador justificam-se na justa medida de adequar a força de trabalho existente no seu empreendimento aos seus objetivos empresariais, encontrando seu exercício, no entanto, limitações de índole voluntária, interna e externa, na esteira da lição de Oliveira e Dorneles. Entendem os doutrinadores que os limites voluntários são aqueles impostos pelo próprio contrato de trabalho, como seria o caso de um dispositivo contratual que prevê detalhadamente as funções a serem desempenhadas pelo empregado, diminuindo a margem de discricionariedade do empregador. Já os limites internos são aqueles que impõe que ordens emanadas pelo empregador devem encontrar fundamento na necessidade empresarial, de modo que uma ordem desnecessária revela-se abusiva. Por fim, os limites externos seriam justamente aqueles ligados aos direitos fundamentais dos trabalhadores²³, ou seja, eles decorreriam do próprio conflito entre os direitos ou interesses de ambos os polos da relação jurídica, resolvendo-se tais embates por meio do “*exercício*

²¹ ARAÚJO, Francisco Rossal de; COIMBRA, Rodrigo. *Direito do trabalho – I*. São Paulo: LTr, 2014. p. 359-364.

²² DORNELES, Leandro do Amaral D. de. Direitos fundamentais e relação de emprego. *Revista Justiça do Trabalho*, Porto Alegre, v. 33, n. 386, fev, 2016. p. 56.

²³ OLIVEIRA, Cinthia Machado; DORNELES, Leandro do Amaral D. de. *Direito do trabalho*. 3. ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2016. p. 53.

ponderativo típico, avaliando-se a ordem de sacrifícios considerados menores, conjugada ao interesse considerado, no caso, preponderante”.²⁴

É exatamente nesse contexto geral, portanto, relativo à presença, de um lado, da personalidade do trabalhador como elemento essencial para configuração da relação de emprego – e sobretudo em virtude de sua indissociabilidade do próprio objeto do contrato de trabalho que é a prestação de serviços –, e, de outro, da subordinação jurídica a que o empregado está vinculado, manifestada por meio do exercício de poderes conferidos ao empregador pela ordem jurídica, onde reside o potencial lesivo aos direitos fundamentais dos empregados.

Destarte, verifica-se que há, no interior da relação empregatícia, posições hierarquicamente diferentes, estando o empregador em posição de superioridade em relação ao empregado, a resultar no fato de que o empregador constitui uma ameaça muito maior aos direitos fundamentais do empregado do que ocorre no sentido contrário.²⁵ Ressalta-se que tal proeminência do empregador sobre o empregado não ocorre apenas durante a execução das atividades do contrato de trabalho, mas também no momento da admissão, visto que o indivíduo necessita do emprego para sua subsistência de forma digna²⁶, podendo haver situações em que ele aceita condições que ameaçam e/ou ferem seus direitos fundamentais. Com isso, não se está negando que o empregador não deve ter seus direitos fundamentais respeitados, mas sim que ele possui maior capacidade de restringir de maneira desproporcional direitos fundamentais dos empregados.

Nesse ponto específico, faz-se pertinente a lição de Dimoulis e Martins. Segundo os autores, a teoria do efeito horizontal surgiu na Alemanha por meio de uma compreensão política que tinha por objetivo proteger os interesses de classes e grupos sociais mais fracos diante do poder de outros particulares que, “[...] aproveitando-se da ficção jurídica da igualdade de todos, exerciam um poder social, como resta claro no caso da relação entre o empregador e seus empregados.”²⁷ No entanto, pontuam os autores, que tal teoria não deixa de ser aplicada no caso de uma das partes em conflito encontrar-se em uma posição de

²⁴ DORNELES, Leandro do Amaral D. de. Direitos fundamentais e relação de emprego. *Revista Justiça do Trabalho*, Porto Alegre, v. 33, n. 386, fev, 2016. p. 61.

²⁵ *Ibidem*. p. 59.

²⁶ SARMENTO, Daniel; GOMES, Fábio Rodrigues. A Eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares: o caso das relações de trabalho. *Revista TST, Brasília*, v. 77, n. 4, out/dez, 2011. p. 89.

²⁷ DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria geral dos direitos fundamentais*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 105.

inferioridade no interior da relação jurídica, apesar de não pertencer a um grupo socialmente subalterno. Seria o caso de, em dada situação fática, o empregador ver-se em posição de inferioridade em face de algum empregado, por exemplo, se um empregado empreende uma campanha difamatória contra a honra do empregador que, dependendo das circunstâncias, dificultaria a defesa de sua imagem diante dos demais empregados e da própria sociedade. Assim sendo, defendem que o critério decisivo para a aplicabilidade dos direitos fundamentais nas relações privadas deva ser uma desigualdade no interior da relação jurídica, a ser analisada caso a caso.²⁸

Posto isso, consoante a tese exposta acima, a desigualdade existente na relação de emprego é resultado, primordialmente, de um aspecto jurídico (pessoalidade do empregado, subordinação e poderes do empregador), resultando na conclusão de que, mesmo os chamados “altos empregados” em que a subordinação se manifesta de forma mais branda²⁹ ou no caso de empregados de micro ou pequenas empresas em que a desigualdade fática entre as partes é atenuada, não há igualdade absoluta entre empregado e empregador, estando sempre presente o fenômeno do poder privado em maior ou menor medida. Evidentemente, outros critérios como o poder econômico e social possuem o condão de acentuar ainda mais a desigualdade existente no interior desta relação, mas a causa principal da desigualdade existente na relação de emprego é jurídica. Por outro lado, não se nega que se possa encontrar, em determinado caso concreto, o empregador em posição de inferioridade; contudo, essa não é a regra geral.

Ainda, na relação de trabalho, mesmo que possa haver situações em que a vulnerabilidade do empregado é tamanha que se assemelhe à relação Estado-cidadão, deve-se ter em conta que o empregador também é sujeito portador de direitos fundamentais, como é o caso do direito de livre iniciativa (arts. 5º, inciso XII, e 170 da Constituição) e de proteção à sua imagem (art. 5º, inciso X, da Constituição), de forma que há, no mais das vezes, uma contraposição de interesses colidentes resguardados por direitos fundamentais, os quais tensionam-se mutuamente³⁰, o que enseja a adoção de um método diferenciado para solução do problema.

²⁸ DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria geral dos direitos fundamentais*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 105-106.

²⁹ Nesse sentido, a lição de Araújo e Coimbra: “[...] altos empregados têm mais rarefeita a subordinação, a qual é mais intensa em empregados de menor escalão.” (ARAÚJO, Francisco Rossal de; COIMBRA, Rodrigo. *Direito do trabalho – I*. São Paulo: LTr, 2014. p. 323).

³⁰ DORNELES, Leandro do Amaral D. de. Direitos fundamentais e relação de emprego. *Revista Justiça do Trabalho*, Porto Alegre, v. 33, n. 386, fev, 2016. p. 58.

De toda sorte, nos termos da doutrina de André Araújo Molina,

[...] dependerá das circunstâncias concretas de cada caso a solução para a colisão dos direitos fundamentais de empregados e empregadores, pois a incidência dos direitos fundamentais aproveitará tanto um quanto outro, não podendo ser aplicada a lógica da solução sempre em favor dos direitos dos trabalhadores, como se empresas e empregadores não fossem detentores de direitos de mesma hierarquia. No limiar, poderá ocorrer de o empregado violentar direitos fundamentais do empregador e este buscar proteção no Judiciário trabalhista.³¹

Ocorrendo, portanto, tensões e conflitos entre interesses legítimos do empregador, sobretudo por meio do exercício de poderes que lhe são conferidos, e os direitos fundamentais dos empregados, deve-se solucioná-los “[...] por meio da atenuação, racionalização e civilização do poder empregatício, que tem de passar a se harmonizar à relevância dos princípios, regras e institutos constitucionais que asseguram a tutela aos direitos de personalidade [...]”³² do empregado, ou seja, resolve-se pela técnica da ponderação, sendo o princípio da proporcionalidade de grande valia para que se possa fazer tal conformação dos interesses em jogo. Consoante entende Alice Monteiro de Barros, o princípio da proporcionalidade “atua como critério limitativo dos poderes diretivo e disciplinar do empregador e também como um meio de correção aplicável a todas as hipóteses de desequilíbrio contratual, visando à garantia dos bens jurídicos e valores que se encontram na empresa”.³³

Nessa perspectiva, Vecchi sustenta que os direitos fundamentais dos empregados somente podem ser restringidos para assegurar outros interesses empresariais constitucionalmente legítimos, ainda assim, devendo passar por um juízo de proporcionalidade e respeitando-se o núcleo essencial dos direitos fundamentais.³⁴

Em síntese, deve ser verificado, no caso concreto, “*se a ação supostamente restritiva de direitos fundamentais do trabalhador, tomada pelo empregador em razão de um interesse ou direito que também lhe assiste, está albergada por parâmetros de razoabilidade e/ou de*

³¹ MOLINA, André Araújo. *Teoria dos princípios trabalhistas: a aplicação do modelo metodológico pós-positivista ao direito do trabalho*. São Paulo: Atlas, 2013. p. 140.

³² DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 16. ed. São Paulo: LTr, 2017. p. 796.

³³ BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de direito do trabalho*. 11. ed. São Paulo: LTr, 2017. p. 121.

³⁴ VECCHI, Ipojucan Demétrius. A eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas: o caso da relação de emprego. *Revista TST, Brasília*, v. 77, n. 3, jul/set, 2011. p. 127.

proporcionalidade, especialmente desta".³⁵ Sendo assim, eventuais restrições ou limitações realizadas pelo empregador a direitos fundamentais dos empregados a fim de resguardar um direito que também lhe é protegido pelo ordenamento jurídico devem ser devidamente justificadas e estarem balizadas pelo princípio da proporcionalidade, não sendo admitidas atitudes patronais que violem de maneira desproporcional o núcleo essencial de direitos fundamentais dos empregados.

3.3 A PONDERAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS EM CONFLITO – A APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE NAS RELAÇÕES DE EMPREGO

3.3.1 A Técnica da Ponderação e o Princípio da Proporcionalidade nas Relações de Emprego

Dorneles bem resume a temática relativa à eficácia dos direitos fundamentais nas relações de emprego exposta até aqui da seguinte maneira:

- a) os direitos fundamentais são inerentes à pessoa humana, e o trabalhador mantém esta condição ao constituir um relação de emprego;*
- b) no entanto, no contra-polo desta relação, também há um sujeito portador de direitos – o empregador – cuja pretensão de resguardo aos legítimos interesses também deve ser albergada pelo sistema jurídico;*
- c) em que pese isso, o polo patronal tem um potencial muito maior para lesionar direitos fundamentais dos trabalhadores do que ocorre na relação inversa, não apenas ao longo da execução contratual, mas mesmo antes ou depois de sua constituição;*
- d) assim, os direitos fundamentais dos trabalhadores, a priori, constituem um importante limite geral ao exercício da autonomia contratual do empregador, bem como ao exercício do poder patronal.*³⁶

Posto isso, antes de adentrar-se especificamente no estudo do método para solução dos conflitos decorrentes entre a colisão de direitos fundamentais do empregado e do empregador, faz-se necessário fixar-se algumas premissas básicas.

³⁵ DORNELES, Leandro do Amaral D. de. Direitos fundamentais e relação de emprego. *Revista Justiça do Trabalho*, Porto Alegre, v. 33, n. 386, fev, 2016. p. 61-62.

³⁶ *Ibidem*, p. 60-61.

Justificada, pois, a incidência dos direitos fundamentais nas relações de emprego, sobretudo pela desigualdade jurídica existente nessa relação, não significa que não haja espaço para autonomia privada das partes. Nesse sentido, deverá ser observada sempre, na resolução do caso concreto, a autonomia privada dos sujeitos, mesmo quando envolver uma relação jurídica manifestamente assimétrica.³⁷ Com isso, pode haver situações em que as restrições dos direitos fundamentais dos trabalhadores sejam legítimas; há, inclusive, situações de restrição a direitos fundamentais dos empregados que decorrem da relação contratual, cuja formação depende do próprio consentimento do empregado.³⁸ Nesse sentido, Sarmiento e Gomes entendem que

[...] Se, por um lado, não se pode ignorar que a autonomia contratual pode ser mera fachada para imposições heterônomas, violadoras de direitos, impostas pela parte mais forte, por outro, tampouco se deve reduzir a zero a possibilidade de autodeterminação dos próprios interesses pelos trabalhadores, tratando-os como se fossem sujeitos incapazes.³⁹

Nessa linha, Dorneles aduz que o trabalhador, ao firmar um contrato de trabalho, acaba por legitimar o exercício do poder patronal sobre ele e, assim, autoriza a conformação de seus direitos fundamentais com outros interesses legítimos do empregador.⁴⁰

Além do mais, tem-se que eventuais restrições a direitos fundamentais devem preservar seu núcleo essencial. Segundo Ingo Wolfgang Sarlet, a proteção do núcleo essencial de um direito fundamental corresponde à “parcela do conteúdo de um direito sem a qual ele perde a sua mínima eficácia, deixando, com isso, de ser reconhecível como um direito fundamental”.⁴¹ Como forma de proteger o núcleo essencial de tais direitos deve-se, ao restringir um direito fundamental, atender as exigências impostas pela razoabilidade e proporcionalidade, constituindo estas os chamados “limites dos limites”, ou seja, funcionando como verdadeiras barreiras às limitações dos direitos fundamentais.⁴²

³⁷ SARMENTO, Daniel. A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais no direito comparado e no Brasil. In: BARROSO, Luís Roberto (org.). *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 277.

