

**FÁBATA PEREIRA VAN RIJN**

**OS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES  
ENTRE PARTICULARES COM ÊNFASE NAS  
RELAÇÕES DE TRABALHO**

**Orientadora: Professora Doutora Carolina de Freitas e Silva**

**Universidade Lusófona - Centro Universitário de Lisboa**

**Faculdade de Direito**

**Lisboa  
2022**

**FÁBATA PEREIRA VAN RIJN**

**OS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES  
ENTRE PARTICULARES COM ÊNFASE NAS  
RELAÇÕES DE TRABALHO**

Dissertação defendida em provas públicas para a obtenção do Grau de Mestre em Direito no Curso de Mestrado em Direito-Ciências Jurídico-Forenses, conferido pela Universidade Lusófona, no dia 28 de Fevereiro de 2023 com o Despacho de Nomeação de Júri nº48/2022 com a seguinte composição de Júri:

Presidente - Professor Doutor José de Faria Costa

Arguente-Professor Doutor António Monteiro Fernandes

Orientadora: Professora Doutora Carolina de Freitas e Silva

**Universidade Lusófona - Centro Universitário de Lisboa**

**Faculdade de Direito**

**Lisboa  
2022**

*“O ser humano, para viver, precisa prover a sua subsistência. Para fazê-lo, depende do trabalho. Logo, o trabalho é um direito. É o direito que todo ser humano tem de converter a própria atividade em ganho de subsistência pessoal e familiar. O direito ao trabalho está relacionado com o direito à vida e à subsistência.”*

Amauri Mascaro Nascimento

Para Theodorus, meu grande amor.

E para meus filhos Samuel e Rebekka.

## **AGRADECIMENTOS**

A Deus pela minha saúde e de minha família e por me conceder a capacidade de resiliência, principalmente por ter executado o trabalho de dissertação em tempos difíceis de pandemia da Covid 19.

Ao meu marido Theodorus, que com amor e espírito solidário, apoiou os meus estudos e compreendeu a minha ausência durante o trabalho de investigação.

Aos meus filhos que são as minhas maiores riquezas e incentivo.

Aos meus pais que sempre me ensinaram a não desistir e seguir o caminho das pedras na procura do conhecimento.

A minha gentil orientadora, professora Carolina Freitas, pelo precioso direcionamento e acompanhamento, sempre muito paciente, criteriosa e disposta a dar o auxílio necessário para que o trabalho fosse desenvolvido.

À professora Larissa Matos que esteve sempre presente, mesmo à distância, e que teve um papel relevante nas minhas pesquisas e na elaboração da dissertação.

Às amigas Lílían, Caroline, Alanna e Brenna que fizeram parte da minha história em Portugal.

O presente trabalho foi redigido em português do Brasil, língua mãe da candidata.

## RESUMO

Os direitos fundamentais constituem os direitos positivados nas Constituições dos países e são considerados imprescindíveis para uma vida digna. As primeiras normas de direitos fundamentais, surgidas no período liberal tinham como escopo a restrição dos poderes ilimitados dos monarcas.

A necessidade de intervenção estatal nas relações entre particulares possibilitou o desenvolvimento da teoria da eficácia horizontal ou diagonal dos direitos fundamentais - esta última mais usual em um contexto de desequilíbrio entre as partes. Assim, as doutrinas dos países reconheceram o efeito irradiante dos direitos fundamentais nos ordenamentos jurídicos, fomentando o debate sobre a dimensão objetiva dos direitos fundamentais.

O presente trabalho tem por objeto analisar a forma de aplicação e os corolários da eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas com ênfase nas relações de trabalho. Três principais teorias disputam a hegemonia doutrinária e jurisprudencial: as teorias da eficácia direta ou imediata; da eficácia indireta ou mediata; e dos deveres de proteção do Estado.

Nas relações de trabalho, a discussão sobre a aplicabilidade dos direitos fundamentais é ainda mais intrigante, pois há uma assimetria de poder evidenciada pela sujeição do empregado no contrato de trabalho que restringe parte da autonomia e liberdade do obreiro.

**Palavras-chave:** Direitos Fundamentais, Direitos humanos, Dimensões dos direitos, Eficácia vertical e horizontal, Relações privadas, Relações de trabalho.

## ABSTRACT

Fundamental rights are the rights that are in the Constitutions of countries and are considered essential for a dignified life. The first norms of fundamental rights, arising in the liberal period, were scoped to restrict the unlimited powers of monarchs.

The need for state intervention in relations between individuals enabled the development of the theory of horizontal or diagonal efficacy of fundamental rights - the latter more usual in a context of imbalance. Thus, the doctrines of the countries recognized the radiant effect of fundamental rights in legal systems, fostering debate on the objective dimension of fundamental rights.

The present work aims to analyze the form of application and the results of the effectiveness of fundamental rights in private relations, with emphasis on labor relations. Three main theories dispute doctrinal and jurisprudential hegemony: theories of direct or immediate efficacy; indirect or mediata efficacy; and the duties of protection of the State.

In labor relations, the discussion about the applicability of fundamental rights is even more intriguing, because there is an asymmetry of power evidenced by the subjection of the employee in the employment contract that restricts part of the autonomy and freedom of the laborer.

**Keywords:** Fundamental Rights, Human Rights, Dimensions of Rights, Vertical and Horizontal Effectiveness, Private Relations, Labour relations.

## LISTA DE ABREVIATURAS

**Ac.** Acórdão

**ACT** Autoridade para as Condições de Trabalho

**al.** alínea

**art.** artigo

**CC** Código Civil

**Cciv.** Código Civil

**CE** Comissão Europeia

**CEE** Comunidade Económica Europeia

**CFB** Constituição Federativa do Brasil

**Cfr.** conforme

**Cj** Coletânea de jurisprudência

**CLT** Consolidação das Leis do Trabalho

**CP** Código Penal

**CPC** Código do Processo Civil

**CRFB** Constituição da República Federativa do Brasil

**CRP** Constituição da República Portuguesa

**CT** Código do Trabalho

**DL** Decreto-Lei

**DUDH** Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão

**ed.** edição

**ET** Estatuto de los Trabajadores (Espanha), contido na Lei 8/1980, de 10 de Março.

**EU** European Union

**EUA** Estados Unidos da América

**L.** Lei

**n.º** número

**NTIC** Novas Tecnologias de Informação e Comunicação

**OIT** Organização Internacional do Trabalho

**ONU** Organização das Nações Unidas

**p.** página

**Proc.** processo

**sec.** século

**STF** Supremo Tribunal Federal

**STJ** Supremo Tribunal de Justiça

**TC** Tribunal Constitucional

**TRL** Tribunal da Relação de Lisboa

**UE** União Europeia

**Vol.** volume

## ÍNDICE

|                                                                                                                                                                   |            |
|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|------------|
| <b>INTRODUÇÃO.....</b>                                                                                                                                            | <b>1</b>   |
| <b>1. OS DIREITOS FUNDAMENTAIS.....</b>                                                                                                                           | <b>5</b>   |
| 1.1 Conceito, características e importância dos direitos fundamentais .....                                                                                       | 7          |
| 1.2 Enquadramento histórico.....                                                                                                                                  | 14         |
| 1.2.1 Aspectos da evolução do reconhecimento da fundamentalidade dos direitos no mundo Ocidental .....                                                            | 14         |
| 1.2.2 Do poder centralizado ao Estado Social .....                                                                                                                | 17         |
| 1.2.3 Os direitos fundamentais nos séculos XX e XXI.....                                                                                                          | 26         |
| 1.2.4 A Teoria das gerações ou dimensões dos direitos fundamentais – uma análise crítica.....                                                                     | 28         |
| 1.3 Os direitos fundamentais nas Constituições portuguesa e brasileira .....                                                                                      | 34         |
| <b>2. AS FUNÇÕES E DIMENSÕES DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.....</b>                                                                                                   | <b>44</b>  |
| 2.1 As funções dos direitos fundamentais.....                                                                                                                     | 44         |
| 2.2 As dimensões dos direitos fundamentais .....                                                                                                                  | 54         |
| 2.2.1 A dimensão subjetiva dos direitos fundamentais.....                                                                                                         | 56         |
| 2.2.2 A dimensão objetiva dos direitos fundamentais .....                                                                                                         | 59         |
| 2.2.3 Os efeitos práticos da dimensão objetiva dos direitos fundamentais .....                                                                                    | 62         |
| 2.3 O caso Lüth .....                                                                                                                                             | 71         |
| <b>3. A VINCULAÇÃO DOS PARTICULARES AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS ..</b>                                                                                              | <b>76</b>  |
| 3.1 O particular como destinatário dos direitos fundamentais.....                                                                                                 | 77         |
| 3.2 Locke, Hobbes e as relações vertical e horizontal.....                                                                                                        | 80         |
| 3.3 A eficácia dos direitos fundamentais.....                                                                                                                     | 82         |
| 3.3.1 As eficácias vertical, horizontal e diagonal dos direitos fundamentais.....                                                                                 | 84         |
| 3.4 As teorias sobre a eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares.....                                                                    | 92         |
| 3.4.1 Análise crítica das teorias .....                                                                                                                           | 110        |
| 3.5 A eficácia dos direitos fundamentais nos ordenamentos jurídicos português e brasileiro ..                                                                     | 120        |
| <b>4. UMA ABORDAGEM TEÓRICO – PRÁTICA SOBRE A EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES DE TRABALHO – ANÁLISE DO CONTEXTO ATUAL E ESTUDO DE CASOS .....</b> | <b>131</b> |
| 4.1. O Direito do Trabalho e as relações diagonais .....                                                                                                          | 131        |

|                                        |                                                                                                   |            |
|----------------------------------------|---------------------------------------------------------------------------------------------------|------------|
| 4.2.                                   | Os direitos fundamentais dos trabalhadores: específicos e inespecíficos.....                      | 134        |
| 4.3.                                   | Os Direitos Fundamentais do Trabalhador na Era Digital – avanços e retrocessos.....               | 138        |
| 4.4.                                   | Análise na jurisprudência da incidência dos direitos fundamentais nas relações de trabalho<br>141 |            |
| <b>CONCLUSÃO.....</b>                  |                                                                                                   | <b>167</b> |
| <b>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....</b> |                                                                                                   | <b>171</b> |

## INTRODUÇÃO

Os direitos fundamentais constituem os direitos positivados nas Constituições dos países e representam valores imprescindíveis para uma vida digna e para o convívio social. A relevância dessas normas também está relacionada com o fato de que elas são caracterizadas por um forte dinamismo responsável por grandes mudanças nas sociedades.<sup>1</sup>

No contexto liberal, havia uma eminente separação entre o Estado e a sociedade civil, bem como entre o direito público e o direito privado, e os direitos fundamentais eram instrumentos para conter os poderes ilimitados do monarca e na condição de direitos subjetivos públicos eram oponíveis somente ao Estado.<sup>2</sup>

Todavia, o mero reconhecimento formal das liberdades e a proclamação retórica da igualdade de todos perante a lei não foram capazes de assegurar uma vida digna. Após as Revoluções Francesa e Industrial, os poderes na sociedade intensificaram-se e a liberdade individual passou a sofrer ameaças provenientes das entidades privadas detentoras de poder social e econômico.<sup>3</sup> Nesse cenário marcado pela desigualdade, exigiu-se do Estado uma postura mais interventiva, voltada para a tutela e promoção dos direitos fundamentais com o objetivo de garantir as condições materiais mínimas para que as liberdades fossem efetivas. Esse intervencionismo estatal orientado para o cumprimento dos objetivos relativos a solidariedade e justiça social, deu, nesse contexto, ensejo à transição do Estado Liberal para o Estado Social.<sup>4</sup>

A par dos direitos de liberdade surgem os direitos sociais, econômicos, culturais, de exercício coletivo, entre outros, e os novos direitos passam a incidir nas relações entre os particulares, podendo ser opostos aos próprios indivíduos, ampliando o âmbito de eficácia dos direitos fundamentais.<sup>5</sup>

Assim, ao ente estatal passou a ser reconhecido o direito de intervir nas relações particulares a fim de promover benefícios sociais e econômicos aos indivíduos e meios

---

<sup>1</sup> Cfr. MARMELSTEIN, George. **Curso de Direitos fundamentais** – 5ª ed.- São Paulo: Atlas, 2014, p. XX.

<sup>2</sup> Cfr. SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 35.

<sup>3</sup> Cfr. ABRANTES, José João. **Direitos Fundamentais da Pessoa Humana no Trabalho** (Locais do Kindle 76-81). Almedina. Edição Kindle, 2014.

<sup>4</sup> Cfr. SARMENTO, **op. cit.**, 2004, p. 31-33.

<sup>5</sup> Cfr. CONTRERAS, Sérgio Gamonal. **Cidadania na Empresa e Eficácia Diagonal dos Direitos Fundamentais**. Trad. Jorge Alberto Araujo. São Paulo: LTr, 2011, p. 7.

eficazes de exercer os direitos, mesmo que essa intervenção restringisse a liberdade individual e repercutisse na liberdade contratual e na propriedade privada.<sup>6</sup>

Hodiernamente, a sociedade enfrenta novos obstáculos trazidos pelo neoliberalismo e as violações a direitos fundamentais provenientes de entes privados são uma constante na comunidade. A exclusão social é considerada ainda mais alarmante e um dos grandes desafios do mundo globalizado e tecnológico passa a ser a redução das desigualdades, pois só assim é possível garantir o gozo dos direitos fundamentais a todos os indivíduos.<sup>7</sup>

Portanto, um dos temas desafiantes na dogmática jurídica é o que trata da irradiação dos direitos fundamentais na ordem jurídica privada e do dever de proteção estatal. Nesse sentido, cumpre analisar a forma, o alcance e em que medida, no contexto social atual, os direitos fundamentais incidem nas relações entre os particulares, identificando os corolários dessa aplicação na casuística.

As relações privadas, apesar da aparente horizontalidade, podem revelar situações de sujeição e vulnerabilidade de uma das partes, como ocorre nas relações de trabalho. Contudo, nessa seara, vigora o princípio da autonomia privada, sendo tarefa do legislador ordinário estabelecer normas em conformidade com os direitos fundamentais.<sup>8</sup>

Portanto, é deveras importante estabelecer de que modo e de que forma a autonomia privada pode ser restringida pela eficácia horizontal dos direitos fundamentais no tráfego jurídico-privado e como são aplicadas as normas de direitos fundamentais na relação contratual entre empregador e empregado, tendo em vista que essa relação apresenta características peculiares.

O Direito do Trabalho internacionalizou-se e é considerado um dos ramos do Direito que mais sofre influências advindas das mudanças econômico-sociais, bem como das tecnológicas. A assimetria de poder encontrada nas relações laborais, torna a discussão ainda mais relevante no mundo globalizado que vivencia uma nova onda liberal.<sup>9</sup>

O tema da eficácia horizontal dos direitos fundamentais nas relações de trabalho é desse modo, atual e instigante, mormente no que diz respeito ao estudo de casos relativos à aplicabilidade dos direitos fundamentais nos conflitos que envolvem o monitoramento do local de trabalho, a revista dos pertences dos trabalhadores, o exame da possibilidade do controle da correspondência eletrônica por parte do empregador, a proteção dos dados do

---

<sup>6</sup> Cfr. ABRANTES, **op. cit.**, 2014, p. 85-88.

<sup>7</sup> Cfr. SARMENTO, **op. cit.**, 2004, p. 31-33.

<sup>8</sup> Cfr. CONTRERAS, **op. cit.**, 2011, p. 20.

<sup>9</sup> Cfr. MOREIRA, Teresa Coelho. **Direito do Trabalho na Era Digital**, Coimbra: Edições Almedina, 2021, p. 11-12.

trabalhador, o direito à desconexão, entre outros. Essas são algumas questões que serão abordadas no presente trabalho.

A proteção dos direitos fundamentais do trabalhador frente às inovações tecnológicas tornou-se uma tarefa árdua. Ao legislador cumpre dar respostas às novas necessidades dos empregadores e empregados, devendo manter os níveis de segurança nessas relações e salvaguardar a dignidade dos indivíduos.<sup>10</sup>

O presente trabalho objetiva analisar o tema dos direitos fundamentais desde a sua origem e fazer a abordagem da sua incidência nas relações entre particulares com ênfase nas relações de trabalho, buscando entender como é possível garantir a produção de efeitos dessas normas no âmbito da autonomia privada sem que a liberdade contratual seja aviltada e sem que a aplicabilidade horizontal das normas de direitos fundamentais transforme todos os conflitos privados em problemas de direitos fundamentais e de constitucionalidade.

O trabalho que ora se apresenta foi dividido em quatro partes.

No primeiro capítulo, serão abordados o conceito, as características e a importância dos direitos fundamentais, bem como a evolução dos direitos fundamentais e a positivação nas Constituições de Portugal e do Brasil. Com o escopo de situar o tema na realidade atual, optou-se por desenvolver uma breve retrospectiva histórica, não apenas sobre o objeto de estudo, mas também sobre as questões que lhe são subjacentes.

Em seguida, no segundo capítulo, serão apresentadas as funções e dimensões dos direitos fundamentais conforme a classificação reconhecida pela doutrina e jurisprudência nacional e estrangeira.

O terceiro capítulo versará sobre a vinculação dos particulares aos direitos fundamentais, com a análise das principais teorias sobre o tema da eficácia dessas normas nas relações entre particulares, teorias estas que disputam a hegemonia doutrinária e jurisprudencial. Também incidirá sobre os problemas que se revelam em casos concretos, bem como sobre a posição adotada pelo legislador constituinte português e brasileiro a respeito do tema.

No quarto e último capítulo, proceder-se-á à análise da eficácia dos direitos fundamentais nas relações laborais no mundo globalizado e tecnológico, apresentando o estudo de casos e as repercussões sociais, com ênfase nos ordenamentos jurídicos português e brasileiro.

---

<sup>10</sup> Cfr. MOREIRA, **op. cit.**, 2021, p. 11-12.

A execução do trabalho será feita através da pesquisa bibliográfica e documental nacional e estrangeira de modo a proporcionar o tratamento do tema de forma mais abrangente, através da comparação de estudos de diversos autores e das jurisprudências de tribunais.

## 1. OS DIREITOS FUNDAMENTAIS

A dignidade da pessoa humana, por razões históricas, passa a ser protegida nos textos internacionais e nas Constituições após a segunda guerra mundial.<sup>11</sup>

Em sua autobiografia “Minha Luta”<sup>12</sup>, Adolf Hitler afirmou que os direitos dos homens estavam acima dos direitos do Estado. A história demonstra que a frase, apesar do seu belíssimo conteúdo, não foi proferida por alguém que estivesse comprometido com os valores da dignidade humana, a não ser para os da sua própria «raça», a ariana<sup>13</sup>. O seu posicionamento discriminatório em relação aos judeus e a sua ambição pelo poder, fizeram com que Hitler ignorasse os direitos das pessoas e considerasse os alemães um povo superior dotado de privilégios.<sup>14</sup>

As atrocidades cometidas pelo «Terceiro Reich»<sup>15</sup> encontravam fundamento legal no regime instituído na Alemanha nazista, bem como no apoio do povo alemão. As chamadas Leis de Nuremberg de 1935, não obstante fossem normas válidas, permitiram uma “barbárie em nome da lei”<sup>16</sup> com o domínio do regime nazista e o cometimento dos piores crimes contra a humanidade. Isso porque as leis criadas no contexto de um regime totalitário não eram justas, mas deveriam ser incondicionalmente aplicadas, segundo o ordenamento jurídico alemão e o positivismo exacerbado da época. Dessa forma, Hitler, por meio de golpes, atos ilegais e assassinatos, usou a lei contra a liberdade e instaurou a sua ditadura.<sup>17</sup>

---

<sup>11</sup> Cfr. MIRANDA, Jorge, **Direitos Fundamentais** – 2ª ed. – Coimbra: Edições Almedina, S.A., 2019, p. 217.

<sup>12</sup> «Mein Kampf» é o título do livro escrito por Adolf Hitler na prisão em 1925. Considerado uma autobiografia, a obra está impregnada por um manifesto ideológico que se fundamenta numa profusão de preconceitos sexistas, racistas, xenófobos e antissemitas. O livro aborda também a guerra e a Revolução nazista, justificando as aspirações de liderança de Hitler. O conteúdo na íntegra está disponível em Intercom – Sociedade Brasileira de Estudos Interdisciplinares da Comunicação XXXVIII Congresso Brasileiro de Ciências da Comunicação. Rio de Janeiro, RJ, 4 a 7/9/2015, através do site em <https://www.ufrgs.br/lead-producaoeditorial/wp-content/uploads/2015/08/Mein-Kampf.pdf>, acessado em 16/03/2021.

<sup>13</sup> Denominação utilizada pelo diplomata e escritor francês Conde Arthur de Gobineu, segundo a qual todos os povos europeus de raça pura e branca eram descendentes do antigo povo ariano. Conteúdo de História do Mundo, disponível em <https://www.historiadomundo.com.br/artigos/raca-ariana.htm>, acesso em 14/03/2021.

<sup>14</sup> Cfr. MARMELESTEIN, G., **Curso de Direitos Fundamentais**, 2014, p. 3.

<sup>15</sup> Termo que significa Terceiro Império, usado pela propaganda do regime nazista da Alemanha que enaltecia a grandeza do projeto de Hitler em transformar o país na maior potência mundial. Conteúdo na íntegra em Holocaust Encyclopedia, disponível em <https://encyclopedia.ushmm.org/content/en/article/third-reich-an-overview>, acessado em 17/03/2021.

<sup>16</sup> Cfr. PIOVESAN, Flávia, **Direitos Humanos e Justiça Internacional: um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano** – 9ª ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 65.

<sup>17</sup> Cfr. MARMELESTEIN, **op cit.**, p. 3-5.

Uma nação culta e civilizada como a alemã permaneceu por um longo período sob o domínio de um regime político no qual os direitos mínimos das pessoas não eram respeitados. O Holocausto, conhecido como um verdadeiro assassinato em massa de milhares de judeus e outras minorias, deve ser sempre lembrado pelos povos, a fim de que atos hediondos como esses jamais ocorram novamente.<sup>18</sup>

Após esses eventos, realizou-se o julgamento de Nuremberg em 1945, a cargo de um Tribunal designado para o caso, sendo considerado um importante acontecimento na história dos direitos fundamentais. Com o fim da Segunda Guerra Mundial, mostrou-se imprescindível para as nações julgar e punir os que outrora haviam considerado os seres humanos supérfluos e descartáveis.<sup>19</sup>

A partir de então, a dignidade humana passou a ser o valor maior perseguido pelos ordenamentos jurídicos, funcionando como um vetor de interpretação para as demais normas. Os países passaram a reconhecer que para garantir uma vida digna ao indivíduo, é preciso proteger com destreza a integridade física e moral do ser humano, assegurando-as através da limitação do poder do Estado, mas não só isso. É preciso que os direitos das pessoas sejam garantidos e efetivados por meio de medidas estatais que os protejam, seja em relação ao ente estatal, seja em relação aos particulares.<sup>20</sup>

Os fatos demonstraram que, não obstante alguns direitos já constassem de Cartas políticas e fossem assegurados internacionalmente, era necessário um sistema mais eficaz e de maior controle pelas nações. A experiência com as guerras e com os regimes totalitários impôs a criação e ampliação de mecanismos jurídicos para a efetivação dos direitos tanto interna como internacionalmente. A pessoa humana precisava voltar a ser vista como “valor-fonte do Direito<sup>21</sup>”.

Portanto, após os indesejáveis episódios ocorridos na Primeira e Segunda Guerras Mundiais, houve um intenso esforço das nações em busca de estabelecer uma internacionalização dos direitos humanos, que veio a ser iniciada pela Declaração Universal de 1948 e reforçada pela Declaração de Direitos humanos de Viena de 1993.<sup>22</sup>

Surge, então, um sistema amplo e universal de proteção dos direitos da pessoa humana no âmbito internacional, que teve importantes reflexos no Direito Constitucional do

---

<sup>18</sup> Cfr. MARMELESTEIN, **op.cit.**, p. 6-9.

<sup>19</sup> O Tribunal de Nuremberg, apesar de ter sido considerado um tribunal de exceção por alguns na época teve como escopo maior julgar e condenar os envolvidos nos crimes contra a humanidade e o regime nazista. Cfr. **Idem**, **ibidem**, p. 8.

<sup>20</sup> A esse respeito os artigos 1º e 25º da Constituição da República Portuguesa.

<sup>21</sup> Cfr. PIOVESAN, **op. cit.**, p. 65.

<sup>22</sup> Cfr. **Idem**, **ibidem**, p. 64.

Ocidente. Isto porque, houve uma notória mudança de matriz humanista na concepção dos países que se espalhou pelos países ocidentais, impulsionada pela experiência anterior vivida durante o regime nazista. Experiência esta que foi marcada pela existência de um ordenamento jurídico indiferente a valores éticos, guiado por uma visão extremamente positivista e que ignorou princípios e valores ligados à dignidade humana, possibilitando violações de direitos humanos jamais perpetradas.<sup>23</sup>

A partir daí, nota-se uma tendência mundial em içar a dignidade humana como “pressuposto ineliminável de todos os constitucionalismos”<sup>24</sup>. Neste novo cenário, fala-se de direitos fundamentais, direitos humanos, direitos do homem, liberdades, dentre outros conceitos ligados ao tema, sendo mister apontar e distinguir os mais importantes.

### 1.1 Conceito, características e importância dos direitos fundamentais

Antes de abordar o conceito de direitos fundamentais, é preciso fazer menção a outras terminologias que são usadas, por vezes, de modo indistinto para designar tais direitos.

Os direitos fundamentais são também tratados como liberdades públicas, liberdades individuais ou fundamentais, direitos individuais e direitos públicos subjetivos, direitos constitucionais, direitos subjetivos, direitos da pessoa humana, direitos civis, direitos naturais e direitos humanos. Essas são algumas expressões usualmente encontradas na literatura e nas Constituições.<sup>25</sup>

Não há uma terminologia que seja considerada a mais correta. Entretanto, há expressões que são mais utilizadas por questões que se justificam. As várias denominações, quando empregadas sem a adoção de um critério comum e eficiente, podem dar ensejo a dificuldades de interpretação e de aplicação dos direitos, ou até mesmo restringir a sua abrangência.<sup>26</sup>

A distinção feita aqui entre os termos, e a análise do conceito, servirá para evitar equívocos, facilitar a leitura e proporcionar uma melhor compreensão do tema. Não obstante, a ausência de um consenso terminológico e conceitual na literatura jurídica, há uma

---

<sup>23</sup> Cfr. PIOVESAN, **op. cit.**, p. 65.

<sup>24</sup> Cfr. **Idem, ibidem**, p. 67.

<sup>25</sup> Sobre o tema ver MIRANDA, J., **Direitos Fundamentais**, 2018, p. 11-15; SARLET, Ingo. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais: Uma Teoria Geral dos Direitos Fundamentais na Perspectiva Constitucional**, Edição do Kindle, 2015, p. 564-566; e DIMOULIS, Dimitri. & MARTINS, Leonardo. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais** – 5ª ed. – São Paulo: Editora Atlas S.A., 2014, p. 39.

<sup>26</sup> É o caso da utilização da expressão “direitos individuais” que sugere a não inclusão dos direitos sociais e direitos das gerações futuras, considerados por parte da doutrina como direitos coletivos. Cfr. DIMOULIS & MARTINS, **Op. cit.**, p. 39-40.

predominância no uso dos termos direitos humanos e direitos fundamentais, com a devida diferenciação que será apresentada.

A doutrina apresenta uma distinção bastante elucidativa em que os direitos humanos são os direitos constantes em documentos internacionais, enquanto os direitos fundamentais se referem a direitos do ser humano, reconhecidos e positivados em uma Constituição. É possível concluir que o ponto marcante na diferenciação é a fonte.<sup>27</sup> É esta compreensão que está pressuposta neste trabalho.

Importa fazer a ressalva de que os direitos fundamentais são também direitos humanos, no sentido de que o seu titular será sempre o ser humano, ainda quando representado por entes coletivos como grupos, povos ou nações. Na sua origem, ambos os conceitos possuem os mesmos valores éticos e o escopo comum de proteger a dignidade humana.<sup>28</sup>

Da mesma forma, os direitos fundamentais e os direitos humanos têm suas raízes no direito natural, embora a ele não se prendam. A propósito, a expressão «direitos naturais» está relacionada a direitos não positivados, mas pertencentes aos homens pela sua mera condição humana e dotados de uma dimensão pré-estatal, ou ainda para alguns juristas supraestatal.<sup>29</sup> Assim, nessa definição, os direitos naturais são direitos pré-positivos<sup>30</sup> e relativos aos clássicos direito à vida, à liberdade, à igualdade e à propriedade.<sup>31</sup>

Não se pode negar que os direitos humanos e os direitos fundamentais estão diretamente ligados. As Constituições dos países tiveram como modelo a Declaração Universal de 1948 e diversos documentos internacionais, iniciando um processo de conformação dos direitos no âmbito dos Estados, denominado de direito constitucional internacional.<sup>32</sup>

Tendo em vista a origem comum dos direitos, há ainda quem defenda a unidade essencial e indissolúvel dos termos e faça referência a direitos humanos fundamentais.<sup>33</sup>

---

<sup>27</sup> Cfr. SARLET, **op. cit.**, p. 610.

<sup>28</sup> Cfr. OLIVEIRA, Bárbara Nazareth. GOMES, Carla de Marcelino. SANTOS, Rita Páscoa dos. **Os Direitos Fundamentais em Timor-Leste: Teoria e Prática** – 1ª ed. – Coimbra: Coimbra Editora, S.A., 2015, p. 32.

<sup>29</sup> Cfr. SARLET, **op. cit.**, p. 620.

<sup>30</sup> Cfr. DIMOULIS & MARTINS, **op. cit.**, p. 40.

<sup>31</sup> Cfr. SARLET, **op. cit.**, p. 710.

<sup>32</sup> Segundo Sarlet, a denominação resulta de um processo de aproximação e harmonização dos conteúdos das declarações internacionais e dos textos constitucionais. Cfr. SARLET, **idem, ibidem**, p. 689-693.

<sup>33</sup> Essa denominação é encontrada em FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos Humanos Fundamentais** – 13ª – São Paulo: Editora Saraiva, 2011.

No entanto, conforme a distinção que se preconiza, os direitos humanos são vistos como posições jurídicas reconhecidas à pessoa humana como tal, com caráter supranacional e dotados de validade universal. São, nesse sentido, direitos para todos os povos, independentemente do vínculo com o Estado. Assim, compreendem os direitos do ser humano reconhecidos no âmbito internacional.<sup>34</sup> Para Antonio E. Perez Luño, apresentam-se de forma mais ampla e imprecisa que os direitos fundamentais, como um conjunto de faculdades e instituições que, em cada momento histórico, atendem às necessidades humanas, ligadas à dignidade, à liberdade e à igualdade.<sup>35</sup>

Ao passo que os direitos fundamentais são direitos reconhecidos e garantidos pelo ordenamento jurídico de um Estado. Portanto, ressalta Pedro Cruz Villalon que eles nascem e acabam com as Constituições, por meio da positivação dos direitos. Para o autor espanhol, não haverá direitos fundamentais se não houver Constituição que os reconheça e os assegure. E ainda acrescenta que esses direitos são direitos subjetivos enquanto positivados e que tal reconhecimento enseja consequências no mundo jurídico.<sup>36</sup>

Ainda a esse respeito, afirma Jorge Miranda que não há direitos fundamentais sem Estado e sem Constituição. Eles adquiriram pleno sentido a partir do constitucionalismo moderno e limitação do poder com a criação de estatutos comuns. Os direitos fundamentais traduzem, antes de tudo, uma relação fundamental: são responsáveis por estabelecer uma ligação imediata entre as pessoas e o poder público e, portanto, revelam-se como direitos das pessoas perante o Estado, consagrados na Constituição. O Estado deve respeitar, proteger e garantir a efetivação dos direitos fundamentais, preservando a autonomia dos indivíduos.<sup>37</sup>

Vale lembrar que o termo fundamental, por si só, explicita o significado do direito em causa para o ser humano. Fundamental é algo essencial, sem o qual não se vive; é algo que garante a existência do ser humano com dignidade.<sup>38</sup> Na ausência de direitos fundamentais assegurados, as pessoas não alcançarão, na prática, uma vida plena e digna. Além disso, são

---

<sup>34</sup> Cfr. SARLET, Ingo Wolfgang. MARINONI, Luiz Guilherme. MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. – 8ª ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 391.

<sup>35</sup> Cfr. PEREZ LUÑO, Antonio E. **Los Derechos Fundamentales**. Madrid: Editorial Tecnos, S.A., 1998, p. 46-47.

<sup>36</sup> Cfr. VILALLON, P., C., (1989). **Revista Española de Derecho Constitucional**. Madrid: Enero. Aflo 9. Núm. 25. Núm. Exposição apresentada nas XII Jornadas de Estudo, organizadas pela Direção -Geral do Serviço Jurídico do Estado, em maio de 1988, com o Título Introdução aos direitos fundamentais, p. 41.

<sup>37</sup> Cfr. MIRANDA, **Direitos Fundamentais...**, 2018, p. 12-13.

<sup>38</sup> Significado em INFOPEDIA, dicionários Porto Editora. Conteúdo disponível em <https://www.infopedia.pt/dicionarios7lingua-portuguesa7fundamental>, a cedido em 17/03/2021.

eles que dão fundamento ao sistema jurídico. Diante da sua importância, os direitos fundamentais devem ser garantidos para todos, de igual modo, e de forma efetiva.<sup>39</sup>

José Afonso da Silva considera o termo “direitos fundamentais do homem” a expressão mais adequada e explica que são fundamentais ao se referirem a situações jurídicas sem as quais a pessoa humana não se realiza, nem mesmo sobrevive; e são fundamentais do homem no sentido de que para todos devem ser igualmente efetivados e não somente reconhecidos.<sup>40</sup> Já Konrad Hesse, numa concepção ampla dos direitos afirma que “[...] criar ou manter os pressupostos elementares de uma vida na liberdade e na dignidade humana, eis aquilo que os direitos fundamentais almejam [...]”.<sup>41</sup>

Além disso, cumpre fazer uma breve menção à teoria Kantiana<sup>42</sup>, segundo a qual o ser humano é dotado de dignidade, pois ele possui um valor intrínseco. O homem, ser racional, existe como fim em si mesmo e todas as pessoas por possuírem “um valor absoluto, são insubstituíveis e únicas”.<sup>43</sup>

Assim, é possível definir o conceito de direitos fundamentais com base em duas principais concepções, a jusnaturalista e a positivista. Na dimensão jusnaturalista, os direitos fundamentais estão diretamente relacionados aos direitos de igualdade, liberdade e justiça. Nasceram como ideias nos pensamentos dos homens a partir de um discurso filosófico, político e moral e se consagraram como direitos absolutos, imutáveis e intemporais, valores que transcendem a História e a os limites da positivação.<sup>44</sup>

Neste contexto, Vieira de Andrade adverte que os direitos fundamentais são direitos de igualdade e universais, reconhecidos aos homens por razões de humanidade e que, por essa razão, não podem ser direitos de desigualdade, instituídos pelo Estado.<sup>45</sup>

---

<sup>39</sup> Cfr. SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo** – 37ª ed. – São Paulo: Malheiros Editores LTDA, 2014, p. 181-182.

<sup>40</sup> Cfr. SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional**..., 2014, p. 180.

<sup>41</sup> Cfr. HESSE, K. (1982). “Grundrechte”, in *Staatslexikon*, v. 2. *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*. 13ª ed. aum., Heidelberg: SNI apud BONAVIDES, P. (2011) **Curso de Direito Constitucional**. 26ªed., São Paulo: Malheiros Editores, p.560.

<sup>42</sup> Cfr. KANT, I. **Fundamental principles of the metaphysics of morals**, in Basic Writings of Kant: SNI apud PIOVESAN, F. (2019) **Direitos humanos e justiça internacional: um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano**, p. 66. Para Kant, as pessoas, e em geral qualquer espécie racional, devem existir como fim em si mesmo e jamais como meio a ser arbitrariamente usado para este ou aquele propósito. Os objetos têm, por sua vez, um valor condicional, por serem irracionais, por isso são chamados de “coisas”, substituíveis que são por outras equivalentes. Os seres racionais não devem ser tomados meramente como meios.

<sup>43</sup> Cfr. PIOVESAN, **op. cit.**, p. 66.

<sup>44</sup> Cfr. ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os Direitos Fundamentais na Constituição portuguesa de 1976**. – 6ª ed. – Coimbra: Edições Almedinas, S.A., 2021, p.19.

<sup>45</sup> Cfr. **Idem**, **ibidem**, p. 20.

O autor conceitua os direitos fundamentais por três diferentes perspectivas: a perspectiva filosófica ou jusnaturalista que os apresenta como direitos naturais de todos os homens, independente de tempo e lugar; a perspectiva estadual ou constitucional que os restringe aos direitos mais importantes dos indivíduos num Estado ou numa comunidade de Estados, com a determinação de tempo e lugar; e a perspectiva universalista ou internacionalista que os considera direitos essenciais das pessoas num determinado tempo, em todos os lugares ou em grandes regiões do mundo.<sup>46</sup>

Uma definição teórica, puramente formal, é a proposta por Luigi Ferrajoli, na qual “os direitos fundamentais são direitos subjetivos que correspondem, de modo universal, a todos os seres humanos dotados do *status* de pessoas, de cidadãos ou pessoas com o direito de ação.”<sup>47</sup> No seu entendimento, a previsão desses direitos num ordenamento jurídico é condição de existência e validade, mas em nada afeta o conceito de direitos fundamentais. E complementa afirmando que um ordenamento totalitário carece de direitos fundamentais.<sup>48</sup>

Verifica-se que os conceitos na visão jusnaturalista assumem uma forma mais abstrata, correspondendo a direitos absolutos e universais.

Contrastando a concepção jusnaturalista dos direitos fundamentais, Ingo Sarlet confere maior relevância à perspectiva positivista, pois assevera que é por meio da codificação dos direitos nos Catálogos políticos, que nasce a possibilidade de reivindicá-los. Isso porque a inserção desses direitos na Constituição de um país tem como consequência a fundamentalização e a hierarquização jurídica, com a vinculação dos poderes e dos indivíduos aos direitos positivados.<sup>49</sup>

Pérez Luño atribui aos direitos fundamentais um significado mais preciso e restrito, considerando-os como um conjunto de direitos e liberdades reconhecidos e garantidos pelo direito positivo, delimitados no espaço e no tempo. Ressalta, ainda, que a sua denominação

---

<sup>46</sup> Cfr. ANDRADE, **op. cit.**, p. 15.

<sup>47</sup> Luigi Ferrajoli explica que direito subjetivo é qualquer expectativa positiva de benefícios ou recusa de não sofrer lesões atribuída a um sujeito por uma norma legal. Em relação ao termo *status* entende refrir-se a condição de um sujeito prevista por uma norma jurídica positiva, como pressuposto de sua idoneidade para ser titular de situações jurídicas e/ou autor de atos, cujo exercício está ligado às situações jurídicas. Cfr. FERRAJOLI, L. **Los Fundamentos de los Derechos Fundamentales**. – 5ª ed. - Madrid: Editorial Trotta, 2014, p. 19.

<sup>48</sup> **Idem, ibidem**, p.20.

<sup>49</sup> A fundamentalização é dividida em fundamentalidade formal e material das normas de direitos fundamentais, e ambas representam o significado das normas de direitos fundamentais para o sistema jurídico. Cfr. ALEXY, R. in **Teoria dos Direitos Fundamentais**. – 2ª ed. - Trad. Virgílio afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores LTDA, 2015, p. 521. Cfr. SARLET, **Eficácia dos direitos fundamentais...**, 2015, p. 674.

está diretamente relacionada ao seu caráter fundamentador do sistema jurídico do Estado de Direito.<sup>50</sup>

Nesse sentido, para J. J. Gomes Canotilho os direitos fundamentais resultam de um processo de constitucionalização que consiste na retirada da disponibilidade do legislador ordinário, normas de direitos subjetivos do homem, através da sua positivação numa Constituição. Assim, eles representam um mínimo de direitos assegurados, o que não obsta ao legislador ordinário acrescentar outros, mas o impede de poder suprimi-los.<sup>51</sup>

Com base nos conceitos apresentados, é possível identificar algumas características dos direitos fundamentais, embora as principais sejam extraídas da Declaração Universal de Direitos Humanos. São elas: a fundamentalidade, visto que esses direitos estão relacionados a questões essenciais para o indivíduo, como a sua existência, dignidade, liberdade e autonomia; a universalidade, que diz respeito a sua ampla abrangência, haja vista que todas as pessoas são titulares desses direitos; a inalienabilidade, que confere ao titular do direito à garantia de que os direitos não podem ser retirados, nem abdicados, e são extintos somente com a morte; e, por fim, a interdependência, que demonstra a ligação que esses direitos, na prática, possuem.<sup>52</sup>

As características dos direitos fundamentais confirmam a imprescindibilidade desses direitos. São direitos que, além de estabelecer limites ao Estado, cumprem diversas funções de defesa e proteção do indivíduo nas relações sociais, como é possível visualizar nas relações laborais.<sup>53</sup> Nesse propósito, hodiernamente, a maioria dos Catálogos Constitucionais apresentam um extenso rol de direitos individuais e coletivos dos trabalhadores.<sup>54</sup>

Cabe ainda destacar que para a concepção positivista, a grande importância dos direitos fundamentais está diretamente relacionada com a posição de supremacia que esses direitos ocupam no ordenamento jurídico. É o que Dimitri Dimoulis denomina de

---

<sup>50</sup> Cfr. PEREZ LUÑO, **Los derechos fundamentales...**, 1998, p. 47.

<sup>51</sup> Cfr. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Curso de Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. – 7ª ed. – Coimbra: Edições Almedina, 2003, p. 378.

<sup>52</sup> Cfr. OLIVEIRA *et al*, **Os direitos fundamentais...**, 2015, p. 33.

<sup>53</sup> A aplicabilidade dos direitos fundamentais no âmbito laboral é tema de suma relevância e será analisada em capítulo específico.

<sup>54</sup> A esse respeito ver artigos 53º e 55º da Constituição da República Portuguesa de 1976, disponível em <https://www.parlamento.pt/Parlamento/Documents/CRP1976.pdf>, acesso em 29/04/2021 e artigos 6º, 7º e 8º da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 em [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm), acessado em 30/04/2021. Assunto que será abordado em tópico específico.

fundamentalidade formal<sup>55</sup>. Assim, para o autor, um direito fundamental significa “um direito que tem força jurídica constitucional”<sup>56</sup>.

George Marmelstein também ressalta a relevância desses direitos ao afirmar que os direitos fundamentais possuem um conteúdo ético, no que diz respeito ao aspecto material, e um conteúdo normativo, no seu aspecto formal. O primeiro aspecto é no sentido de que os direitos fundamentais constituem valores imprescindíveis para uma vida digna com a necessária limitação do poder do Estado; já o segundo aspecto refere-se à positivação desses valores pelo Estado, que os reconhece como dignos de proteção constitucional.<sup>57</sup>

Não obstante os conceitos apresentados tenham o seu valor para a teoria dos direitos fundamentais, as concepções demasiadamente positivistas ou as que atribuem aos direitos fundamentais um conceito puramente ligado aos direitos naturais, não devem ser adotadas.

Tendo por base critérios materiais e formais, o conceito de direitos fundamentais a ser adotado no presente trabalho será o de Marmelstein: “são normas jurídicas, intimamente ligadas à ideia de dignidade da pessoa humana e de limitação do poder, positivadas no plano constitucional de determinado Estado Democrático de Direito, que, por sua importância axiológica, fundamentam e legitimam todo o ordenamento jurídico.”<sup>58</sup>

Em suma, sem a pretensão de afastar por completo os termos direitos fundamentais e direitos humanos, reputa-se acertado o entendimento de que as esferas de positivação são distintas e que, apesar da existência do processo de harmonização, persistem muitas diferenças na normatização nos âmbitos internacional e interno.

Sabe-se ainda que as normas constitucionais são direcionadas aos cidadãos do país e possuem uma maior efetivação na ordem jurídica, enquanto as normas de direitos humanos são normas para todos os povos, embora estas últimas estejam sujeitas à recepção pelos Estados para que atinjam a sua plena eficácia e efetividade.<sup>59</sup>

Apresentada a diferenciação de alguns termos utilizados na literatura no que diz respeito ao tema dos direitos fundamentais, bem como a sua importância e características, cumpre agora, passar a uma breve análise histórica desses direitos.

---

<sup>55</sup> A fundamentalidade formal ou supremacia constitucional está relacionada com a posição dos direitos fundamentais no sistema jurídico. Desse modo, um direito é fundamental quando garantido por normas que tenham a supremacia jurídica própria da supremacia constitucional - rigidez constitucional. No entanto, por essa via, todos os direitos garantidos na Constituição poderiam ser considerados fundamentais. Portanto, há também que ser considerada a fundamentalidade material que diz respeito ao conteúdo dos direitos - normas inerentes à pessoa humana. Cfr. DIMOULIS & MARTINS, **Teoria Geral**...2014, p.41.

<sup>56</sup> Cfr. **Idem, ibidem**, p. 41.

<sup>57</sup> Cfr. MARMELESTEIN, **Curso de direitos fundamentais**..., 2014, p.17.

<sup>58</sup> Cfr. **Idem, ibidem**, p. 17.

<sup>59</sup> Cfr. SARLET, **op. cit.**, p. 718-723.

## 1.2 Enquadramento histórico

### 1.2.1 Aspectos da evolução do reconhecimento da fundamentalidade dos direitos no mundo Ocidental

Atribui-se ao período denominado de Axial, entre os séculos VIII e II a.C., o reconhecimento do homem como ser dotado de liberdade e razão e a existência de direitos universais da pessoa humana.<sup>60</sup>

São reconhecidos valores inerentes ao homem, e a partir desse reconhecimento, ainda que de forma incipiente, surgem direitos ligados à ideia de justiça, de liberdade, de igualdade, de solidariedade e de dignidade. Direitos do homem que servirão de base para os direitos fundamentais.<sup>61</sup>

Contudo, apesar da existência anterior de outros importantes documentos ligados aos direitos humanos, como se verá a seguir, somente após vinte e cinco séculos, ou seja, em 1948, é instituída por um órgão internacional, uma Declaração Universal de Direitos Humanos a proclamar, topograficamente no artigo 1º, que “todos os homens nascem livres e iguais em dignidade e direitos”.<sup>62</sup>

O reconhecimento do ser humano como ser racional e único, dotado de inúmeras capacidades como amar, interagir, descobrir e criar, demonstrou que, apesar das diferenças biológicas e culturais existentes, a pessoa humana deve ser respeitada e protegida, em todos os lugares e em qualquer tempo, contra todas as formas de sujeição, seja por gênero, etnia, classe social, grupo religioso ou nação. Assim, um indivíduo, independentemente de sua nacionalidade, condição econômica ou crença, não pode julgar-se superior a outro indivíduo.<sup>63</sup>

Foi em busca da igualdade entre os indivíduos e a sua proteção, que se formaram instituições jurídicas de defesa da dignidade humana contra a violência, o aviltamento, a

---

<sup>60</sup> Cfr. COMPARATO, Fábio Konder. **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos**. – 10ª ed. – São Paulo: Saraiva, 2015, p. 24.

<sup>61</sup> Para George Marmelstein, os direitos do homem foram a matéria-prima dos direitos fundamentais. MARMELSTEIN, **op. cit.**, p. 27.

<sup>62</sup> Cabe ressaltar que a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 foi um documento de suma relevância e fonte de inspiração para o Direito moderno. Não obstante, destaca-se aqui a amplitude jurídica da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, por ter constituído um documento de abrangência universal, formulado após as atrocidades cometidas durante a Segunda Guerra Mundial. A DUDH está disponível na íntegra em <https://dre.pt/declaracao-universal-dos-direitos-humanos>, acesso em 10/04/2021. A afirmação de que a declaração pode ser vista como símbolo do nascimento de uma nova ordem mundial é compartilhada por COMPARATO, **op. cit.**, p. 237 e MARMELSTEIN, **op. cit.**, p. 49.

<sup>63</sup> Cfr. COMPARATO, **op. cit.**, p. 13.

exploração e a miséria, cujas respostas foram dadas pela religião, pela filosofia e pela ciência.<sup>64</sup>

Klaus Stern assevera ser possível identificar três importantes fases na história dos direitos fundamentais: a pré-histórica, que se estendeu até o século XVI; a intermediária, voltada para a doutrina jusnaturalista; e a fase da constitucionalização, que teve início em 1776.<sup>65</sup>

Nesse contexto, a concepção jusnaturalista dos direitos, que em particular, teve grande relevância no reconhecimento dos direitos fundamentais nos processos revolucionários do século XVIII, foi fortemente influenciada pela religião e pela filosofia e atribuía ao homem direitos naturais indeclináveis. Portanto, os direitos de liberdade, de igualdade e de dignidade tiveram suas bases na filosofia clássica, mormente na greco-romana e no pensamento cristão.<sup>66</sup>

No jusnaturalismo, os direitos do homem sendo vistos como direitos inatos, prescindiram da violência, da persuasão e do argumento, pois eram vistos como verdade evidente.<sup>67</sup>

O Antigo Testamento fez referência ao homem como uma criação divina, feito à imagem e semelhança de Deus. E o cristianismo, mais tarde, vem reforçar o valor único das pessoas, considerando-as como filhas de Deus, iguais perante o seu criador, e que, por essa razão, não poderiam ter a sua liberdade, de conteúdo eminentemente espiritual, sujeita ao Estado ou à sociedade.<sup>68</sup>

O valor do ser humano e a sua dignidade também tiveram na ciência a sua afirmação e reconhecimento, especialmente na teoria da evolução dos seres vivos de Charles Darwin. Segundo os cientistas, o homem passou por etapas evolutivas que o levaram a transformações biológicas, num processo único e insuscetível de reprodução.<sup>69</sup>

---

<sup>64</sup> Cfr. COMPARATO, **op. cit.**, p. 15-17. Segundo Luís Roberto Barroso, a cultura ocidental, em geral, e a jurídica, em particular, têm sua matriz ético-religiosa na teologia judaico-cristã e o seu fundamento racional-legal na cultura greco-romana. Cfr. BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: Os Conceitos Fundamentais e a Construção do Novo Modelo**. – 7ª ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 24.

<sup>65</sup> Cfr. Klaus Stern, *Straatsrecht* III/1, p. 56 *apud* SARLET, **A Eficácia dos Direitos...** 2015, p. 762.

<sup>66</sup> Cfr. SARLET, **op. cit.**, 743-764.

<sup>67</sup> Cfr. LAFER, Celso. **A Reconstrução Dos direitos Humanos: Um Diálogo com o Pensamento de Hannah Arendt**. São Paulo: Companhia das Letras, 1988, p. 123.

<sup>68</sup> Cfr. MIRANDA, **Direitos...** 2018, p. 20-21.

<sup>69</sup> Cfr. COMPARATO, **op. cit.**, p. 16.

Apesar das sociedades antigas terem reconhecido a existência de direitos inerentes a pessoa humana, nunca houve a consagração de direitos fundamentais, nos moldes de hoje, nem na Antiguidade, nem na Idade Média e, tampouco, durante o Absolutismo.

George Marmelstein afirma que a dignidade humana sempre fez parte da consciência humana, mas as concepções de liberdade e igualdade eram diferentes. Por exemplo, por um longo período a escravidão foi legalmente aceita, os direitos das mulheres restringidos e o poder do monarca considerado ilimitado.<sup>70</sup>

Assim, os direitos fundamentais constituem uma conquista que resultou de anos de lutas em prol da consagração de direitos, liberdades e garantias, tendo como escopo maior a proteção da dignidade humana.

Desse longo percurso, destacam-se duas fases de grande relevância histórica: a fase do Estado Liberal, na qual havia a predominância de uma postura individualista com o reconhecimento dos direitos de liberdades; e a fase do Estado Social, que surgiu após movimentos reivindicatórios de direitos econômicos, sociais e culturais, mormente por parte dos trabalhadores.<sup>71</sup>

A limitação do poder e o reconhecimento das garantias e direitos contribuíram para o surgimento do moderno Estado constitucional<sup>72</sup>, num processo que contou com diversas concepções doutrinárias e transformações tecnológicas e científicas oriundas das Revoluções.<sup>73</sup>

A positivação das Declarações nas Constituições tem início no século XVIII com as Revoluções Americana e Francesa que consagram o homem como a fonte da lei.<sup>74</sup> A partir de

---

<sup>70</sup> O poder do rei era ilimitado e os direitos não poderiam ser invocados perante um órgão imparcial e independente. Assim, as sociedades antigas conheceram os direitos do homem, mas não conheceram os direitos fundamentais. Cfr. MARMELSTEIN, **op. cit.**, p. 30-31.

<sup>71</sup> Cfr. SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2004, p. 18.

<sup>72</sup> Para Barroso, “Constitucionalismo significa, em essência, limitação do poder e supremacia da lei”. De acordo com o autor, o termo constitucionalismo é de uso relativamente recente no vocabulário político e jurídico do mundo ocidental, datando de pouco mais de duzentos anos, sendo associado aos processos revolucionários francês e americano. Cfr. BARROSO, **Curso de Direito...**, 2018, p. 24. Segundo Godinho Delgado, o constitucionalismo ocidental pode ser observado em três fases relevantes: as Constituições do Estado Liberal, a partir da segunda metade do século XVIII; as Constituições que reconheceram e institucionalizaram a transição para a Democracia, dando ensejo ao Estado Social de Direito, nas primeiras décadas do século XX; e por fim as Constituições que permitiram a formação do contemporâneo Estado Democrático de Direito no período pós-guerra. Cfr. DELGADO, Maurício Godinho & DELGADO, Gabriela Neves. **Constituição da República e Direitos Fundamentais: Dignidade da Pessoa Humana, Justiça Social e Direito do Trabalho**. – 4ª – São Paulo: LTr, 2017, p. 38

<sup>73</sup> Cfr. SARLET, **op. cit.**, p. 755.

<sup>74</sup> Cfr. LAFER, **op. cit.**, p. 123.

então, os direitos fundamentais aparecem de forma gradual nas Constituições dos países, impondo limites e obrigações ao Estado e aos particulares.<sup>75</sup>

### 1.2.2 Do poder centralizado ao Estado Social

A sociedade política medieval era formada por grupos, ordens e classes. Nessa divisão, somente os membros dos grupos ou estamentos eram titulares de direitos.<sup>76</sup>

Remonta aos séculos XII e XIII as primeiras manifestações de direitos. Na península Ibérica, a Declaração das Cortes de Leão em 1188<sup>77</sup> e na Inglaterra em 1215 a *Magna Charta Libertatum*, documento outorgado pela autoridade real. A Carta, de suma importância no reconhecimento dos direitos fundamentais, resultou de um pacto firmado pelo rei João Sem Terra e pelos bispos e barões ingleses. Apesar do seu valor histórico incontestável, o documento não garantia verdadeiramente direitos ao povo, mas privilégios e regalias a um determinado grupo, estabelecendo, assim, direitos de cunho estamental, concebidos num contexto social e econômico marcado pela desigualdade.<sup>78</sup>

Naquela época, algumas garantias básicas de liberdade e segurança pessoal foram deferidas aos estamentos superiores da sociedade, isto é, a nobreza e ao clero, com irrisórias concessões ao Terceiro Estado, o povo.<sup>79</sup>

Somente a partir do fortalecimento do princípio da soberania, todos os grupos e homens passam a ser considerados iguais e sujeitos ao rei. Nesse cenário, o Estado estamental cedeu lugar ao Estado absoluto, desaparecendo as ordens e as classes.<sup>80</sup>

Nos séculos XVI e XVII, Thomas Hobbes e Nicolau Maquiavel, com suas ideias políticas, reforçaram a centralização do poder. No livro, «Leviatã», Hobbes defendeu que em busca da paz, todo poder deveria ser dado ao soberano, sem limitação jurídica e política, visto

---

<sup>75</sup> Cfr. MARMELSTEIN, *Curso de Direito...*, 2014, p. 31.

<sup>76</sup> Cfr. MIRANDA, *Direitos Fundamentais...*, 2018, p. 22.

<sup>77</sup> Cfr. COMPARATO, *A Afirmação...*, 2015, p. 58.

<sup>78</sup> Cfr. SARLET, *A Eficácia...*, p. 860.

<sup>79</sup> Cfr. ANDRADE, *Os Direitos fundamentais...*, 2021, p. 20. A Magna Carta, apesar de ser um documento que garantia os interesses econômicos dos barões e dos comerciantes, já trazia normas que hoje constituem direitos fundamentais como o princípio da legalidade e da irretroatividade das leis. Cf. MARMELSTEIN, *op. cit.*, p. 29. Contudo, a Carta se preocupava com o direito dos ingleses e não com os direitos dos homens. Cfr. FERREIRA, *Direitos Humanos...*, 2011, p. 29. Cfr. a Magna Carta: «1. A Igreja de Inglaterra será livre e serão invioláveis todos os seus direitos e liberdades: e queremos que assim seja observado em tudo e, por isso, de novo asseguramos a liberdade de eleição, principal e indispensável liberdade da Igreja de Inglaterra, a qual já tínhamos reconhecido antes da desavença entre nós e os nossos barões [...]; 2. Concedemos também a todos os homens livres do reino, por nós e por nossos herdeiros, para todo o sempre, todas as liberdades abaixo emuneradas, para serem gozadas e usufruídas por eles e seus herdeiros, para todo o sempre [...]».

<sup>80</sup> Cfr. MIRANDA, *op. cit.*, p. 22.

ser o único capaz de impedir os homens de se autodestruírem. Segundo ele, a natureza humana é má, ambiciosa e egoísta.<sup>81</sup>

De forma semelhante, Maquiavel afirmou que o soberano deveria manter-se no poder a qualquer custo, e, em sua obra clássica, «O príncipe», demonstrou que isso é possível de duas formas: “com base nas leis ou na força” e através do adágio segundo o qual os fins justificam os meios.<sup>82</sup>

O Estado absoluto, apesar de conceder um poder ilimitado ao rei, objetivava terminar com os privilégios e desigualdades existentes no Estado estamental, e buscava a sua legitimidade criando condições jurídicas de igualdade, fato que representou um contributo para a consagração de direitos universais.<sup>83</sup>

Nesse período, a classe dos mercadores, também conhecida por burguesia, exige zonas de liberdade econômica e a Europa medieval é palco de grandes transformações provenientes das invenções.<sup>84</sup>

Contudo, o Estado absolutista mostrou-se impregnado de exageros e arbítrios, permitindo ao monarca uma atuação sem limites, porquanto exercia todas as funções políticas e não estava sujeito a nenhum controle. Foi então, nesse contingente de opressão, instaurado um movimento favorável ao desenvolvimento dos direitos fundamentais.<sup>85</sup>

Frente às dificuldades impostas pelo absolutismo, dá-se o fim da unidade Cristã ocidental e a conquista da Reforma protestante que obtém o reconhecimento da liberdade religiosa e de culto em Países Europeus. E, em 1598, na França, é promulgado o Édito de Nantes que garantia a liberdade de culto<sup>86</sup>.<sup>87</sup>

As lutas em prol da liberdade religiosa representaram um grande passo na positivação dos direitos do homem, sendo até mesmo possível considerar que a consagração dos direitos foi muito mais uma consequência advinda da Reforma do que da Revolução.<sup>88</sup>

---

<sup>81</sup> Hobbes compara o soberano ao Leviatã, um monstro marinho citado na Bíblia e explica que ninguém, senão o próprio Deus seria capaz de dominá-lo. Segundo o filósofo, “o homem é o lobo do homem”, e o soberano precisa detê-lo. Para tanto, o soberano não deve se submeter a nenhum mortal, somente a Deus. HOBBS, Thomas. **Leviatã ou matéria, forma e poder de um Estado eclesiástico e civil**. São Paulo: Martin Claret, 2003, p. 78 apud MARMELSTEIN, **op. cit.**, p. 32.

<sup>82</sup> O soberano, no pensamento de Maquiavel, deve preservar o seu poder absoluto, ainda que para tanto seja preciso cometer as maiores barbaridades, injustiças ou até mesmo guerrear. MAQUIAVEL, Nicolau. **O Príncipe**. Obra completa com comentários de Napoleão Bonaparte e Rainha Cristina da Suécia. São Paulo: Jardins dos Livros, 2007, p. 119 apud MARMELSTEIN, **op. cit.**, p. 33.

<sup>83</sup> Cfr. MIRANDA, **Direitos Fundamentais...**, 2018, p. 22.

<sup>84</sup> Cfr. COMPARATO, **A Afirmação...**, 2015, p. 59.

<sup>85</sup> Cfr. SARMENTO, **Direitos Fundamentais...**, 2004, p. 22.

<sup>86</sup> Cfr. MIRANDA, **op. cit.**, p. 23.

<sup>87</sup> Cfr. SARLET, **op. cit.**, p. 860.

<sup>88</sup> Cfr. MIRANDA, **op. cit.**, p. 24.

Nesse sentido, Jorge Miranda ressalta o pensamento de Jellinek: “a ideia de consagrar legislativamente os direitos naturais do indivíduo não era uma ideia de origem política, mas antes uma ideia de origem religiosa.”<sup>89</sup>

Contudo, os direitos instituídos nos documentos poderiam a qualquer tempo ser extintos pelo monarca, detentor de poderes absolutos. Além do mais, o soberano legislava, mas não estava sujeito às leis. Julgava, mas não era julgado. Nesse diapasão, em contraposição ao regime absolutista, que gerava uma grande insegurança jurídica, política e social, eclode um movimento intelectual denominado de Iluminismo, de inspiração jusracionalista.<sup>90</sup>

O chamado «Século das Luzes» foi marcado pela laicização do direito natural e apogeu da doutrina jusnaturalista no século XVI com as teorias contratualistas. Autores como Hobbes, Locke e Rousseau, em suas teorias do contrato social, buscaram no conhecimento racional e não mais na religião, o fundamento da legitimidade do poder estatal.<sup>91</sup>

A partir do contratualismo é rompido o antigo pensamento que justificava o Estado e o direito no poder irresistível do soberano ou no poder incontestável de Deus.<sup>92</sup>

No entanto, foi Immanuel Kant que teve um papel decisivo na definição da dignidade da pessoa humana, sendo considerado o maior filósofo do Iluminismo.<sup>93</sup> Para Kant, o homem como ser racional possui o livre arbítrio e pode guiar-se pela sua própria vontade e agir conforme a representação de leis ou princípios. A concepção kantiana da dignidade humana considerou o homem como um fim em si, condenando as práticas de transformar seres humanos em coisas.<sup>94</sup>

Surgiram, nessa época, importantes documentos na Inglaterra e os direitos fundamentais assumiram o relevante papel de assegurar, aos homens, a liberdade individual. Assim, as declarações do século XVII na Inglaterra são marcadas pela limitação do poder real

---

<sup>89</sup> La Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen, trad., Paris, 1902, p.79 in MIRANDA, **op. cit.**, p. 24.

<sup>90</sup> O Iluminismo, também denominado de Ilustração ou “Século das Luzes”, foi um importante movimento intelectual e filosófico iniciado na Europa no século XVI e que ocasionou grandes mudanças sociais, econômicas e políticas no século XVIII. Cfr. SARMENTO, **Direitos Fundamentais...**, 2004, p. 21-23.

<sup>91</sup> Cfr. SARMENTO, **op. cit.**, p. 22.

<sup>92</sup> O contratualismo tenta explicar como o Direito pode vincular e obrigar os indivíduos, por meio de uma auto-obrigação no momento da celebração do contrato social, que marca a passagem do estado de natureza para a vida organizada em sociedade. Cf. LAFER, **A Reconstrução...**, 1991, p. 122.

<sup>93</sup> Cfr. MIRANDA, **op. cit.**, p. 26.

<sup>94</sup> Segundo Kant, só um ser racional tem vontade, que é uma espécie de razão, denominada razão prática. Afirma ainda que, os seres racionais se denominam pessoas e devem ser considerados, pela sua própria natureza, como fins em si mesmos, ou seja, os indivíduos não podem servir simplesmente de meio, o que viria a limitar em consequência, o livre arbítrio. KANT, E. **Fundamentos para a Metafísica dos Costumes** apud COMPARATO, **op. cit.**, p. 33.

e proteção dos indivíduos, com uma significativa ampliação no rol de direitos. São documentos que se destacam nesse período, a «Petition of Rights» de 1628, o «Habeas Corpus Act», de 1679, o «Bill of Rights», de 1689, após a Revolução Gloriosa, e o «Establishment Act» de 1701, entre outros.<sup>95</sup>

Assim é constituído o Estado Liberal com fundamento na consagração de direitos voltados a limitar os poderes do Estado, a fim de garantir a não violação das liberdades dos indivíduos. Por essa razão, os direitos fundamentais no liberalismo consistiam predominantemente em liberdades ou garantias, em ambos os casos, direitos de defesa dos indivíduos perante o Estado.<sup>96</sup>

Nesse contexto, John Locke por meio da teoria contratualista estabelece as bases do pensamento individualista e do jusnaturalismo iluminista que serviriam mais tarde para dar fundamento ao constitucionalismo.<sup>97</sup>

Locke afirmou que o poder de legislar e o poder de governar não poderiam se concentrar na mesma pessoa,<sup>98</sup> posicionamento que veio a ser corroborado pelo surgimento da teoria da separação dos poderes do Barão de Montesquieu e o seu sistema de freios e contrapesos «checks and balances».<sup>99</sup>

Em 1757, o Contrato Social de Jean Jacques Rousseau revelou uma finalidade ética do Estado, centrada no bem comum do povo e não mais nos interesses de um ou de alguns indivíduos. Rousseau apresentou a teoria do contratualismo de forma diferenciada, na qual o povo governa por meio dos seus representantes, e, assim o filósofo elegeu o Estado Democrático de Direito – por possuir mecanismos democráticos e de controle do poder estatal –, como o modelo político que melhor atende às necessidades dos direitos fundamentais.<sup>100</sup>

---

<sup>95</sup> No âmbito penal, foi instituído o princípio da legalidade penal, a proibição de prisões arbitrárias e o «habeas corpus». Tornou-se possível invocar o direito de petição e passou a existir uma certa liberdade de expressão para os cidadãos ingleses. Cfr. SARLET, **A Eficácia...**, 2015, p. 890.

<sup>96</sup> Cfr. ANDRADE, **Os Direitos...**, 2021, p. 53.

<sup>97</sup> Cfr. LAFER, **A Reconstrução...**, p. 51 e SARLET, **op. cit.**, p. 820.

<sup>98</sup> No pensamento de Locke encontra-se a base para o Estado Democrático de Direito. Segundo o filósofo, os indivíduos se unem de forma voluntária para formar a sociedade civil e, portanto, abrem mão de parte da liberdade em prol da observância das leis. Afirma também que as leis não devem ser editadas unilateralmente pelo soberano, mas pactuadas pela maioria da sociedade civil, porque assim o Príncipe estaria também sujeito a elas. LOCKE, J. **Segundo Tratado sobre o governo**. São Paulo: Martin Claret, 2003, p. 106 apud MARMELSTEIN, 2014, p. 35.

<sup>99</sup> A limitação e separação de poderes ganhou relevância na doutrina do Barão de Montesquieu que estabeleceu um sistema de conter os abusos do homem detentor do poder. Nas suas palavras é preciso que “o poder freie o poder”. MONTESQUIEU, Barão de La Brède e de. **Do Espírito das Leis**. São Paulo: Nova Cultural, 1997, p. 200 apud MALMERSTEIN, **Curso de Direitos...**, 2014, p. 35.

<sup>100</sup> Atualmente, a maioria dos países do ocidente adota esse modelo que transfere para o povo a titularidade do poder e divide as funções estatais em três importante órgão: o Legislativo, o Executivo e o Judiciário. Este modelo é considerado o ideal relativamente ao controle do poder, com maior independência nas funções. Cfr. MARMELSTEIN, **op. cit.**, p. 35.

As Revoluções Liberais ou burguesas foram responsáveis por uma transformação na política mundial e impulsionaram a implantação do Estado Democrático de Direito. Não se pode olvidar que o processo de democratização impactou de forma expressiva os ordenamentos jurídicos, mormente em relação à consagração dos direitos políticos.<sup>101</sup>

Foi então, nesse ambiente liberal e jusnaturalista, que a concepção do homem dotado de direitos inatos e anteriores à formação do ente estatal, se concretizou na Constituição. Assim, os valores liberais se transformaram em normas jurídicas, passíveis de serem invocadas contra o Estado.<sup>102</sup>

Portanto, assinala Jorge Miranda que o Iluminismo encontrou no Constitucionalismo a forma ideal de racionalização e legitimação do poder, pois, atrelados à ideia de Direito liberal, encontram-se os conceitos de direitos fundamentais e de Constituição.<sup>103</sup>

Importa ressaltar que, no final do século XVIII, o ideal iluminista teve forte influência em dois grandes eventos relacionados à consagração dos direitos humanos e dos direitos fundamentais: a Revolução Francesa<sup>104</sup> e a Declaração da Independência dos Estados Unidos de 1776, redigida por Thomas Jefferson.<sup>105</sup>

Cumprir ainda fazer menção a outros documentos relevantes, como a Declaração do Estado de Virgínia de 1776 e a Constituição de 1787, que contribuíram para a unificação das 13 colônias, criando um Estado Federal, embora ressalta-se que, nesta última, tenham sido omitidos direitos que somente viriam a ser consagrados em 1791, com a aprovação de 10 emendas que consubstanciam o «Bill of Rights», rol de liberdades públicas e garantias constitucionais em favor do cidadão americano.<sup>106</sup>

---

<sup>101</sup> Cfr. ANDRADE, **op. cit.**, p. 54.

