Revista VIDERE
Ver, olhar, considerar.

EFICÁCIA HORIZONTAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE E AS RELAÇÕES DE TRABALHO

THE HORIZONTAL EFFECTIVNESS OF FUNDAMENTAL RIGHTS:

THE PRINCIPLE OF PROPORTIONALITY AND THE LABOUR RELATIONS

Gabriel Ocampos Ricartes*

RESUMO: Este artigo trata interdisciplinariamente da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, abrangendo aspectos de Direito Constitucional e de Direito do Trabalho. Analisam-se as diversas teorias sobre a eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, dando ênfase à solução de conflitos mediante o uso do princípio da proporcionalidade. Por fim, apresentam-se situações específicas de relações de trabalho em que há o choque entre direitos fundamentais e propõem-se soluções com base no princípio da proporcionalidade.

PALAVRAS-CHAVE: Direitos fundamentais. Eficácia horizontal. Direito do Trabalho. Princípio da proporcionalidade.

ABSTRACT: This article presents an interdisciplinary legal research regarding the horizontal effectiveness of fundamental rights, comprehending Constitutional Law and Labour Law aspects. It analyzes various horizontal effectiveness theories, emphasizing conflict resolution through the use of the principle of proportionality. Last but not least, it presents specific situations of labor relations in which there are conflicts between fundamental rights and their solutions based on the principle of proportionality.

Mestre em Direito pela Universidade de Coimbra; Bacharel em Direito pela Universidade de São Paulo. Contato: goricartes@gmail.com.

KEY WORDS: Fundamental rights. Horizontal effectiveness. Labour law. Principle of proportionality.

I – Introdução

Pode um colégio particular contratar uma professora, constando do contrato de trabalho uma cláusula de celibato e, posteriormente, demiti-la caso venha a casar-se? Pode uma empresa contratar uma trabalhadora para realizar serviços de informática, condicionando a manutenção do contrato de trabalho à realização de um teste de gravidez no momento de admissão e a aceitar uma possível gravidez durante o contrato de trabalho como justa causa para despedimento? É possível a inclusão de uma cláusula *closed shop* (*i.e.*, a proibição de contratação de trabalhadores não sindicalizados) em uma convenção coletiva?(CANOTILHO, 2003, 1285-1286).

Em uma era pós-positivista, é patente o relevo dado a questões envolvendo direitos fundamentais e seus efeitos entre particulares. No Direito do Trabalho, em que a discrepância de poderes entre as partes salta aos olhos, esse tema assume uma posição central.

Com um olhar atento, é possível notar a existência de leves esboços da noção de direitos do homem na antiguidade, mas não há que se falar em direitos fundamentais até o advento do constitucionalismo. Nas palavras de Gomes Canotilho, *"sem esta positivação jurídica, os direitos do homem são esperanças, aspirações, ideias, impulsos, ou, até, por vezes, mera retórica política (...)"* (CANOTILHO, 2003, 1285-1286). [65].

Os direitos fundamentais, sobretudo, vieram à luz para a defesa dos indivíduos, à época, capitaneados por uma burguesia insatisfeita, em face de ingerências nocivas do Estado. A primeira dimensão dos direitos fundamentais, nessa toada, prezou pelos direitos de liberdade, tanto civil quanto política. Sobre o tema, elucida Paulo Bonavides que os direitos fundamentais de primeira dimensão:

> " (…) têm por titular o indivíduo, são oponíveis ao Estado, traduzem-se como faculdades ou atributos da pessoa e ostentam uma subjetividade que é seu traço mais característico; enfim, são direitos de resistência ou de oposição perante o Estado (…). São por igual direitos que valorizam primeiro o homem-singular, o homem das liberdades abstratas da sociedade mecanicista que compõe a chamada sociedade civil (...)" (BONAVIDES, 2005, 263-264).

65 Em um corte histórico simplificado, a fundamentalização dos direitos do homem tem como marco inicial a *Declaration des Droits de l"Homme et du Citoyen* de 1789, que prevê em seu artigo 16º: "*a sociedade em que não esteja assegurada a garantia de seus direitos nem estabelecida a separação dos poderes não tem Constituição*". Não se considera como marco fundante da "revolução jusfundamental dos direitos" o *Virginia Bill of Rights* pela falta de universalidade desse documento. Pelo contexto histórico da independência dos Estados Unidos, os *"Bill of Rights"* elaborados à época assumiram um caráter regional, de modo que quase todos os entes da federação elaboraram a sua carta de direitos particular, sendo que, em alguns, isso nem chegou a acontecer. A "unificação" de uma carta de direitos estadunidense só veio a ocorrer com a aprovação das primeiras emendas, em 1789 (SILVA, 2011, 18).

Para dar completude a esse pensamento, Daniel Sarmento afima:

> "Com efeito, na medida em que os direitos fundamentais exprimem os valores nucleares de uma ordem jurídica democrática, seus efeitos não podem se resumir à limitação jurídica do poder estatal. Os valores que tais direitos encarnam devem irradiar para todos os campos do ordenamento jurídico, impulsionando e orientando a atuação do Legislativo, Executivo e Judiciário. Os direitos fundamentais, mesmo aqueles de matriz liberal, deixam de ser apenas limites para o Estado, convertendo-se em norte para a sua atuação (SARMENTO, 2006, 106-107)".

Assim, quando se pensava em direitos fundamentais, tratava-se da eficácia vertical dos direitos fundamentais, tendo-os como direitos subjetivos oponíveis ao Estado, jamais a outro particular. A metamorfose jurídica, por sua vez, caminhou em sentido oposto, mostrando que não é somente o Estado que deve se submeter a esses direitos, mas também os particulares, com suas peculiaridades evidentes.

A complexidade do tema aumenta ao tratar-se da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, ou seja, da sua aplicação em relações entre particulares. Nesse caso, eventual conflito de direitos levam a situações de choque entre direitos fundamentais e autonomia de vontade. Na seara laboral, como visto nas situações elencadas no início do tópico, comumente se chocam a liberdade de contratar e de gestão do empregador com os direitos fundamentais do trabalhador, situações em que, não raramente, é aviltada a dignidade da pessoa humana.

Não há que se pensar a noção de justiça dissociada da ideia de dignidade da pessoa humana. No meio jurídico, todavia, esse conceito banalizou-se de tal forma que se faz mister delimitar o real sentido de tal dignidade. Para tanto, dentre as inúmeras elucidações doutrinárias, vale ressaltar os dizeres de Ingo Wolgang Sarlet, segundo o qual a dignidade da pessoa humana pode ser entendida como:

> " (…) a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos, e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos, mediante o devido respeito aos demais seres que integram a rede da vida" (SARLET, 2009, 67).

A crítica afirma que aceitar a eficácia horizontal afrontaria institutos-chave do Direito Civil, precipuamente a autonomia da vontade; todavia, isso não parece correto. Não há que se falar em

autonomia da vontade quando não há equipotência das partes, o que é ainda mais clarividente nas relações de trabalho.

Este artigo divide-se em três partes: (i) uma explanação acerca das teorias que tratam da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, com a inserção de breves noções de direito comparado, para que se percebam as particularidades de cada ordenamento jurídico; (ii) a importância do princípio da proporcionalidade como pedra angular da edificação de uma solução de conflitos de direitos fundamentais nas relações entre particulares, dando ênfase às variadas formas de aplicação dessa norma; e (iii) um breve estudo de casos relativos a temas juslaborais envolvendo a eficácia horizontal e comprovando a solução pelo princípio da proporcionalidade.