³⁸ SARMENTO, Daniel; GOMES, Fábio Rodrigues. A Eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares: o caso das relações de trabalho. *Revista TST*, Brasília, v. 77, n. 4, out/dez, 2011. p. 89.

³⁹ *Ibidem*, p. 89-90.

⁴⁰ DORNELES, Leandro do Amaral D. de. Direitos fundamentais e relação de emprego. *Revista Justiça do Trabalho*, Porto Alegre, v. 33, n. 386, fev, 2016. p. 63.

⁴¹ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 402.

⁴² *Ibidem*, p. 395.

Exemplo de restrição legítima aos direitos fundamentais dos empregados seria o caso de, por uma necessidade de serviço, as empregadas de uma fábrica terem de manter seus cabelos presos, a fim de evitar acidentes com o maquinário. Está-se, portanto, diante de um legítimo interesse empresarial, o qual detém, inclusive, o dever de manter o ambiente de trabalho hígido e seguro, cabendo, portanto, nesse caso, restringir o direito fundamental de intimidade das empregadas.

Postas tais premissas tem-se que, havendo direitos fundamentais conflitantes, deve o intérprete valer-se da técnica da ponderação, a fim de harmonizar o conflito existente, sendo a proporcionalidade, nos termos de Barroso, “o fio condutor” da ponderação.⁴³ A ponderação, conforme o Ministro do Supremo Tribunal Federal, constitui-se, em síntese, numa técnica de decisão jurídica aplicável quando a técnica da subsunção se mostrou insuficiente, em virtude do fato de existirem normas de mesma hierarquia postulando incidência no caso concreto e indicando soluções diferenciadas. A subsunção desenvolve-se “[...] por via de um raciocínio silogístico, no qual a premissa maior – a norma – incide sobre a premissa menor – os fatos –, produzindo um resultado, fruto da aplicação da norma ao caso concreto”.⁴⁴

Já a ponderação pode ser descrita por um processo dividido em três etapas:

Na *primeira* etapa, cabe ao intérprete detectar no sistema as normas relevantes para a solução do caso, identificando eventuais conflitos entre elas. [...] Ainda neste estágio, os diversos fundamentos normativos – isto é, as diversas premissas maiores pertinentes – são agrupadas em função da solução que estejam sugerindo. Ou seja: aqueles que indicam a mesma solução devem formar um conjunto de argumentos. [...]

Na *segunda* etapa, cabe examinar os fatos, as circunstâncias concretas do caso e sua interação com os elementos normativos. [...] Assim, o exame dos fatos e os reflexos sobre eles das normas identificadas na primeira fase poderão apontar com maior clareza o papel de cada uma delas e a extensão de sua influência.

[...] É na *terceira* etapa que a ponderação irá singularizar-se, em oposição à subsunção. [...] Pois bem: nessa fase dedicada à decisão, os diferentes grupos de normas e a repercussão dos fatos do caso concreto estarão sendo examinados de forma conjunta, de modo a apurar os pesos que devem ser atribuídos aos diversos elementos em disputa e, portanto, o grupo de normas que deve preponderar no caso. Em seguida, será preciso ainda decidir quão intensamente esse grupo de normas – e a solução por ele indicada – deve prevalecer em detrimento dos demais, isto é: sendo possível graduar a intensidade da solução escolhida, cabe ainda decidir qual deve ser

⁴³ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 378.

⁴⁴ *Ibidem*, p. 375-376.

o grau apropriado em que a solução deve ser aplicada. Todo esse processo intelectual tem como fio condutor o princípio da *proporcionalidade* ou *razoabilidade*.⁴⁵

Na ponderação, portanto, a utilização do princípio da proporcionalidade se faz presente e, no mais das vezes, necessária. Antes de adentrar no estudo do conceito de proporcionalidade e de suas máximas, sub-princípios ou sub-critérios (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito), é necessário frisar que será adotado o conceito clássico acerca do princípio da proporcionalidade, nos moldes da doutrina alemã e conforme posição adotada pelo Supremo Tribunal Federal, sem deixar de lembrar, contudo, que há consistentes posições na doutrina que repensam tal princípio, como é o caso de Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins. Entendem os autores que a máxima da proporcionalidade em sentido estrito “[...] deve ser rejeitada como elemento do exame da proporcionalidade [...]. Assim sendo, quando o julgador constata que uma restrição é adequada e necessária, deve encerrar o exame de constitucionalidade ainda que discorde da opção do legislador”.⁴⁶

Sendo assim, faz-se pertinente a leitura, a título exemplificativo da posição adotada pelo Supremo em diversos acórdãos, deste excerto do voto do Ministro Relator Dias Toffoli no julgamento do Agravo Regimental no Inquérito de número 3.922 – CE:

Em síntese, a aplicação do princípio da proporcionalidade se dá quando verificada restrição a determinado direito fundamental ou um conflito entre distintos princípios constitucionais, de modo a exigir que se estabeleça o peso relativo de cada um dos direitos por meio da aplicação das máximas que integram o mencionado princípio da proporcionalidade. São três as máximas parciais do princípio da proporcionalidade: a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito.⁴⁷

Superado isso, consoante leciona Molina, o princípio da proporcionalidade desenvolveu-se na Alemanha após a II Guerra Mundial no âmbito do direito administrativo como forma de controlar determinados atos estatais, a fim de determinar se estes eram contrários a direitos fundamentais. Além disso, afirma que a proporcionalidade tem seu fundamento jurídico na Constituição Federal brasileira, com base nos regimes e princípios

⁴⁵ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 377-378.

⁴⁶ DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria geral dos direitos fundamentais*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 227.

⁴⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Inquérito n. 3.922 / CE. Agravante: Maria Gorete Pereira. Agravado: Ministério Público Federal. Relator: Ministro Dias Toffoli. Brasília, 15 dez. 2015. DJE 01 mar. 2016. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10363675>>. Acesso em: 02 dez. 2018.

adotados por ela (artigo 5º, § 2º)⁴⁸, e nos diversos dispositivos que remetem à ideia de proporcionalidade, quais sejam: a legalidade, princípio republicano, Estado Democrático de Direito, devido processo legal substancial e, até mesmo, da própria estrutura dos direitos fundamentais como princípios jurídicos.⁴⁹

O princípio da proporcionalidade é, portanto, desdobrado em três máximas: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. Conforme Luís Roberto Barroso, por adequação, entende-se que a medida é adequada para atingir o fim a que se destina, ou seja, a medida tem que ser idônea para atingir o resultado visado. Assim, deve haver “adequação entre o fim perseguido e o meio empregado”. Quanto à necessidade, deve-se verificar se, dentre outros meios igualmente necessários, o adotado é o menos restritivo aos direitos fundamentais, sendo vedado, pois, o excesso. Portanto, deve ser utilizado o “meio alternativo menos gravoso para chegar ao mesmo resultado”. Por fim, entende-se por proporcionalidade em sentido estrito a relação de “custo-benefício” da medida adotada, de modo que as vantagens produzidas superem as desvantagens, ou melhor, “os custos superem os benefícios, ou seja, o que se perde com a medida é de maior relevo do que aquilo que se ganha”.⁵⁰

Assim, caso um empregador, sobre o pretexto de reduzir furtos no seu estabelecimento, proibisse que os empregados conversassem entre si, tal conduta patronal não passaria no teste de adequação, tendo em vista a absoluta inadequação entre o meio adotado e o fim a ser perseguido.

Outro exemplo que não passaria no teste da proporcionalidade, dessa vez por não ser necessária, seria a exigência por parte do empregador que seus cozinheiros raspassem os cabelos sob o fundamento de resguardar a higiene dos alimentos. Ora, há outros meios igualmente adequados para produzir esse fim, como o uso de toucas para cabelo, de sorte que a medida seria desproporcional.

⁴⁸ Art. 5º, § 2º, da Constituição Federal: “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”. (BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 02 dez. 2018).

⁴⁹ MOLINA, André Araújo. *Teoria dos princípios trabalhistas: a aplicação do modelo metodológico pós-positivista ao direito do trabalho*. São Paulo: Atlas, 2013. p. 43.

⁵⁰ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 378.

Já um caso que não passaria no teste de proporcionalidade em sentido estrito seria o de o empregador impor um limite máximo de tempo para que os empregados utilizassem o banheiro, embasado em uma possível maior produtividade. Nesse caso, mesmo que restasse provado, realmente, que haveria um aumento de produtividade dos empregados, tal medida não seria proporcional, tendo em vista que o que os sacrifícios (honra, dignidade e intimidade dos trabalhadores) seriam maiores do que os benefícios (aumento de produtividade).

Barroso sustenta, ainda, que a ponderação vale-se do princípio da proporcionalidade para “[...] promover a máxima concordância prática dos direitos em conflito”, de maneira que o intérprete faça “[...] concessões recíprocas entre os valores e interesses em disputa, preservando o máximo possível de cada um deles”.⁵¹ Assim, seria perfeitamente possível que um empregador instalasse câmeras de vigilância em locais de circulação comum para evitar furtos, sendo compatíveis os legítimos interesses empresariais e os direitos fundamentais dos empregados, sobretudo no que tange à sua intimidade e privacidade, havendo, pois, concessões recíprocas entre ambos os interesses em jogo. Diferente seria o caso de instalar câmeras nos vestiários dos empregados, conduta esta que não passaria no teste da proporcionalidade, havendo demasiado sacrifício dos direitos dos empregados em face dos interesses empresariais, não restando preservado o núcleo essencial do direito fundamental de privacidade.

Diante desse contexto geral, faz-se pertinente estabelecer alguns critérios para auxiliar o intérprete na ponderação dos interesses em jogo, com base no grau de desigualdade presente no interior da relação jurídica.

3.3.2 Critérios para Auxiliar o Intérprete na Aplicação dos Direitos Fundamentais nas Relações de Emprego

Retomando o exposto anteriormente, a desigualdade é, nas relações de emprego, resultado, sobretudo, de fundamentos jurídicos, havendo uma relação de poder do polo patronal para com os empregados. Ressaltou-se, também, que outros motivos como o poder econômico podem acentuar o desequilíbrio existente entre os sujeitos do contrato, mas que tal

⁵¹ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 380.

motivação não é fundamental para gerar a situação de desigualdade, bastando o critério jurídico.

Outrossim, afirmou-se que mesmo o empregador pode estar, em determinado caso concreto e devido a determinadas circunstâncias fáticas, em posição de inferioridade em relação ao empregado, mas que isso não constitui a regra, muito pelo contrário. Regra geral, o empregador possui um potencial lesivo muito maior aos direitos fundamentais dos empregados do que ocorre no sentido inverso.

Recapituladas tais premissas básicas, tem-se, conforme lição de Sarmiento e Gomes, que algumas variáveis, relativas à natureza do empregador, detém relevância para que o intérprete possa ponderar os direitos dos trabalhadores contrapostos aos interesses legítimos do empregador.⁵² Nesse sentido, conforme Molina, deve-ser verificar

[...] qual o nível de autonomia real das partes, prestigiando mais a liberdade quanto mais tenham autonomia, por outro giro dando maior valor interventivo aos direitos fundamentais nas relações jurídicas de sujeição. Em todos os casos o limite da conformação é o respeito da dignidade da pessoa humana, tanto de empregados como de empregadores.⁵³

Assim sendo, pode-se extrair alguns critérios para auxiliar o intérprete no momento de efetuar o exercício ponderativo entre os direitos e interesses em conflito, com base nas circunstâncias do caso concreto que demonstrem a medida da desigualdade existente na relação de emprego.

