

Eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas sob o enfoque das teorias horizontal e diagonal: da formulação teórica à aplicabilidade judicial

The effectiveness of fundamental rights in private relations under the approach to horizontal and diagonal theories: from theoretical formulation to judicial applicability

Luiz Fernando de Oliveira¹
Kelvys Louzeiro de Souza²
Mauro Sérgio de Souza Moreira³

Resumo: Este artigo tem como propósito analisar a existência da eficácia dos direitos fundamentais sob o enfoque das teorias Horizontal e Diagonal. Os objetivos são: apresentar as diversas posições sobre a incidência dos direitos fundamentais nos casos que envolvem particulares nas duas pontas, ou seja, ambas as partes sendo portadoras de direitos fundamentais. Nesse sentido, são apresentados os pontos mais relevantes das discussões teóricas e práticas sobre o assunto. Esses temas versam essencialmente em se determinar como os direitos fundamentais incidem nas relações privadas e em que extensão. A problemática do presente artigo é inicialmente aferir em que medida existe não uma eficácia horizontal, uma vez que a construção histórica das relações jurídicas privadas foi calcada sob o princípio da autonomia da vontade. Existindo a incidência dos direitos fundamentais, passa-se à pergunta seguinte: como os direitos fundamentais podem

¹ Doutor em História e Teoria do Direito pela Universidade Federal de Goiás - UFG. Mestre em Direito pela Universidade Católica de Brasília. Especialista em Docência Universitária pela Faculdade Católica de Anápolis - FCA, e em Coordenação Pedagógica pela Faculdade Mantanese dos Vales Gerais - INTERVALE. MBA em Gestão de Projetos Sociais pela Faculdade Mantanese dos Vales Gerais - INTERVALE. Bacharel em Direito pela Universidade Evangélica de Goiás - UniEvangelica, licenciado em História pela Universidade Federal de Goiás - UFG, em Pedagogia pela Faculdade Mantanese dos Vales Gerais - INTERVALE. Graduando em Ciências Sociais pelo Centro Universitário FTEP. É advogado inscrito na Ordem dos Advogados do Brasil, com registro profissional no Distrito Federal (OAB/DF) e no estado de Goiás (OAB/GO). Foi Defensor Público. ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-4275-1817>

² Bacharel em Direito pela Universidade Católica de Brasília (2019). Advogado inscrito nos quadros da OAB-DF sob o número 65.256. Foi estagiário no Gabinete da Ministra Nancy Andrighi (STJ) e na Defensoria Pública do Distrito Federal. Fez parte do Grupo de estudos "Sociedade e Democracia" vinculado ao Curso de Direito da UCB. Graduando em História pela Universidade de Brasília - UnB. ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-3499-9775>

³ Procurador Federal. Ex-advogado da área tributária da PETROBRAS. Especialista em Direito Tributário pelo IBET. Professor de Direito Tributário na Faculdade de Ciências Aplicadas e Sociais de Petrolina/PE.

interferir nas relações jurídicas dos particulares? É preciso expor as diversas teorias, pois várias são as posições adotadas a respeito da incidência dos direitos fundamentais. A teoria Diagonal representa um desses novos posicionamentos, apresentando-se como uma nova forma de incidência e não como um problema de aplicabilidade. Para medir a problemática da eficácia Diagonal, além do estudo, faz-se uma comparação com a eficácia horizontal, haja vista, serem ligadas umbilicalmente. Para se alcançar as respostas, fez-se uma pesquisa através da bibliografia especializada seguindo o método descritivo-analítico, que também instruiu a análise da jurisprudência. Para atingir um entendimento, além de ter feito uma análise crítica-comparativa entre as duas teorias, foram apresentados casos em que teoricamente se aplica a teoria diagonal, todos na seara trabalhista. Por meio dos métodos utilizados foi possível compreender a existência efetiva da eficácia horizontal, bem como que preponderantemente as Cortes Constitucionais adotam a aplicabilidade direta da referida teoria. Outrossim, chegou-se à conclusão de que a eficácia Diagonal não é propriamente uma nova teoria de incidência, mas de aplicabilidade da teoria horizontal. Ademais, ressalta-se a importância do entendimento de tais teorias tendo em vista os conflitos de relações jurídicas que serão solucionados a partir do cenário da pandemia causada pelo Covid-19, especialmente relações contratuais, consumeristas e trabalhistas.