Com efeito, pretende dar-se suporte à teoria dominante no Brasil, qual seja, a da aceitação da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, levantando pontos críticos do tema e demonstrando sua aplicação nas relações de trabalho. Além disso, busca ressaltar-se a necessidade de um estudo aprofundado acerca do princípio da proporcionalidade – muitas vezes tratado superficialmente pelos juristas – em face de sua função essencial na resolução desses conflitos.

II - As teorias da eficácia horizontal dos direitos fundamentais

A princípio, os direitos fundamentais eram tidos como meros limites ao poder estatal, sob a concepção liberal-burguesa, não se projetando nas relações entre particulares. Com o desenrolar histórico, tal ideia se perdeu no tempo, haja vista ser inegável que a opressão contra a pessoa pode vir não só do Estado, mas de uma multiplicidade de atores privados, presente nas mais diversas esferas sociais, *v.g.*, a família, a sociedade civil, o mercado e, obviamente, o empregador (SARMENTO, GOMES, 2011, 61).

Em sociedades em que a desigualde social e a assimetria do poder se sobressaem, como é a realidade brasileira, a afronta a direitos fundamentais se acentua. Nessas situações, negar a eficácia horizontal dos direitos fundamentais é ceifar uma esfera crucial de direitos a quem mais carece de proteção.

Vale dizer, todavia, que não basta colocar o particular na posição do Estado e aplicar as mesmas condições de sujeito passivo dos direitos fundamentais para obter-se justiça. O indivíduo, frise-se, é detentor de direitos fundamentais e de um poder de autodeterminação de seus interesses, de modo que uma equivalência desmedida dele ao Estado é uma restrição abusiva de sua autonomia (SARMENTO, GOMES, 2011, 61).

Deve evitar-se, a todo custo, uma sobrepujança da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, sob pena de atingir-se um fim oposto ao desejado. Para exemplificar, não se pode

imaginar uma sociedade em que o Direito interfira na faculdade de uma pessoa negar carona a outra por incompatibilidade de visões políticas, de modo a "obedecer" o direito à liberdade de pensamento político ou em que se proíba uma pessoa de chamar à sua casa somente companheiros de certa religião, com base na liberdade religiosa. Resta claro que a tarefa de ponderar o conflito de direitos fundamentais não é simples; é, porém, factível, desde que se busque a justa medida entre o excesso e a falta.

1. *State action doctrine*: a teoria liberal clássica

Tendo como expoente o universo jurídico estadunidense, a corrente liberal defende a não aplicação dos direitos fundamentais nas relações entre particulares. É praticamente pacífico, tanto na doutrina quanto na jurisprudência, que os direitos fundamentais previstos no *Bill of Rights* da Constituição dos Estados Unidos da América impõem não mais que limitações ao Poder Público.

Para embasar essa posição, valem-se, principalmente, da literalidade do texto constitucional, que se refere tão somente ao Poder Público em suas cláusulas fundamentais. Ademais, juristas como Laurence Tribe ressaltam a preocupação com a autonomia privada, alegando que a eficácia horizontal poderia comprometer a liberdade individual.

Com efeito, desde a década de 40 do século XX, a Suprema Corte americana atenua a rigidez da *state action doctrine*, adotando a chamada "*public function theory*". Assim, quando o particular exercer atividades tipicamente estatais, também se sujeitará às limitações constitucionais fundamentais. Isso é válido no sentido de impedir que o Estado se esquive dos deveres fundamentais constituindo empresas privadas ou delegando funções.

Nesse sentido, a jurisprudência vem dando à doutrina da ação estatal contornos mais maleáveis. Um precedente emblemático que ilustra essa tendência é o caso *Shelley v. Kraemer*. Nesse episódio, havia uma convenção privada vinculando proprietários de imóveis de certa região, proibindo-os de vendê-los a membros de minorias raciais. Ainda assim, um dos proprietários alienou seu imóvel a um homem negro, de modo que os demais ajuizaram uma ação alegando afronta à convenção. A Suprema Corte decidiu que se o Judiciário interviesse dando razão à parte autora, coadunando com a convenção, estaria emprestando sua força e autoridade a uma discriminação contrária à sua própria Constituição (SARMENTO, GOMES, 2011, 65).

Imprescindível notar que os contornos de um ordenamento jurídico são o reflexo da cultura de seu povo; no caso em tela: o individualismo exarcebado estadunidense. Nos Estados Unidos, é patente que a *state action doctrine* não edificou *standards* mínimos de proteção aos direitos fundamentais nas

relações privadas, o que constitui uma ameaça constante à dignidade de seus indivíduos frente às opressões constantes.

2. A teoria da eficácia indireta ou mediata (*mittelbare, indirekte Drittwirkung)*

A teoria da eficácia indireta surgiu na Alemanha, pela doutrina de Günter Dürig, em sua obra *"Grundrechte und Zivilrechtsprechung"*, de 1956, tendo até hoje aceitação predominante pela Corte Constitucional daquele país. De acordo com essa corrente, os direitos fundamentais irradiam efeitos vinculativos *prima facie* sobre o legislador, que tem de tratar das relações privadas se baseando nos princípios materiais positivados na Constituição (CANOTILHO, 2003, 1286).

Assim, os direitos fundamentais não são considerados direitos subjetivos dos particulares, *i.e.*, não podem ser invocados diretamente da Constituição. Para Dürig, é possível os particulares renunciarem a direitos fundamentais no âmbito das relações privadas em razão da proteção constitucional da autonomia privada. O autor admite, porém, a necessidade de haver elos entre o Direito Privado e a Constituição, de modo a submeter aquele a valores fundamentais. Essa ligação, para ele, deve ser feita mediante cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados acolhidos pelo legislador (SARMENTO, GOMES, 2011, 67).

Aqueles que levantam a bandeira da teoria da eficácia indireta aduzem que os direitos fundamentais não são protegidos por instrumentos constitucionais, mas de Direito Privado. Assim, caberia à lei delimitar o "grau de cedência recíproca", nas palavras de Sarmento, entre cada um dos bens jurídicos em choque. Em relação aos conceitos indeterminados criados pelo legislador, caberia ao Judiciário integrá-los com fulcro nesses direitos.

Dentre os inúmeros casos da jurisprudência alemã que dão suporte a essa teoria, ganha destaque o "caso *Lüth*". A discussão foi travada em torno do boicote organizado por Erich Lüth, presidente do Clube de Imprensa de Hamburgo, em 1950, contra um filme dirigido por um cineasta que fora colabor do regime nazista, Veit Harlan. Inconformada com o boicote, a empresa distribuidora do filme levou o caso à Justiça Estadual de Hamburgo, que decidiu pela cessação do boicote com base no § 826 do BGB (*Bürgerliches Gesetzbuch* – Código Civil alemão), que prevê que quem causar danos intencionais a outrem, de maneira ofensiva aos bons constumes, fica obrigado a compensar o dano.

Lüth, todavia, valeu-se da reclamação constitucional (*Verfassungsbeschwerde*) e levou o caso ao Tribunal Constitucional. Em decisão final, o recurso foi acolhido, sob o argumento de que as cláusulas gerais de direito privado, como os "bons costumes", devem ser interpretadas à luz da ordem

de valores sobre a qual se assenta a Constituição, levando em consideração os direitos fundamentais (SARMENTO, GOMES, 2011, 69).