Adotar-se-á, pois, os critérios nos moldes estabelecidos por Sarmiento e Gomes⁵⁴, com algumas distinções: diferentemente dos autores que entendem haver, via de regra, uma precedência *prima facie* dos direitos fundamentais dos trabalhadores, será adotado o entendimento de que o juiz, ao realizar a ponderação a fim de harmonizar os direitos fundamentais dos empregados e dos empregadores, deve ter em conta os fatos do caso concreto, sem que haja uma precedência *prima facie* dos direitos dos empregados⁵⁵; além disso, para verificar o grau de desigualdade existente na relação jurídica deve-se atentar para a posição que o empregado detém na estrutura hierárquica do empregador, tendo em vista que

⁵² SARMENTO, Daniel; GOMES, Fábio Rodrigues. A eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares: o caso das relações de trabalho. *Revista TST*, Brasília, v. 77, n. 4, out/dez, 2011. p. 93.

⁵³ MOLINA, André Araújo. *Teoria dos princípios trabalhistas: a aplicação do modelo metodológico pós-positivista ao direito do trabalho*. São Paulo: Atlas, 2013. p. 139.

⁵⁴ SARMENTO; GOMES, *op. cit.* p. 93-95.

⁵⁵ MOLINA, *op. cit.* p. 138.

altos empregados estão menos sujeitos à subordinação e aos poderes patronais do que os demais empregados em geral.

Nessa esteira, os critérios/parâmetros a serem observados serão os seguintes:

a) Quando se tratar de uma grande empresa, deve-se, via de regra, adotar uma postura mais protetiva em relação aos direitos fundamentais dos empregados, tendo em vista que tal relação jurídica é marcada por uma intensa desigualdade fática, devendo ser menor a tutela da autonomia privada. No entanto, deve-se atentar, ainda, para o cargo ocupado pelo empregado na empresa: a desigualdade existente entre altos empregados e o empregador é menor do que a existente entre este e trabalhadores de “chão de fábrica”. Sendo assim, conforme sustentado anteriormente, a desigualdade deve ser verificada no interior da relação jurídica. Tratando-se, pois, de grandes empresas, a desigualdade tende a ser maior em virtude da existência de poder social e econômico; contudo, deve-se verificar se o cargo ocupado pelo empregado e as próprias circunstâncias pessoais deste não tem o condão de diminuir tal desequilíbrio, como seria no caso de altos empregados, em que, inclusive, a subordinação se manifesta de forma mais tênue;

b) Quando se tratar de uma micro ou pequena empresa, empresário individual, entidade sem fins lucrativos ou empregador doméstico, deve ser mitigada a postura protetiva adotada em relação aos direitos fundamentais dos empregados, tendo em vista ser menor a desigualdade fática entre os sujeitos do contrato, abrindo espaço para uma maior liberdade contratual;

c) Quando o empregador for uma “organização de tendência”⁵⁶, como é o caso de uma escola religiosa ou de um partido político, o critério da desigualdade fática continua sendo essencial; contudo, nesses casos, deve-se atentar para o fato de haver a possibilidade de uma restrição maior ao direito fundamental do empregado quando o interesse em questão envolver a opção ideológica constante da própria finalidade empresarial. Seria o caso, por exemplo, de um empregado de fé maometana que, ao aceitar as condições impostas no contrato de trabalho por uma escola católica de proibir que seus professores doutrinassem seus alunos em outra fé, concordou em auto-limitar seu direito fundamental à livre manifestação do pensamento.⁵⁷

⁵⁶ SARMENTO, Daniel; GOMES, Fábio Rodrigues. A eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares: o caso das relações de trabalho. *Revista TST*, Brasília, v. 77, n. 4, out/dez, 2011. p. 94.

⁵⁷ MONTOYA MELGAR, *apud* DORNELES, Leandro do Amaral D. de. Direitos fundamentais e relação de emprego. *Revista Justiça do Trabalho*, Porto Alegre, v. 33, n. 386, fev, 2016. p. 63.

Outro exemplo seria a de um empregado do partido político X que fosse impossibilitado de, no ambiente de trabalho, manifestar apoio ao partido político Y. Nesses casos, a restrição aos direitos fundamentais dos empregados é legítima.

d) De todo modo, independente da natureza de atuação do empregador, sempre que uma conduta deste colocar em jogo alguma “*qualidade intrínseca ou existencial do trabalhador*”, como gênero, raça, nacionalidade⁵⁸, deve-se adotar uma postura ainda mais protetiva ao direito fundamental do empregado, devendo haver uma justificativa ainda mais intensa do empregador para tal atitude. A baliza, ao realizar-se a conformação dos interesses em jogo, será sempre, portanto, o respeito à dignidade da pessoa humana.

Portanto, tais critérios podem ser de grande valia ao intérprete para, ao ponderar, atribuir os devidos pesos aos direitos em jogo. Além disso, o princípio da proporcionalidade, o qual confere maior objetividade e previsibilidade à atuação jurisdicional⁵⁹, segue detendo grande relevância para determinar se uma medida restritiva de direito imposta pelo empregador é legítima ou não.

Enfim, assentada a temática relativa à eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas, bem como realizado um estudo sobre as características próprias relativas à eficácia dos direitos fundamentais inespecíficos (ou não-trabalhistas) dos empregados nas relações de emprego, serão analisadas decisões judiciais, para que se possa verificar de que forma a jurisprudência brasileira aplica os direitos fundamentais nas relações empregatícias.

⁵⁸ SARMENTO, Daniel; GOMES, Fábio Rodrigues. A eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares: o caso das relações de trabalho. *Revista TST*, Brasília, v. 77, n. 4, out/dez, 2011. p. 95.

⁵⁹ *Ibidem*.

4 A JURISPRUDÊNCIA E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS DOS EMPREGADOS

4.1 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Após a promulgação da Constituição Federal de 1988, a problemática relativa à eficácia horizontal dos direitos fundamentais nela previstos passou a deter maior relevância no cenário jurídico brasileiro. Sendo assim, era evidente que hora ou outra o Supremo Tribunal Federal (STF) teria que se manifestar sobre o assunto.

Em matéria trabalhista, a primeira ação que chegou ao Supremo foi o Recurso Extraordinário nº 160.222-8 / RJ¹, julgado pela 1ª Turma, de relatoria do Ministro Sepúlveda Pertence.

Em linhas gerais, o caso envolvia a acusação do gerente da empresa “De Millus S/A”, fabricante de roupas íntimas, do crime de constrangimento ilegal em virtude da prática de revistas íntimas nas empregadas. No entanto, em que pese a sua relevância constitucional, a questão de fundo não foi analisada, tendo em vista a ocorrência de prescrição, fato este que foi lamentado, inclusive, pelo Ministro Relator no corpo do voto. A ementa ficou consignada nos seguintes termos:

[...] Constrangimento ilegal: submissão das operárias de indústria de vestuário à revista íntima, sob ameaça de dispensa; sentença condenatória de primeiro grau fundada na garantia constitucional da intimidade e acórdão absolutório do Tribunal de Justiça, porque o constrangimento questionado à intimidade das trabalhadoras, embora existente, fora admitido por sua adesão ao contrato de trabalho: questão que, malgrado a sua relevância constitucional, já não pode ser solvida neste processo, dada a prescrição superveniente [...]

A questão da incidência dos direitos fundamentais nas relações de emprego voltou à pauta do Supremo Tribunal Federal no ano de 1996, quando, então, a Corte Constitucional aplicou diretamente um direito fundamental previsto na Constituição numa relação empregatícia.

¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 160.222-8 / RJ. Recorrentes: Ana Paula Muniz dos Santos e outro. Recorrido: Nahum Manela. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. Brasília, 11 abr. 1995. DJ 01 set. 1995. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=213340>>. Acesso em: 02 dez. 2018.

4.1.1 O Caso do Estatuto Pessoal da *Air France*

No caso em questão, um empregado brasileiro havia ajuizado Reclamação Trabalhista objetivando que lhe fossem reconhecidos os direitos constantes no estatuto pessoal da reclamada, “*Compagnie Nationale Air France*”, tendo em vista que este estabelecia benefícios somente em prol dos empregados franceses, em detrimento dos brasileiros. Todas as instâncias trabalhistas haviam negado provimento ao apelo, sendo pertinente frisar a posição da 2ª Turma do Tribunal Superior do Trabalho, a qual entendeu que, em virtude de o reclamante não ser cidadão francês, não faria jus à aplicação de tal estatuto pessoal.

Inconformado, então, com tal decisão, interpôs Recurso Extraordinário distribuído sob o nº nº 161.243-6 / DF², sob o fundamento de que haveria ofensa ao princípio constitucional da isonomia, em virtude de não haver nenhuma diversificação objetiva, seja de produtividade, seja de prestação de serviços, que justificasse a diferença de tratamento entre franceses e brasileiros, sendo, pois, o único critério a nacionalidade do empregado.

O Ministro Relator Carlos Velloso, inicialmente, assentou que se trata de uma questão puramente jurídica, indagando se “[...] seria possível, tendo em vista o princípio isonômico, que a um empregado da empresa francesa, em território brasileiro, não fosse aplicado o Estatuto do Pessoal da Empresa, só pelo motivo de o empregado não ser francês? [...]”. Entendeu o magistrado que a questão de fundo deveria ser resolvida pelo Tribunal Superior do Trabalho, tendo em vista que este havia denegado seguimento ao Recurso de Revista, no que foi vencido pelos seus pares, de modo a passar a analisar o mérito da questão.

Nessa senda, afirmou o Ministro que havia na empresa empregados franceses e brasileiros, não existindo diferença entre o trabalho praticado por empregados franceses daquele praticado por brasileiros, de maneira que os franceses não exerciam, em relação aos brasileiros, tarefas mais importantes ou mais difíceis. Assim, entendeu que não havia no caso qualquer fundamento que justificasse o tratamento diferenciado, haja vista que o único critério utilizado era a nacionalidade do empregado, ferindo-se, dessa forma, o princípio constitucional da isonomia/igualdade.

² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 161.243-6 / DF. Recorrente: Joseph Halfin. Recorrida: Compagnie Nationale Air France. Relator: Ministro Carlos Velloso. Brasília, 29 out. 1996. DJ 19 dez. 1997. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=213655>>. Acesso em: 02 dez. 2018.

A ementa foi redigida nos seguintes termos:

CONSTITUCIONAL. TRABALHO. PRINCÍPIO DA IGUALDADE. TRABALHADOR BRASILEIRO EMPREGADO DE EMPRESA ESTRANGEIRA: ESTATUTOS DO PESSOAL DESTA: APLICABILIDADE AO TRABALHADOR ESTRANGEIRO E AO TRABALHADOR BRASILEIRO. C.F., 1967, art. 153, § 1º; C.F., 1988, 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: (C.F., 1967, art. 153, § 1º; C.F., 1988, art. 5º, *caput*).

II. - A discriminação que se baseia em atributo, qualidade, nota intrínseca ou extrínseca do indivíduo, como o sexo, a raça, a nacionalidade, o credo religioso, etc., é inconstitucional. [...].

Assim, denota-se que houve, no caso vertente, a aplicação direta e imediata de um direito fundamental previsto na Constituição Federal, qual seja, o da igualdade (art. 5º, *caput*), numa relação de emprego, mesmo não havendo posição expressa do Supremo quanto à teoria adotada.

4.1.2 O Caso das Revistas Íntimas na De Millus S/A

A questão relativa à validade das revistas íntimas praticadas pela empresa “De Millus S.A” voltou à tona no Supremo Tribunal Federal quando do julgamento do Agravo Regimental em Agravo de Instrumento nº 220.459-2 / RJ³, de relatoria do Ministro Moreira Alves, da 1ª Turma do STF.

Desta feita, tratou-se de Recurso Extraordinário interposto contra decisão que indeferiu o pedido de indenização por danos morais em virtude da prática de revista íntima por parte do empregador. No seu voto, o Relator consignou a correção do acórdão recorrido ao salientar que as revistas íntimas, quando processadas segundo padrões éticos, com discrição, privacidade, não devem ser consideradas, por si só, como afrontosas ou agressivas à dignidade da pessoa humana.

³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental em Agravo de Instrumento n. 220.459-2 / RJ. Agravantes: Adriana Picanço Dutra e outras. Agravadas: De Millus S/A Indústria e Comércio e outra. Relator: Ministro Moreira Alves. Brasília, 28 set. 1999. DJ 29 out. 1999. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=287160>>. Acesso em: 02 dez. 2018.

Sendo assim, entendeu o Ministro que não houve ofensa à Constituição, pois as revistas pessoais, tendo em vista a natureza dos produtos produzidos pela empresa (roupas íntimas) e que eram feitas por amostragem, não infringiriam dispositivos constitucionais aptos a ensejar o pagamento de indenização por danos morais.

Ante o exposto, verifica-se que, em que pese a Suprema Corte tenha adotado o entendimento de que não houve, no caso concreto, ofensa aos direitos fundamentais das empregadas, sua argumentação partiu de uma premissa implícita de que tais direitos vinculavam também o empregador⁴.