Palavras-chave: Direitos Fundamentais. Eficácia Horizontal. Eficácia Diagonal. Relações Privadas.

Abstract: This article aims to analyze the existence of the effectiveness of fundamental rights under the focus of the theories Horizontal and Diagonal. The objectives are: to present the various positions on the incidence of fundamental rights in cases involving individuals at both ends, that is, both parties holding fundamental rights. In this sense, the most relevant points of the theoretical and practical discussions on the subject are presented. These issues are essentially about how fundamental rights relate to private relationships and to what extent. The problem of the present article is initially to check whether or not there is a horizontal effectiveness (here the question is pertinent) since the historical construction of private legal relations was based on the principle of autonomy of the will. Given the impact of fundamental rights, the following question arises: how can fundamental rights interfere in the legal relations of individuals? Remembering that it is necessary to expose the various theories. There are several positions adopted regarding the incidence of fundamental rights, the Diagonal theory represents one of these new positions, it presents itself as a new form of incidence and not as a problem of applicability. And in order to measure the problem of Diagonal efficacy, in addition to the study, a comparison with the horizontal efficacy, if any, is to be linked umbilically. In order to reach the answers, a research was done through the specialized bibliography following the descriptive-analytical method, which also instructed the analysis of jurisprudence. In order to reach an understanding, in addition to having done a critical-comparative analysis between the two theories, were presented cases in which diagonal theory applies theoretically, all in the labor field. By means of the methods used it was possible to understand the effective existence of horizontal efficacy, as well as that the Constitutional Courts predominantly adopt the direct applicability of said theory. It was also concluded that Diagonal efficacy is not properly a new theory of incidence, but rather of the applicability of

horizontal theory. Furthermore, the importance of understanding such theories is emphasized in view of the conflicts of legal relations that will be solved from the scenario of the pandemic caused by Covid-19, especially contractual, consumer and labor relations.

Keywords: Fundamental Rights. Effectiveness Horizontal. Effectiveness Diagonal. Private Relations.

1. Introdução

O Direito é um mecanismo que permite a interpretação e posituação da vida e da realidade social. Trata-se de um sistema que ao longo do tempo se altera e busca se adaptar aos anseios da sociedade (GRAU, 2008). Isto é observado nesse texto em relação ao direito privado, especialmente a partir da incidência de paradigmas constitucionais em relação à “virada de Copérnico” expressa no plano epistemológico do pós-positivismo (FACHIN, 1998).

Hodiernamente, as relações entre o Direito Privado e os Direitos Fundamentais assumiram novos traços e características. A chamada eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas é um dos temas de maior envergadura e complexidade dentro da intersecção entre Direitos Fundamentais e Direito Privado. Nessa perspectiva, surgem algumas teorias para tentar explicar a forma de incidência dos direitos fundamentais nas relações privadas, sendo as mais relevantes a teoria da aplicabilidade direta e a da aplicabilidade indireta.

A partir daí, doutrinadores de todo mundo da *civil law* formularam teorias para justificar, seja a incidência direta, seja a indireta, dos direitos fundamentais nas relações privadas. Nesse mesmo momento histórico surge nos Estados Unidos da América a teoria do *State Action* e, contemporaneamente, a teoria da Eficácia Diagonal, no Chile. Diversas indagações aparecem, dentre elas, se existe um terceiro tipo de eficácia nas relações privadas (SARLET, 2005).

Considerando tais teorias e ainda apoiando-se em um pluralismo jurídico, o caso brasileiro torna-se complexo. Apesar do artigo 5º, §1º da

Constituição Federal consagrar a aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais, este preceito inicialmente não é de ordem objetiva em relação aos particulares, mas apenas ao Estado. Assim, é imperativo realizar uma análise jurisprudencial em relação às decisões do Supremo Tribunal Federal (STF) e Tribunal Superior do Trabalho (TST), a fim de se aferir em que medida as teorias e as formas de aplicabilidade aqui levantadas são adotadas pelos referidos tribunais.