A essa teoria, surgiram diversas críticas. Em primeiro lugar, a hipertrofia do Direito Privado por valores constitucionais pode ampliar a indeterminação e a insegurança na aplicação das normas civis, comerciais e trabalhistas. Ademais, esse sistema obviamente não tutela integralmente os direitos fundamentais no plano privado, que se sujeita à vontade do Poder Legislativo[66].

Na doutrina brasileira, essa teoria não foi muito aceita, senão por alguns juristas com forte influência do direito constitucional alemão[67]. A esmagadora maioria dos juristas pátrios defende a aplicação direta e imediata dos direitos fundamentais, como será exposto no tópico a seguir, haja vista que a ordem jurídica brasileira é muito mais voltada a combater desigualdades sociais do que a alemã, dadas as condições socioculturais de cada país.

3. Teoria da eficácia direta ou imediata (*unmittelbare, direkte Drittwirkung)*

O jurista Hans Carl Nipperdey, nos idos de 1950, percebeu que, embora parte dos direitos fundamentais existentes na Constituição alemã vinculem somente o Estado, há aqueles que, por sua própria natureza, poderiam ser aplicados nas relações privadas, independentemente da mediação do legislador. Nesse sentido, afirma que os direitos fundamentais não são ameaçados somente pelo Estado, mas pelos poderes sociais e de terceiros em geral. Além disso, o reconhecimento de um Estado Social implica a extensão desses direitos às relações entre particulares (SARMENTO, GOMES, 2011, 71).

---

66 Dando seguimento às críticas, assinala CANOTILHO: "*Dizer, como faz Dürig, e, na sua senda, os defensores da teoria mediata, que as posições jurídico-subjectivas reconhecidas pelos direitos fundamentais e dirigidas contra o Estado não podem transferir-se, através de uma eficácia externa, de modo imediato e absoluto, para as relações cidadão-cidadão (melhor: particular-particular), embora se reconheça terem os direitos fundamentais força conformadora quer através da legislação civil e criminal quer através da interpretação das cláusulas gerais do direito civil susceptíveis ou carecidas de preenchimento valorativo (wertausfüllungsfähige und wertausfüllungsbedürftige Generalklauseln), parece-nos uma conclusão quase evidente que não responde, como demonstrou Leisner, ao verdadeiro problema da eficácia dos direitos fundamentais em relação a entidades privadas. Também não resolve o problema a ideia que, partindo do caráter jurídico-objectivo das garantias dos direitos fundamentais, prefere situar a questão, não no plano de uma eficácia directa dos direitos nas relações cidadão-cidadão, mas no plano da congruência ou conformidade normativa jurídico-objectiva entre as normas consagradoras dos direitos fundamentais e as normas do direito civil. Isto supõe a existência de dois ordenamentos autónomos e horizontais, quando a ordem jurídica civil não pode deixar de compreender-se dentro da ordem constitucional: o direito civil não é matéria extraconstitucional, é matéria constitucional*" (CANOTILHO, 2003, 1288).

67 Nesse sentido, vale também analisar: HECK (1999, 111-125); DIOULIS, MARTINS (2007, 104-115).

Ainda que minoritariamente aceita na Alemanha, essa corrente ganhou destaque em países como Espanha, Itália, África do Sul e Portugal (neste, vale dizer, há menção expressa na constituição afirmando a eficácia horizontal direta dos direitos fundamentais)[68].

Fiel à corrente da aplicação imediata, Canotilho ressalta que a complexidade de funções dos direitos fundamentais requer soluções diferenciadas e adequadas, analisando-se caso a caso[69]. Nas palavras de Gomes Canotilho:

> "os direitos, liberdades e garantias e direitos de natureza análoga aplicam-se obrigatória e directamente no comércio jurídico entre entidades privadas (individuais ou colectivas). Teriam, pois, uma eficácia absoluta, podendo os indivíduos, sem qualquer necessidade de mediação concretizadora dos poderes públicos, fazer apelo aos direitos, liberdades e garantias" (CANOTILHO, 2003, 1286-1287).

Analisando a posição dos doutrinadores brasileiros, nota-se um apoio maciço à teoria da eficácia direta. Info Wolfgang Sarlet, nesse sentido, reconhece que a incidência dependerá, em cada caso, de uma ponderação entre o direito fundamental em tela e a autonomia privada. Note-se:

> A propósito, verifica-se que a doutrina tende a reconduzir o desenvolvimento da noção de uma vinculação também dos particulares aos direitos fundamentais ao reconhecimento da sua dimensão objetiva, deixando de considerá-los meros direitos subjetivos do indivíduo perante o Estado. Há de acolher a lição de Vieira de Andrade, quando destaca os dois principais e concorrentes da problemática, quais sejam, a constatação de que os direitos fundamentais, na qualidade de princípios constitucionais e por força do princípio da unidade do ordenamento jurídico, se aplicam relativamente a toda a ordem jurídica, inclusive privada, bem como a necessidade de se protegerem os particulares também contra atos atentatórios aos direitos fundamentais provindos de outros indivíduos ou entidades particulares (SARLET, 2007, 338-339).

---

68 Art. 18ª, 1., da Constituição da República Portuguesa, prevê: "Os preceitos constitucionais respeitantes aos direitos, liberdades e garantias são directamente aplicáveis e vinculam as entidades públicas e privadas".

69 Buscando uma metódica de diferenciação para os casos de aplicação dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, CANOTILHO apresenta cinco grupos de aplicações: (i) eficácia horizontal expressamente consagrada na Constituição, em que os particulares podem apelar diretamente aos preceitos constitucionais; (ii) eficácia horizontal através da mediação do legislador no âmbito da ordem jurídica privada, que vincula o "legislador da ordem jurídica privada" a aplicar e cumprir as normas fundamentais; (iii) eficácia horizontal e mediação do juiz, que trata de uma concretização de bens jurídicos constitucionalmente protegidos através de normas de decisão judiciais; (iv) poderes privados e eficácia horizontal, estabelecendo que os direitos, liberdades e garantias protegem os cidadãos também contra os complexos sociais de poder, em que há desigualdade entre as partes, de modo que as leis e os tribunais devem estabelecer normas (de conduta e de decisão) que cumpram a função de proteção; e (v) o núcleo irredutível da autonomia pessoal, que traz decisões diferenciadas para cada caso concreto, de forma justa, sem desprezar os valores fundamentais, não dando lugar à "dupla ética", que pode ser exemplificada quando se proíbe a exigência de testes de gravidez para ingresso em emprego público, sob argumento de violação de direitos fundamentais, e se toleram os mesmos testes nas empresas privadas, sob a luz da autonomia empresarial (CANOTILHO, 2003, 1290–1294).