4.1.3 Alguns Comentários sobre a Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal

De todo modo, é parca, ainda, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal relativa à eficácia horizontal nas relações de emprego, não havendo manifestação expressa da Corte quanto à sua forma de vinculação, apenas podendo-se inferir dos julgados que a Constituição é aplicada diretamente nesses casos.

Não se olvida, contudo, que, no que tange à eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas em geral, houve, recentemente, maior reflexão quanto à forma e grau de sua incidência, inclusive debatendo-se as teorias apresentadas anteriormente. Como exemplo, pode-se citar o paradigmático julgamento do Recurso Extraordinário nº 201.819-8 / RJ⁵ em que o Tribunal reconheceu a necessidade de aplicação dos direitos fundamentais ao devido processo legal, ao contraditório e à ampla defesa no caso da expulsão sumária de um associado da União Brasileira de Compositores.

No seu voto, o Ministro Gilmar Mendes, relator para o acórdão, apresentou as principais correntes doutrinárias acerca da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais, restando decidido que seria aplicado o direito à ampla defesa no caso, sem,

⁴ SARMENTO, Daniel. A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais não trabalhistas: o debate teórico e a jurisprudência do STF. In: SARLET, Ingo Wolfgang; MELLO FILHO, Luiz Philippe Vieira; FRAZÃO, Ana de Oliveira (coord.). *Diálogos entre o direito do trabalho e o direito constitucional: estudos em homenagem a Rosa Maria Weber*. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 153.

⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 201.819-8 / RJ. Recorrente: União Brasileira de Compositores – UBC. Recorrido: Arthur Rodrigues Villarinho. Relatora originária: Ministra Ellen Gracie. Relator para o Acórdão: Ministro Gilmar Mendes. Brasília, 11 out. 2005. DJ 27 out. 2006. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=388784>>. Acesso em: 02 dez. 2018.

contudo, ter o Tribunal se comprometido com a teoria da eficácia mediata ou imediata dos direitos fundamentais nas relações privadas. Leia-se a parte do voto do relator nesse sentido:

Não estou preocupado em discutir no atual momento qual a forma geral de aplicabilidade dos direitos fundamentais a que a jurisprudência desta Corte professa para regular as relações entre particulares.

Tenho a preocupação de, tão somente, ressaltar que o Supremo Tribunal Federal já possui histórico identificável de uma jurisdição constitucional voltada para aplicação desses direitos às relações privadas.

De qualquer sorte, houve, assim como nos casos das relações de emprego, a aplicação de direito fundamental numa relação privada, havendo, na ementa, manifestação expressa nesse sentido. Leia-se o trecho pertinente:

[...] I. EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS. As violações a direitos fundamentais não ocorrem somente no âmbito das relações entre o cidadão e o Estado, mas igualmente nas relações travadas entre pessoas físicas e jurídicas de direito privado. Assim, os direitos fundamentais assegurados pela Constituição vinculam diretamente não apenas os poderes públicos, estando direcionados também à proteção dos particulares em face dos poderes privados.

II. OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS COMO LIMITES À AUTONOMIA PRIVADA DAS ASSOCIAÇÕES. [...] A autonomia privada, que encontra claras limitações de ordem jurídica, não pode ser exercida em detrimento ou com desrespeito aos direitos e garantias de terceiros, especialmente aqueles positivados em sede constitucional, pois a autonomia da vontade não confere aos particulares, no domínio de sua incidência e atuação, o poder de transgredir ou de ignorar as restrições postas e definidas pela própria Constituição, cuja eficácia e força normativa também se impõem, aos particulares, no âmbito de suas relações privadas, em tema de liberdades fundamentais. [...]

Em suma, nos termos defendidos acima, não há na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tese explícita sobre qual teoria acerca da eficácia horizontal dos direitos fundamentais é mais adequada de acordo com a Constituição Federal. Não obstante a isso, pode-se inferir dos julgados que a Corte tem adotado de forma implícita a teoria dos efeitos diretos e imediatos dos direitos fundamentais nas relações privadas em geral, o que ocorre, também, nas relações de emprego.

Posto isso, serão analisadas decisões judiciais das Cortes Trabalhistas, iniciando-se pelo órgão hierarquicamente superior na estrutura do Judiciário Trabalhista: o Tribunal Superior do Trabalho.

4.2 DO TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO

4.2.1 O Caso da Restrição ao Uso de Banheiro

No caso em questão, trata-se da interposição do recurso de Agravo de Instrumento em Recurso de Revista pela reclamada “Tel Centro de Contatos Ltda.”, em face da denegação ao seguimento da Revista pelo Tribunal Regional do Trabalho (TST), o que foi reformado pela 3ª Turma da Corte, passando-se a analisar o mérito do recurso distribuído sob o nº 2906-22.2016.5.10.0802⁶.

A reclamada insurgiu-se contra decisão de segundo grau que confirmou a sentença de condenação ao pagamento de indenização por danos morais no importe de R\$ 10.000,00 (dez mil reais), bem como reconheceu a rescisão indireta do contrato de trabalho, em virtude da prática abusiva de limitar a utilização dos banheiros por parte dos empregados a um período de cinco minutos, por duas vezes ao dia, sob pena de advertência verbal e perda de benefícios.

Entendeu o Ministro Relator Mauricio Godinho Delgado que o direito à indenização por dano moral encontra amparo, além do artigo 5º, incisos V e X da Constituição Federal e do artigo 186 do Código Civil, em demais princípios basilares da ordem constitucional, sobretudo no que tange ao respeito à dignidade humana, da inviolabilidade física e psíquica do direito à vida, do bem-estar individual, da segurança física e psíquica do indivíduo e da valorização do trabalho humano. Nessa esteira, aduz que o patrimônio moral da pessoa humana abrange bens imateriais previstos na Constituição Federal como princípios fundamentais.

Sendo assim, concluiu que, diante das circunstâncias fáticas do caso concreto, constata-se que as situações vivenciadas pela empregada atentaram contra a sua dignidade, sua integridade psíquica e o seu bem-estar individual, mantendo-se a condenação à indenização por danos morais. Outrossim, assentou o Ministro que o controle abusivo do uso do banheiro ultrapassou o limite do poder diretivo do empregador, sendo tal conduta

⁶ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Recurso de Revista n. 2906-22.2016.5.10.0802. Recorrente: Tel Centro de Contatos Ltda. Recorrida: Ana Caroline Alves Ramos. Relator: Ministro Mauricio Godinho Delgado. Brasília, 20 mar. 2018. DEJT 23 mar. 2018. Disponível em: <<http://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/inteiroTeor.do?action=printInteiroTeor&format=html&highlight=true&numeroFormatado=RR%20-%202906-22.2016.5.10.0802&base=acordao&rowid=AAANGhAAFAABBzPAAD&dataPublicacao=23/03/2018&localPublicacao=DEJT&query=>>>. Acesso em: 02 dez. 2018.

perpetrada pela empregadora considerada inadequada, entendendo ser de gravidade suficiente para tornar insustentável a manutenção da relação de emprego, ensejando, igualmente decidido nas instâncias ordinárias, a rescisão indireta do contrato de trabalho.

Portanto, verifica-se que a argumentação do acórdão, igualmente ao que ocorre na jurisprudência do Supremo, parte da premissa de que os direitos fundamentais dos empregados aplicam-se de forma direta e imediata no contrato de trabalho, constituindo-se, pois, verdadeiros limites ao exercício dos poderes do empregador, de sorte que a conduta da empregadora de restringir o tempo e a quantidade do uso do banheiro revela-se abusiva e apta a restringir de maneira desproporcional os direitos fundamentais dos empregados, tornando possível, assim, a reparação pelo dano moral causado e a rescisão indireta do contrato de trabalho por culpa do empregador.

4.2.2 A Revista Íntima na Jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho

Primeiramente, antes de se analisar especificamente decisões do Tribunal Superior do Trabalho acerca de revistas exercidas pelo empregador, faz-se pertinente pontuar que o tema relativo à licitude da revista dos empregados situa-se, justamente, na linha tênue entre o legítimo exercício do poder de fiscalização por parte do empregador e a restrição desproporcional aos direitos fundamentais dos empregados. Nos termos de Francisco Rossal de Araújo e Rodrigo Coimbra, “O poder de controle ou de fiscalização é legítimo e necessário, mas deve ser exercido sem violar a intimidade e a dignidade do empregado, com base no art. 5º, incisos III e X, da CF de 1988”.⁷ Em suma, é evidente que o empregado, ao aderir ao contrato de trabalho, se submete ao poder diretivo e fiscalizador do empregador, de maneira que sofre algumas limitações em seu direito de intimidade. No entanto, a ação do empregador não pode ferir a dignidade da pessoa humana⁸, nem violar desproporcionalmente o núcleo essencial do direito de intimidade.

Dessa forma, a fim de analisar os critérios adotados pela jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho acerca da validade das revistas nos empregados, serão examinados três acórdãos: no primeiro, será verificada a aplicação do artigo 373-A da CLT, o qual prevê a vedação de revistas íntimas, também a empregados do sexo masculino, em que pese a

⁷ ARAÚJO, Francisco Rossal de; COIMBRA, Rodrigo. *Direito do trabalho – I*. São Paulo: LTr, 2014. p. 362.

⁸ BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de direito do trabalho*. 11. ed. São Paulo: LTr, 2017. p. 423.

literalidade do artigo se refira apenas às empregadas mulheres, bem como estabelecerá alguns critérios em que a revista é abusiva; no segundo, será tratada a hipótese em que a revista é considerada lícita, haja vista que praticada sem abusos, contato físico, nem discriminação dos empregados; no terceiro, será observado o tratamento dado a um caso em que o empregador instalou câmeras no banheiro masculino dos trabalhadores.

4.2.2.1 O Caso da Aplicação do Artigo 373-A da CLT a Empregados Homens, com base no Princípio da Impessoalidade

No caso, a reclamada “Distribuidora Farmacêutica Panarello Ltda.” interpôs Recurso de Revista distribuído sob o nº 63100-34.2005.5.15.0058⁹ em face da decisão do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região que, apesar de minorar o valor da indenização por danos morais para o montante de R\$ 10.000,00 (dez mil reais), manteve o entendimento de que a conduta da reclamada de submeter o empregado à revista íntima diária em ambiente coletivo afrontou a dignidade da pessoa humana.

Em linhas gerais, as alegações da reclamada eram as de que, em virtude de sua atividade empresarial consistir na distribuição de produtos farmacêuticos e medicamentos em geral, inclusive daqueles que possuem venda controlada, teria a obrigação de proteger a sociedade e os indivíduos do uso inadequado de drogas. Assim, sustenta a necessidade da revista, a qual seria realizada de forma simples e respeitosa, em recinto fechado, feita de modo coletivo ou individual, consistindo na verificação da troca de uniforme dos empregados, não havendo contato físico, de modo que não havia afronta à dignidade, nem prejuízos para o trabalhador.

Inicialmente, a Relatora Juíza Convocada Kátia Magalhães Arruda, da 5ª Turma do TST, aponta o conflito existente no caso concreto: de um lado, o princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, inciso III, da CF), a inviolabilidade da intimidade (art. 5º, inciso III da CF) e a indenização por dano moral (art. 5º, inciso X, da CF); e, de outro, o dever legal da

⁹ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Recurso de Revista n. 63100-34.2005.5.15.0058. Recorrente: Distribuidora Farmacêutica Panarello Ltda. Recorrido: Luís Carlos Silva Rodrigues. Relatora: Juíza Convocada Kátia Magalhães Arruda. Brasília, 26 mar. 2008. DJ 04 abr. 2008. Disponível em <<http://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/inteiroTeor.do?action=printInteiroTeor&format=html&highlight=true&numeroFormatado=RR%20-%2063100-34.2005.5.15.0058&base=acordao&rowid=AAANGhAAFAAAAn0nAAU&dataPublicacao=04/04/2008&localPublicacao=DJ&query=>>>. Acesso em: 02 dez. 2018.

reclamada em zelar pelo controle e segurança dos produtos de venda controlada sob sua guarda, em exercício regular de direito, na qualidade de empregadora.

Posto isso, entendeu a Relatora, com base na jurisprudência do próprio Tribunal Superior do Trabalho, que o exercício regular do poder de fiscalização, com a finalidade de cumprir a legislação infraconstitucional, não autoriza o descumprimento das normas constitucionais que tutelam a dignidade da pessoa humana. Além do mais, ressalta que a violação à intimidade dos empregados na revista não pressupõe necessariamente o contato físico entre este e o supervisor, sendo suficiente a revista visual, ficando o trabalhador constrangido a exibir seu corpo nu ou em peças íntimas, não sendo atenuante o fato de o supervisor ser do mesmo sexo do empregado revistado.