Para se chegar a uma resposta dessas questões e de outras, como por exemplo, a diferença entre a teoria horizontal e diagonal, este texto propõe uma discussão sobre o tema por meio da investigação bibliográfica e documental da jurisprudência de tribunais pátrios e estrangeiros. Para tanto, o artigo é estruturado em quatro tópicos. O primeiro discorre sobre a afirmação dos direitos fundamentais e tem como objetivo apresentar a evolução e a forma de aplicabilidade de tais direitos ao longo do tempo; o segundo, apresenta algumas das teorias em relação à eficácia dos direitos fundamentais elaboradas e tem como objetivo apresentar formulações teóricas já estudadas, a fim de demonstrar as várias vertentes do pensamento e a dificuldade de chegar a um consenso em relação ao tema; o terceiro tópico oferece uma atenção especial à teoria da eficácia diagonal, formulada pelo jurista chileno Sergio Gamonal.

O objetivo é apresentar o pensamento do autor, pouco explorado no país. Por fim, o quarto tópico é reservado para uma análise comparativa entre a teoria da eficácia diagonal e da eficácia horizontal, tentando delinear os traços que as diferenciam. Outrossim, busca-se apresentar paradigmas indiciários do STF em relação à percepção da teoria da eficácia horizontal e sua aplicabilidade, bem como compará-los com a jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho em relação à teoria diagonal.

Em tempo, faz-se necessário informar que o tema é complexo. Por isso, o presente artigo não busca apresentá-lo de forma pormenorizada, mas expor,

em linhas gerais, as principais discussões e teorias, para assim demonstrar uma percepção dos autores acerca dos fatos analisados.

2. Direitos fundamentais e relações privadas

2.1. *A Magna Carta como marco histórico de delineamento de direitos fundamentais*

Direitos fundamentais são afirmações históricas. Eles advêm de lutas diárias, ao longo de séculos, por meio de processos de consolidação e concretização (JHERING, 2009). Afinal, o que se entende como um Direito Fundamental? Para Carl Schmitt (1996), dois são os critérios para caracterização dos direitos fundamentais. Em primeiro lugar, podem ser designados como direitos fundamentais todos os direitos e garantias arrolados e especificados em uma Constituição; em segundo lugar, os direitos fundamentais são aqueles que receberam do texto constitucional um grau elevado de segurança ou garantia. São direitos que variam materialmente segundo a ideologia, modalidade do Estado, valores e princípios.

Gonet Branco (2009, p. 271) afirma que “os direitos e garantias fundamentais, em sentido material, são, pretensões que, em cada momento histórico, se descobrem a partir da perspectiva do valor da dignidade humana”. Já José Afonso da Silva (2013, p. 178) aduz que “são direitos positivos, que encontram seu fundamento e conteúdo nas relações sociais materiais em cada momento histórico.”

Apesar de existir dificuldade em conceituar de forma precisa, pode-se afirmar que os direitos fundamentais têm pelo menos dois caracteres definidos, aos quais os três autores citados aduzem de uma forma ou de outra, são eles: historicidade e positivação. Isto é, em cada momento da história, de acordo com as necessidades cotidianas, o ser humano busca por meio de um documento, em regra, com força vinculativa, positivar pretensões que garantam de modo satisfatório o desenvolvimento da sociedade, sejam os

direitos básicos como as liberdades públicas, sejam o direito ao desenvolvimento econômico-social ou a garantia da paz e da democracia. Nesse sentido, o primeiro movimento que tentou limitar o poder Estatal e de alguma forma garantir alguns direitos, foi a *Magna Carta Libertatum*, assinada pelo Rei João Sem-Terra, em 1215 (TROUTMAN, 2019).

Alguns autores afirmam que a noção de direitos fundamentais não foi inaugurada com a *Magna Carta Libertatum*. Schmitt (1996, p. 164) vai além ao afirmar que “la historia de los derechos fundamentales comienza propiamente con las declaraciones formuladas por los Estados americanos en el siglo XVIII, al fundar su independencia respecto de Inglaterra.”