Cfr. SARMENTO, **op. cit.**, p. 21. Nesse sentido o artigo 16 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, impregnada pela doutrina jusnaturalista e aprovada no ápice da Revolução francesa, – “ toda a sociedade, na qual a garantia dos direitos não é assegurada, nem a separação de poderes determinada, não tem constituição.” Conteúdo disponível na íntegra em [https://www.senat.fr/lng/pt/declaration\\_droits\\_homme.html#:~:text=Ap%C3%B3s%20exaustivos%20debates%20os%20deputados%20votam%20o%20texto,propriedade%20a%20seguran%C3%A7a%20e%20a%20resist%C3%Aancia%20%C3%A0%20opress%C3%A3o,a](https://www.senat.fr/lng/pt/declaration_droits_homme.html#:~:text=Ap%C3%B3s%20exaustivos%20debates%20os%20deputados%20votam%20o%20texto,propriedade%20a%20seguran%C3%A7a%20e%20a%20resist%C3%Aancia%20%C3%A0%20opress%C3%A3o,a)cedido em 07/05/2021.

<sup>102</sup> Cfr. SARMENTO, **op. cit.**, p. 21. Nesse sentido o artigo 16 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, impregnada pela doutrina jusnaturalista e aprovada no ápice da Revolução francesa, – “ toda a sociedade, na qual a garantia dos direitos não é assegurada, nem a separação de poderes determinada, não tem constituição.” Conteúdo disponível na íntegra em [https://www.senat.fr/lng/pt/declaration\\_droits\\_homme.html#:~:text=Ap%C3%B3s%20exaustivos%20debates%20os%20deputados%20votam%20o%20texto,propriedade%20a%20seguran%C3%A7a%20e%20a%20resist%C3%Aancia%20%C3%A0%20opress%C3%A3o,a](https://www.senat.fr/lng/pt/declaration_droits_homme.html#:~:text=Ap%C3%B3s%20exaustivos%20debates%20os%20deputados%20votam%20o%20texto,propriedade%20a%20seguran%C3%A7a%20e%20a%20resist%C3%Aancia%20%C3%A0%20opress%C3%A3o,a)cedido em 07/05/2021.

<sup>103</sup> Cfr. MIRANDA, **Direito Fundamentais...**, 2018, p. 27.

<sup>104</sup> Os ideias da revolução francesa – igualdade, liberdade e fraternidade -, são ainda hoje a fonte axiológica de onde emanam, como de um manancial inesgotável, os direitos fundamentais. Cfr. SARMENTO, 2004, p. 24.

<sup>105</sup> Movimento que culminou na Independência e na fundação do Estado norte-americano. Cfr. *Idem*, *ibidem*, p. 24.

<sup>106</sup> Cfr. *Idem*, *ibidem*, p. 25.

Em 1789, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão na França trouxe o reconhecimento de direitos como a liberdade, a igualdade, a propriedade, a segurança, a liberdade de religião e do pensamento, bem como o direito à resistência, e conferiu somente ao legislador, como representante do interesse geral, o poder de impor limites a tais direitos.<sup>107</sup>

Assim, a Declaração, dotada de caráter universal, nas palavras de Fábio Konder Comparato, representou “[...]o atestado de óbito do Ancien Régime, constituído pela monarquia absoluta e pelos privilégios feudais”.<sup>108</sup>

Esse período foi marcado pelas Revoluções Liberais e pela luta por direitos fundamentais de liberdade e autonomia dos indivíduos com a não intervenção do Estado na vida econômica, social e pessoal, bem como pelo processo de industrialização que foi responsável por gerar grandes transformações políticas, econômicas e sociais.<sup>109</sup>

Apesar dos benefícios trazidos pelo constitucionalismo liberal, esta fase também foi marcada por um individualismo exacerbado onde o direito de liberdade não existia para os não proprietários. Dessa forma, os indivíduos, sem a prestação estatal, viam-se condicionados por questões econômico-sociais.<sup>110</sup>

A par disso, no século XIX, a Revolução Industrial trouxe um grande avanço na economia com a instituição da ordem capitalista, mas, por privilegiar somente uma parcela da sociedade, ensejou graves problemas sociais,<sup>111</sup> mormente aos trabalhadores que passaram a viver em condições indignas e sub-humanas.<sup>112</sup>

Para Fábio Konder Comparato, o desenvolvimento do sistema capitalista de produção ocasionou a transformação das pessoas em coisas, o que fora realizado de modo menos espetacular do que nos regimes totalitários, mas não menos trágico.<sup>113</sup>

Ocorre que nesse cenário de absenteísmo Estatal, pouco era feito para amenizar as disparidades sociais e econômicas geradas pelos processos revolucionários como, por exemplo, a forma como as mulheres eram excluídas da vida política e como era mantida a

---

<sup>107</sup> Cfr. DIMOULIS & MARTINS, **Teoria Geral...**, 2014, p. 16.

<sup>108</sup> Cfr. COMPARATO, **A Afirmação Histórica...**, 2015, p. 132.

<sup>109</sup> Cfr. ANDRADE, **Os Direitos...**, 2021, p. 51-54.

<sup>110</sup> Cfr. SARMENTO, **Direitos Fundamentais...**, 2004, p. 32.

<sup>111</sup> Nas palavras de George Marmelstein, “[...] enquanto uns enriqueciam-se, outros passavam fome ou morriam por falta de cuidados médicos[...]”. MARMELSTEIN, **Curso de Direitos...**, 2014, p. 44.

<sup>112</sup> Desprovidos de direitos trabalhistas, os trabalhadores eram submetidos a longas jornadas de trabalho, sem salário mínimo, férias ou descanso, sendo permitido ainda o trabalho infantil. Cfr. *Idem, Ibidem*, p. 44.

<sup>113</sup> Cfr. COMPARATO, **op. cit.**, p. 36.

escravidão nas colônias. A preocupação maior do Estado era a garantia do princípio da legalidade: a prevalência da lei a qualquer custo.<sup>114</sup>

Pedro Cruz Villalon considera que, ao longo do século XIX, o princípio da legalidade na Europa constituía o início e o fim dos direitos fundamentais. Portanto, era esse princípio que determinava o valor dos direitos, nem mais, nem menos.<sup>115</sup>

Assim, no final do século XIX e início do século XX, visto que os direitos liberais - essencialmente constituídos por direitos de liberdades - mostraram-se na prática insuficientes na proteção da dignidade humana, passam a ser reivindicados outros direitos, especialmente por trabalhadores: direitos de cunho econômico, social e cultural.

Nesse contexto, a Constituição francesa de 1848 trouxe, ainda que de forma incipiente, alguns direitos ligados à proteção no trabalho.<sup>116</sup>

Restou evidenciado que, embora positiva a existência dos direitos individuais de cunho eminentemente formal, era preciso que o Estado garantisse, de forma concreta, as condições mínimas de existência para os indivíduos. Sob esse aspecto, afirmou Karl Marx em sua obra «Manifesto Comunista», publicada em 1848, que o Estado deveria ser mais atuante, considerando que a sua abstenção conduz a sociedade a um verdadeiro Estado de Natureza, onde há disparidades e vence o mais forte, gerando um desequilíbrio social.<sup>117</sup>

A par disso, a Igreja, com sua doutrina social, criticava as consequências do liberalismo e assumia a defesa dos mais necessitados, reivindicando a instituição de direitos mínimos para o trabalhador. Assim, em 1891, o Papa Leão XIII, com esse propósito, edita a «Encíclica Rerum Novarum».<sup>118</sup>

Dá-se início à primeira fase de internacionalização dos direitos humanos, com destaque para o direito humanitário na luta contra a escravidão e na defesa dos direitos dos trabalhadores, sendo a Convenção de Genebra de 1864 e a criação da Organização Internacional do Trabalho (OIT), em 1919, dois importantes acontecimentos desse período.<sup>119</sup>

---

<sup>114</sup> Cfr. SARMENTO, **op. cit.**, p. 28-31.

<sup>115</sup> Cfr. VILALLON, Pedro Cruz, (1989). **Revista Española de Derecho Constitucional**. Madrid: Enero. Aflo 9.Núm. 25. Núra. Exposição apresentada nas XII Jornadas de Estudo, organizadas pela Direção-Geral do Serviço Jurídico do Estado, em maio de 1988, com o Título Introdução aos direitos fundamentais, p. 49.

<sup>116</sup> São instituídos os direitos econômicos para a garantia da dignidade no trabalho; os direitos sociais como segurança nas necessidades materiais; e os direitos culturais como forma de acesso à educação e à cultura. Cfr. MIRANDA, **op. cit.**, p. 27.

<sup>117</sup> Marx fez severas críticas ao sistema capitalista de produção, afirmando que as pessoas haviam sido transformadas em coisas, como é o caso do trabalhador que fora equiparado a uma mercadoria. Cfr. SARMENTO, **op. cit.**, p. 32.

<sup>118</sup> Cfr. **Idem**, **ibidem**, p. 32.

<sup>119</sup> Cfr. COMPARATO, **op. cit.**, p. 68.

Com as mudanças perpetradas na economia e com o aparecimento da nova ordem denominada de sociedade técnica de massas, a sociedade foi fragmentada e o Estado chamado a cumprir um papel positivo, de cunho prestacional, de forma a intervir diretamente nas questões sociais e na economia.

A liberdade contratual sem limites, permitiu o aviltamento da dignidade e a exploração dos trabalhadores. Nesse contexto, marcado por desigualdades, emergem novos direitos, os chamados direitos sociais, que alteram consideravelmente o arcabouço dos direitos fundamentais e que representam não mais direitos contra o Estado, mas sim deveres de atuação estatal.<sup>120</sup>

A finalidade estatal passa a ser a busca em garantir e efetivar os direitos, criando uma espécie de igualdade material, através da correção das desigualdades, mas com a manutenção das liberdades anteriormente conquistadas. É com a chegada dessa nova concepção de Estado, que o direito à felicidade passa a ser fortemente perseguido, direito que já havia sido referido em outras declarações anteriores por estar relacionado com o direito à liberdade.<sup>121</sup>

Outro fato histórico importante ocorrido no período foi a promulgação, em 1917, da Constituição mexicana<sup>122</sup>, a primeira a trazer em seu corpo diversos direitos sociais.

Destaca-se também, na mesma época, após a Revolução Russa de 1917, que foi fortemente influenciada pelos ideais de Marx, a promulgação da “Declaração dos direitos do povo trabalhador e explorado”.<sup>123</sup>

Nesse cenário, surgem as bases para o «Welfare State», o chamado Estado do bem-estar social, no qual o ente estatal passa a ter a difícil tarefa de promover a igualdade social e uma vida digna aos indivíduos, em um contexto de liberdade econômica, livre iniciativa e proteção da propriedade privada, imposto pelo sistema capitalista de produção.

A nova ideologia instaurada e a normatização de conteúdo social possibilitaram uma mudança paulatina na postura do Estado, que passa a atuar em prol de conter os abusos e as discrepâncias que o mercado livre não consegue controlar. Diante disso, é possível afirmar

---

<sup>120</sup> Vieira de Andrade cita como exemplos: os direitos dos trabalhadores, os direitos à habitação, à saúde, à segurança social, à proteção de jovens e idosos, ao ensino, à cultura, entre outros. Cfr. ANDRADE, **op. cit.**, p. 59.

<sup>121</sup> A igualdade formal cede lugar à igualdade material. Cfr. MIRANDA, **op. cit.**, p. 31-32.

<sup>122</sup> A Revolução Mexicana, de 1910, teve grande influência na promulgação da Constituição em 1917. Cfr. DIMOULIS & MARTINS, **op. cit.**, p. 20.

<sup>123</sup> A Revolução Russa, em 1917 foi a primeira revolução socialista de sucesso, evidenciando a força operária. Cfr. MARMELESTEIN, **op. cit.**, p. 46.

que o Estado Social representou a tentativa de harmonização das liberdades individuais e políticas com os emergentes direitos sociais.<sup>124</sup>

O sistema dos direitos fundamentais é impactado pelas inovadoras concepções de interdependência, solidariedade, intervencionismo e socialização que visam uma ordem mais justa com menor disparidade nas questões sócio-econômicas.<sup>125</sup>

No tocante aos direitos sociais, na Alemanha, a Constituição de Weimar, de 1919, reconhece uma gama de direitos voltados ao âmbito laboral e também direitos voltados à saúde, previdência, educação e proteção. São então, lançadas as bases jurídicas para a positivação dos direitos sociais e econômicos, fase que ficou marcada pelo aumento de normas de ordem pública no Direito privado com a consequente limitação na autonomia da vontade em busca do bem-estar da coletividade e a formação de um Direito do trabalho.<sup>126</sup>

Fala-se ainda no reconhecimento de uma função social dos direitos fundamentais. O Estado, contrariamente ao que fora apregoado pelo liberalismo, deve agora atuar de forma positiva por meio de políticas públicas interventivas e limitativas, a fim de assegurar uma igualdade em concreto, real e efetiva. Nesse propósito, vários direitos passam a sofrer limitações em prol de interesses coletivos.<sup>127</sup>

O Estado social de Direito é constituído com o propósito de corrigir as desigualdades e proporcionar uma liberdade com significado igual para todos, não podendo ser restringida mediante interesses meramente individuais.<sup>128</sup>

Na verdade, são as liberdades que se ampliam e se concretizam, tendo em vista que a dignidade humana deve ser protegida tanto pela via das liberdades públicas de cunho não prestacional, como pela promoção das condições mínimas de existência digna ao indivíduo pela ação do Estado.<sup>129</sup>

Nesse aspecto, cabe fazer uma importante ressalva relativa aos direitos sociais, visto que, por constituírem na sua maioria prestações estatais, mais do que outros direitos,

---

<sup>124</sup> Cfr. SARMENTO, **op. cit.**, 2004, p. 33-36.

<sup>125</sup> Cfr. ANDRADE, **op. cit.**, p. 59.

<sup>126</sup> Cfr. SARMENTO, **op. cit.**, p. 35.

<sup>127</sup> Nesse sentido, salienta Vieira de Andrade que a função social da propriedade, a função social do contrato, o controle feito pelas leis secas, a obrigatoriedade de vacinação, a proibição de fumar em recintos fechados, a imposição do uso do cinto de segurança, são alguns exemplos de intervenções estatais na liberdade e autonomia privada. Cfr. ANDRADE, **op. cit.**, p. 60.

<sup>128</sup> Cfr. MIRANDA, **op. cit.**, p. 31.

<sup>129</sup> Vieira de Andrade fala em sua obra sobre as “liberdades sociais”, como liberdades ampliadas e concretizadas e que revelam uma proteção estatal de cunho social como, por exemplo, o direito à greve, à liberdade de profissão, à liberdade sindical. Cfr. ANDRADE, **op. cit.**, p. 60.

enfrentam uma barreira na sua implementação em relação aos recursos públicos que são limitados.<sup>130</sup>

Inicia-se então, nesse período de busca pela igualdade material, um relevante processo de publicização do Direito privado<sup>131</sup>, que repercutirá na incidência dos direitos fundamentais nas relações privadas.

O mundo capitalista permitiu o surgimento de grandes empresas e os direitos que outrora eram invocados somente perante o Estado, passam também a ser demandados nas relações privadas, marcadas pela opressão e injustiça provenientes das desigualdades sociais, mormente nas relações de trabalho.<sup>132</sup>

### 1.2.3 Os direitos fundamentais nos séculos XX e XXI

O tema dos direitos fundamentais, ao longo da história, passou por diversas transformações, tanto em relação ao seu conteúdo, quanto em relação à titularidade.<sup>133</sup> Nesse sentido, o reconhecimento dos direitos econômicos, sociais e culturais representou uma conquista na luta pela diminuição das desigualdades provenientes do sistema capitalista predominante.<sup>134</sup>

O século XX ficou marcado por duas grandes ideologias, o liberalismo econômico e o socialismo, que fizeram menção, ainda que de forma diversa, à liberdade, à igualdade, à solidariedade e à democracia.<sup>135</sup>

---

<sup>130</sup> Os direitos sociais para sua efetivação, dependem da atuação estatal e enfrentam a problemática de que os recursos públicos são escassos, fato que justifica o argumento de que os direitos sociais estariam sujeitos ao princípio da reserva do possível. Cfr. SARMENTO, **op. cit.**, p. 37. A questão que se discute é como conferir exigibilidade às normas que instituem os direitos fundamentais sociais, sem considerar o seu caráter meramente programático. Sobre o tema, ver conteúdo disponível em <https://periodicos.ufpe.br/article/download>, acessado em 07/05/2021.

<sup>131</sup> Expressão usada na doutrina para explicitar a nova feição assumida pelo direito privado. Houve uma conformação do direito privado, marcada pela intervenção do ente estatal nas relações privadas, com o escopo de garantir a proteção dos mais vulneráveis. Como exemplo cita-se o Direito do Trabalho. Há quem faça referência a um “dirigismo contratual” por parte do Estado que impõe limites à autonomia contratual. Assim também as Constituições passaram a regular normas das relações particulares dos indivíduos, anteriormente inseridas no direito privado, fato que repercute diretamente na atuação do legislador ordinário. Conteúdo disponível na íntegra em [http://repositorio.ufc.br/bitstream/riufc/53530/1/2007\\_art\\_jlnmatias.pdf](http://repositorio.ufc.br/bitstream/riufc/53530/1/2007_art_jlnmatias.pdf), acessado em 07/05/2021. Apesar do conteúdo diverso, cumpre fazer menção ao termo «Constitucionalização do Direito», tema atual discutido na doutrina. Luís Roberto Barroso fala em constitucionalização do Direito quando há “[...]um efeito expansivo das normas constitucionais, cujo conteúdo material e axiológico se irradia, com força normativa, por todo o sistema jurídico”. Cfr. BARROSO, **Curso de Direito...**, 2018, p. 287.

<sup>132</sup> Cfr. SARMENTO, **Direitos Fundamentais...**, 2004, p. 37.

<sup>133</sup> Cfr. SARLET, **A Eficácia...**, 2015, p. 965.

<sup>134</sup> Cfr. COMPARATO, **A Afirmação...**, 2015, p. 67.

<sup>135</sup> Cfr. SARMENTO, **op. cit.**, p. 44.

Não obstante todas as conquistas resultantes das lutas em prol da consagração de direitos, quatorze anos após a Constituição de Weimar, na Alemanha, Hitler e o seu partido nacional-socialista assumem o poder iniciando um período de sucessivas violações de direitos fundamentais.<sup>136</sup>

E tão somente a partir da segunda Guerra Mundial em 1945, os povos do mundo reconhecem a necessidade de proteger a dignidade humana como um valor absoluto e resolvem dar início a uma nova fase de internacionalização dos direitos humanos. Nesse período, destacam-se a Declaração Universal e a Convenção Internacional sobre a prevenção e punição do crime de genocídio, ambas aprovadas em 1948.<sup>137</sup>

Para Antonio E. Perez Luño, o processo de afirmação internacional dos direitos, apesar dos avanços e dos retrocessos provenientes da política de bloco e dos regimes totalitários, traz a esperança de uma humanidade liberta do temor de ver seus direitos mais essenciais constantemente violados.<sup>138</sup>

No final do século XX, instaurou-se uma crise econômica reflexo da globalização e do grande avanço tecnológico, e o ente estatal que já enfrentava dificuldades, teve diminuídas as suas capacidades de implementar as políticas públicas e garantir os direitos sociais.<sup>139</sup>

Além disso, as demandas excessivas de grupos sociais, os desperdícios e a má administração são alguns dos fatores que conduziram ao declínio do Estado Social e que juntamente com as correntes neoliberais permitiram o aparecimento de um Estado pós-social.<sup>140</sup>

O neoliberalismo, desconsiderando os erros e as desigualdades trazidas pelo liberalismo econômico iluminista, propõe novamente a não intervenção estatal, com o retorno ao Estado mínimo.<sup>141</sup>

Para Paulo Bonavides, a globalização do neoliberalismo, advinda da globalização econômica, é uma utopia responsável por criar mais problemas do que apresentar soluções.

---

<sup>136</sup> Cfr. DIMOULIS & MARTINS, **Teoria Geral...**, 2014, p. 32.

<sup>137</sup> Cfr. SARMENTO, **op. cit.**, p. 44.

<sup>138</sup> Cfr. PEREZ LUÑO, **Los Derechos...**, 1998, p. 18, cap. 2.

<sup>139</sup> Cfr. SARMENTO, **op. cit.**, p. 44.

<sup>140</sup> Para Jorge Miranda, na Europa, até as décadas de 90, o Estado apresentou um modelo elogiável de prestação de benefícios, como abonos familiares, segurança social, serviço nacional de saúde e acesso à educação. O autor também faz críticas às correntes neoliberais que apregoam a desregulamentação de setores básicos da economia, bem como as privatizações sem limites, o que gera um crescimento no desemprego e na precarização das relações laborais. Cfr. MIRANDA, **Direitos Fundamentais...**, 2018, p. 39.

<sup>141</sup> Cfr. SARMENTO, **op. cit.**, p. 43-47.

Segundo o professor, a única que realmente importa é a globalização de direitos fundamentais, que representa o esforço político em universalizar os direitos.<sup>142</sup>

É inegável que os direitos fundamentais alcançaram um valor supremo nos ordenamentos jurídicos das civilizações contemporâneas, mas também é sabido que a economia mundial globalizada e voltada para a informação e tecnologia, tem dificultado a efetivação dos direitos, mormente no tocante aos direitos sociais.<sup>143</sup>

E não se pode olvidar que uma vida digna é alcançada pela concessão de direitos, mas não somente isto; outrossim, pelo real esforço dos entes públicos na administração dos recursos estatais e na efetivação de benefícios sociais e econômicos por meio da execução de políticas públicas.<sup>144</sup>

Danilo Zolo se opõe ao liberalismo e afirma que, mesmo diante da prevalência da economia de mercado, os problemas concernentes à liberdade e igualdade perduram nos dias atuais. Segundo ele, esses mecanismos criam por si só desigualdade e pobreza.<sup>145</sup>

A atual sociedade de risco,<sup>146</sup> corolário dos fenômenos da industrialização e da globalização, tem proporcionado um aumento nas desigualdades sociais. A par disso, o mundo informatizado tem trazido questões conflitantes que envolvem a dignidade humana evidenciando que os direitos fundamentais estão sendo cada vez mais ameaçados. É nesse contexto que emergem grandes desafios para os juristas que procuram atender às novas demandas voltadas à segurança, à diversidade e à solidariedade.<sup>147</sup>

Assim, visto que o conteúdo dos direitos fundamentais não é estático, mas encontra-se em constante mudança e evolução, urge fazer menção à lição de Karel Vasak que, em 1979, em Estrasburgo, apresentou a trajetória dos direitos fundamentais na ordem institucional a manifestar-se em gerações, conforme será abordado.<sup>148</sup>

#### **1.2.4 A Teoria das gerações ou dimensões dos direitos fundamentais – uma análise crítica**

---

<sup>142</sup> BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito Constitucional**. – 26ª ed. – São Paulo: Malheiros Editores, 2011, p. 571.

<sup>143</sup> Cfr. SARMENTO, **op. cit.**, p. 48-49.

<sup>144</sup> ABRANTES, José João. **Direitos Fundamentais da Pessoa Humana no Trabalho**: em especial, a reserva da intimidade da vida privada. Almedina. Edição do Kindle, 2014, p. 88.

<sup>145</sup> FERRAJOLI, **Los Fundamentos...**, 2014, p. 90.

<sup>146</sup> Nesse sentido, o risco econômico, o climático e o proveniente do terrorismo, - e em âmbito mundial, é o que «Ulrich Beck» denomina de sociedades de risco e civilização do perigo. Cfr. MIRANDA, **op. cit.**, p. 40

<sup>147</sup> Cfr. ANDRADE, **Os Direitos Fundamentais...**, 2021, p. 59-68.

<sup>148</sup> Cfr. BONAVIDES, **op. cit.**, p. 563.

O processo de reconhecimento dos direitos fundamentais nos ordenamentos jurídicos, foi marcado por inúmeros acontecimentos relevantes. Desde as primeiras Constituições, apareceram direitos de conteúdo diversos em conformidade com as necessidades humanas e que foram de forma lenta, mas progressiva, consagrados e efetivados.<sup>149</sup>

É sabido que o lema da Revolução Francesa «liberdade, igualdade e fraternidade», serviu de inspiração para os textos constitucionais.<sup>150</sup> Assim, convencionou-se, na literatura, apresentar os direitos em gerações, de acordo com a preponderância desses direitos nos momentos históricos. Fala-se, então, em direitos da primeira, da segunda e da terceira geração, nomeadamente, direitos da liberdade, da igualdade e da fraternidade.<sup>151</sup>

No que toca ao uso do termo «gerações», apesar de ser usual na doutrina, cumpre ressaltar que a expressão pode sugerir equívocos de interpretação que devem ser sumariamente analisados.

Na utilização da expressão «gerações de direitos» é possível atribuir a ideia de uma substituição gradativa de um direito por outro e não de uma continuidade. Diferentemente do entendimento que a imprecisão terminológica consigna, os direitos apresentaram-se ao longo de sua evolução em um processo cumulativo e de complementaridade.<sup>152</sup>

Para Vieira de Andrade, “[...] os direitos típicos de cada geração subsistem a par dos da geração seguinte e até se acrescentam sob novos aspectos.”<sup>153</sup> Portanto, os direitos de liberdades não desaparecem quando surgem os de igualdade, mas são redefinidos de forma a adaptá-los aos novos contextos. Não ocorre a abolição dos direitos anteriores e nem há uma ruptura. Assim, o processo de reconhecimento dos direitos fundamentais, com seus avanços e retrocessos, não deve ser considerado em sentido cronológico, de sucessão, mas deve ser visto como um processo cumulativo.<sup>154</sup>

---

<sup>149</sup> Cfr. SARLET, **op. cit.**, p. 965.

<sup>150</sup> Cfr. NOVELINO, Marcelo. **Curso de Direito Constitucional** – 11ª ed. – Salvador: Editora JusPodivm, 2016, p. 272.

<sup>151</sup> Cfr. BONAVIDES, **op. cit.**, p. 563. Para além das três gerações, há autores que defendem a existência de uma quarta, quinta e até mesmo de uma sexta geração dos direitos fundamentais. Sobre o tema ver BONAVIDES, **op. cit.**, p. 579; CANOTILHO, **Direito Constitucional...**, 2003, p. 386; WOLKMER, A. C., **Introdução aos fundamentos de uma teoria geral dos “novos” direitos**, p. 131, disponível em <http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/RevJur/article/view/593>, acessado em 10 de dez. de 2021; FACHIN, Zulmar. & SILVA, Deise Marcelino da, **Acesso à água potável. Direito Fundamental de sexta dimensão**. – 3ª ed. – Londrina, PR: Editora Thouth. Edições Kindle, 2017, p. 74.

<sup>152</sup> Cfr. SARLET, **op. cit.**, p. 969.

<sup>153</sup> Cfr. ANDRADE, **op. cit.**, p. 66.

<sup>154</sup> Cfr. MARMELESTEIN, **Curso de Direitos...**, 2014, p. 53.

Nesse sentido, a «teoria das gerações» poderá sugerir um processo compartimentado e estanque, o que não é possível conceber na trajetória dos direitos fundamentais.

Outra crítica apresentada por George Marmelstein é a de que a expressão «gerações» seria demasiadamente prejudicial ao reconhecimento de novos direitos, ao condicionar o aparecimento de uma nova geração ao término da outra, ou seja, uma geração surgiria somente após a completa efetivação dos direitos já consignados na outra. Segundo ele, nessa linha de pensamento, no que tange especificamente aos direitos sociais nos países mais pobres, a «teoria das gerações» viria ensejar uma baixa carga de normatividade e, por conseguinte, de efetividade dos direitos.<sup>155</sup>

É relevante também ressaltar que há direitos que foram reconhecidos anteriormente nas Constituições, embora sejam característicos de uma «geração» posterior.<sup>156</sup> Desse modo, a fim de evitar erros de interpretação provenientes da expressão, parte crescente da doutrina prefere o uso do termo «dimensões» ao invés de «gerações».<sup>157</sup>

Contudo, cumpre mencionar que mesmo o uso do termo dimensões não está imune às críticas.

Importa lembrar o caráter de indivisibilidade e interdependência dos direitos fundamentais, evidenciado no direito constitucional interno e que, devido ao contexto dinâmico em que estão inseridos, podem ser compreendidos em múltiplas dimensões.<sup>158</sup>

No mesmo sentido, Dimitri Dimoulis enfatiza que: “[...] fala-se em «dimensão» para indicar dois ou mais componentes ou aspectos do mesmo fenômeno ou elemento [...]” e “[...] há grupos de direitos fundamentais cuja finalidade e funcionamento são claramente diferenciados em âmbito jurídico [...]” Segundo o autor, os termos «categorias» ou «espécies» de direitos fundamentais seriam mais adequados.<sup>159</sup>

---

<sup>155</sup> O autor explica que esse problema seria enfrentado principalmente nos países em desenvolvimento, onde em alguns casos, nem sequer foi atingido o reconhecimento amplo dos direitos de primeira geração. Cfr. MARMELSTEIN, **op. cit.**, p. 53.

<sup>156</sup> Há direitos de segunda geração que já apareciam nas Constituições, mesmo nos períodos quando se sobressaíam os direitos de primeira geração. Cfr. FERREIRA, **Direitos Humanos...**, 2011, p. 24.

<sup>157</sup> Nesse sentido, ver SARLET, **op. cit.**; MARMELSTEIN, **op. cit.**; SARMENTO, **op. cit.**; TAVARES, André Ramos, **Curso de Direito Constitucional**. – 18ª ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2020; MIRANDA, **op. cit.**; CANOTILHO, **op. cit.**; NOVELINO, M., **Curso de Direito Constitucional**, 2016; e BONAVIDES, **op. cit.**

<sup>158</sup> George Marmelstein cita como exemplo o direito à propriedade que com sua dimensão individual-liberal evidencia direitos de primeira geração e com a sua dimensão social evidenciam direitos de segunda geração. Cf. MARMELSTEIN, **Op. cit.**, p. 54.

<sup>159</sup> O autor recomenda a utilização dos termos “categorias” ou “espécies” de direitos fundamentais, semelhantemente ao uso na classificação de leis e atos jurídicos. Segundo ele o termo “dimensão” deve ser usado para indicar dois aspectos ou funções dos mesmos direitos fundamentais, nomeadamente o subjetivo e o objetivo (tema que será tratado oportunamente). Cfr. DIMOULIS & MARTINS, **Teoria geral...**, 2014, p. 24.

A par disso, Vieira de Andrade apresenta em sua obra as dimensões dos direitos fundamentais, considerando-os por diversas perspectivas. O autor reconhece a ideia de acumulação na história dos direitos fundamentais, visto que em cada momento, novos direitos são instituídos e somados aos anteriores, variando de acordo com as necessidades de proteção da dignidade humana. Assim, segundo o autor, num processo dinâmico, um novo direito deverá surgir sempre que essa dignidade for ameaçada ou aviltada pelo Estado ou por outras entidades.<sup>160</sup>

É possível afirmar que inicialmente preponderaram os direitos clássicos individuais e políticos. Contudo, posteriormente surgem os direitos sociais. A partir deles, vêm os direitos difusos e coletivos. Essa trajetória é aceita na doutrina, havendo um consenso em relação ao conteúdo preponderante das respectivas «gerações» ou «dimensões».<sup>161</sup>

Não obstante as críticas apresentadas, no presente trabalho será adotado o termo «dimensões» para fazer referência às categorias ou famílias<sup>162</sup> de direitos fundamentais com características jurídicas comuns e que tiveram preponderância em diferentes contextos.

Foram nas primeiras Constituições, ainda no século XVIII, impregnadas pelo pensamento liberal-burguês, que se apresentaram de forma predominante, mas não exclusiva, os direitos de cunho individualista.<sup>163</sup>

Esses direitos foram considerados direitos de primeira dimensão e representam os direitos de liberdade do indivíduo oponíveis ao Estado – direitos de defesa e de resistência, marcados pela subjetividade, por constituírem faculdades ou atributos da pessoa. Englobam os direitos civis e políticos que aparecem na fase inicial do constitucionalismo<sup>164</sup> e, por conseguinte, representam marcadamente direitos de feição negativa, que exigem uma abstenção Estatal, ou seja, uma não intervenção na autonomia individual. É possível citar como exemplos, os direitos à vida, à liberdade, à propriedade e à igualdade perante a lei, bem como os direitos de participação política.<sup>165</sup>

É notório que as necessidades do ser humano são infinitas e estão em constante mudança, revelando a impossibilidade de ser instituído um rol eterno e imutável de direitos fundamentais.

---

<sup>160</sup> Cfr. ANDRADE, **op. cit.**, p. 15-47.

<sup>161</sup> Sobre o tema, ver SARLET, **op. cit.**; MARMELSTEIN, **op. cit.**; SARMENTO, **op. cit.**; TAVARES, **op. cit.**; ANDRADE, **op. cit.**; MIRANDA, **op. cit.**; BONAVIDES, **op. cit.**; NOVELINO, **op. cit.**; DIMOULIS & MARTINS, **op. cit.**; CANOTILHO, **op. cit.**; e FERREIRA, **op. cit.**.

<sup>162</sup> Cfr. FERREIRA, **op. cit.**, p. 24.

<sup>163</sup> Cfr. SARLET, **op. cit.**, p. 994.

<sup>164</sup> Cfr. BONAVIDES, **op. cit.**, p. 563.

<sup>165</sup> Cfr. SARLET, **op. cit.**, p. 1010.

Os direitos de segunda dimensão surgem logo após a primeira Guerra Mundial, em um período marcado pela problemática da desigualdade social.

Foi nesse contexto de movimentos revolucionários que os direitos sociais e econômicos se destacaram, tendo como finalidade proporcionar melhores condições e uma vida digna aos indivíduos. Assim, objetivando a promoção dos direitos e a proteção dos grupos sociais vulneráveis, o Estado passou a atuar para satisfazer às demandas relativas ao trabalho, à educação e à saúde, com vistas à concretização do direito à igualdade.<sup>166</sup>

A terceira dimensão dos direitos fundamentais está diretamente relacionada com as novas adversidades do mundo globalizado. Assim, os direitos fundamentais de terceira geração são os direitos de solidariedade ou fraternidade entre os seres humanos de todas as raças e nações e emergem somente no final do século XX no âmbito internacional.<sup>167</sup>

Apesar do debate existente na doutrina sobre quais seriam esses direitos e por não terem alcançado o pleno reconhecimento na ordem constitucional de muitos países, alguns autores asseveram que são direitos ligados à paz, ao desenvolvimento, ao meio ambiente, ao patrimônio comum da humanidade, à autodeterminação dos povos e à comunicação.<sup>168</sup>

Trata-se de direitos dotados de humanismo e universalidade, visto que não são voltados à proteção do indivíduo, de um grupo ou de um Estado, mas do gênero humano.<sup>169</sup> Portanto, os direitos de terceira geração não têm uma titularidade definida ou de fácil determinação, sendo considerados direitos transindividuais.<sup>170</sup> O surgimento dessa categoria de direitos está diretamente ligado ao objetivo de diminuir as disparidades entre as nações, por meio do auxílio dos países detentores de maiores recursos econômicos.<sup>171</sup>

Para J.J.Gomes Canotilho, essa categoria de direitos constitui a dos direitos sociais e dos trabalhadores, na qual inclui também os direitos de solidariedade.<sup>172</sup>

---

<sup>166</sup> O Estado passou também a atuar na proteção das liberdades sociais, como o direito à sindicalização e à greve. Cfr. SARLET, **op. cit.**, p. 1029.

<sup>167</sup> Cfr. FERREIRA, **op. cit.**, p. 76.

<sup>168</sup> Nesse sentido, SARLET, **op. cit.**; BONAVIDES, **op. cit.**; FERREIRA, **op. cit.**; SARMENTO, **op. cit.**; NOVELINO, **op. cit.**; MIRANDA, **op. cit.**; e CANOTILHO, **op. cit.**. São exemplos de direitos fundamentais de terceira geração na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988: o art 225 que trata do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado; o art 5º, nos incisos XXXII, que estabelece a proteção do consumidor, e XXXIII, que dispõe sobre o direito a informações prestadas pelos órgãos públicos; e o art. 4º com os incisos I, III e IV, que fazem referência à independência nacional, à autodeterminação dos povos e a não intervenção. Também os incisos VI e VII do mesmo artigo que fazem menção à defesa da paz e à solução pacífica dos conflitos.

<sup>169</sup> Cfr. BONAVIDES, **op. cit.**, p. 569.

<sup>170</sup> Cfr. SARLET, **op. cit.**, p. 1053.

<sup>171</sup> Cfr. NOVELINO, **op. cit.**, p. 273.

<sup>172</sup> Os direitos de solidariedade, segundo Canotilho, englobam o direito ao desenvolvimento e o direito ao patrimônio comum da humanidade, constituindo direitos de dimensão coletiva e que, portanto, exigem a colaboração de todos os Estados. Também acrescenta ao rol, o direito à autodeterminação, o direito a um

Há uma forte tendência ao reconhecimento de outras dimensões de direitos fundamentais, justamente pelo caráter dinâmico e amplo da sua trajetória evolutiva. Apesar disso, as novas categorias de direitos permanecem intimamente ligadas aos clássicos valores de liberdade, igualdade e fraternidade, com o foco na dignidade humana. Jorge Miranda fala em quatro ou cinco dimensões, e cita como exemplos os direitos relativos à biomédica, à engenharia genética, à informática e às modernas tecnologias.<sup>173</sup>

Para Paulo Bonavides, são direitos de quarta dimensão, o direito à democracia, à informação e o direito ao pluralismo e esses direitos correspondem nas suas palavras “ao futuro da cidadania e ao porvir da liberdade de todos os povos”, com a derradeira fase da institucionalização do Estado social. Assim, “[...]os direitos da segunda, da terceira e quarta «gerações» não se interpretam, concretizam-se.”<sup>174</sup>

No que tange aos direitos de quinta dimensão, o autor destaca o direito à paz e a necessidade de inseri-lo em uma dimensão autônoma, tendo em vista o seu valor imprescindível para a convivência dos povos.<sup>175</sup>

Ainda sobre os que asseveram a existência de direitos de quinta dimensão, cumpre ressaltar que alguns afirmam estarem esses direitos ligados à sociedade tecnológica e da informação, do ciberespaço, da Internet e da realidade virtual; enquanto outros vinculam os direitos de quinta dimensão ao cuidado e respeito para com as formas de vida e defesa contra os métodos de dominação biofísica.<sup>176</sup>

Por fim, na literatura brasileira, é possível encontrar defensores da existência de uma sexta dimensão dos direitos fundamentais: o direito humano e fundamental de acesso à água potável – para a vida, saúde e desenvolvimento humano.<sup>177</sup>

Apesar da classificação em dimensões, evidencia-se que não há hierarquia entre os direitos fundamentais, mas sim uma indivisibilidade e interdependência que certifica a forte vinculação existente entre os direitos das diversas dimensões. Assim, pode-se afirmar que “[...] os direitos são de todas as «gerações»”.<sup>178</sup>

---

ambiente saudável e sustentável, o direito à comunicação e o direito à paz. Assim, o autor faz referência à problemática no âmbito internacional e traz a denominação “direito dos povos”, pois esses direitos também podem ser considerados como direitos de quarta geração. Cfr. CANOTILHO, **op. cit.**, 386.

<sup>173</sup> Cfr. MIRANDA, **op. cit.**, p. 28.

<sup>174</sup> Cfr. BONAVIDES, **op. cit.**, p. 572.

<sup>175</sup> Cfr. NOVELINO, **op. cit.**, p. 274.

<sup>176</sup> Para os defensores das novas «gerações» de direitos fundamentais, a transição da sociedade industrial para a da era virtual exigiu novas categorias de direitos. Cfr. OLIVEIRA JUNIOR, J. A. de, **Teoria Jurídica**, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000, p. 29; WOLKMER, **Introdução aos fundamentos...**, 2013, p. 133.

<sup>177</sup> Cfr. FACHIN & SILVA, **Acesso à água potável...**, p. 74.

<sup>178</sup> Cfr. CANOTILHO, **Curso de Direito...**, p. 386.

Portanto, essas categorias de direitos fazem parte de um processo dinâmico e, apesar de apresentarem características preponderantes e certa uniformidade, estão em constante mudança. Desse modo, as novas realidades exigem cada vez mais, a redefinição ou o redimensionamento dos direitos. Os países devem buscar com esforço e colaboração, efetivar todos os direitos já consagrados e reconhecer nas Constituições, os que ainda não foram.

No Estado constitucional<sup>179</sup> há valores democráticos e direitos fundamentais imprescindíveis ligados à dignidade da pessoa humana: direito à justiça, à solidariedade, à liberdade de religião, de expressão, de associação, entre outros.

A partir de agora, e tendo em vista a sua evolução histórica, importa analisar como se deu o reconhecimento desses direitos nas Constituições da República de Portugal e do Brasil e como estão dispostos atualmente nas Cartas dos países.

### 1.3 Os direitos fundamentais nas Constituições portuguesa e brasileira

A constitucionalização segundo J. J. Gomes Canotilho consiste na incorporação de direitos subjetivos do homem em normas formalmente básicas que passam a ser objeto de uma proteção especial. Nesse sentido, os direitos fundamentais dispostos nas constituições são normas vinculativas e o seu reconhecimento e garantia estão sujeitos ao legislador constituinte e não ao ordinário.<sup>180</sup>

Assim, é possível afirmar que os direitos fundamentais nas Constituições são vistos como um sistema ou uma ordem estruturada e fundamentada pelo princípio da dignidade da pessoa humana, representando uma unidade normativa-valorativa.<sup>181</sup>

Relativamente a esse sistema, importa fazer menção ao fato de que há direitos fundamentais formalmente constitucionais e direitos materialmente fundamentais. Os primeiros, dizem respeito a direitos consagrados e reconhecidos pelas Constituições. Os segundos, referem-se a direitos que estão dispostos nas leis e no direito internacional, e não possuem o assento constitucional.<sup>182</sup>

---

<sup>179</sup> Adverte Manoel Gonçalves Ferreira Filho que o constitucionalismo teve por precípua escopo, assegurar os direitos fundamentais contra o poder. Cfr. FERREIRA, **Direitos Humanos...**, 2001, p. 91.

<sup>180</sup> Cfr. CANOTILHO, **op. cit.**, p. 378.

<sup>181</sup> Cfr. ANDRADE, **op. cit.**, p. 100.

<sup>182</sup> Cfr. CANOTILHO, **op. cit.**, p. 404.

Nos termos do art. 16º da CRP e do parágrafo 2º do art. 5º da CFB, o rol de direitos fundamentais encontrado em cada Constituição consiste numa enumeração aberta.<sup>183</sup>

Jorge Miranda faz uma importante ressalva ao afirmar que os direitos fundamentais que não constam expressamente na Constituição, mas decorrem da lei e de regras de Direito internacional, apesar de serem considerados direitos fundamentais em sentido material, não possuem a mesma proteção das normas constitucionais no que tange à revisão constitucional e à fiscalização da constitucionalidade.<sup>184</sup>

Nos ordenamentos, português e brasileiro, encontram-se direitos fundamentais nas Constituições separados em capítulos e títulos específicos, direitos que estão dispersos nas Cartas e ainda direitos fundamentais que não estão nas Constituições. Gomes Canotilho cita como exemplo de direito fundamental disperso na Constituição portuguesa o disposto no artigo 106º/3, referente a impostos.<sup>185</sup> No direito brasileiro, Ingo Sarlet cita o art. 225 da CF que dispõe sobre o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.<sup>186</sup>

Como exemplos de direitos fundamentais nas leis ordinárias, há o direito à reparação de danos do art. 483º do Código Civil português e o direito ao reagrupamento familiar de estrangeiros previstos na Lei n.º 23/2007, de 4 de agosto.<sup>187</sup> E são direitos fundamentais provenientes de Convenções internacionais, segundo Jorge Miranda, a proibição de expulsões coletivas de estrangeiros, direito previsto no art. 4º do Protocolo n.º 4 adicional à Convenção

---

<sup>183</sup> Segundo o art. 16º da CRP são admitidos outros direitos fundamentais constantes das leis e das regras aplicáveis de direito internacional. Para Jorge Miranda, o art. 16º da CRP constitui uma cláusula de não tipicidade e interpretação e integração dos preceitos em harmonia com a Declaração Universal dos Direitos do Homem, consistindo, em última análise, na recepção formal da Declaração. O art. 5º, no parágrafo 2º da CFB, estabelece que os direitos e garantias expressos na 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. Os direitos fundamentais no sentido material, tendo em vista o seu relevante conteúdo devem, para Ingo Sarlet, ser equiparados aos direitos constantes do rol instituído pela Lei Maior. Para o autor, ambos os critérios tanto o conteúdo quanto a relevância são imprescindíveis para o conceito materialmente aberto de direitos fundamentais. Ver também SARLET, **A Eficácia...**, 2015, p. 2086.

<sup>184</sup> A fiscalização da constitucionalidade consiste em um importante controle da constitucionalidade e da legalidade das normas e confere garantia aos direitos consignados nas normas constitucionais, por não aplicar normas consideradas inconstitucionais. Na Europa, esse controle surgiu somente após a primeira Guerra Mundial, devido à influência de Hans Kelsen e a criação de um Tribunal Constitucional na Constituição austríaca de 1920, Cfr. MIRANDA, **Direitos Fundamentais...**, 2018, p. 41 e 177.

<sup>185</sup> Cfr. CANOTILHO, **op. cit.**, p. 404 - 405. Cfr. art. 106º/3, ninguém pode ser obrigado a pagar impostos que não tenham sido criados nos termos da Constituição e cuja liquidação e cobrança se não faça nas formas prescritas na lei.

<sup>186</sup> De acordo com o art. 225 da CFB, todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e de preservá-lo para as presentes e futuras gerações. Sobre o assunto ver SARLET, **op. cit.**, p. 1494, 1498 e 1788.

<sup>187</sup> Cfr. ANDRADE, **Os Direitos Fundamentais...**, p. 83 e MIRANDA, **op. cit.**, p. 192. Cfr. art 483 do Código Civil português. A Lei n.º 18/2022 de 25 de agosto fez alterações ao regime jurídico de entrada, permanência, saída e afastamento de estrangeiros do território nacional.

Europeia, e o direito à decisão administrativa em prazo razoável previsto no art. 41º, n.º 1 da Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia.<sup>188</sup>

O art 17º da CRP faz alusão a direitos de natureza análoga aos direitos, liberdades e garantias e permite que seja aplicado o regime dos direitos fundamentais àqueles direitos, quando assim considerados.<sup>189</sup> Os direitos de natureza análoga podem ser identificados entre os direitos económicos, sociais e culturais que estão dispostos no Título III da Carta, bem como em outras normas dispersas, sendo, de acordo com Canotilho, necessária uma análise criteriosa do enquadramento no caso concreto.<sup>190</sup>

No que tange a sua trajetória, os direitos fundamentais apareceram já nas Constituições portuguesas de 1822, 1826, 1838 e 1911, impregnados pelo ideal liberal individualista. O período liberal perdurou de 1820 a 1926 e somente nas Cartas de 1933 e 1976 foram instituídos direitos com propósitos eminentemente sociais, sem olvidar que há relevantes diferenças entre as Cartas.<sup>191</sup>

O constitucionalismo português é marcado por movimentos revolucionários e por rupturas. Assim, as Constituições enfrentaram dificuldades e contradições geradas pelas lutas políticas, económicas, sociais e culturais dos últimos dois séculos que buscavam a reorganização da vida coletiva, com avanços e retrocessos.<sup>192</sup>

A Constituição de 1822, influenciada diretamente pela Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, apresentou uma gama de deveres, embora um número maior de garantias face aos direitos ali consagrados.<sup>193</sup> Em contrapartida, a Carta de 1826 estabeleceu um equilíbrio trazendo mais direitos e liberdades.<sup>194</sup> Novos direitos foram acrescentados também pelas Constituições de 1838 e 1911, mantendo-se, ainda, a conotação

---

<sup>188</sup> Cfr. MIRANDA, 2018, p. 193. Segundo o art. 4º do Protocolo n.º 4 da Convenção Europeia dos Direitos do Homem são proibidas as expulsões coletivas de estrangeiros. O direito a uma boa administração conforme o n.º 1 do art. 41º da Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia: 1. Todas as pessoas têm direito a que os seus assuntos sejam tratados pelas instituições, órgãos e organismos da União de forma imparcial, equitativa e num prazo razoável.

<sup>189</sup> Os direitos de natureza análoga aos direitos, liberdades e garantias, não constam da enumeração estabelecida pelo constituinte, embora se beneficiem do mesmo regime jurídico constitucional atribuído a estes, cfr art. 17º da CRP: o regime dos direitos e garantias aplica-se aos enunciados no título II e aos direitos fundamentais de natureza análoga.

<sup>190</sup> CANOTILHO, **Curso de Direito...**, 2003, p. 405.

<sup>191</sup> MIRANDA, op. cit., p. 165.

<sup>192</sup> MIRANDA, J. **Manual de Direito Constitucional. Tomo III. Estrutura Constitucional do Estado**, 1997, p. 231.

<sup>193</sup> Blanco de Moraes cita como exemplos, a inviolabilidade de domicílio, o sigilo de correspondência, a abolição de penas cruéis e infames e a proibição de prisão sem culpa, Cfr. MORAIS, Carlos Blanco. **Curso de Direito Constitucional: Teoria da Constituição**. Tomo II. Coimbra: Edições Almedina, S.A., 2018, p. 136.

<sup>194</sup> Blanco de Moraes aponta exemplos de liberdade como a liberdade religiosa, a liberdade de trabalho, a liberdade de circulação, a liberdade de empresa, como garantias o princípio da legalidade penal, Cfr. MORAIS, op. cit., p. 140.

liberal com ênfase nos direitos civis e políticos.<sup>195 196</sup> Somente a partir da Carta de 1933, que é considerada uma Constituição programática, aparece um rol significativo de direitos sociais, econômicos e culturais.<sup>197</sup>

Em um cenário rico em ideologias e contrastes sociais no país e com o movimento revolucionário de 1974, intensificou-se a busca por um regime democrático pluralista, descentralizado, embora de feições socializantes. Nesse contexto, a Constituição de 1976, produto da revolução, rompeu as barreiras impostas pelo antigo regime autoritário, trazendo novos ideais provenientes do Estado social e do Estado de Direito democrático.<sup>198</sup>

A atual Constituição é originariamente a mais completa em relação a direitos fundamentais e no tocante aos direitos, liberdades e garantias, seguiu o modelo da Constituição alemã de 1949.<sup>199</sup> A eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre privados foi trazida pelo artigo 18º, n.º 1 da CRP, e de forma aprimorada com referência a uma eficácia direta.<sup>200</sup>

---

<sup>195</sup> A Constituição de 1838 trouxe direitos fundamentais como a liberdade de associação, a liberdade de reunião e o direito de resistência que poderia ser invocado mediante ordens que violassem garantias individuais quando estas não estivessem suspensas, Cfr. MORAIS, **Curso de Direito...**, p. 143.

<sup>196</sup> A Constituição de 1911 instituiu uma cláusula aberta no art. 3º, permitindo a inclusão de outros direitos e garantias não expressamente enumerados na Lei Fundamental, e aboliu a pena de morte, Cfr. MORAIS, **op. cit.**, p. 149.

<sup>197</sup> As normas programáticas não são exequíveis por si mesmas e dependem da ação estatal e dos recursos públicos. Como o direito à educação e à cultura, a defesa da saúde pública, a função social da propriedade, o direito ao trabalho, entre outros, Cfr. MORAIS, **op. cit.**, p. 157.

<sup>198</sup> Cfr. MIRANDA, **Manual de Direito...**, 1997, p. 233. Após a Segunda Guerra Mundial, iniciou-se um movimento de democratização na política e na sociedade que vai eclodir no Estado Democrático de Direito, considerado o marco contemporâneo do constitucionalismo. Os ideais do Estado Democrático foram reconhecidos nas Constituições da Itália em 1948; da Alemanha em 1949; e da França em 1958, e trouxeram um novo paradigma na organização e gestão da sociedade civil e da sociedade política de feições democráticas e inclusivas. Somente décadas mais tarde, os mesmos ideais foram expressos nas Constituições de Portugal em 1976, da Espanha em 1978 e do Brasil em 1988, Cfr. DELGADO & DELGADO, **Constituição da República...**, p. 45.

<sup>199</sup> Ver Constituição alemã de 1949, «Lei Fundamental de Bonn» (ou Bona, cidade Alemã), art. 1º, n.º 3: «Os direitos fundamentais, discriminados a seguir, constituem direitos diretamente aplicáveis e vinculam os poderes legislativo, executivo e judiciário», acessível na íntegra em <https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80208000.pdf>, acessado em 30/04/2021. “Se a Constituição era, originariamente, já a Constituição europeia com maior número de direitos fundamentais declarados e a que ia mais a fundo na definição do respetivo regime [...]”. Apesar dos Catálogos serem na sua generalidade bem diferentes, Jorge Miranda explicita que há algumas características comuns encontradas nas Constituições portuguesa e alemã, como a aplicabilidade imediata das normas que se referem aos direitos, liberdades e garantias; a vinculação das entidades públicas; o caráter geral e abstrato das leis restritivas; e o respeito do conteúdo essencial dos preceitos constitucionais. E ainda complementa que a Constituição portuguesa inovou e acrescentou expressamente a vinculação das entidades privadas. Quanto aos direitos sociais, houve ainda, influência da Constituição italiana e outras Cartas pertencentes a Estados da Europa oriental. Cfr. MIRANDA, **Direitos Fundamentais...**, p. 169-171.

<sup>200</sup> A CRP de 1976 trouxe de forma expressa a eficácia horizontal dos direitos fundamentais. No tocante às relações laborais, destaca-se a importância da norma, tendo em vista que o contrato de trabalho estabelecido entre empregado e empregador pode atingir diretamente a dignidade do trabalhador. Cfr. ABRANTES, **Direitos Fundamentais...**, 2018, p. 116-124.

Desse modo, a Constituição de 1976 tratou os direitos fundamentais de forma ampla e com a devida relevância, sendo possível vislumbrar uma cautela por parte do Constituinte na proteção dos direitos, haja vista o período anterior ter sido marcado pelo autoritarismo e pela restrição das liberdades.<sup>201</sup> O preâmbulo da Carta enaltece e garante os direitos fundamentais, os princípios basilares da democracia e o primado do Estado de Direito Democrático. Nos dispositivos constitucionais, são consagrados direitos fundamentais dos cidadãos e dos trabalhadores, em um ambiente de democracia e divisão do poder.<sup>202</sup>

O princípio da dignidade da pessoa humana<sup>203</sup> é instituído logo no primeiro artigo da Carta como um princípio fundamental e encontra-se na base de todos os direitos constitucionalmente consagrados.<sup>204</sup> Com o fito de estabelecer uma contraposição entre os direitos, liberdades e garantias e os direitos económicos, sociais e culturais, o legislador constituinte português, não só enumerou os direitos, definindo o conteúdo, garantias e condições de efetivação, como colocou-os em títulos diferenciados.<sup>205</sup>

Na parte I da Constituição vigente, estão dispostos os Direitos e deveres fundamentais, que apesar do extenso rol, não esgotam a matéria. «No título I» o constituinte consagrou os princípios gerais, que se estendem do art. 12º ao 23º, e no «Título II», encontram-se os direitos, liberdades e garantias divididos em três capítulos: o Capítulo I, que engloba direitos, liberdades e garantias pessoais - do art. 24º ao 47º; o Capítulo II, que institui os direitos, liberdades e garantias de participação política - do art. 48º ao 52º; e o Capítulo III, onde estão consagrados os direitos, liberdades e garantias dos trabalhadores - do art. 53º ao 57º.<sup>206</sup>

No «Título III» da Constituição, estão dispostos os direitos económicos, sociais e culturais, divididos também em três capítulos. No Capítulo I estão os direitos e deveres económicos - do artigo 58º ao 62º; no Capítulo II, os direitos e deveres sociais - do artigo 63º

---

<sup>201</sup> Cfr. MIRANDA, **op. cit.**, p. 168.

<sup>202</sup> “A Assembleia Constituinte afirma a decisão do povo português de defender a independência nacional, de garantir os direitos fundamentais dos cidadãos, de estabelecer os princípios basilares da democracia, de assegurar o primado do Estado de Direito democrático e de abrir caminho para uma sociedade socialista [...]”.

<sup>203</sup> O valor fundamental da dignidade da pessoa humana é reconhecido de forma expressa nas Constituições, após a Segunda Guerra Mundial, nomeadamente pela consagração da Declaração Universal da ONU de 1948. Na Europa, somente a Alemanha, a Espanha, a Grécia, a Irlanda e Portugal reconheceram expressamente o princípio da dignidade da pessoa humana nas Constituições. Cfr. SARLET, **A Eficácia...**, 2015, p. 2193.

<sup>204</sup> Cfr. ANDRADE, **Os Direitos Fundamentais...**, 2021, p. 96.

<sup>205</sup> Cfr. MIRANDA, **J. Manual de Direito Constitucional**, Vol. 1, 2014, p. 164.

<sup>206</sup> No Título I da CRP, o constituinte consagrou - dentre outros - no art. 12º, o Princípio da universalidade e no art 13º, o Princípio da igualdade. No Título II da CRP, o constituinte consagrou no Capítulo I -dentre outros - importantes direitos como o direito à vida, à integridade pessoal, à liberdade e à segurança.

ao 72º; e no Capítulo III, os direitos e deveres culturais - do artigo 73º ao 79º, elenco constituído na sua maioria por direitos que exigem prestações ou atividades estatais.<sup>207</sup>

Na Constituição de 1976 os direitos foram enumerados de forma sistemática e ordenada, explicitando as faculdades e as responsabilidades do Estado e da sociedade para a garantia e efetivação dos direitos. Importa destacar que houve também a consagração de importantes princípios fundamentais, como o da universalidade de direitos – no artigo 12º; e o da equiparação de direitos e deveres de portugueses e estrangeiros em Portugal – no artigo 15º, n.º 1.

O constituinte estabeleceu um regime de suspensão de direitos, liberdades e garantias restrito ao estado de sítio ou ao estado de emergência no artigo 19º da Constituição e dispôs os direitos fundamentais como limites materiais de revisão constitucional – artigo 290º, alíneas d), e), i) e j)).<sup>208</sup>

No tocante aos direitos laborais, houve por parte do legislador constituinte um tratamento específico e o reconhecimento de um número extenso de direitos laborais, com normas de direitos individuais e coletivos, dentre as quais se destacam a segurança no emprego, sendo proibidos despedimentos sem justa causa ou por motivos políticos ou ideológicos no artigo 53º; os direitos dos trabalhadores e das suas comissões e associações nos artigos 54º a 56º e artigo 59º; bem como estabeleceu em diversos artigos prestações estatais voltadas para a proteção social.<sup>209</sup>

No Brasil, o constitucionalismo enfrentou de forma semelhante, períodos de avanços e retrocessos. A Constituição de 1824, fortemente influenciada pelas Revoluções Americana e Francesa, e a Constituição de 1891, instituída com o objetivo maior de proteger as clássicas liberdades, apresentavam um rol voltado para direitos Cíveis e Políticos.<sup>210</sup>

A partir da Carta de 1934, embasada nas Constituições de Weimar e na portuguesa de 1933, aparecem os direitos de segunda dimensão de forma relevante no ordenamento jurídico pátrio. Em contrapartida, configurando um passo atrás na evolução dos direitos

---

<sup>207</sup> Cfr. CANOTILHO, **Curso de Direito...**, 2003, p. 401. Como direito fundamental que depende da prestação estatal é possível citar os artigos 73º e 74º da CRP.

<sup>208</sup> Cfr. MIRANDA, **Direitos Fundamentais...**, 2018, p. 170. Segundo o art. 290º da CRP: «As leis de revisão constitucional terão de respeitar: d) Os direitos, liberdades e garantias dos cidadãos; e) Os direitos dos trabalhadores, das comissões de trabalhadores e das associações sindicais; i) O pluralismo de expressão e organização política, incluindo partidos políticos, e o direito de oposição democrática; j) A participação das organizações populares de base no exercício do poder local; [...]». Conteúdo acessível na íntegra em [http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei\\_mostra\\_articulado.php?nid=4&tabela=leis](http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=4&tabela=leis), acedido em 03/05/2021.

<sup>209</sup> Cfr. ABRANTES, **op. cit.**, p. 67 e MIRANDA, **op. cit.**, p. 170.

<sup>210</sup> Cfr. LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. – 20ª ed. – São Paulo: Editora Saraiva, 2016, p. 131-132.

fundamentais, a Constituição de 1937, outorgada na era Vargas foi marcada por ideais autoritários e facistas, permitindo um aviltamento da dignidade humana.<sup>211</sup>

Somente em 1946, após o término da Segunda Guerra Mundial, inicia-se um movimento de democratização<sup>212</sup> do país, e é promulgada uma Carta que institui tanto direitos de cunho liberal, quanto social. No entanto, em 1967 com a tomada do poder pelos militares, os direitos fundamentais novamente são restringidos e, em alguns casos suspensos, embora, nesse período, o rol de direitos trabalhistas tenha sido ampliado.

Nesse contexto, a Carta de 1969 deu continuidade ao regime autoritário e restritivo até a promulgação da Constituição de 1988, que já no seu preâmbulo primou por salvaguardar a adoção de um Estado Democrático destinado a assegurar o exercício dos direitos fundamentais.<sup>213</sup>

Assim, a Constituição brasileira vigente representa um marco no tratamento dos direitos fundamentais e surge num ambiente eminentemente democrático. A Lei Maior garante direitos sociais e individuais, conferindo ainda, uma posição privilegiada aos preceitos nos primeiros artigos da Constituição – do 5º ao 17 - e a importante proibição de serem abolidos, o que não pode ocorrer nem mesmo por emendas constitucionais.<sup>214</sup>

A Constituição de 1988, que teve como uma importante fonte de inspiração a Carta Portuguesa de 1976, é também conhecida como «Constituição-Cidadã», por ter inaugurado uma nova fase no cenário jurídico nacional. Dotada de caráter analítico e regulamentador, traz, no «Título II», os direitos e garantias fundamentais, em vários artigos, parágrafos e incisos, embora sejam encontrados outros direitos fundamentais dispersos pelo texto constitucional.<sup>215</sup>

O Catálogo é marcado por uma diversidade de direitos fundamentais, corolário das fortes pressões políticas e ideológicas da época e, apesar de apresentar de forma predominante um traço programático e dirigente, as normas concernentes aos direitos e garantias

---

<sup>211</sup> Cfr. LENZA, **op. cit.**, p. 137-138.

<sup>212</sup> A implementação dos ideais democráticos gerou grandes mudanças na sociedade política e civil dos países, permitindo a ampla participação do povo, independentemente da camada social a que pertença, trazendo fortes mecanismos de inclusão e garantia das liberdades públicas, sociais e individuais. Cfr. DELGADO & DELGADO, **Constituição da República...**, 2017, P. 34.

<sup>213</sup> Cfr. LENZA, **op. cit.**, p. 155.

<sup>214</sup> Cfr. o art. 60, parágrafo 4º, inciso IV da CFB, os direitos e garantias individuais, são considerados como cláusulas pétreas. Assim, a Constituição vigente outorga uma proteção especial aos direitos fundamentais, impedindo a supressão dessas normas. Cfr. SARLET, **A Eficácia...**, 2015, p. 1483. Cfr. MARMELESTEIN, **Curso de Direitos...**, 2014, p. 63.

<sup>215</sup> Para Ingo Sarlet, esta disposição ampla revela a preocupação do constituinte em tutelar os direitos conquistados, criando maiores obstáculos ao retrocesso. Cfr. SARLET, **op. cit.**, p. 1433. O art. 150 da CFB, que versa sobre as limitações de tributar, é considerado um exemplo de direito fundamental disperso na Constituição.

fundamentais têm aplicação imediata, conforme o estabelecido no art. 5º, parágrafo 1º da CFB.<sup>216</sup>

No Capítulo I, estão dispostos os direitos e deveres individuais e coletivos – art. 5º; no Capítulo II, os direitos sociais – do art. 6º ao 11; no Capítulo III, os direitos de nacionalidade – arts. 12 e 13; e no Capítulo IV, os direitos políticos – do art. 14 ao 17.<sup>217</sup>

O artigo 5º da Constituição assegura os direitos de 1ª dimensão<sup>218</sup>, compreendendo os direitos civis e as garantias processuais, e no parágrafo 1º é evidenciada a aplicação imediata das normas. O parágrafo 2º dispõe sobre a não taxatividade do rol, permitindo o reconhecimento de outros direitos fundamentais, sejam decorrentes do regime e dos princípios adotados na Constituição, ou dos tratados internacionais em que o país seja parte; enquanto no parágrafo 3º está disposta a equiparação dos tratados e convenções internacionais de direitos humanos às emendas constitucionais, desde que sejam aprovados em cada Casa do Congresso Nacional por um quórum qualificado. No parágrafo 4º, o Brasil se submete expressamente à jurisdição do Tribunal Penal Internacional.

A Lei Fundamental brasileira destinou um capítulo próprio para os direitos sociais - do art.º 6º ao 11, assim, os direitos de segunda dimensão estão ali dispostos de forma expressa e são assegurados como autênticos direitos fundamentais.<sup>219</sup>

Da mesma forma, e com uma amplitude louvável, o art. 7º da Carta consagra em 34 incisos um extenso elenco de direitos sociais dos trabalhadores, dando relevância à dignidade humana no trabalho, à valorização do trabalho e especialmente do emprego, a uma sociedade livre, justa e solidária, à erradicação da pobreza, da marginalização e à redução das desigualdades sociais e regionais, em busca da justiça social, considerado um dos maiores anseios do Estado Democrático de Direito.<sup>220</sup>

A liberdade de associação profissional e sindical foi consagrada no art. 8º da Carta, e o art. 9º instituiu o direito de greve e as condições para o seu exercício. No art. 10 foi assegurada a participação dos trabalhadores e empregadores nos colegiados dos órgãos

---

<sup>216</sup> Há um grande número de dispositivos constitucionais dependentes de regulamentação legislativa, estabelecendo programas, fins, tarefas, incluindo diversas ordens e imposições ao legislador, a serem perseguidos, implementados e assegurados pelos poderes públicos. Cfr. SARLET, **op. cit.**, p. 1443 e 1478.

<sup>217</sup> Cfr. MARMELSTEIN, **op. cit.**, p. 72.

<sup>218</sup> Segundo George Marmelstein, destacam-se o respeito à vida, à integridade física e moral, o respeito à autonomia da vontade, o respeito à liberdade, o respeito aos direitos de personalidade e o respeito à segurança jurídica. Cfr. **Idem, ibidem**, p. 73.

<sup>219</sup> A implementação da democracia gerou grandes mudanças na sociedade política e civil dos países, permitindo a ampla participação do povo, independentemente da camada social a que pertença, trazendo fortes mecanismos de inclusão e garantia das liberdades públicas, sociais e individuais. Cfr. DELGADO & DELGADO, **op. cit.**, p. 34.

<sup>220</sup> Cfr. DELGADO & DELGADO, **op. cit.**, p. 34.

públicos; enquanto o art. 11 trouxe a obrigatoriedade de eleição de um representante dos trabalhadores nas empresas com mais de duzentos empregados, a fim de facilitar as negociações com os empregadores.<sup>221</sup>

O Capítulo III trata de direitos da nacionalidade, dispondo o constituinte no artigo 12 sobre a aquisição e perda da nacionalidade, bem como sobre os casos em que a lei pode estabelecer distinção entre brasileiros natos e naturalizados; no artigo 13, estabelece-se a língua portuguesa como o idioma oficial da República Federativa do Brasil; e os direitos políticos e partidos políticos aparecem no Capítulos IV e V da Lei Máxima.

Ingo Sarlet afirma que os direitos das duas primeiras dimensões são encontrados a partir de uma simples leitura das normas da Constituição brasileira, mas ressalta que em relação aos direitos da terceira e da quarta dimensão, o mesmo não acontece, exigindo-se uma análise mais aprofundada do Catálogo. Nesse sentido, o autor cita como direitos de terceira geração, os arts. 225, 5º, incisos XXXII e XXXIII e 4º, incisos I, III, IV, VI e VII.<sup>222</sup>

Os direitos fundamentais consagrados nas Constituições representam, hodiernamente, uma conquista sem precedentes, que resulta da proclamação da dignidade humana como um valor que legitima, fundamenta e orienta o exercício do poder.<sup>223</sup>

Assim, as atuais Constituições portuguesa e brasileira, com fulcro no Estado Democrático e Social de Direito, representaram um diferencial no constitucionalismo dos dois países, mormente no que diz respeito aos ramos jurídicos sociais, destacando-se pela instituição de um sistema normativo laboral voltado a viabilizar um equilíbrio nas relações provenientes do sistema capitalista e uma elevação nas condições de pactuação do trabalho humano.<sup>224</sup>

Os direitos fundamentais do trabalhador se sobressaem por possuírem uma função ampla, pois além de se dirigirem e condicionarem o ente estatal, são também destinadas às entidades privadas.<sup>225</sup>

---

<sup>221</sup> A CFB vedou a dispensa do empregado sindicalizado, representando um importante direito relativo à segurança no emprego.