Por derradeiro, sustenta a julgadora que o artigo 373-A, inserido na CLT pela Lei nº 9.799/1999, que dispõe, no seu inciso VI, que é vedado ao empregador ou preposto proceder a revistas íntimas nas empregadas ou funcionárias, deve ser aplicado, também, a empregados homens, baseando-se no princípio da igualdade, previsto no artigo 5º, *caput*, inciso I, da Constituição Federal.

Leia-se trecho pertinente da ementa sobre o tema, *verbis*:

RECURSO DE REVISTA. DANOS MORAIS. REVISTA ÍNTIMA. EMPRESA DISTRIBUIDORA DE MEDICAMENTOS DE VENDA CONTROLADA. SUBSTÂNCIAS PSICOTRÓPICAS. O exercício regular do poder de fiscalização, com a finalidade de cumprir a legislação infraconstitucional que impõe a responsabilidade da empresa pela guarda de produtos de venda controlada, não autoriza o descumprimento das normas constitucionais que tratam da dignidade da pessoa humana, ante o princípio da supremacia da Carta Magna. No caso concreto, o reclamante era submetido a revista íntima diária em ambiente coletivo, o que não se admite. No art. 373-A da Consolidação das Leis do Trabalho está disposto que é vedado proceder o empregador ou preposto a revistas íntimas de empregadas ou funcionárias, o que, ante o princípio da igualdade (art. 5º, *caput*, I, da CF/88), aplica-se aos trabalhadores do sexo masculino, pois a dignidade é própria do ser humano, não de gênero específico. Recurso de revista a que se nega provimento. [...]

Ante o exposto, denota-se que, mesmo nos casos em que há o dever legal do empregador de zelar pelo controle e segurança de produtos sob sua responsabilidade, é imperioso respeitar os direitos fundamentais dos empregados e a dignidade da pessoa humana ao efetuar revistas, entendendo-se que as revistas íntimas são vedadas tanto em face de empregadas mulheres, como em face dos empregados homens, aplicando-se o princípio

constitucional da isonomia para tanto, e entendo-se que, no caso concreto, a empresa não observou os limites impostos pelos direitos fundamentais e pela dignidade do trabalhador.

Por fim, tem-se que pelo fato de não haver contato físico direto entre o supervisor e o empregado, somente ocorrendo contato visual, bem como pelo fato de o supervisor ser do mesmo sexo do empregado revistado, não retira da revista íntima seu caráter de ilicitude, além de não haver qualquer atenuação da responsabilidade da empregadora.

4.2.2.2 O Caso da Revista considerada Lícita

Trata-se de Agravo de Instrumento em Recurso de Revista nº 839-72.2012.5.15.0095¹⁰ interposto pela reclamada “Zara Brasil Ltda.” em face da decisão do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região que denegou seguimento ao recurso de revista. Deu-se provimento ao agravo, passando-se à análise do Recurso de Revista.

No caso, o Tribunal Regional havia condenado a reclamada ao pagamento de indenização por danos morais em virtude de que a empregadora realizava, usualmente, revistas nas bolsas das funcionárias, por intermédio de um gerente, revistas essas que eram realizadas nos fundos da loja, fora do alcance de terceiros.

O Relator Desembargador Convocado Francisco Rossal de Araújo, da 7ª Turma da Corte, inicialmente, consignou que o Tribunal Superior do Trabalho firmara o entendimento de que, mesmo não havendo justificativa concreta e individualizada para a realização de revista, quando esta não fosse realizada em perseguição individual, sem abusos que a tornem constrangedora ou vexatória e sem contato físico, não está configurado dano moral indenizável.

Além do mais, argumentou, nos moldes sustentados no capítulo precedente, que se faz necessária a utilização da técnica da ponderação para resolver o conflito existente entre, de um lado, o direito fundamental de intimidade do trabalhador e, de outro, estabelecimento da organização e segurança do empregador e dos demais funcionários. Ainda, valendo-se da

¹⁰ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Agravo de Instrumento em Recurso de Revista n. 839-72.2012.5.15.0095. Recorrente: Zara Brasil Ltda. Recorrida: Bruna Larissa Magioni. Relator: Desembargador Convocado Francisco Rossal de Araújo. Brasília, 21 out. 2015. DEJT 23 out. 2015. Disponível em: <<http://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/inteiroTeor.do?action=printInteiroTeor&format=html&highlight=true&numeroFormatado=RR%20-%20839-72.2012.5.15.0095&base=acordao&rowid=AAANGhAAFAAAObBAAE&dataPublicacao=23/10/2015&localPublicacao=DEJT&query=>>>. Acesso em: 02 dez. 2018.

doutrina de Robert Alexy, trata da possibilidade de restringir o direito fundamental de intimidade da trabalhadora, haja vista que tais direitos não são absolutos, pois estabelecidos sob a forma de princípios jurídicos, não se aplicando na fórmula “tudo ou nada”, nos termos de Ronald Dworkin, entendendo ser possível restringi-lo minimamente para preservar a ordem e segurança do ambiente de trabalho.

Portanto, fixou-se o entendimento de que a revista das bolsas dos empregados mediante simples visualização, sem abusos ou contato físico, nem discriminação individual, é legítima, não caracterizando dano moral indenizável, restringindo-se de maneira proporcional o direito de intimidade dos empregados em face de um legítimo interesse do empregador resguardado pelo ordenamento jurídico.

4.2.2.3 O Caso da Instalação de Câmeras no Banheiro dos Empregados da Guarda Municipal de Americana

Trata-se de Agravos de Instrumento em Recurso de Revista nº 2914-49.2010.5.15.0000¹¹, julgado pela 1ª Turma do Tribunal Superior do Trabalho.

No ponto em questão, tanto os reclamantes como a reclamada recorreram da decisão que condenou a reclamada ao pagamento da indenização por danos morais no importe de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais), em virtude da instalação de câmeras no interior do banheiro masculino, entendendo o Tribunal Regional do Trabalho que os empregados foram expostos ao extremo constrangimento com a violação de suas intimidades, tendo sido, inclusive, alvo de gozações por parte da imprensa e da população da cidade.

A reclamada, insurgindo-se contra tal decisão, sustentou, dentre outros argumentos, que não restaram preenchidos os requisitos para configuração do dano moral.

De início, o Ministro Relator Roberto Nobrega de Almeida Filho asseverou que o dano moral é considerado aquele proveniente da violação de direitos individuais de cada cidadão

¹¹ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Agravo de Instrumento em Recurso de Revista n. 201100-80.2008.5.15.0099. Agravantes: Adenilson José Novais e outros, e Guarda Municipal de Americana. Agravados: Guarda Municipal de Americana, e Adenilson José Novais e outros. Relator: Ministro Roberto Nobrega de Almeida Filho. Brasília, 30 out. 2018. DEJT 05 nov. 2018. Disponível em: <<http://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/inteiroTeor.do?action=printInteiroTeor&format=html&highlight=true&numeroFormatado=AIRR%20-%20201100-80.2008.5.15.0099&base=acordao&rowid=AAANGhABIAAAO6QAAD&dataPublicacao=05/11/2018&localPublicacao=DEJT&query=>>>. Acesso em: 02 dez. 2018.

relativo à sua intimidade, privacidade, honra e imagem, de natureza pessoal e íntima, colocando em risco a própria dignidade da pessoa humana.

Assim sendo, sustentou que o empregador tem assegurado o direito de adotar medidas com vistas a proteger o patrimônio da empresa, como é o caso da instalação de câmeras; contudo, tais medidas não podem afrontar a dignidade do ser humano, ou seja, mesmo que ao empregador seja conferido o direito de proteger seu patrimônio, não está autorizado a restringir de maneira desproporcional o direito à intimidade e dignidade dos seus empregados, negando-se, pois, provimento ao recurso da reclamada. Negou-se, também, provimento ao apelo dos reclamantes, os quais objetivavam majorar o valor da indenização fixada na origem.

4.2.3 O Caso da Ofensa à Honra do Empregador pela Ex-empregada

No Recurso de Revista nº 625-74.2011.5.09.0001¹², a 5ª Turma do TST debruçou-se sobre distinto caso de violação de direito fundamental do empregador por parte da ex-empregada. A reclamada interpôs o recurso visando minorar o valor da condenação ao pagamento de indenização por danos morais fixado na origem.

Conforme as provas constantes dos autos, a reclamada prestou serviços no estabelecimento de propriedade dos autores, qual seja, clínica veterinária que presta serviços de banho e tosa. Ocorre que, após o término do contrato de trabalho, os autores acessaram uma rede social da ex-empregada e constataram que havia ofensas à empresa, existindo ofensas de índole pessoal dos sócios e relatos falsos de maus tratos dos animais deixados sob a responsabilidade dos autores.

O Ministro Relator Emmanoel Pereira pontou ser incontroverso que as palavras injuriosas contidas na rede social são de autoria da ré, além do que, apesar de não terem sido nominados os sujeitos objetos da ofensa, estes são passíveis de identificação por aqueles que se relacionaram com as partes e que acessaram o perfil da ex-empregada.

¹² BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Recurso de Revista n. 625-74.2011.5.09.0001. Recorrente: Elaine Lourenço. Recorridos: Leonardo Hrebinnik e outra. Relator: Ministro Emmanoel Pereira. Brasília, 20 nov. 2012. DEJT 23 nov. 2012. Disponível em: <<http://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/inteiroTeor.do?action=printInteiroTeor&format=html&highlight=true&numeroFormatado=RR%20-%20625-74.2011.5.09.0001&base=acordao&rowid=AAANGhAAFAAAK6XAAB&dataPublicacao=23/11/2012&localPublicacao=DEJT&query=>>>. Acesso em: 02 dez. 2018.

Além disso, asseverou o julgador que a liberdade de expressão na rede social não é absoluta, sendo regida pelo princípio da dignidade da pessoa humana. Dessa forma, entendeu que, devido às circunstâncias do caso concreto, a honra dos autores foi violada em âmbito que foge à esfera privada, mantendo-se, assim, a decisão que condenou a ex-empregada ao pagamento de indenização no valor de R\$ 2.000,00 (dois mil reais) para cada autor.

Diante de tal situação, em que pese não pertencerem os empregadores a grupos socialmente subalternos, a conduta perpetrada pela ex-empregada atingiu de forma grave seus direitos fundamentais, de forma que estes devem ser reconhecidos e protegidos pelo julgador, nos moldes defendidos no capítulo supracitado. Outrossim, tem-se que a atitude da reclamada detém um potencial lesivo muito grande à imagem e à honra dos empregadores, haja vista que acaba por macular a própria legitimidade da empresa, a qual tem por finalidade o cuidado para com os animais, não sendo compatível, pois, com maus-tratos. Portanto, denota-se que o Tribunal Superior do Trabalho entendeu por reconhecer a eficácia dos direitos fundamentais dos empregadores no caso, determinando a reparação do dano moral causado.

4.2.4. O Caso da Dispensa por Discriminação Sexual

Trata-se de Agravo de Instrumento em Recurso de Revista nº 74240-5.2002.5.02.0019¹³ interposto pelo empregador, “Laboratório Bioquímico de Análises Clínicas Jardim Paulista Ltda.”.

A questão de fundo analisada pelo Tribunal foi da dispensa por discriminação sexual do reclamante. O Ministro Relator Walmir Oliveira da Costa, integrante da 1ª Turma, valeu-se dos fundamentos da decisão do Tribunal Regional para delimitação do caso.

Em suma, o reclamante, na inicial, afirmou que foi dispensado por sua superior hierárquica, a qual havia se manifestado no sentido de que não permitiria que homossexuais laborassem em seu setor, violando, dessa maneira, sua intimidade, imagem e vida privada. A reclamada, por seu turno, afirmou que não houve por parte dos superiores imediatos do

¹³ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Agravo de Instrumento em Recurso de Revista n. 74240-5.2002.5.02.0019. Agravante: Laboratório Bioquímico de Análises Clínicas Jardim Paulista Ltda. Agravado: Paulo Sérgio Gomes de Mello. Relator: Ministro Walmir Oliveira da Costa. Brasília, 09 fev. 2011. DEJT 18 fev. 2011. Disponível em: <<http://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/inteiroTeor.do?action=printInteiroTeor&format=html&highlight=true&numeroFormatado=AIRR%20-%2074240-53.2002.5.02.0019&base=acordao&rowid=AAANGhAA+AAAK01AAP&dataPublicacao=18/02/2011&localPublicacao=DEJT&query=>>>. Acesso em: 02 fev. 2018.

trabalhador qualquer tipo de prática discriminatória, sendo este dispensado não por motivos de sua orientação sexual, mas sim por motivações de índole técnica. No entanto, a prova oral colhida foi de encontro à tese da reclamada, de modo que entendeu o Desembargador Relator do Tribunal Regional do Trabalho que a dispensa ocorreu em decorrência da opção sexual do trabalhador.