Nesse sentido, Gustavo Tepedino assevera que a cláusula geral da dignidade da pessoa humana é valor máximo do nosso ordenamento pátrio, sendo o principal instrumento de tutela da pessoa nas relações entre particulares. Nessa toada, frise-se:

> A dignidade da pessoa humana constitui cláusula geral, remodeladora das estruturas e da dogmática do Direito Civil brasileiro.Opera a funcionalização das situações jurídicas patrimoniais às existenciais, realizando assim processo de verdadeira inclusão social com a ascensão à realidade normativa dos interesses coletivos, direitos de personalidade e renovadas situações jurídicas existenciais, desprovidas de titularidades patrimoniais, independentemente destas ou mesmo em detrimento destas. Se o direito é uma realidade cultural, o que parece hoje fora de dúvida, é a pessoa humana, na experiência brasileira, quem se encontra no ápice do ordenamento, devendo a ela se submeter o legislador ordinário, o intérprete e o magistrado [...]" (TEPEDINO, 2006, 342).

Luís Roberto Barroso, por sua vez, ao endossar a teoria da eficácia direta, também dá relevo à necessidade de ponderação entre o direito fundamental em questão e a autonomia privada. Aduz, sobretudo, que devem ser levados em conta nesse processo: a igualdade ou desigualdade material; manifesta injustiça ou falta de razoabilidade de critério; preferência para valores existenciais sobre patrimoniais; e risco para a dignidade da pessoa humana (BARROSO, 2009, 370-371).

Para Gilmar Ferreira Mendes, os direitos fundamentais são direitos subjetivos e elementos fundamentais da ordem constitucional objetiva. Destarte, como direitos subjetivos, concedem aos seus titulares o direito de oposição não só em face dos órgãos obrigados, mas também dos particulares, determinando a abstenção de atos que impeçam a realização daqueles interesses legítimos do cidadão, ou, ainda, que venham a propiciar o pleno gozo e fruição dos mesmos (MENDES, 2007, 2-4).

Por fim, vale destaque a acertada posição de Virgílio Afonso da Silva, defendida em tese de livre-docência de Direito Constitucional na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Afirma o ilustre professor que se deve romper com a dicotomia entre efeitos diretos e indiretos, harmonizando-os. Assim, *a priori*, os efeitos dos direitos fundamentais nas relações privadas serão indiretos, mediante a atuação do legislador, mas, quando não for possível (por omissão ou insuficiência legislativa), os efeitos poderão ser diretos.

Em suma, resta clara a predominância da teoria da eficácia direta dentre os doutrinadores brasileiros. Importa salientar, todavia, que uma aplicação desmedida dos direitos fundamentais entre os particulares implicaria o efeito contrário ao pretendido. Sem um sistema de ponderação, a teoria da eficácia direta dá voz a uma ditadura dos direitos fundamentais, pondo em cheque a autonomia privada e comprometendo a busca pela justiça. Como fiel dessa balança necessária, aparece como peça-chave o princípio da proporcionalidade com todas suas particularidades.

III - O Princípio da Proporcionalidade e suas formas de aplicação

Ao adentrar no mundo principiológico, faz-se necessária uma breve explanação sobre as diferenças entre regras e princípios. Essa distinção, todavia, pressupõe que os direitos fundamentais tenham um suporte fático amplo, *i.e.*, que o âmbito de proteção desses direitos deve ser interpretado da forma mais ampla possível. Desse modo, não se admitem exclusões *a priori* do âmbito de proteção principiológico, de modo que qualquer ação, fato, estado ou posição jurídica que puder ser subsumido a um direito fundamental deve ser considerado, *prima facie*, protegido (SILVA, 2006, 23-51).

Valendo-se da teoria dos princípios de Robert Alexy, a principal diferença entre regras e princípios é a estrutura de direitos garantida por essas normas. As regras garantem direitos – ou impõem deveres – definitivos; os princípio estabelecem direitos – ou são impostos deveres - *prima facie.* Nas palavras de Virgílio Afonso da Silva:

> Isso significa que, se um direito é garantido por uma norma que tenha a estrutura de uma regra, esse direito é definitivo e deverá ser realizado totalmente, caso a regra seja aplicável ao caso concreto. É claro que regras podem ter – e quase sempre têm – exceções. Isso não altera o raciocínio, já que as exceções a uma regra devem ser tomadas como se fossem parte da própria regra excepcionada. (…) No caso dos princípios, não se pode falar em realização sempre total daqui que a norma exige. Ao contrário: em geral, essa realização é apenas parcial. Isso, porque, no caso dos princípios, há uma diferença entre aquilo que é garantido (ou imposto) prima facie e aquilo que é garantido (ou imposto) definitivamente (SILVA, 2006, 27).

Para encerrar o breve esboço sobre a teoria dos princípios, é importante reforçar a posição de Alexy, ao definir os princípios como "mandados de otimização". Assim, essa espécie normativa exige que algo seja realizado na maior medida possível diante das possibilidades fáticas e jurídicas existentes. Enquanto a regra é aplicada ou não é, os princípios possuem vários graus de aplicação. Por isso, quando se trata de formas de aplicações normativas, há a subsunção, para as regras, e o sopesamento, para os princípios. Para fazer esse sopesamento entre princípios, vale-se do princípio da proporcionalidade.

Inicialmente, o princípio da proporcionalidade surgiu como instrumento judicial de controle dos atos do poder público, para evitar que os meios utilizados não ceifem os direitos fundamentais excessivamente para atingir determinados fins. Nesse sentido, Gomes Canotilho emprega a expressão "princípio da proibição do excesso".

Adepto do sistema germânico, o notável jurista português o divide em três subprincípios: (i) princípio da conformidade ou adequação dos meios (*Geeignetheit*); (ii) princípio da exigibilidade ou

da necessidade (*Erforderlichkeit*); e (iii) princípio da proporcionalidade em sentido restrito (*Verhältnismässigkeit*).

Por adequação, entende-se que a medida adotada para a realização do interesse público deve ser apropriada à prossecução do fim a ele subjacente. Deve analisar-se a idoneidade da medida para a busca desse fim, haja vista que não é cabível a restrição de direito se ela não contribuir para a promoção de outro direito ou interesse geral. Segundo o subprincípio da necessidade, é imperioso concluir que a medida adotada não pode ser substituída por uma outra igualmente eficaz, mas menos gravosa (nas palavras de Alexy, "mandato do meio mais benigno"). Por fim, a proporcionalidade em sentido restrito, ou "princípio da justa medida", prevê uma avaliação para concluir se a medida não é demasiadamente gravosa em relação à vantagem a ser obtida com seu resultado (para Alexy, "mandato da ponderação")(SILVA, 2013, 6).

Há várias críticas sobre essa divisão tríplice do princípio e suas formas de aplicação, porém a economia necessária de um escrito desta natureza não permite abordá-las aprofundadamente[70]. Imprescindível ressaltar, no contexto de conflito de direitos fundamentais entre particulares, o dilema da necessidade.

Gomes Canotilho asserta, ainda que discorra no âmbito de conflitos Estado-particular, que o *espaço de livre conformação do legislador*, oriundo do princípio da legalidade democrática, torna sem sentido o teste da necessidade, restando ao controle judicial a apreciação da adequação e da proporcionalidade em sentido restrito (CANOTILHO, 2003, 270).

Embasado pelo pensamento do alemão Hesse, Vieira de Andrade sugere uma substituição do teste de necessidade pelo teste da razoabilidade, considerando aceitáveis medidas de variados graus de restrição, contanto que todas se encontrem dentro dos "limites da razoabilidade exigível". Por fim, Reis Novais propõe uma complementação do teste da proporcionalidade em sentido restrito com o teste da razoabilidade, de modo que o núcleo essencial das medidas não se limite à dignidade da pessoa humana, mas englobe, também, a razoabilidade (apreciação da gravidade qualitativa e quantitativa da medida face à tolerabilidade da limitação da liberdade da autonomia pessoal). Ademais, soma-se a isso o teste da determinabilidade, que impõe um grau de concretização e densidade para as normas que adotam medidas restritivas que limitam ao máximo o respectivo espaço de realização (SILVA, 2013, 9-10).