<sup>222</sup> Ingo Sarlet cita o art 225 da CFB que trata do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. Também faz alusão ao art 5º, nos incisos XXXII, que estabelece a proteção do consumidor e o inciso XXXIII, que dispõe sobre o direito a informações prestadas pelos órgãos públicos. Em relação ao art. 4º, destaca os incisos I, III e IV, que fazem referência à independência nacional, à autodeterminação dos povos e a não intervenção. Nos incisos VI e VII do mesmo artigo, faz menção à defesa da paz e à solução pacífica dos conflitos.

<sup>223</sup> Cfr. MARMELSTEIN, **op. cit.**, p. 61.

<sup>224</sup> Cfr. DELGADO & DELGADO, **op. cit.**, p.34.

<sup>225</sup> Há instituições da sociedade civil - como as empresas - que não estão integralmente voltadas ao imperativo democrático e inclusivo. Portanto, nesse sentido, o constitucionalismo tem um importante papel a cumprir, não somente em relação ao Estado, mas também às entidades privadas, nomeadamente no cumprimento

Nesse contexto, os constituintes de ambos ordenamentos jurídicos, inspirados no artigo 23 da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, estabeleceram garantias mínimas a serem observadas nas relações laborais a fim de que haja condições dignas de trabalho.<sup>226</sup>

A partir das Cartas vigentes, os direitos fundamentais passaram a gozar de um regime jurídico reforçado pelo constituinte, marcado por um pluralismo de normas para a garantia e promoção da dignidade das pessoas individual e coletivamente consideradas, demonstrando que o Estado existe em função da pessoa humana e não o contrário.<sup>227</sup>

Cumprido ao Estado, na busca de um equilíbrio econômico e social e da proteção da dignidade humana como um valor supremo, por meio das normas jurídicas “regular condutas, interesses, relações e instituições, estruturando a convivência social e pacificando conflitos”.<sup>228</sup>

Portanto, como normas jurídicas positivadas nas Constituições e ligadas à dignidade e limitação do poder, os direitos fundamentais assumem uma dimensão subjetiva. Entretanto, esses direitos também apresentam outra dimensão: a objetiva. Esta dimensão é salientada pela doutrina devido a sua importância axiológica, tendo em vista que os direitos funcionam como um sistema de valores capaz de legitimar o ordenamento jurídico, tendo em vista a sua capacidade de irradiação por todo o sistema normativo na interpretação jurídica nos diversos ramos do direito, inclusive nas relações privadas, como será analisado.<sup>229</sup>

---

das normas e princípios jurídicos afirmativos do imperativo democrático e da valorização da dignidade humana. Um dos melhores exemplos de normas voltadas para a dignidade e aplicáveis a esse universo empresarial é o Direito do trabalho, que busca a moderação no exercício do poder empresarial e a inclusão social e econômica dos trabalhadores. Cfr. **Idem, ibidem**, p. 34.

<sup>226</sup> Cfr. MARMELESTEIN, **op. cit.**, p. 193. Cfr. art 23 da DUDH: «1. Toda a pessoa tem direito ao trabalho, à livre escolha do trabalho, a condições equitativas e satisfatórias de trabalho e à proteção contra o desemprego. 2. Todos têm direito, sem discriminação alguma, a salário igual por trabalho igual. 3. Quem trabalha tem direito a uma remuneração equitativa e satisfatória, que lhe permita e à sua família uma existência conforme com a dignidade humana, e completada, se possível, por todos os outros meios de proteção social. Conteúdo na íntegra em [https://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR\\_Translations/por.pdf](https://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/por.pdf), acessado em 24 de abr. de 2021.

<sup>227</sup> Cfr. BLECKMANN, A. Staatsrecht II - Die Grundrechte, 1997, p. 539; apud SARLET, **A Eficácia...**, 2015, p. 2218.

<sup>228</sup> Cfr. DELGADO & DELGADO, **op. cit.**, p. 76.

<sup>229</sup> Cfr. MARMELESTEIN, **op. cit.**, p. 291-292.

## 2. AS FUNÇÕES E DIMENSÕES DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

### 2.1 As funções dos direitos fundamentais

Os direitos fundamentais, num processo dinâmico e contínuo, em conformidade com a forma de Estado e modelo de sociedade adotados, apareceram nas Constituições dos países com avanços e recuos na normatização.

Nessa trajetória, alguns períodos foram marcados pelo mero reconhecimento formal dos direitos, enquanto em outros buscou-se a sua concretização, tendo em vista que esses direitos possuem funções imprescindíveis no convívio comunitário.<sup>230</sup>

Uma das principais funções dos direitos fundamentais é definir os limites da atuação estatal para que seja conferida aos indivíduos a liberdade e a igualdade na vida em sociedade que constituem dois importantes direitos, pois dignificam o ser humano.<sup>231</sup> Também é possível afirmar que é com base nesse propósito, de garantir o bem comum, que, em alguns casos, os órgãos estatais estão impedidos de agir, e em outros a sua atuação é necessária.<sup>232</sup>

Isso demonstra que no que tange aos direitos fundamentais, são constituídas relações e reveladas posições dos cidadãos perante o Estado e perante os particulares, mormente nos casos em que os titulares dos direitos fundamentais podem exigir ações ou abstenções necessárias para a proteção dos direitos constitucionalmente protegidos e em prol da ordem social.<sup>233</sup>

Como corolário da vinculação entre o cidadão e o Estado, resulta a atribuição aos indivíduos de uma posição jurídica que é reconhecida por uma norma. Nesse sentido, as

---

<sup>230</sup> Assim, representam os direitos fundamentais uma importante garantia dos cidadãos do Estado de Direito que é voltado para a proteção da pessoa humana. Cfr. PÉREZ LUÑO, A., E., **Los Derechos Fundamentales**, 1998, p. 2.

<sup>231</sup> A esse respeito, cumpre ressaltar que atualmente os direitos fundamentais também desempenham um forte papel de impor limites à atuação de entes privados como será em capítulo próprio exposto.

<sup>232</sup> Em determinadas circunstâncias é exigido do Estado uma intervenção ou uma prestação visando assegurar os direitos dos indivíduos em busca de uma vida digna. Há ações estatais que são permitidas, outras que são obrigatórias e existem ainda as que são vedadas. Em alguns exemplos extraídos da CFB, o Estado desapropria por necessidade ou utilidade pública nos termos da lei, em consonância com o art. 5º, inciso XXIV; e há expressa proibição à tortura conforme estabelecido no art. 5º, inciso III, ambos da CFB. Ainda nos termos do art. 6º da CFB, ao Estado cumpre garantir a todos os indivíduos o acesso à educação e à saúde. Por fim, há situações que podem ao mesmo tempo garantir e condicionar o direito do indivíduo como é o caso do direito de propriedade que apesar de ser garantido pelo Estado, a norma impõe que sejam atendidas as funções sociais conforme o art. 5º, inciso XXXIII da CFB.

<sup>233</sup> Cfr. ALEXANDER, R., **Teoria dos Direitos Fundamentais**, trad. Virgílio Afonso da Silva, 2015, p. 250.

normas de direitos fundamentais concedem aos particulares uma posição jurídica de direito subjetivo.<sup>234</sup>

Os direitos subjetivos<sup>235</sup> constituem os direitos garantidos aos indivíduos pelas normas e que podem ser exigidos no âmbito público e privado.<sup>236</sup> No âmbito dos direitos fundamentais, importa fazer uma análise em relação aos «direitos públicos subjetivos» que vinculam o Estado.

Nessa seara, a norma que consagra o direito subjetivo enseja à formação de uma relação trilateral entre o titular do direito, o destinatário da norma e o direito a um determinado ato que é o objeto do direito. Na relação formada, o destinatário da norma tem o dever, perante o titular do direito, de praticar o ato.<sup>237</sup>

Os direitos fundamentais tiveram na «teoria dos direitos públicos subjetivos»,<sup>238</sup> elaborada por Georg Jellinek, uma relevante abordagem que até os dias atuais contribui para o estudo e análise da temática.<sup>239</sup> Segundo Jellinek, “[...] cada direito fundamental constitui um direito público subjetivo [...]”<sup>240</sup>. A partir dessa importante afirmação, o autor constitucionalista alemão traçou a clássica distinção das funções dos direitos fundamentais nessa relação existente entre o particular e o Estado.<sup>241</sup>

---

<sup>234</sup> Cfr. ALEXY, **op. cit.**, p. 249 e DIMOULIS, D., & MARTINS, L., **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**, 2014, p. 49. Robert Alexy em sua obra ressalta a complexidade que envolve o conceito de direito subjetivo, sua definição e classificação. Sob esse aspecto, o autor afirma que uma relevante contribuição sobre o tema foi a proposta por Georg Jellinek na obra “**Sistema dos Direitos Públicos Subjetivos**”, ou em alemão, **System der subjektiven öffentlichen Rechte**. 1892, que considerou os direitos subjetivos em relação a posições jurídicas, ocupadas pelo Estado e pelos particulares. Cfr. ALEXY, **op. cit.**, p. 190-192.

<sup>235</sup> O art. 27º da CRP institui uma norma universal que garante um direito subjetivo (o direito à liberdade e à segurança), constituindo “posições e relações individuais”. Cfr. CANOTILHO, J., J., G., **Direito Constitucional e teoria da Constituição**, 2003, p. 1258. Para Jorge Reis Novais, “[...] um particular só tem um direito subjetivo quando lhe é reconhecido, no seu interesse e sob sua iniciativa, um poder de exigir judicialmente o cumprimento do dever correlativo que cabe ao destinatário (um dever de fazer, de não fazer ou de se sujeitar)”. Cfr. NOVAIS, **Direitos Fundamentais nas Relações entre Particulares**. Coimbra: Edições Almedina, S.A., 2019, p. 108.

<sup>236</sup> É sabido que os direitos, liberdades e garantias são direitos subjetivos, independentemente do caráter público ou privado. Da mesma forma, afirma J. J. G. Canotilho que os direitos sociais constituem “autênticos direitos subjetivos, não importando questões relativas à justicidade e exequibilidade imediatas. Segundo ele, o direito à segurança social (art. 63º) e o direito à habitação (art. 65º), elencados na Lei Fundamental de Portugal, possuem a mesma “dignidade subjetiva” dos direitos, liberdades e garantias. Cfr. CANOTILHO, **op. cit.**, p. 476.

<sup>237</sup> Canotilho exemplifica com o direito à vida que consta no art. 24º da CRP. O direito à vida compreende o direito em relação ao Estado que deve abster-se de atentar contra a vida do titular do direito, bem como em relação a outros particulares. Cfr. **Idem, ibidem**, p. 1254.

<sup>238</sup> A classificação dos direitos fundamentais e suas funções clássicas foi abordada por Jellinek na sua obra “**Sistema dos Direitos Públicos Subjetivos**”, ou em alemão, **System der subjektiven öffentlichen Rechte**. 1892, *apud* SARMENTO, D., **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**, 2004, p. 138.

<sup>239</sup> A teoria apresentada por Georg Jellinek analisa as relações entre o Estado e os particulares,

<sup>240</sup> JELLINEK, G. *apud* DIMOULIS & MARTINS, **op. cit.**, p. 49.

<sup>241</sup> Os direitos fundamentais conferem aos indivíduos uma posição jurídica de direito subjetivo que pode ser tanto de direito material, como de direito processual ou procedimental. Cfr. DIMOULIS & MARTINS, **op. cit.**, p. 49. São exemplos na CRP, o direito à educação e cultura no art. 73º – norma de direito material; e o direito de acesso a tribunal no art. 20º - norma de direito procedimental.

No final do século XIX, a sua classificação, por meio da ideia de *status*, teve grande repercussão e relevância histórica. Jellinek estabeleceu as funções clássicas dos direitos fundamentais por meio da teoria de posições globais abstratas que serviu como fundamento de distinção dos direitos fundamentais.<sup>242</sup>

O *status* pode ser entendido como “um estado do particular perante o Estado, que se encontra conformado e garantido em diferentes direitos fundamentais”.<sup>243</sup>

Na teoria dos *status* foram definidas espécies de direitos fundamentais, tais como os direitos de liberdade e de defesa, direitos de prestações, direitos cívicos e de participação<sup>244</sup>. Os direitos de defesa ou direitos de impedir referem-se ao “dever de não-interferência” ou de “não-intromissão” e concedem ao particular um certo poder e autonomia.<sup>245</sup>

Assim, segundo Jellinek, é possível distinguir quatro *status*: o passivo ou «*status subiectionis*», o ativo ou «*status da cidadania ativa*», o negativo ou «*status libertatis*» e o positivo ou «*status civitatis*».<sup>246</sup>

No *status* passivo, o particular assume uma posição de submissão frente ao Estado, tendo em vista ser possível ao ente público instituir uma proibição ou um dever que o atingirá de forma direta.<sup>247</sup>

O indivíduo é tolhido de sua autodeterminação e, dessa forma, tem a sua personalidade diretamente atingida<sup>248</sup>, porquanto é estabelecida uma relação na qual o ente

---

<sup>242</sup> Cfr. ALEXY, **Teoria dos Direitos...**, p. 254. Na sua obra, Jellinek, identifica o particular em posições diferenciadas resultantes do vínculo estabelecido com o Estado. Nessas posições, são visualizadas situações jurídicas, as quais o autor denomina de *status*, e que qualificam o indivíduo como titular de direitos e sujeito de deveres. Cfr. SARLET et al, **Curso de Direito Constitucional**, 2018, p. 450.

<sup>243</sup> Para Jellinek, o *status* diferencia-se do direito, visto que consiste numa situação criada pela relação entre o cidadão e o Estado. Cfr. ALEXY, **op. cit.**, p. 255 e Cfr. PIEROTH, Bodo & SCHLINK, Bernhard, **Direitos Fundamentais**, trad. António Francisco de Sousa. – 2ª ed. – São Paulo: Saraiva Educação, Edição do Kindle, 2019, p. 1369.

<sup>244</sup> Cfr. PIEROTH & SCHLINK, **op. cit.**, p. 1375.

<sup>245</sup> Segundo Vieira de Andrade, há um dever de respeito em relação aos bens pessoais, tais como vida, honra, bom nome, intimidade e o Estado deve abster-se de agir e prejudicar tão importantes atributos da dignidade humana. Além disso, em caso de violação há o direito de exigir a cessação das ações ilegítimas, bem como o dever de reparação e extinção das consequências advindas da inadequada atuação estatal. No que tange aos direitos de prestações, o Estado deve agir tanto para promover ou garantir condições dignas de vida ao particular, quanto para proteger àqueles mesmos bens pessoais contra a ação de outros particulares. O autor exemplifica com prestações materiais e jurídicas, sendo as primeiras relacionadas aos serviços públicos de segurança, ensino e saúde; já quanto às segundas, faz referência às normas que regulamentam as relações laborais, arrendamento para habitação e ensino doméstico. Com a função precípua de garantir a participação individual na formação da vontade política da comunidade, aparecem os direitos de participação que revelam um misto de direitos de liberdade e prestacionais. Cfr. ANDRADE, J., C., V. de, **Os Direitos Fundamentais...**, 2021, p. 163 e 164.

<sup>246</sup> Cfr. ALEXY, **op. cit.**, p. 255. Alguns autores apresentam uma teoria tripartida de Jellinek considerando-a satisfatória ao abordar os conceitos de *status* negativos, *status* positivos e *status* activos. Nesse sentido ver PIEROTH & SCHLINK, **op. cit.**, p. 1371 e DIMOULIS & MARTINS, **op. cit.**, p. 54.

<sup>247</sup> Cfr. ALEXY, **op. cit.**, p. 256. Há quem defenda que o estado passivo apesar de representar uma forma de vinculação entre o Estado e o particular não se trata nessa relação de direitos fundamentais, mas de deveres por parte dos indivíduos. Cfr. DIMOULIS & MARTINS, **op. cit.**, p. 54.

público cria mandamentos e proibições juridicamente possíveis, assumindo o particular a posição de mero sujeito de deveres.<sup>249</sup>

A posição assumida no *status* passivo é de fácil compreensão. O indivíduo encontra-se submetido aos deveres impostos pelo Estado, em consonância com o disposto no ordenamento jurídico e em prol do bem comum. Portanto, é possível afirmar que há uma proibição direcionada ao particular de não oposição à intervenção estatal que está fundamentada juridicamente, assim como o fato de não existir um direito fundamental que possibilite tal resistência.<sup>250</sup>

Nesse contexto, é nítida a posição de subordinação por parte do particular que está vinculado ao Estado, órgão detentor de atribuições e prerrogativas. Os deveres impostos pelas normas, bem como as proibições estabelecidas, delimitam a atuação dos cidadãos que se encontram no estado passivo.

O status passivo perde a sua preponderância a partir da busca pela defesa da liberdade individual e consequente redução do poder estatal.<sup>251</sup>

Os direitos de *status negativus* podem ser vistos como “pretensões de resistência à intervenção injustificada do Estado”. Nesse sentido, os direitos fundamentais concedem ao particular o direito de defender-se das ingerências estatais, através dos meios que dispõe no ordenamento jurídico. Há, dessa forma, uma obrigação negativa dirigida ao Estado que não interfira na liberdade garantida ao particular.<sup>252</sup>

Como direitos de defesa, além de proteger os clássicos direitos de liberdade e propriedade, tais direitos fundamentais atribuem também ao particular a liberdade de conduzir a sua vida privada em sociedade. Cada indivíduo tem a liberdade nas suas relações sociais, negociações e contratações, bem como na solução dos problemas, configurando um verdadeiro “estado de liberdade em face do Estado”.

---

<sup>248</sup> JELLINEK, G. apud MIRANDA, J., **Direitos Fundamentais**, 2018, p. 108.

<sup>249</sup> Cfr. SARLET et al., **op. cit.**, p. 450. Sob esse aspecto, Georg Jellinek faz a ressalva de que o poder soberano do Estado é juridicamente limitado e deve ser exercido em benefício da sociedade. JELLINEK, G. apud MIRANDA, **op. cit.**, p. 108.

<sup>250</sup> Cfr. ALEXY, **op. cit.**, p. 257 e DIMOULIS & MARTINS, **op. cit.**, p. 54.

<sup>251</sup> Cfr. JELLINEK, G. apud MIRANDA, **op. cit.**, p. 108.

<sup>252</sup> Um termo adequado em relação a essa classificação é “direito de resistência” ou «Abwehrrecht», proveniente da doutrina constitucional alemã. A expressão direito de defesa, também muito utilizada pelos doutrinadores, pode confundir o leitor, pois o seu uso está frequentemente relacionado com o direito do réu defender-se em juízo no direito processual. Da mesma forma, o direito à resistência ou oposição, não deve ser confundido com o instituto da desobediência. A resistência deve e pode ser exercida no caso de intervenções injustificadas na esfera individual, como é o caso da oposição de um jornal à prática de censura pelo Estado. Cfr. DIMOULIS & MARTINS, **op. cit.**, p. 50-51.

Cumpra-se a ressalva de que esse direito não abarca somente a proibição prévia de ações estatais inoportunas a fim de impedir a ingerência do Estado nesses assuntos, mas há também o direito de fazer cessar a violação e buscar a reposição do estado anterior.<sup>253</sup>

Assim, nesse estado, Jellinek observou um “direito negativo”, capaz de gerar uma obrigação de omissão – não intervenção ou ainda a cessação da atuação do Estado e no caso de dano, a devida reparação.<sup>254</sup>

Pode-se afirmar então, que esses direitos, no âmbito da vida social, concedem aos particulares um poder de agir sem a intervenção estatal, visto que há uma esfera individual de liberdade que comporta ações juridicamente irrelevantes para o Estado, na qual as finalidades de cunho preponderantemente individual devem ser realizadas livremente pelos indivíduos.<sup>255</sup>

Importa ressaltar que por serem considerados como faculdades do indivíduo - direitos de liberdades oponíveis ao Estado com um certo grau de subjetividade, - esses direitos de *status negativus*, corroboram a separação entre a sociedade e o ente estatal e são considerados como direitos da primeira dimensão.<sup>256</sup>

Já os direitos de *status positivus*, de acordo com Jellinek, são direitos concedidos ao particular pelo Estado que lhe permitem exercer “pretensões jurídicas positivas formais”, atribuindo-lhe um “*status cívico*”.<sup>257</sup>

A função precípua desses direitos é garantir aos particulares uma vida digna por meio da atuação dos entes públicos<sup>258</sup>, sendo, portanto, considerados “direitos cívicos”<sup>259</sup>.

O particular, nesse estado, tem a sua liberdade por meio das medidas estatais e diferentemente do que ocorre no *status negativus*, nessa categoria, o indivíduo depende da

---

<sup>253</sup> Os direitos de defesa, apesar da concepção liberal clássica, não se resumem aos direitos de liberdade e propriedade. É possível afirmar que essa função dos direitos fundamentais de cunho negativo abrange também aspectos da vida pessoal e de convívio comum. Desse modo, os direitos em questão, são capazes de impedir violações ou constrangimentos na esfera da vida privada, de forma preventiva e repressiva. Cfr. PIEROTH & SCHLINK, **op. cit.**, p. 1377-1384.

<sup>254</sup> Cfr. PIEROTH & SCHLINK, **op. cit.**, p. 1380 e DIMOULIS & MARTINS, **op. cit.**, p. 51. São encontrados direitos de *status negativus* nos artigos. 5º, inciso II e VI da CFB, 34 e 36 da CRP. Nesse sentido, importa ressaltar que quando houver uma intromissão não legítima do Estado, o particular tem o direito de exigir a cessação imediata e até mesmo a reparação referente aos danos sofridos. Cfr. ANDRADE, **Os Direitos Fundamentais...**, 2021, p. 164-165.

<sup>255</sup> Cfr. ALEXY, **op. cit.**, p. 258.

<sup>256</sup> Cfr. BONAVIDES, P., **Curso de Direito Constitucional**, 2011, p. 563.

<sup>257</sup> Isso significa que o particular tem direitos que podem ser exercidos e exigidos em face do Estado. Cfr. ALEXY, **op. cit.**, p. 264.

<sup>258</sup> Cfr. DIMOULIS & MARTINS, **op. cit.**, p. 52.

<sup>259</sup> Cfr. MIRANDA, **op. cit.**, p. 109.

ação do Estado para que obtenha melhorias nas suas condições de vida, dispondo, para tanto, dos direitos de reivindicação, de proteção, de participação, de prestação e de procedimento.<sup>260</sup>

Vale notar que nas relações entre Estado e particular há uma nítida bipartição que revela direitos positivos que pressupõem ações; e direitos negativos que implicam abstenções.<sup>261</sup>

Jellinek considera o direito à proteção jurídica o mais relevante dentre os direitos de *status positivus*, visto que por meio dele é garantida a proteção do particular. Esta proteção é feita mediante prestações estatais, bem como por meio de procedimentos do Estado.<sup>262</sup>

As atividades estatais são desenvolvidas tendo em vista o interesse dos indivíduos, e estão voltadas para o bem comum. Nesse propósito, o Estado cria condições ao particular de utilização de serviços por meio das suas instituições.<sup>263</sup>

Os direitos de *status positivus*, são direitos através dos quais se objetiva obter prestações estatais, sendo considerados direitos sociais ou de segunda dimensão, porquanto visam a promoção mediante políticas públicas de medidas que garantam a dignidade social.<sup>264</sup>

Nesses termos, o cidadão tem uma pretensão em face do Estado e ao mesmo tempo o direito de exigí-la.<sup>265</sup> É com base nesse duplo sentido que Jellinek afirma ter o particular além do direito, uma competência em relação ao cumprimento desses direitos, que se exprime pela “capacidade protegida juridicamente para exigir prestações positivas do Estado”.<sup>266</sup>

---

<sup>260</sup> Sem a atuação do Estado, o particular não tem liberdade. Cfr. PIEROTH & SCHLINK, **op. cit.**, p. 1395-1397. Cumpre aqui fazer menção à classificação de Robert Alexy, na qual os direitos fundamentais, em regra, são dotados de uma dupla função por abarcarem um complexo de posições jurídicas que se resumem em direitos de defesa e que compreendem os direitos negativos; e em direitos prestacionais, que como direitos positivos, englobam as prestações materiais ou normativas, consistindo também, estas últimas, na emissão de normas de proteção, organização e procedimento. ALEXY, R., apud SARLET et al., **op. cit.**, p. 454. Os direitos de proteção destinados ao gênero humano constituem direitos de terceira geração, como é o caso do direito ao meio ambiente equilibrado. Cfr. MARMELESTEIN, G., **Curso de Direitos Fundamentais**, 2014, p. 48.

<sup>261</sup> Cfr. DIMOULIS & MARTINS, **op. cit.**, p. 54.

<sup>262</sup> A relevância desse direito é vista especificamente no que tange à prestação jurídica, na criação de normas de direito público em prol dos interesses dos particulares e no acesso à justiça. Jellinek faz referência, ainda, ao direito do indivíduo de exigir um tratamento igualitário que garanta as mesmas condições frente às medidas estatais. Cfr. PIEROTH & SCHLINK, **op. cit.**, p. 1416.

<sup>263</sup> JELLINEK, G., apud MIRANDA, **op. cit.**, p. 109.

<sup>264</sup> Nesse sentido, são as ações do Estado que concretizam os direitos, como no caso da prestação de serviços de saúde, de educação e de segurança, bem como por meio da atividade normativa de tutela dos direitos dos trabalhadores. Cfr. DIMOULIS & MARTINS, **op. cit.**, p. 53.

<sup>265</sup> Aqui no sentido de direitos públicos subjetivos. São os direitos do estado positivo que garantem ao particular uma pretensão, ou seja, permitem aos indivíduos exigir determinada ação estatal, como, por exemplo, os pressupostos necessários para o exercício da liberdade (inclusive as liberdades de status negativus) e a proteção mediante políticas públicas e medidas concretas de política social. Cfr. PIEROTH & SCHLINK, **op. cit.**, p. 1397 e DIMOULIS & MARTINS, **op. cit.**, p. 52.

<sup>266</sup> Afirma Jellinek que no estado positivo o Estado reconhece ao indivíduo uma capacidade jurídica e cria meios através das instituições públicas para a garantia e o exercício das pretensões (dos particulares). É o que o autor denomina de “pretensões jurídicas positivas formais”, ou seja, trata-se de direitos formalmente reconhecidos que o particular pode exigir em um procedimento legal. Há, portanto, uma competência por parte

Tendo em vista a sua função, considera-se que os direitos de *status positivus* cumprem um papel tão importante quanto os de *status negativus* e, portanto, devem ser igualmente judiciáveis.<sup>267</sup>

Jellinek, considerando as ações do Estado, concluiu que o *status positivus* é o oposto do *status negativus*. Neste, é necessária uma abstenção estatal para que o particular esteja livre para agir; já em relação àquele, o Estado deve atuar em busca da concretização da liberdade e dos direitos da pessoa humana.<sup>268</sup>

Os direitos da cidadania ativa são direitos encontrados nas Constituições e que cumprem uma função que merece destaque na teoria de Jellinek.<sup>269</sup>

A atividade do Estado está diretamente vinculada à ação de particulares. Assim, os direitos de cidadania ativa ou de *status activus* atribuem ao particular “a capacidade de agir por conta do Estado”.<sup>270</sup> Por meio desses direitos, é permitido ao cidadão participar ativamente da formação da vontade estatal, como acontece em relação aos direitos políticos, classificados como direitos de primeira dimensão.<sup>271</sup>

Há, portanto, uma eminente diferenciação nas posições ocupadas pelo particular nos *status negativus e activus*, com foco no direito individual e no direito político e na separação entre a sociedade e o Estado.<sup>272</sup>

A participação do particular nas decisões políticas do Estado, seja de forma indireta ao escolher os seus representantes, seja de forma direta via instrumentos democráticos - como

---

do indivíduo em relação ao cumprimento desses direitos, e a existência dessa competência é para Jellinek uma condição necessária para que o indivíduo se encontre no *status positivus*. Sob esse aspecto, o ponto central do status positivo é “o direito a algo” por parte do particular e “é a sua competência” em relação ao cumprimento do direito que impõe um dever ao ente estatal, haja vista que o indivíduo depende das medidas do Estado para ter a sua liberdade ou para ter meios materiais necessários para uma vida digna. Cfr. JELLINEK, G., apud ALEX, **op. cit.**, p. 264-265.

<sup>267</sup> BONAVIDES, **op. cit.**, p. 565.

<sup>268</sup> Segundo Jellinek, o *status positivus* complementa o *status negativus* (que consiste em um dever de abstenção), no sentido de que aquele assegura ao particular a possibilidade de exigir dos entes públicos ações positivas, bem como fazer uso das instituições estatais, a fim de que o indivíduo possa ter os seus direitos concretizados. Nesse sentido, o *status positivus* é gerador de direitos subjetivos. Cfr. SARLET, I., **A Eficácia dos Direitos Fundamentais: Uma Teoria Geral dos Direitos Fundamentais na Perspectiva Constitucional**, 2015, p. 3766 e ALEX, **op. cit.**, p. 265.

<sup>269</sup> A CRP traz alguns dos importantes direitos cívicos dos particulares nos artigos 48º, 49º e 50º.

<sup>270</sup> Jorge Miranda assevera que, por meio desse direito, há “[...] interferência das pessoas na própria atividade do Estado, na formação da sua vontade”, e complementa que é o estado de cidadania ativa atribuído ao particular que permite o exercício dos direitos políticos em sentido estrito. Cfr. MIRANDA, **Direitos Fundamentais...**, p.109.

<sup>271</sup> Ingo Sarlet faz menção ao direito de voto. Cfr. SARLET, **op. cit.**, p. 3766. Os direitos de cidadania ativa constituem direitos cívicos garantidos pela Lei Fundamental de um país. Cfr. PIEROTH & SCHLINK, **Direitos Fundamentais...**, p. 1445.

<sup>272</sup> J.J. Gomes Canotilho atenta para a relevância da teoria da separação entre sociedade e Estado e ao binômio homem-cidadão, visto que segundo o autor, “[...] uma sociedade civil não envolvida em questões políticas ou onde não haja qualquer intervenção estatal é uma sociedade apolítica [...]”. Cfr. CANOTILHO, **Curso de Direito Constitucional...**, p. 394.

o referendo, a iniciativa popular e os orçamentos participativos - configura o exercício dos direitos de *status activus*.<sup>273</sup>

Nesse contexto, o cidadão é considerado um sujeito político ativo, capaz de influenciar nos assuntos relativos à organização e administração pública e é, por isso, chamado a participar e opinar nas questões políticas que envolvem os cidadãos e o Estado.<sup>274</sup>

O particular constrói o Estado, faz parte dele e nele participa, exercendo a sua liberdade no âmbito do ente estatal e em prol dele, havendo uma cooperação mútua.<sup>275</sup>

Dentre os direitos políticos, destaca-se o direito de sufrágio universal que representa um importante direito fundamental conquistado pelo particular frente aos poderes do Estado. Munido desse direito, o cidadão participa na formação da vontade estatal porquanto tem a sua capacidade de agir juridicamente ampliada.<sup>276</sup>

Não se pode olvidar que os direitos cívicos são direitos de grande relevância na história, visto que permitiram a inclusão política de indivíduos que outrora eram excluídos, como ocorreu com as classes mais pobres, com as mulheres e com os estrangeiros, e configuraram direitos fundamentais imprescindíveis no Estado Democrático de Direito.<sup>277</sup>

Embora boa parte da doutrina afirme que os direitos de participação dos indivíduos nos processos de decisão do Estado são exercidos de forma preponderante no estado ativo, pode o cidadão, no estado negativo, também atuar de forma democrática para a formação do ente público por meio do exercício da liberdade de expressão e de imprensa.<sup>278</sup>

Assim, é possível concluir que o direito de liberdade aparece em todas as relações e posições constituídas pelo particular e pelo Estado e que o referido direito fundamental pode assumir diversos escopos, como o direito à liberdade para evitar ou reprimir ingerências estatais; para garantir a proteção do indivíduo; e também para permitir a participação do particular na formação do Estado.<sup>279</sup>

---

<sup>273</sup> DIMOULIS & MARTINS, **Curso de Direitos...**, p. 54

<sup>274</sup> **Idem, ibidem**, p. 54.

<sup>275</sup> Há duas formas de analisar o exercício desses direitos fundamentais. A primeira delas é a verificação de que a liberdade do cidadão é entregue ao serviço do Estado; e a segunda se refere ao fato de que o Estado passa a ser o recinto de exercício da liberdade do particular, havendo uma cooperação mútua para a formação política. Como exemplo é possível citar o direito que garante ao particular a condição de eleitor e de candidato à eleição. Cfr. PIEROTH & SCHLINK, **op. cit.**, p. 1445-1455.

<sup>276</sup> Cfr. ALEXY, **Teoria dos Direitos...**, 2015, p. 269.

<sup>277</sup> Constituem direitos que permitem a intromissão do particular nas questões políticas do Estado como é o caso da participação dos partidos políticos. Cfr. DIMOULIS & MARTINS, **op. cit.**, p. 53.

<sup>278</sup> Importa lembrar que os direitos de liberdade de expressão e de imprensa também encontram limites constitucionais o que possibilita a intervenção estatal, quando necessária. PIEROTH & SCHLINK, **op. cit.**, p. 1458.

<sup>279</sup> Segundo Alexy, “toda liberdade fundamental é uma liberdade que existe ao menos em relação ao Estado”. Cfr. ALEXY, 1986, **Teoria dos direitos fundamentais**, trad. Virgílio Afonso da Silva, 2015, p. 234-

A despeito do seu incontestável valor, a classificação estabelecida por Jellinek é alvo de algumas críticas e há ainda autores que apresentam soluções e posicionamentos diferenciados.<sup>280</sup>

Uma das inquietações apontadas pelos doutrinadores e que deve ser aqui tratada, mesmo que de forma sumária, está relacionada ao denominado *status passivus*. Os adeptos da teoria tripartida não aceitam a existência do *status passivus*, pois afirmam não se tratar de direitos fundamentais nesse status, e sim de deveres.<sup>281</sup>

A crítica é direcionada no sentido de que ao indivíduo são impostos deveres provenientes da sua condição de sujeição perante o Estado. Portanto, na seara da classificação dos direitos fundamentais em categorias, seriam relevantes somente os *status negativus*, *positivus* e *activus*, que tratam verdadeiramente de direitos dos indivíduos.<sup>282</sup>

A par disso, as chamadas teorias unitária e binária são encontradas na literatura. A primeira com fulcro na fundamentalidade e imprescindibilidade de todos os direitos fundamentais e que rejeita a divisão em categorias distintas. Os adeptos da teoria unitária asseveram que não pode existir hierarquia entre os direitos fundamentais e que os mesmos apresentam semelhanças estruturais, possuindo todos a mesma «dignidade constitucional».<sup>283</sup>

Em relação à segunda, também denominada de teoria dualista, a classificação dos direitos fundamentais consiste em direitos de resistência ou liberdades negativas; e em direitos prestacionais ou liberdades positivas. Assim sendo, os direitos políticos estariam englobados na categoria dos direitos de resistência, afirmação que é para alguns doutrinadores questionável.<sup>284</sup>

Outra crítica apontada pela doutrina diz respeito ao *status negativus*. De acordo com o que fora apresentado por Jellinek os particulares exercem as liberdades, mas estão sujeitos

---

235. Embora com funções diversas, em todos os status apresentados e no que tange a direitos fundamentais, é possível encontrar uma relação com o direito de liberdade. Sem deixar de fazer menção ao fato de que a liberdade do particular pode implicar uma atuação estatal, como é o caso da prestação de serviços de segurança pública ou de acesso à justiça. No mesmo sentido, pode-se afirmar que o direito fundamental de igualdade é encontrado em todos os estados da teoria de Jellinek. Cfr. PIEROTH & SCHLINK, **op. cit.**, p. 1462.

<sup>280</sup> Sobre as críticas apontadas na doutrina, ver SARLET, **A Eficácia dos...**, 2015, p. 3773-3807; PIEROTH & SCHLINK, **Direitos Fundamentais...**, 2019, p.1462; e DIMOULIS & MARTINS, **Teoria Geral...**, 2014, p. 54-55.

<sup>281</sup> Cfr. DIMOULIS & MARTINS, **op. cit.**, p. 54.

<sup>282</sup> **Idem, ibidem**, p.54-55.

<sup>283</sup> Assim, afirma-se que, embora as funções dos direitos fundamentais sejam diferenciadas, não é possível hierarquizar os direitos fundamentais. Nesse sentido, cumpre ainda destacar que, para os adeptos da teoria unitária, não é correto considerar os direitos sociais como direitos de cunho programático. Cfr. DIMOULIS & MARTINS, **op. cit.**, p. 55.

<sup>284</sup> Para Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins, a função e o escopo dos direitos políticos não se resumem em direitos de resistência, mas consistem numa atuação (positiva) e única do particular. **Idem, ibidem**, p. 55.

às disposições do legislador. Hodiernamente, a liberdade é preservada contra toda intervenção estatal não fundamentada no ordenamento jurídico, fato que vincula o legislador ordinário.<sup>285</sup>

Ainda no tocante ao *status negativus*, urge fazer menção à crítica desferida por Konrad Hesse ao asseverar que a questão é vista por Jellinek por uma via meramente formal e que essa concepção trará consequências indesejadas. Hesse afirma que sendo o indivíduo a quem se reconhece o *status negativus* demasiadamente abstrato, haverá a garantia de uma liberdade genérica e também abstrata.<sup>286</sup>

Por fim, há uma preocupação ligada à abrangência restritiva da classificação apresentada por Jellinek, nomeadamente no que tange aos direitos fundamentais de titularidade coletiva.<sup>287</sup>

As constituições contemporâneas trazem uma gama de direitos coletivos, desde os tradicionais, como os direitos de reunião, de associação e o direito de criação de partidos políticos; até os mais recentes direitos difusos, como o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, ou ainda os direitos de solidariedade, que estabelecem deveres de cooperação entre os países, cujo exercício promove o desenvolvimento e a paz.<sup>288</sup>

No que tange aos primeiros, não há celeuma, visto que são direitos de cunho coletivo de titularidade individual, e, portanto, constituem, na classificação de Jellinek, direitos de resistência, políticos ou prestacionais exercidos por um grupo de pessoas. Já os últimos, enfrentam o problema da indeterminação do titular e dos sujeitos passivos, ensejando conflitos práticos e teóricos.<sup>289</sup>

Contudo, embora as críticas e o debate doutrinário tenham de certa forma alguma pertinência, cabe ressaltar que a teoria de Jellinek sobre as funções dos direitos fundamentais foi reconhecida e propagada no contexto histórico liberal do século XIX e que foi considerada um contributo para a teoria dos direitos fundamentais.

---

<sup>285</sup> Cfr. SARLET, **op. cit.**, p. 3783.

<sup>286</sup> A teoria apresentada por Jellinek é uma teoria de posições globais abstratas. Cfr. ALEXY, **op. cit.**, 255. Hesse afirma que o *status* constitucional do particular que é garantido pelos direitos fundamentais deve tratar-se de um “*status* jurídico material” de conteúdo concreto e determinado, voltado para o cidadão, não sendo possível ser disposto sem limites nem em relação ao indivíduo, nem tampouco ao ente estatal. Caso contrário, o *status subjectionis* será o responsável por fulminar a personalidade e a autonomia individual. Cfr. HESSE, K., *Grundzüge*, p. 127-128, apud SARLET, **A Eficácia dos...**, 2015, p. 3789-3791.

<sup>287</sup> Cfr. DIMOULIS & MARTINS, **op. cit.**, p. 56.

<sup>288</sup> **Idem, ibidem**, p. 56-58.

<sup>289</sup> Como exemplo o direito à paz e ao desenvolvimento econômico, são direitos que envolvem interesses políticos entre países, fato que dificulta o exercício do direito devido à complexidade do tema e questões de soberania.

DIMOULIS & MARTINS, **op. cit.**, p. 58.

A par disso, atualmente, a teoria constitucional reconhece a multifuncionalidade<sup>290</sup> dos direitos fundamentais, além da temática ser vista por uma dupla perspectiva: a subjetiva e a objetiva.

Feita a análise das funções dos direitos fundamentais na classificação de Jellinek quanto às situações do particular em relação ao ente estatal, e considerando a atual multifuncionalidade dos direitos, visto que não mais se resumem à clássica função de direitos de defesa, mas que são reconhecidas outras funções na ordem jurídica, urge fazer referência às dimensões atribuídas pela doutrina aos direitos fundamentais.

## 2.2 As dimensões dos direitos fundamentais

Os direitos fundamentais, para Jellinek são vistos como “direitos públicos subjetivos<sup>291</sup>”, devido a capacidade de atribuir aos indivíduos, uma gama de pretensões jurídicas e proteção contra a ingerência do Estado. Sob esse enfoque, os direitos fundamentais concedem ao particular uma posição jurídica de direito subjetivo.<sup>292</sup>

Nessa seara, importa fazer menção ao posicionamento do Tribunal Constitucional Federal Alemão, ao reconhecer os direitos fundamentais “[...] em primeiro lugar como direitos individuais, direitos do homem e do cidadão, que têm por objeto a proteção de

---

<sup>290</sup> Sobre essa temática, segundo Canotilho, dentre as diversas funções dos direitos fundamentais, cumpre destacar que a primeira função - clássica - dos direitos fundamentais é o direito de defesa do cidadão - a relevante defesa da pessoa e da sua dignidade frente ao Estado. Há também o direito de exigir prestações estatais relativas a serviços - saúde, educação e segurança social - através da implementação das políticas públicas sociais. A par destes, existem ainda direitos que impõem ao ente estatal o dever de proteção perante terceiros. O autor cita como exemplo o direito à vida e à inviolabilidade de domicílio que devem ser protegidos em relação a outros indivíduos, bem como o direito de proteção de dados informáticos e o direito de associação. Sob este aspecto, o Estado deve agir positivamente para proteger os direitos fundamentais de possíveis restrições no seu exercício, advindas de outros particulares. Por fim, o autor destaca a função de não discriminação que tem sido abordada pela doutrina contemporânea com fulcro nos direitos e no princípio da igualdade. O Estado deve assegurar um tratamento igualitário aos indivíduos em relação a todos os direitos como é o caso da instituição de quotas para diminuir as desigualdades de oportunidades. Nesse sentido, alguns grupos almejam uma sociedade multicultural e hiperinclusiva com a plena e efetiva igualdade de direitos para todos - homossexuais, portadores de HIV ou mães solteiras. A função antidiscriminatória dos direitos fundamentais é explicitada nos arts. 26º/1, 46º/4, 69º/1, 109º, todos da CRP e no âmbito internacional no Protocolo Opcional à Convenção sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres, Nova York em 06/10/1999. Cfr. CANOTILHO, **Curso de Direito...**, 2003, p. 410.

<sup>291</sup> A afirmação do autor, não obstante tenha a sua relevância, exhibe um forte caráter individualista e positivista, impregnados pela concepção subjetivista. Cfr. DIMOULIS & MARTINS, **Teoria geral...**, 2014, p. 49 e Cfr. SARMENTO, **Direitos Fundamentais...**, 2004, p. 138.

<sup>292</sup> O direito subjetivo é visto como um poder (ou competência) jurídico de exigir algo de alguém. No caso específico, o titular do direito subjetivo (o particular) submete a outra parte (o Estado) a uma omissão, ação ou tolerância. Cfr. PIEROTH & SCHLINK, **Direitos fundamentais...**, 2019, p. 1762.

A esse respeito ver art. 8º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem disponível em [https://www.echr.coe.int//documents/convention\\_por.pdf](https://www.echr.coe.int//documents/convention_por.pdf), acessado em 14 de jan. de 2022.

domínios concretos, especialmente domínios em perigo da liberdade humana.”<sup>293</sup> Embora, o posicionamento inicial do Tribunal tenha sido subjetivista, a Corte também reconheceu a função jurídico-objetiva dos direitos fundamentais.

Os direitos positivados no contexto liberal passaram por importantes mutações, ensejando o aparecimento de novos direitos, bem como de uma nova forma de encará-los, mormente no que diz respeito às funções e aos efeitos desses direitos na ordem jurídica, com o precípua escopo de oferecer condições dignas para a sociedade.<sup>294</sup>

As liberdades reconhecidas, por si sós, não eram capazes de possibilitar a concretização dos direitos. Um direito fundamental terá o seu conteúdo esvaziado na ausência de meios necessários para que o particular possa usufruir desse direito, como é o caso do direito de propriedade.<sup>295</sup>

Restou evidente que o Estado é o responsável por criar mecanismos e formas de garantir a liberdade para os indivíduos, também em face de terceiros, promovendo medidas que busquem o bem-estar social. O ente estatal deve atuar para que os direitos fundamentais não se tornem palavras vazias e sem efeitos práticos.<sup>296</sup>

Como visto, a teoria liberal manteve o foco numa perspectiva voltada para o indivíduo, com a limitação do poder estatal, fundamentada nas pretensões dos particulares em face do Estado, trazidas pelo direito positivo.

A doutrina contemporânea ultrapassou a barreira individualista do liberalismo e contemplou uma dimensão na qual os direitos fundamentais, para além dos efeitos advindos da perspectiva subjetiva, demonstraram a potencial capacidade de produzir efeitos na comunidade e que, portanto, constituem “as bases da ordem jurídica da coletividade”, ao

---

<sup>293</sup> No mesmo sentido, Canotilho expõe em sua obra que “os direitos são, em primeira linha, direitos individuais”. Cfr. CANOTILHO, **op. cit.**, p.1257. Ver sobre a decisão em PIEROTH & SCHLINK, **op. cit.**, p. 1553 e também em <https://direitosfundamentais.net/2008/05/13/50-anos-do-caso-luth-o-caso-mais-importante-da-historia-do-constitucionalismo-alemao-pos-guerra/#:~:text=De%20acordo%20com%20o%20jurista%20alemão%20Robert%20Alexy%2C,clássicos%20direitos%20defensivos%20do%20cidadão%20contra%20o%20Estado>, acesso em 29 de out. de 2021. O Tribunal Constitucional Federal em sua jurisprudência, entendeu que os direitos fundamentais podem ser vistos como uma ordem objetiva de valores que irá repercutir no direito ordinário na sua formação, interpretação, bem como na sua aplicação. A decisão da Corte será analisada em momento oportuno. Cfr. PIEROTH & SCHLINK, **op. cit.**, p. 1569.

<sup>294</sup> Cfr. SARMENTO, **op. cit.**, p. 133.

<sup>295</sup> Nesse contexto, o Estado passa a ser peça fundamental na criação de condições materiais para o exercício das liberdades pelo particular. Cfr. DIMOULIS & MARTINS, **op. cit.**, p. 116.

<sup>296</sup> Sob esse aspecto, interessante destacar a expressão usada por Daniel Sarmento: “promessas vãs” para “os despossuídos” cidadãos. Cfr. SARMENTO, **op. cit.**, p. 135. Ver ainda DIMOULIS & MARTINS, **op. cit.**, p. 116.

consagrar fins ou valores voltados para a comunidade política que orientam a atuação dos poderes públicos.<sup>297</sup>

Os direitos e garantias jurídicas então consagrados constitucionalmente aos indivíduos, projetam-se em dimensões e planos diversos e a doutrina contemporânea reconhece uma dupla dimensão dos direitos fundamentais.

No entanto, essas dimensões, apesar de apresentarem um conteúdo bastante diferenciado, não se excluem. Trata-se da teoria das dimensões subjetiva e objetiva dos direitos fundamentais que passará a ser objeto de análise.<sup>298</sup>

### 2.2.1 A dimensão subjetiva dos direitos fundamentais

A dimensão subjetiva é constituída por normas de direitos que revelam posições jurídicas subjetivas, tendo em consideração a relação indivíduo-Estado. Assim, nessa dimensão fala-se em direitos fundamentais subjetivos<sup>299</sup>, que aparecem como direitos individuais constitucionalmente protegidos.<sup>300</sup>

Cumprir destacar a diversidade dos direitos subjetivos, que consistem em direitos “a algo”, podendo abranger tanto ações negativas, como ações positivas do destinatário, isto é, liberdades e competências.<sup>301</sup>

Nesse sentido, pode-se afirmar que a dimensão subjetiva dos direitos fundamentais corresponde às posições individuais reconhecidas aos titulares dos direitos a quem as normas atribuem pretensões jurídicas, limitando e orientando a atuação estatal.<sup>302</sup>

---

<sup>297</sup> Cfr. HESSE, K. Elementos do Direito Constitucional da República Federal da Alemanha, 1998; apud SARMENTO, Direitos Fundamentais..., 2004, p. 134.

<sup>298</sup> As dimensões coexistem e num conceito simplista, mas elucidativo, a dimensão subjetiva dos direitos fundamentais consiste numa fonte de direitos subjetivos do particular, enquanto a dimensão objetiva constitui os valores fundamentais do ordenamento jurídico que terão incidência em todo o direito positivo, funcionando como norte da atuação estatal. Cfr. SARMENTO, op. cit., p. 134 e 135. Jorge Pereira da Silva utiliza a expressão “dimensões prestacionais” para indicar os direitos fundamentais de cunho eminentemente social. Cfr. SILVA, Jorge Pereira da. **Deveres do Estado de Protecção de Direitos Fundamentais**: fundamentação e estrutura das relações jusfundamentais triangulares. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2015, p. 28 e 80.

<sup>299</sup> Um direito subjetivo fundamental é, para Vieira de Andrade, um direito com características próprias, conteúdo diferenciado, sujeitos passivos determinados e múltiplas funções. Cfr. ANDRADE, Teoria dos..., 2021, p. 111.

<sup>300</sup> Cfr. ANDRADE, op. cit., p. 106 e SARLET, A Eficácia dos..., 2015, p. 3653.

<sup>301</sup> Robert Alexy, no tocante aos direitos subjetivos ressalta que a norma do art. 19, parágrafo 4º da atual Constituição alemã, é uma norma abrangente visto que “[...] abre a via judicial para todo aquele que tenha tido um direito violado pelos poderes públicos.” Cfr. ALEXY, Teoria dos Direitos..., 2015, p. 190. Conteúdo da norma disponível em <https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80208000.pdf>, acedido em 28 de out. de 2021. Segundo Kelsen, “o direito subjetivo em sentido específico é a capacidade ou poder jurídico de fazer valer a satisfação de um dever existente. KELSEN, H., Allgemeine Theorie der Normen, p. 269, apud ALEXY, op. cit., p. 189.

<sup>302</sup> NOVAIS, **Direitos Fundamentais...**, 2019, p. 108.

O direito subjetivo concedido ao particular o investe de um poder de exigir judicialmente o cumprimento da norma pelo seu destinatário, ou seja, este último tem o dever de promover o direito, seja praticando determinado ato ou abstendo-se da prática.<sup>303</sup>

Assim, faz-se referência a diferenciação apresentada pela doutrina na qual o direito subjetivo é a pretensão jurídica reconhecida constitucionalmente ao particular enquanto a dimensão subjetiva dos direitos é encontrada nas relações estabelecidas entre os particulares e o poder público ou entre os indivíduos nas suas relações sociais, oriundas da pretensão, ou seja, do direito subjetivo.<sup>304</sup>

Há quem estabeleça ainda uma correspondência entre a dimensão subjetiva e o *status negativus* de Jellinek, haja vista que neste estado se evidencia uma forte preocupação com os direitos do particular de cunho predominantemente individual, livres da ingerência Estatal.<sup>305</sup>

No *status negativus*, há de forma simultânea a concessão de liberdade ao indivíduo e a atribuição de uma competência negativa ao Estado que se perfaz na impossibilidade de atuar em determinados casos.<sup>306</sup>

Semelhantemente pode ser estabelecida uma relação entre direitos dos *status positivus e activus*, nos quais a dimensão subjetiva é encontrada nas pretensões jurídicas que determinam a atuação estatal como se visualiza em relação ao direito à saúde e nos direitos políticos e garantias processuais. Nessa linha, conclui-se que a dimensão subjetiva tem forte ligação com a teoria dos *status* de Jellinek e com o liberalismo clássico, por considerar os direitos fundamentais nas suas funções de defesa, de prestação e de participação.<sup>307</sup>

A dimensão subjetiva dos direitos fundamentais pode ser vista como posições de autodeterminação pessoal do indivíduo que são constitucionalmente protegidas pelos direitos fundamentais em face do Estado, bem como em face dos particulares na comunidade.<sup>308</sup>

---

<sup>303</sup> Cfr. SARLET, **op. cit.**, p. 3655 e CANOTILHO, **Curso de Direito...**, 2003, p. 1254.

<sup>304</sup> Conceito apresentado em NOVAIS, **op. cit.**, p.108. Segundo Ingo Sarlet, a dimensão subjetiva dos direitos fundamentais é revelada como “[...] um feixe de posições estruturalmente diferenciadas [...]”. Cfr. SARLET, **op. cit.**, p. 3677.

<sup>305</sup> Jorge Reis Novais, afirma que a dimensão subjetiva dos direitos fundamentais está diretamente ligada “[...] à possibilidade juridicamente reconhecida e tutelada de autodeterminação [...]”, igualmente encontrada no *status negativus* de Jellinek. Cfr NOVAIS, **op. cit.**, p. 108.

<sup>306</sup> Exemplo citado pela doutrina diz respeito ao direito fundamental de liberdade de imprensa constante no art. 5º, IX, da CFB. A liberdade conferida pelo Estado o impede de interferir no trabalho da comunicação social, mormente no que diz respeito à prática de censura, salvo em casos excepcionais. Cfr. DIMOULIS & MARTINS, **Teoria geral...**, 2014, p. 49-50.

<sup>307</sup> Cfr. **Idem, ibidem**, p. 117.

<sup>308</sup> Cfr. NOVAIS, **Direitos Fundamentais...**, 2019, p. 108.

É possível afirmar que independentemente do contexto, o particular almeja ver o seu direito fundamental protegido, seja no relacionamento com os entes públicos, seja com outros particulares.

Nesse propósito, é notória a importância dos direitos fundamentais na dimensão subjetiva, visto que aos indivíduos é garantido exigir judicialmente dos destinatários a observância e o cumprimento do direito estipulado nas normas.

A complexidade das relações que envolvem os direitos fundamentais é evidente, visto que eles podem garantir direitos, liberdades, pretensões e poderes relacionados a competências ou autorizações de várias naturezas, além de serem dirigidos a diferentes destinatários.

Seja qual for o destinatário da norma constitucional, o particular almeja que o exercício do seu direito seja garantido e respeitado. A questão é saber se diante disso, o particular poderá invocar direitos subjetivos contra outros particulares tendo como fundamento direto e exclusivo a norma constitucional que garante o direito fundamental.

Há quem defenda a preponderância da dimensão subjetiva, devido ao valor atribuído à autonomia individual e à dignidade humana. No entanto, algumas críticas são dirigidas a esse posicionamento, tendo em vista o fato de que, na prática, a concreta exigibilidade do direito subjetivo, por vezes, fica prejudicada em razão do princípio da separação dos poderes e por estar condicionada à eficácia da prestação jurisdicional.<sup>309</sup>

É inegável que os direitos fundamentais têm como função limitar e nortear a atuação estatal, seja no âmbito administrativo, legislativo ou judicial e que constituem verdadeiros direitos subjetivos do particular, o que justifica o exercício de suas pretensões em face do Estado, mormente quando há intervenções inapropriadas e violações.

A constatação de que os direitos subjetivos constituem importantes formas de defesa do particular em face do Estado vieram corroborar a relevância do estudo da dimensão subjetiva dos direitos fundamentais e seus corolários. No entanto, hodiernamente, além das características e funções acima descritas, a doutrina apregoa que estes direitos apresentam um conteúdo jurídico maior, revelado por uma outra dimensão. O assunto que será tratado irá demonstrar que os direitos fundamentais além de constituírem direitos subjetivos, apresentam também um conteúdo jurídico objetivo de grande relevância para o estudo da aplicabilidade dos direitos fundamentais nas relações entre particulares.

---

<sup>309</sup> O autor Ingo Sarlet aborda esse assunto em sua obra. Cfr. SARLET, **op.cit.**, p. 3719-3730.

### 2.2.2 A dimensão objetiva dos direitos fundamentais

A partir do término da Primeira Guerra Mundial, os estudos sobre a dimensão objetiva dos direitos fundamentais intensificaram-se, e, com o advento da Constituição de Bonn de 1949, o tema alcançou maior amplitude e grandes repercussões na dogmática dos direitos fundamentais.<sup>310</sup>

O divisor de águas foi o julgamento do caso Luth no ano de 1958 pelo Tribunal Constitucional alemão.<sup>311</sup>

Foi então que, para além de ensejar pretensões individuais, os direitos passaram a ser vistos também como normas principiológicas e valorativas capazes de ensejar decisões objetivas de valor dotadas de características e funções que vão além das encontradas na dimensão subjetiva.<sup>312</sup>

Nesse sentido, passou a afirma-se que a Lei Maior ao consagrar os direitos fundamentais atribui-lhes uma validade jurídico-objetiva no ordenamento jurídico que resulta na existência de valores ou bens dotados de uma força irradiante que obriga os poderes públicos, independentemente de quem sejam os titulares dos direitos.<sup>313</sup>

Assim, os direitos fundamentais seriam responsáveis por legitimar as formas constitucionais do Estado de direito e funcionariam como fundamentos da ordem democrática.<sup>314</sup>

Sob essa ótica, os direitos fundamentais não se resumiriam a direitos subjetivos, cujo titular pode pedir a sua satisfação. Mas devem ser vistos também por uma outra perspectiva, que transcende a subjetiva, ou seja, podem ser considerados como decisões valorativas que servirão como norte aos diversos órgãos estatais.<sup>315</sup>

Um traço marcante no tocante às diferenças entre as dimensões é que no enfoque objetivista, o que é concedido ao particular pelos direitos fundamentais é retirado do ente estatal, objetivamente, ainda que o particular não invoque o direito judicialmente.<sup>316</sup> Desse

---

<sup>310</sup> Cfr. SARLET, **op. cit.**, p. 3434.

<sup>311</sup> Sobre o Caso Luth ver SARMENTO, **Direitos Fundamentais...**, 2004, p. 141. O caso Luth será tratado em tópico específico.

<sup>312</sup> SARLET, **op. cit.**, p. 3434. A dimensão objetiva tem incidência no direito material e processual. Assim, surge a ideia de processo como instrumento para efetivação de direitos fundamentais.

<sup>313</sup> Cfr. NOVAIS, **op. cit.**, p. 107.

<sup>314</sup> Cfr. PÉREZ LUÑO, **Los Derechos...**, 1998, p. 3, cap.1. A esse respeito ver artigos 1º, 2º e 3º da CRP.

<sup>315</sup> Cfr. SARLET, **A Eficácia dos Direitos...**, 2015, p. 3443.

<sup>316</sup> Importante ressaltar que os direitos fundamentais, vistos como um sistema de valores, delimitam a atuação estatal - proibindo ou restringindo-a -, e funcionam como normas de competência negativa. Cfr. NOVAIS, **Direitos fundamentais...**, 2019, p. 107 e 108 e PIEROTH & SCHLINK, **Direitos Fundamentais...**, 2019, p. 1498.

modo, a intervenção estatal a fim de preservar direitos fundamentais, deve ocorrer independentemente da reclamação do seu titular.<sup>317</sup>

Nesse aspecto, a perspectiva objetiva trouxe grandes resultados, visto que o mero reconhecimento de direitos subjetivos e das respectivas funções que garantiam o direito de defesa, apesar do valor incontestado, não atendiam às necessidades dos particulares na sua totalidade, por estarem condicionados à propositura de uma ação relativa à pretensão jurídica.<sup>318</sup>

É sabido que o dever estatal consiste essencialmente em promover condições dignas para os cidadãos, bem como protegê-los contra ameaças e agressões provenientes dos próprios órgãos públicos e de outros particulares.

É na sua dimensão objetiva que os direitos fundamentais atingem um escopo ainda maior, passando a constituir um sistema de valores e princípios de abrangência universal que informam e vinculam todo o ordenamento jurídico.<sup>319</sup>

Assim, a busca por novas funções dos direitos fundamentais resultou na descoberta pela doutrina de uma perspectiva consistente em “decisões e padrões de valor, normas axiomáticas ou princípios objetivos” voltados para a comunidade e não somente para o indivíduo.<sup>320</sup>

Portando, nessa via, os direitos fundamentais apresentam-se como um conjunto de valores básicos e ao mesmo tempo uma proteção para as situações jurídicas subjetivas, sem olvidar que a teoria das dimensões dos direitos fundamentais é corolário das mudanças ocorridas em relação à teoria do Estado e da evolução do pensamento liberal para o social.<sup>321</sup>

Cumprido, no entanto, ressaltar que a dimensão objetiva não surge com o escopo de excluir a subjetiva, mas de complementá-la, produzindo uma gama de efeitos relevantes em todo o ordenamento jurídico. Assim, os direitos fundamentais não deixam de ser vistos como direitos subjetivos do particular, mas passam também a ser considerados por uma outra perspectiva de maior amplitude.<sup>322</sup>

---

<sup>317</sup> Cfr. DIMOULIS & MARTINS, **Teoria geral...**, 2014, p. 117.

<sup>318</sup> O que na prática é sempre mais complexo. Sobre esse ponto ver PIEROTH & SCHLINK, **op. cit.**, p. 1498-1512.

<sup>319</sup> Cfr. Pérez Luño, **op. cit.**, p. 4, cap. 1.

<sup>320</sup> Cfr. PIEROTH & SCHLINK, **op. cit.**, p. 1508.

<sup>321</sup> Cfr. PÉREZ LUÑO, **op. cit.**, p. 3, cap. 1 e Cfr. PIEROTH & SCHLINK, **Op. cit.**, p. 1517.

<sup>322</sup> A perspectiva subjetiva dos direitos fundamentais, apesar do seu inegável valor, não foi capaz por si só de abarcar todas as repercussões e efeitos jurídicos concernentes às normas de direitos fundamentais. A dimensão objetiva serviu de reforço para a subjetiva, complementando-a, com a produção de efeitos jurídicos diferenciados. Cfr. ANDRADE, **Os Direitos Fundamentais...**, 2021, p.107 e PIEROTH & SCHLINK, **op. cit.**, p. 1501.

A par da dimensão subjetiva dos direitos fundamentais que revela a titularidade e domínio de uma esfera de autodeterminação juridicamente protegida, a dimensão objetiva amplia os deveres estatais, designadamente os deveres de proteção, possibilitando o efeito de irradiação dos direitos fundamentais e a existência de uma ordem objetiva de valores.<sup>323</sup>

A classificação em dimensões de forma estanque, pode gerar controvérsias, mormente em relação à dimensão prestacional<sup>324</sup> que abrange os direitos sociais. Há quem considere que esses direitos se encontram num limbo, numa zona cinzenta, visto não ser possível sustentar em termos constitucionais tratar-se de direitos subjetivos.<sup>325</sup>

Portanto, os efeitos trazidos pela perspectiva objetiva são considerados como uma “mais-valia”, tendo em vista a ampliação das relações jurídicas constituídas pelos direitos subjetivos. Isso ocorre pela expressa determinação das normas constitucionais ou pela via da “irradiação normativa”, sem olvidar, ainda, os efeitos objetivos advindos diretamente da consagração dos direitos fundamentais nas Constituições.<sup>326</sup>

Nesse contexto, é possível afirmar que os direitos fundamentais constituem garantias objetivas, porquanto tais normas são dotadas de validade na ordem jurídica e de alcance universal. Sob este aspecto, essas normas ao serem desrespeitadas pelo Estado, seja por ação ou omissão, ensejam um juízo de inconstitucionalidade, que dispensa a comprovação de efeitos negativos concretamente produzidos nas esferas jurídicas de pessoas determinadas.<sup>327</sup>

Importa fazer menção ao fato de que independentemente dos efeitos provenientes da perspectiva subjetiva, os direitos fundamentais encarados como normas de direito objetivo são considerados parâmetro para o controle de constitucionalidade das leis.<sup>328</sup>

A inconstitucionalidade decorre diretamente do não atendimento pelos entes públicos da norma fundamental positivada, ou seja, da não observância dos deveres de

---

<sup>323</sup> NOVAIS, **op. cit.**, 2019, p. 109.

<sup>324</sup> Peter Häberle afirma que a classificação das dimensões dos direitos fundamentais deve ser ampliada e passara englobar a dimensão prestacional, e isso com fundamento no que denomina de “dimensão participativa do Estado Social”, revelada por meio do *status activus*. Para ele, esse caráter participativo dos direitos fundamentais é proveniente da positivação das normas na Constituição e não de pretensões subjetivas. Cfr. HÄBERLE, P., **Los Derechos Fundamentales en el Estado Prestacional**, trad. Jorge Luis León Vázquez. – 1ª ed. - Lima: Palestra Editores, 2019, p. 120.

<sup>325</sup> Cfr. SILVA, **Deveres do Estado...**, 2015, p. 107-108.

<sup>326</sup> Expressões usadas por Vieira de Andrade em **Os Direitos Fundamentais...**, 2021, p. 130. A eficácia irradiante dos direitos fundamentais consiste numa força vinculativa dos preceitos que irradiam valores e fovecem diretrizes em relação à elaboração, interpretação e aplicação da lei ordinária, voltados para a conformação da ordem jurídica. “O que uma vez está estabelecido jurídico-objetivamente acaba sempre por ser aplicado jurídico-subjetivamente.” Portanto, afirma-se que “[...] a função jurídico-objetiva dos direitos fundamentais revela-se como uma parteira de novos direitos subjetivos.” Cfr. PIEROTH & SCHLINK, **Op. cit.**, p. 1570.

<sup>327</sup> Cfr. NOVAIS, **Direitos fundamentais...**, 2019, p. 107 e 108.

<sup>328</sup> Cfr. SARLET, **A Eficácia dos Direitos...**, 2015, p. 3525.

respeito, de proteção e de promoção que são constitucionalmente impostos aos poderes públicos enquanto destinatários das normas. Cabendo ainda, ressaltar que, as garantias objetivas não estão limitadas à relação Estado-particular.<sup>329</sup>

Os direitos fundamentais cumprem funções que repercutem tanto na esfera do particular, quanto no âmbito da comunidade.<sup>330</sup> As mudanças advindas da evolução do Estado liberal para o Estado Social e de Direito ensejaram a ampliação do âmbito de eficácia dos direitos fundamentais, nomeadamente nas relações interprivadas.<sup>331</sup>

Nessa seara, a eficácia externa ou efeito externo dos direitos fundamentais constitui a eficácia horizontal que abarca as relações entre particulares supostamente encontrados em posição de igualdade e que se contrapõe à eficácia vertical que produz efeitos tão-somente nas relações entre o particular e o Estado.<sup>332</sup>

É a partir do reconhecimento dos efeitos advindos da dimensão objetiva que os direitos fundamentais passam a ter impacto nas relações privadas. A autonomia dos particulares é atingida e pode até sofrer restrições em prol da proteção da dignidade humana, mormente nos casos que envolvem entidades detentoras de poderes econômicos e sociais, como se evidencia nas relações laborais. Assim, a fim de evitar a violação de direitos, todo o direito, público e privado, deverá ser criado e interpretado em conformidade com os valores constitucionais.<sup>333</sup>

Ainda no contexto da dimensão objetiva, cumpre analisar alguns conceitos importantes como normas de competência negativa, a eficácia irradiante dos direitos fundamentais e a teoria dos deveres de proteção, que estão relacionados à essa perspectiva dos direitos fundamentais.

### 2.2.3 Os efeitos práticos da dimensão objetiva dos direitos fundamentais

---

<sup>329</sup> Cfr. NOVAIS, **op. cit.**, p. 107 e 108.

<sup>330</sup> Interessante distinção feita por Vieira de Andrade quanto à existência de um efeito interno - na dimensão subjetiva-, e de um efeito externo - na dimensão objetiva-, dos direitos fundamentais. Os primeiros estariam restritos às relações entre os indivíduos e o Estado, enquanto os últimos compreenderiam as relações entre particulares. Cfr. ANDRADE, **op. cit.**, p. 137.

<sup>331</sup> PÉREZ LUÑO, **op. cit.**, p. 5, cap 1.

<sup>332</sup> Tema que será oportunamente abordado. Cfr. ANDRADE, **op. cit.**, p. 133.

<sup>333</sup> Cfr. SARMENTO, **Direitos Fundamentais...**, 2004, 134-136.