Superado isso, o Ministro Relator entendeu que a Corte de origem, valorando o conjunto fático-probatório constante dos autos, concluiu que a dispensa do reclamante se deu em virtude de prática discriminatória decorrente de sua opção sexual, motivo este que revela-se violador da dignidade da pessoa humana. Sustentou, ainda, que, embora o ordenamento jurídico brasileiro confira ao empregador o direito de dispensar sem justo motivo seus empregados, não lhe é permitido valer-se de tal prerrogativa para praticar qualquer espécie de discriminação, ofensiva aos direitos personalíssimos do ser humano, dentre os quais se encontra sua liberdade de escolha, entre a qual a de definir, de forma livre, sua orientação sexual.

A ementa ficou consignada nos seguintes termos:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA. DISPENSA ARBITRÁRIA. DANO MORAL. DISCRIMINAÇÃO SEXUAL. REEXAME DE FATOS E PROVAS.

A Corte de origem, valorando o conjunto fático-probatório dos autos, concluiu que ficou demonstrado que a dispensa do reclamante se deu em razão de prática discriminatória decorrente de sua opção sexual, motivo que, não bastasse estar totalmente desvinculado do liame jurídico que une empregado e empregador por meio do contrato de trabalho, revela-se violador dos direitos personalíssimos do ser humano, o qual encontra sua máxima expressão na liberdade de escolha, entre a qual se insere a de definir, livremente, a opção sexual. Nesse contexto, para se concluir de forma diversa, no sentido de que não foi adotada pela reclamada nenhuma conduta violadora da dignidade da pessoa humana, seria imprescindível a reapreciação da prova coligida aos autos, procedimento vedado, nesta fase recursal de natureza extraordinária, a teor da Súmula nº 126 do TST.

Portanto, no caso em questão, o Tribunal adotou o entendimento de que a extinção do contrato de trabalho motivado por homofobia configura despedida arbitrária, uma vez que tal conduta é contrária à Constituição.

Esclarece o autor Roger Raupp Rios, tratando do tema relativo à discriminação nas relações de emprego relativas à orientação sexual do empregado, que a discriminação direta manifesta-se de três formas principais: discriminação explícita, discriminação na aplicação e a

discriminação na elaboração da medida ou tratamento. No caso supracitado, há o que o autor classifica como discriminação explícita, a qual ocorre quando o empregado é ofendido ou, até mesmo, dispensado em virtude de sua orientação sexual.¹⁴

Portanto, há, no caso, grave violação à dignidade da pessoa humana e também ao princípio constitucional da isonomia, baseando-se a conduta do empregador na discriminação relativa a uma qualidade existencial do empregado.

4.2.5. O Caso do Uso Indevido da Imagem do Empregado em Matéria Publicitária

Trata-se de Agravo de Instrumento em Recurso de Revista nº 9740-87.2002.5.20.0920¹⁵, decidido pela 1ª Turma do Tribunal Superior do Trabalho, de relatoria do Ministro João Oreste Dalazen.

A questão de fundo analisada diz respeito à irresignação da reclamada com a condenação ao pagamento de indenização por dano moral decorrente da ofensa ao direito de imagem do reclamante, haja vista que fora publicada foto deste em matéria publicitária em jornal da cidade de Aracaju, imagem esta não autorizada pelo empregado.

A reclamada alegou que não houve dano à imagem do reclamante, tendo em vista que a simples publicação da foto dele em jornal não configura dano à sua imagem, requerendo a reforma da decisão do Tribunal Regional do Trabalho.

O Ministro Relator assentou, de início, que a Constituição assegura o direito à indenização pelo dano moral decorrente da violação da personalidade, intimidade, vida privada, honra e imagem das pessoas. Além disso, aduz que o dano moral trabalhista consubstancia-se no constrangimento de natureza moral a que foi submetido o empregado mediante violação a direitos ínsitos à personalidade. Afirma, ainda não restar dúvida que o

¹⁴ RIOS, Roger Raupp. Direito da antidiscriminação e direito do trabalho: discriminação por orientação sexual, homofobia e relações de emprego. In: SARLET, Ingo Wolfgang; MELLO FILHO, Luiz Philippe Vieira; FRAZÃO, Ana de Oliveira (coord.). *Diálogos entre o direito do trabalho e o direito constitucional: estudos em homenagem a Rosa Maria Weber*. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 233.

¹⁵ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Agravo de Instrumento em Recurso de Revista n. 9740-87.2002.5.20.0920. Agravante: Torre Empreendimentos Rural e Construções Ltda. Agravado: Paulo Sérgio Pimenta Bezerra. Relator: Ministro João Oreste Dalazen. Brasília, 19 abr. 2006. DJ 26 maio 2006. Disponível em: <<http://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/inteiroTeor.do?action=printInteiroTeor&format=html&highlight=true&numeroFormatado=AIRR%20-%209740-87.2002.5.20.0920&base=acordao&rowid=AAANGhAAFAAY2NAAP&dataPublicacao=26/05/2006&localPublicacao=DJ&query=>>>. Acesso em: 02 dez. 2018.

direito à imagem é protegido constitucionalmente, sendo alçado à categoria de direito individual fundamental, juntamente com o direito à intimidade, à vida privada e à honra.

Posto isso, concluiu o julgador que a ofensa ao direito à imagem ocorre quando há utilização indevida da imagem do trabalhador, entendendo-se por utilização indevida aquela que não consentida ou maliciosa, visando a obtenção de lucros, com interesses escusos, com a intenção de denegrir a imagem do sujeito ou, ainda, quando a divulgação de sua imagem não ocorre nos moldes acertados inicialmente.

Assim, firmou o entendimento de que a reclamada cometeu ato ilícito ao publicar a imagem do trabalhador sem sua autorização, mantendo-se a decisão de origem que havia deferido o pagamento de indenização por danos morais decorrentes de tal violação. A ementa do caso é elucidativa do exposto até aqui, a qual ficou consignada nos seguintes termos:

DANO MORAL. DIREITO À IMAGEM. PROPAGANDA DA EMPRESA. PUBLICAÇÃO DE FOTO DO EMPREGADO.

1. A lesão causada a direito da personalidade, intimidade, vida privada, honra e imagem das pessoas assegura ao titular do direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação, a teor do artigo 5º, inciso X, da Constituição Federal.

2. **A utilização da imagem, bem extrapatrimonial, integrante da personalidade, sem o consentimento de seu titular configura ato ilícito, independentemente do fim a que se destina, porquanto viola o patrimônio jurídico personalíssimo do indivíduo.**

3. **O poder de direção patronal está sujeito a limites inderrogáveis, como o respeito à integridade moral do empregado que lhe é reconhecida no plano constitucional.**

4. Caracteriza dano moral, porquanto viola o direito à imagem, campanha publicitária, em jornal local, realizada pela empresa, em que utiliza foto do empregado sem prévia autorização.

5. Agravo de instrumento a que se nega provimento.
(grifo nosso)

Destarte, mais uma vez o Tribunal Superior do Trabalho aplicou diretamente um direito fundamental previsto na Constituição numa relação de emprego, seguindo-se a regra da jurisprudência brasileira de reconhecer a eficácia horizontal em tais relações. Analisado, pois, o contexto geral relativo à jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho, serão examinadas, por fim, decisões de Tribunais Regionais do Trabalho sobre a temática.

4.3 DOS TRIBUNAIS REGIONAIS DO TRABALHO

4.3.1 O Caso da Dispensa Discriminatória por Motivações Políticas – Tribunal Regional do Trabalho da 23ª Região

Trata-se do julgamento do Recurso Ordinário nº 0001583-67.2011.5.23.0002¹⁶ interposto pela reclamada, “Companhia de Saneamento da Capital – SANECAP”, sociedade de economia mista da cidade de Cuiabá/MT, em face de decisão de origem que a condenou ao pagamento de indenização por danos morais no importe de R\$ 60.000,00 (sessenta mil reais), em virtude da despedida discriminatória do empregado decorrente de manifestações políticas, tendo em vista que o empregado havia participado de uma manifestação pública contra a concessão dos serviços de água e saneamento realizado na Câmara Municipal da cidade.

Na petição inicial, o autor narrou que, após ter participado da referida manifestação pública, o Diretor-Presidente da empresa determinou a dispensa de todos os empregados que participaram do evento, o que foi apurado por meio das filmagens do circuito interno da Câmara. Nos autos, foi provado por documento acostado que o Diretor, após solicitar a lista dos empregados participantes da manifestação contrária à privatização da sociedade de economia mista, determinou que os trabalhadores ali constantes fossem despedidos.

Nesse sentido, entendeu a Desembargadora Relatora Maria Berenice que a dispensa do empregado foi embasada em motivos discriminatórios, ou seja, como forma de punição aos empregados pelo fato de terem opiniões contrárias aos interesses políticos da empresa, de forma a macular os direitos fundamentais da livre manifestação do pensamento (art. 5º, inciso IV, da CF), bem como da liberdade de convicção política (art. 5º, inciso VIII, da CF).

Por outro lado, apesar de manter a condenação ao pagamento da indenização por danos morais, entendeu por bem reduzir o valor para R\$ 15.000,00 (quinze mil reais).

¹⁶ BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 23ª Região. Recurso Ordinário n. 0001583-67.2011.5.23.0002. Recorrente: Companhia de Saneamento da Capital – SANECAP. Recorrido: Ed Cláudio Ferreira da Costa. Relatora: Desembargadora Maria Berenice. Cuiabá, 05 jun. 2013. DEJT 06 jun. 2013. Disponível em: <<http://www.trt23.jus.br/acordao/2013/DJ1669/315123654.pdf>>. Acesso em: 02 dez. 2018.

A ementa foi redigida nos seguintes termos:

DISPENSA DISCRIMINATÓRIA. PARTICIPAÇÃO DO EMPREGADO EM MANIFESTAÇÃO PÚBLICA. DANO MORAL. CONFIGURAÇÃO. QUANTUM. Para o surgimento do dever de indenizar decorrente da responsabilização civil devem restar caracterizados os seguintes requisitos: a) a ação ou omissão do agente; b) relação de causalidade; c) existência de dano; d) dolo ou culpa do agente. **Os elementos nos autos denunciam que a demissão praticada pelo empregador reveste-se de contornos discriminatórios, haja vista que a causa determinante da ruptura do vínculo reside no fato de o empregado ter se posicionado contra o processo de privatização da empresa. A existência de dano moral, na espécie, é inquestionável, porquanto a ilicitude constatada se traduz em ato que afeta direitos fundamentais do indivíduo, relacionados à dignidade da pessoa humana, mormente no que tange à liberdade de expressar o pensamento e de adotar determinada convicção política, sem sofrer, por essas razões, restrições de direitos (art. 5º, IV e VIII, da CF), motivo pelo qual se impõe a condenação ao dever de indenizar.** Todavia, em atenção aos parâmetros que tangem a fixação do quantum indenizatório, tais como a extensão do dano, a capacidade econômica do ofensor, o não enriquecimento sem causa do trabalhador, o caráter pedagógico da medida e a razoabilidade do valor, impende reduzir a quantia arbitrada a título de indenização por danos morais. Dá-se parcial provimento. [...] (grifo nosso)

No caso exposto, portanto, restou clara a discriminação perpetrada pelo empregador ao despedir somente aqueles empregados que participaram da manifestação política. Todo Estado que se proponha Democrático e de Direito deve ter como norte o respeito à livre manifestação do pensamento e da liberdade de consciência e de crença, de modo que o Judiciário não deve validar dispensas baseadas no direito potestativo do empregador de despedir imotivadamente, caso constatado que a dispensa deu-se por razões políticas. Outrossim, cabe ressaltar que, em que pese se tratar de um ente integrante da Administração Pública Indireta, havendo, inclusive, cargos indicados pelo chefe do Poder Executivo, a sociedade de economia mista em nada se confunde com um partido político, de modo que eventuais restrições aos direitos fundamentais dos empregados relacionados à manifestação política devem ser devidamente justificados por um legítimo interesse patronal, o que, no caso concreto, nem de longe se vislumbra.

4.3.2 O Caso dos Cantos Motivacionais – Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região

Analisar-se-á o julgamento do Recurso Ordinário nº 0020674-92.2016.5.04.0101¹⁷, decidido pela 1ª Turma do Tribunal gaúcho, de relatoria da Desembargadora Rosane Serafini Casanova.