Transportando a discussão para a problemática da eficácia horizontal, Virgílio Afonso da Silva, em análise crítica à obra de Wilson Steinmetz – "*A vinculação dos particulares a direitos fundamentais" -,* aduz que Steinmetz desenvolve quatro diferentes precedentes *prima facie*:

---

70 Para uma abordagem mais detida sobre o tema, SILVA (2013), *O tetralemma do controlo judicial da proporcionalidade no contexto da universalização do princípio: adequação, necessidade, ponderação e razoabilidade.*.

> 1. Em uma relação contratual de particulares em situação (ou sob condições) de igualdade fática, há uma precedência prima facie do direito fundamental individual de conteúdo pessoal ante o princípio da autonomia privada.
>
> 2. Em uma relação contratual de particulares em situação (ou sob condições) de desigualdade fática, há uma precedência prima facie do direito fundamental individual de conteúdo pessoal ante o princípio da autonomia privada.
>
> 3. Em uma relação contratual de particulares em situação (ou sob condições) de igualdade fática, há uma precedência prima facie do princípio da autonomia privada ante o direito fundamental individual de conteúdo patrimonial.
>
> *4*. Em uma relação contratual de particulares em situação (ou sob condições) de desigualdade fática, há uma precedência prima facie do direito fundamental individual de conteúdo patrimonial ante o princípio da autonomia privada.

Afonso da Silva atenta, todavia, à dificuldade de transportar o "teste de necessidade" para as situações de conflito entre direitos fundamentais e autonomia privada. Nesse sentido, assevera o autor:

> (…) exigir que particulares adotem, nos casos de restrição a direitos fundamentais, apenas medidas estritamente necessárias – ou seja, menos gravosas – para o atingimento dos fins perseguidos nada mais é do que retirar-lhes a autonomia de livremente dispor sobre os termos de seus contratos. Em outras palavras: exigir a obediência à regra da necessidade não é uma forma de solução da colisão entre direito fundamental e autonomia privada, já que essa autonomia estará necessariamente comprometida pelas próprias exigências dessa regra. Se aos particulares não resta outra solução que não a adoção das medidas estritamente necessárias, não se pode mais falar em autonomia (SILVA , 2005, 178-179).

Ainda que com muitas ressalvas e especificidades, o princípio da proporcionalidade é uma arma contundente à disposição de quem se propõe a analisar um conflito de direitos fundamentais entre particulares. Não é sem motivo que tal princípio é largamene utilizado pelos tribunais não só no Brasil, mas no mundo, não obstante a falta de critérios e a superficialidade com que, por vezes, é tratado.

Após breves pinceladas propedêuticas sobre eficácia horizontal e o princípio da proporcionalidade – como pede a brevidade deste artigo -, cabe reduzir o campo de abordagem para as relações do trabalho.

IV - Os direitos fundamentais e as relações de trabalho

1. O caso *Viking*

Rosella ou *International Transport Workers Federation* ("ITF") *v Viking Line ABP* ("Viking") é um caso emblemático do juslaboralismo europeu, em que se estabeleceu um direito

positivo à greve; todavia, ao mesmo tempo, determinou-se que esse direito deve ser exercido e sujeitado a uma motivação, em razão da afronta à liberdade de estabelecimento provida pelo Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia.

A Viking é uma empresa finlandesa que realiza transportes por *ferryboats*. Dentre eles, o *Rosella* é o navio que realiza, sob pavilhão finlandês, o transporte entre Estônia e Finlândia. Toda a tripulação do *Rosella* está filiada ao Finnish Seamen's Union (FSU), sindicato finlandês de trabalhadores marítimos, que, por sua vez, é filiado à ITF, uma federação internacional de sindicato dos trabalhadores do setor de transportes, sediada em Londres.

Tendo em vista a discrepância das realidades sociais filandesa e estoniana, a Viking decidiu que a melhor solução seria registrar o navio sob a bandeira estoniana ou norueguesa, no desiderato de pagar menores salários aos trabalhadores. Isso se deve, principalmente, ao fato de que o *Rosella* estava com sua exploração deficitária em razão da concorrência com navios estonianos que realizavam a mesma conexão.

A ITF possui a luta contra os "pavilhões de conveniência" como uma de suas mais importantes políticas. Isso ocorre quando a propriedade efetiva e o controle do navio se encontrem em um Estado distinto do Estado do pavilhão sob o qual o navio está matriculado. É neste sentido que se direciona a atuação da ITF: para proteger e melhorar as condições de trabalho das tripulações e para reforçar o vínculo entre a nacionalidade do proprietário e o pavilhão do navio. Para isso, a ITF atua mediante boicotes e outras ações solidárias entre os trabalhadores.

A Viking informou suas intenções ao FSU e à tripulação do *Rosella*, que obviamente se opuseram a tais mudanças. Com isso, o FSU manifestou sua indignação à ITF, pedindo que ela enviasse a todos os sindicatos um comunicado incentivando a não negociação com a Viking.

Em sua defesa, a empresa ajuizou uma ação perante a *High Court of Justice, Queen's Bench Division (Commercial Court of United Kingdom)*, pleiteando (i) que a ação da ITF e do FSU fosse declarada incompatível com o artigo 49º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia[71], (ii) que fosse determinada a revogação da circular da ITF incitando o boicote à empresa e (iii) que o FSU se abstesse de colocar entraves aos direitos que a Viking goza ao abrigo do direito comunitário. Em junho de 2005, a corte deu razão à autora, entendendo que a ação coletiva e a ameaça de ação coletiva

71 Artigo 49º No âmbito das disposições seguintes, são proibidas as restrições à liberdade de estabelecimento dos nacionais de um Estado-membro no território de outro Estado-membro. Esta proibição abrangerá igualmente as restrições à constituição de agências, sucursais ou filiais pelos nacionais de um Estado-membro estabelecidos no território de outro Estado-membro. A liberdade de estabelecimento compreende tanto o acesso às atividades não assalariadas e o seu exercício, como a constituição e a gestão de empresas e designadamente de sociedades, na acepção do segundo parágrafo do artigo 54º, nas condições definidas pela legislação do país de estabelecimento para os seus próprios nacionais, sem prejuízo do disposto no capítulo relativo aos capitais.

da ITF e do FSU iam de encontro à liberdade de estabelecimento prevista no artigo 49º do TFUE e, subsidiariamente, afrontavam ilegalmente a livre circulação de serviços.

A ITF e o FSU, inconformadas com a decisão, interpuseram recurso, questionando se a intenção do TFUE é proibir uma ação sindical se esta buscar impedir um empregador de, por razões puramente econômicas, utilizar a liberdade de estabelecimento. O Tribunal de Justiça da União Europeia asseverou que ações coletivas como as do caso em tela estão em desconformidade com o artigo 49º, pois buscam induzir uma empresa a celebrar uma convenção coletiva de trabalho com um sindicato estabelecido nesse Estado e a aplicar as cláusulas previstas nessa convenção a trabalhadores de uma filial da mesma empresa estabelecida em outro. A imposição de restrições desse patamar, em princípio, podem ocorrer, desde que sustentadas por uma razão que atina ao interesse geral e que se garanta sua aptidão para a realizão do objetivo prosseguido, não restringindo mais do que o necessário para tanto.