A evolução do Estado Liberal para o Estado Social, além de outros contributos, possibilitou a atribuição de um conteúdo jurídico-objetivo aos direitos fundamentais com efeitos autônomos, para além dos reconhecidos na perspectiva subjetiva.<sup>334</sup>

Nas Constituições são albergados os valores mais relevantes para a comunidade, e o reconhecimento de uma dimensão objetiva dos direitos fundamentais trouxe importantes mudanças para o mundo jurídico, mormente no que tange à superação da visão liberal individualista que era voltada para o homem em abstrato e garantia apenas direitos subjetivos de liberdade e igualdade, nomeadamente os direitos de defesa.<sup>335</sup>

Nesse novo cenário, o Estado é considerado um instrumento indispensável para a concretização dos direitos, intervindo nas relações sociais.<sup>336</sup>

O processo de objetivação revelou uma pluralidade de funções dos direitos fundamentais, dentre as quais destacam-se as matérias das garantias institucionais, da eficácia irradiante, dos deveres de proteção que incluem os de organização, de procedimento e de processo, bem como a questão da vinculação dos particulares.<sup>337</sup>

É sabido que os direitos subjetivos não são exercidos de forma incondicional e dependem do seu reconhecimento pela comunidade. Portanto, sob a ótica da perspectiva objetiva, pode haver restrição de direitos subjetivos sempre que estiver em pauta o interesse maior da sociedade, bem como a limitação do conteúdo e do alcance dos direitos fundamentais, desde que seja preservado o seu núcleo essencial<sup>338</sup>.<sup>339</sup>

---

<sup>334</sup> Cfr. PIEROTH & SCHLINK, **Direitos Fundamentais...**, 2019, 1547.

<sup>335</sup> **Idem, ibidem**, p. 1547.

<sup>336</sup> Cfr. ABRANTES, **Direitos Fundamentais...**, 2014, p. 82.

<sup>337</sup> SILVA, Jorge Pereira, **Deveres do Estado de Protecção de Direitos Fundamentais**, 2015, p. 106-107.

<sup>338</sup> Para Jorge Miranda, “[...] conteúdo essencial de um direito vem a ser a faculdade ou o acervo de faculdades atribuídas em razão de um bem jurídico relevante, quer dizer, uma realidade antropológica que, no sistema constitucional de valores, merece garantia e proteção frente ao poder político e a qualquer outra manifestação de poder”. O autor acrescenta que em relação a determinados direitos a Lei Maior, traz de forma expressa o seu conteúdo essencial, como é o caso dos artigos 25º, 37º, n.º 2 e 46º, todos da CRP. Cfr. MIRANDA, **Direitos Fundamentais...**, 2018, p. 373-374. Cfr. SARLET, **op. cit.**, p. 3505.

<sup>339</sup> Segundo Canotilho é possível ocorrer uma “relação de tensão” entre as dimensões, ou seja, entre o direito do indivíduo e o da pessoa inserida em formações sociais, permitindo juízos de ponderação entre os direitos em conflito e aplicação de princípios como o da proporcionalidade. Cfr. CANOTILHO, **Curso de Direito...**, 2003, p. 1258. O princípio da proporcionalidade pode ser analisado na vertente proibição de defeito e proibição de excesso. A primeira diz respeito ao controle da atuação do Estado, ou seja, o princípio consiste em um mecanismo de combate ao arbítrio do poder do ente público: “[...] quanto mais agressivo for um ato do poder público, mais exigente deverá ser o seu escrutínio à luz do princípio da proporcionalidade [...]”. A segunda concepção - a mais comum - está atrelada à proibição do excesso. Nesse sentido, destacam-se três vetores ou subprincípios relativamente autônomos: adequação; necessidade; e proporcionalidade em sentido estrito. Assim, toda limitação legal, no âmbito dos direitos fundamentais deve ser adequada - apta para alcançar o objetivo; deve ser necessária, isto é, exigível, constituindo o único meio para obter o resultado; e por fim deve ser racional e de justa medida, sendo feita uma avaliação em termos qualitativos e quantitativos. Cfr. SILVA, J., P., da, **Direitos Fundamentais: teoria geral**. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2018, p. 249-250.

Um importante efeito trazido pela dimensão jurídico-objetiva dos direitos fundamentais é permitir que os direitos funcionem como normas de competência negativa, delimitando a atuação dos entes públicos de forma a retirar-lhes o poder de agir livremente, negando ou limitando a sua competência. Desse modo, o Estado só poderá exercer as suas competências legislativas, administrativas e jurisdicionais em conformidade com o disposto pelo direito fundamental.<sup>340</sup>

Assim, o direito subjetivo concedido ao indivíduo é retirado da competência do Estado, que só poderá agir dentro do limite estabelecido pelos direitos fundamentais.<sup>341</sup> O órgão legiferante deverá criar normas em conformidade com os direitos fundamentais, observando a participação justa dos indivíduos tanto em relação às prestações, quanto nos procedimentos dos órgãos públicos, sendo possível concluir que desses deveres estatais surgem direitos, corroborando a tese de que da função jurídico-objetiva dos direitos fundamentais surgem novos direitos subjetivos.<sup>342</sup>

Além disso, nas situações jurídicas complexas, as funções provenientes da dimensão objetiva não estão de todo apartadas da subjetiva e vice e versa, sendo possível por exemplo, encontrar nas garantias institucionais, funções ligadas à dimensão subjetiva.<sup>343</sup>

Após a Segunda Guerra mundial, com a consolidação do Estado de Direito, as garantias institucionais<sup>344</sup>, juntamente com os direitos fundamentais, ganharam relevo nas Constituições.

A partir de então, diversos tipos de normas relativas a instituições são encontrados na Lei Maior. No entanto, para o tema em análise, têm relevância as garantias institucionais fundamentais.<sup>345</sup>

Essas garantias compreendem um complexo jurídico-normativo destinado à regulação no âmbito econômico, social ou administrativo, sempre voltado para o respeito, a

---

<sup>340</sup> Cfr. PIEROTH & SCHLINK, **op. cit.**, p.1503.

<sup>341</sup> É o que Ingo Sarlet classifica como “função objetiva reflexa de todo direito fundamental subjetivo”. Cfr. SARLET, **op. cit.**, p.3490.

<sup>342</sup> Cfr. PIEROTH & SCHLINK, **op. cit.**, p. 1572.

<sup>343</sup> Cfr. SILVA, **Deveres do Estado...**, 2015, p. 107-108.

<sup>344</sup> Segundo Jorge Miranda a garantia institucional “[...] se confina a um sentido organizatório objetivo [...]” e cita exemplos como o instituto do casamento constante do art. 36.º, n.º 1, 2 e 3; e o serviço nacional de saúde encontrado no art. 64.º, n.º 2, al. c, ambos da CRP, dentre outros. Cfr. MIRANDA, **Direitos Fundamentais...**, 2018, p. 97-99.

<sup>345</sup> As garantias institucionais são provenientes da doutrina alemã e podem ser instituições - direito público, - ou institutos - direito privado - que apesar de apresentarem o precípua escopo de proteção de bens jurídicos e da dignidade humana, não são passíveis de subjetivação. Cfr. SARLET, **A Eficácia dos Direitos...**, 2015, p. 3555 e MIRANDA, **op. cit.**, p. 97-99.

proteção e promoção da dignidade humana. Portanto, as garantias institucionais devem estar protegidas da intervenção do legislador ordinário.<sup>346</sup>

Outra relevante implicação proveniente da dimensão objetiva se refere ao fato de que os direitos fundamentais refletem os valores morais e éticos da comunidade e, portanto, são reconhecidos como uma ordem de valor. Assim, os direitos fundamentais se irradiam por todos os ramos do ordenamento jurídico e isso vem corroborar a tese de que os entes públicos têm um dever específico de proteção da ordem jurídica com base nos direitos fundamentais.<sup>347</sup>

Essa eficácia irradiante dos direitos fundamentais, «Ausstrahlungswirkung», difundida pela doutrina alemã, trouxe como importante efeito na sua vertente objetiva, a aplicação e interpretação do direito ordinário em conformidade com os direitos fundamentais.<sup>348</sup>

É sabido que as normas constitucionais estabelecem diretrizes axiológicas e nesse sentido, os direitos fundamentais servirão como instrumentos de interpretação do sistema normativo, sendo transformados em fundamento axiológico do ordenamento jurídico.<sup>349</sup>

A concepção dos direitos fundamentais como decisões de valor teve seu reconhecimento no julgamento do denominado caso Lüth<sup>350</sup> em 1958 pela Corte Federal Constitucional Alemã e a sua origem remonta à teoria da integração de Rudolf Smend<sup>351</sup>, que serviu como fundamento da tese que reconhece os direitos fundamentais como uma ordem objetiva de valores. A teoria da ordem de valores impõe ao ente estatal um dever geral de concretização dos direitos fundamentais.<sup>352</sup>

Garantir uma liberdade formal não é o bastante em uma sociedade onde há desigualdade, reflexo do poder econômico e social de alguns. Diante disso, o ente estatal passa a ter a sua responsabilidade ampliada, com o propósito de tutelar bens jurídicos objetivamente relevantes como a vida, a integridade física, a liberdade de opinião, a arte, a

---

<sup>346</sup> Exemplo emblemático na seara laboral, é o instituto da contratação coletiva constante no art. 56, n.º 3 da CRP, que visa a proteção dos direitos dos trabalhadores. Cfr. ANDRADE, **Os Direitos Fundamentais...**, 2021, p. 131-132.

<sup>347</sup> Cfr. MARMELESTEIN, **Curso de Direitos...**, 2014, p. 332.

<sup>348</sup> Cfr. SARLET, **op. cit.**, p. 3539.

<sup>349</sup> Cfr. MARMELESTEIN, **op. cit.**, p. 332.

<sup>350</sup> A relevante decisão paradigmática do caso Lüth consignou os direitos fundamentais como decisões de valor eficazes em todo o ordenamento jurídico e será analisada em tópico específico.

<sup>351</sup> Rudolf Smend, jurista alemão, afirmou que “os direitos fundamentais são os representantes de um sistema de valores concretos, de um sistema cultural que resume o sentido da vida estatal contida na Constituição” [https://www.cidp.pt/revistas/ridb/2012/11/2012\\_11\\_6605\\_6634.pdf](https://www.cidp.pt/revistas/ridb/2012/11/2012_11_6605_6634.pdf) Artigo **Rudolf Smend e os direitos fundamentais como “ordem objetiva de valores”** André Luiz Fernandes Fellet1, RIDB, Ano 1 (2012), nº 11 2012, p. 6613; citando SMEND, Rudolf. *Constitución y Derecho Constitucional*. Traducción de José María Beneyto Pérez. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1985.

<sup>352</sup> Cfr. SILVA, **op. cit.**, p. 108 e 109.

ciência, a profissão, a propriedade e o seu uso, entre outros, inseridos num contexto de valores da comunidade<sup>353</sup> e não apenas do indivíduo.<sup>354</sup>

Tema que tem chamado a atenção na doutrina brasileira e está relacionado com a irradiação dos direitos fundamentais, diz respeito ao fenômeno da “Constitucionalização do Direito<sup>355</sup>”, pelo qual todos os ramos do Direito passam a estar sujeitos a uma «filtragem constitucional», dirigindo ao Estado a obrigatoriedade de intervenção e um dever específico de proteção.<sup>356</sup>

Assim, a Constituição é vista como uma ordem de valores que vincula todo o Direito público e privado, suas normas e conceitos. É nesse sentido que os direitos fundamentais cumprem a função de fundamentação e legitimação do sistema normativo, havendo uma espécie de «filtragem constitucional»<sup>357</sup>. Todas as normas deverão estar em conformidade e ser interpretadas de acordo com esses valores que são considerados os mais importantes para a sociedade.<sup>358</sup>

Nesse cenário, o direito privado, que outrora mostrava-se impregnado pelo princípio da autonomia da vontade de feição predominantemente liberalista e, assim, proibia qualquer

---

<sup>353</sup> Nesse ponto, vem à tona o debate sobre a eficácia dos direitos fundamentais na esfera privada que será em capítulo próprio abordado.

<sup>354</sup> Cfr. SARMENTO, **Direitos Fundamentais...**, 2004, p. 155 e PIEROTH & SCHLINK, **Direitos Fundamentais...**, 2019, p. 1511.

<sup>355</sup> A constitucionalização do direito em menção consiste num “efeito expansivo das normas constitucionais”, isto é: os princípios e regras contidos na Lei Fundamental irão irradiar o seu conteúdo material e axiológico a todo ordenamento jurídico, incidindo diretamente na atuação do Legislativo, da Administração Pública e do Judiciário, bem como nas relações entre os particulares. Cfr. BARROSO, **Curso de Direito...** 2018, p. 212. No mesmo sentido, “[...] quando se fala em constitucionalização do direito, a ideia mestra é a irradiação dos efeitos das normas (ou valores) constitucionais aos outros ramos do direito.” Cfr. SILVA, Virgílio Afonso da, **A Constitucionalização do Direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares**. – 1ª ed. – São Paulo: Malheiros Editores LTDA, 2011, p. 38. Sobre um conteúdo diverso do tema da constitucionalização do direito, é possível verificar que os principais ramos do direito infraconstitucional passaram a ter tratamento constitucional. Exemplo crasso foi a Constitucionalização do direito laboral ocorrida pela densa normatização trazida pelas primeiras intervenções constitucionais no âmbito privado que ocorreram na Constituição do México de 1917 e na alemã de 1919. Houve, na época, a instituição de uma gama de direitos laborais coletivos como o direito de greve, a liberdade sindical e a negociação coletiva, entre outros. Portanto, devido ao grande número de direitos dos trabalhadores albergados pela Lei Fundamental, foi imposto ao legislador ordinário e demais órgãos, estabelecer formas de proteção social, mesmo quando a intervenção estatal pudesse de certa forma restringir a liberdade individual. Cfr. ABRANTES, **Direitos Fundamentais...**, 2014, p. 66 -70. No entanto, segundo Barroso, o contributo mais relevante trazido pela Constitucionalização do direito privado não foi a inclusão das normas de direito infraconstitucional na Lei Maior, mas sim a irradiação da sua força normativa, impondo a leitura de todos os ramos do direito em conformidade com os valores e normas constitucionais. Cfr. BARROSO, **op. cit.**, p. 216.

<sup>356</sup> Cfr. MARMELESTEIN, **Curso de Direitos...**, 2014, p. 332-333.

<sup>357</sup> Sobre o assunto, o julgamento pelo Supremo Tribunal Federal da ADPF (Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental) 378 e a filtragem constitucional da Lei n.º 1.079/1950, disponível em <https://www.migalhas.com.br/arquivos/2015/12/art20151218-11.pdf>, acedido em 08 de nov. de 2021.

<sup>358</sup> Segundo Barroso, “[...] “nesse ambiente, a Constituição passa a ser não apenas um sistema em si – com a sua ordem, unidade e harmonia – mas também um modo de olhar e interpretar todos os demais ramos do Direito.” Cfr. BARROSO, **op. cit.**, p. 216 e MARMELESTEIN, **op. cit.**, p. 332-333.

intervenção do Estado, passa a ser palco do dever de proteção estatal. O reconhecimento desse dever revela a obrigatoriedade de que os entes públicos ajam e decidam sempre em conformidade com os direitos fundamentais, ou seja, de forma que as respostas dadas sejam compatíveis com a ordem de valores.<sup>359</sup>

Portanto, o legislador ordinário tem sua discricionariedade limitada no que tange à elaboração das leis, enquanto à administração pública são impostos deveres de atuação.<sup>360</sup>

Já em relação ao intérprete, a filtragem constitucional é um mecanismo que deve ser utilizado sempre que possível. O órgão julgador, ao interpretar as normas, deverá fazer essa compatibilização com base nos valores constitucionais trazidos pelos direitos fundamentais, harmonizando o sistema.<sup>361</sup>

Além da filtragem constitucional, outra técnica muito utilizada no ordenamento jurídico brasileiro e que está ligada ao fenômeno da irradiação dos direitos fundamentais, é a interpretação e aplicação da lei ordinária conforme os direitos fundamentais.<sup>362</sup> Porém, nesse aspecto, é vedada uma interpretação que traga um conteúdo fundamentalmente novo à norma analisada.<sup>363</sup>

A técnica advém da chamada «interpretação conforme à Constituição»<sup>364</sup>, que consiste num mecanismo do controle de constitucionalidade desenvolvido pela doutrina e jurisprudência alemãs e ministrada por magistrados e pela Administração. Ocorre comumente quando presentes na lei, as cláusulas gerais<sup>365</sup> e os conceitos jurídicos indeterminados. Segundo a técnica, o intérprete, ao analisar a norma, deve, entre as diversas interpretações possíveis, optar por aquela que mais se adequa aos ditames constitucionais, embora deva eliminar a desarmonia com o texto da Lei Maior, sem atribuir um novo conteúdo normativo ao dispositivo.

---

<sup>359</sup> Cfr. MARMELESTEIN, **op. cit.**, p. 333.

<sup>360</sup> Cfr. BARROSO, **op. cit.**, p. 211.

<sup>361</sup> Cfr. MARMELESTEIN, **op. cit.**, p. 333. Segundo Virgílio Afonso da Silva, é dessa forma que os direitos fundamentais «se infiltram» no direito privado. Cfr. SILVA, **A Constitucionalização...**, 2011, p. 84.

<sup>362</sup> Ver acórdão do STF no HC 83996, caso Gerald Thomas, disponível em <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=384865>, acessado em 8 de nov. de 2021.

<sup>363</sup> Cfr. PIEROTH & SCHLINK, **Direitos Fundamentais...**, 2019, p. 1591.

<sup>364</sup> Na lição de Luís Roberto Barroso, a interpretação conforme a Constituição objetiva antes de mais nada, preservar a validade das normas passíveis de inconstitucionalidade, bem como permitir que as normas infraconstitucionais concretizem os mandamentos constitucionais. Segundo ele, “[...] entre interpretações possíveis, deve-se escolher a que tem mais afinidade com a Constituição.” Cfr. BARROSO, **op. cit.**, p. 183. No mesmo sentido Daniel Sarmento, considera que a técnica abrange um conteúdo hermenêutico e ao mesmo tempo, constitui um controle de constitucionalidade com previsão no art. 28, parágrafo único da Le n.º 9.868/99. Cfr. SARMENTO, **op. cit.**, p. 155.

<sup>365</sup> As cláusulas gerais constituem conceitos abertos e permitem uma definição por meio da atribuição valorativa do intérprete, em consonância com os valores consagrados pela Lei Fundamental. São exemplos de cláusulas gerais no direito brasileiro, os artigos 187, 113 e 122 do Código Civil. SILVA, **op. cit.**, p. 79.

Na impossibilidade de uma interpretação em conformidade com o que estabelece a Constituição, a norma deve ser considerada inconstitucional, cabendo ao órgão legislativo decidir pela emissão de nova lei ou não.<sup>366</sup>

Com o fito de preservar a constitucionalidade da interpretação, esse mecanismo é considerado um princípio e somente deve ser utilizado quando houver um “espaço de decisão”, ou seja, mediante a presença de normas com múltiplos sentidos, permitindo interpretações diferenciadas pelos juízes.<sup>367</sup>

Não se pode negar que a Lei Fundamental é formada por valores de uma comunidade, firmados de acordo com aspectos sociais e culturais. Também é verdade que ao legislador cabe a proteção dos valores de acordo com o interesse da sociedade.

Não obstante, há severas críticas em relação à teoria da ordem de valores, sugerindo que ela está sujeita às mudanças éticas e culturais que ocorrem em cada época, o que pode gerar dificuldades e criar entraves à interpretação dos direitos fundamentais.<sup>368</sup>

A excessiva confiança nas tradições culturais pode ensejar um cenário de insegurança jurídica e confusão para o operador do direito e no que diz respeito à prestação jurisdicional, a teoria pode dar azo ao “decisionismo judicial”, dificultando a transparência e racionalidade das decisões.<sup>369</sup>

A Constitucionalização demasiada, impulsionada pelo ativismo judicial, pode ensejar consequências negativas como a insegurança jurídica, o engessamento da legislação ordinária e o autoritarismo judicial, configurando uma afronta ao Estado democrático de direito. Não se pode olvidar importantes princípios que devem ser respeitados e preservados no ordenamento

---

<sup>366</sup> Cfr. PIEROTH, **op. cit.**, p. 1591-1610.

<sup>367</sup> Para Canotilho, o princípio da interpretação das leis em conformidade com a Constituição deve observar outros princípios como o da prevalência da Constituição; da conservação de normas; e da exclusão da interpretação conforme a Constituição, mas *contra legem*. O primeiro diz respeito à escolha de uma interpretação sempre em consonância ao texto constitucional; o segundo preza pela conservação da norma, tendo em vista o fim a que se propõe, desde que ela possa ser interpretada em conformidade com a Lei Maior; e por fim o terceiro princípio determina que o intérprete, ao obter a conformidade entre a norma infraconstitucional e o texto constitucional, não contrarie a letra e o sentido da norma. Cfr. CANOTILHO, **Curso de Direito...**, 2003, p. 1226-1227.

<sup>368</sup> Cfr. SARMENTO, **op. cit.**, p. 150.

<sup>369</sup> A teoria em menção, devido à imprecisão insita aos valores, possibilita um “autoritarismo judicial”, considerado antidemocrático. Habermas afirmou que ao ser adotada, a teoria permitiria o aparecimento de juízes irracionais, corroborando a prevalência de argumentos funcionalistas sobre os normativos. HABERMAS, J., **Direito e Democracia entre Facticidade e Validade**, 321-322; apud SARMENTO, **Direitos Fundamentais...**, 2004, p. 151. No mesmo sentido, Virgílio Afonso da Silva expõe a crítica sobre a confusão gerada pela indeterminação proveniente da teoria dos valores. Cfr. SILVA, **A Constitucionalização...**, 2011, p. 84-85. Para Jorge Pereira da Silva, a teoria da ordem de valores traz alguns problemas como aponta em sua obra: “a dissolução dos direitos fundamentais de liberdade; a transformação dos direitos em deveres e a dificuldade de lidar com o caráter tendencialmente absoluto dos valores”, o que transfere para o ente estatal, amplos poderes de decisão em relação a aspectos da vida privada, criando uma “tirania de valores”. Cfr. SILVA, **Deveres do Estado...**, 2015, p. 109.

jurídico pelos órgãos públicos: o princípio da separação de poderes, da segurança jurídica e da isonomia.<sup>370</sup>

No entanto, embora as críticas tenham algum fundamento e a Constituição não deva ser compreendida como uma ordem de valores sem uma ponderação responsável por parte do operador do direito, o que pode dar margem ao subjetivismo e insegurança jurídica, não é possível negar o contributo da dimensão objetiva no seu sentido axiológico, que atribuiu uma importante função aos direitos fundamentais.<sup>371</sup>

As decisões de valor demonstram a sua relevância e cumprem o seu papel quando tomadas por intérpretes conscientes da importância da adoção de métodos hermenêuticos que possibilitam legitimar as decisões e quando estas são fundamentadas em argumentos racionais e transparentes voltados para a justiça social.<sup>372</sup>

O Estado é visto como ente responsável pela paz e segurança dos indivíduos e restou demonstrado que a perspectiva objetivo-valorativa dirige ao poder público uma ordem genérica de efetivação dos direitos, constituindo, portanto, uma obrigação permanente de concretização dos direitos fundamentais denominada de «eficácia dirigente».<sup>373</sup>

Em razão das controvérsias que assolaram a teoria dos valores, ganhou relevo outra teoria.

O Estado como protetor dos direitos fundamentais tem o dever de promover e proteger os respectivos direitos perante terceiros, primando pela sua efetividade. Assim, intitulou-se de teoria dos deveres de proteção dos direitos fundamentais essa importante tarefa do Estado, considerada um mecanismo essencial de proteção dos direitos.<sup>374</sup>

Os deveres de proteção<sup>375</sup> ensejam um dever geral de promoção e salvaguarda dos direitos fundamentais que vincula o Estado, impondo aos órgãos públicos, uma ampla atuação

---

<sup>370</sup> Cfr. BARROSO, **Curso de Direito...**, 2018, p. 229-230. A esse respeito ver os artigos 2º, 3º, 9º e 13º da CRP.

<sup>371</sup> Cfr. SARMENTO, **op. cit.**, p. 152. Assim, por exemplo, é possível visualizar a importância da aplicação da teoria dos valores em relação ao direito de liberdade de informação que, a partir de então, deixa de ser considerado um mero direito perante o Estado, responsável por não obstar o livre exercício da busca pela informação ou pela vedação da censura, e passa de forma simultânea, a exigir uma atuação estatal voltada para a promoção do acesso às diversas informações, inviabilizando o monopólio nos meios de comunicação. Cfr. SILVA, **A Constitucionalização...**, 2011, p. 78.

<sup>372</sup> Cfr. SARMENTO, **op. cit.**, p. 153 e 154.

<sup>373</sup> Cfr. SARLET, **A Eficácia dos Direitos...**, 2015, p.3507.

<sup>374</sup> Cfr. ANDRADE, **Os Direitos Fundamentais...**, 2021, p. 134-135.

<sup>375</sup> O dever de proteção é direcionado aos órgãos públicos: ao legislativo, à Administração e ao Judiciário. Ao legislativo cabe a edição de normas adequadas, enquanto a Administração e o Judiciário devem agir de forma a prevenir e reparar lesões com fulcro na proteção dos direitos. Cfr. ANDRADE, **op. cit.**, p. 136.

em relação à proteção dos direitos, seja contra o próprio ente estatal, seja contra particulares ou, ainda, contra agressões de outros Estados.<sup>376</sup>

Pode-se afirmar que o dever de proteção estatal está diretamente ligado aos imperativos de tutela e a sua existência é facilmente compreendida, visto que decorre do monopólio do poder estatal e da impossibilidade jurídica da autotutela.<sup>377</sup>

Nessa seara, o Estado deve garantir o mínimo de proteção necessária aos particulares, sendo vedada a insuficiência no tratamento de acordo com o princípio da «proibição de déficit», respeitados os limites de fato e de direito e o princípio da reserva do possível.<sup>378</sup>

Semelhantemente ao que ocorre em relação aos direitos sociais, para que o Estado cumpra essa função de proteção, terá de agir de forma positiva. Porém, as prestações estatais estão diretamente ligadas à existência de recursos públicos, ou seja, à «reserva do possível».<sup>379</sup>

Embora haja necessidade da atuação estatal para a promoção e proteção dos direitos, numa sociedade democrática, as intervenções estatais em busca desse desiderato devem estar sempre em consonância com os princípios constitucionais e limites de fato e de direito existentes na sociedade.<sup>380</sup>

Nesse sentido, o legislador ordinário deve adotar medidas suficientes para garantir e proteger os direitos e para tanto poderá oferecer uma proteção acima do que a Constituição

---

<sup>376</sup> Quando necessário, essa proteção deverá ser feita de forma preventiva. Cfr. SARLET, **op. cit.**, p. 3569.

<sup>377</sup> Verifica-se o dever de proteção quando são instituídas proibições, autorizações, medidas legislativas de natureza penal, dentre outras. Segundo Ingo Sarlet, os deveres de proteção implicam direitos subjetivos a medidas de proteção que podem restringir direitos - na medida em que os limites desta restrição sejam respeitados tendo em vista o princípio da proporcionalidade e a preservação do núcleo essencial do direito fundamental, - com o objetivo precípuo de conceder maior proteção aos direitos fundamentais das pessoas na comunidade. Cfr. SARLET, **op. cit.**, p. 3569-3596. A proteção do salário, encontrada no art. 7º, inc. XX da CFB, bem como a proteção dos representantes dos trabalhadores instituída no art. 55º, nº 6 da CRP, constituem importantes normas relacionadas ao dever de proteção expresso na esfera dos direitos fundamentais do trabalhador.

<sup>378</sup> O princípio da proibição de proteção insuficiente ou da proibição do déficit consiste na obrigatoriedade imposta ao ente estatal de assegurar por meio da atuação do legislador a proteção adequada dos direitos fundamentais dos indivíduos. Cfr. ANDRADE, **op. cit.**, p. 136.

<sup>379</sup> Para Jorge Pereira da Silva, o dever de proteção constitui uma dimensão autônoma que é revelada por meio da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais uns dos outros nas relações sociais. Esclarece ainda que, repetidamente, essas relações aparecem em forma triangular, composta nos vértices da base pelo titular do direito de um lado e o agressor do outro; enquanto o Estado ocupa o vértice superior do triângulo. Cfr. SILVA, **Deveres do Estado...**, 2015, p. 28-29. O autor faz referência na sua obra às dimensões prestacionais de proteção dos direitos fundamentais, demonstrando haver um forte elo de ligação entre elas. Segundo ele, “[...] existe aqui um importante ponto de contacto com os deveres estaduais de protecção: o carácter positivo, que implica para o Estado intervenções activas sobre a realidade; [...]” Cfr. SILVA, **op. cit.**, p. 81.

<sup>380</sup> Cfr. ANDRADE, **op. cit.**, p. 136.

determina, mas nunca aquém, e desde que não exceda os limites ou proibições constantes na Carta relacionados com o princípio da «proibição do excesso». <sup>381</sup>

Diante do exposto, é inconteste que a dimensão objetiva trouxe novos conteúdos e importantes funções aos direitos fundamentais que possibilitaram uma maior proteção e efetivação dos direitos em face dos órgãos públicos, bem como no âmbito das relações interprivadas, primando pela dignidade humana, igualdade substantiva e justiça social.

Resta compreender de que forma, em concreto, isso ocorre nas relações privadas, e como o Estado cumpre essa função.

O caso que será exposto é considerado um grande marco para a dogmática dos direitos fundamentais, mormente no tocante à dimensão objetiva dos direitos fundamentais e as repercussões do reconhecimento dos referidos direitos na esfera privada. Trata-se do julgamento do caso Luth em 1958, pela Corte Constitucional germânica. <sup>382</sup>

## 2.3 O caso Lüth

A teoria da dimensão objetiva dos direitos fundamentais tem, no julgamento do caso Lüth, suas origens. Na decisão do Tribunal Constitucional Federal alemão, de 15 de janeiro de 1958, foi estabelecido que: “[...] às disposições de direitos fundamentais da Lei Maior, no entanto, incorpora-se também um sistema de valores objetivo, que se aplica como uma decisão constitucional fundamental para todas as áreas do direito [...]”<sup>383</sup>.

Os fatos que deram origem ao caso Lüth <sup>384</sup>ocorreram na Alemanha, em 1950, e o seu julgamento pelo Tribunal foi considerado um dos mais importantes acontecimentos na história do constitucionalismo ocidental.

Erich Lüth, judeu, e na época presidente da Agência de Imprensa de Hamburgo, na Alemanha, fez uma convocação aos distribuidores de filmes cinematográficos e ao público em

---

<sup>381</sup> Sobre o tema ver Acórdão 75/2010 do Tribunal Constitucional Português. Cfr. SILVA, **op. cit.**, p. 585-587.

<sup>382</sup> Cfr. SARMENTO, **Direitos Fundamentais...**, 2008, p. 141.

<sup>383</sup> «Tradução livre». Conteúdo traduzido da Ementa do Tribunal Constitucional Federal Alemão, no julgamento do Caso Lüth, n. 1: “[...] in den Grundrechtsbestimmungen des Grundgesetzes verkörpert sich aber auch eine objektive Wertordnung, die als verfassungsrechtliche Grundentscheidung für alle Bereiche des Rechts gilt[...]” (ALEMANHA, TRIBUNAL CONSTITUCIONAL FEDERAL, 1958). Disponível em [https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/1958/01/rs19580115\\_1bvr040051.html](https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/1958/01/rs19580115_1bvr040051.html), acedido em 12 de jan. de 2022. Nesse sentido, o Tribunal ressalta o fenômeno da irradiação dos direitos fundamentais, e complementa que os direitos não se aplicam somente nas relações entre o cidadão e o Estado.

<sup>384</sup> O caso Luth está disponível em <https://direitosfundamentais.net/2008/05/13/50-anos-do-caso-luth-o-caso-mais-importante-da-historia-do-constitucionalismo-alemao-pos-guerra/>, acedido em 13 de out. de 2021.

geral, de boicote do filme «*Unsterbliche Geliebte*», “Amada Imortal”<sup>385</sup> de Veit Harlan, diretor de cinema alemão que durante o governo de Hitler havia produzido um filme antissemita propagando as ideias nazistas.<sup>386</sup>

Diante disso, o filme foi um fracasso de bilheteria e Veit, juntamente com alguns empresários que investiram no filme, entraram com uma ação cominatória contra Erich Lüth, sustentando que a sua atitude violava o Código Civil alemão. A tese prevaleceu em todas as instâncias ordinárias sob o fundamento de que o chamamento para o boicote contrariava os bons costumes.<sup>387</sup>

No entanto, Lüth inconformado com as decisões, recorreu ao Tribunal Constitucional, alegando que a Lei Maior nacional garantia a liberdade de expressão e que nos julgamentos anteriores, havia sido desrespeitado o seu direito fundamental.<sup>388</sup>

Foi então que o julgamento da reclamação<sup>389</sup> interposta por Erich Lüth contra a decisão do Tribunal Regional de Hamburgo, representou uma grande mudança no panorama jurídico da época. O Tribunal decidiu de forma contrária às instâncias ordinárias, tendo como fundamento os direitos fundamentais na sua dimensão objetiva:

“[...] uma expressão do pensamento que contenha um pedido de boicote não viola necessariamente os bons costumes na acepção do artigo 826 do Código Civil alemão; pode ser justificada constitucionalmente pela ponderação de todas as circunstâncias do caso por meio da liberdade de expressão [...]”.<sup>390</sup>

A decisão da Corte pautou-se no direito de livre manifestação do pensamento constante na Lei Fundamental alemã, embora não tenha sido feita a sua aplicabilidade direta,

---

<sup>385</sup> Apesar do último filme produzido por Veit não ter um conteúdo relacionado com o nazismo, Eric Lüth, em memória dos acontecimentos passados, escreveu um manifesto contra o cineasta, incentivando a população alemã a não assistir o filme. Conteúdo disponível em <https://direitosfundamentais.net/2008/05/13/50-anos-do-caso-luth-o-caso-mais-importante-da-historia-do-constitucionalismo-alemao-pos-guerra/>, acessado em 13 de out. de 2021.

<sup>386</sup> Cfr. CONTRERAS, Sérgio Gamonal. **Cidadania na Empresa e Eficácia Diagonal dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Jorge Alberto Araújo – 1ª ed. – São Paulo: LTr, 2011, p. 21.

<sup>387</sup> Conteúdo disponível em <https://direitosfundamentais.net/2008/05/13/50-anos-do-caso-luth-o-caso-mais-importante-da-historia-do-constitucionalismo-alemao-pos-guerra/>, acessado em 13 de out. de 2021.

<sup>388</sup> Cfr. CONTRERAS, **op. cit.**, p. 21.

<sup>389</sup> A Reclamação Constitucional BVerfGE 7, 198 pode ser encontrada na íntegra em <https://direitosfundamentais.net/2008/05/13/50-anos-do-caso-luth-o-caso-mais-importante-da-historia-do-constitucionalismo-alemao-pos-guerra/>, acesso em 13 de out. de 2021.

<sup>390</sup> «Tradução livre». Conteúdo traduzido da Ementa do Tribunal Constitucional Federal Alemão, no julgamento do Caso Lüth, n. 7: “[...] eine Meinungsäußerung, die eine Aufforderung zum Boykott enthält, verstößt nicht notwendig gegen die guten Sitten im Sinne des §826 BGB; sie kann bei Abwägung aller Umstände des Falles durch die Freiheit der Meinungsäußerung verfassungsrechtlich gerechtfertigt sein [...]”. (ALEMANHA, TRIBUNAL CONSTITUCIONAL FEDERAL, 1958).

Disponível em [https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/1958/01/rs19580115\\_1bvr040051.html](https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/1958/01/rs19580115_1bvr040051.html), acessado em 12 de jan. de 2022. A Corte enfatizou a importância da ponderação, ou seja, do balanceamento de interesses, valores e princípios que se colidem.

mas sim uma interpretação do Código Civil alemão sob a ótica dos direitos fundamentais: “[...] no direito civil, o conteúdo jurídico dos direitos fundamentais desenvolve-se indiretamente através das disposições do direito privado [...]”<sup>391</sup>.<sup>392</sup>

O Tribunal Constitucional sustentou que os direitos fundamentais representam uma ordem objetiva de valores, asseverando o seu efeito irradiante sobre todo o ordenamento jurídico.<sup>393</sup> Essa decisão do Tribunal Constitucional alemão foi considerada como o paradigma da aplicação dos direitos fundamentais entre particulares no seu modelo de eficácia indireta ou mediata.<sup>394</sup>

Ainda no que tange à dimensão objetiva e a aplicação dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, cumpre fazer uma breve menção ao caso KOT Samule S.R.L, ocorrido na Argentina, em 1958, no qual a Corte Suprema julgou e reconheceu o direito da empregadora de reintegração da posse, face ao comportamento ilícito dos trabalhadores referente a ocupação ilegítima de uma fábrica e a sua paralisação. O fato ocorreu devido à existência de uma disputa coletiva de trabalho entre a empresa e seus empregados que haviam sido despedidos em virtude de uma greve declarada ilegal.<sup>395</sup>

Mediante a ocupação da fábrica, a empresa pleiteou a sua desocupação imediata com fundamento nos direitos à liberdade de trabalho, à propriedade e à livre atividade, constantes nos artigos 14º, 17º e 19º da Constituição Argentina.<sup>396</sup> Na decisão, o Tribunal acolheu o pedido da empresa ressaltando: “[...] que existe uma garantia tácita ou implícita que protege os diversos aspectos da liberdade individual - art. 33º da Constituição [...]” e ainda

---

<sup>391</sup> «Tradução livre». Conteúdo traduzido da Ementa do Tribunal Constitucional Federal Alemão, no julgamento do Caso Lüth, n. 2: “[...] im bürgerlichen Recht entfaltet sich der Rechtsgehalt der Grundrechte mittelbar durch die privatrechtlichen Vorschriften[...]”. (ALEMANHA, TRIBUNAL CONSTITUCIONAL FEDERAL, 1958).

Disponível em [https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/1958/01/rs19580115\\_1bvr040051.html](https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/1958/01/rs19580115_1bvr040051.html), acessado em 12 de jan. de 2022. Na decisão, a Corte asseverou que a aplicação dos direitos fundamentais no direito privado deve ser feita de forma mediata, nomeadamente no que diz respeito às prescrições de caráter cogente e é efetivada pelo juiz, sobretudo pela via das cláusulas gerais.

<sup>392</sup> Cfr. SILVA, A **Constitucionalização...**, 2011, p. 80. “Uma expressão do pensamento que contenha uma convocação ao boicote não viola necessariamente os bons costumes na acepção do artigo 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.” Cfr. DIMOULIS & MARTINS, **Teoria geral...**, 2014, p. 259.

<sup>393</sup> A eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares com efeitos diretos ou indiretos será o conteúdo do próximo capítulo. Cfr. SILVA, **op. cit.**, p. 80 e DIMOULIS & MARTINS, **op. cit.**, p. 259.

<sup>394</sup> Segundo o acórdão, “[...] este Tribunal desenvolveu a ideia de que o direito ordinário e precisamente também o direito privado se tem não só de abster ingerências nas liberdades jurídico-fundamentais, mas também têm de se deixar atravessar por elas na interpretação e na aplicação.” Cfr. PIEROTH & SCHLINK, **Direitos fundamentais...**, 2019, p. 1567.

<sup>395</sup> Cfr. CONTRERAS, **op. cit.**, p. 21.

<sup>396</sup> A Constituição Argentina na íntegra está disponível em <https://pdba.georgetown.edu/Parties/Argentina/Leyes/constitucion.pdf>

acrescentou que “[...] nenhuma reserva pode ser estabelecida de forma a excluir de qualquer forma e *a priori* qualquer restrição emanando de pessoas privadas [...]”<sup>397</sup>.

Assim, na decisão foi reconhecida a eficácia imediata ou direta dos direitos fundamentais nas relações entre particulares: “[...] não há nada, nem na letra, nem no espírito da Constituição, para afirmar que a proteção dos chamados direitos humanos - porque são os direitos essenciais do homem - limita-se a ataques que vêm apenas da autoridade [...]”<sup>398</sup>

É inegável que a função jurídico-objetiva dos direitos fundamentais e a teoria da Constituição como ordem de valores, trazida pela decisão no caso Lüth, aparece no período histórico em que o ordenamento jurídico alemão se libertara do domínio nacional-socialista, demonstrando a preocupação da sociedade com a dignidade humana.<sup>399</sup>

Restou reconhecido pelo Tribunal que os direitos fundamentais vistos como um sistema objetivo de valores devem servir de norte para a atuação estatal, seja nas relações de direito público, seja nas de direito privado; e o conteúdo das normas deverá ser harmonizado, isto é, interpretado e conformado de acordo com os ditames constitucionais.<sup>400</sup>

Portanto, na sua dimensão objetiva, os direitos fundamentais são projetados para todo o sistema jurídico, inclusive no que tange às relações entre os particulares.<sup>401</sup>

As críticas perpetradas às decisões das Cortes são as mesmas já referidas quando analisados os desdobramentos da dimensão objetiva e dizem respeito nomeadamente à

---

<sup>397</sup> «Tradução livre». “[...] que existe una garantía tácita o implícita que protege los diversos aspectos de la libertad individual (art. 33, Constitución Nacional), ninguna reserva cabe establecer de modo que excluya en absoluto y a priori toda restricción que emane de personas privadas [...]” (ARGENTINA, CORTE SUPREMA DE JUSTIÇA DA NAÇÃO ARGENTINA, 1958). A decisão da Corte em relação ao recurso de amparo deduzido pela empresa para obter a desocupação do imóvel, pode ser lida na íntegra em <http://www.saij.gob.ar/corte-suprema-justicia-nacion-federal-ciudad-autonoma-buenos-aires-kot-samuel-srl-accion-amparo-acto-particulares-5-958-fa58003244-1958-09-05/123456789-442-3008-5ots-eupmocsollaf> [acedido em 13/10/2021](#).

<sup>398</sup> «Tradução livre». “[...] nada hay, ni en la letra ni en el espíritu de la Constitución, que permita a firmar que la protección de los llamados derechos humanos - porque son los derechos esenciales del hombre - esté circunscripta a los ataques que provengan sólo de la autoridad [...]” (ARGENTINA, CORTE SUPREMA DE JUSTIÇA DA NAÇÃO ARGENTINA, 1958). O Tribunal na decisão ainda acrescentou que na sociedade contemporânea, além do Estado, há entidades privadas com demasiado poder econômico e que representam uma nova fonte de ameaças ao indivíduo e aos seus direitos essenciais: “[...] se, na presença dessas condições da sociedade contemporânea, os juízes declarassem que não há proteção constitucional dos direitos humanos contra tais organizações coletivas, ninguém pode ser enganado de que tal declaração implicaria a falência dos grandes objetivos da Constituição e, com ela, a da ordem jurídica fundamental do país [...]” Ver decisão da Corte Argentina em <https://falloscsn.blogspot.com/2005/08/samuel-kot-1958.html>, [acedido em 7 de jan. de 2022](#). A CRP no artigo 18º reconhece a aplicação direta dos preceitos constitucionais com a vinculação das entidades públicas e privadas. Na Constituição brasileira a aplicação imediata é encontrada no §1º do art. 5º.

<sup>399</sup> Cfr. SARMENTO, **op. cit.**, p. 149.

<sup>400</sup> Cfr. SARMENTO, **Direitos Fundamentais...**, 2004, p. 142.

<sup>401</sup> SILVA, **A Constitucionalização...**, 2011, p. 80.

incerteza jurídica gerada pela aceitação da Constituição ser vista como uma ordem de valores, devido à vagueza e à indeterminação, típicas do conteúdo axiológico. <sup>402</sup>

Apesar das críticas, o reconhecimento da dimensão objetiva dos direitos fundamentais foi sendo consagrado pela doutrina e pelos ordenamentos jurídicos dos países, e a teoria da eficácia horizontal dos direitos fundamentais foi desenvolvida e aceita, mormente no âmbito laboral. A controvérsia que ainda persiste entre os juristas diz respeito ao alcance e modo de aplicação dessa teoria nas relações interprivadas. <sup>403</sup>

Assim, o tema da aplicabilidade e eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares e os seus corolários será apresentado no próximo capítulo.

---

<sup>402</sup> Cfr. SARMENTO, **op. cit.**, p. 152.

<sup>403</sup> Cfr. CONTRERAS, **op. cit.**, p. 22.

### 3. A VINCULAÇÃO DOS PARTICULARES AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

No Estado democrático de Direito, o órgão legislativo tem a relevante função de regular as relações sociais por meio das normas. Nesse propósito, a norma tem um objeto, um titular e um destinatário.<sup>404</sup>

Os destinatários das normas de direitos fundamentais constituem os sujeitos passivos da relação jurídica, isto é, a quem a norma é dirigida, e podem ser entes públicos ou entidades privadas, pessoas físicas ou jurídicas. Assim, esses entes estão vinculados às normas.<sup>405</sup>

No período do liberalismo clássico, as Constituições apresentavam um conteúdo voltado a proclamações políticas e normas de organização e os direitos fundamentais positivados, na sua maioria, visavam salvaguardar a liberdade individual. Nesse contexto, eram os direitos de defesa que importavam e eram invocados exclusivamente contra o Estado.

406

Havia uma nítida separação entre o Estado e a sociedade, entre governante e governados e os pressupostos trazidos pelo Estado Liberal reforçavam as ideias de proteção da liberdade individual contra o poder estatal.<sup>407</sup>

Predominava ainda, a separação entre direito constitucional e direito privado e, portanto, os direitos fundamentais não representavam limites ao exercício da liberdade e autonomia individuais. Nesse sentido, os direitos não poderiam ser invocados contra um particular que exacerbasse dessa liberdade, salvo em alguns casos.<sup>408</sup>

Todavia, muitas mudanças sociais e políticas ocorreram e uma nova ordem se instaurou: a chamada «sociedade técnica de massas» que trouxe o agravamento das desigualdades e injustiças dando ensejo a diversos conflitos sociais. A partir do Estado Social, o ente estatal que anteriormente deveria abster-se evitando a intromissão na vida dos

---

<sup>404</sup> Cfr. CANOTILHO, J., J., G., **Curso de Direito Constitucional e Teoria da Constituição**, 2003, p. 440.

<sup>405</sup> Cfr. SARLET et al., **Curso de Direito Constitucional**, 2019, p. 478.

<sup>406</sup> O autor Jorge Reis Novais salienta em sua obra que, no contexto liberal, os tribunais não aplicavam as normas de direitos fundamentais no julgamento dos conflitos e disputas judiciais entre particulares. NOVAIS, J., R., **Direitos Fundamentais...**, 2019, p. 101.

<sup>407</sup> Cfr. MAC CRORIE, Benedita Ferreira da Silva, **A Vinculação dos Particulares aos Direitos Fundamentais**. Coimbra: Edições Almedina, S.A., 2017, p. 14.

<sup>408</sup> Em situações excepcionais e com o precípuo escopo de garantir a proteção e a segurança dos indivíduos e dos seus bens, o Estado atuava em prol do interesse geral, perseguindo e punindo quem atentasse contra os direitos fundamentais, com o propósito de preservar a comunidade política. Cfr. ANDRADE, **Os Direitos Fundamentais...**, 2021, p. 135.

particulares, passa a ter de intervir cada vez mais no âmbito privado, sendo demonstrada a importância da defesa dos direitos fundamentais na comunidade.<sup>409</sup>

Esse novo cenário foi marcado pelo crescimento de entidades privadas com forte poder social, político e econômico como os sindicatos, as associações patronais, desportivas, as empresas multinacionais, entre outras. Esse acontecimento vem impor ao Estado o dever de regular a economia, a fim de garantir e proteger o direito dos necessitados e vulneráveis. Assim, passou-se a compreender que os órgãos públicos devem priorizar o respeito pela dignidade humana.<sup>410</sup>

Já não se visualiza uma separação entre Estado e sociedade e com o fito de promover os direitos sociais e conter as desigualdades, o ente estatal, com frequência, surge nas feições de sujeito privado, assim como, similarmente, os entes privados passam a exercer algumas funções públicas.<sup>411</sup>

Com efeito, as mudanças trazidas pelo novo sistema levaram ao reconhecimento de que um direito é fundamental tanto na relação com o Estado, quanto nas relações entre os particulares<sup>412</sup>, haja vista que a dignidade das pessoas é o bem maior almejado nas sociedades contemporâneas e os respectivos ordenamentos jurídicos buscam protegê-la. Portanto, numa sociedade desigual, urge reconhecer que a agressão à dignidade humana possa também advir de entes privados.<sup>413</sup>

Além disso, a garantia do direito fundamental de um indivíduo, nas relações privadas, pode colidir com o direito fundamental de outro, o que justifica ainda mais a atuação do Estado em prol de solucionar o conflito.<sup>414</sup>

### 3.1 O particular como destinatário dos direitos fundamentais

Foi no período pós-guerra, na década de 50, que uma importante discussão emergiu na seara dos direitos fundamentais. O caso Luth deu ensejo ao debate pela doutrina alemã do

---

<sup>409</sup> Cfr. Cfr. ANDRADE, **Os Direitos Fundamentais...**, 2021, p. 229.

<sup>410</sup> Cfr. **Idem**, *ibidem*, p. 230.

<sup>411</sup> Cfr. MAC CRORIE, B., F., da S., **A Vinculação dos Particulares aos Direitos Fundamentais**, 2017, p. 16-17.

<sup>412</sup> Um bom exemplo encontrado na doutrina faz referência ao jornalista que pode exercer o seu direito de liberdade de imprensa em ambos os casos, seja na relação com o Estado, seja na relação com outro particular. Cfr. NOVAIS, J., R., **Direitos Fundamentais nas Relações entre Particulares**, 2019, p. 98-99.

<sup>413</sup> Cfr. SARMENTO, D., **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**, 2004, p. 233.

<sup>414</sup> Cfr. ANDRADE, **op. cit.**, p. 191.

tema da eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, conteúdo que revolucionou o direito constitucional e teve fortes reflexos no direito do trabalho.<sup>415</sup>

O julgamento do caso L $\ddot{u}$ th<sup>416</sup> representou um grande avanço na jurisprudência da época quanto ao reconhecimento do particular como destinatário dos direitos fundamentais. A partir de então, o tratamento dos direitos fundamentais deixou de ser encarado somente como uma questão do Estado, mas sim de toda a comunidade.<sup>417</sup>

Foi então que reconhecida a existência de uma relação horizontal no que tange à aplicabilidade dos direitos fundamentais, a questão que ensejou diferentes posicionamentos na doutrina diz respeito à conduta do indivíduo no exercício de sua autonomia privada e de que forma as suas ações, ainda quando exercidas de acordo com os limites estabelecidos pela lei, podem ameaçar ou causar algum tipo de dano ao direito fundamental de outros indivíduos.<sup>418</sup>

A controvérsia está relacionada ao direito do lesado quando configurada uma ameaça ou um dano ao direito fundamental nas relações interprivadas, ou seja, saber como e de que forma a aplicabilidade das normas de direitos fundamentais poderá ser invocada.<sup>419</sup>

Nesse panorama, passaram a ser destinatários das normas jusfundamentais os próprios indivíduos, dando ensejo a vários questionamentos na literatura, dentre os quais, de que forma o particular pode ocupar a posição de destinatário das normas de direitos fundamentais, sendo simultaneamente titular dessas normas. Afinal, o particular é titular das normas de direitos fundamentais e, nessa posição, capaz de autodeterminar-se na sua vida privada sem a ingerência estatal.<sup>420</sup>

---

<sup>415</sup> Cfr. CANOTILHO, Curso de Direito Constitucional..., 2003, p. 1290. Em 1957, um caso sobre a não discriminação e igualdade de salários entre homens e mulheres foi levado ao Tribunal Federal do Trabalho alemão e suscitou a análise da aplicação dos direitos fundamentais nas relações privadas. A decisão proferida por Hans Carl Nipperdey baseou-se na teoria da aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais. A esse respeito, SILVA, V., A., da, **A Constitucionalização do Direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares**, 2011, p. 91-92.

<sup>416</sup> O caso L $\ddot{u}$ th foi abordado no capítulo 2 da dissertação.

<sup>417</sup> Cfr. SARMENTO, **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**, 2004, p. 141. O Tribunal Constitucional Federal alemão, ao julgar o caso Luth, conferiu aplicabilidade mediata aos direitos fundamentais nas relações privadas em reconhecimento à dimensão objetiva dos direitos fundamentais. A teoria da aplicabilidade mediata será analisada em momento oportuno.

<sup>418</sup> Nesse caso, o direito de reunião estabelecido no art. 5º, inc. XVI da CFB, proíbe o Estado de restringir a liberdade de reunião dos indivíduos, mas e quanto à perturbação advinda de outros particulares, seria possível? Entende-se que não, visto que o direito de reunião deve ser garantido não somente contra o Estado, mas também contra as violações provenientes dos sujeitos privados. Assim, adverte Virgílio Afonso da Silva que, na ausência de lei que regule a matéria, o caso seria de difícil solução se não fosse a aplicação direta da norma de direito fundamental disposta no artigo citado. Cfr. SILVA, V., A., da, **A Constitucionalização do Direito...**, 2011, p. 86-87.

<sup>419</sup> Cfr. NOVAIS, J., R., **Direitos Fundamentais...**, 2019, p. 19.

<sup>420</sup> Daniel sarmento ressalta que esse novo cenário trouxe à existência casos de colisão de direitos fundamentais no âmbito privado. Cfr. SARMENTO, **op. cit.**, 2004, p. 223-224.

Atualmente, a aplicabilidade dos direitos fundamentais nas relações privadas é aceita pela doutrina e jurisprudência e pode ser encontrada não somente no âmbito estatal, mas nas Convenções internacionais de direitos dos homens.<sup>421</sup> A controvérsia que ainda se coloca é se os direitos fundamentais devem vincular os sujeitos de forma direta ou indireta nas relações horizontais.

Ademais, a dicotomia direito público e direito privado tem sido aos poucos superada, tanto pelo fenômeno da constitucionalização do direito privado, como pela crescente atuação do Estado no setor privado, autorizada pelo ordenamento jurídico, bem como pelo exercício de tarefas de interesse coletivo por entidades privadas.<sup>422</sup>

Assim, quanto ao tema dos destinatários dos direitos fundamentais, é possível concluir que os direitos vinculam todos os órgãos estatais - legislativo, executivo e judiciário, em todas as formas de atuação - tanto num sentido negativo que está ligado a não disponibilidade desses direitos pelo poder público, como numa acepção positiva que impõe ao ente estatal a tarefa de regulação, conformação e concretização das normas protetoras dos direitos, haja vista o dever primordial do Estado na proteção dos direitos fundamentais nas relações privadas.<sup>423</sup>

A par disso, há também o reconhecimento da vinculação de sujeitos privados – individuais ou coletivos, - nas suas relações, o que os coloca na condição de destinatários das normas de direitos fundamentais.<sup>424</sup>

Nesse sentido, importa ressaltar que o Estado permanece vinculado aos direitos fundamentais, mesmo quando atua através de figuras jurídicas no âmbito do direito privado.<sup>425</sup>

Com o fito de obter uma melhor compreensão sobre a temática dos destinatários dos direitos fundamentais e as relações vertical e horizontal, considera-se pertinente fazer uma breve referência aos estudos de Thomas Hobbes e John Locke. Os autores do período do

---

<sup>421</sup> Segundo Canotilho a chamada «Drittwirkung» da Convenção Europeia dos Direitos do Homem reconhece a necessidade de proteção dos direitos do homem frente a violação por parte das entidades privadas. Cfr. CANOTILHO, **Curso de Direito Constitucional**..., 2003, P. 1290. O conteúdo da Convenção Europeia pode ser acessado em [https://echr.coe.int/documents/convention\\_por.pdf](https://echr.coe.int/documents/convention_por.pdf), acessado em 11 de fev. de 2022. No mesmo sentido, cumpre fazer menção ao art. 30º da Declaração Universal disponível em <https://www.cig.gov.pt/wp-content/uploads/2018/01/Declaracao-Universal-dosDireitos-Humanos.pdf>, acessado em 11 de fev. de 2022.

<sup>422</sup> José Carlos Vieira de Andrade ressalta o fato de que a distinção entre entidades públicas e entidades privadas tem sido atenuada, visto que o Estado-Administração tem assumido funções jurídicas na condição de sujeito privado, assim como tarefas de interesse coletivo estão sendo exercidas por entidades privadas. Cfr. ANDRADE, J., C., V., de, **Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**, 2021, p. 230.

<sup>423</sup> Cfr. SARLET et al, **Curso de Direito Constitucional**, 2019, p. 479.

<sup>424</sup> Cfr. CANOTILHO, **Curso de Direito Constitucional**..., 2003, p. 1286.

<sup>425</sup> Cfr. SARLET et al, **Curso de Direito Constitucional**, 2019, p. 480.

iluminismo, por meio das teorias contratualistas estabelecidas entre o Estado e os indivíduos, descreveram a realidade da época e contribuíram para o estudo sobre a origem da sociedade e do Estado, de grande valia para o constitucionalismo e que se tornaram base para a aplicabilidade dos direitos fundamentais nas relações vertical e horizontal.

### 3.2 Locke, Hobbes e as relações vertical e horizontal

Hobbes afirmava ser da natureza do homem criar conflitos entre si, por isso, o autor foi defensor da tese de que seria necessária a concessão de um poder forte ao Estado em prol de zelar pela paz e segurança dos indivíduos, mormente tendo em vista os riscos que oferecem uma sociedade livre.<sup>426</sup>

Para o filósofo e autor inglês, o objetivo maior seria evitar a guerra entre os homens e o Estado funcionaria como uma espécie de «guardião da ordem e da paz».<sup>427</sup>

Assim, houve, por parte de Hobbes, um esforço em resguardar os direitos e liberdades nas relações horizontais, visto que para ele os homens precisam do Estado para protegê-los das agressões aos seus direitos pelos seus pares.<sup>428</sup>

Não obstante o reconhecimento da necessidade de concessão desse poder ao Estado, Hobbes demonstrou uma real preocupação com a liberdade e igualdade dos homens ao afirmar que o «estado de sociedade» criado não implicaria necessariamente numa renúncia ou alienação completa dos direitos.<sup>429</sup>

Segundo Hobbes, após a celebração do contrato entre o ente soberano e os cidadãos, para que o Estado possa cumprir o seu papel, urge aos indivíduos renunciar alguns direitos inatos. Contudo, há direitos que devem ser preservados como, por exemplo, o direito de defender a sua vida, a sua liberdade, a sua integridade física e governar o próprio corpo, desfrutar da água e do ar, entre outros.<sup>430</sup> Em relação a esses direitos, os súditos podem invocar o direito de resistência contra o Estado.<sup>431</sup>

---

<sup>426</sup> Cfr. SILVA, J., P., da, **Direitos Fundamentais: teoria geral**, 2018, p. 23-24.

<sup>427</sup> Cfr. SILVA, J., P., da, **Direitos Fundamentais: teoria geral**, 2018, p. 24.

<sup>428</sup> Cfr. **Idem, ibidem**, p. 23-24.

<sup>429</sup> Cfr. **Idem, ibidem**, p. 9-12.

<sup>430</sup> Segundo Hobbes: “[...] assim como é necessário a todos os homens que buscam a paz renunciar a certos direitos de natureza [...], assim também é necessário para a vida do homem que alguns desses direitos sejam conservados”. *Leviatã*, p. 132, apud SILVA, **Direitos Fundamentais: teoria geral**, 2018, p. 17 e p. 12-13.

<sup>431</sup> Para Hobbes, “[...] há alguns direitos que é impossível admitir que algum homem, por quaisquer palavras ou outros sinais, possa abandonar ou transferir [...]”. Cfr. *Leviatã*, p. 117, apud SILVA, **Direitos Fundamentais: teoria geral**, 2018 p.17 e p. 13.

Trata-se de um poder soberano, embora não absoluto e nem arbitrário, porquanto o poder real é legitimado pela segurança oferecida aos indivíduos em relação aos demais num plano horizontal e, portanto, o poder é concedido e permanece enquanto existir essa proteção. Trata-se de uma relação de reciprocidade: a fidelidade dos súditos e a proteção do monarca.

432

Assim é possível concluir que a teoria do Estado de Hobbes é fundamentada no dever de segurança estatal. Na relação criada entre o Estado e os cidadãos visualizam-se deveres de proteção e fidelidade. Essa relação sinalagmática só é mantida enquanto os deveres do Monarca são cumpridos, nomeadamente a garantia da vida, da integridade física, da propriedade e de todas as questões que envolvem a paz e a segurança dos indivíduos, protegendo-os contra os seus pares.<sup>433</sup>

John Locke, em contraposição ao pensamento de Hobbes, defendia que era preciso proteger os indivíduos frente a um poder público arbitrário ou abusivo, isto é, contra o poder do Estado. O autor, inspirado por uma forte concepção liberal, trouxe grandes contributos para a teoria dos direitos fundamentais e para o Estado de Direito. Suas ideias de igualdade e liberdade serviram de base para as primeiras cartas de direitos. Locke defendeu a igualdade entre todos os homens e uma liberdade natural oriunda dos seus direitos inatos.<sup>434</sup>

Nesse contexto, a lei seria o instrumento útil e necessário para impor limites à vontade arbitrária de outrem e preservar os direitos dos indivíduos. Assim, visando alcançar um propósito maior, o homem se une ao Estado e renuncia parte do seu direito, atribuindo ao ente estatal um poder instituído, consentido e limitado<sup>435</sup> com a função de zelar pelo bem comum, pela paz e segurança de todos.<sup>436</sup>

Contudo, Locke afirmava que mesmo na ausência do ente estatal, os homens seriam capazes de viver harmonicamente e a sua maior preocupação consistia na limitação do poder do Estado, o real inimigo dos homens.<sup>437</sup>

Assim, diferentemente de Hobbes, Locke considera o Estado e não o particular, uma ameaça aos direitos dos homens e concentra toda a sua inquietação na relação vertical, estabelecida entre o particular e o ente estatal. Segundo Locke, a existência de um poder

---

<sup>432</sup> Cfr. **Idem, ibidem**, p. 18.

<sup>433</sup> Cfr. SILVA, **Direitos Fundamentais: teoria geral**, 2018, p. 18.

<sup>434</sup> Cfr. SILVA, **op. cit.**, 2018, p. 19-21.

<sup>435</sup> Segundo Locke, “[...] o poder legislativo não é, nem pode ser, um poder absoluto e arbitrário [...]” por tratar-se de um poder transferido pelos membros da sociedade e que “[...] ninguém pode transferir para outrem mais poder do que aquele que tem [...]”. LOCKE, J., *Dois Tratados sobre o Governo Civil*, p. 322, apud SILVA, **Direitos Fundamentais: teoria geral**, 2018 p. 20.

<sup>436</sup> Cfr. **Idem, ibidem**, p. 19-21.

<sup>437</sup> Cfr. SILVA, **Direitos Fundamentais: teoria geral**, 2018, p. 20-23.

absoluto e arbitrário seria muito mais nociva aos homens do que viver no anterior «estado de natureza», onde eram livres para defender os seus direitos em condições de igualdade e buscar por si sós a pacificação das relações sociais.<sup>438</sup>

Diante do exposto, é possível afirmar que Hobbes, visando o respeito dos direitos e liberdades nas relações horizontais, defendeu a “segurança através do Estado” e, por conseguinte, as suas ideias serviram como base para a doutrina dos deveres do Estado de proteção de direitos fundamentais. Em contrapartida Locke, com as atenções voltadas para a relação vertical, primou pela “segurança contra o Estado” e adotou a concepção dos direitos fundamentais como direitos de defesa.<sup>439</sup>

As teorias trazidas por Hobbes e Locke além de terem sido de grande valia para o constitucionalismo, serviram como norte para a aplicabilidade dos direitos fundamentais nas relações vertical e horizontal.

Alguns dos desafios enfrentados pelo operador do direito ao aceitar que violações a direitos fundamentais ocorrem também no âmbito das relações privadas, consistem, dentre outras, em saber qual é o papel do Estado; como e com que intensidade as normas de direitos fundamentais incidem nas relações entre particulares; como garantir a proteção efetiva dessas normas nas relações horizontais e, ao mesmo tempo, salvaguardar a autonomia privada. Esses são questionamentos comuns na seara da aplicabilidade dos direitos fundamentais enfrentados pela doutrina jurídica.

Então, a partir de agora, será analisada a questão da eficácia dos direitos fundamentais nas relações verticais e horizontais com ênfase nas principais teorias que defendem a vinculação dos particulares aos direitos fundamentais no âmbito das relações privadas. Será também exposto o posicionamento da doutrina e jurisprudência, portuguesa e brasileira, com ênfase nos principais aspectos e controvérsias que envolvem a temática.

### 3.3 A eficácia dos direitos fundamentais

Antes de iniciar o estudo da eficácia dos direitos fundamentais, cumpre fazer uma breve menção sobre o sentido do termo eficácia no contexto apresentado.

---

<sup>438</sup> Cfr. LOCKE, J., *Dois Tratados*, p. 325, apud SILVA, p. 21-24.

<sup>439</sup> Cfr. SILVA, **Direitos Fundamentais: teoria geral**, 2018 p. 24.

A palavra eficácia, de acordo com o sentido literal, pode ser entendida como aptidão para produzir os resultados desejados.<sup>440</sup>

Em termos jurídicos, a eficácia constitui o efeito que decorre da aplicação das normas quando positivadas e vigentes no ordenamento jurídico, pois estas normas estarão aptas a produzir efeitos jurídicos.<sup>441</sup>

A partir da vigência, a norma válida passa a existir no mundo jurídico e passa a ser de observância obrigatória. Assim, é possível afirmar que a vigência constitui um pressuposto da eficácia da norma, isto é, somente as normas vigentes poderão ser eficazes.<sup>442</sup>

Nesse contexto, quanto maior a projeção da norma no meio social, mais eficácia terá. A eficácia social da norma pode ser entendida como a sua obediência e aplicação nas relações concretas. Sob este aspecto, é possível reconhecer uma ligação entre os termos eficácia e aplicabilidade.<sup>443</sup>

Uma norma para ser aplicável deve ser válida. A validade da norma tem a ver com o momento da sua produção, pois, para ser válida, a norma deve seguir o processo legislativo e estar em conformidade com os requisitos estabelecidos pelo ordenamento jurídico.<sup>444</sup>

É possível então, reconhecer uma ligação entre os termos eficácia e aplicabilidade das normas e que constituem fenômenos conexos.<sup>445</sup> Desse modo, a eficácia jurídica<sup>446</sup> diz respeito à aplicabilidade, exigibilidade ou exequibilidade da norma que dispõe de todos os requisitos para a sua aplicação ao caso concreto. Trata-se assim, da qualidade da norma de produzir efeitos jurídicos em maior ou menor grau.<sup>447</sup>

Os direitos fundamentais são normas positivadas na Constituição e, portanto, possuem natureza constitucional. A positividade, que pode ser entendida como a norma escrita é diferente da eficácia, porquanto o direito positivo abrange o direito atual vigente, o direito revogado e o direito que irá vigor após a *vacatio legis*.<sup>448</sup>

---

<sup>440</sup> Cfr. Significado disponível em <https://www.dicio.com.br/eficacia/>, acessado em 21 de abril de 2022.

<sup>441</sup> Cfr. SILVA, José afonso da. **Aplicabilidade das Normas Constitucionais**. – 3ª ed. – São Paulo: Malheiros Editores, 1998, p. 64-65.

<sup>442</sup> Cfr. SILVA, **Aplicabilidade das normas...**, 1998, p. 42.

<sup>443</sup> Para Vieira de Andrade, a aplicabilidade da norma está relacionada com a sua validade e eficácia. Cfr. ANDRADE, **Os Direitos Fundamentais...**, 2021, p. 227.

<sup>444</sup> Cfr. SARLET, **A Eficácia dos Direitos Fundamentais...**, 2015, p. 8331.

<sup>445</sup> Virgílio Afonso da Silva, assevera que, apesar da conexão existente entre aplicabilidade e eficácia, é possível que uma norma eficaz não seja aplicável, pois a aptidão para produzir efeitos encontra-se em diferente plano da problemática da aplicação da norma que, segundo ele, trata-se de decidir sobre uma conexão entre fatos e normas. Cfr. SILVA, **A Constitucionalização do Direito...**, 2011, p. 54-56.

<sup>446</sup> Nas palavras de José Afonso da Silva: “[...] sem um mínimo de eficácia, a lei não passará de mera construção teórica [...]” Cfr. SILVA, **Aplicabilidade das normas...**, 1998, p. 64-65.

<sup>447</sup> Cfr. SILVA, **op. cit.**, p. 55-60.

<sup>448</sup> Cfr. REALE, Miguel, **Filosofia do Direito**. – 19ª ed. – São Paulo: Saraiva, 1999, p. 530-532.

Em suma, o direito positivado é instituído pelo legislador e a eficácia consiste na capacidade dessas normas atingirem os objetivos nelas contidos, sendo efetivamente aplicadas e observadas. Portanto, a efetividade <sup>449</sup> da norma demonstra a sua eficácia social, ou seja, “a realização do direito” nas relações sociais. <sup>450</sup>

O art. 5º da CFB dispõe que as normas definidoras de direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata. No entanto, algumas normas, principalmente as concernentes aos direitos sociais carecem da atuação legislativa para serem aplicadas e produzirem os seus efeitos. <sup>451</sup>

Os termos eficácia, validade ou vinculação são usualmente encontrados na doutrina ao tratar do tema da incidência dos direitos fundamentais nas relações verticais e horizontais. <sup>452</sup> Segundo alguns autores, a eficácia dos direitos fundamentais, juridicamente falando, é medida de acordo com a aptidão do seu conteúdo normativo em realizar o seu objeto: garantir um âmbito de liberdade pessoal. <sup>453</sup>

No presente trabalho, o termo eficácia será utilizado no sentido jurídico apresentado tendo como propósito a análise da aplicabilidade dos direitos fundamentais nas relações horizontais, ou seja, cumpre verificar como e em que medida essas normas produzem efeitos nas relações entre particulares.