O reclamante, na petição inicial, afirmou que a reclamada, “WMS Supermercados do Brasil Ltda.”, mantinha reuniões das quais os empregados eram forçados a participar, sendo compelidos a cantar, dançar e rebolar na frente dos demais empregados e superiores, resultando na submissão do empregado a situações constrangedoras e vexatórias.

A Relatora afirmou que o direito do trabalho tem por objetivo garantir a dignidade do empregado e do empregador, de maneira que sua ofensa enseje o pagamento de indenização por danos morais. Ademais, ressaltou a julgadora que o contrato de trabalho envolve o dever de respeito aos direitos personalíssimos relativos à honra e à imagem das partes.

Asseverou que, em que pese a tese de defesa da reclamada de que a participação dos funcionários era facultativa e que não era realizado na presença de clientes, os empregados eram, de fato, constrangidos a participar das reuniões ditas motivacionais, nas quais compareciam, além dos demais empregados, seus superiores hierárquicos. Os empregados tinham que cantar, rebolar e dançar na presença de demais colegas de trabalho, superiores e clientes da empresa. Além disso, ressaltou o fato de ser recorrente na Justiça do Trabalho o caso relativo aos cânticos motivacionais da empresa reclamada, fato este que motivou, inclusive, o Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região a editar a Súmula nº 83¹⁸ tratando do assunto.

Aduziu, ainda, a Desembargadora que há outras formas de motivar e incentivar os empregados, não sendo possível admitir a busca de eficiência por meio de constrangimentos e humilhações dos empregados, de sorte que as medidas destinadas a motivar os trabalhadores

¹⁷ BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região. Recurso Ordinário n. 0020674-92.2016.5.04.0101. Recorrentes: Rafael Pureza da Luz e WMS Supermercados do Brasil Ltda. Recorridos: WMS Supermercados do Brasil Ltda e Rafael Pureza da Luz. Relatora: Desembargadora Rosane Serafini Casanova. Porto Alegre, 06 jul. 2017. DEJT 21 jul. 2017. Disponível em: <<https://www.trt4.jus.br/pesquisas/rest/cache/acordao/pje/-IXG2rhLYHKB1WEU2Jslxg?&tp=cheers>>. Acesso em: 02 dez. 2018.

¹⁸ “Súmula nº 83 – EMPRESA WALMART BRASIL. REUNIÕES MOTIVACIONAIS. DANO MORAL. O empregado da empresa Walmart que é compelido a participar das reuniões motivacionais em que é entoado o cântico Cheers, com coreografia envolvendo dança ou rebolado, sofre abalo moral, tendo direito ao pagamento de indenização”. (BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região. Súmula n. 83. Disponível em: <<https://www.trt4.jus.br/portais/trt4/sumulas>>. Acesso em: 02 dez. 2018).

não podem ferir a dignidade do trabalhador, sendo a conduta perpetrada pela reclamada notadamente vexatória, ensejando a reparação do dano moral.

No caso em tela, portanto, houve uma conduta patronal desproporcional, apesar de estar embasada no seu legítimo interesse de manter motivados os empregados, haja vista que, mesmo considerando-se que tal atividade cumpre a finalidade a que se destina (adequação), havia outros meios igualmente necessários para motivar os empregados menos restritivos aos seus direitos fundamentais, de modo que tal conduta não passaria no teste da proporcionalidade, por não ser necessária. O acórdão, apesar de não entrar nesse mérito expressamente, chegou a consignar que haveria outros meios de motivar os empregados, como o pagamento de prêmios e a oferta de folgas pelo bom desempenho, sendo a atividade promovida pela reclamada vexatória ao empregado, ferindo seu direito fundamental à honra e, também, sua própria dignidade.

4.3.3 O Caso da Violação à Liberdade Religiosa – Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região

No julgamento do Recurso Ordinário nº 0011673-90.2016.5.15.0032¹⁹, de relatoria do Desembargador Jorge Luiz Costa, a 3ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região se deparou com um caso em que houve grave ofensa aos direitos fundamentais da empregada, sobretudo no que tange ao seu direito à liberdade religiosa (art. 5º, inciso VI, da Constituição Federal).

A reclamante, durante o período em que esteve em gozo de licença-maternidade, se converteu à religião evangélica. Narrou a reclamante que, no seu retorno ao trabalho, foi confrontada pela sua supervisora, a qual teria lhe dito que se ela se recusasse a se maquiarem, em virtude de ter se convertido ao Evangelho, ela mesma a maquiaria à força. Em seguida, teria pegado a empregada pelo braço e a levado até o banheiro, sob ofensas de que ela estaria com

¹⁹ BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região. Recurso Ordinário n. 0011673-90.2016.5.15.0032. Recorrente: Comercial Frango Assado Ltda. Recorrida: Silvane Rosa Barboza. Relator: Desembargador Jorge Luiz Costa. Campinas, 23 out. 2018. DEJT 29 out. 2018. Disponível em: <http://busca.trt15.jus.br/search?q=cache:eTNphyDFRIQJ:grumari.trt15.jus.br:1111/doc/30427633+direito+à+liberdade+religiosa&site=jurisp&client=dev_index&output=xml_no_dtd&proxystylesheet=dev_index&ie=UTF-8&lr=lang_pt&access=p&oe=UTF-8>. Acesso em: 02 dez. 2018.

“cara de velha” e com a pele ressecada, fato este que foi presenciado pelos demais empregados.

A testemunha ouvida pelo juiz de primeiro grau confirmou as alegações autorais, afirmando que, após ambas voltarem do banheiro, a empregada estava maquiada.

Assim sendo, o relator manifestou seu profundo descontentamento com a conduta praticada pela superiora hierárquica da reclamada, afirmando que a maquiagem forçada é, sem dúvida, uma agressão física e moral absurda. Ademais, ressaltou que, mesmo que a reclamante não apresentasse qualquer motivo para que não quisesse ser maquiada, não poderia, em nenhuma circunstância, ser forçada a fazê-lo, pois estava no exercício de seu direito.

No entanto, asseverou o julgador que o caso torna-se ainda mais grave tendo em vista que havia uma motivação religiosa para que a reclamante se recusasse a fazer a maquiagem, sendo o direito à liberdade religiosa um direito fundamental previsto no artigo 5º, inciso VI, da Constituição Federal.

Acrescendo-se argumentos ao caso, faz-se pertinente a lição de Aloisio Cristovam dos Santos Junior. Segundo o autor, em sociedades democráticas, o conteúdo do direito fundamental à liberdade de religião “não se esgota com a simples liberdade de crença, mas inclui principalmente a liberdade de agir conforme as crenças”²⁰. Além disso, afirma que o empregador tem o dever de acomodar, de forma razoável, as práticas religiosas dos empregados, guardando relação, evidentemente, com os princípios da razoabilidade e proporcionalidade, impossibilitando-se, pois, a restrição desproporcional à liberdade religiosa de seus empregados.²¹

Nota-se, portanto, que no caso posto, além de a superior hierárquica ter violado a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem da empregada, restringiu de maneira desproporcional seu direito fundamental à liberdade religiosa, cometendo a atitude desarrazoada de forçar a empregada a se maquiar contra sua vontade, privando-a de sua liberdade de agir conforme suas crenças.

²⁰ SANTOS JUNIOR, Aloisio Cristovam dos. Liberdade religiosa e contrato de trabalho: o dever patronal de acomodação razoável da expressão religiosa do empregado no contexto brasileiro. In: SARLET, Ingo Wolfgang; MELLO FILHO, Luiz Philippe Vieira; FRAZÃO, Ana de Oliveira (coord.). *Diálogos entre o direito do trabalho e o direito constitucional*: estudos em homenagem a Rosa Maria Weber. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 363.

²¹ *Ibidem*, p. 386.

Ante o exposto, denota-se que a jurisprudência dos Tribunais Regionais do Trabalho segue a linha das decisões do Supremo Tribunal Federal e do Tribunal Superior do Trabalho ao aplicar-se diretamente os direitos fundamentais previstos no texto constitucional para solver conflitos oriundos da relação de emprego.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os direitos fundamentais surgiram, na esteira das revoluções liberais, como direitos de proteção do indivíduo em face dos abusos cometidos pelo poder do Estado (direitos individuais). Com o tempo, paulatinamente, foi-se percebendo que outros indivíduos poderosos para além do Estado detinham o potencial de lesionar direitos fundamentais dos cidadãos, de forma que os Estados Nacionais passaram a positivizar direitos visando à proteção dos indivíduos nas relações privadas (direitos sociais), fenómeno este percebido, principalmente, ao longo do Século XX.

Porém, foi, de fato, após a II Guerra Mundial, que houve uma transformação na forma de estruturar o pensamento jurídico e de aplicar o direito, sobretudo pelo fato de a Constituição passar para o centro do sistema jurídico e deter força normativa. Nesse contexto geral da existência de direitos fundamentais de espécies variadas e do fenómeno do poder social e económico exercido por outros indivíduos que não o Estado, desenvolveu-se ao redor do mundo teorias visando à eficácia horizontal dos direitos fundamentais previstos no texto constitucional (também chamado de eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas).

Nos Estados Unidos adotou-se a teoria do *state action*, a qual beira à ineficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas, sendo estes somente aplicados em casos específicos em que se está diante de um particular que exerça atividades de natureza tipicamente estatal.

Já na Alemanha, cultura jurídica mais semelhante à brasileira, surgiram duas teorias aptas a aplicar os direitos fundamentais nas relações privadas: a teoria da eficácia indireta ou mediata, segundo a qual os direitos fundamentais seriam aplicados por intermédio do legislador ordinário, mormente por meio da interpretação das cláusulas gerais e dos conceitos jurídicos indeterminados, e a teoria da eficácia direta ou imediata, segundo a qual os direitos fundamentais previstos na Constituição constituiriam verdadeiros direitos subjetivos dos indivíduos, sendo diretamente aplicáveis nas relações privadas.

De modo a buscar um meio termo entre ambas teorias germânicas, em Portugal e na Espanha surgiu a teoria da eficácia direta ou imediata ponderada (matizada), adotando-se o entendimento que a função precípua de intermediar a aplicação dos direitos fundamentais nas relações privadas é do legislador, cabendo ao intérprete aplicar diretamente a Constituição nos

casos de omissão legislativa ou insuficiência da lei, mas sempre levando-se em conta que nas relações privadas há dois sujeitos igualmente portadores de direitos fundamentais.

No Brasil, tal debate ganhou corpo a partir da promulgação da Constituição Federal de 1988. Via de regra, a doutrina nacional reconhece o efeito horizontal dos direitos fundamentais, havendo embates somente quanto à forma de incidência.

De todo modo, verifica-se estarem presentes nas relações de emprego os requisitos que justificaram a criação das teorias da eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas. A relação empregatícia é marcada pela existência de desigualdade, estando os sujeitos do contrato em posições hierarquicamente diferentes. Isso resulta das características próprias da relação de emprego, que tem como elementos essenciais para sua configuração a pessoalidade do empregado e a subordinação jurídica, da qual decorrem os poderes do empregador. Assim, a desigualdade existente no interior da relação de emprego tem por fundamento, principalmente, um critério jurídico, de modo que o poder econômico somente tem o condão de acentuar uma desigualdade já existente. Nesse sentido, sustentou-se que o empregador tem um potencial lesivo muito maior aos direitos fundamentais do empregado do que ocorre no sentido inverso.

Ainda assim, deve-se ter em conta que, diferentemente da relação Estado-cidadão em que somente o cidadão é portador de direitos fundamentais, na relação empregado-empregador ambos são titulares de direitos fundamentais, de modo que se faz necessária a adoção de um método diferenciado para sua aplicação, qual seja, o da ponderação dos direitos em conflito, sendo de grande monta o princípio da proporcionalidade, dividido em suas três máximas: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

Outrossim, alguns critérios podem ser definidos para auxiliar o intérprete a aplicar os direitos fundamentais nas relações de emprego, os quais podem ser sintetizados da seguinte forma: quanto maior for a desigualdade existente na relação de emprego, menor deve ser a tutela da autonomia privada e maior a proteção dos direitos fundamentais dos empregados; por outro lado, quando a desigualdade existente for mitigada, maior deve ser a tutela da autonomia privada, sendo possível uma maior restrição ao direito fundamental em jogo; de todo modo, o respeito à dignidade da pessoa humana constitui um limite intransponível.

Além do mais, no estudo realizado sobre a forma pela qual a jurisprudência brasileira tem aplicado os direitos fundamentais nas relações privadas, pode-se concluir que esta segue

uma tendência de proteção aos direitos fundamentais tanto de empregados (sobretudo destes), como de empregadores, reconhecendo-se uma plena eficácia horizontal direta e imediata dos direitos fundamentais previstos no texto constitucional.