2. O caso *Laval*

No que se refere à horizontalidade dos direitos fundamentais, *Laval Un Partneri Ltd ("Laval") v Svenska Byggnadsarbetareförbundet* (Proc. C-341/05) é um caso paradigmático do juslaboralismo europeu. Entre maio e dezembro de 2004, a Laval – empresa com sede em Riga, na Letônia – enviou trinta e cinco trabalhadores para a Suécia, para a realização de obras em um estabelecimento escolar em Voxholm, em nome da empresa *L&P Baltic Bygg AB* ("Baltic"), sociedade de direito sueco cujo capital era 100% detido pela Laval até o fim de 2003.

Em 2004, a Laval assinou convenções coletivas com o sindicato letão dos trabalhadores de construção. Não havia, assim, nenhum vínculo de contratação coletiva com o Byggnads, a Byggettan ou o Elektrikerna (sindicatos suecos do setor). A questão era que os trabalhadores letões recebiam muito menos do que seus similares suecos. Por isso, o sindicato sueco de trabalhadores da construção civil pediu à Laval que aderisse à convenção coletiva vigente e, ainda, garantisse uma remuneração horária de 145 SEK (aproximadamente 16 euros – o que recebia, em média, um trabalhador do setor da construção civil na região de Estocolmo à época). A Laval opôs-se a tais termos e a negociação fracassou.

O Byggnads, a pedido da Byggettan, encabeçou uma ação coletiva em repressão à conduta da Laval, de modo que, em outubro de 2004, foi depositado um pré-aviso e a obra em Voxholm foi bloqueada em 2 de novembro do mesmo ano. Com isso, impediram entregas de mercadorias, realizaram piquetes de greve, além não permitirem a entrada de trabalhadores letões e de veículos na obra. Após a Laval requerer ajuda das forças policiais, foi informada que, tendo em vista que a ação

coletiva estava em consonância com o ordenamento jurídico sueco, a polícia não poderia intervir. Mesmo após os trabalhadores retornarem à Letônia, em solidariedade, outros sindicatos anunciaram um boicote a todas as obras da Laval na Suécia. Em fevereiro de 2005, o contrato com a Baltic foi rescindido pela cidade de Voxholm e, em março do mesmo ano, a empresa foi à falência.

Após, Laval ajuizou uma ação no Tribunal do Trabalho sueco (*Arbetsdomstolen*), em desfavor do Byggnads, da Byggettan e do Elektrikerna, requerendo fosse considerada a ação de solidariedade ilegal, devendo ser determinada a cessão do boicote a todas as obras da empresa na Suécia. Além disso, pleitou que os sindicatos indenizassem os prejuídos sofridos. Em abril de 2005, o *Arbetsdomstolen* suspendeu o julgamento e enviou o caso ao Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias.

A decisão do TJCE, em consonância com o caso *ITWF v Viking Lines ABP*, foi no sentido de que o direito de valer-se de ação coletiva, a fim de proteger os trabalhadores do estado de acolhimento de um *dumping* social, pode constituir uma situação de legítimo interesse público, o que justificaria afrontar a livre circulação de serviços na União Europeia. No entendimento do Tribunal, todavia, não era esse o caso. Em suma, decidiu o TJCE o seguinte:

(i) o artigo 3(7), da Diretiva 96/71/CE, não pode ser interpretado como uma permissão ao Estado de acolhimento para que condicione a prestação de serviços em seu território à observância de condições de trabalho que vão além das regras imperativas de proteção mínima. Nesse sentido, o artigo 3(1)[72], alíneas (a) a (g), arrola expressamente o grau de proteção estabelecido para trabalhadores destacados e que interpretar o artigo de outra forma seria tornar a diretiva ineficaz;

(ii) sem prejuízo de as empresas assinarem, por vontade própria, um acordo coletivo de trabalho

72 Artigo 3º (Condições de trabalho e emprego)

1. Os Estados-membros providenciarão no sentido de que, independentemente da lei aplicável à relação de trabalho, as empresas referidas no nº 1 do artigo 1º garantam aos trabalhadores destacados no seu território as condiçoes de trabalho e de emprego relativas às matérias adiante referidas que, no território do Estado-membro onde o trabalho for executado, sejam fixadas: - por disposições legislativas, regulamentares ou administrativas e/ou - por convenções coletivas ou decisões arbitrais declaradas de aplicação geral na acepção nº 8, na medida em que digam respeito às atividades referidas no anexo: (a) períodos máximos de trabalho e períodos mínimos de descanso; (b) duração mínima das férias anuais remuneradas; (c) remunerações salariais mínimas, incluindo as bonificações relativas a horas extraordinárias; a presente alínea não se aplica aos regimes complementares voluntários de reforma; (d) condições de disponibilização dos trabalhadores, nomeadamente por empresas de trabalho temporário; (e) segurança, saúde e higiene no trabalho; (f) medidas de proteção aplicáveis às condições de trabalho e emprego das mulheres grávidas e de puérperas, das crianças e dos jovens; e (g) igualdade de tratamento entre homens e mulheres, bem como outras diposições em materia de não discriminação.

(…)

7. O disposto nos nºs 1 a 6 não obsta à aplicação de condições de emprego e trabalho mais favoráveis aos trabalhadores.

no Estado-membro de acolhimento, principalmente no contexto do seu próprio pessoal deslocado para lá, cujos termos podem ser mais favoráveis aos trabalhadores, o nível de proteção aos trabalhadores destacados é limitado, até segunda ordem, à previsão do artigo 3 (1) da Diretiva 96/71/CE, a não ser que a lei ou eventuais acordos coletivos no Estado-membro de origem já garantam condições mais favoráveis;

(iii) que a ação coletiva em questão não se justifica sob o argumento de respeito ao interesse público, de modo que não é viável permitir que uma organização sindical possa tentar obrigar, mediante o bloqueio de obras, uma empresa sediada em outro Estado-membro a realizar negociações salariais e a aderir a uma convenção coletiva cujas cláusulas estipulam, para certos tópicos, condições mais favoráveis do que as previstas na Diretiva supracitada.

Com o aval do TJCE, o Tribunal do Trabalho da Suécia condenou os dois sindicatos a pagar cerca de € 65,700 a Laval, em razão dos prejuízos causados pela ação coletiva. Como era esperado, essa decisão gerou muita polêmica entre os juslaboralistas e os defensores dos direitos humanos.

3. Por que os casos Viking e Laval são um problema?

Em um contexto comunitário europeu, os precedentes criados pelos casos Viking e Laval são extremamente prejudiciais aos sindicatos, haja vista terem ceifado a fundamental liberdade de realizar ações coletivas em âmbito transnacional. Ao mesmo tempo em que essas decisões reconheceram de forma pioneira que o direito à realização de ação coletiva, incluindo o direito à greve, integra a lei comunitária, as restrições impostas pela corte impossibilitaram esse direito de ser exercido na prática.