Isto posto, cumpre buscar entender como se desenvolveu a temática da incidência dos direitos fundamentais nas relações privadas, fazendo referência a alguns pressupostos teóricos anteriormente abordados.

### 3.3.1 As eficácias vertical, horizontal e diagonal dos direitos fundamentais

Num ordenamento jurídico em que são reconhecidos princípios basilares da democracia e prima-se pelo valor da dignidade humana, o poder do Estado deve, por meio das

---

<sup>449</sup> O termo «efetividade» em relação aos direitos fundamentais diz respeito ao grau ou intensidade da sua força normativa, ou seja, os seus reais efeitos na vida comunitária. Cfr. ANDRADE, **Os Direitos Fundamentais...**, 2021, p. 190.

<sup>450</sup> Cfr. SILVA, op. cit., p. 65-66.

<sup>451</sup> Cfr. SILVA, **Curso de Direito Constitucional...**, 2008, p. 182. Apesar de se tratar de um direito social, a norma instituída no artigo 208, parágrafo 1º da CFB, configura um direito subjetivo ao acesso à educação básica e obrigatória, visto que o legislador constituinte concedeu suficiente densidade jurídica. Em posição contrária, encontram-se o direito à moradia e ao lazer, constantes no art. 6º da Carta, cuja aplicabilidade e plena eficácia nos casos concretos dependem da atuação do legislador e da administração. Cfr. BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção de um novo modelo.** – 7ª ed. – São Paulo: Saraiva, 2020, p. 527-528.

<sup>452</sup> Cfr. SARMENTO, D., **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**, 2004, p. 8-9.

<sup>453</sup> Cfr. FREIJEDO, F. Bastita et al, **Teoría General de los Derechos Fundamentales en la Constitución Española de 1978**. Madrid: Tecnos, 2004, p. 179

normas jurídicas, ser limitado. A par disso, os homens que são essencialmente livres devem ser protegidos pela Constituição e pelas demais normas.

Portanto, os indivíduos, diferentemente do ente estatal são titulares de direitos fundamentais consagrados na Lei Maior e que devem ser respeitados pelo legislador ordinário.

Os direitos fundamentais nasceram como direitos de defesa em face do Estado e até hoje há direitos fundamentais, como os direitos do preso ou o direito ao voto, que são exercidos preponderantemente em face do poder público.<sup>454</sup>

Assim, a doutrina utiliza o termo eficácia vertical dos direitos fundamentais para fazer referência à aplicabilidade desses direitos nas relações entre o Estado e o indivíduo. O escopo maior nessa relação é zelar pela proteção da dignidade humana através da contenção dos poderes do Estado.<sup>455</sup> A tese da eficácia vertical dos direitos fundamentais assevera que o Estado é o destinatário dos direitos, sendo ao mesmo tempo, o responsável pela sua proteção e promoção.<sup>456</sup>

Todavia, há direitos fundamentais previstos nas Constituições que foram concebidos para serem exercidos em face de outros particulares, a fim de impor limites à autonomia privada em prol de uma sociedade justa e igualitária.<sup>457</sup>

Nesse contexto, os particulares além de titulares de direitos, ocupam a posição de sujeitos passivos das normas de direitos fundamentais, o que a doutrina denominou de eficácia horizontal dos direitos fundamentais. As normas jusfundamentais de natureza econômica, social, cultural, entre outras, são exemplos de direitos consagrados em Cartas de diversos países que podem ser exercidas contra os próprios particulares.<sup>458</sup>

Embora os direitos fundamentais já não possam ser considerados como direitos que produzem os seus efeitos exclusivamente em face do Estado, em diversos ordenamentos jurídicos eles permanecem tendo nos entes públicos a sua principal referência e, portanto, a manifestar com preponderância a sua eficácia nas relações verticais.<sup>459</sup>

---

<sup>454</sup> Os direitos fundamentais, na sua origem, eram oponíveis exclusivamente contra o Estado. Cfr. CONTRERAS, S., G., **Cidadania na Empresa e Eficácia...**, 2011, p. 7

<sup>455</sup> Cfr. SARMENTO, **op. cit.**, p. 5-6.

<sup>456</sup> Cfr. SILVA, J., P., da, **Deveres do Estado de Proteção...**, 2015, p. 91 e 160.

<sup>457</sup> Nesse sentido ver os artigos 7º e 5º, inc. V, ambos da CFB. Importante ressalva a ser feita é a de que apesar da discussão sobre a incidência dos direitos fundamentais ter sido instaurada com ênfase no pós-guerra, a Declaração dos Direitos do Homem de 1789 já trazia direitos fundamentais de cunho social e econômico contra as desigualdades de classe e privilégios da nobreza e do clero, passíveis de serem invocados no âmbito privado. Como exemplo cita-se os arts. 4º e 6º da Declaração. A esse respeito ver também a Constituição portuguesa de 1822, arts. 12º e 13º. Cfr. CANOTILHO, J., J., G., **Curso de Direito Constitucional...**, 2003, p. 1289.

<sup>458</sup> Cfr. CONTRERAS, **Cidadania na Empresa e Eficácia...**, 2011, p. 7.

<sup>459</sup> Cfr. FREIJEDO, et al, **Teoría General de los Derechos...**, 2004, p. 182.

Assim, resta saber se os direitos fundamentais podem incidir nas relações privadas independentemente da existência de lei que regule a matéria, ou seja, se eles valem nas relações horizontais da mesma forma que nas relações verticais.

Urge ressaltar que muitos dos direitos civis, considerados direitos fundamentais de primeira dimensão, foram consagrados no direito privado em período anterior às revoluções liberais e, portanto, já vinculavam os particulares nas relações entre si estabelecidas. Assim, é possível afirmar que esses direitos tiveram origem nas relações horizontais e só mais tarde foram consagrados na Constituição.<sup>460</sup>

O tema da eficácia vertical dos direitos fundamentais não enseja grandes discussões na doutrina e na jurisprudência, haja vista essas normas terem sido positivadas nos ordenamentos jurídicos dos países num cenário pós-guerra, de necessária contenção do poder estatal.

Já no que tange à eficácia horizontal, o debate sobre a aplicabilidade dos direitos fundamentais nas relações privadas – «Drittwirkung», em alemão, - iniciou-se em 1950 na Europa, pela doutrina e jurisprudência<sup>461</sup> alemã que acolheu a tese da dimensão objetiva dos direitos fundamentais e concebeu o efeito irradiante desses direitos na ordem jurídica.<sup>462</sup>

A jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal reconheceu a eficácia mediata dos direitos fundamentais nas relações horizontais, através das cláusulas gerais, suscetíveis de preenchimento de valor.<sup>463</sup>

A tese da eficácia mediata é acolhida pelo ordenamento jurídico de alguns países, apesar das controvérsias sobre a aplicação no caso concreto. Assim, a temática da eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares que tem como objeto de estudo a Constituição e o direito privado, foi alvo de análise pela doutrina e jurisprudência de diversos países.<sup>464</sup>

---

<sup>460</sup> Cita-se como exemplos, os direitos à integridade física, à propriedade, ao bom nome e reputação, entre outros, que já eram tutelados pela lei civil e posteriormente passaram a ser tutelados pelos direitos fundamentais. Trata-se do fenômeno denominado de constitucionalização do direito. Cfr. SILVA, **Direitos fundamentais...** 2018, p. 315.)

<sup>461</sup> A decisão do Tribunal foi abordada no capítulo 2 da dissertação.

<sup>462</sup> Segundo Alexy, da concepção da Corte de ordem objetiva de valores, resultou um aumento da força de validade dos direitos fundamentais que na condição de princípios fundamentais influencia todos os ramos do direito. Cfr. ALEXY, R., **Teoria dos Direitos Fundamentais**, 2015, p. 524-525.

<sup>463</sup> Cfr. DÜRIG et al, **Direitos Fundamentais e Direito Privado: textos clássicos**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris ed., 2011, p. 60.

<sup>464</sup> Claus-Wilhelm Canaris cita em sua obra, alguns países onde o tema da eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre os particulares teve relevante repercussão na doutrina e jurisprudência dentre os quais destacam-se: Alemanha, Inglaterra, Suíça, Itália e Estados Unidos da América. Cfr. CANARIS, C., W., **Direitos Fundamentais e Direito Privado**. Coimbra: Edições Almedina, S.A., 2009, p. 20-21.

A partir da aceitação da incidência dos direitos fundamentais no âmbito privado, as Constituições deixaram de ser vistas somente como proclamações políticas e organização do Estado e os direitos fundamentais nelas contidos passaram a ser aplicados pelos tribunais como normas e garantias jurídicas efetivas.<sup>465</sup>

Cumprir lembrar que os direitos fundamentais, nas suas dimensões, tiveram funções preponderantes em cada contexto histórico, e a importância desses direitos, inicialmente, estava atrelada à proteção dos indivíduos em face do Estado para evitar um poder dominante e avassalador. Todavia, as mudanças no contexto social e econômico, demonstraram a sua relevância também na seara dos particulares.<sup>466</sup>

Nas relações verticais, as normas de direitos fundamentais constituem direitos subjetivos em face do legislador, do Executivo e do Judiciário, como restou demonstrado na teoria de Jellinek e na concepção da dimensão subjetiva dos direitos fundamentais. Porém, esses direitos passaram a ser invocados também nas relações entre indivíduos com o escopo de obter proteção da dignidade humana nas relações privadas.<sup>467</sup>

O aparecimento da sociedade de risco global e o consequente aumento dos perigos sociais e ameaças aos bens jurídicos fundamentais, impulsionaram os estudos relativos aos direitos fundamentais nas relações privadas que tiveram como ponto central o interesse dogmático e prático da vinculação dos particulares em relação àqueles direitos. Atualmente, a sociedade enfrenta inúmeros desafios sociais e ameaças advindas do aumento da criminalidade, dos ataques terroristas e dos perigos ambientais e tecnológicos.<sup>468</sup>

Assim, as normas de direitos fundamentais que originariamente e em sua trajetória histórica produziam efeitos nas relações verticais, entre o Estado e o cidadão, passaram a produzir efeitos jurídicos também nas relações horizontais.<sup>469</sup>

Na sociedade contemporânea, nota-se cada vez mais a existência de poderes privados ou poderes sociais, o que ocasiona, por muitas vezes, a formação entre os particulares de uma relação de sujeição e um desequilíbrio estrutural que são ocultados por uma relação contratual

---

<sup>465</sup> Jorge Reis Novais assevera que as Constituições europeias no contexto liberal não eram aplicadas na resolução de lides judiciais e sim a lei. Assim, segundo ele, tratava-se da “era dos direitos fundamentais à medida da lei”, haja vista esses direitos de cunho constitucional não pudessem ser invocados diretamente, enquanto não fossem acolhidos e concretizados pelo legislador ordinário. Cfr. NOVAIS, J., R., **Direitos Fundamentais...**, 2019, p. 101-102.

<sup>466</sup> Cfr. MIRANDA, J., **Direitos Fundamentais**, 2018, p.363 e ALEXU, **op. cit.**, p. 528.

<sup>467</sup> Segundo Hans Carl Nipperdey, os direitos fundamentais constituem “a expressão geral de princípios”, fundamentos necessários para uma sociedade justa e socialmente organizada e por isso os seus efeitos jurídicos não podem estar limitados à relação estado-cidadão. Cfr. DÜRIG et al, **Direitos Fundamentais e Direito...**, 2011, p. 62.

<sup>468</sup> Cfr. SILVA, J., P., da, **Direitos fundamentais...**, 2018, p. 316-317.

<sup>469</sup> ALEXU, **op. cit.**, p. 523-524 e CANOTILHO, **Curso de Direito Constitucional...**, p. 1287.

de consentimento ou adesão voluntária. Nesses casos, a horizontalidade representa um perigo e o poder privado pode ser comparado ao poder estatal, formando uma relação semelhante à vertical, e que tem sido por esse motivo denominada de relação diagonal.<sup>470</sup>

A relação diagonal foi apresentada na doutrina por Sérgio Gamonal Contreras, para quem não parece razoável a tese de que os direitos fundamentais são direitos oponíveis somente ao Estado. Segundo o autor, essa concepção se firmou num contexto histórico em que o Estado era o detentor do poder e exercia o domínio sobre o povo.<sup>471</sup>

Portanto, não se pode olvidar que os direitos fundamentais nasceram para dar limites ao domínio e poder do Estado. Todavia, hodiernamente, muitas instâncias de poder são privadas, como é o caso das empresas multinacionais. Seguindo essa linha de pensamento, se os direitos fundamentais constituem normas que visam proteger os direitos dos indivíduos contra violações por parte de entes detentores de poder, é aceitável que havendo concentração de poder privado, os mesmos direitos sejam invocados com o fito de limitar o poder e estabelecer a igualdade nas relações diagonais.<sup>472</sup>

Contreras defendeu em sua obra a eficácia dos direitos fundamentais nas relações diagonais, ressaltando que esses direitos constituem importantes barreiras frente a todo o tipo de concentração de poder, independentemente de ter origem estatal ou privada.<sup>473</sup>

Nesse cenário, o Estado assume cada vez mais a posição de «amigo dos direitos fundamentais», enquanto alguns entes privados passam a perturbar a ordem jurídica devido à posição de supremacia que ocupam na sociedade atual proveniente do forte domínio econômico, tecnológico, científico e etc.<sup>474</sup>

A esse respeito, salienta Jorge Pereira da Silva que os fatos vieram corroborar a tese de Thomas Hobbes de que “os perigos que ameaçam os bens jurídicos que mais prezamos não têm origem apenas no Estado, mas crescem e multiplicam-se continuamente na própria sociedade.”<sup>475</sup>

---

<sup>470</sup> Cfr. CONTRERAS, **Cidadania na Empresa e Eficácia...**, 2011, p. 20 e NOVAIS, **Direitos Fundamentais...**, 2019, p. 134.

<sup>471</sup> Cfr. **Cidadania na Empresa e Eficácia...**, 2011, p. 23.

<sup>472</sup> Cfr. **Cidadania na Empresa e Eficácia...**, 2011, p. 23.

<sup>473</sup> Cfr. CONTRERAS, **Cidadania na Empresa e Eficácia Diagonal...**, 2011, p. 23.

<sup>474</sup> Cfr. SILVA, **Direitos fundamentais...**, 2018, p. 316.

<sup>475</sup> Cfr. **Idem, ibidem**, p. 316.

Contudo, os efeitos produzidos pelas normas de direitos fundamentais nas relações entre particulares enfrentam a problemática da colisão de direitos e por essa razão o surgimento de diferentes teorias sobre a eficácia dos direitos fundamentais nessas relações.<sup>476</sup>

As teorias sobre a incidência dos direitos fundamentais nas relações privadas propagaram-se nas doutrinas dos países com designações diversas, dentre as quais, destacam-se: a eficácia entre terceiros, a eficácia externa ou eficácia horizontal dos direitos fundamentais, a eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas e a eficácia dos direitos fundamentais frente a particulares.<sup>477</sup>

A designação eficácia horizontal dos direitos fundamentais, não obstante seja muito utilizada, traz consigo uma nítida incongruência, porquanto nas relações privadas, por muitas vezes, a relação que se efetiva é assimétrica e a horizontalidade não existe, como é o caso das relações laborais e de consumo.<sup>478</sup>

Assim, há referência na doutrina à existência de uma relação diagonal, visualizada comumente nas relações contratuais entre empregado e empregador, pois estas relações apresentam características e condições muito peculiares que as aproximam da relação existente entre o indivíduo e o Estado, mais precisamente quanto ao estado de sujeição de uma das partes encontrado em ambas as relações.<sup>479</sup>

Na relação entre o indivíduo e o Estado, a sujeição decorre do «contrato social», enquanto a sujeição do empregado ao empregador decorre do contrato de trabalho. Assim, para Contreras, trata-se de uma relação vertical ou diagonal e não horizontal.<sup>480</sup>

Portanto, não são raros os casos em que as relações privadas apresentam casos de igualdade jurídica hipotética, ou seja, não real, entre uma parte mais forte e outra em situação de vulnerabilidade, inexistindo igualdade ou horizontalidade nessa relação.<sup>481</sup>

Nas relações trabalhistas, a nova onda liberal com suporte no avanço tecnológico digital deu ensejo ao surgimento de novos problemas sociais e o renascimento de outros. O legislador<sup>482</sup> e a jurisprudência com o propósito de amenizar os casos de precariedade no

---

<sup>476</sup> Segundo Alexy, destacam-se três teorias acerca do tema: uma teoria de efeitos indiretos perante terceiros; uma teoria de efeitos diretos; e uma teoria de efeitos mediatos por direitos em face do Estado. Cfr. ALEXY, **Teoria dos Direitos...**, 2015, p. 528-529. As teorias serão abordadas a seguir em item próprio.

<sup>477</sup> Cfr. SARMENTO, **Direitos Fundamentais...**, 2004, p. 8.

<sup>478</sup> Cfr. **Idem, ibidem**, p. 9.

<sup>479</sup> Cfr. CONTRERAS, **Cidadania na Empresa e Eficácia...**, 2011, p. 7.

<sup>480</sup> Cfr. CONTRERAS, **op. cit.**, p. 7.

<sup>481</sup> Cfr. SARMENTO, **op. cit.**, p. 9.

<sup>482</sup> No Brasil, a lei nº 13709/2018, Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD), que visa proteger os direitos fundamentais de liberdade e privacidade e o livre desenvolvimento da personalidade da pessoa natural, apesar de não ter sido expressamente estabelecido, tem aplicabilidade também nos contratos de trabalho,

âmbito laboral têm cada vez mais acolhido a eficácia horizontal dos direitos fundamentais como forma de limitar os poderes do empregador e proteger a dignidade do empregado.<sup>483</sup>

Na Alemanha, apesar de ser alvo de críticas, ganhou relevo a denominação eficácia dos direitos fundamentais entre terceiros «Drittwirkung der Grundrechte», expressão que surge na época em oposição à teoria liberal que restringia a aplicabilidade dos direitos somente às relações entre o indivíduo e o ente estatal, sem a possibilidade de incluir terceiros.

484

A tese da eficácia dos direitos fundamentais relativamente a terceiros continuou a considerar os direitos fundamentais como meros direitos de defesa, pois segundo ela, a princípio, a relação jusfundamental se estabelecia entre o particular e o ente estatal. Nesse sentido, o uso da denominação «eficácia interna».<sup>485</sup>

Somente num segundo momento, os direitos fundamentais, de forma secundária, poderiam produzir efeitos fora dessa relação inicial, vinculando os sujeitos privados por meio da eficácia quanto a terceiros ou «eficácia externa».<sup>486</sup>

Assim a eficácia externa, típica das relações horizontais, enseja a vinculação dos sujeitos privados às normas fundamentais, mas aparece de forma lateral ou acidental, e, por conseguinte, mitigada e diminuída em comparação com os efeitos produzidos nas relações verticais.<sup>487</sup>

As críticas perpetradas pela doutrina se referem ao fato de que numa relação em que um indivíduo titular de direito fundamental invoca-o perante outro indivíduo, também titular do mesmo direito, nenhum deles pode ser considerado um terceiro pelo Estado, independentemente da consistência das pretensões, visto que ambos são parte na relação. Desse modo, parte considerável dos doutrinadores consideram a designação “eficácia nas relações entre sujeitos privados ou entre particulares” mais acertada que a eficácia em relação a terceiros.<sup>488</sup>

---

resguardando a dignidade do empregado. O conteúdo da lei está disponível em [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2018/lei/l13709.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/l13709.htm), acessado em 22 de abril de 2022.

<sup>483</sup> Cfr. CONTRERAS, **op. cit.**, p. 19. Teresa Coelho Moreira ressalta em sua obra o cenário de crise sanitária enfrentado pela pandemia causada pelo novo coronavírus SARS-CoV-2 e doença Covid-19 e que trouxe inúmeros problemas econômicos e sociais, dentre os quais destacam-se as mudanças no âmbito das relações trabalhistas. Cfr. MOREIRA, Teresa Coelho, **Direito do Trabalho na Era Digital**. Coimbra: Edições Almedina, S.A., 2021, p. 12.

<sup>484</sup> Cfr. SARMENTO, **op. cit.**, p. 9.

<sup>485</sup> SILVA, **Direitos Fundamentais...**, 2018, p. 318-319.

<sup>486</sup> Cfr. SILVA, **op. cit.**, 2018, p. 318-319.

<sup>487</sup> Cfr. SILVA, **op. cit.**, 2018, p. 318-319.

<sup>488</sup> Cfr. SILVA, J., P., da, **Deveres do Estado de Protecção...**, 2015, p. 102-103 e 148.

Da mesma forma, a denominação eficácia externa dos direitos fundamentais é tida por alguns autores como imprecisa, pois sugere uma exclusão ao partir da premissa de que os indivíduos estão fora das relações jurídicas concernentes a direitos fundamentais, ou seja, essa classificação estabelece uma eficácia interna, dentro da relação entre Estado e particular e outra externa para os que se encontram excluídos dessas relações.<sup>489</sup>

Ademais, cumpre aqui fazer menção ao princípio da universalidade previsto no art. 12º da Constituição da República Portuguesa que determina a extinção da categoria dos terceiros, considerando a configuração das relações entre sujeitos privados como relações jurídicas fundamentais.<sup>490</sup>

Contudo, para os defensores da existência do efeito externo dos direitos fundamentais, é certo que este efeito está intimamente ligado à dimensão objetiva, nomeadamente ao fenómeno da eficácia irradiante das normas que se revela na força vinculativa dos direitos fundamentais enquanto valores comunitários dotados de eficácia, não só nas relações entre o Estado e o particular, mas também nas relações interprivadas.<sup>491</sup>

Há quem afirme ser possível diferenciar a eficácia externa da eficácia horizontal dos direitos fundamentais ao considerar que a primeira consiste numa obrigação universal que impõe a todos os cidadãos o dever de respeitar e não interferir nos direitos dos demais,<sup>492</sup> enquanto a segunda diz respeito a casos específicos que envolvam relações entre indivíduos sobre os quais incidem determinados direitos fundamentais.<sup>493</sup>

Na literatura, ao se tratar das teorias que discorrem sobre o tema, são usualmente encontradas as diversas terminologias citadas, não obstante, a eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre os particulares ou nas relações privadas, por ser considerada uma designação mais adequada, será a adotada neste trabalho.

---

<sup>489</sup> Cfr. SARMENTO, **op. cit.**, p. 9.

<sup>490</sup> Cfr. SILVA, **op. cit.**, 2015, p. 148. No ordenamento jurídico brasileiro não há previsão expressa do princípio da universalidade, não obstante, alguns autores afirmam que houve a sua recepção tácita. Cfr. SARLET, **A Eficácia dos Direitos...**, 2015, p. 5056. Importante ressalva feita por Canotilho é a de que o legislador constituinte poderá ampliar ou restringir os efeitos do princípio da universalidade, desde que respeite o núcleo essencial dos direitos fundamentais. Cfr. CANOTILHO, **Curso de Direito...**, 2003, p. 417-418.

<sup>491</sup> Segundo Vieira de Andrade, o efeito externo ou a eficácia externa dos direitos fundamentais impõe uma obrigação de respeito entre os indivíduos, que, a partida, se encontram em posição de igualdade. Esse efeito, também denominado de eficácia horizontal, consiste na eficácia das normas relativas aos direitos fundamentais perante terceiros. Cfr. ANDRADE, **Os Direitos Fundamentais...**, 2021, p. 133. No mesmo sentido, J.J. Gomes Canotilho faz referência a efeitos horizontais perante entes privados como efeito externo dos direitos fundamentais. Cfr. CANOTILHO, **op. cit.**, 2003, p. 1287.

<sup>492</sup> A esse respeito o art. 30º da Declaração Universal, disponível em <https://www.cig.gov.pt/wp-content/uploads/2018/01/Declaracao-Universal-dos-Direitos-Humanos.pdf>, acessado em 04 de out. de 2022.

<sup>493</sup> Jorge Miranda afirma que [...] “na eficácia horizontal há relações bilaterais sobre as quais se projetam ou em que podem ser afetados especificamente certos e determinados direitos [...]”, como os direitos, liberdades e garantias. Já sobre a eficácia externa cita como exemplos o direito de sufrágio, de petição e o direito à proteção da saúde. Cfr. MIRANDA, **Direitos Fundamentais...**, 2018, p. 364.

Dentre as várias teorias que tratam do tema, destacam-se três: a teoria da eficácia direta ou imediata, também denominada de teoria monista; a teoria da eficácia indireta ou mediata; e a teoria de efeitos mediatos por direitos em face do Estado ou teoria dos deveres de proteção estatais, ambas consideradas teorias dualistas. O conteúdo das teorias mais relevantes passará a ser objeto de análise.

### **3.4 As teorias sobre a eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares**

Ultrapassadas as concepções liberais que consideravam os entes públicos como os únicos destinatários dos direitos e liberdades individuais, e a partir do reconhecimento da possibilidade de incidência dos direitos fundamentais nas relações horizontais e, consequente vinculação dos sujeitos privados em alguns casos, emergiram na literatura, diferentes posicionamentos e teorias sobre o tema.

A aplicabilidade dos direitos fundamentais nas relações privadas ensejou uma grande discussão na doutrina e jurisprudência de muitos países, mormente no que diz respeito à forma e a sua extensão.

Apesar do tema ter sido debatido por muitos autores, a eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas ainda enfrenta grande dificuldade na prática. Até os dias atuais perduram fortes críticas na doutrina relativas à construção das teorias monistas e dualistas e a aplicação destas nos casos concretos de conflitos privados devido ao problema da colisão de direitos.

Embora o acolhimento das teorias sobre a eficácia em diversos ordenamentos jurídicos, alguns países como os Estados Unidos da América, com o fito de preservar a tradição histórica liberal e de evitar restrições à autonomia individual adotaram teorias negativas que rejeitavam a possibilidade de incidência dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, evitando assim, a interferência no Direito privado.<sup>494</sup>

No entanto, a tese que nega a eficácia dos direitos fundamentais não é de fácil sustentação. A questão enfrentada é a de compreender, como é possível, num ordenamento jurídico, proteger a dignidade humana nas relações com o Estado e não assegurar o mesmo respeito às liberdades de cada indivíduo perante os demais.<sup>495</sup>

---

<sup>494</sup> Cfr. CONTRERAS, *Cidadania na Empresa e Eficácia...*, 2011, p. 21 e SARMENTO, *Direitos Fundamentais...*, 2004, p. 226-228.

<sup>495</sup> Cfr. MIRANDA, *Direitos Fundamentais...*, 2018, p. 369-370.

A tese da «state action doctrine», de feições liberais, afirma que os direitos fundamentais constituem limites ao poder estatal e, que, nesse sentido, vinculam somente os órgãos públicos, partindo da premissa de que cumpre ao legislador ordinário estabelecer a proteção desses direitos entre os particulares.<sup>496</sup>

Diante disso, os seguidores da doutrina afirmam que os conflitos entre particulares serão sempre regulados pelas leis civis, penais e etc., o que torna desnecessária a incidência de normas constitucionais.<sup>497</sup>

Inicialmente adotada com mais rigor, a tese negativista<sup>498</sup> tem sido flexibilizada pela jurisprudência estadunidense, mais especificamente nos casos em que um poder privado exerce uma função pública, própria do Estado, bem como nos casos em que fica caracterizada uma ligação direta entre o ente público e privado.<sup>499</sup>

Nesse cenário, a aplicação dos direitos fundamentais nas relações entre particulares dependerá do reconhecimento de conduta de particular que possa ser imputada ao Estado. A partir daí, configurada a violação de direitos nessa relação, poderiam ser invocados os direitos fundamentais como ocorre nas relações verticais.<sup>500</sup>

Os seguidores da teoria que negam a vinculação dos particulares, apregoam que as normas constitucionais são direcionadas ao Estado não sendo possível resultar delas deveres específicos aos particulares. Assim, somente os órgãos públicos são destinatários das normas fundamentais. Segundo eles, não há eficácia externa dos direitos, liberdades e garantias fundamentais em relação a entidades privadas.<sup>501</sup>

Dentre os diversos posicionamentos doutrinários, há uma tese pouco difundida, a denominada tese da formulação constitucional expressa, que propõe a incidência dos direitos

---

<sup>496</sup> A esse respeito a lei americana dos direitos civis de 1964 (Civil Rights Act) que estabelece no título VII a igualdade de oportunidades no trabalho. Cfr. CONTRERAS, **op. cit.**, p. 21 e SARMENTO, **op. cit.**, 2004, p. 226-228.

<sup>497</sup> Cfr. MAC CRORIE, **A Vinculação dos particulares...**, 2017, p. 20-21.

<sup>498</sup> Países como a Suíça e os Estados Unidos adotaram a tese de que os direitos fundamentais são direitos de defesa contra o Estado e não vinculam os entes privados. Daniel Sarmiento discorre sobre a teoria da «State Action» adotada pelo direito norte-americano a fim de preservar a autonomia dos Estados. Cfr.: SARMENTO, **Direitos Fundamentais...**, 2004, p. 226-228.

<sup>499</sup> A esse respeito, é possível citar as parcerias entre entes privados e órgãos públicos e da participação do Estado com subsídios e incentivos na iniciativa privada. Ver ainda o caso emblemático na jurisprudência estadunidense: *Shelley vs. Kraemer*. Cfr. CONTRERAS, **op. cit.**, p. 21.

<sup>500</sup> Nos Estados Unidos, a tese da não vinculação teve grande difusão e a doutrina da «State Action», somente possibilita a incidência dos direitos fundamentais aos particulares, nos casos em que nas ações privadas se configure o exercício de uma função pública, de forma a não ser possível diferenciar os planos de atuação do ente público e privado. Cfr. NOVAIS, **Direitos Fundamentais...**, 2019, p. 61-62.

<sup>501</sup> Cfr. CANOTILHO, **Curso de Direito...**, 2003, p. 1287.

fundamentais nas relações entre sujeitos privados somente quando a Constituição de forma expressa instituir tal vinculação e nos respectivos termos.<sup>502</sup>

A Constituição alemã de 1949, no seu art. 1º, n.º 3. determina que os direitos fundamentais são diretamente aplicáveis e vinculam os poderes públicos – legislativo, executivo e judiciário.

Houve expressa determinação feita pelo constituinte sobre a vinculação do Estado aos direitos fundamentais, haja vista a necessidade de proteção da dignidade humana após o término do nebuloso domínio nacional-socialista.<sup>503</sup> No entanto, não houve menção na Lei Fundamental sobre a vinculação de entes privados.<sup>504</sup>

Inspirada pela Lei Fundamental alemã, a Constituição portuguesa de 1976, também trouxe a vinculação das entidades públicas e foi além, visto que o art. 18, n.º 1 estabelece expressamente a aplicação direta e a vinculação das entidades privadas aos direitos fundamentais. No Brasil<sup>505</sup>, o art 5º, parágrafo 1º da Constituição de 1988, instituiu a aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais, mas não dispôs a respeito da vinculação dos entes privados. Não obstante, a maior parte da doutrina brasileira considera que os direitos fundamentais vinculam diretamente os entes públicos e privados.<sup>506</sup>

A teoria da eficácia imediata dos direitos fundamentais ou teoria monista, não foi a tese acolhida pela Corte alemã no julgamento do caso Luth, não obstante tenha sido muito difundida na Alemanha.

---

<sup>502</sup> Cfr. SILVA, **Direitos fundamentais...**, 2018, p. 317.

<sup>503</sup> Segundo Claus-Wilhelm Canaris, a vinculação também é dirigida ao legislador ordinário, visto que o art 93º, n.1, al 4ª da Lei Fundamental da República Federal da Alemanha estabelece que, a pessoa que se sentir lesada num dos seus direitos fundamentais, poderá deduzir queixa constitucional contra o poder público, incluindo aqui a figura do legislador de direito privado. Cfr. CANARIS, C., W., **Direitos Fundamentais e Direito...**, 2009, p. 26-27. Canaris assevera ainda que as normas de direito privado servem para a concretização de imperativos de tutela de direitos fundamentais e, mesmo quando representem intervenções nos direitos fundamentais de um particular, consistirão em garantia de proteção dos direitos do outro particular. Cfr CANARIS, **op. cit.**, 2009, p. 34.

<sup>504</sup> Cfr. MIRANDA, **Direitos Fundamentais**, 2018, p. 350.

<sup>505</sup> A esse respeito, o posicionamento na doutrina de Daniel Sarmiento. Cfr. SARMENTO, **Direitos Fundamentais...**, 2004, p. 279. No Brasil, por exemplo, o Superior Tribunal de Justiça na RESP 865.010/PE, sob a relatoria do Ministro Castro Meira, DJU 11/10/2002, decidiu em favor dos direitos fundamentais, ao buscar solução para um caso concreto, possibilitando o levantamento do PIS (Programa de Integração Social) pelos participantes portadores de idade avançada e que estivessem em situação de miserabilidade. Isso demonstra que o modelo brasileiro é voltado para a efetivação dos direitos fundamentais, primando pela dignidade da pessoa humana, o que justifica em alguns casos um ativismo judicial. Cfr. MARMELESTEIN, G., **Curso de Direitos...** 2014, p. 303-304.

<sup>506</sup> A eficácia dos direitos fundamentais nas Constituições portuguesa e brasileira será analisada no próximo tópico.

Antes de conceituar e apresentar as características da teoria imediata, urge fazer menção à importante diferenciação, feita por Claus-Wilhelm Canaris, entre eficácia imediata e vigência imediata dos direitos fundamentais nas relações privadas.

Segundo o autor, a vigência diz respeito ao fato de que quando positivadas na Constituição, as normas de direitos fundamentais passam a valer e vincular os órgãos públicos e todo o ordenamento jurídico de forma imediata. Já a eficácia refere-se aos efeitos imediatos produzidos pelas normas de direitos fundamentais nas relações privadas quando dirigidas diretamente aos particulares.<sup>507</sup>

Para os adeptos da teoria imediata em sentido estrito, os direitos fundamentais se dirigem imediatamente contra os sujeitos de direito privado, ou seja, aqueles direitos podem ser invocados em todas as relações verticais ou horizontais, independentemente de determinação expressa na Lei Fundamental ou da caracterização de relações assimétricas, estabelecendo um vínculo direto dos sujeitos com as normas de direitos fundamentais.<sup>508</sup>

A tese da eficácia direta tem como fundamento o fato de que a Constituição, ao garantir os direitos fundamentais, estabelece a sua validade geral na ordem jurídica.<sup>509</sup> Sendo assim, as normas – a maioria delas – são eficazes contra os sujeitos públicos ou privados nas suas diferentes dimensões subjetiva ou objetiva, ou seja, como direitos subjetivos ou como princípios.<sup>510</sup>

Portanto, nessa concepção, as normas consagradas na Constituição, constituam elas princípios ou direitos subjetivos, são dotadas de uma validade absoluta e universal e podem ser invocadas diretamente pelos seus titulares.<sup>511</sup>

Isso significa que os titulares dos direitos fundamentais poderão acionar o poder judiciário e exigir o cumprimento de deveres específicos por outros particulares, com base direta na Constituição. Sob esse aspecto, afirmam alguns autores que os direitos fundamentais, de direitos dos particulares, passam a constituir também deveres fundamentais.

512

---

<sup>507</sup> Cfr CANARIS, **op. cit.**, 2009, p. 54-55.

<sup>508</sup> Cfr. SILVA, **Direitos Fundamentais...**, 2018, p. 321.

<sup>509</sup> Importa relembrar que a tese da fundamentalidade formal e substancial demonstra o relevante papel das normas de direitos fundamentais quando positivadas no ordenamento jurídico. A esse respeito ver ALEXU, **Teoria dos Direitos Fundamentais**, 2015, p. 523.

<sup>510</sup> Cfr. NOVAIS, **Direitos Fundamentais...**, 2019, p. 63-64.

<sup>511</sup> Cfr. **Idem, ibidem**, p. 64.

<sup>512</sup> Cfr. Cfr. NOVAIS, **Direitos Fundamentais...**, 2019, p. 64.

Assim, nos ordenamentos jurídicos em que a teoria é adotada, aos particulares, em suas relações com outros indivíduos ou entes privados, é permitido invocar a aplicabilidade direta das normas fundamentais.

As normas de direitos fundamentais nas relações jurídicas entre entes privados - individuais e coletivos - serão aplicadas sendo desnecessária qualquer forma de mediação. Portanto, em todas as suas relações civis, é necessário que os particulares observem os direitos constitucionalmente garantidos.<sup>513</sup>

Trata-se de uma eficácia absoluta, ou seja, de uma aplicação obrigatória e direta das normas de direitos fundamentais, possibilitando aos indivíduos invocar os direitos, liberdades e garantias e direitos análogos, sempre que houver necessidade.<sup>514</sup>

Hans Carl Nipperdey, grande defensor da teoria imediata, afirmava que determinados direitos fundamentais na condição de princípios que ordenam a vida social devem ser diretamente aplicados nas relações privadas, tendo em conta o conteúdo concreto e a função de cada direito.<sup>515</sup>

De acordo com o autor, apesar da existência na Constituição de direitos fundamentais que, por sua natureza, vinculam somente o Estado, há também, direitos invocáveis diretamente nas relações privadas e que não dependem da mediação do legislador, ou seja, direitos oponíveis *erga omnes*.<sup>516</sup>

A teoria da eficácia imediata não teve grande aceitação na Alemanha, mas foi adotada em alguns casos pela jurisprudência do Tribunal Federal do Trabalho alemão. A esse respeito, o caso<sup>517</sup> julgado em 1957 no qual o Tribunal reconheceu com base em preceitos constitucionais a não validade de cláusula contratual. A decisão teve como fundamento as normas de direitos fundamentais, sem a invocação de normas trabalhistas.<sup>518</sup>

---

<sup>513</sup> Cfr. CANOTILHO, **Teoria da Constituição...**, 2003, p. 1287.

<sup>514</sup> Cfr. Canotilho faz referência a uma eficácia que irradia diretamente dos direitos fundamentais. CANOTILHO, **op. cit.**, p. 1287.

<sup>515</sup> Cfr. DÜRIG et al, **Direitos Fundamentais...**, 2011, p. 92 e MAC CRORIE, **A Vinculação dos Particulares...**, 2017, p. 22.

<sup>516</sup> Cfr. SARMENTO, **Direitos Fundamentais...**, p. 245. Para Nipperdey, “[...]as normas constitucionais não necessitam de pontos de infiltração [...]”. Cfr. SILVA, **A Constitucionalização do Direito...**, 2011, p. 90.

<sup>517</sup> O caso tratou da não discriminação baseada no gênero e defesa da igualdade de salários entre homens e mulheres. A decisão proferida por Nipperdey foi da aplicabilidade direta dos direitos fundamentais na relação laboral. Cfr. SILVA, **op. cit.**, p. 91-92.

<sup>518</sup> A jurisprudência do Tribunal Federal do Trabalho alemão reconheceu a invalidade de cláusula contratual com fundamento em normas fundamentais. A cláusula previa a extinção do contrato de trabalho de enfermeiras de um hospital privado que se casassem. Cfr. SARMENTO, **op. cit.**, P. 246. No caso Samuel Kot, abordado no capítulo anterior, a Corte argentina também reconheceu a eficácia direta dos direitos fundamentais nas relações trabalhistas.

A par disso, Nipperdey atribui uma validade absoluta aos direitos fundamentais, enquanto direitos subjetivos e normas de valor válidas e aplicáveis a toda a ordem jurídica. Segundo o autor, isso decorre principalmente da unidade do ordenamento jurídico e da força normativa da Constituição.<sup>519</sup>

Alguns defensores da tese da eficácia imediata dos direitos fundamentais entre particulares propuseram soluções diferenciadas tendo em vista as relações diagonais. Nesse sentido, a aplicabilidade da teoria com base nos poderes privados foi propagada por muitos autores.<sup>520</sup>

A partir do predomínio do Estado social, intensificaram-se as ameaças oriundas de entes detentores de poder econômico, dotados de superioridade com fundamento em razões culturais ou sociais e de instituições nas quais os indivíduos se inserem. Assim, a tese de que em algumas relações os direitos fundamentais devem vincular os particulares de forma direta, tem como fulcro o crescimento das desigualdades entre os sujeitos decorrente de poderes privados ou poderes de fato existentes na sociedade, sendo inaceitável a ideia de que somente o Estado seria destinatário das normas.<sup>521</sup>

Ao eleger a dignidade e a liberdade como direitos essenciais aos homens, Nipperdey apregoa que os direitos fundamentais devem ser salvaguardados frente às violações advindas de grupos e poderes sociais, isto é, contra os economicamente mais fortes. Segundo ele, o poder dos grupos sociais não pode ignorar o valor próprio da pessoa humana.<sup>522</sup>

A tese da eficácia direta, apesar de prescindir da intermediação legislativa apresentou algumas particularidades em relação a sua aplicação de acordo com o direito fundamental e as partes envolvidas no conflito.

Nesse cenário, alguns autores enfatizaram a necessidade da adoção da aplicação direta dos direitos fundamentais nas relações entre sujeitos privados, mormente nas situações em que as agressões aos direitos dos particulares resultem de poderes privados como associações, empresas, igrejas, partidos, entre outros, com fundamento na eficácia diagonal dos direitos, liberdades e garantias.<sup>523</sup>

Não são raros os casos de concentração e monopólio do poder social, econômico ou informativo que ocultam a posição de supremacia dos sujeitos ou entidades privadas e anulam o mínimo de liberdade e igualdade, pressupostos da autonomia privada, sendo possível

---

<sup>519</sup> Cfr. DÜRIG et al, **op. cit.**, p. 92 e MAC CRORIE, **op. cit.**, p. 22.

<sup>520</sup> Nesse sentido, é possível citar Walter Leisner. Cfr. CANOTILHO, **op. cit.**, 2003, p. 1293.

<sup>521</sup> Cfr. SILVA, **Direitos Fundamentais...**, 2018, p. 320.

<sup>522</sup> Cfr. DÜRIG et al, **op. cit.**, 2011, p. 52-53.

<sup>523</sup> Cfr. **Idem**, **ibidem**, p. 52-53.

afirmar que, nessas situações de domínio, ocorre uma deturpação desses pressupostos, substituindo a soberania de indivíduos livres e iguais pela soberania dos poderes privados.<sup>524</sup>

Já em relação aos conflitos que envolvem indivíduos em igual condição, ambos titulares de direitos fundamentais, estará configurada uma colisão de direitos<sup>525</sup>. Nesse caso, as normas de direitos fundamentais devem ser aplicadas diretamente, mas como valores comunitários.<sup>526</sup>

Segundo a tese da aplicação direta, os direitos fundamentais constituem princípios que ordenam o convívio social, sendo por isso, imprescindível a sua incidência nas relações privadas. No entanto, a sua aplicação estará condicionada à ponderação<sup>527</sup> do conteúdo concreto de cada direito e da sua função, segundo o princípio da proporcionalidade.<sup>528</sup>

Os adeptos da tese asseveram ainda existir um efeito normativo direto que modifica as normas de direito privado, visto que dos direitos fundamentais – como princípios objetivos - advêm de forma direta, direitos subjetivos privados.<sup>529</sup>

A teoria apresentada, não obstante as dificuldades de aplicação na casuística, reconheceu o perigo que representam os poderes privados para a comunidade. Além disso, corroborou a afirmação dos direitos fundamentais como normas de valor, dotadas de validade em todo o ordenamento jurídico, com a defesa da aplicabilidade direta dos direitos fundamentais nas relações entre particulares e a vinculação destes, salvo raras exceções relativas a direitos que somente têm sentido em face do ente estatal.<sup>530</sup>

---

<sup>524</sup> Cfr. FREJEDO et al, **Teoria General de los Derechos Fundamentales...**, 2004, p. 191.

<sup>525</sup> A colisão de direitos existe quando há conflitos de direitos. Canotilho faz referência a um “choque” e define uma colisão autêntica de direitos quando: “[...] o exercício de um direito fundamental por parte de seu titular colide com o exercício do direito fundamental por parte de outro titular [...]”. Cfr. CANOTILHO, **Curso de Direito Constitucional...**, 2003, p.1270.

<sup>526</sup> Cfr. MAC CRORIE, **A Vinculação dos Particulares...**, 2017, p. 22.

<sup>527</sup> A ponderação segundo Canotilho surge quando: “[...] seja necessário encontrar o direito para resolver casos de tensão entre bens juridicamente protegidos [...]”, ou seja, quando: “[...] há a existência, pelo menos, de dois bens ou direitos reentrantes no âmbito de proteção de duas normas jurídicas que, tendo em conta as circunstâncias do caso, não podem ser realizadas ou optimizadas em todas as suas potencialidades [...]”. Cfr. CANOTILHO, **op. cit.**, p. 1236 e 1240.

<sup>528</sup> Cfr. Nipperdey, H., C., **Grundrechte und Privatrecht**, apud MAC CRORIE, **op. cit.**, p. 22.

<sup>529</sup> Os direitos fundamentais, na acepção de Nipperdey, são dotados de um efeito absoluto a ponto de modificar as normas de direito privado já existentes, sejam elas cogentes ou dispositivas. Cfr. ALEXY, **Teoria dos Direitos Fundamentais**, 2015, p. 530.

<sup>530</sup> Assim são as garantias instituídas pelo legislador constituinte sobre o processo penal. De outra monta, alguns direitos fundamentais são destinados, à partida, às relações jurídicas entre particulares, como é o caso do direito às liberdades sindicais na empresa. Trata-se de um direito que pode ser invocado diretamente contra o empregador. Contudo esse direito fundamental também enseja obrigações para o Estado, mais especificamente para o legislador ordinário em regular o exercício do direito e de o fazer em conformidade com os ditames constitucionais. Cfr. ANDRADE, **Os Direitos Fundamentais...**, 2021, p. 234 e NOVAIS, **Direitos Fundamentais...**, 2019, p. 56-58.

Assim, restou demonstrado que, em alguns casos, os direitos fundamentais podem ser invocados como verdadeiros direitos subjetivos nas relações privadas, mormente contra entidades detentoras de poder, mas essa aplicação direta estará condicionada à análise do caso concreto.

A tese é de fácil sustentação nos casos em que grupos sociais ou entidades detentoras de forte poder privado ocupam um dos polos passivos da relação, formando uma relação diagonal, pois, configurada uma posição de superioridade frente ao indivíduo, as entidades privadas podem ser comparadas ao Estado.<sup>531</sup>

A par disso, deve o legislador sempre que possível criar leis específicas voltadas para a proteção objetiva destes direitos fundamentais, a fim de oferecer uma proteção ampla, como é possível visualizar no âmbito laboral, pois nessa seara, os direitos fundamentais são decisivos.<sup>532</sup>

Em oposição às teorias monistas, os adeptos das teorias dualistas asseveram que os destinatários dos direitos fundamentais são os entes públicos. Entretanto, essas normas, em determinadas situações, poderão ser aplicadas de forma mediata nas relações privadas. A tese de posicionamento moderado enseja a aplicação mediata ou indireta dos direitos fundamentais, cuja possibilidade de vinculação dos sujeitos privados advém do reconhecimento da dimensão objetiva e da multifuncionalidade das normas.<sup>533</sup>

Segundo a teoria, os direitos são protegidos através de mecanismos típicos de direito privado, assim, para os que defendem a aplicação mediata, os direitos fundamentais devem funcionar como princípios de interpretação das cláusulas gerais e conceitos indeterminados em consonância com o direito privado.<sup>534</sup>

A força jurídica das normas de direitos fundamentais deve ter incidência nas relações entre particulares por meio da atuação do legislador privado. É este que, como destinatário direto dos direitos fundamentais, cria as leis no âmbito privado em conformidade com aqueles direitos. Nessa linha, os direitos fundamentais somente poderão incidir nessas relações de forma indireta, ou seja, na condição de princípios objetivos de interpretação das normas de direito privado e não como direitos subjetivos.<sup>535</sup>

---

<sup>531</sup> Cfr. ANDRADE, **op. cit.**, p. 234 e CONTRERAS, **Cidadania na Empresa...**, 2011, p. 19-21.

<sup>532</sup> Nesse sentido, Nipperdey atribui aos direitos fundamentais um significado de «princípios gerais de direito», representando uma força vinculativa em relação ao legislador ordinário. MAC CRORIE, **A Vinculação dos Particulares...**, p. 22 e NIPPERDEY, apud CANOTILHO, **Curso de Direito Constitucional...**, 2003, p. 1293.

<sup>533</sup> Cfr. NOVAIS, **Direitos Fundamentais...**, 2019, p. 65.

<sup>534</sup> Cfr. ANDRADE, **op. cit.**, p. 233.

<sup>535</sup> Cfr. MAC CRORIE, **op. cit.**, 2017, p. 24.

A tese da eficácia horizontal mediata, «Mittelbare Drittwirkung» em alemão, foi desenvolvida originalmente na doutrina alemã por Günter Dürig e foi acolhida pelo Tribunal Constitucional alemão no julgamento do caso Luth<sup>536</sup>. A Corte reconheceu a dimensão objetiva dos direitos fundamentais e o efeito irradiante dessas normas, assim, na decisão o tribunal interpretou a norma de direito civil em conformidade com os direitos fundamentais.

537

Cumprir lembrar que a eficácia irradiante dos direitos fundamentais trouxe consequências jurídicas relevantes para o direito privado. A tese permitiu encontrar soluções diferenciadas para os conflitos no âmbito das relações privadas em conformidade com os direitos fundamentais.<sup>538</sup>

De acordo com a teoria da eficácia indireta, os direitos fundamentais funcionam como vetores de interpretação das cláusulas gerais e conceitos indeterminados do direito privado, passíveis de concretização, elucidação ou ainda em raros casos, do preenchimento de lacunas. Contudo, a interpretação sempre será feita em conformidade com o direito privado.

539

A tese mediata constitui assim, uma construção intermediária entre a tese de negação e a tese que defende a aplicação direta dos direitos fundamentais nas relações horizontais, visto que não nega a aplicação dos direitos fundamentais nas relações de direito privado, mas apregoa que para tanto deve ser mantida ao máximo a direção privatista, conservando sempre a autonomia do direito privado.<sup>540</sup>

A aplicação dos direitos fundamentais, segundo os defensores da tese, é feita através de institutos jurídicos fornecidos pelo direito privado, como é o caso das cláusulas gerais – bons costumes, boa fé, abuso do direito, entre outras. É dessa forma que deve ser reconhecida a vinculação dos sujeitos privados. Na doutrina há novos institutos do direito privado que

---

<sup>536</sup> O entendimento do Tribunal Constitucional Federal na decisão do caso Luth se harmoniza com a teoria mediata de Dürig. Cfr. DÜRIG et al, 2011, p. 92. O caso Luth foi analisado no segundo capítulo da dissertação.

<sup>537</sup> Cfr. NOVAIS, **op. cit.**, 2019, p. 65.

<sup>538</sup> Não obstante, adverte Canotilho que, na busca por soluções nos conflitos privados, o aplicador do direito deve evitar uma “dupla ética no seio da sociedade”, ou seja, um tratamento desigual. Isso ocorre por exemplo quando é considerada como violação da integridade física e moral a exigência de testes de gravidez às trabalhadoras que procuram emprego na função pública, mas tolera-se os mesmos testes no setor privado. CANOTILHO, **Curso de Direito Constitucional...**, 2003, p. 1294.

<sup>539</sup> Nas palavras de Jorge Reis Novais em alguns casos há “[...]um preenchimento jusfundamentalmente orientado dos conceitos indeterminados a que o legislador recorreu ou das cláusulas gerais típicas do direito civil (bons costumes, boa fé, abuso do direito, ordem pública) [...]”. NOVAIS, **op. cit.**, 2019, p. 65 e ANDRADE, **Os Direitos Fundamentais...**, 2021, p. 233-235.

<sup>540</sup> DÜRIG, G., **Grundrechte und Zivilrechtsprechung**, apud MAC CRORIE, **op. cit.**, 2017, p.24. Nesse sentido, segundo Vieira de Andrade, o Estado, destinatário dos direitos fundamentais, tem o dever de garanti-los nas relações entre particulares, embora deva manter as diretrizes do direito privado. ANDRADE, p. 233.

possibilitam a aplicação dos direitos fundamentais nas relações privadas como os direitos de personalidade e os deveres de segurança no tráfego jurídico que são atualmente reconhecidos pela jurisprudência.<sup>541</sup>

Günter Dürig, defensor da teoria mediata, afirmou que os direitos fundamentais, como direitos de defesa da liberdade individual que são, devem ser invocados contra o Estado que é o responsável em proteger o indivíduo contra qualquer ameaça, até mesmo as advindas de outros particulares.<sup>542</sup>

Dessa forma, o autor alemão afirmou que essa proteção devia ser feita através do direito privado e enfatizou a necessidade da construção de pontes entre este e a Constituição, a fim de que os valores constitucionais pudessem incidir no âmbito privado. Nesse sentido, as pontes seriam as cláusulas gerais e os conceitos jurídicos indeterminados.<sup>543</sup>

Os particulares são titulares de direitos fundamentais e, segundo os adeptos da teoria mediata, impor aos sujeitos privados uma vinculação direta transmudaria os direitos em deveres.<sup>544</sup>

Afinal, segundo Dürig, a autonomia privada sendo protegida pelo ordenamento, permite a possibilidade de renúncia a certos direitos fundamentais nas relações entre particulares, ao contrário do que ocorre nas relações estabelecidas com o Estado.<sup>545</sup>

Isso é possível quando, em prol da autodeterminação que rege as relações privadas, certos atos contrários aos direitos fundamentais são considerados lícitos, bem como determinadas práticas em conformidade com os direitos fundamentais são vedadas nas relações entre sujeitos privados.<sup>546</sup>

Dürig, em sua obra, considera ser o direito à liberdade um postulado básico e, por esse motivo, os direitos fundamentais como direitos subjetivos não poderiam ser invocados pelos particulares nas relações horizontais de forma imediata e absoluta, pois essa aplicabilidade poderia significar uma compressão da liberdade.<sup>547</sup>

Portanto segundo o autor, os direitos fundamentais produzem efeitos nas relações horizontais, mas devem ser interpretados segundo os conceitos e cláusulas gerais de direito privado e isso só deve ocorrer quando necessário, visto que a aplicabilidade dessas normas

---

<sup>541</sup> Essas cláusulas funcionam como filtros na aplicação das normas fundamentais, mantendo o direcionamento dado pelo direito privado. Cfr. ANDRADE, **op. cit.**, p. 235 e SILVA, **Direitos Fundamentais...**, 2018, p. 318.

<sup>542</sup> Cfr. ANDRADE, **op. cit.**, p. 232-233.

<sup>543</sup> Cfr. SARMENTO, **Direitos Fundamentais...**, 2004, p. 238.

<sup>544</sup> Cfr. ANDRADE, **op. cit.**, p. 233.

<sup>545</sup> Cfr. SARMENTO, **op. cit.**, p. 238.

<sup>546</sup> Cfr. SARMENTO, **op. cit.**, p. 238.

<sup>547</sup> MAC CRORIE, **A Vinculação dos Particulares...**, 2017, p. 25.

nas relações privadas pode restringir a autonomia privada, exigindo cautela por parte do órgão julgador no momento da resolução do conflito.<sup>548</sup>

Ademais, não se pode olvidar que numa relação entre particulares há colisão de direitos, cuja decisão pode afrontar os princípios constitucionais da dignidade e do livre desenvolvimento da personalidade de uma das partes.<sup>549</sup>

Os direitos fundamentais devem produzir efeitos nas relações privadas na possibilidade e necessidade de se complementar ou suprir a ausência de uma lei. Sob esse aspecto, Dürig ressalta que as cláusulas gerais funcionam como “pontos de irrupção” dos direitos fundamentais no direito privado.<sup>550</sup>

Nesse sentido, as normas de direito privado servem para concretizar os imperativos de tutela de direitos fundamentais, mas também podem funcionar como normas de intervenção nos direitos fundamentais dos particulares. O intérprete, diante do conflito, deverá fazer uma ponderação com base nos princípios da proporcionalidade, da proibição do excesso, da proibição de insuficiência, entre outros e decidir se aplicará as normas jusfundamentais. Contudo, é o direito civil que será aplicado e interpretado.<sup>551</sup>

Nos casos de mediação, segundo Dürig, o preenchimento valorativo feito pelo juiz deve observar graus de intensidade que vão desde uma valoração simples, passando para uma valoração mais acentuada e podendo chegar até mesmo à colmatação de lacunas em casos mais raros.<sup>552</sup>

Assim, pode-se afirmar que, segundo a tese mediata, nas relações entre particulares, as normas de direitos fundamentais não vinculam diretamente os indivíduos e poderá ser posta em prática por duas vias: a solução pela via normativa, quando o legislador previamente conformou a ordem privada aos direitos fundamentais e a interpretação será feita à luz dos valores e princípios constitucionais; ou na ausência de lei conformadora, recorrer-se-á à concretização, preenchimento ou interpretação das cláusulas gerais ou dos conceitos indeterminados do direito civil em conformidade aos direitos fundamentais, enquanto valores objetivos irradiantes à ordem jurídica.<sup>553</sup>

---

<sup>548</sup> MAC CRORIE, **A Vinculação dos Particulares...**, 2017, p. 25.

<sup>549</sup> **Idem, ibidem**, p. 25.

<sup>550</sup> Cfr. DÜRIG et al, **Direitos Fundamentais...**, 2011, p. 92.

<sup>551</sup> Cfr. CANARIS, **Direitos Fundamentais...**, 2009, p. 33-34 e 36.

<sup>552</sup> O autor considerava a liberdade um valor fundamental atrelado à dignidade humana e, portanto, um direito imprescindível para os indivíduos, devendo ser observado no momento da valoração na busca pela solução do conflito. Cfr. DÜRIG et al, **Direitos Fundamentais...**, 2011, p. 92.

<sup>553</sup> Cfr. NOVAIS, **Direitos Fundamentais...**, 2019, p. 48-49.

Interessante ressalva é a de que os defensores da eficácia indireta permitem em alguns casos a incidência imediata das normas de direitos fundamentais nas relações que envolvem particulares, nomeadamente em casos em que o Estado surge como entidade privada, ou seja, nos casos em que são executadas tarefas administrativas públicas por meio de figuras de direito privado que se beneficiam de prerrogativas estatais.<sup>554</sup>

Portanto, a eficácia indireta dos direitos fundamentais revela uma força conformadora que se exterioriza através da atividade dos órgãos públicos que são os destinatários imediatos das normas. Nesse sentido, a atuação do legislador na concretização das leis em conformidade com os ditames constitucionais; a atuação do intérprete na aplicação das cláusulas gerais do direito civil à luz das normas jufundamentais e a atuação da administração que na execução da sua função também deve ter como norte os direitos fundamentais.<sup>555</sup>

Ainda na seara da eficácia mediata, foi desenvolvida pela doutrina a teoria dos deveres de proteção que teve como ponto de partida a distinção entre as importantes funções dos direitos fundamentais. Sob esse aspecto, é possível afirmar que os direitos fundamentais constituem normas de proibições de intervenção ou direitos de defesa e ao mesmo tempo imperativos de tutela ou deveres de proteção.<sup>556</sup>

Na doutrina alemã, dentre outros, destacou-se o posicionamento de Claus-Wilhelm Canaris ao afirmar que a tese dos deveres de proteção do Estado constitui a mais acertada para dar solução à incidência dos direitos fundamentais nas relações horizontais.<sup>557</sup>

Claus-Wilhelm Canaris afirma que os direitos fundamentais atuam na sua função clássica como normas de proibição ou direitos de defesa que visam impor ao Estado uma abstenção e o respeito ao princípio da proibição do excesso. Já na qualidade de imperativos de tutela ou deveres de proteção, os direitos fundamentais atribuem ao ente estatal o dever de atuar com o objetivo de garantir e proteger os particulares contra agressões, sejam elas advindas de órgãos estatais ou entes privados, tendo como norte o princípio da proibição da proteção insuficiente.<sup>558</sup>

---

<sup>554</sup> Cfr. Cfr. ANDRADE, **op. cit.**, p. 235.

<sup>555</sup> Cfr. CANOTILHO, **Curso de Direito Constitucional...**, 2003, p. 1287.

<sup>556</sup> Cfr. MAC CRORIE, **op. cit.**, 2017, p. 28.

<sup>557</sup> Cfr. SARMENTO, **Direitos Fundamentais...**, 2004, p. 259.

<sup>558</sup> Canaris, forte defensor da teoria dos deveres de proteção, afirma que “[...] a Constituição apenas proíbe que se desça abaixo de um certo mínimo de proteção”. Dessa forma, ir além não constitui um problema, desde que os princípios da proporcionalidade e da proibição do excesso sejam observados. Cfr. CANARIS, C., W., **Direitos Fundamentais e Direito Privado**, 2009, p. 60.

Assim, segundo Canaris, a função dos direitos fundamentais como imperativos de tutela explica de forma dogmática e eficiente a eficácia mediata das normas, pois o legislador ordinário e o juiz, enquanto poderes estatais, no cumprimento das suas funções, devem observar e promover os direitos fundamentais.<sup>559</sup>

O órgão legislativo, ao instituir leis no âmbito privado, encontra-se vinculado aos direitos fundamentais, não podendo atentar contra esses direitos, sob pena de inconstitucionalidade.<sup>560</sup>

Naturalmente, com o propósito de cumprimento deste dever positivo de proteção e, ao estabelecer os meios que devem ser utilizados, a tese atribui uma função preponderante ao legislador ordinário.<sup>561</sup>

A doutrina dos deveres de proteção estatal dos direitos fundamentais dispõe que o Estado, como destinatário primário e direto desses direitos, tem o dever de promovê-los e de não os violar. Além disso, deve garanti-los frente às ameaças provenientes da atuação dos particulares.<sup>562</sup>

Nesse entendimento, as normas de direitos fundamentais, na condição de imperativos de tutela, impõem aos órgãos públicos a obrigação de proteger os particulares de perigos de proveniência não estatal, como deve ocorrer por exemplo nas relações ambientais e laborais.<sup>563</sup>

No direito do trabalho, a necessidade de proteção dos particulares frente aos poderes não estatais se sobressai e alguns autores defendem que os direitos de cidadania do trabalhador são projetados para dentro do contrato de trabalho, ou seja, além dos direitos fundamentais do trabalho consagrados de forma específica na Constituição, devem também ser protegidos os direitos do empregado enquanto indivíduo que não podem ser ignorados pelo fato de ser parte no contrato laboral.<sup>564</sup>

Conclui-se que pela teoria indireta ou mediata, os deveres de proteção impõem ao Estado a obrigação de adotar as garantias necessárias para evitar que entes públicos ou

---

<sup>559</sup> Canaris assevera que tanto o legislador ordinário, quanto o julgador são destinatários imediatos dos direitos fundamentais e, portanto, dos deveres de proteção. CANARIS, **op. cit.**, p. 34-43 e 58-60.

<sup>560</sup> Cfr. SARMENTO, **op. cit.**, 2004, p. 260.

<sup>561</sup> FREIJEDO et al, **Teoría General de los Derechos Fundamentales...**, 2004, p. 183.

<sup>562</sup> O ente público deve assumir o papel de “coordenador de liberdades e de garante dos bens jurídicos fundamentais”. Cfr. SILVA, **Direitos Fundamentais...**, 2018, p. 213 e ANDRADE, **Os direitos fundamentais na Constituição...**, 2021, p. 236.

<sup>563</sup> ALEXY, **Teoria dos direitos...**, 2015, p. 443.

<sup>564</sup> Contreras adverte que não há direitos absolutos e que nada impede que os direitos sejam “adaptados, restringidos ou modulados”, desde que a dignidade do trabalhador seja preservada. CONTRERAS, **Cidadania na empresa...**, 2011, p. 20.

privados violem o direito fundamental dos indivíduos. Nesse sentido, os entes estatais poderão criar normas voltadas para o objeto dos direitos fundamentais, de modo a facilitar o seu exercício pelos particulares.<sup>565</sup>

Os direitos fundamentais são normas consagradas na Constituição, e, portanto, vinculam todos os órgãos públicos. A tese atribui primeiramente a responsabilidade de proteção dos direitos fundamentais ao legislador ordinário, responsável por estabelecer as normas no âmbito privado, embora reconheça a importância da atividade do julgador em encontrar uma solução justa para os casos de conflitos que envolvam normas jusfundamentais.

566

A vinculação do legislador às normas que consagram os direitos fundamentais é imediata quanto à edição de leis, ou seja, estas não poderão restringir ou contrariar direitos fundamentais, sem fundamento constitucional. O legislador ao criá-las deverá respeitar os direitos fundamentais, mas, além disso, deve atuar em prol da sua efetiva proteção e promoção.<sup>567</sup>

Por conseguinte, sob pena de inconstitucionalidade, o legislador ordinário deve observar e proteger os direitos fundamentais nos diferentes regimes que institui e não pode criar discriminações ou restrições, salvo em casos autorizados pela própria Constituição. Outrossim, deve criar normas que possibilitem o seu cumprimento no âmbito privado.<sup>568</sup>

No Estado social e democrático de Direito, vigoram os deveres estatais de respeito, proteção e de promoção dos direitos, liberdades e garantias constitucionais. Nesse sentido, a grande relevância da regulação das relações sociais com o fito de garantir aos particulares o acesso aos bens jurídicos consagrados na Constituição e protegê-los das agressões advindas de terceiros.<sup>569</sup>

Com esse propósito, a eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, aparece no direito ordinário através de diversos mecanismos de proteção instituídos na legislação civil, penal e laboral.<sup>570</sup>

---

<sup>565</sup> FREJEDO, et al, **op. cit.**, 2004, p. 188. Nesse sentido, importa fazer a ressalva de que assunção dos deveres de proteção incumbe a todos os órgãos públicos: executivo, legislativo e judiciário. NOVAIS, **Direitos Fundamentais...**, 2019, p.78.

<sup>566</sup> Cfr. NOVAIS, **op. cit.**, 2019, p. 66.

<sup>567</sup> SILVA, **op. cit.**, 2018, p. 319.

<sup>568</sup> As restrições a direitos fundamentais devem ter fundamento constitucional. É preciso ressaltar a importância da instituição de normas imperativas que não podem ser afastadas pela vontade contratual das partes como é recorrente na legislação trabalhista. Cfr. CANOTILHO, **Curso de Direito Constitucional...**, 2003, p. 1291 e SILVA, **op. cit.**, 2018, p. 319.

<sup>569</sup> Cfr. NOVAIS, **op. cit.**, 2019, p. 68.

<sup>570</sup> Cfr. FREJEDO, et al, **op. cit.**, 2004, p. 190.

Assim, a tese dos deveres de proteção dos direitos fundamentais implica no dever geral dos entes públicos de tutelar as relações entre os indivíduos, exigindo uma atuação que promova uma proteção suficiente. Isso resulta do fato de que, em termos constitucionais, o Estado é detentor da autoridade e poder para legislar e dirimir os conflitos privados. Na impossibilidade de resolução pela via legislativa, caberá ao magistrado, no exercício da sua função pública, a pacificação social.

Tendo em vista a existência de um monopólio estatal<sup>571</sup>, há quem amplie o conteúdo dos deveres estatais e defenda a responsabilidade do Estado pelas violações dos direitos fundamentais perpetradas por particulares. Segundo a tese, é o dever geral de proteção que enseja essa responsabilização, no sentido de que a ofensa será sempre imputável ao Estado, haja vista a agressão ao direito fundamental do particular ou foi permitida pela lei ou decorreu de uma omissão do legislador. Sem olvidar que, num segundo momento, a responsabilidade estatal pode ser resultante da omissão do juiz no dever de repressão do incumprimento da lei ou de decisão judicial que contrarie os direitos fundamentais.<sup>572</sup>

Nesse mesmo sentido urge fazer menção à teoria da convergência estatista que atribui ao Estado a responsabilidade pelas violações a direitos fundamentais nas relações privadas ao afirmar que a atividade humana desenvolvida no âmbito de sua autonomia privada decorre de uma autorização explícita ou implícita no ordenamento jurídico, ou seja, quando o legislador não proíbe, está a permitir o comportamento. Portanto, o Estado será responsabilizado sempre que os órgãos públicos não evitem a conduta lesiva a direitos fundamentais através da lei ou repressão pelos órgãos administrativos e judiciários.<sup>573</sup>

Apesar da proposta de uma eficácia mediata, a teoria dos deveres de proteção estatal, de certa, forma, viabilizou a incidência dos direitos fundamentais nas relações privadas, pois a sua aplicação prescinde da existência de cláusulas gerais ou conceitos indeterminados do direito privado.<sup>574</sup>

---

<sup>571</sup> Vieira de Andrade afirma tratar-se de um “monopólio estatal da autoridade e do uso da força legítima”. ANDRADE, **Os Direitos fundamentais...**, 2021, p. 237.

<sup>572</sup> Cfr. ANDRADE, **op. cit.**, 2021, p. 237. A esse respeito os adeptos da teoria da convergência estatista afirmam que ao Estado cumpre a obrigação de proteger os direitos fundamentais e, assim, a discussão entre eficácia imediata ou mediata é inócua, pois a violação de um direito fundamental de um indivíduo por outro que atua no exercício da sua liberdade e autonomia privada deve ser imputada ao ente estatal que autorizou o comportamento ou permitiu a agressão. Sobre a teoria da convergência estatista, defendida por Jürgen Schwabe, Cfr. ANDRADE, **Os Direitos Fundamentais...**, 2021, p. 238 e MAC CRORIE, **A vinculação dos particulares...**, 2017, p. 37.