Enfim, é inegável que a temática relativa à eficácia dos direitos fundamentais nas relações de emprego assume relevância fundamental na ordem jurídica brasileira, sendo essencial, num Estado Democrático de Direito, o respeito à dignidade da pessoa humana e aos direitos fundamentais nas suas mais variadas espécies, seja nas relações público-privadas, seja nas relações privadas, dentre as quais se situam as relações de emprego.

Reconhecer a aplicabilidade dos direitos fundamentais nas relações de emprego nada mais é do que buscar a harmonização dos legítimos interesses patronais para com os direitos fundamentais dos empregados, dos quais estes não abrem mão ao aderir ao contrato de trabalho. O trabalhador é um ser humano, e como tal, portador de direitos fundamentais e carecedor de tratamento que lhe preserve sua dignidade.

REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.
- ANDRADE, José Carlos Vieira de. Os direitos, liberdades e garantias no âmbito das relações entre particulares. In: SARLET, Ingo Wolfgang. *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.
- ARAÚJO, Francisco Rossal de; COIMBRA, Rodrigo. *Direito do trabalho – I*. São Paulo: LTr, 2014.
- BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.
- BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de direito do trabalho*. 11. ed. São Paulo: LTr, 2017.
- BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Nova ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.
- BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 02 dez. 2018.
- _____. Decreto-Lei n. 5.452, de 1º de maio de 1943. *Planalto*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del5452.htm>. Acesso em: 02 dez. 2018.
- _____. Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região. Recurso Ordinário n. 0020674-92.2016.5.04.0101. Recorrentes: Rafael Pureza da Luz e WMS Supermercados do Brasil Ltda. Recorridos: WMS Supermercados do Brasil Ltda e Rafael Pureza da Luz. Relatora: Desembargadora Rosane Serafini Casanova. Porto Alegre, 06 jul. 2017. DEJT 21 jul. 2017. Disponível em: <<https://www.trt4.jus.br/pesquisas/rest/cache/acordao/pje/-IXG2rhLYHKB1WEU2Jslxg?&tp=cheers>>. Acesso em: 02 dez. 2018.
- _____. Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região. Súmula n. 83. Disponível em: <<https://www.trt4.jus.br/portais/trt4/sumulas>>. Acesso em: 02 dez. 2018.
- _____. Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região. Recurso Ordinário n. 0011673-90.2016.5.15.0032. Recorrente: Comercial Frango Assado Ltda. Recorrida: Silvane Rosa Barboza. Relator: Desembargador Jorge Luiz Costa. Campinas, 23 out. 2018. DEJT 29 out. 2018. Disponível em: <http://busca.trt15.jus.br/search?q=cache:eTNphyDFRIQJ:grumari.trt15.jus.br:1111/doc/30427633+direito+à+liberdade+religiosa&site=jurisp&client=dev_index&output=xml_no_dtd&proxystylesheet=dev_index&ie=UTF-8&lr=lang_pt&access=p&oe=UTF-8>. Acesso em: 02 dez. 2018.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 23ª Região. Recurso Ordinário n. 0001583-67.2011.5.23.0002. Recorrente: Companhia de Saneamento da Capital – SANECAP. Recorrido: Ed Cláudio Ferreira da Costa. Relatora: Desembargadora Maria Berenice. Cuiabá, 05 jun. 2013. DEJT 06 jun. 2013. Disponível em: <<http://www.trt23.jus.br/acordao/2013/DJ1669/315123654.pdf>>. Acesso em: 02 dez. 2018.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. Agravo de Instrumento em Recurso de Revista n. 201100-80.2008.5.15.0099. Agravantes: Adenilson José Novais e outros, e Guarda Municipal de Americana. Agravados: Guarda Municipal de Americana, e Adenilson José Novais e outros. Relator: Ministro Roberto Nobrega de Almeida Filho. Brasília, 30 out. 2018. DEJT 05 nov. 2018. Disponível em: <<http://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/inteiroTeor.do?action=printInteiroTeor&format=html&highlight=true&numeroFormatado=AIRR%20-%20201100-80.2008.5.15.0099&base=acordao&rowid=AAANGhABIAAO6QAAD&dataPublicacao=05/11/2018&localPublicacao=DEJT&query=>>>. Acesso em: 02 dez. 2018.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. Agravo de Instrumento em Recurso de Revista n. 74240-5.2002.5.02.0019. Agravante: Laboratório Bioquímico de Análises Clínicas Jardim Paulista Ltda. Agravado: Paulo Sérgio Gomes de Mello. Relator: Ministro Walmir Oliveira da Costa. Brasília, 09 fev. 2011. DEJT 18 fev. 2011. Disponível em: <<http://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/inteiroTeor.do?action=printInteiroTeor&format=html&highlight=true&numeroFormatado=AIRR%20-%2074240-53.2002.5.02.0019&base=acordao&rowid=AAANGhAA+AAAK0IAAP&dataPublicacao=18/02/2011&localPublicacao=DEJT&query=>>>. Acesso em: 02 fev. 2018.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. Agravo de Instrumento em Recurso de Revista n. 839-72.2012.5.15.0095. Recorrente: Zara Brasil Ltda. Recorrida: Bruna Larissa Magioni. Relator: Desembargador Convocado Francisco Rossal de Araújo. Brasília, 21 out. 2015. DEJT 23 out. 2015. Disponível em: <<http://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/inteiroTeor.do?action=printInteiroTeor&format=html&highlight=true&numeroFormatado=RR%20-%20839-72.2012.5.15.0095&base=acordao&rowid=AAANGhAAFAAAObBAAE&dataPublicacao=23/10/2015&localPublicacao=DEJT&query=>>>. Acesso em: 02 dez. 2018.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. Agravo de Instrumento em Recurso de Revista n. 9740-87.2002.5.20.0920. Agravante: Torre Empreendimentos Rural e Construções Ltda. Agravado: Paulo Sérgio Pimenta Bezerra. Relator: Ministro João Oreste Dalazen. Brasília, 19 abr. 2006. DJ 26 maio 2006. Disponível em: <<http://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/inteiroTeor.do?action=printInteiroTeor&format=html&highlight=true&numeroFormatado=AIRR%20-%209740-87.2002.5.20.0920&base=acordao&rowid=AAANGhAAFAAAY2NAAP&dataPublicacao=26/05/2006&localPublicacao=DJ&query=>>>. Acesso em: 02 dez. 2018.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. Recurso de Revista n. 2906-22.2016.5.10.0802. Recorrente: Tel Centro de Contatos Ltda. Recorrida: Ana Caroline Alves Ramos. Relator:

Ministro Mauricio Godinho Delgado. Brasília, 20 mar. 2018. DEJT 23 mar. 2018. Disponível em: <<http://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/inteiroTeor.do?action=printInteiroTeor&format=html&highlight=true&numeroFormatado=RR%20-%202906-22.2016.5.10.0802&base=acordao&rowid=AAANGhAAFAABBzPAAD&dataPublicacao=23/03/2018&localPublicacao=DEJT&query=>>>. Acesso em: 02 dez. 2018.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Recurso de Revista n. 625-74.2011.5.09.0001. Recorrente: Elaine Lourenço. Recorridos: Leonardo Hrebinnik e outra. Relator: Ministro Emmanoel Pereira. Brasília, 20 nov. 2012. DEJT 23 nov. 2012. Disponível em: <<http://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/inteiroTeor.do?action=printInteiroTeor&format=html&highlight=true&numeroFormatado=RR%20-%20625-74.2011.5.09.0001&base=acordao&rowid=AAANGhAAFAAAK6XAAB&dataPublicacao=23/11/2012&localPublicacao=DEJT&query=>>>. Acesso em: 02 dez. 2018.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. Recurso de Revista n. 63100-34.2005.5.15.0058. Recorrente: Distribuidora Farmacêutica Panarello Ltda. Recorrido: Luís Carlos Silva Rodrigues. Relatora: Juíza Convocada Kátia Magalhães Arruda. Brasília, 26 mar. 2008. DJ 04 abr. 2008. Disponível em <<http://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/inteiroTeor.do?action=printInteiroTeor&format=html&highlight=true&numeroFormatado=RR%20-%2063100-34.2005.5.15.0058&base=acordao&rowid=AAANGhAAFAAAAn0nAAU&dataPublicacao=04/04/2008&localPublicacao=DJ&query=>>>. Acesso em: 02 dez. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental em Agravo de Instrumento n. 220.459-2 / RJ. Agravantes: Adriana Picanço Dutra e outras. Agravadas: De Millus S/A Indústria e Comércio e outra. Relator: Ministro Moreira Alves. Brasília, 28 set. 1999. DJ 29 out. 1999. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=287160>>. Acesso em: 02 dez. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Inquérito n. 3.922 / CE. Agravante: Maria Gorete Pereira. Agravado: Ministério Público Federal. Relator: Ministro Dias Toffoli. Brasília, 15 dez. 2015. DJE 01 mar. 2016. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10363675>>. Acesso em: 02 dez. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 160.222-8 / RJ. Recorrentes: Ana Paula Muniz dos Santos e outro. Recorrido: Nahum Manela. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. Brasília, 11 abr. 1995. DJ 01 set. 1995. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=213340>>. Acesso em: 02 dez. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 161.243-6 / DF. Recorrente: Joseph Halfin. Recorrida: Compagnie Nationale Air France. Relator: Ministro Carlos Velloso. Brasília, 29 out. 1996. DJ 19 dez. 1997. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=213655>>. Acesso em: 02 dez. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 201.819-8 / RJ. Recorrente: União Brasileira de Compositores – UBC. Recorrido: Arthur Rodrigues Villarinho. Relatora originária: Ministra Ellen Gracie. Relator para o Acórdão: Ministro Gilmar Mendes. Brasília, 11 out. 2005. DJ 27 out. 2006. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=388784>>. Acesso em: 02 dez. 2018.

DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 16. ed. São Paulo: LTr, 2017.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria geral dos direitos fundamentais*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

DORNELES, Leandro do Amaral D. de. Direitos fundamentais e relação de emprego. *Revista Justiça do Trabalho*, Porto Alegre, v. 33, n. 386, fev, 2016.

JHERING, Rudolf Von. *A luta pelo direito*. São Paulo: Saraiva, 2015.

MOLINA, André Araújo. *Teoria dos princípios trabalhistas: a aplicação do modelo metodológico pós-positivista ao direito do trabalho*. São Paulo: Atlas, 2013.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Iniciação ao direito do trabalho*. 38. ed. São Paulo: LTr, 2013.

OLIVEIRA, Cíntia Machado; DORNELES, Leandro do Amaral D. de. *Direito do trabalho*. 3. ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2016.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. Apontamentos sobre a aplicação das normas de direito fundamental nas relações jurídicas privadas. In: BARROSO, Luís Roberto (org.). *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

PORTUGAL. *Constituição da República Portuguesa*. Disponível em: <<https://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx>>. Acesso em: 02 dez. 2018.

RIOS, Roger Raupp. Direito da antidiscriminação e direito do trabalho: discriminação por orientação sexual, homofobia e relações de emprego. In: SARLET, Ingo Wolfgang; MELLO FILHO, Luiz Philippe Vieira; FRAZÃO, Ana de Oliveira (coord.). *Diálogos entre o direito do trabalho e o direito constitucional: estudos em homenagem a Rosa Maria Weber*. São Paulo: Saraiva, 2014.

SANTOS JUNIOR, Aloisio Cristovam dos. Liberdade religiosa e contrato de trabalho: o dever patronal de acomodação razoável da expressão religiosa do empregado no contexto brasileiro. In: SARLET, Ingo Wolfgang; MELLO FILHO, Luiz Philippe Vieira; FRAZÃO,

Ana de Oliveira (coord.). *Diálogos entre o direito do trabalho e o direito constitucional: estudos em homenagem a Rosa Maria Weber*. São Paulo: Saraiva, 2014.

SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos Fundamentais e Direito Privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais. In: _____. *A Constituição concretizada: construindo pontes com o público e o privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

_____. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SARMENTO, Daniel. A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais no direito comparado e no Brasil. In: BARROSO, Luís Roberto (org.). *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

_____. A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais não trabalhistas: o debate teórico e a jurisprudência do STF. In: SARLET, Ingo Wolfgang; MELLO FILHO, Luiz Philippe Vieira; FRAZÃO, Ana de Oliveira (coord.). *Diálogos entre o direito do trabalho e o direito constitucional: estudos em homenagem a Rosa Maria Weber*. São Paulo: Saraiva, 2014.

SARMENTO, Daniel; GOMES, Fábio Rodrigues. A eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares: o caso das relações de trabalho. *Revista TST*, Brasília, v. 77, n. 4, out/dez, 2011.

VECCHI, Ipojuca Demétrius. A eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas: o caso da relação de emprego. *Revista TST*, Brasília, v. 77, n. 3, jul/set, 2011.