No caso Viking, o Tribunal de Justiça da União Europeia demosntrou ter um entendimento precário dos princípios que norteiam a Convenção nº 87, da OIT, ao dispor que o direito à greve está submetido à restrições tão incisivas, como, *v.g.*, a ação coletiva só poderia ocorrer em casos excepcionais, como prevê o parágrafo 81 do julgado:

> *"No que se refere à ação coletiva promovida pela FSU, ainda que esse ação – que visou a proteção de postos de trabalho e condições de emprego dos membros daquele sindicado responsável por ser adversativamente afetado pelo rebandeiramento do Rosella – possa ser considerada, à primeira vista, como uma ação que busca proteger os direitos dos trabalhadores, essa visão não se sustenta se se estabelecer que os postos e as condições de trabalho em questão não foram prejudicadas ou estao sob fortes ameaças".* (tradução livre)

Além disso, a Corte asseverou que, ainda que a ação se encaixasse em um desses casos excepcionais, ela só seria legalmente possível se fosse necessária e adequada. Nesse sentido, o parágrafo 84 prevê:

> *"se os postos e as condições de trabalho dos membros do FSU estão, de fato, os prejudicando ou colocando sob grave ameaça, então seria necessário assertar se a ação coletiva proposta pelo FSU é capaz de garantir o objetivo almejado e se ela não vai além do necessario para isso"*[73].(tradução livre)

Por fim, restou decidido que os sindicatos deveriam exaurir todos os demais meios para resolver a situação antes de valer-se do direito de greve. Nesse sentido, asserta o parágrafo 87:

> *"se a ação coletiva em questão nos principais procedimentos vai alem do necessário para atingir os objetivos ou não cabe à corte examinar, particularmente, por um lado, se, sob o ordenamento jurídico pátrio and os acordos coletivos aplicáveis, FSU não teria outros meios ao seu dispor que seria menos restritivos à liberdade de estabelecimento para atingir o mesmo objetivo; e se aquele sindicato buscou exaurir todos os meios alternativos para tal ação*[74]*"*. (tradução livre)

No caso Laval, a Corte entendeu que a ação coletiva realizada pelos sindicatos suecos, no sentido de forçar a empresa da Letônia a pagar a seus trabalhadores valores parelhos aos pagos a trabalhadores suecos, determinados por um acordo coletivo realizado entre os empregados letoniados que trabalham em localidades suecas, pode ser contrária às norma da união europeia, caso não estejam em consonância com o artigo 56 do TFUE.

Com efeito, restou decidido que, nos casos em que a lei interna do país não exija que o empregador esteja de acordo com um salário mínimo estatutário ou com acordos coletivos aplicados universalmente, o sindicato não poderá promover uma ação coletiva em desfavor do empregador em busca de garantir o cumprimento do acordo coletivo; que, onde a lei interna exige que o empregador respeite o salário mínimo estatutário, mas não haja acordos coletivos universalmente aplicáveis, não restou muito claro se é (ou não) possível que o sindicato se valha da ação coletiva para pleitar que o empregador pague salários acima daqueles determinados pelo estatuto; e que, onde a lei interna exige que o empregador cumpra com os acordos coletivos universalmente aplicáveis, não está claro se é

---

73 *"if the jobs or conditions of employment of the FSU's members liable to be adversely affected by the reflagging of the* Rosella *are in fact jeopardising or under serious threat, it would then have to ascertain whether the collective action initiate by FSU is suitable for ensuring the achievement of the objective pursued and does not go beyond what is necessary to attain that objective"*

74 *"whether or not the collective action at issue in the main proceedings goes beyond what is necessary to achieve the objective pursued, it is for the national court to examine, in particular, on the one hand, whether, under the national rules and collective agreement law applicable to that action, FSU did not have other means at its disposal which were less restrictive of freedom of establishment in order to bring to a successful other, whether that trade union had exhausted those means before initiating such action."*

possível que o sidicato promova a ação coletiva para exigir que o empregador cumpra alguns direitos que estejam fora da lista daqueles previstos no artigo 3 da Diretiva 96/71/EC.

4. A realidade brasileira

No Brasil, é notório o caráter eminentemente protecionista do direito laboral. Não bastasse a desigualdade social aguda existente no país - e o reflexo amargo irradiado nas relações socioculturais de trabalho, o vínculo empregador-trabalhador retrata, por si só, o opressor e o oprimido. Independentemente de condições financeiras, técnicas ou quaisquer outras, na relação laboral, o obreiro nunca se encontra em pé de igualdade com o empregador, pela própria característica da relação empregatícia, que supõe a subordinação jurídica. Nesse sentido, não há que se pensar em outra seara em que se note mais claramente a importância da eficácia horizontal dos direitos humanos.

A questão da autonomia de vontade no contrato de trabalho é muito peculiar. Se a ideia tradicional de contrato é um acordo entre as partes que, teoricamente, estão no mesmo patamar para barganhar seus termos, isso não se aplica ao juslaboralismo. Em regra, os pontos-chave analisados pelo trabalhador em um contrato de trabalho são a remuneração e a jornada de trabalho. Frise-se que raramente isso é negociável. Desse modo, não é exagero afirmar que o contrato de trabalho aproxima-se muito de um contrato de adesão.

Essa falta de paridade implica uma sujeição do trabalhador a situações que, por vezes, não estão de acordo com o que Maurício Godinho Delgado chama de "patamar civilizatório mínimo". Essas condições mínimas de trabalho são o *standard* que se busca para que se haja um respeito à famigerada dignidade da pessoa humana.

Ainda que o legislador tenha dado passos largos no desiderato de tentar reequilibrar essa relação – tem-se, aqui, a eficácia horizontal indireta -, a dinamicidade e a complexidade das relações sociais mostram que isso, por si só, não foi suficiente. Surge, então, a necessidade de reafirmar a vontade constitucional de fortalecer a parte hipossuficiente, para que se busque uma equipotência na relação laboral. Isso se dá por meio da análise dos direitos fundamentais em choque.

No Brasil, o Supremo Tribunal Federal manifestou-se acatando a eficácia horizontal dos direitos fundamentais nas relações de trabalho no Recurso Extraordinário nº 161243-6/DF. O caso trata de uma empresa aérea francesa que se recusa a aplicar o mesmo regulamento a empregados brasileiros e francesas. Eis a ementa:

> "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 intrínsica ou extrínseca ao indivíduo, como o sexo, raça, a nacionalidade, o credo religioso etc é inconstitucional. Precedente do STF: Ag 110.846 (AgRg) – PR, Célio Borja, RTJ 119/65.

III. Fatores que autorizariam a desigualdade não ocorrentes no caso.

IV. R.E. Conhecido e provido. (STF, RE-161243-6/DF, 2ª Turma, Rel. Min. Carlos Veloso, DJ 19.12.1997)

No caso narrado, estão em conflitos o direito à igualdade e a autonomia do empregador. A empresa adotou um comportamento discriminatório não justificado em relação aos empregados brasileiros. Assim, ao se fazer uma análise da gravidade da medida frente à prejudicialidade que ela traz, a decisão se torna simples. Em primeiro lugar, a medida não é legítima, ao fazer uma discriminação por motivos de nacionalidade buscando tão somente diminuir as despesas. Vale salientar que o objetivo principal da empresa é o lucro; assim, é claro que as decisões do empregador são voltadas a esse fim.