<sup>573</sup> Cfr. SARMENTO, **op. cit.**, p. 262.

<sup>574</sup> Cfr. ANDRADE, **op. cit.**, p. 237.

A esse respeito, a crítica dirigida ao posicionamento da Corte alemã no julgamento do caso Luth, por Canaris. O autor afirma que houve um grave vício por parte do Tribunal ao fundamentar a decisão com base na teoria objetiva de valores e no efeito irradiante dos direitos fundamentais no âmbito do direito privado.<sup>575</sup>

O autor ressalta que o Tribunal Constitucional Federal deveria ter aplicado os direitos fundamentais na sua função clássica de proibições de intervenção e de direitos de defesa, uma vez que a decisão do tribunal *a quo* que restringiu direitos fundamentais exige um controle semelhante ao de uma norma legal.<sup>576</sup>

Ademais, o dever de proteção como imperativo de proteção suficiente está relacionado com o princípio da proibição do déficit que orienta o juiz a buscar uma solução adequada pautada no princípio da proporcionalidade. Nem uma proteção mínima, nem uma proteção máxima, mas a adequada para o caso concreto.<sup>577</sup>

A aceitação da multifuncionalidade dos direitos fundamentais enseja o reconhecimento de que, nas relações horizontais, esses direitos funcionam como “princípios de ordenação objetiva”, mais especificamente como deveres de garantia e de proteção do Estado.<sup>578</sup>

Portanto, segundo a teoria dos deveres de proteção, o órgão julgador, nas relações de direito privado que envolvam violações de direitos fundamentais, mesmo na ausência de lei ou cláusula geral aplicável, não poderá se omitir sendo mister dar uma resolução ao caso, sob pena de incorrer em violação do princípio da proibição de proteção insuficiente.<sup>579</sup>

Aos magistrados, enquanto entidade pública, cumprem dar efetividade à proteção dos direitos fundamentais. Para tanto, podem aplicar o direito privado em conformidade com as normas fundamentais através do mecanismo da «interpretação conforme os direitos fundamentais», bem como não aplicar a lei violadora dos direitos, por considerá-la inconstitucional.<sup>580</sup>

---

<sup>575</sup> Cfr. CANARIS, **op. cit.**, 2009, p. 44-50.

<sup>576</sup> Segundo Canaris: “[...] a *ratio decidendi* de uma decisão judicial deve ser formulada como norma, e, então, aferida diretamente segundo os direitos fundamentais [...]” e “[...] a partir da perspectiva aqui defendida, a proibição do excesso e, em especial, o princípio da proporcionalidade em sentido estrito, devem ser aplicados aos fundamentos subjacentes às decisões judiciais, na medida em que estas restringem direitos fundamentais [...]”. Cfr. CANARIS, **Direitos Fundamentais...**, 2009, p. 50 e 51.

<sup>577</sup> Cfr. ANDRADE, **op. cit.**, 2021, p. 238.

<sup>578</sup> Cfr. HESSE, K., apud CANOTILHO, **Curso de Direito Constitucional...**, 2003, p. 1289.

<sup>579</sup> Cfr. NOVAIS, **op. cit.**, 2019, p. 67.

<sup>580</sup> A interpretação conforme os direitos fundamentais será feita diretamente pelas normas que consagram os direitos, liberdades e garantias como «medidas de decisão» do conflito. Canotilho afirma tratar-se de “uma concretização de bens jurídicos constitucionalmente protegidos através de normas de decisão judiciais”.

Assim, o órgão julgador deve deixar de aplicar as leis quando necessário for e se abster de prolatar decisões cujo conteúdo viole direitos fundamentais, utilizando para tanto os métodos da hermenêutica jurídica. A par disso, nos casos de omissão legislativa, poderá ainda, o magistrado, intervir diretamente em prol da tutela dos bens jusfundamentais.<sup>581</sup>

Nesse cenário, o juiz detém um poder-dever alargado, visto que mesmo na ausência de lei ou cláusula geral aplicável deve atuar em busca da melhor solução com a devida aplicação dos direitos fundamentais nas relações privadas. Mais ainda, e como forma de controle, na presença de lei em desconformidade com os direitos fundamentais, o órgão judicante deve não aplicar a lei com fundamento na inconstitucionalidade.<sup>582</sup>

A inconstitucionalidade pode ocorrer por exemplo quando o legislador restringe de forma desproporcional os interesses de uma parte ou dá um tratamento aquém do esperado em relação às normas de direitos fundamentais. Afinal, tanto a lei como a decisão do juiz se submetem ao controle de constitucionalidade.<sup>583</sup>

Por conseguinte, segundo a teoria dos deveres de proteção, a atuação do juiz vai além da possibilidade de interpretação das normas ordinárias a partir de conceitos indeterminados e cláusulas gerais.

O órgão julgador deverá, observados os limites da separação de poderes, garantir a proteção constitucionalmente exigida, sob pena de incorrer na violação do princípio da proibição do déficit. Contudo, a sua valoração deve estar em conformidade com o princípio da proporcionalidade, evitando assim, violar os direitos fundamentais dos envolvidos.<sup>584</sup>

Há, portanto, para as posições dualistas uma nítida importância no exercício da função do legislador ordinário, haja vista que a proteção dos direitos fundamentais nas relações horizontais deve ser feita através do direito privado.

O legislador como destinatário direto dos direitos fundamentais, e com o objetivo de cumprir o seu dever de proteção estatal, deve regular as relações entre sujeitos privados para que os direitos fundamentais sejam efetivamente tutelados. Nesse propósito, o órgão

---

CANOTILHO, **op. cit.**, p. 1292. A interpretação conforme os direitos fundamentais foi apresentada no capítulo anterior.

<sup>581</sup> Cfr. SILVA, **op. cit.**, 2018, p. 319-320.

<sup>582</sup> Cfr. NOVAIS, **Direitos Fundamentais...**, 2019, p. 70.

<sup>583</sup> Cfr. NOVAIS, **Direitos Fundamentais...**, 2019, p. 70.

<sup>584</sup> Cfr. NOVAIS, **op. cit.**, 2019, p. 67. Sobre a tese da vinculação dos tribunais, SILVA, **Direitos Fundamentais...**, 2018, p. 319.

legiferante está vinculado ao princípio da igualdade, sendo proibida qualquer forma de discriminação sem fundamento material para o tratamento desigual.<sup>585</sup>

A busca por soluções diferenciadas pela doutrina e jurisprudência de alguns países em relação à aplicação e vinculação dos direitos fundamentais nas relações privadas, deu azo ao aparecimento de teorias intermediárias que serão a seguir examinadas, revelando uma tendência de superação da dicotomia entre as teorias e uma consequente aproximação das teses mediatistas e imediatistas.<sup>586</sup>

Essas teses diferenciadas constituem soluções encontradas pela doutrina sobre o tema da eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares e demonstram que o resultado na prática está condicionado à análise de alguns fatores concretos, como por exemplo, o exame da estrutura normativa dos direitos envolvidos e da forma como o seu conteúdo se encontra consagrado na Constituição ou até mesmo nas normas de direito privado.<sup>587</sup>

A tese da vinculação ao conteúdo essencial dos direitos, que tem como foco principal a proteção da dignidade humana, permite a aplicação direta dos direitos fundamentais nas relações entre particulares. No entanto, defende que essa eficácia pode ser verificada em situações emergenciais de tutela da dignidade ou de forma mitigada, isto é, nas relações privadas a vinculação deverá ter o alcance reduzido ao núcleo essencial de cada direito envolvido, com o propósito de conservação da autonomia privada.<sup>588</sup>

---

<sup>585</sup> A esse respeito, o legislador ordinário, nas relações entre particulares, tendo em vista os fundamentos democráticos do Estado de Direito, deve exercer a sua função atribuindo direitos subjetivos e deveres correspondentes, limites, sanções, compensações e responsabilidades, bem como determinar os critérios para a atuação judicial. O intérprete deve, em princípio, aplicar as leis ordinárias nas resoluções dos conflitos. Como exemplos didáticos é possível citar a lei que trata do direito de greve, do direito à privacidade, entre outros. Cfr. CANOTILHO, **op. cit.**, p. 1291 e SILVA, **op. cit.**, 2018, p. 319.

<sup>586</sup> Cfr. SILVA, **op. cit.**, 2018, p. 321.

<sup>587</sup> Na doutrina portuguesa passou-se a considerar vários aspectos importantes e até mesmo decisivos a serem objetivamente identificáveis na relação a fim de ser permitida a incidência dos direitos fundamentais nas relações privadas, dentre os quais é possível destacar: o tipo de direito fundamental envolvido e o seu destinatário no caso concreto; se o conteúdo essencial do direito fundamental foi violado; se a dignidade humana foi atingida; se envolve uma situação de desigualdade; se a agressão é proveniente de um poder privado; a existência ou não de direitos fundamentais consagrados pelo legislador constituinte e destinados inequivocamente à aplicação nas relações privadas e etc.. Em momento oportuno será apresentada a tese diferenciadora trazida pela doutrina portuguesa. Cfr. SILVA, 2018, **op. cit.**, p. 322-323. Assim, na busca por soluções diferenciadas, Jürgen Schwabe afirmava que direitos de liberdade deveriam ser exclusivamente invocados em face do Estado, enquanto os direitos de igualdade poderiam, a depender do caso concreto, ser invocados frente a um particular, como por exemplo nos casos de discriminação grave entre particulares. Konrad Hesse defendia que os direitos fundamentais não deveriam incidir nas relações privadas em que houvesse uma igualdade real entre as partes e nem nos casos de restrição de liberdade permitida pelo direito privado. Segundo ele, deveria ser encontrado um poder social ou econômico, motivo de desequilíbrio da relação ou ainda a restrição da liberdade garantida. Cfr. ANDRADE, **Os Direitos Fundamentais...**, 2021, p. 234.

<sup>588</sup> Cfr. SILVA, **Direito Fundamentais...**, 2018, p. 320.

Contudo, as diversas posições defendidas só vieram a confirmar a existência de vinculação dos sujeitos privados e a eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares. Passa-se, então, à análise crítica das teorias que tiveram uma maior adesão por parte da doutrina.

### 3.4.1 Análise crítica das teorias

A tese que nega a incidência dos direitos fundamentais nas relações entre particulares defende que essas normas vinculam somente o Estado e pretende evitar ao máximo a degradação da autonomia privada.

Os seus defensores alegavam que a incidência dos direitos fundamentais nas relações privadas seria uma forma de destruir a identidade do direito privado, de conferir poderes exagerados aos juízes e intervir na função do legislador ordinário, ocasionando um quadro de insegurança jurídica.<sup>589</sup>

Segundo esta tese, o legislador é quem deve determinar a aplicação dos direitos fundamentais no âmbito privado e fazer a compatibilização desses direitos. Desse modo, os particulares nas suas relações privadas devem invocar os direitos estabelecidos na legislação civil.<sup>590</sup>

No entanto, com o passar do tempo, o argumento liberal enfraqueceu-se e a tese demonstrou fragilidade e insustentabilidade na prática sendo sujeita a algumas atenuações nos julgamentos por parte da Corte americana, o que veio a corroborar, em alguns casos, com a possibilidade de aplicação dos direitos fundamentais nas relações entre particulares.<sup>591</sup>

As teses diferenciadoras apresentadas por alguns autores, trouxeram o inconveniente de condicionar a aplicabilidade dos direitos fundamentais e a vinculação dos particulares à análise feita pelo julgador da presença ou não dos «elementos de diferenciação» no caso

---

<sup>589</sup> Cfr. SARMENTO, **Direitos Fundamentais...**, 2004, p. 228-230.

<sup>590</sup> Cfr. SARMENTO, **Direitos Fundamentais...**, 2004, p. 228-230.

<sup>591</sup> A Suprema Corte americana acolheu a tese da «State Action» que nega a incidência dos direitos fundamentais nas relações privadas, com exceção da 13ª Emenda, que proibia a escravidão. Contudo, em alguns julgamentos passou a adotar posicionamentos com uma concepção mais temperada em relação à doutrina negacionista. Um exemplo de mudança no posicionamento da Corte é nas situações em que ficar comprovado que o particular age no exercício de funções estatais. Nesses casos, a Corte passou a adotar a «Public Function Theory» que permite a incidência dos direitos fundamentais nas relações privadas. Cfr. SARMENTO, **op. cit.**, p. 228-230. A esse respeito ver caso *Marsh v. Alabama* 326 U.S. (1946), disponível em <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/326/501/>, acessado em 4 de abril de 2022.

concreto, dando azo a decisões com alto grau de subjetivismo que contribuem para a imprevisibilidade nas decisões e insegurança jurídica.<sup>592</sup>

Também a teoria da convergência estatista apresentou uma construção sobre pressupostos de fácil contestação.<sup>593</sup> Assim, alguns autores afirmam que a teoria traz a ideia falaciosa de que a liberdade e a autonomia privada são produtos de uma autorização estatal. Já num segundo momento, contesta-se o fato de que a teoria atribui a responsabilidade ao Estado pela conduta lesiva de um particular a direitos fundamentais sem antes reconhecer a sua vinculação aos direitos nas relações privadas.<sup>594</sup>

Robert Alexy assevera que, as teses monistas ou dualistas, apesar de possuírem pressupostos teóricos distintos, podem apresentar resultados práticos semelhantes, então a escolha seria uma questão de conveniência.<sup>595</sup> Nesse sentido, afirmou que todas as teorias partiram da premissa de que, nas relações horizontais, os sujeitos são titulares de direitos fundamentais, diversamente do que ocorre nas relações verticais.<sup>596</sup>

O autor buscou conciliar as teorias e deu ênfase à possibilidade de se obter um resultado equivalente quanto à eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, pois ainda que, no momento da escolha o juiz optasse por uma das teses, em ambos os casos, na prática, igual resultado poderia ser obtido.<sup>597</sup>

As construções monistas e dualistas, segundo Alexy reconhecem a importância da ponderação de interesses em prol da preservação da autonomia privada e, por conseguinte, propõe que a melhor solução seria classificar os efeitos das teorias em três níveis: no primeiro nível, ficaria a teoria mediata; no segundo a teoria dos deveres de proteção; e no terceiro a teoria imediata.<sup>598</sup>

Em contrapartida, há quem considere uma tarefa nada simples a de encontrar solução para o problema da eficácia nas relações privadas, pois cumpre, primeiramente, verificar em

---

<sup>592</sup> Cfr. Dentre os elementos diferenciadores, destacam-se: a existência de um poder privado; a desigualdade na relação; a ameaça ou violação do conteúdo essencial de um direito fundamental; e o aviltamento da dignidade humana. Cfr. NOVAIS, **Direitos Fundamentais...**, 2019, p. 86-87.

<sup>593</sup> Cfr. SARMENTO, **op. cit.**, p. 262.

<sup>594</sup> Cfr. **Idem**, **ibidem**, p. 262-263.

<sup>595</sup> Cfr. ALEXY, **Teoria dos Direitos Fundamentais**, 2015, p. 532.

<sup>596</sup> Cfr. SARMENTO, **op. cit.**, p. 264.

<sup>597</sup> Cfr. ALEXY, **op. cit.**, 2015, p. 529-532. Em sentido contrário, Jorge Reis Novais, afirma que as teses são essencialmente diferenciadas, e, portanto, somente serão possíveis resultados idênticos, se, no caso concreto, forem desconsiderados os pressupostos da teoria adotada. Cfr. NOVAIS, **Direitos fundamentais...**, 2019, p. 80-81.) A esse respeito, segundo Novais, a teoria imediata permite a aplicação dos direitos fundamentais como direitos subjetivos nas relações privadas, o que resulta numa solução do litígio diversa da que seria obtida pela adoção da eficácia indireta, pois a aplicação direta das normas como direitos subjetivos abre a possibilidade de a autonomia individual ser comprometida pelo decisionismo judicial. NOVAIS, **op. cit.**, 2019, p. 84.

<sup>598</sup> Cfr. ALEXY, **op. cit.**, 2015, p. 534.

que termos pode se dar essa eficácia, tendo em vista a diversidade de posições jurídicas ocupadas pelos indivíduos, a real amplitude da autonomia privada e a distinção entre direito público e direito privado.<sup>599</sup>

Alguns autores asseveram que a grande dificuldade trazida pela eficácia horizontal dos direitos fundamentais é não ser possível colocar o particular na condição de sujeito passivo dos direitos fundamentais equiparando o seu regime jurídico ao do Estado, visto que diferentemente deste os indivíduos são titulares de direitos fundamentais, e, por esse motivo, são protegidos de intervenções na sua autonomia privada.<sup>600</sup>

Assim, observa-se que as posições monistas, por buscarem uma tutela efetiva dos direitos fundamentais, defendem uma eficácia direta e ampla dos direitos nas relações privadas. Em contrapartida, as teorias dualistas objetivam a preservação da autonomia privada e, portanto, buscam, na prática, mitigar os efeitos da incidência dos direitos.

Já os defensores das teses dualistas, apregoam a primazia do legislador na conformação dos direitos fundamentais em detrimento do intérprete, pois, desse modo, seriam conservados importantes princípios como da segurança jurídica, da democracia e da separação de poderes.

Por conseguinte, as teorias dualistas acabam por restringir a aplicabilidade dos direitos fundamentais em determinadas situações privadas com o fito de conservar a autonomia do direito privado e dos sujeitos regidos por essas leis, bem como de evitar a outorga de um poder exacerbado aos magistrados.

Nesse sentido, não havendo lei ordinária conformadora ou concretizadora do direito fundamental, ou ainda, na ausência de institutos de Direito civil e cláusulas gerais que possibilitem as técnicas de hermenêutica em consonância com as normas jusfundamentais, a tese mediata não permitirá a aplicação dos direitos fundamentais nas relações privadas.<sup>601</sup>

A crítica que é frequentemente dirigida pelos autores à teoria mediata diz respeito aos casos de omissão do legislador ordinário em relação às pontes referidas por Dürig. Nessa situação, o juiz não poderá aplicar as normas jusfundamentais nos conflitos entre particulares devido à autonomia do direito privado, circunstância que pode impedir a solução do conflito no caso concreto.<sup>602</sup>

---

<sup>599</sup> Cfr. FREJEDO et al, **Teoria General de los Derechos Fundamentales...**, 2004, p. 190.

<sup>600</sup> Cfr. SARMENTO, **op. cit.**, p. 223.

<sup>601</sup> Cfr. NOVAIS, **Direitos Fundamentais...**, 2019, p. 73.

<sup>602</sup> Cfr. NOVAIS, **Direitos Fundamentais...**, 2019, p. 76.

Além disso, o controle de constitucionalidade, em muitos casos, ficaria prejudicado pela impossibilidade de intervenção judicial fundamentada na autonomia do direito privado. Portanto, a teoria permite que os direitos fundamentais fiquem desprotegidos nas relações entre particulares, apesar de ter sido demonstrada a importância da proteção nessa seara, visto que as violações aos direitos não advêm somente do Estado.<sup>603</sup>

Nas situações de omissão legislativa, a tese acaba por conceder um caráter absoluto ao princípio da autonomia do Direito civil por recusar ao juiz a aplicação das normas de direitos constitucionais aos conflitos privados. É importante não olvidar que a busca pela preservação demasiada da liberdade privada pode ocasionar o aparecimento de situações caracterizadas por grandes desigualdades com o domínio dos mais fortes.<sup>604</sup>

É certo que o direito privado integra o ordenamento jurídico, tendo como fundamento a dignidade humana.<sup>605</sup> Nesse sentido, outra crítica relevante apresentada na doutrina é a de que a teoria da eficácia mediata revela uma força conformadora dos direitos através dos órgãos estatais, e a esse respeito, supõe ser o direito civil uma matéria fora da ordem constitucional e a consequente existência de dois ordenamentos autônomos e horizontais.<sup>606</sup>

Outro aspecto negativo salientado é o de que a tese da eficácia indireta acaba por permitir que, no tráfego jurídico-privado – especificamente nos contratos ou negócios jurídicos unilaterais –, os particulares contrariem ou restrinjam as normas de direitos fundamentais, com fulcro na liberdade e autonomia privada. Afinal, segundo esta teoria, os entes privados, nas suas relações, não estão diretamente vinculados aos direitos fundamentais, pois este vínculo direto somente existe em relação aos entes estatais.<sup>607</sup>

A tese mediata parte do pressuposto de que, na sua origem, os direitos fundamentais são direitos públicos subjetivos oponíveis somente ao Estado, e que, por conseguinte, somente em segundo plano, devido à dimensão objetiva, produziriam efeitos nas relações entre os particulares.<sup>608</sup>

Todavia, não obstante alguns direitos fundamentais de cunho participativo constituam direitos oponíveis quase que exclusivamente ao Estado como o direito ao voto, ao acesso a cargos públicos e o da legalidade penal, há direitos que, originariamente, foram

---

<sup>603</sup> Cfr. NOVAIS, **Direitos Fundamentais...**, 2019, p. 76.

<sup>604</sup> Como na sociedade atual prevalece o domínio dos mais fortes economicamente, culturalmente, tecnologicamente e etc. Cfr. NOVAIS, **op. cit.**, p. 76-78.

<sup>605</sup> Cfr. DÜRIG et al, **Direitos Fundamentais e Direito Privado: textos clássicos**, 2011, p. 52.

<sup>606</sup> Cfr. CANOTILHO, **Curso de Direito Constitucional...**, 2003, p. 1288.

<sup>607</sup> Cfr. MAC CRORIE, **A Vinculação dos Particulares...**, 2017, p. 26-27.

<sup>608</sup> FREJEDO et al, **Teoria General de los Derechos Fundamentales...**, 2004, p.192.

estabelecidos com o intuito de regular as relações horizontais como o direito à greve, à liberdade sindical, à negociação coletiva, entre outros. Da mesma forma, esses direitos são de forma secundária direcionados ao ente estatal.<sup>609</sup>

Portanto, é possível afirmar que, diante do conflito entre direitos fundamentais e autonomia privada, a teoria da eficácia mediata confere, primeiramente, à lei a resolução, visto que é o legislador quem, em consonância com os valores sociais de cada povo e época, executa a tarefa de avaliar e instituir o grau de cedência recíproca entre os bens jusfundamentais envolvidos.

Assim também em relação à teoria dos deveres de proteção, a intervenção judicial nas relações contratuais ou extracontratuais nas quais devem prevalecer a livre iniciativa, a autonomia privada e a segurança jurídica, pode ocorrer, mas deverá ser uma exceção. Os defensores da tese afirmam que o legislador ordinário é o responsável pela regulação e promoção dos direitos fundamentais, e uma intervenção excepcional e subsidiária do juiz contribui para a autonomia do direito privado.<sup>610</sup>

O dever de proteção exige que o legislador discipline os comportamentos no âmbito privado, de modo a evitar lesões a direitos fundamentais. Nesse propósito, o legislador pode estabelecer diretamente normas privadas que venham exprimir o sentido das normas jusfundamentais, ou ainda, pode conferir um espaço de valoração ao órgão julgador. Isso demonstra que a teoria dos deveres de proteção segue a linha de entendimento da teoria da eficácia mediata, produzindo ambas efeitos indiretos nas relações privadas.<sup>611</sup>

No entanto, apesar da similar proposta de uma eficácia mediata, a teoria dos deveres de proteção estatal ampliou os casos de incidência dos direitos fundamentais nas relações privadas, pois a sua aplicação prescinde da existência de cláusulas gerais ou conceitos indeterminados do direito privado.<sup>612</sup>

Jorge Reis Novais assevera que ao permitir essa eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas a partir das normas constitucionais, a teoria dos deveres de proteção se alinha com a teoria direta ou imediata.<sup>613</sup> Configurada uma relação assimétrica, a fim de evitar uma omissão e consequente deficiente proteção estatal, o órgão julgador poderá, tendo em

---

<sup>609</sup> FREJEDO et al, **Teoría General de los Derechos Fundamentales...**, 2004, p.192.

<sup>610</sup> Cfr. NOVAIS, **op. cit.**, 2019, p. 147.

<sup>611</sup> Cfr. SARMENTO, **Direitos Fundamentais...**, 2004, p. 260.

<sup>612</sup> Cfr. ANDRADE, **Os Direitos Fundamentais...**, 2021, p. 237.

<sup>613</sup> Cfr. NOVAIS, **op. cit.**, 2019, p. 73.

vista a necessidade de resolução do conflito no âmbito privado e mesmo diante de omissão legislativa, recorrer à norma jusfundamental.<sup>614</sup>

Assim, o dever estatal de proteção dos direitos fundamentais nas relações privadas obriga o juiz a dar solução à lide e poderá ser invocado mesmo na ausência de lei e até contra a lei. Dessa forma, a doutrina posiciona-se no sentido de que essa aplicação só deve ter lugar em situações excepcionais que carecem de proteção estatal, caso contrário, estaria a conferir um poder demasiado ao intérprete e o princípio da separação de poderes estaria fortemente comprometido.<sup>615</sup>

A teoria dos deveres de proteção é, por alguns autores, apontada como uma forma de permitir que o juiz, nessas situações que envolvem direitos privados, decida tendo em vista valorações pouco objetivas, ensejando grande insegurança jurídica.<sup>616</sup>

Por outro lado, a não interferência estatal nas liberdades dos particulares pode trazer prejuízos à dignidade humana e a teoria dos deveres de proteção do Estado, quando devidamente aplicada, poderá viabilizar o exercício dos direitos fundamentais.

Nesse cenário de aplicação indireta, haverá a recusa da aplicação direta dos direitos fundamentais enquanto direitos subjetivos oponíveis a outros particulares. Contudo, serão permitidos efeitos jurídicos de forma mediata provenientes da dimensão objetiva e da multifuncionalidade dos direitos fundamentais que impõem ao ente estatal deveres de proteção a fim de garantir o acesso do titular aos bens jurídicos tutelados pela norma constitucional.<sup>617</sup>

Em posição diametralmente oposta, os adeptos da teoria imediata asseveram que o intérprete deverá aplicar os direitos fundamentais na qualidade de direitos subjetivos, mesmo nas situações de ausência de lei, e isto porque as normas jusfundamentais têm vigência e eficácia nas relações entre particulares. Assim, quando houver colisão de bens ou interesses deverá o intérprete recorrer à ponderação dos direitos envolvidos, visto tratar-se de direitos subjetivos de ambas as partes.<sup>618</sup>

A tese da eficácia direta revela um real objetivo em garantir e defender os direitos fundamentais em todas as relações: verticais e horizontais. Segundo os seus defensores, apesar de alguns direitos serem direcionados com ênfase ao Estado e outros aos particulares, é possível reconhecer que muitos direitos fundamentais possuem uma “eficácia

---

<sup>614</sup> Cfr. NOVAIS, **op. cit.**, 2019, p. 73.

<sup>615</sup> Cfr. **Idem**, **ibidem**, p. 145-146.

<sup>616</sup> Cfr. SARMENTO, **op. cit.**, 2004, p. 261.

<sup>617</sup> Cfr. NOVAIS, **op. cit.**, 2019, p. 73.

<sup>618</sup> Cfr. NOVAIS, **op. cit.**, 2019, p. 74-75.

multidirecional”, ou seja, esses direitos são dotados de igual eficácia nas relações verticais e horizontais como, por exemplo, a liberdade ideológica, a liberdade de expressão, o direito à privacidade, entre outros.<sup>619</sup>

Os seguidores da tese afirmam que, pelo fato do ordenamento jurídico ser uno, as normas constitucionais devem valer também no âmbito privado. As ameaças à liberdade individual advindas dos particulares têm crescido no mundo contemporâneo, então, restringir a aplicabilidade dos direitos fundamentais enquanto direitos subjetivos às relações com o Estado consistiria em possibilitar a violação desses direitos nas relações privadas.<sup>620</sup>

Ademais, atribuir à livre iniciativa, nomeadamente à autonomia negocial e à liberdade contratual, um patamar tão elevado de proteção que signifique o sacrifício de direitos fundamentais seria, no mínimo, dar prevalência a direitos patrimoniais em detrimento da dignidade humana.<sup>621</sup>

O aparecimento de situações de flagrante domínio por sujeitos privados demonstrou a falibilidade da teoria da igualdade e liberdade natural apregoada por alguns doutrinadores que defendiam a prevalência da autonomia privada a todo o custo. Afinal, constatou-se que essas relações privadas desiguais podem ser equiparadas às relações com o Estado.<sup>622</sup>

Não se pode olvidar que os poderes dominantes no âmbito privado podem atingir fortemente a liberdade e a dignidade do particular. E o legislador não consegue prever todas as situações de vulnerabilidade. Desse modo, devido ao proeminente risco de uma aparente igualdade nas relações entre particulares, o que impede uma efetiva liberdade e da possibilidade dos direitos serem no caso concreto violados, não é possível negar a incidência direta dos direitos fundamentais nessas relações.<sup>623</sup>

Assim, nas situações de desigualdade, maior deverá ser a vinculação dos entes privados aos direitos fundamentais, visto que o exercício da autonomia pela parte mais fraca ficaria comprometido, o que ocorre com frequência nas relações trabalhistas.<sup>624</sup>

---

<sup>619</sup> Cfr. FREJEDO et al, **Teoria General de los Derechos Fundamentales...**, 2004, p. 192.

<sup>620</sup> NOVAIS, **op. cit.**, 2019, p. 78-79.

<sup>621</sup> NOVAIS, **op. cit.**, 2019, p. 78-79.

<sup>622</sup> FREJEDO et al, 2004, p. 193.

<sup>623</sup> A esse respeito, Nipperdey ressalta que dos direitos fundamentais podem ser deduzidos direitos privados subjetivos e que a ofensa a direitos fundamentais, pela gravidade da situação, pode resultar em nulidade do negócio jurídico. Cfr. DÜRIG et al, **Direitos Fundamentais...**, 2011, p. 92.

<sup>624</sup> Cfr. SARMENTO, **op. cit.**, 2004, p. 329. Em posição contrária, Virgílio Afonso da Silva defende que o mais relevante é “o jogo de forças no interior da relação” e “a autenticidade das vontades”. O autor afirma que a desigualdade, quando utilizada como critério de argumentação jurídica, deve ser analisada com cautela, pois o fundamental para a solução do conflito é “a sinceridade no exercício da autonomia privada” e cita o caso dos «reality shows» para exemplificar. Os participantes dos «reality shows», no Brasil, assinam um contrato com a Rede Globo, uma empresa de comunicação detentora de um forte poder econômico, social e informativo que

Contudo, em relação aos particulares que se encontram em posição de igualdade, alguns autores, como é o caso de Vieira de Andrade, defende uma posição mais moderada. Segundo o autor, os direitos fundamentais devem ser aplicados diretamente, mas funcionando como valores comunitários.<sup>625</sup>

Na prática jurídica são muitas as situações de aparente igualdade entre sujeitos privados, sendo a incidência direta dos direitos fundamentais imprescindível para a preservação da dignidade humana, que é um direito perseguido por todos os povos.

No entanto, a tese da eficácia imediata enfrenta dificuldades na sua aplicação, visto que, quando mal utilizada, pode trazer consequências negativas para o direito privado, precipuamente no que diz respeito ao cerceamento da autonomia privada em relação aos contratos e questões de responsabilidade civil, bem como insegurança jurídica.

Há de se levar em conta que existe “um núcleo irredutível de autonomia pessoal” que não deve ser ignorado e, em alguns casos, a eficácia imediata dos direitos fundamentais poderia representar “um confisco substancial da autonomia pessoal”. A esse respeito, Gomes Canotilho cita, como exemplo prático, o princípio da igualdade que tem aplicabilidade nas relações entre os indivíduos, mas que pode sofrer algumas limitações frente ao direito de liberdade, como é o caso do direito de contratar, de testar, entre outros.<sup>626</sup>

Ademais o princípio da liberdade, tão aclamado pelos teóricos dos direitos fundamentais, ficaria prejudicado tendo em vista o aumento do poder do Estado na sua função de fiscalizar o cumprimento dos deveres fundamentais dos particulares nas relações privadas. Os autores que se opõem à aplicação direta afirmam que os pressupostos da teoria põem em risco a autonomia do sistema de direito privado.<sup>627</sup>

A par disso, a atuação do juiz, nos termos da aplicação direta dos direitos fundamentais, pode ensejar um decisionismo judicial arbitrário com sérias consequências na

---

acarreta restrições a direitos fundamentais, mas que apesar disso, o autor considera ser feito com base no exercício da autonomia da vontade. Cfr. SILVA, **Direitos Fundamentais e Relações entre particulares**. Revista Direito FGV, v. I, maio, 2005, p. 173-180. Disponível em [https://direitosp.fgv.br/sites/direitogv.fgv.br/files/rdgv\\_01\\_p173\\_](https://direitosp.fgv.br/sites/direitogv.fgv.br/files/rdgv_01_p173_), acessado em 11 de abril de 2022.

<sup>625</sup> Segundo Vieira de Andrade, nas relações horizontais simétricas, os direitos fundamentais valeriam como valores. Cfr. ANDRADE, **Os Direitos Fundamentais...**, 2021, p. 234.

<sup>626</sup> Canotilho adverte que o ente estatal, nas relações entre particulares, deve agir com cautela tendo em vista a relevância da autonomia individual, não permitindo a “perversão da ordem jurídica civil através da hipertrofia de direitos”. Cfr. CANOTILHO, **Curso de Direito Constitucional...**, 2003, p. 1289. No mesmo sentido ressalta Jorge Miranda, “[...] o princípio da autonomia privada, pode e deve ser limitado, em contrapartida – sob pena de ser vulnerado no seu conteúdo essencial-, vai condicionar em larga medida a aplicação dos direitos, liberdades e garantias nas relações privadas [...]”. Cfr. MIRANDA, **Direitos Fundamentais...**, 2018, p. 368.

<sup>627</sup> Cfr. ANDRADE, **op. cit.**, p. 232 e MAC MAC CRORIE, **A Vinculação dos Particulares...**, 2017, p.24.

comunidade, sem falar nas distorções no princípio da separação de poderes. Isso ocorre, por exemplo, quando o magistrado é chamado no âmbito das relações privadas para dirimir conflitos de direitos regulados pela lei civil, em que uma das partes envolvidas invoca direito subjetivo com base em norma fundamental.<sup>628</sup>

Não se pode olvidar que as relações horizontais apresentam uma peculiaridade não encontrada nas relações verticais, porquanto os particulares, diferentemente do Estado, são titulares de direitos fundamentais.<sup>629</sup>

Dessa forma, nos conflitos que envolvem entes privados, a vinculação direta dos sujeitos às normas fundamentais deverá ser sempre objeto de uma ponderação adequada dos direitos envolvidos pelo magistrado. Frequentemente, são observados casos de colisão entre normas de direitos fundamentais e autonomia privada.<sup>630</sup>

Nesses casos, se o juiz optar por fazer uma ponderação sem que a Constituição autorize ou sem que a conduta em análise esteja a atentar contra os bons costumes ou a ordem pública; ou ainda quando não há violação da lei em vigor, a decisão do julgador, nesse sentido, segundo alguns autores, poderá trazer riscos para a segurança jurídica, autonomia e liberdade individual.<sup>631</sup> Os direitos fundamentais poderão assim ser utilizados de forma arbitrária, contrariando a liberdade e autonomia individuais.

Por conseguinte, as maiores críticas feitas à eficácia imediata são dirigidas à forma de aplicar os direitos fundamentais nas relações entre particulares. Os autores advertem que deverá ser feita uma análise muita cautelosa, cabendo ao judiciário decidir se no caso concreto a norma fundamental em questão pode e deve ser invocada.

Ademais, a teoria da aplicação imediata permite uma intervenção judicial contra a vontade expressa das partes no contrato e até mesmo contrária à vontade do legislador nas situações em que optou por não intervir, ou seja, quando não exerceu a sua função legiferante com um propósito específico.<sup>632</sup>

É sabido que o princípio da dignidade da pessoa humana representa o centro de gravidade da ordem jurídica e, portanto, as normas de direitos fundamentais são necessárias e devem ser vinculantes na resolução de casos concretos. Quanto ao intérprete, poderá afastar-

---

<sup>628</sup> Cfr. NOVAIS, **Direitos Fundamentais...**, 2019, p. 74-76.

<sup>629</sup> Cfr. SILVA, **Direitos Fundamentais...**, 2018, p. 321. No âmbito privado, há “titularidade de direitos fundamentais reciprocamente oponíveis à outra parte”. Cfr. NOVAIS, **op. cit.**, p. 141.

<sup>630</sup> Cfr. SILVA, **op. cit.**, 2018, p. 321.

<sup>631</sup> Cfr. NOVAIS, **op. cit.**, 2019, p. 74-76 e 96.

<sup>632</sup> Cfr. NOVAIS, **op. cit.**, 2019, p. 145.

se dos parâmetros estabelecidos pelo legislador ordinário se os considerar ineficientes na proteção de direitos fundamentais, mas estará atrelado ao ônus da argumentação.<sup>633</sup>

Nesse sentido, a crítica que se coloca é a de que a adoção da teoria direta permite a inconveniente inversão de papéis entre legislador e juiz, pois os órgãos julgadores terão a tarefa de ponderar os direitos no caso concreto, o que conduz na prática a um quadro de insegurança jurídica, além de envolver questões relacionadas com o princípio da separação de poderes.<sup>634</sup>

A par disso, pode gerar um aumento excessivo nos tribunais de lides de direitos fundamentais e questões de constitucionalidade. No Brasil, a adoção da tese da aplicabilidade direta resulta em um número excessivo de casos que são levados ao Supremo Tribunal Federal, assunto que será abordado oportunamente.

Apesar do reconhecimento da importância trazida pela teoria da eficácia imediata, a solução adequada deverá ser tomada considerando as especificidades do caso concreto, ou seja, os direitos fundamentais devem ser aplicados de forma direta nas relações privadas, mas a teoria deve sofrer alguns temperamentos na prática.

Afinal, nas relações privadas, é necessário que o Estado atue positivamente para proteger os direitos fundamentais sem esquecer da importância de preservação da autonomia individual e da ordem jurídica civil.

Ademais, como corolário da adesão à teoria imediata, os direitos fundamentais, considerados como direitos dos particulares, ensejam, nas relações privadas, deveres fundamentais que devem ser observados, revelando uma visão inovadora com grandes desafios para o constitucionalismo.<sup>635</sup>

Nesse sentido, é certo que os entes estatais possuem a obrigação de proteger os particulares, e a teoria dos deveres de proteção do Estado se revela compatível com a teoria da eficácia imediata, sendo possível afirmar que ambas as teses se reforçam.<sup>636</sup>

Assim, por se considerar que a invocação direta dos direitos fundamentais como direitos subjetivos pode trazer danos para a autonomia privada, a solução trazida pela doutrina

---

<sup>633</sup> Cfr. SARMENTO, **Direitos Fundamentais...**, 2004, p. 265.

<sup>634</sup> Em sentido contrário, Daniel Sarmento afirma que não se pode olvidar que “[...] a segurança não é o único valor almejado pelo Direito, e talvez nem mesmo seja o mais importante [...]” e ressalta ainda que “[...] ao lado ou até acima dela estará a Justiça [...]”. Segundo o autor, o paradigma pós-positivista impõe uma interpretação e aplicação do direito mais dinâmicas, voltadas para os princípios e que isto, consequentemente, causa uma diminuição na segurança jurídica. Cfr. SARMENTO, **op. cit.**, 2004, p. 285-286.

<sup>635</sup> Cfr. NOVAIS, **op. cit.**, 2019, p. 64.

<sup>636</sup> Cfr. SARMENTO, **op. cit.**, p. 287.

consiste no exercício da técnica da ponderação e análise minuciosa dos direitos envolvidos à luz do caso concreto e a compatibilização desses direitos no âmbito privado.<sup>637</sup>

O direito subjetivo fundamental deve aparecer nas relações privadas com uma eficácia atenuada e a tese na prática deve se aproximar da solução apresentada pelos defensores dos deveres estatais de proteção. Com esse posicionamento moderado, evita-se criar um “complexo de deveres de todos contra todos”.<sup>638</sup>

A tese da eficácia imediata, propagada na Alemanha, sofreu um declínio após a sua rejeição pelo Tribunal Constitucional Federal alemão no período pós-guerra, porém teve uma posterior adesão em países como a Espanha, Portugal, Brasil e África do Sul, entre outros.<sup>639</sup>

Apesar das dificuldades práticas, as teses dos deveres de proteção e da eficácia direta dos direitos fundamentais foram as mais aceitas pela doutrina e jurisprudência portuguesa e brasileira.

A fim de entender como as Constituições dos países acolheram a eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, passa-se ao estudo das normas que abordam o tema nos ordenamentos português e brasileiro.

### 3.5 A eficácia dos direitos fundamentais nos ordenamentos jurídicos português e brasileiro

As normas de direitos fundamentais, no Estado de Direito, prescindem da mediação legal e são imediatamente aplicáveis<sup>640</sup>, ou suscetíveis de ser invocadas por seus titulares nas relações verticais, isto é, o exercício daqueles direitos em face do Estado já não depende de regulação legislativa.<sup>641</sup>

Essa concepção que permite a aplicação direta dos direitos fundamentais nas relações entre os cidadãos e o Estado, independentemente de uma intervenção conformadora é adotada

---

<sup>637</sup> “A eficácia concreta que implanta direitos fundamentais nas relações entre indivíduos dependerá, sem embargo, de cada direito e de cada relação.” (Tradução livre – “La concreta eficacia que despliegan los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares dependerá, sin embargo, de cada derecho y de cada relación.” Cfr. FREJEDO et al, **Teoría General de los Derechos Fundamentales...**, 2004, p. 193.

<sup>638</sup> Cfr. NOVAIS, **op. cit.**, p. 83-84. Adverte Vieira de Andrade que o Estado não deve ser o controlador do cumprimento dos deveres fundamentais dos indivíduos nas relações entre particulares, o que poderia fulminar a autonomia privada. Cfr. ANDRADE, **Os Direitos Fundamentais...**, 2021, p. 232.

<sup>639</sup> Cfr. NOVAIS, **op. cit.**, p. 64.

<sup>640</sup> Cumpre ressaltar que a afirmação “imediatamente aplicáveis” não significa “exequibilidade imediata”, visto que há direitos que para serem exercidos dependem de regulação complementar. Cfr. ANDRADE, **op. cit.**, 2021, p. 195.

<sup>641</sup> Cfr. MIRANDA, **op. cit.**, 2018, p. 349-350. Para Vieira de Andrade, não é mais aceitável a afirmação de que os direitos fundamentais só existem juridicamente por força da lei, ou que a sua validade está adstrita ao conteúdo que esta lhe concede. Cfr. ANDRADE, **op. cit.**, 2021, p. 192.

nas Constituições de vários países e constitui uma grande conquista para a proteção da dignidade dos indivíduos. Nesse cenário, é a atividade do legislador que se encontra vinculada às normas constitucionais.<sup>642</sup>

Já no que tange à eficácia dos direitos fundamentais nas relações horizontais, a situação é mais complexa, haja vista os diferentes posicionamentos adotados pela doutrina e a consequente dificuldade de aplicação das teorias nos casos concretos.

Todavia, é possível identificar direitos fundamentais consagrados nas Constituições que apesar de serem dirigidos aos órgãos públicos, são também direcionados à comunidade, ou seja, às relações entre cidadãos, como exemplo o direito à vida, à propriedade, à locomoção, à não discriminação, à imagem, à intimidade. Além disso, há direitos que são dirigidos diretamente aos particulares, como os direitos trabalhistas, os direitos do consumidor, o direito ambiental, entre outros.<sup>643</sup>

Assim, conclui-se que muitos dos direitos fundamentais, dentre os quais destacam-se os direitos fundamentais do trabalho, têm como sujeitos passivos os entes privados.

A Constituição portuguesa de 1976 estabeleceu de forma expressa no artigo 18º que os preceitos constitucionais respeitantes aos direitos, liberdades e garantias<sup>644</sup> são diretamente aplicáveis e vinculam as entidades públicas e privadas, confirmando a eficácia desses direitos nas relações horizontais.<sup>645</sup>

A Carta reforça expressamente o caráter obrigatório das normas constitucionais ao vincular as entidades públicas, ensejando um dever específico de respeito, de proteção e de promoção dos direitos fundamentais.<sup>646</sup> A par disso, o legislador constituinte, de forma

---

<sup>642</sup> Assim, segundo Vieira de Andrade: “[...] a Constituição vale por si, prevalece e vincula positivamente o legislador, de modo que uma lei só terá valor jurídico se estiver em conformidade com a norma constitucional que consagra um direito [...]”. Cfr. ANDRADE, **op. cit.**, 2021, p. 192.

<sup>643</sup> Cfr. MARMELESTEIN, **Curso de Direitos...**, 2014, p. 341.

<sup>644</sup> Os direitos, liberdades e garantias não abrangem o universo de direitos fundamentais. Jorge Reis Novais fala em “equivoco lusitano” a vinculação constitucional referir-se de forma restrita aos direitos, liberdades e garantias. Cfr. NOVAIS, **Direitos Fundamentais...**, 2019, p. 38.

<sup>645</sup> Segundo Canotilho diferentemente da Constituição alemã, a Constituição portuguesa consagrou a eficácia imediata dos direitos fundamentais em relação a entidades privadas, embora tenha permanecido o debate a respeito da forma que se dá a aplicação nos casos concretos. Cfr. CANOTILHO, **Curso de Direito Constitucional...**, 2003, p. 1286. Jorge Reis Novais assevera que a norma traz uma aparente certeza de que os direitos, liberdades e garantias valem nas relações entre particulares e que houve por parte do legislador um notório escopo de atribuir relevância jurídica e efetividade a esses direitos, embora permaneça a dúvida sobre como se opera a vinculação na prática e que somente poderá ser sanada pela doutrina. Cfr. NOVAIS, **op. cit.**, 2019, p. 29-32.

<sup>646</sup> Cfr. ANDRADE, **op. cit.**, 2021, p. 203.

pioneira, estabeleceu também a vinculação das entidades privadas, sem, contudo, especificar se essa vinculação seria idêntica à estabelecida ao Estado.<sup>647</sup>

Segundo Canotilho diferentemente da Constituição alemã, a Constituição portuguesa consagrou a eficácia imediata dos direitos fundamentais em relação a entidades privadas, embora tenha permanecido o debate a respeito da forma como essa eficácia deve ter expressão nos casos concretos.<sup>648</sup>

Outra questão levantada por Jorge Reis Novais se refere ao fato de que a Constituição portuguesa faz referência à aplicação direta dos preceitos constitucionais respeitantes aos direitos, liberdades e garantias, suscitando a dúvida sobre a aplicabilidade dos direitos sociais nas relações entre privados.<sup>649</sup>

Assim, surgiram vários questionamentos na doutrina portuguesa, dentre os quais se os direitos fundamentais nas relações horizontais são aplicados na sua dimensão objetiva ou subjetiva; se somente os direitos, liberdades e garantias vinculam os particulares ou se outros direitos fundamentais não contidos na norma como os sociais também podem ser invocados nas relações privadas; quais entidades privadas são abrangidas pela norma; se quaisquer particulares ou somente entes coletivos; entre outros.<sup>650</sup>

Segundo Jorge Pereira da Silva a parte final do n. 1 do artigo 18º é dirigida a todos os sujeitos privados, singulares ou coletivos e estende-se ao regime geral e especial dos direitos, liberdades e garantias, demonstrando a superação do paradigma liberal e a aceitação das dimensões objetivas dos direitos fundamentais e nesse sentido, a Constituição passa a representar um “estatuto jurídico da sociedade”.<sup>651</sup>

No entanto, para alguns autores, apesar da determinação constitucional de aplicação direta dos direitos, liberdades e garantias, a construção normativa desses preceitos jurídicos recorre a cláusulas gerais e a conceitos vagos ou fortemente indeterminados. De acordo com

---

<sup>647</sup> Cfr. ANDRADE, **op. cit.**, 2021, p. 239. A Carta portuguesa foi a primeira a estabelecer de forma expressa a vinculação dos particulares aos direitos fundamentais, servindo de inspiração para as Constituições cabo-verdiana e angolana. Cfr. NOVAIS, **op. cit.**, 2019, p. 29.

<sup>648</sup> Cfr. CANOTILHO, **op. cit.**, 2003, p. 1288.

<sup>649</sup> Jorge Reis Novais faz alusão ao fato de que, mediante uma interpretação restritiva do art. 18º da Carta, o particular poderá recorrer à via judicial para a proteção do direito à liberdade de profissão, mas não poderá invocar o direito à saúde com base no mesmo fundamento. É o caso, por exemplo, de um particular que devido a sua orientação sexual tem violado dois tipos de direitos. No primeiro caso, é dispensado pela entidade empregadora e pode invocar a violação do seu direito de liberdade de profissão. Já no segundo caso, uma instituição hospitalar privada recusa atendimento pela mesma razão, ou seja, a sua orientação sexual, mas não pode invocar o direito fundamental, nomeadamente o direito à saúde, visto tratar-se de um direito social. O autor afirma que não há razão para os tribunais considerarem distintamente o problema da eficácia desses dois direitos fundamentais nas relações entre particulares, visto que ambos já estão legalmente concretizados. Cfr. NOVAIS, **op. cit.**, 2019, p. 58-59.

<sup>650</sup> Cfr. NOVAIS, **op. cit.**, 2019, p. 30-31.

<sup>651</sup> Cfr. SILVA, J., P., da, **Direitos Fundamentais: teoria geral**, 2018, p. 203.

Vieira de Andrade, não há precisão suficiente para a dispensa da mediação legislativa, impondo a intervenção dos órgãos públicos para a solução dos conflitos.<sup>652</sup>

Todavia, o constituinte consagrou no artigo 18º expressamente dois princípios: da aplicabilidade direta e o da vinculação das entidades privadas aos direitos, corroborando a tese de que os sujeitos privados estabelecem entre si relações jusfundamentais, ou seja, são sujeitos ativos e passivos dos direitos, liberdades e garantias.<sup>653</sup>

As críticas feitas na literatura fazem referência ao fato de que o propósito garantista do legislador constituinte português, ao consagrar uma aplicabilidade direta de determinados direitos fundamentais nas relações entre particulares por meio de normas rígidas e maximalistas, pode ensejar consequências indesejáveis. Dentre os principais corolários destacam-se: a inaplicabilidade objetiva dos direitos e enfraquecimento da força normativa da Constituição; a não concretização de outros direitos fundamentais; e a garantia dos direitos de uns particulares em detrimento dos direitos fundamentais de outros.<sup>654</sup>

De outra monta, urge ainda lembrar do caráter socializante da atual Lei Fundamental portuguesa que objetiva conformar as relações privadas, reconhecendo como princípio de valor a autonomia privada. Com esse escopo, a Constituição concede um poder de autodeterminação aos indivíduos, o que possibilita compressões à aplicabilidade dos direitos fundamentais nas relações interprivadas.<sup>655</sup>

Outra questão relevante é que no ordenamento jurídico português a aplicabilidade dos direitos fundamentais nas relações privadas é da competência dos juízes comuns, não consistindo em uma questão constitucional. Assim, os problemas de colisão de direitos são sanados tendo em vista o Código civil português. Nesse sentido, aos particulares não é possível pleitear o julgamento de agressões aos direitos fundamentais pelo Tribunal Constitucional, contudo, poderão suscitar incidentalmente uma eventual inconstitucionalidade da lei ordinária que regula a relação privada.<sup>656</sup>

---

<sup>652</sup> Segundo Vieira de Andrade, nesses casos, haverá a necessidade de concretização do sentido da construção normativa e da atuação da Administração para a sua efetiva realização. Os maiores problemas enfrentados na prática são os de interpretação e aplicação do Direito relativamente às normas constitucionais e às legislativas e a manutenção do equilíbrio entre os poderes públicos. Cfr. ANDRADE, **op. cit.**, 2003, p. 190-191.

<sup>653</sup> Cfr. SILVA, **op. cit.**, 2018, p. 204-205.

<sup>654</sup> A esse respeito afirma Novais que: “[...] à proclamação teórica tão audaciosa segue-se, surpreendentemente, o vazio institucional [...]”. Cfr. NOVAIS, **op. cit.**, 2019, p. 33.

<sup>655</sup> Cfr. ANDRADE, **op. cit.**, 2003, p.239-240.

<sup>656</sup> Em Portugal a constitucionalidade de uma conduta privada ou de uma decisão judicial não é analisada pelo Tribunal Constitucional. A este cabe analisar a constitucionalidade da norma que regula a relação privada por meio da fiscalização da constitucionalidade da norma. Na ausência de norma ordinária, o conflito não pode, em princípio ser levado ao Tribunal. Cfr. NOVAIS, **op. cit.**, 2019, p. 40-41 e 46-47.

A doutrina portuguesa divide-se entre posicionamentos que estão mais próximos da teoria da eficácia imediata e posicionamentos que são a favor da eficácia mediata, embora a maioria dos autores reconheça que as relações que envolvem «sujeitos privados poderosos»<sup>657</sup> devam ser tratadas de forma diferenciada, bem como a necessidade de serem consideradas ilícitas as relações privadas em que há diferença de tratamento ou violações à dignidade humana, ainda que se busque preservar a liberdade negocial e geral.<sup>658</sup>

Nesse cenário, as teorias imediata e mediata, devido à ínsita dicotomia tradicional e a divisão entre os autores com as críticas apontadas, não trouxeram uma resposta satisfatória à determinação do artigo 18º, n.º 1 da Carta, e a doutrina portuguesa optou por adotar uma tese diferenciadora. Assim, possibilitou-se a aplicação de uma outra tese de acordo com algumas peculiaridades do caso concreto, como por exemplo as circunstâncias do conflito, o tipo dos direitos fundamentais envolvidos, a natureza da relação, o tipo de destinatários particulares na relação, entre outras.<sup>659</sup>

Vieira de Andrade defende que nos casos em que ficar configurada a existência de entidades privadas detentoras de poderes especiais sobre particulares, ou seja, relações assimétricas, os direitos fundamentais deverão incidir como direitos subjetivos, embora o grau e a medida dessa aplicação devam variar a depender do caso concreto.<sup>660</sup>

Ademais, a vinculação dos entes privados dificilmente será nos mesmos termos das entidades públicas, visto que aqueles sujeitos são titulares de direitos fundamentais, o que implica uma ponderação feita pelo juiz dos direitos envolvidos e o uso de meios proporcionais para a solução do conflito privado.<sup>661</sup>

Já nas relações entre indivíduos em posição de igualdade, defende Vieira de Andrade que a Constituição portuguesa tem como fundamento o princípio da dignidade da pessoa humana e que esta supõe a existência de homens livres. Nesse sentido, nessas relações, o

---

<sup>657</sup> Jorge Reis Novais assevera que essas relações são caracterizadas pela doutrina como relações de poder, verticais ou assimétricas, responsáveis por criar um desequilíbrio estrutural. O autor faz menção ao fato de que maior desequilíbrio é causado pelo abuso da posição dominante do que pela existência de um poder fático. Cfr. NOVAIS, **op. cit.**, 2019, p. 138-139.

<sup>658</sup> Cfr. ANDRADE, 2003, **op. cit.**, p. 241.

<sup>659</sup> Cfr. Cfr. NOVAIS, **op. cit.**, 2019, p. 52. Dentre os autores que adotaram a tese diferenciadora estão Gomes Canotilho, Jorge Miranda e Vieira de Andrade.

<sup>660</sup> Por outro lado, alguns autores, dentre os quais destaca-se Jorge Pereira da Silva, contestam o critério da existência de poderes privados utilizado para a incidência direta dos direitos e afirmam que a vinculação aos direitos fundamentais como direitos subjetivos deve ocorrer em relação ao núcleo essencial dos direitos e para todos os particulares. Cfr. ANDRADE, 2003, **op. cit.**, p. 242-245.

<sup>661</sup> Cfr. ANDRADE, **op. cit.**, 2003, p. 244-246.

princípio da liberdade deve ser a regra, ainda que possa vir a sofrer limitações na casuística.

662

A vinculação das entidades privadas ao ser analisado o tipo de normas constitucionais sofrerá variações de acordo com os direitos fundamentais em questão. Nesse sentido, Jorge Pereira da Silva afirma que os direitos, liberdades e garantias devem ser separados em três grupos: direitos que o constituinte dirigiu ao Estado, sendo este, portanto, o destinatário passivo principal, pelo que, quanto a esses direitos as entidades privadas estariam vinculadas de forma secundária a um dever de respeito geral ou a obrigações laterais ou acessórias; direitos que o constituinte implícita ou explicitamente dirigiu aos entes privados que vinculariam diretamente os particulares na qualidade de sujeitos passivos; e, por derradeiro, direitos que o constituinte não indicou de forma evidente os destinatários.<sup>663</sup>

Assim, a depender do direito fundamental invocado no caso concreto, haverá efeitos de maior ou menor intensidade. No primeiro grupo de direitos estariam os artigos 20º, 22º, 24º, n.º 2, entre outros. Quanto ao segundo grupo, é possível destacar os direitos contidos nos artigos 26º, n.º 1, 37º, n.º 4, 38º, n.º 2, alínea a, e 46º, n.º 3. E por fim, no último grupo, encontram-se os direitos que surgiram historicamente frente ao Estado, mas que adquiriram importância na prática, frente a particulares. É o caso dos artigos 32º, n.º 2, 32º, n.º 10, 34º, entre outros.<sup>664</sup>

Jorge Reis Novais assevera que, a doutrina portuguesa, na sua maioria, considera que somente na presença de um “elemento diferenciador”<sup>665</sup> no caso concreto, os direitos fundamentais podem vincular diretamente os particulares nos mesmos moldes da vinculação que ocorre em relação aos entes públicos, isto é, na condição de direitos subjetivos apoiados nas normas constitucionais *jusfundamentais*.<sup>666</sup>

---

<sup>662</sup> Cfr. art 30º da Declaração Universal dos Direitos do Homem. Vieira de Andrade defende que: “[...] a dignidade humana, enquanto conteúdo essencial absoluto do direito, nunca pode ser afectada – esta é a garantia mínima que se pode retirar da Constituição [...]”. Cfr. ANDRADE, **op. cit.**, 2003, p. 251-252.

<sup>663</sup> SILVA, **Direitos Fundamentais...**, 2018, p. 207-210.

<sup>664</sup> Jorge Pereira da Silva afirma que a parte final do artigo 18º, volta-se com ênfase a esse último grupo de normas. Portanto, o autor conclui que a questão da vinculação das entidades privadas assume diferentes formas tendo em vista os direitos envolvidos. Cfr. SILVA, **op. cit.**, 2018, p. 207-210.

<sup>665</sup> A doutrina portuguesa elenca alguns exemplos de elementos diferenciadores, dentre os quais destaca m-se: a existência de um direito fundamental constitucionalmente consagrado como direito contra particulares; violação de um direito que não possa ser suspenso em estado de sítio; uma situação que configure designação de ou de poder privado análogo a um poder público face a outro privado; ou quando ocorra a violação de um conteúdo essencial do direito fundamental. Cfr. NOVAIS, **Direitos Fundamentais...**, 2019, p. 86.

<sup>666</sup> Jorge Reis Novais tece severas críticas à diferenciação em graus de vinculação e aplicabilidade estabelecida pela doutrina, visto que não consta no art. 18º da Constituição portuguesa. Cfr. NOVAIS, **Direitos Fundamentais...**, 2019, p. 86-87.

Diante da controvérsia sobre a vinculação direta ou indireta das entidades privadas aos direitos fundamentais, considera-se oportuno apresentar a solução proposta por Jorge Miranda, a qual elege-se como acertada.

O autor, ao analisar a eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, considera os direitos, liberdades e garantias como valores superiores da ordem jurídica dos direitos. No entanto, Jorge Miranda ressalta a importância em conservar um mínimo de separação entre Estado e sociedade civil, bem como entre o Direito público e o Direito privado.

No que diz respeito às relações privadas, identificou três possíveis situações: a primeira relação dentro de grupos, associações, pessoas coletivas, entre os seus membros e poderes instituídos; a segunda instituída entre particulares e poderes sociais de fato; e, por fim, a terceira relação formada entre particulares em igualdade.<sup>667</sup>

Assim, os direitos, liberdades e garantias, segundo Jorge Miranda, devem ser aplicados nas duas primeiras relações por razões idênticas que o autor relaciona com o princípio da igualdade; e na terceira por analogia.<sup>668</sup>

Deve-se ainda, nas relações privadas, preservar os direitos que não são passíveis de suspensão durante o estado de sítio, como consta no artigo 19, n.º 6 da CRP, e manter o conteúdo essencial dos restantes direitos, em conformidade com o art. 18º, n.º 3. Dar tratamento diferenciado aos direitos e situações, considerando os problemas em concreto como problemas de colisão de direitos com o objetivo de alcançar o equilíbrio na realização simultânea dos direitos fundamentais e da autonomia privada regulada no artigo 405º do Código Civil português.<sup>669</sup>

Já em relação aos direitos económicos, sociais e culturais afirma que a eficácia se encontra em um patamar diferente, pois, não obstante sejam diretamente aplicáveis, o exercício desses direitos está condicionado a determinadas prestações e encargos.<sup>670</sup>

Por fim, nas situações de perigo de bens jurídicos constitucionais ou legalmente protegidos, deve ser permitida a intervenção protetora do ente estatal, sendo que para efeitos de proteção judicial, o autor defende o uso dos meios específicos da justiça civil.<sup>671</sup>

---

<sup>667</sup> Cfr. MIRANDA, **Direitos Fundamentais...**, p. 370-371

<sup>668</sup> Cfr. **Idem, ibidem**, p. 370-371.

<sup>669</sup> Cfr. MIRANDA, **Direitos Fundamentais...**, p. 370-371.

<sup>670</sup> Jorge Miranda afirma que as normas dos artigos 58º e seguintes são quase todas programáticas e exemplifica com o direito à segurança social, cujo exercício depende dos depósitos das contribuições obrigatórias pelos empregadores. Cfr. MIRANDA, **op. cit.**, p. 352 e 372.

<sup>671</sup> Justiça civil consonante providência do art. 70º, n. 2 do Código Civil português e do processo de jurisdição voluntária do art. 1474º do Código de processo civil português. Cfr. MIRANDA, **op. cit.**, p. 370-371.

Jorge Miranda defende que em uma situação de relativa igualdade entre as partes, o princípio da liberdade e autonomia privada deve prevalecer. Ao contrário ocorrerá nas relações desiguais em que haja potencial ou concreta violação a direitos, liberdades e garantias. Nessas últimas relações, os direitos fundamentais terão aplicabilidade direta.

Na jurisprudência portuguesa são encontrados casos de aplicação dos direitos, liberdades e garantias nas relações entre particulares e outras situações em que os tribunais são chamados a resolver problemas de colisão de direitos, reais ou aparentes, nomeadamente os casos que envolvem os direitos fundamentais e os direitos de personalidade.<sup>672</sup>

Nos acórdãos n.º 31/84 e 93/92, o Tribunal Constitucional sustentou que o direito de participar na elaboração da legislação do trabalho vincula tanto as entidades públicas quanto as entidades privadas, de forma a abranger tanto a legislação da função pública quanto a destinada aos restantes trabalhadores.<sup>673</sup>

Outra decisão de suma importância relativa ao tema da eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas foi a concernente ao direito ao sigilo da correspondência como um direito que, por sua natureza, possui um alcance *erga omnes*, e que, portanto, impõe-se igualmente aos entes públicos e privados. A decisão consta no acórdão n.º 198/85.<sup>674</sup>

Em outra oportunidade, o Tribunal reconheceu a vinculação dos partidos políticos aos direitos, liberdades e garantias, mais especificamente à liberdade de expressão, de reunião e de manifestação, ressaltando no acórdão n.º 185/2003 que a garantia de participação interna dos membros é decorrente da eficácia horizontal dos direitos, liberdades e garantias.<sup>675</sup>

Por fim, não é possível deixar de fazer menção ao acórdão n.º 302/2001. Nesse caso, o Tribunal afirmou que o princípio geral da proporcionalidade deve conformar, na medida do possível, os atos de entidades privadas e servir de fonte de inspiração às soluções trazidas pelo legislador no âmbito privado.<sup>676</sup>

No Brasil, o legislador constituinte dispôs no artigo 5º, parágrafo 1º que as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata. Diante dessa afirmação, instaurou-se a controvérsia referente à abrangência do dispositivo, isto é, ao seu alcance. A preocupação da doutrina foi no sentido de saber se a norma que garante a aplicação

---

<sup>672</sup> Cfr. SILVA, **op. cit.**, 2018, p. 211.

<sup>673</sup> **Idem, ibidem**, p. 211.

<sup>674</sup> Cfr. SILVA, **op. cit.**, 2018, p. 211.

<sup>675</sup> **Idem, ibidem**, p. 211.

<sup>676</sup> **Idem, ibidem**, p. 212.

imediate abarcaria todos os direitos fundamentais contidos na Constituição ou somente os constantes do artigo 5º da CFB.<sup>677</sup>

Assim, alguns autores defendem que a Constituição brasileira não estabeleceu distinção entre os direitos de liberdade e os direitos sociais ou qualquer outro direito fundamental disperso na Carta, sendo possível apontar como de aplicação imediata o direito à livre associação sindical do artigo 8º e o direito à greve do artigo 9º, ambos da Lei Fundamental que constituem liberdades sociais. Nessa linha de pensamento, todos os direitos fundamentais estão sujeitos ao mesmo regime jurídico e consequentemente estão sujeitos à aplicabilidade imediata.<sup>678</sup>

A esse respeito cumpre destacar os Mandados de Injunção 670 e 712 de 07/06/2006 sobre o direito de greve dos servidores públicos. Segundo Ingo Sarlet, o parágrafo 1º do artigo 5º constitui uma norma de cunho principiológico, verdadeiro “mandado de otimização” que atribui aos entes estatais a tarefa de concederem a maior eficácia possível aos direitos fundamentais, até mesmo em relação aos direitos a prestações.<sup>679</sup>

O debate aumenta quanto aos efeitos produzidos pelo parágrafo 1º do artigo 5º. Há autores que defendem um posicionamento demasiadamente conservador, afirmando que os direitos fundamentais devem produzir efeitos nos termos e na medida da lei. Mas há outros que defendem que até mesmo os direitos de cunho programático devido à determinação de imediata aplicabilidade, devem produzir efeitos independentemente da atividade do legislador ordinário.<sup>680</sup>

A Carta de 1988 tem um caráter eminentemente intervencionista e social, sendo voltada para a promoção da igualdade o que é demonstrado no tratamento dado aos direitos sociais e econômicos, mormente no extenso rol dos direitos trabalhistas do artigo 7º. E essa atitude legislativa do constituinte é justificada tendo em vista os problemas sociais que pairam no país.

---

<sup>677</sup> A esse respeito SARLET, **A Eficácia dos Direitos...**, 2015, p. 8897-8933.

<sup>678</sup> Ingo Sarlet afirma que essa linha de pensamento representa o posicionamento do Supremo Tribunal Federal. Cfr. SARLET, **op. cit.**, p. 8933.

<sup>679</sup> Cfr. SARLET, **op. cit.**, p. 9119.

<sup>680</sup> A esse respeito ver FERREIRA FILHO, M., G., in RPPESP nº 29 (1988), p. 35 e ss., e GRAU, E., R., *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*, p. 322 e ss., e SARLET, p. 8953-8956. Jorge Reis Novais assevera em sua obra que apesar da maior parte dos autores brasileiros consentirem na aplicabilidade ou eficácia direta dos direitos fundamentais, o legislador constituinte brasileiro consagrou um importante direito fundamental no art. 5º, inciso II que pode inviabilizar a adoção dessa tese: “[...] ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude da lei [...]”. Cfr. NOVAIS, **Direitos Fundamentais...**, 2019, p. 46.

Dessa forma, são inúmeros os direitos dirigidos aos particulares na Lei Fundamental e, portanto, defendem alguns autores que a tese da eficácia horizontal indireta dos direitos fundamentais não estaria em consonância com o propósito almejado pela Carta.<sup>681</sup>

Os adeptos da teoria imediata dos direitos fundamentais nas relações horizontais ressaltam que não há norma na Constituição no sentido de que somente os órgãos públicos são destinatários dos direitos fundamentais. Além disso, os autores destacam que o objetivo perseguido pelo constituinte ao estabelecer inúmeras normas voltadas para o social é justamente a proteção da dignidade humana.<sup>682</sup>

Nesse cenário, pode-se afirmar que a Carta representa mais do que a Lei Fundamental do Estado brasileiro, constituindo a “Lei Fundamental do Estado e da sociedade”, não sendo possível conceber que os direitos nela contidos sejam meros limites ao poder do Estado, direcionados somente aos governantes. As normas de direitos fundamentais na Constituição brasileira constituem, outrossim, os principais valores e diretrizes para a conformação social no país e, por conseguinte, devem incidir nas relações privadas.<sup>683</sup>

Apesar do instigante debate surgido na doutrina brasileira, a jurisprudência, perante os conflitos que envolvem os direitos fundamentais, tem admitido a vinculação direta dos entes privados e a aplicabilidade imediata desses direitos nas relações privadas.

O Supremo Tribunal Federal analisou um caso que envolvia a aplicação do direito ao contraditório e à ampla defesa nas relações entre particulares. Tratava-se de uma ação judicial que pretendia a anulação de expulsão de sócio de uma sociedade civil.<sup>684</sup> Após a análise do caso, a Corte decidiu que os direitos fundamentais consagrados na Constituição brasileira vinculam diretamente não apenas os poderes públicos, mas igualmente visam à proteção dos particulares em face dos poderes privados. No julgamento restou confirmada a eficácia direta dos direitos fundamentais nas relações privadas e mais ainda: a aplicabilidade das garantias processuais entre particulares.<sup>685</sup>

---

<sup>681</sup> SARMENTO, **Direitos Fundamentais nas...**, 2004, p. 279-280.

<sup>682</sup> Cfr. SARMENTO, **op. cit.**, p. 277. Segundo Daniel Sarmento: “[...] a linguagem adotada pelo constituinte na estatuição da maioria das liberdades fundamentais previstas no artigo 5º do texto magno transmite a ideia de uma vinculação passiva universal[...]”. Cfr. SARMENTO, **op. cit.**, p. 281.

<sup>683</sup> Cfr. SARMENTO, **Direitos Fundamentais nas...**, 2004, p. 277.

<sup>684</sup> Cfr. STF RE 201.819-8 RJ, Relator Gilmar Mendes, J. 11/10/2005 in MARMELSTEIN, p. 344-346.

<sup>685</sup> Segundo a Corte : “[...] 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 e 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 [...]”. Cfr. STF RE 201.819-8 RJ, Relator Gilmar Mendes, J. 11/10/2005 in MARMELSTEIN, p. 344-346.

Em outro julgamento emblemático, o STF também determinou a aplicação dos direitos fundamentais nas relações entre particulares ao decidir o caso trabalhista instaurado por um empregado brasileiro da empresa aérea Air France que invocou o seu direito à isonomia salarial em relação aos empregados franceses que laboravam para a empresa. O Tribunal aplicou o direito fundamental à igualdade e não discriminação na relação laboral.<sup>686</sup>

Uma decisão de grande relevância e digna de menção foi a que envolveu a questão da eficácia horizontal dos direitos sociais. Apesar da necessária implementação dos direitos sociais, econômicos e culturais, no Brasil houve um julgamento afirmando que esses direitos vinculam os sujeitos privados. O caso envolveu a lei n.º 8.009/90 que dispõe sobre a impenhorabilidade do bem de família e que tem sido interpretada à luz dos direitos fundamentais como direito à moradia. O Superior Tribunal de Justiça reconheceu a dimensão objetiva de um direito social e a sua aplicação nas relações entre particulares, bem como pacificou a matéria através da súmula 364.<sup>687</sup>

No Brasil, são também comumente levados a tribunal conflitos decorrentes dos contratos de saúde. O Superior Tribunal de Justiça já decidiu que na relação jurídica entre empresas de plano de saúde e consumidores o direito fundamental à saúde deve ser considerado no momento da interpretação das cláusulas contratuais.<sup>688</sup>

Como visto, não há óbice à aplicação dos direitos fundamentais nas relações horizontais em ambos ordenamentos e há casos em que o constituinte optou de forma explícita por se imiscuir nas relações entre particulares, como ocorre nas relações laborais.

Nessas relações os direitos fundamentais cumprem um papel primordial, tendo em vista os inúmeros conflitos decorrentes do contrato de trabalho. Diante da importância do tema nas lides instauradas entre empregado e empregador, passa-se à análise da importância da incidência dos direitos fundamentais nessas relações diagonais.

---

<sup>686</sup> Segundo a Corte: “[...] a discriminação que se baseia em atributo, qualidade, nota intrínseca do indivíduo, como o sexo, a raça, a nacionalidade, o credo religioso, etc., é inconstitucional”. STF – RE 161.243/DF – 2ª Turma – Relator Ministro Carlos Velloso - DJ 19/12/1997.

<sup>687</sup> Cfr. STJ, Embargos de Divergência em REsp 182.223 – SP. Súmula 364 – “O conceito de impenhorabilidade de bem de família abrange também o imóvel pertencente a pessoas solteiras, separadas e viúvas”.

<sup>688</sup> A esse respeito STJ, REsp 466.667/SP, relatoria Ministro Aldir Passarinho, 27/11/2007 e STJ, REsp 158.728/RJ(1997/0090585-3), relatoria Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, 16/03/1999.

#### 4. UMA ABORDAGEM TEÓRICO – PRÁTICA SOBRE A EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES DE TRABALHO – ANÁLISE DO CONTEXTO ATUAL E ESTUDO DE CASOS

##### 4.1. O Direito do Trabalho e as relações diagonais

Antes de adentrar no estudo de alguns casos, cumpre relembrar conceitos de relevância para o tema em análise e trazer outros ainda não abordados.

As relações de trabalho apresentam características peculiares, especialmente pela posição de sujeição que ocupam os empregados nos contratos de trabalho, não havendo uma horizontalidade entre as partes e sim uma disparidade. Além da desigualdade econômica, essas relações são marcadas por uma desigualdade jurídica, visto que em virtude do contrato de trabalho, o empregado fica subordinado à entidade empregadora no exercício de sua atividade e no local de trabalho. Por essa razão, o Direito do Trabalho busca tutelar o direito do trabalhador: a sua dignidade<sup>689</sup>, a sua intimidade e o direito de ser feliz.<sup>690</sup>

O Direito do Trabalho <sup>691</sup>é o conjunto de normas estabelecidas pelo legislador com o escopo de limitar a autonomia privada e regular as relações laborais, incidindo desde as condições pré-contratuais até às pós-contratuais. As normas visam proteger os direitos dos trabalhadores e dar equilíbrio à relação laboral. <sup>692</sup>

Devido à assimetria de poder, característica das relações laborais, alguns autores as comparam com as relações verticais estabelecidas entre o particular e o Estado e as classificam como relações diagonais. <sup>693</sup>

---

<sup>689</sup> Segundo Ingo Sarlet a dignidade da pessoa humana não pode ser retirada, pois lhe é intrínseca, irrenunciável e inalienável, devendo ser protegida de violações pelo Estado e pela comunidade. SARLET, I., **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**, 2004, p. 143.

<sup>690</sup> Cfr. AMADO, João Leal. **Trabalhar e Amar: poderes patronais, relações amorosas e direitos de personalidade dos trabalhadores**. – 1ª ed. – Coimbra: Gestlegal, 2019, p. 16.

<sup>691</sup> O Direito do trabalho é o ramo do direito que rege o contrato de trabalho, isto é, regula a relação entre trabalhador e empregador, na qual evidencia-se um sinalagma entre trabalho e salário. O trabalhador executa a sua atividade de acordo com as ordens do empregador. Portanto, segundo João Leal Amado, a relação de trabalho é uma relação assimétrica: “[...] o trabalhador, a mais de, em regra, carecer dos rendimentos do trabalho para satisfazer as suas necessidades essenciais (dependência econômica), fica sujeito à autoridade e direção do empregador em tudo o que diz respeito à execução do contrato (subordinação jurídica)[...]” Cfr. AMADO, João Leal. **Contrato de trabalho: noções básicas**. – 3ª ed. – Coimbra: Edições Almedinas, S.A, 2019, p. 9-11.

<sup>692</sup> Cfr. FERNANDES, António Monteiro. **Direito do Trabalho**. – 19ª – Coimbra: Edições Almedina S.A., 2019, p. 30.

<sup>693</sup> No contrato de trabalho há subordinação do empregado e, dessa forma, o empregador, muitas vezes, acaba por abusar do seu direito, impondo condições de trabalho que representam uma ofensa à dignidade do trabalhador. CONTRERAS, **Cidadania na Empresa e Eficácia Diagonal dos Direitos Fundamentais**, 2011, p. 7.

Apesar da «aparente liberdade»<sup>694</sup> do candidato ao emprego, no contrato de trabalho, as regras, na sua maioria, são instituídas pelo empregador que detém o poder diretivo quanto à iniciativa negocial e execução do contrato. Há desigualdade entre as partes: o trabalhador vende a sua força de trabalho ao empregador, que define a forma e as condições de prestação do labor. A vulnerabilidade financeira do trabalhador compromete a sua autonomia de negociação em relação às cláusulas contratuais, sujeitando-se às condições impostas pela empresa devido à necessidade do emprego. Portanto, o Direito do Trabalho, em conformidade com as normas constitucionais, busca equilibrar a relação contratual por meio de normas protetivas.<sup>695</sup>

Diante desse cenário, cumpre ao Direito do Trabalho reduzir o campo de poder do empregador, mormente no que tange às estipulações individuais por meio de um sistema de normas imperativas, embora este procedimento seja por alguns, considerado uma medida paternalista.<sup>696</sup>

O reconhecimento dos direitos fundamentais nos ordenamentos jurídicos permitiu o fenômeno da constitucionalização do Direito privado e a evolução do Direito do Trabalho a partir da instituição de normas sociais protetivas e garantistas.<sup>697</sup>

Com a crise e superação da concepção liberal que predominou no século XVIII, modificou-se o entendimento que impedia restrições ao princípio da autonomia da vontade e da liberdade contratual. A realidade demonstrou que, não raras vezes, o contrato se estabelece numa situação de real desigualdade onde não há autodeterminação de um dos particulares contraentes.<sup>698</sup>

Nesse cenário, foi necessária uma reformulação do direito dos contratos e a consequente imposição de limitações por meio de normas imperativas, visando atenuar a desigualdade e proteger o contraente mais vulnerável, o que se justifica ainda mais na relação

---

<sup>694</sup> Na maioria dos casos, o empregado, necessitado economicamente, não tem escolha e se submete a contratações abusivas.

<sup>695</sup> Cfr. FERNANDES, *op. cit.*, 2019, p. 30.

<sup>696</sup> Cfr. *Idem, ibidem*, p. 30. Benedita Ferreira aborda os limites da renúncia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares. A autora assevera que com o fito de aferir a legitimidade de medidas paternalistas nos diferentes ramos de direito, cumpre considerar a posição de partida do Direito Constitucional. Para ela, as normas de direito ordinário que estabeleçam limitações ao poder de disposição do titular do direito, deverão estar em conformidade com os princípios constitucionais. Cfr. MAC CRORIE, Benedita Ferreira da Silva. **Os Limites da Renúncia a Direitos fundamentais nas Relações entre Particulares**. Coimbra: Edições Almedina, S.,A., Edição do Kindle, 2013, p. 4098-4100.

<sup>697</sup> José João Abrantes fala em uma “reconstrução constitucional do contrato de trabalho” e destaca que a constitucionalização do Direito do Trabalho foi uma das primeiras manifestações da intervenção constitucional no âmbito privado. ABRANTES, J., J., **Direitos Fundamentais da Pessoa Humana no Trabalho**, 2014, p. 55 e 67.

<sup>698</sup> Cfr. ABRANTES, *op. cit.*, 2014, p. 92-98.

de trabalho, haja vista a necessidade de tutela dos direitos do prestador de trabalho face aos poderes do empregador.<sup>699</sup>

Assim, durante o período do Estado social de Direito houve uma forte intervenção do Estado na economia com a consequente regulamentação da relação de emprego, objetivando dar respostas às demandas dos trabalhadores.<sup>700</sup>

As normas imperativas e de ordem pública estabelecidas pelo legislador do trabalho surgiram com a finalidade de conferir direitos mínimos aos trabalhadores frente aos poderes do empregador e em conformidade com os direitos fundamentais de segunda geração.<sup>701</sup>

Contudo, posteriormente, após a grande crise instaurada no século XX, as práticas intervencionistas foram substituídas pelas liberais, trazendo de volta os antigos postulados da livre negociação e do abstencionismo Estatal. O Neoliberalismo abrange ideologias e práticas capitalistas que impuseram a flexibilização das normas jurídicas e em alguns casos até mesmo a desregulamentação das relações laborais, com a crescente tendência à desvalorização do trabalhador.<sup>702</sup>

O grande desafio do legislador passa a ser como reconhecer normas de trabalho flexíveis, sem permitir a precarização das condições dos trabalhadores. Conceber um direito do trabalho flexível, mas que assegure vínculos contratuais estáveis com a otimização das condições e da qualidade do trabalho.<sup>703</sup>

É notório que as crises econômicas, os obstáculos enfrentados no âmbito internacional, os grandes avanços trazidos pelas novas tecnologias da informação e comunicação e as diferentes formas de prestação de serviço repercutem impetuosamente nas relações de trabalho que continuam atreladas ao embate capital-trabalho.<sup>704</sup>

Recentemente, a pandemia mundial causada pelo novo coronavírus SARS-CoV-2 e da doença Covid-19 demonstrou como uma crise relacionada à saúde pode impactar na vida dos indivíduos, mormente no que diz respeito às questões laborais.

A necessidade imediata da tutela de bens jurídicos fundamentais ensejou a criação de diversas políticas públicas governamentais com o escopo de proteção social e garantia do

---

<sup>699</sup> Cfr. ABRANTES, *op. cit.*, 2014, p. 103-106.

<sup>700</sup> Cfr. DELGADO & DELGADO, **Constituição da República e Direitos Fundamentais**, 2017, p. 61.

<sup>701</sup> Cfr. SABINO, João Filipe Moreira Lacerda & PORTO, Lorena Vasconcelos. **Direitos Fundamentais do Trabalho na Visão de Procuradores do Trabalho**. São Paulo: LTr, 2012, p.15.

<sup>702</sup> Cfr. DELGADO & DELGADO, *op. cit.*, 2017, p. 61.

<sup>703</sup> Cfr. O processo de flexibilização das normas trabalhistas em Portugal teve início em 1989 com significativas mudanças legislativas decorrentes das diretrizes sobre as reformas laborais a partir da adesão do país à Comunidade Econômica Europeia (CEE) em 1986. Cfr. REBELO, G., **Estudos de Direito do Trabalho**. Lisboa: Edições Sílabo, 2019, p. 201.

<sup>704</sup> Cfr. SABINO & PORTO, *op. cit.*, 2012, p. 11.

emprego como, por exemplo, através de auxílios e apoios extraordinários, férias cumulativamente antecipadas, o trabalho remoto, a jornada reduzida com redução salarial proporcional, entre outras medidas adotadas por diversos países no cenário pandêmico.<sup>705</sup>

Portanto, a tarefa do Direito do Trabalho no mundo contemporâneo tornou-se ainda mais desafiante. Objetiva-se a busca na qualidade do emprego, juntamente com a realização pessoal do trabalhador de modo a evitar violações à integridade e privacidade dos empregados e de garantir que os mesmos conservem seus direitos na qualidade de pessoa humana também no ambiente laboral marcadamente tecnológico e passível de ser controlado pelo empregador.<sup>706</sup>

No entanto, as adversidades oriundas da evolução tecnológica, atreladas à flexibilização das normas trabalhistas e a segmentação do mercado de trabalho, possibilitaram o enfraquecimento do sistema de proteção do trabalhador e aumentaram as dificuldades do Direito do Trabalho em cumprir o seu desiderato maior.<sup>707</sup>

A pretexto dos novos desafios socioeconômicos, nas últimas décadas, muitas das normas rígidas de proteção do trabalhador foram reconfiguradas, sendo concebida uma maior flexibilidade por parte do legislador.<sup>708</sup>

Nesse contexto, a necessidade de reflexão sobre a incidência dos direitos fundamentais nas relações de trabalho<sup>709</sup> se impõe ainda mais, pois além da desigualdade preexistente nessas relações, as condições econômicas e sociais hodiernas do mundo globalizado e tecnológico agravam as chances de violação de direitos, representando uma real ameaça à liberdade e dignidade do empregado.<sup>710</sup>

#### 4.2. Os direitos fundamentais dos trabalhadores: específicos e inespecíficos

É por meio do trabalho que o homem se realiza no convívio com seus semelhantes, pois o labor constitui uma das formas mais significativas de inserção na sociedade,

---

<sup>705</sup> Cfr. BELMONTE et al, **Direito do Trabalho na Crise da Covid-19**. Salvador: JusPodivm2020, p. 4.

<sup>706</sup> Cfr. RENDINHA, **Os Direitos de Personalidade no Código do Trabalho: actualidade e oportunidade da sua inclusão**. Artigo em Livro de Atas de Conferência Nacional, 2004, p. 2.

<sup>707</sup> Cfr. FERNANDES, A., M., **Direito do Trabalho**, 2019, p. 30 e 31.

<sup>708</sup> Cfr. REBELO, G., **op. cit.**, 2019, p. 198.

<sup>709</sup> Hans Carl Nipperdey foi um dos primeiros a sustentar a eficácia direta dos direitos fundamentais nas relações privadas no julgamento sobre o dever de igualdade de tratamento entre homem e mulher no trabalho. O caso fora abordado no capítulo anterior da dissertação.

<sup>710</sup> Segundo Abrantes não se pode olvidar que o desequilíbrio entre as partes, derroga a liberdade contratual e os direitos fundamentais do trabalhador. Cfr. ABRANTES, **Direitos Fundamentais da Pessoa Humana no Trabalho**, 2014, p. 103-106.

concedendo aos indivíduos identidade social e coletiva em uma comunidade solidária e inclusiva. Contudo, na ausência de condições dignas para o seu exercício, o trabalho pode ser causa da degradação da pessoa humana.<sup>711</sup>

Os direitos fundamentais do trabalhador, indispensáveis à vida digna e pacificação social, podem ser específicos, considerados pela doutrina como direitos de segunda dimensão; ou ainda inespecíficos<sup>712</sup>, conhecidos como direitos de primeira dimensão ou direitos de cidadania do trabalhador na empresa.<sup>713</sup>

Assim, no contrato de trabalho, além dos direitos laborais específicos<sup>714</sup>, como o direito à greve, à liberdade sindical, ao salário, entre outros; urge também que sejam tutelados os direitos do trabalhador enquanto pessoa e cidadão, direitos que constituem o conteúdo mínimo e imprescindível para a pessoa humana viver em sociedade.<sup>715</sup>

Nesse sentido, o trabalhador, no local e tempo de trabalho, assim como as demais pessoas, é titular de direitos fundamentais denominados de direitos inespecíficos, referentes aos direitos civis e políticos.<sup>716</sup> Não é lícito que o obreiro seja visto como mero instrumento de trabalho em uma relação contratualizada; outrossim, devem ser respeitados no ambiente de trabalho, tanto o caráter social do trabalho, como a condição de pessoa humana do trabalhador.<sup>717</sup>

Segundo Abrantes, no ordenamento jurídico português, relativamente às normas do trabalho, primeiramente foram positivados os direitos fundamentais especificamente laborais, e, num segundo momento, os direitos laborais da pessoa e do cidadão, ou seja, os não especificamente laborais, mas que o trabalhador goza dentro e fora do local de trabalho.<sup>718</sup>

Devido à existência de poderes patronais e às violações que os direitos de cidadania podem sofrer no ambiente das relações laborais, o legislador português buscou tutelar no Código do Trabalho alguns direitos inespecíficos, nomeadamente os direitos de personalidade do trabalhador por meio de normas concretas previstas nos artigos 14º a 22º.<sup>719</sup>

---

<sup>711</sup> Cfr. DELGADO & DELGADO, **Constituição da República e Direitos Fundamentais**, 2017, p. 64-65.

<sup>712</sup> Cfr. A denominação «direitos inespecíficos» é muito utilizada pela doutrina espanhola. CONTRERAS, **Cidadania na Empresa e Eficácia Diagonal dos Direitos Fundamentais**, 2011, p. 7

<sup>713</sup> Cfr. SABINO & PORTO, **Direitos Fundamentais do Trabalho na Visão de Procuradores do Trabalho**, 2012, p. 15.

<sup>714</sup> Direitos laborais positivados na Constituição.

<sup>715</sup> Cfr. AMADO, **Trabalhar e Amar**, 2019, p. 22.

<sup>716</sup> Cfr. CONTRERAS, **op. cit.**, 2011, p. 7.

<sup>717</sup> Cfr. DELGADO & DELGADO, **op. cit.**, 2017, p. 61.

<sup>718</sup> Cfr. ABRANTES, **op. cit.**, 2014, p. 115.

<sup>719</sup> A existência dessas normas na legislação consiste em uma forma de fortalecer a tutela desses direitos no âmbito laboral, embora a sua positivação seja desnecessária para garantir a eficácia plena desses direitos.

Todavia, a Constituição portuguesa consagrou nos artigos 53º e seguintes os direitos específicos dos trabalhadores, isto é, direitos constitucionais estabelecidos para os indivíduos enquanto trabalhadores - somente nessa condição - e que servem de base e direcionamento nas relações individuais de trabalho e para todo o sistema jurídico laboral.<sup>720</sup>

A par disso, o extenso rol de direitos, liberdades e garantias positivados na Constituição portuguesa continuam a ser direitos que incidem no âmbito do trabalho, isto é, direitos dos cidadãos que fazem parte do contrato de trabalho e estão na qualidade de trabalhadores e, portanto, devem ser respeitados no ambiente de labor. Contudo, alguns desses direitos inespecíficos podem sofrer restrições advindas do contrato de trabalho, no qual há subordinação jurídica e dependência econômica<sup>721</sup> do trabalhador e poder do empregador.<sup>722</sup>

Importa ressaltar que, apesar das possíveis restrições, no ambiente de trabalho o empregado deve desempenhar as suas funções em um local salubre, isento de agentes que possam ameaçar a sua incolumidade física ou psíquica. E, com esse propósito, o legislador deve buscar a melhoria da condição do trabalhador e a redução dos riscos por meio de normas que proporcionem a saúde, a higiene e a segurança no ambiente laboral, sempre em conformidade com os preceitos constitucionais.<sup>723</sup>

Portanto, há várias obrigações impostas pelo legislador ao empregador em matéria de ambiente de trabalho. O trabalhador tem, por exemplo, direito a uma vida pessoal num ambiente sadio de trabalho que promova o seu bem-estar social e profissional e que esteja livre da constante vigilância do empregador, sem olvidar o seu direito ao descanso e ao lazer.

724

A Organização Internacional do Trabalho – OIT - defende a necessidade de um adequado ambiente de trabalho e possui diversas Convenções sobre o tema, como por exemplo, as Convenções n. 155, 152, 148 e 127, entre outras.<sup>725</sup>

---

António Monteiro Fernandes assevera que algumas das condições ou limitações trazidas pelo Código do Trabalho português em relação ao direito de personalidade do trabalhador parecem colidir diretamente com o artigo 18º/2 da CRP. p. 281. Cfr. FERNANDES, **Direito do Trabalho**, 2019, p. 280.

<sup>720</sup> Cfr. **Idem, ibidem**, 2019, p. 278.

<sup>721</sup> A dependência econômica do trabalhador não é elemento caracterizador do contrato de trabalho, embora seja uma evidência na maioria dos contratos.

<sup>722</sup> Segundo António Monteiro Fernandes, a Constituição portuguesa funciona como “fonte específica do Direito do Trabalho”, sendo possível afirmar a existência de uma “Constituição laboral”, destacável do conjunto do ordenamento constitucional, Cfr. FERNANDES, **op. cit.**, 2019, p. 279.

<sup>723</sup> Cfr. SABINO & PORTO, **Direitos Fundamentais do Trabalho...**, 2012, p. 22.

<sup>724</sup> Cfr. RENDINHA, **Os Direitos de Personalidade no Código do Trabalho: actualidade e oportunidade da sua inclusão**. Artigo em Livro de Atas de Conferência Nacional, 2004, p. 8-9.

<sup>725</sup> SABINO & PORTO, **op. cit.**, 2012, p. 24. A Convenção n.º 155 versa sobre segurança e saúde dos trabalhadores e o meio ambiente do Trabalho; a Convenção n.º 148 sobre o meio ambiente de trabalho – a contaminação do ar, ruídos e vibrações; a Convenção n.º 152 sobre segurança e saúde nos trabalhos portuários; e

Contudo, como nessas relações podem ocorrer limitações aos direitos fundamentais dos trabalhadores, mister ponderar se, no caso concreto, a restrição a alguns direitos e à liberdade no trabalho são justificadas pelos interesses da empresa e em que medida poderão ocorrer, haja vista que os atributos de cidadania são inalienáveis e o trabalho prestado em condições de dignidade é um valor indispensável ao ser humano.<sup>726</sup>

Na maioria dos ordenamentos jurídicos europeus, os direitos fundamentais incidem de forma plena e direta nas relações laborais, sendo a sua limitação somente possível em casos de justificada necessidade demonstrada por meio da ponderação de interesses com fundamento no princípio da proporcionalidade nas suas vertentes de necessidade, adequação e proibição do excesso.<sup>727</sup>

Apesar disso, o atual mundo digital trouxe a secundarização dos valores humanos e, devido ao dinamismo e complexidade das relações laborais, a gestão do trabalho e a tutela dos direitos fundamentais no ambiente laboral – tempo e local de trabalho<sup>728</sup> –, passaram a enfrentar maiores dificuldades.

Não obstante os problemas já enfrentados pelos trabalhadores, as novas tecnologias de informação e comunicação têm promovido mudanças substanciais nas relações de trabalho, assunto que será analisado adiante, ainda que de forma breve.

---

a Convenção n.º 127 sobre o peso máximo das cargas. Importa ainda fazer menção que essas e outras Convenções são consideradas fundamentais pelo Conselho de Administração da OIT. Estão inseridas no rol as Convenção n.º 187, n.º 182, n.º 155, n.º 138, n.º 111, n.º 105, n.º 100, n.º 98, n.º 87 e n.º 29. Também de suma importância a Convenção n.º 190 OIT sobre violência e assédio no mundo do trabalho. Recentemente, entre os dias 27 de maio e 11 de junho, representantes dos governos, dos trabalhadores e dos empregadores de 187 Estados-Membros da OIT, discutiram questões mundiais de trabalho na Conferência Internacional do Trabalho (ILC). A 110.ª sessão da Conferência Internacional do Trabalho, 2022, tratou do tema “Trabalho Digno e a Economia Solidária”. A Conferência Internacional do Trabalho acrescentou os termos “segurança e saúde” aos Princípios e Direitos Fundamentais do Trabalho. A decisão impõe a todos os Estados Membros da OIT o compromisso de respeitar e promover o direito fundamental a um ambiente de trabalho seguro e saudável, tenham ou não ratificado as Convenções relevantes. O conteúdo está disponível em <https://www.ilo.org/ilc/ILCSessions/110/lang-en/index.htm>, acedido em 05 de julh. De 2022.

<sup>726</sup> Cfr. ABRANTES, **Direitos Fundamentais da Pessoa...**, 2014, p. 121-127. Segundo Abrantes os direitos dos trabalhadores limitam os poderes do empregador e só podem ser restringidos mediante a comprovação de relevantes interesses da empresa como o seu bom funcionamento e o desenvolvimento das prestações contratuais. ABRANTES, **op. cit.**, p. 156.

<sup>727</sup> Cfr. ABRANTES, **Direitos Fundamentais da Pessoa...**, 2014, p. 143-146.

<sup>728</sup> A definição de tempo de trabalho consta no art. 2º/1 da Diretiva 2003/88/CE do Parlamento Europeu e do Conselho. No ordenamento jurídico português a definição é encontrada no art. 197º/1 do CT. Quanto ao local de trabalho, segundo António Monteiro Fernandes, a definição engloba os conceitos de contratualidade, essencialidade e relatividade: a localização geográfica da prestação de trabalho faz parte do objeto do contrato; a sua indicação é essencial, pois constitui um fator básico no processo de formação da vontade contratual de ambas as partes; e por fim, a determinação do local de trabalho é relativa, tendo em vista que pode ter a amplitude de um país ou de um edifício. Assim, o autor afirma que o local de trabalho “[...] é, em geral, o centro estável (ou permanente) de actividade de certo trabalhador e a sua determinação obedece essencialmente ao intuito de se dimensionarem no espaço as obrigações e os direitos e garantias que a lei lhe reconhece [...]”. Cfr. FERNANDES, **Direito do Trabalho...**, 2019, p. 612-613.

#### 4.3. Os Direitos Fundamentais do Trabalhador na Era Digital – avanços e retrocessos

A sociedade tem presenciado novos tempos e uma significativa mudança de valores com os avanços da tecnologia digital que chegou e se desenvolveu tão rapidamente, trazendo grandes repercussões em todos os setores sociais e econômicos, com ênfase no mercado de trabalho.

Assim, é possível afirmar que houve uma revolução que se deve em parte às inovações digitais e desenvolvimento das tecnologias da informação e das telecomunicações e em parte ao fenômeno da globalização. Nesse cenário, surge um novo modelo de trabalho, o digital, e, conseqüentemente, a necessidade de que a estrutura empresarial seja adaptada às novas tecnologias.<sup>729</sup>

A situação pandêmica gerada pela propagação do vírus da Covid-19 constituiu um acelerador da transição digital em muitos países. O recurso ao teletrabalho como medida de prevenção do contágio passou a ser obrigatório, em diversos ordenamentos jurídicos, em prol da defesa da saúde pública e visando ao mesmo tempo possibilitar a continuidade da atividade econômica.<sup>730</sup>

Além disso, o aumento da utilização do teletrabalho está também associado aos novos modelos de negócios como os serviços prestados nas plataformas digitais, sem olvidar o fato de que essa prática pode ser benéfica para o trabalhador ao permitir equilibrar as exigências de trabalho com as responsabilidades familiares e pessoais.<sup>731</sup>

O trabalho digital também pode ensejar uma maior intensificação do labor, com práticas de trabalho e horários mais flexíveis. Assim, a fim de que seja bem aplicado, em consonância com os ditames constitucionais voltados à preservação da dignidade do trabalhador, torna-se primordial reorganizar o modo de gestão do trabalho em busca de conceder um tratamento adequado às questões do tempo e do local de trabalho, atenuar os

---

<sup>729</sup> Segundo Teresa Coelho Moreira, as Novas tecnologias de informação e comunicação – NTIC –, surgiram e evoluíram com grande rapidez, trazendo mudanças significativas para as relações de trabalho, nomeadamente no que tange à implantação do trabalho digital. O trabalho na era digital, denominado de Trabalho 4.0, nas palavras da professora, consiste num trabalho integrado, relacionado com a digitalização, em plataformas digitais, flexível e interconectado. Cfr. MOREIRA, T., C., **Direito do Trabalho na Era Digital**, 2021, p. 24-25.

<sup>730</sup> Cfr. REBELO, **O Trabalho na Era Digital**: estudos laborais. – 2ª ed. – Coimbra: Edições Almedina S.A., 2022, p. 27-29.

<sup>731</sup> Cfr. **Idem, ibidem**, p. 27-29.

conflitos gerados pela sociedade digital e manter o equilíbrio entre trabalho e vida privada pessoal e familiar.<sup>732</sup>

Juntamente com as novas formas de prestar trabalho<sup>733</sup> que estão associadas à internet e à revolução digital, surgiram diferentes tipos de trabalhadores e formas de subordinação que estão ligados a sistemas inteligentes e plataformas digitais inseridos no contexto da economia colaborativa<sup>734</sup>. Devido a essa tendência mundial, as empresas, os governos e toda a comunidade devem agir em conjunto com o propósito de amenizar os impactos socioeconómicos negativos.<sup>735</sup>

Na era digital, o legislador do Direito do Trabalho deve, ao regular as relações laborais, atentar para a necessidade de estabelecer condições adequadas, seguras e sãs para os trabalhadores, garantindo a integração de todos, o acesso à digitalização com fundamento na dignidade do empregado e o respeito ao direito ao repouso, à vida pessoal, familiar e ao progresso social.<sup>736</sup>

Os empregadores devem investir em tecnologia, mas, a par disso, proporcionar um ambiente de trabalho digno e que responda às necessidades do trabalhador, evitando a segmentação do mercado de trabalho. Segundo Glória Rebelo, o progresso tecnológico ensejou a procura por trabalhadores altamente qualificados gerando um agravamento da segmentação do mercado de trabalho.<sup>737</sup>

É tarefa do Direito do Trabalho proteger os trabalhadores contra as ameaças provenientes dos avanços da tecnologia, tendo em vista que os indivíduos, no local e no

---

<sup>732</sup> Cfr. REBELO, **op. cit.**, 2022, p. 16-22. O art. 59º da CRP estabelece, entre outros, o direito à desconexão do trabalhador. As novas formas de prestar trabalho e as tecnologias têm dificultado a limitação dos tempos de trabalho. Nas palavras de Teresa Moreira Coelho: “[...] o trabalho dignifica o homem. Contudo, esta ideia não se compadece com jornadas de trabalho praticamente ilimitadas[...]”. Cfr. MOREIRA, Teresa Alexandra Coelho. **O Direito à desconexão dos Trabalhadores**. Revista Questões Laborais. Coimbra: Edições Almedina S.A., 2016, p. 8-9.

<sup>733</sup> A denominação «Crowdwork» que pode ser realizada na forma «online» - conectado à internet -, ou «offline» - não conectado -, é usada para conceituar atividades laborais prestadas em plataformas digitais ou aplicativos - «apps» -, e constituem novas formas de prestar trabalho na economia partilhada ou colaborativa. Cfr. MOREIRA, **Direito do Trabalho na Era Digital**, 2021, p.26-27.

<sup>734</sup> A economia colaborativa ou «sharing economy», segundo o conceito apresentado pela Comissão Europeia consiste em: “[...] modelos empresariais no âmbito dos quais as atividades são facilitadas por plataformas colaborativas que criam um mercado aberto para a utilização temporária de bens ou serviços, muitas vezes prestados por particulares [...]”. Noção de economia colaborativa apresentada pela Comissão Europeia em 2 de junho de 2016, no Documento “Uma Agenda Europeia para a Economia Colaborativa”, disponível em <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=CELEX:52016DC0356>, acedido em 1 de jun. de 2022. Na atual sociedade verifica-se a existência de uma gama de plataformas digitais e uma nova economia, partilhada ou colaborativa. Cfr. MOREIRA, **Direito do Trabalho na Era Digital**, 2021, p. 37.

<sup>735</sup> Cfr. MOREIRA, **op. cit.**, 2021, p.26-27.

<sup>736</sup> Cfr. REBELO, **op. cit.**, 2022, p. 16-22. Teresa Coelho Moreira, assevera que, atualmente, o trabalhador, para não ser excluído do “mundo novo de trabalho”, deverá ter um mínimo de conhecimento digital que lhe permita trabalhar na era digital. Cfr. MOREIRA, **O Direito à Desconexão...**, 2016, p. 10.

<sup>737</sup> Cfr. REBELO, **op. cit.**, 2022, p. 16-22.

tempo de trabalho, não deixam de ser cidadãos titulares de direitos fundamentais. Sob esse aspecto, ressalta-se que as NTIC constituem um grande risco, pois quando usadas de forma inadequada são capazes de violar os direitos dos trabalhadores, atingindo a sua dignidade.

Inúmeras são as agressões a direitos fundamentais geradas por instrumentos tecnológicos capazes de monitorar o empregado como é o caso dos sensores de cadeira que medem e registram o tempo durante o qual o trabalhador permanece sentado; os sensores de automóveis que indicam as distâncias percorridas e a localização, bem como o consumo de combustível e paragens para descanso; as placas de identificação com chip incorporado, ou ainda, testes tão agressivos da privacidade e reserva pessoal como o mapeamento cerebral ou o rastreio genético.<sup>738</sup>

A fim de preservar e garantir o direito à liberdade e a salvaguarda de uma esfera íntima e pessoal do trabalhador, o poder de inspeção do empregador deve ser delimitado e controlado pelo legislador.

A preocupação com os direitos dos trabalhadores que executam tarefas em plataformas digitais tem sido uma constante no âmbito jurídico. Atualmente há plataformas digitais para vários tipos de serviços, desde as tarefas mais simples até as mais complexas e que podem ser prestadas globalmente ou em um determinado local.<sup>739</sup>

Um dos inconvenientes que resulta dessa nova forma de prestar trabalho consiste na má remuneração oferecida, tendo em vista a permanente disponibilidade do trabalhador conectado à rede da internet ou à procura de uma tarefa. A par disso, o fato de que muitas das tarefas executadas exigem o contato direto do empregado com o cliente, criou-se o agravamento do risco de o trabalhador desenvolver doenças laborais.<sup>740</sup>

Diante desse cenário, o dever de buscar a diminuição dos impactos da tecnologia nos direitos dos trabalhadores é de todos os países. Leis laborais específicas, no âmbito internacional e nacional, devem ser estabelecidas pelos governantes com o compromisso de conceder uma vida digna ao trabalhador. É preciso assumir uma postura no sentido de garantir que as empresas de plataformas digitais e clientes respeitem os direitos fundamentais dos trabalhadores.

---

<sup>738</sup> Cfr. RENDINHA, **Os Direitos de Personalidade no Código do Trabalho: actualidade e oportunidade da sua inclusão**. Artigo em Livro de Atas de Conferência Nacional, 2004, p. 2-9.

<sup>739</sup> Como exemplo de plataformas digitais, a Airbnb, a Uber, a iFood, entre outras. MOREIRA, T., C., **Direito do Trabalho na Era Digital**, 2021, p. 37-40.

<sup>740</sup> Cfr. **Idem**, *ibidem*, p. 37-40. A Síndrome de «Burnout», também conhecida como síndrome do esgotamento profissional tem acometido muitos trabalhadores.

Nos Estados Democráticos de Direito, a legislação está voltada à proteção e concretização dos direitos fundamentais. O direito ao trabalho, consagrado pelas Constituições portuguesa e brasileira, faz referência ao trabalho digno. As normas de direitos fundamentais constituem os direitos mínimos que devem ser respeitados na relação de trabalho e servem também de diretrizes para o legislador ordinário criar leis específicas, em uma ordem econômica livre, mas fundamentada nos valores sociais do trabalho.

Nesse sentido, a garantia da ordem econômica e da livre iniciativa não pode permitir o retrocesso social, cedendo espaço à desregulamentação do ordenamento jurídico. Outrossim, o Estado deve proteger e garantir a dignidade do trabalhador, seja através da consagração de normas laborais, seja pela aplicação direta das normas de direitos fundamentais nas relações de trabalho.

O contrato de trabalho é estabelecido numa relação jurídica privada em que se visualiza a desigualdade de fato entre o empregado e o empregador. Nesses casos, a intervenção estatal em favor da tutela da parte hipossuficiente se faz necessária, o que justifica na casuística a aplicação direta e imediata dos direitos fundamentais.

Todavia, a eficácia dos direitos fundamentais nas relações de trabalho pode envolver a colisão de direitos fundamentais, visto que empregado e empregador são titulares e destinatários das normas constitucionais. Diante do conflito, é necessário avaliar se há violação da dignidade humana ou renúncia<sup>741</sup> de direitos fundamentais tendo em vista os importantes critérios utilizados pelo juiz como a ponderação de direitos e o princípio da proporcionalidade, como será retratado nos casos a seguir apresentados.

#### **4.4. Análise na jurisprudência da incidência dos direitos fundamentais nas relações de trabalho**

Na jurisprudência portuguesa e brasileira há uma grande quantidade de casos laborais que envolvem os direitos fundamentais das partes. No presente estudo serão explicitadas algumas decisões que vieram a corroborar a incidência dos direitos fundamentais nos

---

<sup>741</sup> Nas palavras de Benedita Mac Crorie, “[...] aquele que renuncia a um direito fundamental e permite que um terceiro restrinja a sua esfera juridicamente protegida por esse direito fundamental está, ainda que de forma indirecta, a lesar-se a si mesmo [...]”. MAC CRORIE, B., **Os Limites da Renúncia a Direitos Fundamentais...**, 2013, p. 4049.

conflitos entre as entidades empregadoras e os empregados, com ênfase nos direitos dos trabalhadores.<sup>742</sup>

No ordenamento jurídico brasileiro, algumas decisões dos Tribunais reconheceram a eficácia direta dos direitos fundamentais nas relações laborais. No Brasil, não houve a regulamentação específica dos direitos de personalidade do obreiro no âmbito do Direito do trabalho, embora os direitos de personalidade das pessoas em geral e algumas cláusulas gerais interpretativas como a boa-fé e a função social do contrato, tenham sido tratadas com ênfase pelo legislador no Código Civil de 2002.<sup>743</sup>

Um caso antigo de grande repercussão jurídica foi o julgamento do Recurso Extraordinário 161243<sup>744</sup> do Distrito Federal pelo Supremo Tribunal Federal, cuja decisão constituiu um importante marco em relação ao tema.

O conflito envolveu um empregado da companhia aérea francesa «Air France» que, insatisfeito com o tratamento recebido pela empregadora e com fundamento no princípio da isonomia, ajuizou uma ação alegando que a empresa, com sede no Brasil e na França, baseava-se em dois estatutos distintos, um para os empregados brasileiros e outro para os franceses com vantagens diferenciadas.

O Tribunal Regional do Trabalho e o Tribunal Superior do Trabalho entenderam que o princípio da igualdade não deveria ser aplicado na situação em análise, por se tratar de particulares, e decidiram em favor da empresa aérea.

A Segunda Turma do STF, sob a relatoria do Ministro Carlos Velloso, contrariamente às instâncias anteriores, conheceu do Recurso Extraordinário e julgou a questão de mérito que versava sobre a ofensa ao princípio da isonomia. A Turma deu provimento ao recurso admitindo a eficácia direta dos direitos fundamentais nas relações laborais.

---

<sup>742</sup> Cumprе ressaltar que em determinados casos os julgadores se posicionaram de forma contrária à incidência dos direitos fundamentais nas relações de trabalho. No entanto, tais casos não serão objeto de estudo no presente trabalho. A esse respeito os Acórdãos: RP20140908101/13.5TTMTS.P1 do Tribunal da Relação do Porto de 08 de setembro de 2014, disponível em <http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/56a6e7121657f91e80257cda00381fdf/917c9c56c1c2c9ae80257d5500543c59?OpenDocument&Highlight=0>, acedido em 12 de out. de 2022; e SJ20080924037934 do Supremo Tribunal de Justiça de 24 de setembro de 2008, disponível em <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/49966cc639b7e268802574d6002c6b95>, acedido em 12 de out. de 2022.

<sup>743</sup> A legislação brasileira laboral estabelece direitos trabalhistas específicos, mas não consagra os direitos do empregado como cidadão, tais como as liberdades públicas e os direitos fundamentais de primeira dimensão.

<sup>744</sup> Cfr. STF, RE-161243-6/DF, 2ª Turma, Rel. Ministro Carlos Velloso, DJ 19.12.1997, disponível em <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur109233/false>, acedido em 6 de julho de 2022.

No caso em análise, foi reconhecida a discriminação tendo em vista a não aplicação do regulamento da empresa aérea francesa aos empregados brasileiros, em razão da nacionalidade.

Na decisão, foi determinada a aplicação do estatuto da empresa ao empregado discriminado, nos termos solicitados, pois, segundo o posicionamento da Turma, o princípio constitucional da igualdade é aplicável às relações entre particulares, razão pela qual a empresa foi condenada pela discriminação fundada na nacionalidade do empregado.

No artigo 1º da Declaração Universal dos direitos Humanos, estão consagrados os princípios da igualdade e da dignidade da pessoa humana e a conduta discriminatória atenta contra ambos os princípios, caracterizando uma forma de exclusão do indivíduo ou de um grupo. A discriminação consiste numa diferenciação de tratamento, estando ausentes razões ou motivos para tal conduta.<sup>745</sup>

Na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 há garantias em favor do empregado. Dentre elas podemos destacar os princípios da dignidade da pessoa humana no art. 1º, III, a valorização do trabalho humano no art. 1º, IV e 170, caput, bem como o extenso rol de direitos previstos no art. 7º, caput e incisos.<sup>746</sup>

Um dos principais objetivos buscado pelo legislador constituinte consiste na busca da melhoria da condição social do empregado, dessa forma, quando a entidade empregadora não visa promover e salvaguardar a dignidade do empregado no ambiente de trabalho, isto é, quando no desenvolvimento da atividade laboral, não são respeitados os direitos mínimos do indivíduo, há violação direta das diretrizes constitucionais.

Nesse sentido destaca-se um trecho da Ementa do STF relativa ao julgamento: “[...] 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 [...]”.<sup>747</sup>

---

<sup>745</sup> Cfr. SABINO & PORTO, **Direitos Fundamentais do Trabalho...**, 2012, p. 161.

<sup>746</sup> Cumpre ressaltar que o art. 1º da CFB, em seus incisos de II a IV, estabelece como fundamentos da República federativa do Brasil: II- a cidadania; III- a dignidade da pessoa humana; IV- os valores sociais do trabalho e da livre-iniciativa. E no que tange à ordem econômica, no seu artigo 170, a Constituição adotou o sistema econômico fundado na valorização do trabalho humano e da livre-iniciativa, atribuindo a finalidade de assegurar a todos uma existência digna, conforme os ditames da justiça social.

<sup>747</sup> A decisão do STF tem a seguinte 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.

Decisão posterior de conteúdo semelhante tratou também da aplicação do princípio da isonomia. O caso foi examinado pelo Tribunal Superior do Trabalho no processo TST-RR119037/2003-900-02-00.0, cujo relator foi o Ministro Carlos Alberto Reis de Paula.<sup>748</sup>

Um trabalhador sentiu-se discriminado por não receber um determinado valor que deveria ter sido pago pela empresa e acionou o Judiciário, tendo como fundamento o princípio da isonomia. O empregado afirmou que o pagamento da referida quantia havia sido pago pela empresa somente a alguns funcionários como uma espécie de «gratificação por dispensa». O trabalhador alegou não ter recebido o valor e que a diferenciação foi feita sem uma justificativa plausível.

A Terceira Turma do Tribunal Superior do Trabalho posicionou-se no sentido de que o princípio da igualdade tem natureza material e incide, inclusive, nas relações laborais. A desigualdade, segundo a Corte, só é admitida, tendo em vista o critério de ponderação, quando justificada pela proteção a um bem tutelado pelo ordenamento jurídico. Diante disso, o pagamento da verba «gratificação por dispensa» apenas a alguns funcionários, sem a estipulação de nenhum critério objetivo, revela uma desigualdade injustificada e viola o princípio constitucional.

Na decisão, o Ministro relator deu ênfase ao princípio da igualdade e da não discriminação: “[...] o preceito constitucional consagra que todos são iguais perante a lei (caput do art. 5º). Em uma interpretação apenas literal, cria-se uma perplexidade insuperável [...]”.<sup>749</sup>

O Tribunal considerou que o trabalhador estava inserido na mesma situação fática dos demais empregados da empresa e que, portanto, o pagamento da verba pleiteada deveria

---

– A discriminação que se baseia em atributo, qualidade, nota intrínseca ou extrínseca do indivíduo, como o sexo, a raça, a nacionalidade, o credo religioso, etc., é inconstitucional. Precedente do STF: Ag 110.846 (AgRg) – PR, Célio Borja, RTJ 119/465. III. – Fatores que autorizariam a desigualdade não ocorrentes no caso. IV. – R.E. conhecido e provido.” (STF, RE-161243-6/DF, 2ª Turma, Rel. Ministro Carlos Veloso, DJ 19.12.1997), disponível em <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur109233/false>, acessado em 6 de julh. De 2022. Precedente do STF: Ag 110.846 (AgRg) – PR, Célio Borja, RTJ 119/465.

<sup>748</sup> TST-RR-119037/2003-900-02-00.0, 3ª Turma, Rel. Ministro Carlos Alberto Reis de Paula, DJ 31.08.2007, disponível na íntegra no site <https://jurisprudencia.tst.jus.br/#915d3e3646bb2eeff7776429da8e26b0>, acessado em 6 de julho de 2022.

<sup>749</sup> Essa decisão tem a seguinte ementa: RECURSO DE REVISTA. GRATIFICAÇÃO POR DISPENSA. ISONOMIA. Esta Corte entende que o princípio constitucional da isonomia tem natureza material e não formal, motivo pelo qual, em princípio, devem ser estendidos ao empregado que se encontra na mesma situação fática os benefícios concedidos apenas a alguns trabalhadores. O pagamento da gratificação por dispensa somente a alguns funcionários, sem a estipulação de nenhum critério objetivo, caracteriza violação do princípio da isonomia, consubstanciado nos artigos 5º, caput, e 7º, XXXII, da Constituição Federal. Recurso de Revista conhecido e provido. (TST-RR-119037/2003-900-02-00.0, 3ª Turma, Rel. Ministro Carlos Alberto Reis de Paula, DJ 31.08.2007) disponível no site <https://jurisprudencia.tst.jus.br/#915d3e3646bb2eeff7776429da8e26b0>, acessado em 6 de julho de 2022.

ser estendido ao empregado, asseverando que o comportamento da empregadora havia violado o direito fundamental do obreiro.

Outra decisão importante em que destacou-se o direito fundamental do empregado foi a resultante do julgamento do processo Ag 1498-12.2011.5.02.0020, da Primeira Turma do Tribunal Superior do Trabalho que teve a relatoria do Ministro Luiz Jose Dezena da Silva.

O caso envolveu empresas seguradoras que exigiam uma análise creditícia dos empregados motoristas sem um motivo relevante que justificasse a conduta perpetrada, sendo, portanto, considerado um procedimento discriminatório e que dificultava o acesso ao emprego.

O conflito entre as partes ensejou o julgamento pelo Tribunal da legalidade do procedimento adotado pelas empresas seguradoras que buscavam verificar a situação creditícia e os antecedentes criminais dos motoristas para fins do deferimento de seguro às empresas de carga.

No centro da controvérsia estava o exame da necessidade da medida adotada pela empresa tendo em vista os interesses da atividade econômica desenvolvida e a sua conformidade com os princípios constitucionais basilares da dignidade humana, da proibição de discriminação e do acesso ao trabalho.

O Ministro relator, na sua decisão, considerou como ato discriminatório a análise creditícia de empregados que concorriam a vagas de motorista, sem apresentação pela empresa de motivo relevante para justificar a diferenciação. Ressaltou ainda que, o procedimento pode obstar ou, ao menos, dificultar o acesso ao emprego, fato que viola direitos fundamentais do trabalhador. Assim, na decisão, o Ministro Luiz Jose Dezena Da Silva entendeu que:

“[...] cabe averiguar se, mesmo no regular exercício de um direito, a empresa não excede os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes, consoante previsão inserta no art. 187 do Código Civil. Em tese, pode configurar prática discriminatória [...]”.<sup>750</sup>

---

<sup>750</sup> Ementa na íntegra: “AGRAVO INTERNO EM RECURSO DE REVISTA. EMPRESAS SEGURADORAS. ANÁLISE CREDITÍCIA DOS MOTORISTAS. DISCRIMINAÇÃO NAS RELAÇÕES DE TRABALHO. Conforme consignado na decisão agravada, é entendimento desta Corte Superior o de que a exigência da análise creditícia dos empregados motoristas das empresas seguradas configura ato discriminatório, já que o procedimento dificulta ou, até mesmo, obsta o acesso ao emprego, sem que haja motivo relevante que justifique a diferenciação perpetrada. Precedentes. Estando a decisão agravada em sintonia com a jurisprudência pacificada nesta Corte Superior, o seguimento do apelo encontra óbice na Súmula n.º 333 do TST e no art. 896, § 7.º, da CLT. Agravo conhecido e não provido.”

(Ag-RR-1498-12.2011.5.02.0020, 1ª Turma, Relator Ministro Luiz Jose Dezena da Silva, DEJT 04/08/2021), disponível em <https://jurisprudencia.tst.jus.br/#8b9d87fd1a567e133b3f4bebf95b4a1f>, acessado em 6 de julho de 2022.

A decisão reconheceu a violação dos direitos fundamentais do empregado devido a discriminação perpetrada pela empresa: “[...] uma vez demonstrada a afronta ao art. 1.º, III e IV, da CF/88, dou provimento ao Agravo de Instrumento para determinar o seguimento do Recurso de Revista [...]”.<sup>751</sup>

Importa fazer menção ao julgamento que envolveu o direito à intimidade e dignidade de trabalhadora e cuja decisão corrobora a aplicação da teoria da eficácia horizontal dos direitos fundamentais. Trata-se da decisão do Tribunal Superior do Trabalho no processo n.º 2195/1999-009-05-0009.

A ação foi proposta por uma trabalhadora que afirmou sofrer revistas diárias pela empregadora e que também era constrangida a trocar de roupas na presença de supervisora da empresa que permanecia nos vestiários.

A empresa alegou a necessidade de rígida fiscalização ligada ao fato de que os produtos comercializados, por serem medicamentos psicotrópicos, de efeitos alucinógenos, possuem grande risco de serem furtados e utilizados na realização de crimes. Acrescentou ainda na época que, o procedimento determinado pela empregadora consistia em mero acompanhamento feito por um trabalhador do mesmo sexo que permanecia no local durante a troca de roupa, sem que nenhum empregado fosse tocado, semelhantemente ao que ocorre em um vestiário coletivo utilizados por desportistas em várias modalidades.

No entanto, na decisão o relator considerou irrelevante o fato da supervisão ser feita por pessoa do mesmo sexo, pois no seu entendimento, o constrangimento persiste, ainda que em menor intensidade. Segundo o Ministro, a mera exposição do corpo do empregado e visualização, mesmo que parcial, configura invasão à intimidade, sendo desnecessário o contato físico entre o supervisor e os empregados, configurando o que denominou de revista visual.

No acórdão, a Primeira Turma do TST deu provimento ao Recurso de Revista para condenar a empresa ao pagamento de indenização por dano moral, reconhecendo a eficácia dos direitos fundamentais nas relações laborais.

Nas palavras do relator Ministro João Oreste Dalazen:

---

<sup>751</sup> Ag-RR-1498-12.2011.5.02.0020, 1ª Turma, Relator Ministro Luiz Jose Dezena da Silva, DEJT 04/08/2021), disponível em <https://jurisprudencia.tst.jus.br/#8b9d87fd1a567e133b3f4bebf95b4a1f>, acessado em 6 de julho de 2022. No mesmo sentido, os precedentes: RR-10-57.2015.5.09.0094, relator Ministro José Roberto Freire Pimenta, 2ª Turma, DEJT 24/11/2017; RR-209-39.2011.5.05.0027, relator Ministro Alexandre de Souza Agra Belmonte, 3ª Turma, Data de DEJT 2/12/2016; RR-14200-19.2008.5.15.0089, 6ª Turma, relator Ministro Augusto Cesar Leite de Carvalho, DEJT 14/2/2020.

“[...] seja para desencorajar o furto, seja para impedir que substâncias psicotrópicas alcancem a sociedade, a supervisão, nos termos em que exercida pela Empresa, não encontra amparo legal. Penso que nem em nome da defesa do patrimônio, tampouco por interesse supostamente público, pode-se desrespeitar a dignidade humana [...]”.<sup>752</sup>

Ressaltou ainda que, a tese utilizada na decisão tem como base a teoria da eficácia horizontal dos direitos fundamentais ou «Drittwirkung der Grundrechte», concebida pelo alemão Hans Carl Nipperdey, já na década de 50 do século passado.

O relator acrescentou que a doutrina se posiciona no sentido de plena aplicabilidade no caso concreto: “[...] a garantia fundamental inscrita no inciso X do art. 5º da Constituição Federal há de pautar as relações de emprego, máxime no tocante à imposição de limites ao poder de fiscalização e controle conferido ao Empregador [...]”.<sup>753</sup>

No entendimento do Tribunal, a conduta da empresa, apesar de não constituir uma revista pessoal, constituiu um real desrespeito à intimidade da empregada e uma violação de direitos consagrados na Constituição que devem ser tutelados pelo poder judiciário, sobretudo os da dignidade da pessoa, eleita como um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito. Portanto, a empresa foi condenada à indenização por dano moral, com fundamento na proteção da dignidade humana, na proibição de tratamento desumano e degradante e na inviolabilidade da intimidade e da honra, todos os direitos consagrados na Lei Maior.

No que tange aos argumentos da empresa, o Tribunal afirmou que seria possível exercer o controle dos medicamentos de forma menos agressiva aos direitos dos empregados, com o uso de outras medidas como o controle numérico dos medicamentos; o monitoramento

---

<sup>752</sup> Ementa do TST na íntegra: “DANO MORAL. PRESENÇA DE SUPERVISOR NOS VESTIÁRIOS DA EMPRESA PARA ACOMPANHAMENTO DA TROCA DE ROUPAS DOS EMPREGADOS. REVISTA VISUAL.” 1. Equivale à revista pessoal de controle e, portanto, ofende ao direito à intimidade do empregado a conduta do empregador que, excedendo os limites do poder diretivo e fiscalizador, impõe a presença de supervisor ainda que do mesmo sexo, para acompanhar a troca de roupa dos empregados no vestiário. 2. O poder de direção patronal está sujeito a limites inderrogáveis, como o respeito à dignidade do empregado e à liberdade que lhe é reconhecida no plano constitucional; 3. Irrelevante a circunstância de a supervisão ser empreendida por pessoa do mesmo sexo, uma vez que o constrangimento persiste, ainda que em menor grau. A mera exposição, quer parcial, quer total, do corpo do empregado, caracteriza grave invasão à sua intimidade, traduzindo incursão em domínio para o qual a lei franqueia o acesso somente em raríssimos casos e com severas restrições, tal como se verifica até mesmo no âmbito do direito penal - art. 5º, XI e XII, da CF; 4. Despiciendo, igualmente, o fato de inexistir contato físico entre o supervisor e os empregados, pois a simples visualização de partes do corpo humano, pela supervisora, evidencia a agressão à intimidade da Empregada; 5. Tese que se impõe à luz dos princípios consagrados na Constituição da República, sobretudo os da dignidade da pessoa, erigida como um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito (art. 1º, inciso III), da proibição de tratamento desumano e degradante (art. 5º, inciso III) e da inviolabilidade da intimidade e da honra (art. 5º, inciso X); 6. Recurso de revista de que se conhece e a que se dá provimento para julgar procedente o pedido de indenização por dano moral. (Proc.: E-RR – 219500-18.1999.5.05.0009. Data de Julgamento: 09/06/2004, relator Min. João Oreste Dalazen, 1ª Turma, Data de Publicação: DJ 09/07/2004). Disponível na íntegra em <https://jurisprudencia.tst.jus.br/#7804b65d752f17003b58f1b2165545f8>, acessado em 6 de julho de 2022.

<sup>753</sup> Disponível na íntegra em <https://jurisprudencia.tst.jus.br/#7804b65d752f17003b58f1b2165545f8>, acessado em 6 de julho de 2022.

por meio de câmeras de vídeo nos ambientes em que há manipulação dos produtos; ou a verificação contábil mais detalhada do estoque.

Não se pode olvidar que o empregador é também titular de direitos fundamentais, dentre os quais, o direito à propriedade e à livre iniciativa na gestão do seu empreendimento. Contudo, o poder de direção e fiscalização do empregador é limitado, haja vista que o exercício do direito de propriedade está atrelado a sua função social, o que impõe, à partida, o respeito à intimidade, à vida privada e à honra dos trabalhadores.<sup>754</sup>

Ainda na seara da intimidade e privacidade dos trabalhadores, cumpre trazer decisão recente e unânime dos Ministros da Sexta Turma do Tribunal Superior do Trabalho que negou provimento ao agravo de instrumento interposto contra decisão do Tribunal Regional do Trabalho relativa à indenização por danos morais devido à instalação de câmeras de vigilância nos vestiários dos empregados, tendo como fundamento a dignidade da pessoa humana e a privacidade dos empregados.

A decisão da Corte no processo, sobre a relatoria da Ministra Kátia Magalhães Arruda, enfatizou que o princípio da dignidade da pessoa humana, fundamento da República do Brasil e regra matriz do direito à indenização por danos morais conforme art. 5º, X, da Constituição Federal de 1988, impõe-se contra a conduta abusiva do empregador no exercício do poder de direção a que se refere o art. 2º da Consolidação das Leis do Trabalho – CLT-, o qual abrange os poderes de organização, disciplinar e de fiscalização.<sup>755</sup>

Segundo a decisão, embora o empregador possa adotar medidas de segurança, não se admite a conduta que invada a privacidade dos empregados. Portanto, em regra, não se

---

<sup>754</sup> No contrato de trabalho é comum que o empregador, a pretexto de proteger o seu patrimônio, se utilize da revista pessoal de controle ou revista íntima. Não obstante, essa prática é considerada ofensiva da intimidade e da dignidade do empregado, consoante ilustram vários precedentes, dentre os quais destacam-se: RR-641.571/2000, 4ª Turma, D.J. de 21/02/2003, relator Ministro Antônio José de Barros Levenhagen; RR-360.902/1997, 2ª Turma, D.J. de 08/06/2001, relator Ministro Vantuil Abdala; RR-533.779/1999, 2ª Turma, D.J. de 06/02/2004, relator Juiz Convocado Samuel Corrêa Leite; RR-512.905/1998, 2ª Turma, D.J. de 07/02/2003, relator Juiz Convocado José Pedro de Camargo; RR-426.712/1998, 5ª Turma, D.J. de 25/10/2002, relator Juiz Convocado Walmir Oliveira da Costa; e RR-577.297/1999, 1ª Turma, D.J. 21/11/2003, relator Juiz Convocado Aloysio Corrêa da Veiga. No mesmo sentido os processos: “RECURSO DE REVISTA. DANO MORAL. REVISTA EM BOLSAS E PERTENCES PESSOAIS NA ENTRADA E NA SAÍDA DO EMPREGADO. ETIQUETAGEM DE PRODUTOS PESSOAIS. ABUSIVIDADE. ÔNUS DA PROVA. (Proc.: RR-145600-81.2009.5.19.0002. Data de Julgamento: 09/11/2011, relator Min. Aloysio Corrêa da Veiga, 6ª Turma, Data de Publicação: DEJT 18/11/2011).” “COLISÃO DE DIREITOS E PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS. LIBERDADE DE INICIATIVA E DIRETO À PRIVACIDADE. EXCESSOS DE PODER DO EMPREGADOR. EMPREGADOS SUBMETIDOS À SITUAÇÃO VEXATÓRIA E HUMILHANTE EM VISTORIA DENTRO DA EMPRESA. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. VIABILIDADE (Proc.: RR – 578399-36.1999.5.03.5555. Data de Julgamento: 10/03/2004, relator Juiz Convocado: José Antônio Pancotti, 4ª Turma, data de Publicação: DJ 02/04/2004).”

<sup>755</sup> Ag-AIRR-11204-36.2015.5.01.0075, 6ª Turma, relatora Ministra Kátia Magalhães Arruda, DEJT 21/05/2021. O texto integral do Acórdão pode ser compulsado em <https://jurisprudencia.tst.jus.br/#d09aeda61495b1fcdca5ea1e261346f4>, acessado em 15 de jun. de 2022.

pode admitir a instalação de câmeras de vigilância em vestiários. Isso porque estes locais estão protegidos pelo direito à privacidade, bem como, e mais especificamente pelo direito à intimidade, porquanto os empregados ali transitam em roupas íntimas.

O entendimento da Corte é de que a instalação de câmeras em área destinada à privacidade dos empregados não se justifica, de modo que o monitoramento invade a privacidade e a intimidade, constringendo os trabalhadores e ferindo-lhes a dignidade.

A Ministra, na decisão, ressaltou que a vigilância eletrônica, por meio do circuito interno de monitoramento, é admissível no âmbito laboral desde que realizada com cautela. No entanto, não se admite o monitoramento no banheiro e no vestiário, locais em que a instalação de câmeras de vídeo ofende a privacidade e a intimidade do obreiro, direitos devidamente resguardados pelo art. 5º, X, da Constituição Federal.

Portanto, segundo o entendimento defendido pelo Tribunal, o mero monitoramento no vestiário é por si só capaz de configurar lesão aos direitos fundamentais dos trabalhadores, razão pela qual a empresa deve ser condenada ao pagamento da indenização por danos morais ao empregado.<sup>756</sup>

Os poderes privados são capazes de violar os direitos fundamentais nas relações entre particulares. No contrato de trabalho, essa possibilidade é alargada, visto que há uma relação de poder e hierarquia. Assim, não obstante, possa o empregador, detentor do poder diretivo instituir limites e restrições ao trabalhador em prol do desenvolvimento da empresa, estes devem estar em consonância com os direitos laborais específicos dos trabalhadores e com os seus direitos enquanto pessoa no local de trabalho, direitos imprescindíveis para uma vida digna.

Nesse sentido, é vedado ao empregador abusar do seu poder em contrariedade à função social da propriedade e, os julgadores devem, perante os conflitos laborais que envolvam direitos, ponderar e decidir de acordo com o princípio da proporcionalidade, priorizando a dignidade humana.

Importa ressaltar que, atualmente, os empregadores possuem diversas formas de exercer controle e vigilância, pois os avanços tecnológicos propiciaram o surgimento de novas formas de controle que juntamente com as tecnologias digitais encontradas no local de

---

<sup>756</sup> Portanto, o posicionamento do TST é de que a instalação de câmeras de vigilância em banheiros e vestiários de empregados viola a dignidade do empregado, pois configura invasão de privacidade e intimidade ensejando o pagamento de reparação por danos morais conforme se abstrai de alguns Precedentes. (RR-24457-06.2017.5.24.0003, 2ª Turma, relator Ministro Jose Roberto Freire Pimenta, DEJT 25/10/2019; RR-1074-28.2016.5.05.0014, 6ª Turma, relatora Ministra Katia Magalhaes Arruda, DEJT 23/11/2018 e RR-1793-64.2016.5.12.0030, 8ª Turma, relatora Ministra Dora Maria da Costa, DEJT 25/10/2019.

trabalho sujeitam os trabalhadores ao monitoramento durante toda a jornada de trabalho, bem como na sua vida privada.

Diante do contexto atual de rápidas mudanças oriundas do avanço tecnológico e da globalização, os operadores do direito devem buscar soluções para os novos conflitos sociais que emergem das relações entre os indivíduos. O caso a seguir apresentado diz respeito às novas formas de prestar trabalho.

Trata-se do acórdão de 22 de setembro de 2022 sobre a «uberização»<sup>757</sup> das relações de trabalho. Os Desembargadores integrantes da 8ª Turma do Tribunal Regional da 4ª Região, no processo n.º 0020750-38.2020.5.04.0405 RORSUM, analisaram o caso que envolveu a empresa Uber e um motorista que pediu o reconhecimento da existência de relação de emprego, alegando estar fraudada por meio de algoritmos.<sup>758</sup>

Na decisão, o relator Marcelo José Ferlin D'Ambrosio destacou que as «novas formas» de relação de trabalho nas plataformas digitais trazidas pelo avanço das tecnologias e do trabalho digital apresentam os mesmos elementos caracterizadores da relação de emprego, dissimulados e encobertos por subterfúgios a fim de dificultar a caracterização na casuística das figuras do empregador e do empregado. Segundo o relator, o primeiro passou a ser chamado de gestor ou facilitador, enquanto o último assume a posição de microempreendedor de si mesmo.

No entendimento do relator a relação de emprego existe:

“[...]no capitalismo de plataforma, gig economy, crowdwork, trabalho digital, etc., operam figuras derivadas da quarta revolução industrial (a tecno-informática) que pretensamente criariam ‘novas formas’ de relações de trabalho quando, na verdade, os elementos que as compõem são exatamente os mesmos de uma relação de emprego [...]”.<sup>759</sup>

Na decisão, o relator atestou o fato de que, nessas relações, a forma de prestar trabalho continua fundada na exploração por conta alheia, tendo em vista que os meios de produção permanecem na propriedade das plataformas digitais.

Por fim, asseverou que os direitos e garantias fundamentais do trabalhador são totalmente aviltados mediante o método fraudulento de engenharia informática usado para

---

<sup>757</sup> O termo «Uberização» está relacionado com a precarização das relações de trabalho e que atinge diretamente a dignidade do trabalhador.

<sup>758</sup> Disponível na íntegra em <https://pje.trt4.jus.br/segundograu/Processo/ConsultaDocumento/listView.seam?nd=21053110025230900000055738951>, acessado em 17 de jun. de 2022.

<sup>759</sup> “[...] novo método fraudulento de engenharia informática para mascarar a relação de emprego. Sentença reformada e vínculo empregatício reconhecido [...]”. EMENTA UBER E RELAÇÃO DE EMPREGO. MÁSCARA DE VÍNCULO. FRAUDE POR MEIO DE ALGORITMOS, disponível na íntegra em <https://pje.trt4.jus.br/segundograu/Processo/ConsultaDocumento/listView.seam?nd=21053110025230900000055738951>, acessado em 17 de jun. de 2022.

mascarar a relação de emprego: “[...] a fraude emprestada e aperfeiçoada pelo algoritmo que tenta (e muitas vezes com sucesso), confundir as pessoas para elidir o respeito aos Direitos Humanos do Trabalho e descumprir a legislação social [...]”.<sup>760</sup>

Os Desembargadores, por unanimidade, reconheceram a existência de relação de emprego entre o motorista e a Uber e a violação de direitos fundamentais do trabalhador, bem como a má utilização do processo do trabalho pela lesão massiva de direitos sociais, condenando a empresa Uber no pagamento de indenização por dano social, a ser revertida a entidade pública ou filantrópica a critério do Ministério Público do Trabalho.