Ainda que ilegítima, cabe fazer uso do pricípio da proporcionalidade. Seria essa medida adequada? Obviamente, ao não estender o benefício aos empregados brasileiros, o custo diminui. Há outros meios menos gravosos para chegar a esse fim? Parece claro que sim, mas, como advogado por Virgílio Afonso da Silva e outros juristas, o teste da necessidade parece incoerente com a autonomia privada; assim, será desconsiderado. Por fim, pela proporcionalidade em sentido restrito, o resultado da medida tomada é positivo o suficiente para justificar os prejuízos por ela causados? Segundo os precedentes de Steinmetz, em uma situação em que há desigualdade – como é típico das relações laborais -, o direito fundamental pessoal (no caso, o direito de igualdade) deve prevalecer ante a autonomia privada; além disso, deve prevalecer ante a busca incessante pelo lucro.

Analisando um dos casos propostos no início do artigo, para fins de comprovação da funcionalidade do princípio em tela, é possível uma empresa contratar uma trabalhadora para realizar serviços de informática, condicionando a manutenção do contrato de trabalho à realização de um teste de gravidez no momento de admissão e a aceitar uma possível gravidez durante o contrato de trabalho como justa causa para despedimento?

Esse caso é complexo e possui vários direitos em conflito. Em primeiro lugar, analisar-se-á a exigência de teste de gravidez no momento da admissão. Encontram-se em conflito a autonomia privada do empregador e o direito à privacidade da trabalhadora. É de conhecimento geral que uma trabalhadora grávida implica diversos custos adicionais a uma empresa, por exemplo, a licença

maternidade, os intervalos intrajornadas para amamentação e até a garantia provisória de emprego. Assim, seria essa medida adequada, mais uma vez, à diminuição dos custos da empresa? Parece irrefutável que sim. Ao exigir o teste, o empregador evita contratar uma trabalhadora grávida que, em breve, receberá sua licença. Esse fim perseguido, de acordo com o "teste da justa medida", é razoável o bastante para justificar essa invasão à privacidade da trabalhadora? Novamente, o caso é de um valor patrimonial em face de um direito fundamental pessoal, intimamente ligado à dignidade da pessoa humana. Como já fora defendido que não há uma real autonomia entre as partes no contrato de trabalho, a desigualdade é eminente, devendo prevalecer o direito à intimidade.

No que tange à cláusula que admite a gravidez durante o contrato de trabalho como justa causa para despedimento, o conflito é entre a autonomia do empregador e um valor fundamental tão prezado pela Constituição: a família. Essa cláusula é uma forma de ceifar a liberdade e o direito à maternidade da trabalhadora. Em um contexto constucional que defende e nutre a família e os direitos fundamentais pessoais, é patente que essa determinação é totalmente incoerente. Aqui, o teste da proporcionalidade ocorre de maneira muito similar ao exemplo supracitado.

V – Considerações Finais

Com o caminhar do tempo, as relações entre particulares se mostram cada vez mais complexas, criativas e, consequentemente, interrogativas. A globalização, o avanço tecnológico, a criação de novos campos de atuação e a era digital contribuem para que a sociedade evolua a passos largos. É tarefa do Direito tentar acompanhar essas mudanças, regendo-as na medida do possível para controlar desigualdades e promover justiça. Uma das formas centrais para atingir esse fim é saber lidar com os direitos essenciais que compõem o *patamar civilizatório mínimo* ou ir um pouco mais além.

Os direitos fundamentais assim são denominados por um motivo. Foram aqueles escolhidos pelo legislador como normas basilares para manutenção da dignidade. Eles são direitos humanos selecionados para constar do ordenamento como baluartes jurídicos. Dessa forma, sempre que houver conflito dessas normas fundamentais, há de ser minucioso, de prestar a máxima atenção, haja vista que qualquer deslize jurídico implica nada menos que um ato de injustiça. Ainda que o assunto esteja em voga no mundo jurídico, é evidente que a complexidade do tema demanda uma perquirição ainda mais intensa.

Não é preciso ir longe para avistar desigualdade. Dada a realidade brasileira, basta se aquietar à janela por alguns segundos para que ela salte aos olhos. Levando em consideração o seu aspecto multifacetado, vem à tona uma área em que a desigualdade se estabeleceu há muito tempo: as relações

de trabalho. A relação empregador-obreiro é marcada por desequilíbrio de forças e injustiças. Não há, assim, campo mais claro para se trabalhar os direitos fundamentais e seus conflitos.

A eficácia horizontal dos direitos fundamentais está cada vez mais presente nas decisões dos tribunais brasileiros. Todavia, a falta de profundidade dada ao princípio da proporcionalidade ainda é um entrave para a busca de soluções mais justas, humanas e dignas. É inegável, assim, que os estudos sobre esse princípio ainda têm muito o que avançar – e o farão – com o empenho dos cientistas jurídicos.

Com efeito, este trabalho buscou dar os aspectos introdutórios de um tema tão relevante e atual no mundo jurídico. Em linhas gerais e com a brevidade requisitada pela natureza do artigo, elencaram-se alguns pontos fundamentais e controversos acerca do tema. Frise-se, por fim, que os direitos fundamentais devem ser tratados com o zelo e a parcimônia necessários, haja vista não estar se tratando de meros direitos acessórios, mas daquilo que a Constituição preza por excelência: dignidade, humanidade e justiça.

BIBLIOGRAFIA

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo.* São Paulo: Saraiva, 2009.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional.* 16ª edição. São Paulo: Malheiros, 2005.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição.* 7ª edição, 14ª reimpressão. Coimbra: Almedina, 2003.

EWING, Keith D. *The Draft Monti II Regulation: an inadequate response to Viking and Laval.* Liverpool: The Institute of Employment Rights, 2012.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional.* 3ª edição. São Paulo: Saraiva, 2007.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais*. 8ª edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

_____. *A eficácia dos direitos fundamentais.* 8ª edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas.* 2ª edição. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2006.

SARMENTO, Daniel; GOMES, Fábio Rodrigues. *A eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares: o caso das relações de trabalho*. In Revista do TST, vol. 77, nº4, out/dez 2011.

SILVA, Virgílio Afonso da. *A Constitucionalização do Direito: Os direitos fundamentais nas relações entre particulares*. São Paulo: Malheiros, 2005.

_____. *O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais*. RDE. Revista de Direito do Estado, v.4, p.23-51, 2006.

_____. *Direitos fundamentais e relações entre particulares.* Revista Direito GV, v.1, pp. 173-180, 2005.

SILVA, Suzana Tavares da. *Direitos Fundamentais na Arena Global.* Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra, 2011.

_____. *O tetralema do controlo judicial da proporcionalidade no contexto da universalização do princípio: adequação, necessidade, ponderação e razoabilidade*. Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2013.

TEPEDINO, Gustavo. *Do sujeito de direito à pessoa humana* in *Temas de Direito Civil – tomo II.* Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

WYATT, Derrick. *Horizontal Effect of Fundamental Freedoms and the Right to Equality after Viking and Mangold, and the Implications for Community Competence* in *Croatian Yearbook of European Law & Policy,* vol. 4, 2008; Oxford Legal Studies Research Paper n. 20/2008. (Disponível em <http://ssrn.com/abstract=1158490>, acessado em 4/6/2014>).

RECEBIDO EM: 29/12/2015
APROVADO EM: 31/03/2016