Segundo o entendimento dos julgadores, restou caracterizado o intuito de fragilizar as condições de trabalho, o que viola diretamente a dignidade do trabalhador, os direitos sociais consagrados na Lei Maior e ainda preceitos do Estado Democrático de Direito concernentes à função social da propriedade e aos valores sociais do trabalho. Assim se apreende do trecho do acórdão transcrito: “[...] o descumprimento de normas trabalhistas, em qualquer grau, gera benefícios competitivos à empregadora e prejuízos a direitos fundamentais das pessoas trabalhadoras e para toda a sociedade [...]”.<sup>761</sup>

Na sociedade desigual brasileira, um dos maiores desafios enfrentados está em assegurar um país mais justo no que tange às questões laborais. O advento da nova economia voltada para a redução dos custos através de plataformas digitais e economia partilhada ou colaborativa tem intensificado os conflitos na seara do Direito do Trabalho. A modernização nas formas de exploração humana tem precarizado ainda mais os direitos dos trabalhadores.

Um caso que teve grande notoriedade e repercussão social no Brasil, por envolver direitos fundamentais de trabalhadores, diz respeito ao conflito instaurado entre dois empregados e a empresa Walmart nos processos RR-122600-60.2009.5.04.0005 e RR-1102-84.2012.5.08.0003. Na ocasião discutiu-se, entre outras questões, a configuração do dano moral proveniente da despedida por justa causa fundada na existência de relacionamento

---

<sup>760</sup> Disponível na íntegra em <https://pje.trt4.jus.br/segundograu/Processo/ConsultaDocumento/listView.seam?nd=21053110025230900000055738951>, acessado em 17 de jun. de 2022.

<sup>761</sup> Disponível na íntegra em <https://pje.trt4.jus.br/segundograu/Processo/ConsultaDocumento/listView.seam?nd=21053110025230900000055738951>, acessado em 17 de jun. de 2022. No mesmo sentido: Processo nº 0011710-15.2019.5.15.0032. Recurso Ordinário. Recorrente: Rogerio Adriano Venancio Martins. Recorrido: Uber do Brasil Tecnologia Ltda. Origem: 2ª Vara do Trabalho de Campinas, TRT da 15ª Região, 6ª Turma, relatora Exmo. João Batista Martins César, 20/04/2021) e Processo 0101291-19.2018.5.01.0015 (ROT). Recorrente: Erica Abade Rodrigues Recorrido: Uber do Brasil Tecnologia Ltda., Uber International B.v., Uber International Holding B.v. relatora: Exma. Desembargadora Carina Rodrigues Bicalho, 7ª Turma, TRT da 1ª Região, 09/07/21.

amoroso entre empregados, firmado em contrariedade ao código de ética da empresa que proibia tal conduta.

No julgamento não houve por parte da empresa Walmart a alegação de prejuízos ou de má-conduta dos empregados. A dispensa por justa causa foi aplicada pela empresa exclusivamente pelo fato de que os trabalhadores mantinham um relacionamento amoroso, ou seja, pelo descumprimento da norma regulamentar interna da empresa, unilateralmente instituída, que proibia qualquer forma de relacionamento amoroso entre os seus empregados não somente no local de trabalho, mas também fora deste.

Na decisão, relativamente ao primeiro processo, a Corte ressaltou a importância da aplicação dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, corroborando a tese de que os poderes privados podem violar os direitos, precipuamente nas relações assimétricas, como é o caso das relações laborais, em que há sujeição ou hipossuficiência jurídica, econômica ou social, conforme se infere do trecho retirado da decisão:

“ [...] a consagração da denominada eficácia horizontal dos direitos fundamentais ou a sua eficácia na esfera do Direito Privado ou entre particulares, instrumento mediante o qual o Poder Judiciário atua para limitar o exercício arbitrário ou abusivo do poder por particulares que atinja os direitos fundamentais daqueles com os quais estes se relacionam [...]”.<sup>762</sup>

Na oportunidade o relator Ministro Roberto Freire Pimenta destacou que, atualmente, não há dúvidas quanto à aplicabilidade direta e imediata dos direitos fundamentais em geral no âmbito das relações trabalhistas:

“[...] a doutrina contemporânea reconhece e proclama que os direitos fundamentais não são como os chapéus que se deixam na entrada do local de trabalho, eis que tais direitos, assim como as cabeças, não podem ser separados da pessoa humana em nenhum lugar, sob nenhuma circunstância [...]”.<sup>763</sup>

Assim, a Segunda Turma do TST, no RR-122600-60.2009.5.04.0005<sup>764</sup>, por maioria, deu provimento ao recurso de revista, interposto pelo empregado, para julgar procedente o

---

<sup>762</sup> Importa ressaltar que a Corte, na decisão, utilizou-se da teoria da aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais tendo em vista a existência de uma relação assimétrica e de “poderes privados”. Acórdão disponível na íntegra em <https://jurisprudencia.tst.jus.br/#2f22e70edbab50d00c983fc1e67ede29>, acessado em 7 de julho de 2022.

<sup>763</sup> Acórdão disponível na íntegra em <https://jurisprudencia.tst.jus.br/#2f22e70edbab50d00c983fc1e67ede29>, acessado em 7 de julho de 2022.

<sup>764</sup> Disponível na íntegra em <https://jurisprudencia.tst.jus.br/#2f22e70edbab50d00c983fc1e67ede29>, acessado em 7 de julho de 2022. Transcreve-se parte da Ementa: “AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA. DANO MORAL – NÃO CARACTERIZAÇÃO. Ante a razoabilidade da tese de violação dos artigos 5º, X, da Constituição Federal e 927 do Código Civil, recomendável o processamento do recurso de revista, para exame da matéria veiculada em suas razões. Agravo provido. RECURSO DE REVISTA. DANO MORAL. NORMA REGULAMENTAR QUE PROÍBE O RELACIONAMENTO AMOROSO ENTRE EMPREGADOS. ABUSO DO PODER DIRETIVO DA RECLAMADA. INOBSERVÂNCIA DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E DO DIREITO À LIBERDADE. VIOLAÇÃO DOS ARTIGOS 5º, INCISO X, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL E 927 DO CÓDIGO CIVIL CARACTERIZADA. A partir da

pedido de pagamento de indenização por danos morais por violação aos artigos 5º, X, da Constituição federal e 927 do Código Civil.

No acórdão foi reconhecida a agressão a direitos fundamentais e reformada a decisão regional, sendo restabelecida a decisão de primeiro grau que havia julgado procedente o pedido inicial de condenação da reclamada, manifestamente violadora da dignidade dos seus empregados.

No mesmo sentido, no processo RR-1102-84.2012.5.08.0003<sup>765</sup> a Segunda Turma do TST entendeu que a norma regulamentar proibitiva de relacionamentos amorosos entre os seus empregados, estabelecida pela empresa violou o artigo 5º, II, da Constituição Federal, tendo em vista que pretendeu tornar ilícito, no local da empresa, um comportamento que a própria Lei Maior não proíbe e até mesmo assegura no artigo 226º referente à proteção da entidade familiar. Portanto, restou configurado o abuso do poder diretivo do empregador, nomeadamente ao dispensar a empregada por justa causa com fundamento na norma regulamentar referida, violando o seu patrimônio moral.

Assim, segundo o posicionamento do TST os fatos configuraram uma invasão não justificada ao patrimônio moral de cada empregado e da sua liberdade. Afinal o trabalhador na

---

segunda metade do século XX, consolidou-se a percepção de que também os denominados poderes privados podem vulnerar os direitos fundamentais das pessoas com as quais mantêm relações jurídicas, principalmente naquelas de natureza assimétrica, em que um dos polos está em estado de sujeição ou é hipossuficiente do ponto de vista jurídico, econômico ou social. Daí a consagração da denominada eficácia horizontal dos direitos fundamentais ou a sua eficácia na esfera do Direito Privado ou entre particulares, instrumento mediante o qual o Poder Judiciário atua para limitar o exercício arbitrário ou abusivo do poder por particulares que atinja os direitos fundamentais daqueles com os quais estes se relacionam. Também não cabe, hoje, nenhuma dúvida quanto à aplicabilidade direta e imediata dos direitos fundamentais em geral no âmbito das relações trabalhistas [...].” (RR-122600-60.2009.5.04.0005, 2ª Turma, Redator Ministro José Roberto Freire Pimenta, DEJT 08/08/2014).

<sup>765</sup> Processo disponível na íntegra em <https://jurisprudencia.tst.jus.br/#2f22e70edbab50d00c983fc1e67ede29>, acessado em 7 de julho de 2022. Transcreve-se parte da Ementa: “RECURSO DE REVISTA DO AGRAVO DE INSTRUMENTO PROVIDO. JUSTA CAUSA NÃO CARACTERIZADA. DANO MORAL. NORMA REGULAMENTAR QUE PROÍBE O RELACIONAMENTO AMOROSO ENTRE EMPREGADOS. ABUSO DO PODER DIRETIVO DA RECLAMADA. INOBSERVÂNCIA DOS PRINCÍPIOS DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E DO DIREITO À LIBERDADE. A partir da segunda metade do século XX, consolidou-se a percepção de que também os denominados “poderes privados” podem vulnerar os direitos fundamentais das pessoas com as quais mantêm relações jurídicas, principalmente naquelas de natureza assimétrica, em que um dos polos está em estado de sujeição ou é hipossuficiente do ponto de vista jurídico, econômico ou social. Daí a consagração da denominada eficácia horizontal dos direitos fundamentais ou a sua eficácia na esfera do Direito Privado ou entre particulares, instrumento mediante o qual o Poder Judiciário atua para limitar o exercício arbitrário ou abusivo do poder por particulares que atinja os direitos fundamentais daqueles com os quais estes se relacionam. Também não cabe, hoje, nenhuma dúvida quanto à aplicabilidade direta e imediata dos direitos fundamentais em geral no âmbito das relações trabalhistas. Afinal, a doutrina contemporânea reconhece e proclama que “os direitos fundamentais não são como os chapéus que se deixam na entrada do local de trabalho, eis que tais direitos, assim como as cabeças, não podem ser separados da pessoa humana em nenhum lugar, sob nenhuma circunstância.” Discute-se, no caso, a configuração do dano moral decorrente da despedida por justa causa em razão de relacionamento amoroso entre os empregados da empresa ré [...].” (RR-1102-84.2012.5.08.0003, 2ª Turma, Relator Ministro Jose Roberto Freire Pimenta, DEJT 03/06/2016).

qualidade de empregado, não deixa de ser pessoa humana e não pode ser proibido de ter envolvimento amoroso com seus colegas de trabalho, haja vista os relacionamentos sejam inerentes à natureza humana.

Na ocasião foi comprovado que a dispensa por justa causa ocorreu com base tão-somente na proibição estabelecida pela empresa e que essa norma é considerada excessiva e irrazoável, ou seja, sem fundamento racional, o que não está de acordo com o princípio da proporcionalidade. Os empregados nas suas relações laborais são pessoas e como tais, suscetíveis a sentimentos ou afetos. “Aliás, o Direito, sabe-se, regula condutas, não sentimentos.”<sup>766</sup>

Portanto, a decisão da Corte, em ambos os processos, considerou que os direitos fundamentais dos empregados foram vilipendiados pela conduta da empresa, mais especificamente a dignidade da pessoa humana e a liberdade, visto que foram instituídas restrições à vida pessoal da trabalhadora de forma desproporcional e injustificada.

Ademais a vida privada dos trabalhadores não comprometeu a prestação do trabalho e nem houve um comportamento por parte dos mesmos que pudesse causar danos ou perturbação ao normal funcionamento da empresa. Não se pode olvidar que a compressão dos direitos dos obreiros deve estar limitada ao necessário para salvaguardar os direitos do empregador constitucionalmente tutelados, e deve ser feita segundo critérios de proporcionalidade e adequação.

Assim, em 2016, na decisão que teve como relator o Ministro Roberto Freire Pimenta, por unanimidade, os Ministros da Segunda Turma do Tribunal Superior do Trabalho, reconheceram a demissão sem justa causa da empregada e a empresa foi condenada ao pagamento das verbas rescisórias correspondentes e indenização por danos morais.

No acórdão, o relator deu ênfase à violação de direitos fundamentais: “[...] este caso em análise é expressivo exemplo de que os direitos fundamentais de quaisquer pessoas empregadas também estão sujeitos a graves violações no âmbito das relações de trabalho [...]”.<sup>767</sup>

Para João Leal Amado, é certo que um relacionamento amoroso entre trabalhadores da mesma empresa pode ensejar problemas. Todavia, a perturbação deverá ser alegada e provada. No caso em análise, não houve conduta da empresa nesse sentido, mas tão-somente a alegação de que os empregados haviam violado as regras da empresa.

---

<sup>766</sup> Cfr. AMADO, **Trabalhar e Amar**, 2019, p. 39.

<sup>767</sup> Cfr. Processo disponível na íntegra em <https://jurisprudencia.tst.jus.br/#2f22e70edbab50d00c983fc1e67ede29>, a cedido em 7 de julho de 2022.

Amado assevera ainda a importância de que os direitos fundamentais dos trabalhadores sejam ponderados no caso concreto:

“[...] dir-se-ia que a privacidade e a liberdade da pessoa ‘sobretudo no que aos afetos, ao amor e ao sexo diz respeito’ são bens mais valiosos do que a eficiência empresarial ou a reputação da correspondente estrutura hierárquica [...]”.<sup>768</sup>

A análise da jurisprudência brasileira demonstra que a teoria da aplicabilidade horizontal dos direitos fundamentais é de suma importância para as diversas áreas do direito, notadamente no âmbito das relações de trabalho na qual a pessoa do trabalhador se encontra num contexto de subordinação jurídica e devam ser mantidos todos os direitos dos quais são titulares as demais pessoas. Referida subordinação repercute na liberdade do trabalhador, contraente mais débil, sem olvidar a possibilidade de compressão dos seus direitos, como visualiza-se no caso da invasão da sua esfera pessoal.

O legislador português, ciente dessa importância, optou por assegurar os direitos de personalidade de ambos os sujeitos contratuais, visando tutelar os direitos fundamentais inespecíficos na relação de trabalho. Assim, a aplicabilidade desses direitos nas relações laborais é feita através da lei.<sup>769</sup>

O Direito do Trabalho, no ordenamento jurídico português, tem como princípio orientador a proteção do trabalhador e objetiva promover a igualdade e a defesa dos direitos de personalidade do trabalhador, embora tendo em vista a preservação da liberdade de gestão empresarial. Segundo Júlio Vieira Gomes,

“os direitos de personalidade são mais do que meros limites externos aos poderes do empregador – eles assumem-se como verdadeiros limites internos, que exigem a proteção do trabalhador em todos os domínios da sua pessoa, quer físicos, quer quanto à sua dignidade”.<sup>770</sup>

O artigo 16º do Código de Trabalho português estabelece a proteção ao direito à reserva da intimidade e da vida privada do empregador e trabalhador.<sup>771</sup> Contudo, cumpre lembrar que empregado e empregador estão em patamares contratuais diferentes, devido à condição de subordinação assumida pelo trabalhador.

---

<sup>768</sup> AMADO, **op. cit.**, 2019, p. 49-50.

<sup>769</sup> Os direitos de personalidade dos trabalhadores já encontravam proteção nos artigos 24º e seguintes da Constituição da República portuguesa; nos artigos 70º e seguintes do Código Civil; bem como Código Penal, especificamente na previsão de crimes de ofensa à integridade física, devassa da vida privada, entre outros. Na subseção II do Código do Trabalho, nos artigos 14º a 22º encontram-se dispostos os direitos de personalidade do empregado e do empregador. O legislador português reproduziu normas de direitos fundamentais facilitando a sua aplicação nas relações laborais. Assim, muitas das decisões judiciais são fundamentadas na legislação, prescindindo da incidência direta das normas constitucionais, não obstante essa incidência possa ter lugar.

<sup>770</sup> Cf. GOMES, Júlio Manuel Vieira, **Direito do Trabalho**, Vol. I, Relações Individuais de Trabalho. Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p. 267-268.

<sup>771</sup> O art. 12º da Declaração Universal dos Direitos do Homem trata da proteção da vida privada, bem como o art. 8º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem trata do Direito ao respeito pela vida privada e familiar.

Assim, conflitos que envolvem a vida privada do trabalhador e o poder de controle e vigilância do empregador aparecem com frequência nos Tribunais, exigindo que o julgador, a fim de tutelar os direitos, proceda em cada caso concreto à ponderação dos fatos e interesses envolvidos.

No acórdão de 11 de julho de 2019 do Tribunal da Relação de Lisboa, referente ao processo 15070/18.T8LSB.L1-4<sup>772</sup>, sob a relatoria da Desembargadora Filomena Manso, foi analisado um caso relevante que envolveu a vida privada de uma trabalhadora.

A controvérsia instaurou-se devido ao despedimento de uma funcionária da limpeza com fundamento na justa causa aplicada pelo empregador por violar os deveres laborais ao enviar através da sua página pessoal da rede social do Facebook uma mensagem injuriosa de conteúdo ofensivo e ameaçador a uma aluna do estabelecimento de ensino Instituto Superior de Ciências Policiais e Segurança Interna, onde prestava serviços.

O estabelecimento de ensino insatisfeito com o comportamento da funcionária da entidade prestadora de serviços, dirigiu-se ao setor de reclamação da empresa relatando o ocorrido e exigindo a sua imediata substituição sob pena de cessação do contrato firmado entre o cliente e a entidade empregadora.

O Tribunal analisou em sede de apelação se, no caso apresentado, o poder disciplinar do empregador podia sancionar a empregada com despedimento por justa causa, devido a um comportamento extralaboral, isto é, fora do tempo e local de trabalho.

A decisão, por unanimidade, confirmou a sentença e a ilicitude da justa causa aplicada, visto que a mensagem foi enviada num sábado, dia em que a empregada não estava a serviço da empresa, configurando uma mensagem de cunho pessoal, havendo a expectativa de privacidade que justifica a tutela. A relatora deu ênfase à importância da tutela dos direitos fundamentais dos trabalhadores, conforme se empreende do trecho a seguir:

“[...] importa saber qual a relevância que essa mensagem é susceptível de ter no âmbito da sua esfera profissional. Estabelece o art. 26, nº 1 da CRP que ‘A todos são reconhecidos os direitos à identidade pessoal, à capacidade civil, à cidadania, ao bom nome e reputação, à imagem, à palavra e à reserva da vida privada’ [...].”<sup>773</sup>

Assim, segundo o entendimento do Tribunal, a conduta do trabalhador que não perturbe a execução da prestação laboral pretendida não constitui justa causa de

---

<sup>772</sup> Disponível em [www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/974eaa48f5719bc3802584390032b39f](http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/974eaa48f5719bc3802584390032b39f), acedido em 7 de julho de 2022.

<sup>773</sup> Disponível em [www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/974eaa48f5719bc3802584390032b39f](http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/974eaa48f5719bc3802584390032b39f), acedido em 7 de julho de 2022.

despedimento, mesmo quando os comportamentos do empregado na sua vida privada sejam levianos.

Os atos havidos na sua vida extraprofissional não poderão ser valorados, mas tão-somente os danos produzidos no seio da empresa ou na relação de confiança entre empregador e empregado. Portanto, a apreciação do Tribunal recaiu sobre a perturbação criada na esfera laboral: “[...] respeitando a mensagem em questão à vida privada da trabalhadora não poderá ser valorada em si mesma, havendo apenas que apurar qual a dimensão em que se projecta aquela conduta no contexto da relação laboral [...]”.<sup>774</sup>

O poder diretivo do empregador não pode ofender a dignidade do empregado e o pleno gozo dos direitos fundamentais conferidos pela Lei maior. O que poderá ser objeto de análise pelo julgador e eventualmente sancionado são os danos causados pelo comportamento não diligente ou excessivo do trabalhador, responsável por afetar a prestação laboral.

No acórdão do Tribunal, ficou designado que a sanção de despedimento se revelou excessiva e ilícita, mormente quando analisados os reflexos que a conduta provocou no âmbito laboral, e, por serem considerados não graves em si mesmo e nas suas consequências, não são capazes de justificar a aplicação da sanção de despedimento.

Outro direito fundamental protegido pelo legislador, no âmbito laboral, é o direito à liberdade de expressão e de opinião, consagrado no art. 14º do CT. O referido direito encontra-se no art. 37º da Constituição portuguesa.

Na relação de trabalho, não são raros os casos em que os direitos à privacidade e à liberdade de expressão dos trabalhadores se chocam com os direitos dos empregadores, precipuamente no contexto atual da era da informação e do mundo digitalizado. A

---

<sup>774</sup> Disponível em [www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/974eaa48f5719bc3802584390032b39f](http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/974eaa48f5719bc3802584390032b39f), acessado em 7 de julho de 2022. Sumário transcrito na íntegra: “I- Os actos da vida privada do trabalhador não podem ser valorados em si mesmo, mas apenas nos reflexos que estes possam ter na estrutura empresarial ou na relação de confiança entre trabalhador e empregador. II- A mensagem que uma trabalhadora de limpeza envia, via Facebook, por chat, para uma aluna que frequenta um estabelecimento de ensino, que é cliente da empregadora, fora do tempo e do local de trabalho, a respeito de assuntos pessoais, é um acto da vida privada da trabalhadora. III- Contendo aquela mensagem ameaças de divulgação de um assunto da vida privada da aluna junto dos utentes desse estabelecimento, o que motivou uma queixa da aluna junto desse estabelecimento que, por sua vez, apresentou uma reclamação junto da prestadora de serviços, empregadora da Autora, que exigiu a substituição da trabalhadora, sob pena de pôr em causa a continuidade do contrato, tal conduta constitui um ilícito disciplinar, por violação do dever de lealdade, que obrigava a trabalhadora a não assumir condutas susceptíveis de pôr em crise os interesses empresariais da Ré. IV- Circunscrevendo-se os danos projectados por tal conduta na esfera profissional à aludida reclamação, não tendo ficado provado que a mesma conduta afectou a execução do contrato, ou que a mesma tenha provocado medo ou constrangimento à aluna, até pelo tempo que mediou entre o recebimento da mensagem e a queixa efectuada junto do estabelecimento de ensino, entende-se desajustada a aplicação de uma sanção expulatória, pelo que o despedimento é ilícito”.

controvérsia, muitas das vezes, paira sobre o conteúdo digital divulgado nos blogs pessoais e nas redes sociais dos trabalhadores e os seus reflexos negativos na atividade empresarial.<sup>775</sup>

O direito à liberdade de expressão e de opinião é um direito fundamental de grande relevância, pois está diretamente ligado a outros direitos de liberdade e à dignidade humana. Por conseguinte, esse direito fundamental foi consagrado em diversos instrumentos e cartas de direitos internacionais, dentre os quais cita-se o art. 10º, n.º 1, da Convenção Europeia dos Direitos Humanos – CEDH. A sua importância é ressaltada pelo Tribunal Europeu de Direitos Humanos – TEDH -, haja vista o direito à liberdade de expressão constituir um dos fundamentos imprescindíveis para o avanço da sociedade democrática e o desenvolvimento pessoal dos seus cidadãos.<sup>776</sup>

Não obstante, esse direito fundamental seja passível de sofrer limitações oriundas da observância dos direitos do empregador, também tutelados no art. 14º do CT, o direito de liberdade de expressão e de divulgação do pensamento e opinião do empregado é tutelado no ordenamento jurídico português, mesmo quando o empregado se encontra no local de trabalho.

Portanto, entende-se que, nas relações laborais, é livre o exercício do direito à liberdade de expressão, que, contudo, poderá ser restringido mediante um fundamento plausível e desde que sejam atendidos os critérios de necessidade e proporcionalidade, ou seja, as eventuais exceções a esse direito devem ser justificadas.<sup>777</sup>

Na casuística, como será visto, cumpre analisar a dimensão da liberdade de expressão dos empregados fora e dentro da empresa e do quadro de trabalho, bem como a proteção das suas divulgações na Internet, tendo em vista que há colisão entre direitos: a liberdade de expressão do trabalhador, tutelada na CRP e no CT; e o direito do empregador ao bom nome e reputação da empresa, também protegido.

No processo 453/15.9T8CSC.L1.S2<sup>778</sup>, o Supremo Tribunal de Justiça, sob a relatoria do Conselheiro Júlio Gomes, analisou um caso que versava sobre comentários inseridos na página do Facebook, publicados por piloto comandante empregado de empresa

---

<sup>775</sup> Cfr. MOREIRA, **Direito do Trabalho na Era Digital**, 2021, p. 218.

<sup>776</sup> Segundo o TEDH, o direito à liberdade de expressão juntamente com a tolerância, constituem o “fundamento de uma sociedade democrática e pluralista”. Cfr. MOREIRA, **op. cit.**, 2021, p. 218.

<sup>777</sup> Cfr. MOREIRA, **op. cit.**, 2021, p. 217-218.

<sup>778</sup> Processo disponível na íntegra em: <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/78ecbcadad3ad69180258353003f8d97#:~:text=I.%20O%20trabalhador%20goza%20tanto%20no%20âmbito%20da,atender%20aos%20deveres%20de%20respeito%2C%20urbanidade%20e%20probidade%3B>, acessado em 23 de jun. de 2022.

aérea após ter sido previamente suspenso de suas funções e o estabelecimento de processo de inquérito pela empresa.

A empregadora considerou que as publicações feitas pelo trabalhador foram atentatórias e difamatórias do bom nome e imagem da empresa e sua administração. Então devido a esse acontecimento, e, por deliberação do Conselho de administração, a empresa despediu o trabalhador por justa causa, tendo como fundamento a violação dolosa dos seus deveres de lealdade, de obediência, de respeitar e tratar o empregador, os superiores hierárquicos, com urbanidade e probidade, previsto nas alíneas a e c do n.º 1 do art. 128º do CT, de promover ou executar todos os atos tendentes à melhoria da produtividade da Empresa e de velar pela salvaguarda do prestígio interno e internacional da Empresa, previsto nas alíneas c e g da Cláusula 13.ª do acordo de empresa em vigor na época.

A Corte analisou os comentários proferidos pelo trabalhador nas redes sociais, e se posicionou no sentido de que o trabalhador goza tanto no âmbito da empresa, como fora dele, de liberdade de expressão. Ressaltou ainda na decisão que, a liberdade só pode ser limitada para atender aos deveres de respeito, urbanidade e probidade.

No acórdão, fora abordada a importância da tutela da liberdade de expressão do trabalhador subordinado, conforme o trecho transcrito: “[...] no Direito do Trabalho, a liberdade de expressão tem que ser tutelada, mesmo quando o conteúdo da mensagem não é do agrado do seu destinatário ou da maioria [...]”.<sup>779</sup>

O Conselheiro relator deu ênfase ao reconhecimento do referido direito fundamental nos órgãos internacionais, asseverando que:

“[...] como o TEDH afirmou, em Acórdão proferido a 3 de fevereiro de 2009, ‘é justamente quando se apresentam ideias que ferem, chocam e contestam a ordem estabelecida que a liberdade de expressão é mais preciosa’ [...]”.<sup>780</sup>

Assim, por unanimidade, o Tribunal, na decisão proferida em 27 de novembro de 2018, declarou ilícito o despedimento realizado, enfatizando que o despedimento disciplinar

---

<sup>779</sup> Processo disponível na íntegra em: <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/78ecbcad3ad69180258353003f8d97#:~:text=I.%20O%20trabalhador%20goza%20tanto%20no%20âmbito%20da,atender%20aos%20deveres%20de%20respeito%2C%20urbanidade%20e%20probidade%3B>, acedido em 23 de jun. de 2022.

<sup>780</sup> Processo disponível na íntegra em: <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/78ecbcad3ad69180258353003f8d97#:~:text=I.%20O%20trabalhador%20goza%20tanto%20no%20âmbito%20da,atender%20aos%20deveres%20de%20respeito%2C%20urbanidade%20e%20probidade%3B>, acedido em 23 de jun. de 2022. Sumário transcrito na íntegra: I-O trabalhador goza tanto no âmbito da empresa, como fora dele, de liberdade de expressão, a in da que tal liberdade não seja ilimitada, havendo que atender aos deveres de respeito, urbanidade e probidade; II -Na aferição da gravidade de afirmações ofensivas para um administrador há que ponderar as circunstâncias concretas do caso, como sejam, o facto de tais afirmações serem proferidas no Facebook pelo trabalhador em momento de indignação e sem identificar o seu empregador e a ausência de danos graves para o empregador.

deve constituir o último recurso, prevalecendo a garantia do direito ao trabalho e da tutela do posto de trabalho, ambos constitucionalmente consagrados.

O direito fundamental à privacidade também foi examinado, no processo 07S043<sup>781</sup>. O Supremo Tribunal de Justiça, sob a relatoria do Desembargador Mário Pereira, analisou a ilicitude do despedimento por justa causa de uma secretária de direção que enviou uma mensagem via e-mail, durante o seu horário de trabalho e a partir do seu posto de trabalho, destinado à amiga e também empregada da empresa, utilizando o computador da empresa.

A mensagem da empregada fazia referência a uma reunião ocorrida na empresa com o Vice-Presidente, o Adjunto da Administração e o Diretor da Divisão de pós-venda da empresa. Na ocasião, a empregadora ressaltou que a conduta da trabalhadora violou os deveres de sua profissão, pondo em causa a imagem da empresa. Alegou ainda que, o endereço eletrónico utilizado pela empregada não era pessoal, pois pertencia à Divisão de pós-venda da empresa e que era visualizado por muitos empregados. A par disso, afirmou que a mensagem da trabalhadora continha comentários desagradáveis e inconvenientes sobre a reunião e os superiores hierárquicos participantes.

Por sua vez, diante da conduta da empregada que viola o dever de respeito, a empresa alegou que a relação de confiança, imprescindível na relação laboral foi quebrada, inviabilizando a convivência no trabalho entre a trabalhadora e os seus superiores hierárquicos, precipuamente no que tange aos referidos na mensagem enviada.

Em contrariedade aos argumentos trazidos pela empresa, no acórdão de 7 de maio de 2007, o Tribunal reconheceu a ilicitude do despedimento da empregada considerando que se tratava de mensagem de cunho pessoal e que o Diretor não a deveria ter divulgado. Assim, nas palavras do relator:

“[...] a natureza pessoal do seu conteúdo e a inerente confidencialidade impunham-lhe que desistisse da leitura da mensagem logo que se apercebesse dessa natureza e, em qualquer caso, que não divulgasse esse conteúdo a terceiros [...]”<sup>782</sup>

Na oportunidade o relator destacou a tutela legal e constitucional da confidencialidade da mensagem pessoal constantes nos artigos 22º do Código do Trabalho e

---

<sup>781</sup> Processo na íntegra disponível em [https://www.uc.pt/proteca-o-de-dados/suporte/20070705\\_acordao\\_stj\\_p07S043](https://www.uc.pt/proteca-o-de-dados/suporte/20070705_acordao_stj_p07S043), acedido em 7 de julho de 2022.

<sup>782</sup> Processo na íntegra disponível em: [www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/49966cc639b7e268802574d6002c6b95](http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/49966cc639b7e268802574d6002c6b95), acedido em 7 de julho de 2022.

34º, n. 1, 32º, n.º 8 e 18º da CRP e a consequente nulidade da prova obtida com fundamento nessa garantia.<sup>783</sup>

O art. 22º do CT tutela de forma específica o direito do empregado de reserva e confidencialidade do conteúdo das mensagens de natureza pessoal e acesso a informação de carácter não profissional que envie, receba ou consulte através de correio eletrónico. A norma permite que o empregador estabeleça regras de utilização dos meios de comunicação da empresa, contanto que respeite os direitos fundamentais do trabalhador.

Nesse sentido, cabe ressaltar o entendimento dos Desembargadores no processo 208/14.1TTVFR-DP1 que tratou da recolha e tratamento de dados relativos a correio eletrónico. No acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 15 de dezembro de 2016, a relatora Desembargadora Paula Leal de Carvalho, destacou que:

“[...] o conteúdo dos e-mails enviados ou rececionados pelo trabalhador, quer de conta de correio pessoal, quer de conta de correio profissional que tenham natureza pessoal/extraprofissional, estão abrangidos pela tutela dos direitos à privacidade e à confidencialidade das mensagens conferida pela CRP e pelo CT/2009 [...]”<sup>784</sup>

Outra decisão de grande relevância, foi a proferida no Tribunal da Relação do Porto e diz respeito ao processo 520/08.9TTMTS<sup>785</sup>. O Tribunal, por unanimidade e sob a relatoria

<sup>783</sup> Sumário do processo 07S043: “[...] IX – Tendo o Director da Divisão de Após Venda acedido à pasta de correio electrónico, ainda que de boa fé por estar de férias a destinatária da mensagem em causa, e tendo lido esta, a natureza pessoal do seu conteúdo e a inerente confidencialidade impunham-lhe que desistisse da leitura da mensagem logo que se apercebesse dessa natureza e, em qualquer caso, que não divulgasse esse conteúdo a terceiros. X – A tutela legal e constitucional da confidencialidade da mensagem pessoal (arts. 34.º, n.º 1, 32.º, n.º 8 e 18.º da CRP, 194.º, n.ºs 2 e 3 do CP e 21.º do CT) e a consequente nulidade da prova obtida com base na mesma, impede que o envio da mensagem com aquele conteúdo possa constituir o objecto de processo disciplinar instaurado com vista ao despedimento da trabalhadora, acarretando a ilicitude do despedimento nos termos do art. 429.º, n.º 3 do CT. XI – É adequada a indemnização de € 5.000,00 para compensar a trabalhadora (com um nível de vida acima da média) que, em consequência deste despedimento, passou a sentir-se insegura na vida, dorme mal, sente-se deprimida e ofendida na sua dignidade, necessitando de acompanhamento médico [...]”, disponível em [www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/49966cc639b7e268802574d6002c6b95](http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/49966cc639b7e268802574d6002c6b95), acedido em 8 de julho de 2022.

<sup>784</sup> Processo disponível na íntegra em [www.uc.pt/protecao-de-dados/suporte/20161215\\_acordao\\_tribunal\\_da\\_relacao\\_do\\_porto\\_processo\\_208\\_14\\_1ttvfr\\_d\\_p1](http://www.uc.pt/protecao-de-dados/suporte/20161215_acordao_tribunal_da_relacao_do_porto_processo_208_14_1ttvfr_d_p1), acedido em 7 de julho de 2022. Em Portugal A recolha e tratamento de dados relativos a correio eletrónico (emails, anexos e dados de tráfego) está sujeita à tutela da Lei 67/98, bem como da Lei 41/2004 a Lei n. 67/98 dispõe sobre a proteção de dados pessoais.

<sup>785</sup> Processo disponível na íntegra em: [dgsi.pt/jtrp.nsf/d1d5ce625d24df5380257583004ee7d7/9e7af332ee8b614e80257981005420cc](http://dgsi.pt/jtrp.nsf/d1d5ce625d24df5380257583004ee7d7/9e7af332ee8b614e80257981005420cc), do qual destaca-se parte do sumário: “[...] III - O trabalhador pode usar o telemóvel fornecido pelo empregador, tanto em serviço, como para uso pessoal, sem que este possa opor àquele a propriedade do equipamento, salvo no que respeita ao uso pessoal, se tal tiver sido excluído pelo regulamento da empresa ou por ordem do empregador, sendo certo que não pode haver intromissão nas conversações telefónicas e nas mensagens, enviadas e recebidas pelo trabalhador, sob pena de invasão da esfera privada deste, quando ele goza do direito de reserva e de confidencialidade, nesta matéria. IV - Tal direito está constitucionalmente garantido, entendendo-se que o Art.º 34.º, n.º 4 da CRP, embora indique como destinatárias as autoridades públicas, é dirigido por maioria de razão às entidades privadas, como são os empregadores. V - A reserva da esfera privada do trabalhador abrange as conversações e mensagens emitidas e recebidas por telemóvel fornecido pelo empregador, bem como o

do Desembargador Ferreira da Costa reconheceu a ilicitude do despedimento de trabalhador asseverando no acórdão que este goza do direito de reserva e de confidencialidade. Nesse sentido, intromissões nas conversações telefônicas e nas mensagens enviadas e recebidas pelo trabalhador configuram invasão da sua privacidade.

Na decisão de 20 de dezembro de 2011, ressaltou-se a importância de se proteger o direito fundamental do empregado:

“[...] tal direito está constitucionalmente garantido, entendendo-se que o Art.º 34.º, n.º 4 da CRP, embora indique como destinatárias as autoridades públicas, é dirigido por maioria de razão às entidades privadas, como são os empregadores [...]”.<sup>786</sup>

Portanto, na decisão, o posicionamento do Tribunal foi de que o direito do trabalhador engloba as conversações e mensagens emitidas e recebidas por telemóvel, bem como o momento da sua realização e duração, ainda quando fornecido pelo empregador, sendo vedada a obtenção de prova objetivando sanções disciplinares por meio da intromissão do empregador nas telecomunicações à luz do art. 32º, n.º 8 da CRP.

O poder de controle do empregador é assegurado visando a boa execução do contrato de trabalho e a gestão da atividade empresarial. Contudo, as novas tecnologias aumentaram os riscos de intromissão dos empregadores na vida privada dos trabalhadores, bem como de comportamentos persecutórios e assediantes. Conforme atestam os casos levados a Tribunal, há, atualmente, uma tendência dos empregadores se utilizarem das novas tecnologias de informação e comunicação para punirem disciplinarmente os empregados.<sup>787</sup>

Dessa forma, no caso concreto, o julgador deverá examinar a licitude do comportamento do empregador que deve atender aos fins da empresa, sem violar os direitos fundamentais do trabalhador, respeitando os limites entre a sua vida profissional e a sua vida privada. Ademais a colisão de direitos constitucionalmente estabelecidos, impõe ao juiz, a ponderação dos interesses envolvidos com vistas à preservação da dignidade da pessoa humana.

O CT, nos artigos 20º e 21º, estabelece diretrizes sobre os meios de vigilância à distância e a sua utilização no local de trabalho. Está expressamente vedado na lei o uso de meios de vigilância à distância no local de trabalho com o objetivo de controlar o

---

respectivo tráfego, isto é, a sua quantidade, duração, hora a que foram efectuadas e espécie, sendo constitucionalmente proibida a obtenção de prova, nomeadamente, para efeitos disciplinares, através da intromissão do empregador nas telecomunicações - Art.º 32.º, n.º 8 da CRP [...]”, acedido em 7 de julho de 2022.

<sup>786</sup> Processo disponível na íntegra em: [dgsi.pt/jtrp.nsf/d1d5ce625d24df5380257583004ee7d7/9e7af332ee8b614e80257981005420cc](https://dgsi.pt/jtrp.nsf/d1d5ce625d24df5380257583004ee7d7/9e7af332ee8b614e80257981005420cc), acedido em 7 de julho de 2022.

<sup>787</sup> Cfr. MOREIRA, **Direito do Trabalho na Era Digital**, 2021, p. 227-228.

desempenho profissional do trabalhador. Todavia, a sua utilização será possível quando autorizada por órgão competente e justificada pela natureza da atividade ou pela finalidade de proteger e manter a segurança de pessoas e bens. Contudo, em todos os casos, é necessária a informação adequada ao trabalhador da existência dos equipamentos tecnológicos de vigilância na empresa.

Teresa Coelho Moreira destaca a existência de programas informáticos capazes de controlar todos os passos dos trabalhadores como é o caso dos telemóveis e automóveis com GPS que acabam por limitar e impedir a ida do empregado, após o trabalho, a lugares como uma mesquita ou igreja, constituindo uma forma de constrangimento e invasão da sua intimidade.<sup>788</sup>

Sobre o tema, cumpre fazer menção ao processo 20/14.8T8AVR.P1<sup>789</sup> analisado pelo Tribunal da Relação do Porto e que teve como relator o Desembargador Domingos Morais. No acórdão de 5 de dezembro de 2016 destacou-se que os meios de vigilância à distância limitam o direito fundamental do trabalhador, constituindo uma forma de restrição à liberdade de movimento e que os dados recolhidos são relativos à vida privada dos trabalhadores controlados.

Nas palavras do relator:

“[...] a utilização do GPS - como equipamento eletrónico de vigilância e controlo que é - e o respetivo tratamento dos dados recolhidos implica uma limitação ou restrição do direito à reserva da intimidade da vida privada do trabalhador, consignado no art. 26.º, n.º 1, da CRP [...]”.<sup>790</sup>

---

<sup>788</sup> Cfr. MOREIRA, **Direito do Trabalho na Era Digital**, 2021, p. 214.

<sup>789</sup> Processo na íntegra, disponível em <http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/-/4CF77D509FF9E93E8025809800432108>. Sumário da decisão na íntegra: I- A utilização do GPS- como equipamento eletrónico de vigilância e controlo que é - e o respetivo tratamento dos dados recolhidos implica uma limitação ou restrição do direito à reserva da intimidade da vida privada do trabalhador, consignado no art. 26.º, n.º 1, da CRP, nomeadamente uma restrição à liberdade de movimento, integrando esses dados, por tal motivo, informação relativa à vida privada dos trabalhadores controlados. II - Estando em causa o tratamento de dados pessoais e recolha de registos através da utilização do GPS, 24 horas por dia, 7 dias por semana, a mesma está sujeita às considerações previstas nos art. 20.º e 21.º do Cód. Trabalho. III - Uma vez que a entidade empregadora não deu cumprimento aos requisitos de utilização previstos nestes normativos, forçoso é concluir que os dados pessoais referentes ao trabalho não foram recolhidos de forma lícita e como tal não poderão ser utilizados como meio de prova em sede de procedimento disciplinar e respetiva impugnação do despedimento. IV - É comum dizer-se que as presunções não são, propriamente, meios de prova, mas meios lógicos ou mentais ou afirmações formadas em regras da experiência e pressupõem a existência de um facto conhecido (base das presunções), cuja prova incumbe à parte que a presunção favorece e pode ser feita pelos meios probatórios gerais; provado esse facto intervém a Lei (no caso de presunções legais) ou o julgador (no caso de presunções judiciais) a concluir dele a existência de outro facto (presumido), servindo-se o julgador, para esse fim, de regras deduzidas da experiência da vida das quais resulta que um facto é consequência típica de outro, acaído em 7 de julho de 2022.

<sup>790</sup> Processo na íntegra, disponível em <http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/-/4CF77D509FF9E93E8025809800432108>, acaído em 7 de julho de 2022.

O caso envolveu o tratamento de dados pessoais de trabalhadora e recolha de registos através do GPS, 24 horas por dia e 7 dias por semana. O Tribunal entendeu por unanimidade que o empregador não cumpriu os requisitos estabelecidos na legislação e, que, desse modo, os dados pessoais foram recolhidos de forma ilícita, fato que impossibilita a sua utilização como meio de prova em sede de procedimento disciplinar. Portanto, o Tribunal reconheceu a ilicitude do despedimento da trabalhadora e determinou a sua reintegração na empresa.<sup>791</sup>

Ainda sobre o tema da geolocalização, a doutrina espanhola defende que o empregador deve dar ciência aos trabalhadores antes de instalar um sistema GPS em veículos da empresa. A empresa tem o dever de informar os empregados sobre a instalação do sistema e a sua finalidade, bem como sobre os seus direitos de acesso, retificação e oposição, em conformidade com a lei.<sup>792</sup>

O Tribunal Superior de Justiça de Madrid, no caso ECLI: ES:TSJM:2019:5099<sup>793</sup>, em 12 de julho de 2019, com fulcro no artigo 18 da Constituição espanhola que trata do direito fundamental da intimidade, bem como dos limites ao uso de tecnologias da

---

<sup>791</sup> No mesmo sentido o processo 20/14.7.T8VRL.G, de 3 de março de 2016 do Tribunal da Relação de Guimarães, disponível em [www.dgsi.pt/jtrg.nsf/86c25a698e4e7cb7802579ec004d3832/302fdd824b16519780257f85004f8071?OpenDocument](http://www.dgsi.pt/jtrg.nsf/86c25a698e4e7cb7802579ec004d3832/302fdd824b16519780257f85004f8071?OpenDocument), acedido em 8 de julho de 2022. No acórdão do Tribunal da Relação do Porto referente ao processo 73/12.3TTVNF.P1 de 22 de abril de 2013 que tratou da valoração proibida de prova obtida por meio de GPS, houve expressa menção à incidência dos direitos fundamentais conforme o trecho transcrito do sumário: “[...] IV - O efeito horizontal dos direitos fundamentais constitucionalmente garantidos faz com que estes direitos devam ser respeitados não apenas pelas entidades públicas, mas também pelas entidades privadas, e, assim, também, no contexto das relações laborais de direito privado. A vinculação, quer das entidades públicas, quer das entidades privadas a estes preceitos constitucionais protectores de direitos, liberdades e garantias é uma consequência directa do disposto no artigo 18º, nº 1 da Constituição, que lhes atribui uma eficácia *erga omnes* V - Assim, o reconhecimento do direito à reserva da intimidade da vida privada do trabalhador implica a superação de uma distinção entre um estatuto geral de cidadão e um estatuto de trabalhador que, por força da relação de subordinação, se encontraria à partida diminuído nas suas liberdades, ou seja, o trabalhador não deixa de gozar do direito à reserva da intimidade da vida privada quando executa a prestação laboral. VI - A utilização das novas tecnologias da informação e comunicação no ambiente de trabalho fez aumentar exponencialmente o risco de devassa da esfera de reserva privada e pessoal do trabalhador, ao alargar a sua exposição ao controlo do empregador e ao diluir as próprias noções de tempo e local de trabalho. VII - “O trabalhador não é um vassalo do empregador e assiste-lhe sempre o direito à sua vida privada, sem ingerências ilegítimas deste e a não estar a ser constantemente controlado [...]”, disponível em [www.dgsi.pt/jtrp.nsf/d1d5ce625d24df5380257583004%20ee7d7/5ce6ac2d39e5c7c080257b6300301ec5?OpenDocument](http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/d1d5ce625d24df5380257583004%20ee7d7/5ce6ac2d39e5c7c080257b6300301ec5?OpenDocument), acedido em 8 de julho de 2022.

<sup>792</sup> Cfr. Geolocalización de trabajadores asalariados y tutela de sus derechos fundamentales: un análisis desde el Derecho comparado español y francés. Revista de Jurisprudencia Laboral n. 1 de 2020. Disponível em [file:///D:/Geolocalización%20de%20trabajadores%20asalariados%20y%20tutela%20de%20sus%20derechos.pdf](http://file:///D:/Geolocalización%20de%20trabajadores%20asalariados%20y%20tutela%20de%20sus%20derechos.pdf), acedido em 30 de jun. de 2022.

<sup>793</sup> Decisão disponível na íntegra em <https://www.poderjudicial.es/search/openDocument/740c240db4a4935e>, acedido em 30 de jun. de 2022. Roj: STSJ M 5099/2019 - ECLI:ES:TSJM:2019:5099 Id Cendoj: 28079340012019100476 Órgano: Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Social Sede: Madrid Sección: 1 Fecha: 12/07/2019 Nº de Recurso: 197/2019 Nº de Resolución: 763/2019 Procedimiento: Social Ponente: MIGUEL MOREIRAS CABALLERO Tipo de Resolución: Sentencia Resoluciones del caso: SJS, Madrid, núm. 33, 05-12-2018 STSJ M 5099/2019.

informação, rejeitou o recurso de súplica apresentado pela empregadora contra o acórdão da instância anterior, confirmando a condenação da empresa.<sup>794</sup>

O caso envolveu empregado de uma empresa de segurança privada que fazia uso de veículo da empresa 24 horas por dia e todos os dias do ano, ou seja, no horário de trabalho, mas também fora dele. A empresa havia instalado GPS no veículo que fornecia dados de localização do trabalhador a todo o momento, mas sem informá-lo.

O trabalhador ao ter ciência da conduta da empresa, promoveu uma ação alegando a violação de direitos fundamentais, nomeadamente o direito à proteção de dados pessoais do trabalhador e a sua privacidade devido ao uso impróprio das tecnologias de informação.

Na decisão houve o reconhecimento expresso da violação de direitos fundamentais do trabalhador conforme o trecho que se transcreve:

“[...] declaro que el empresario SECURITAS SEGURIDAD ESPAÑA, S.A ha vulnerado su derecho fundamental a la protección de los datos de carácter personal del demandante afectando con ello a su intimidad personal por uso inadecuado de la informática [...]”.<sup>795</sup>

Os direitos fundamentais do trabalhador devem ser garantidos, precipuamente os direitos à privacidade. Assim, é vedado ao empregador geolocalizar os empregados fora do tempo de trabalho, não sendo lícito instalar um sistema GPS ativado permanentemente 24 horas por dia e todos os dias do ano.<sup>796</sup>

As decisões judiciais trazidas nesse trabalho objetivam evidenciar a aplicação pelos Tribunais da teoria da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, seja de forma direta ou indireta e a sua importância nas relações laborais.

Não obstante a inserção do trabalhador numa organização empresarial permita limitações à liberdade e exercício de direitos fundamentais, no caso concreto, o trabalhador não poderá ter a sua dignidade violada, mormente no que diz respeito a sua liberdade e à

---

<sup>794</sup> Cfr. Art. 18 da Constituição espanhola nos números 1 e 4. “[...] 1. Se garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen. 4. La ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos[...]”. Tradução livre: “[...] 1. É garantido o direito à honra, à privacidade pessoal e familiar e o direito à imagem. 4. A lei limitará o uso de tecnologias da informação para garantir a honra e a intimidade pessoal e familiar dos cidadãos e o pleno exercício dos seus direitos [...]”.

<sup>795</sup> Tradução livre: “[...] declaro que o empregador SECURITAS Seguridad ESPAÑA, S.A. violou o seu direito fundamental à proteção de dados de carácter pessoal do demandante, afetando com isso a sua privacidade pessoal por uso inadequado da informática [...]”.

<sup>796</sup> Cfr. Geolocalización de trabajadores asalariados y tutela de sus derechos fundamentales: un análisis desde el Derecho comparado español y francés. Revista de Jurisprudência Laboral n. 1 de 2020. Disponível em <file:///D:/Geolocalización%20de%20trabajadores%20asalariados%20y%20tutela%20de%20sus%20derechos.pdf> acedido em 30 de jun. de 2022.

reserva da sua intimidade e vida privada, afinal este não abdica dos seus direitos e liberdades quando executa a prestação laboral.

Nessas relações diagonais, haverá sempre o conflito entre os direitos fundamentais dos trabalhadores e a autonomia privada e o direito de propriedade do empregador. Os julgadores em busca de solução para o caso sob análise deverão ponderar os direitos e interesses envolvidos, visando conceder uma tutela adequada, primando sempre pela dignidade da pessoa humana.

## CONCLUSÃO

A preocupação com a proteção do indivíduo face ao Estado, detentor do poder e violador dos direitos fundamentais dos cidadãos na época do liberalismo deu azo ao surgimento da teoria da eficácia vertical dos direitos fundamentais.

O Direito não se dissocia da evolução histórica da sociedade e, com o passar do tempo, ficou evidenciado que os particulares também constituíam potenciais agressores dos direitos fundamentais, sendo considerados, muitas das vezes, uma ameaça ainda maior do que o ente estatal, visto que os entes privados atuam protegidos pelo princípio da liberdade e autonomia contratual.

Assim, devido a forte potencialidade de violação da dignidade dos particulares nas relações horizontais, os entes particulares, em determinados casos, passaram a ser comparados ao poder público. Desse modo, os poderes privados representam um perigo na comunidade e dá-se o início de um importante debate na doutrina sobre a teoria da eficácia horizontal dos direitos fundamentais.

A questão da eficácia horizontal dos direitos fundamentais ou eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares foi aclamada nos ordenamentos jurídicos do ocidente e foi desenvolvida pelos defensores através das teorias de aplicabilidade imediata e mediata, surgindo posteriormente a adoção de uma tese intermediária.

Algumas Cartas, como no caso das Constituições portuguesa e brasileira, apresentaram normas de proteção e de aplicação direta e imediata dos direitos fundamentais nas relações entre particulares. Também a doutrina de ambos países contribuíram com suas construções teóricas, de acordo com os ditames constitucionais, corroborando a incidência das normas fundamentais nas relações privadas.

Contudo, apesar da tese da aplicabilidade direta ter sido admitida nos ordenamentos jurídicos português e brasileiro, o julgador, diante dos conflitos de direitos fundamentais tem agido com cautela, como demonstra a jurisprudência, a fim de evitar soluções que atentem contra a liberdade e autonomia individuais, bem como a segurança jurídica.

A tese diferenciadora ou intermediária foi adotada pela doutrina e jurisprudência portuguesa e parte da premissa de que em relação à incidência dos direitos fundamentais, é preciso, na casuística, distinguir as relações entre sujeitos em posições de igualdade das relações em que uma das partes assume uma posição de poder ou domínio sobre a outra.

No conflito instaurado entre particulares em igualdade é comum a colisão entre os direitos fundamentais dos envolvidos, portanto, nessas relações, a mera invocação e aplicação direta dos direitos subjetivos de uma das partes pode obstar a solução do conflito de forma equilibrada.

Assim, o julgador, com o escopo de cumprir o dever constitucional de garantir o direito fundamental das partes deve pautar-se na utilização do critério de ponderação, ou seja, exercer uma mediação estatal de proteção balizada e equilibrada do direito. Deverá ser feita uma compatibilização dos direitos fundamentais das partes, tendo em vista as circunstâncias concretas do caso, evitando um simples decisionismo judicial.

A maior parte dos doutrinadores portugueses, acertadamente, reconhece que os direitos fundamentais, somente em determinadas situações, devem vincular os particulares da mesma forma que vinculam os entes públicos, isto é, como direitos subjetivos invocáveis diretamente da Constituição.

A chamada tese diferenciadora, apesar das críticas enfrentadas, demonstra ser o caminho menos tortuoso a ser percorrido pelo magistrado, capaz de atenuar a propagação da insegurança jurídica no ordenamento jurídico. Nesse sentido, o grau de vinculação dos particulares sofrerá uma variação tendo em vista alguns fatores identificados no caso concreto.

Haverá a incidência direta dos direitos fundamentais quando, por exemplo, tratar-se de uma situação de flagrante desigualdade ou da existência de um poder privado; tratar-se de direito já constitucionalmente consagrado contra os particulares; tratar-se de direito insuscetível de suspensão em estado de sítio; tratar-se de uma ameaça ou violação ao conteúdo essencial do direito fundamental, entre outros. Em todos esses casos e nos quais a dignidade humana está a ser aviltada, terá lugar a aplicação imediata das normas de direitos fundamentais.

Por conseguinte, tendo sido demonstrado que as relações jurídicas estabelecidas entre trabalhadores e empregadores comumente evidenciam uma relação de poder exercido pela entidade empregadora e uma subordinação atrelada à figura do obreiro, é possível afirmar que os direitos fundamentais devem ter aplicabilidade imediata nas relações de trabalho.

É certo que, nessas relações, o trabalhador disponibiliza a sua força de trabalho e se obriga a uma prestação de natureza pessoal. A sujeição que é ínsita ao contrato, bem como o poder de direção do empregador estabelecidos na legislação, possibilitam a compressão dos direitos do trabalhador enquanto indivíduo.

Ao empregador é atribuído, dentre outros, o direito à iniciativa econômica privada, o direito à liberdade de iniciativa e de organização empresarial. É o empregador que determina a forma de prestar o trabalho, o horário, o local, bem como estabelece as regras de comportamento e disciplina que devem ser seguidas pelos trabalhadores na empresa.

A par disso, a necessidade de emprego, por este constituir o seu meio de subsistência e a sua inclusão na sociedade, faz do trabalhador o contraente mais fraco na relação, impossibilitando que, na maioria das vezes, possa discutir e reivindicar direitos, salvo em raras exceções referentes a contratos de trabalhadores que ocupam altos cargos.

Não se pode olvidar que o trabalhador é um cidadão, titular de direitos de cidadania, direitos de primeira dimensão e que devem ser exercidos no curso do contrato de trabalho. O reconhecimento da existência da fragilidade do obreiro, evidenciada nas relações de trabalho e a necessidade de uma especial tutela dos direitos fundamentais do trabalhador, levaram o legislador português a estabelecer um conjunto de normas referentes aos direitos de personalidade do empregado e do empregador no Código do Trabalho.

No Brasil, não houve a regulamentação específica desses direitos no âmbito do Direito do trabalho, embora os direitos de personalidade e algumas cláusulas gerais interpretativas como a boa-fé e a função social do contrato, tenham sido tratadas com ênfase pelo legislador no Código Civil de 2002.

Não obstante a louvável atitude do legislador português, a colisão dos direitos persiste na casuística, havendo a necessidade de se proceder à concordância prática dos interesses em causa. Situação conflitante que aparece com mais expressão ainda em relação ao Direito do trabalho na era digital.

As novas formas de prestar trabalho trouxeram riscos ainda não existentes e intensificaram outros já existentes na vida dos empregados e há uma grande escassez de normas específicas sobre essas novas formas de prestar trabalho na legislação dos países. As NTIC permitem um enorme controle eletrônico e à distância sobre a atividade e o comportamento dos trabalhadores, cerceando cada vez mais a sua liberdade, intimidade e o seu direito à desconexão.

Atualmente, assiste-se à contínua diminuição das fronteiras da vida profissional e pessoal, mormente nos casos em que o trabalho é prestado fora da empresa ou no domicílio do trabalhador. No entanto, a liberdade deste fora do local de trabalho, salvo algumas exceções relativas aos deveres do obreiro, deve ser preservada sob pena do controle exercido pelo empregador ser considerado ilícito.

O trabalhador, em princípio, deve ser livre para agir na sua vida privada, no convívio com familiares e amigos, bem como nas redes sociais. No contrato de trabalho, estão estabelecidos limites ao controle do empregador, pois na medida em que a vida íntima do trabalhador não afete o normal cumprimento da atividade laboral, deve ser indiferente ao Direito do trabalho. Assim, caso a entidade empregadora desrespeite esses limites, estará ofendendo a dignidade e impossibilitando o pleno gozo dos direitos fundamentais do trabalhador conferidos pela Constituição.

Nessa conjuntura, de aumento exponencial do poder de controle do empregador em virtude da introdução da informática e das novas tecnologias, bem como pela falta de regulação jurídica específica e pertinente capaz de abranger as novas situações criadas pelo trabalho digital, defende-se, ainda com mais afinco, a aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais.

Ademais numa democracia plena, o magistrado ao analisar um caso, deverá partir da presunção de liberdade do trabalhador, visto que este é antes de tudo um cidadão e a sua liberdade é protegida contra limitações que não encontrem fundamento constitucional. Portanto, as normas de direitos fundamentais devem vincular diretamente os particulares nas relações laborais a fim de garantir a dignidade do trabalhador e a não restrição de sua liberdade.

O tema tratado, pela sua grande relevância, e tendo em vista as inúmeras e constantes mudanças trazidas pelo advento da era digital, permitirá estudos futuros e a análise do posicionamento da jurisprudência face aos novos casos que surgirão.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Abrantes, J. J. (1990). *A vinculação das entidades privadas aos direitos fundamentais*. Lisboa: Associação da Faculdade de Direito de Lisboa.

Abrantes, J. J. (2014). *Direitos Fundamentais da Pessoa Humana no Trabalho* (Locais do Kindle 76-81). Almedina. Edição Kindle.

Alexy, R. (2015). *Teoria dos Direitos Fundamentais*. – 2ª ed. - Trad. Virgílio afonso da Silva, p. 521. São Paulo: Malheiros Editores LTDA.

Amado, J. L. (2019). *Contrato de Trabalho: Noções Básicas*. – 3ª ed. (Manuais universitários). Almedina. Coimbra.

Amado, J. L. (2019). *Trabalhar e Amar: poderes patronais, relações amorosas e direitos de personalidade dos trabalhadores*. – 1ª ed. – Coimbra: Gestlegal.

Andrade, J., C., V. (2003). *Os direitos, liberdades e garantias no âmbito das relações entre particulares*. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado.

Andrade, J., C., V. (2021). *Os Direitos Fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*. – 6ª ed. – Coimbra: Edições Almedinas, S.A.

Barroso, L. R. (2018). *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: Os Conceitos Fundamentais e a Construção do Novo Modelo*. – 7ª ed. – São Paulo: Saraiva Educação.

Bastos, C. R. (1989). *Curso de Direito Constitucional*, 11. Aufl., São Paulo: Saraiva.

Belmonte et al. (2020). *Direito do Trabalho na Crise da Covid-19*. Salvador: Editora Juspodivm.

Bonavides, P. (2011). *Curso de Direito Constitucional*, 26ª ed. São Paulo: Malheiros Editora.

Canaris, Cl.-W. (2003). *Direitos Fundamentais e Direito Privado*, Trad. Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo Mota Pinto, Coimbra: Almedina.

Canotilho, J., J., G. (1992). *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador*. Coimbra: Coimbra Editora, 1982. ——. *Direito Constitucional*, 5. ed., Coimbra: Livraria Almedina.

Canotilho, J., J., G. (2003). *Curso de Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. – 7ª ed. – Coimbra: Edições Almedina.

Comparato, F. K. (2015). *A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos*. – 10ª ed. – São Paulo: Saraiva.

Contreras, S., G. (2011). *Cidadania na Empresa e Eficácia Diagonal dos Direitos Fundamentais*. Trad. Jorge Alberto Araujo. São Paulo: LTr.

Costa, J. M. M. Cardoso da. (1990), “A Hierarquia das Normas Constitucionais e a sua Função na Proteção dos Direitos Fundamentais”, in: *Boletim do Ministério da Justiça* nº 396 p. 5 e ss.

Delgado, M. G. & Delgado, G., N. (2017). *Constituição da República e Direitos Fundamentais: Dignidade da Pessoa Humana, Justiça Social e Direito do Trabalho*. – 4ª – São Paulo: LTr.

Dimoulis, D. & Martins, L. (2014). *Teoria Geral dos Direitos Fundamentais* – 5ª ed. – São Paulo: Editora Atlas S.A.

Durig et al. (2011). *Direitos Fundamentais e Direito Privado: textos clássicos*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris ed.

Durig, G. (1994). “Anmerkungen zu Art. 1 Abs. 1 bis 3 GG”, in: Maunz-Dürig-Herzog-Scholz (Org.). *Grundgesetz-Kommentar*, vol. I, München: C. H. Beck, 1994.

Fachin, Z. & Silva, D. M. da. (2017). *Acesso à água potável. Direito Fundamental de sexta dimensão*. – 3ª ed. – Londrina, PR: Editora Thouth. Edições Kindle.

Fernandes, A., M., (2019). *Direito do Trabalho*. – 19ª – Coimbra: Edições Almedina S.A.

Ferrajoli, L. (2014). *Los Fundamentos de los Derechos Fundamentales*. – 5ª ed. - Madrid: Editorial Trotta.

Ferreira Filho, M., G. (2011). *Direitos Humanos Fundamentais* – 13ª ed. – São Paulo: Editora Saraiva.

Freijedo, F. Bastita et al. (2004). *Teoría General de los Derechos Fundamentales en la Constitución Española de 1978*. Madrid: Tecnos.

Gomes, J. M. V. (2007)., *Direito do Trabalho*, Vol. I, Relações Individuais de Trabalho. Coimbra: Coimbra Editora.

Haberle, P., (2019). *Los Derechos Fundamentales en el Estado Prestacional*, trad. Jorge Luis León Vásquez. – 1ª ed. - Lima: Palestra Editores.

Hesse, K. (1991). *A Força Normativa da Constituição*, Porto Alegre: Fabris.

Hobbes, T. (2003). *Leviatã ou matéria, forma e poder de um Estado eclesiástico e civil*. São Paulo: Martin Claret.

Lafer, C. (1988). *A Reconstrução Dos direitos Humanos: Um Diálogo com o Pensamento de Hannah Arendt*. São Paulo: Companhia das Letras.

Leite, C. H. B. (2019). *Curso de Direito do Trabalho*. – 11ª edição. – São Paulo: Saraiva Educação.

Lenza, P. (2016). *Direito Constitucional Esquematizado*. – 20ª ed. – São Paulo: Editora Saraiva.

Locke, J. (2003). *Segundo Tratado sobre o governo*. São Paulo: Martin Claret.

Mac Crorie, B.,F., da S. (2013). *Os Limites da Renúncia a Direitos Fundamentais*. Coimbra: Edições Almedina, S. A. Edição Kindle.

Mac Crorie, B.,F., da S. (2017). *A Vinculação dos Particulares aos Direitos Fundamentais*. Coimbra: Edições Almedina, S.A.

Marmelstein, G. (2014). *Curso de Direitos Fundamentais* – 5ª ed.- São Paulo: Atlas.

Miranda, J. (1997). *Manual de Direito Constitucional. Tomo III. Estrutura Constitucional do Estado*.

Miranda, J. (2019). *Direitos Fundamentais* – 2ª ed. – Coimbra: Edições Almedina, S.A.

Montesquieu, B. de La Brède e de. (1997). *Do Espírito das Leis*. São Paulo: Nova Cultural.

Morais, C. B. (2018). *Curso de Direito Constitucional: Teoria da Constituição*. Tomo II. Coimbra: Edições Almedina, S.A.

Moreira, T. A. C. (2016). *O Direito à desconexão dos Trabalhadores*. *Revista Questões Laborais*. Coimbra: Edições Almedina S.A.

Moreira, T. A. C. (2021). *Direito do Trabalho na Era Digital*. Coimbra: Edições Almedina, S.A.

Novais, J., R. (2019). *Direitos fundamentais nas relações entre particulares: do dever de proteção à proibição do défice*. – (Monografias). Coimbra: Edições Almedina.

Novelino, M. (2016). *Curso de Direito Constitucional*. – 11ª ed. – Salvador: Editora JusPodivm.

Oliveira, B. N.; Gomes, C. de M.; Santos, R. P. dos. (2015). *Os Direitos Fundamentais em Timor-Leste: Teoria e Prática* – 1ª ed. – Coimbra: Coimbra Editora, S.A.

Oliveira Júnior, J. A. de. (2000). *Teoria Jurídica e Novos Direitos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris.

Perez Luno, A. E. (1998). *Los Derechos Fundamentales*. Madrid: Editorial Tecnos, S.A.

Pieroth, B. & Schlink, B. (2019). *Direitos Fundamentais*, tradução António Francisco de Sousa. – 2ª ed. – São Paulo: Saraiva Educação. Edição do Kindle.

Piovesan, F. (2019). *Direitos Humanos e Justiça Internacional: um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano* – 9ª ed. – São Paulo: Saraiva Educação.

Prata, A. (1982). *A tutela constitucional da autonomia privada*. Coimbra: Almedina.

Ramos, A. de C. (2005). *Teoria Geral dos Direitos Humanos na Ordem Internacional*, Rio de Janeiro: Renovar.

Reale, M. (1999). *Filosofia do Direito*. – 19ª ed.- São Paulo: Saraiva.

Rebelo, G. (2019). *Estudos de Direito do Trabalho*. Lisboa: Edições Sílabo.

Rebelo, G. (2022). *O Trabalho na Era Digital: estudos laborais*. – 2ª ed. – Coimbra: Edições Almedina, S.A.

Rendinha, A. (2004). Os Direitos de Personalidade no Código do Trabalho: actualidade e oportunidade da sua inclusão. *Artigo em Livro de Atas de Conferência Nacional*, p. 2-9.

Sabino, J. F. M & Porto, L. V. (2012). *Direitos Fundamentais do Trabalho na Visão de Procuradores do Trabalho*, São Paulo: LTr.

Sarlet, I. (2015). *A Eficácia dos Direitos Fundamentais: Uma Teoria Geral dos Direitos Fundamentais na Perspectiva Constitucional*, Edição do Kindle.

Sarlet, I., W.; Marinoni, L. G.; Mitidiero, D. (2019). *Curso de Direito Constitucional*. – 8ª ed. – São Paulo: Saraiva Educação.

Sarlet, I., W. (2000). Direitos fundamentais e direito privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais. In: \_\_\_\_\_ (Org.). *A constituição concretizada: construindo as pontes com o público e o privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado-

Sarmiento, D. (2004). *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*, p. 18. Rio de Janeiro: Lumen Juris.

Silva, H. B. Mateus da. (2011). *Curso de direito do trabalho aplicado, vol.6: contrato de trabalho*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Ed. Elsevier.

Silva, J. A. da. (1998). *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. – 3ª ed. – São Paulo: Malheiros Editores.

Silva, J. A. da. (2014). *Curso de Direito Constitucional Positivo* – 37ª ed. – São Paulo: Malheiros Editores LTDA.

Silva, J. P. da. (2015). *Deveres do Estado de Protecção de Direitos Fundamentais: fundamentação e estrutura das relações jusfundamentais triangulares*. Lisboa: Universidade Católica Editora.

Silva, J. P. da. (2018) *Direitos Fundamentais: teoria geral*. Lisboa: Universidade Católica Editora.

Silva, V., A., da. (2005). *Direitos fundamentais e relações entre particulares*. Revista Direito GV, v. 1, n. 1, São Paulo: Malheiros. Editores LTDA.

Silva, V., A., da. (2011). *A Constitucionalização do Direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares*. – 1ª ed.-, São Paulo: Malheiros. Editores LTDA.

Silveira, B. F. (2010). *A Eficácia dos Direitos Fundamentais nas Relações Laborais*. Direito Público, Brasília, v.7, n. 3, jan.

Tavares, A. R. (2020). *Curso de Direito Constitucional*. – 18ª ed. – São Paulo: Saraiva Educação.

Vilallon, P., C. (1989). *Revista Española de Derecho Constitucional*. Madrid: Enero. Aflo 9.Núm. 25. Núra..

Wolkmer, A. C. (2010). *Introdução aos fundamentos de uma teoria geral dos “novos” direitos.* disponível em <http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/RevJur/article/view/593>.