De acordo com Luís Roberto Barroso (2018), a *Magna Carta* é um dos marcos históricos do constitucionalismo. Já José Afonso da Silva (2013, p. 153) aduz que “na Inglaterra, elaboraram-se cartas e estatutos assecuratórios de direitos fundamentais, como a Magna Carta [...]”, advertindo em seguida que sua origem não é propriamente uma natureza constitucional, mas tornou-se o símbolo das liberdades públicas.

Assinala Canotilho (2014, p. 55) que a evolução dos momentos constitucionais Ingleses, desde a *Magna Carta*, conduziu à “sedimentação de algumas dimensões estruturantes da constituição ocidental.” A *Magna Carta* foi o documento que teve o condão de inaugurar conceitos como o de processo justo regulado pela lei (due process of law).

2.2. A afirmação dos direitos fundamentais face ao ancient regime

O Estado moderno surge no século XV com o Mercantilismo e as primeiras fronteiras reconhecidas (DALLARI, p. 2013). Trata-se de um Estado forte e absolutista, com o poder centrado no soberano e legitimado filosoficamente em autores como Maquiavel e Hobbes (MARMEELSTEINS, 2011). Segundo Jellinek (2000, P. 312), “la monarquia absoluta es la primeira que há realizado em Occidente, después de la época Romana, la idea de la

unidad del Estado.” Ao introduzir o conceito de unidade estatal, criou-se um estado forte, absoluto, ilimitado.

Com as Revoluções Inglesas do século XXVII, procurou-se reafirmar o poder do parlamento inglês, daí surgindo documentos de suma importância para a historicidade da afirmação dos direitos fundamentais, como o *Petition of Rights* (1628), *Habeas Corpus Act* (1679) e o *Bill of Right* (1689), que reafirmaram direitos já consignados na *Magna Carta* como, por exemplo, o princípio da legalidade tributária (COMPARATO, 2017).

O *Bill of Rights* limitou o poder do rei, afirmou o direito de petição, reafirmou devido processo legal, as imunidades aos parlamentares e, sobretudo, trouxe para o parlamento britânico grande parte dos poderes do soberano (BURDEAU, 2005). Nesse momento históricos teóricos como Althusius e Locke defenderam a limitação do poder do soberano, que deveria obedecer às leis, sendo que essas não poderiam ser ditadas unilateralmente pelo governante. Mais tarde, Rousseau e Montesquieu, foram mais além, e defenderam a ideia de que o poder deveria ser exercido pelo povo (BARROSO, 2018).

Desta maneira, começou a ser lapidado o que posteriormente se chamou de primeira dimensão ou geração de direitos fundamentais. Esses direitos foram reafirmados nos Estados Unidos, com a Revolução Americana, e na França com a Revolução Francesa. A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 positivou seu artigo 16 que qualquer sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos, nem estabelecida a separação dos poderes não tem Constituição (COMPARATO, 2017). Assim, a primeira dimensão de direitos fora definitivamente lançada, porém não, consolidada.

2.3. A reafirmação: o nascimento de um novo constitucionalismo

A afirmação dos direitos fundamentais é visível em processos lentos de luta. Conforme expõe Gonet Branco (2009, p. 265) “a sedimentação dos

direitos fundamentais como normas obrigatórias é resultado de maturação histórica, o que também permite compreender que os direitos fundamentais não sejam sempre os mesmos em todas as épocas.”

Precipuamente, a partir da Revolução Francesa, houve um processo de substituição da universalidade abstrata para a universalidade material dos direitos fundamentais, em razão da solidificação da primeira dimensão dos direitos fundamentais, marcados pela ideia de liberdade. Caracterizados por postulados civis e políticos, chamados de liberdades públicas, eles são marcos do constitucionalismo ocidental e passam a ser reconhecido em todas as constituições. Com um status negativo e oponíveis ao Estado, possibilitaram ao indivíduo resistir às pretensões estatais inconstitucionais, bem como exigir a abstenção da prática de atos que atentem contra direitos como a vida e a propriedade privada (BONAVIDES, 2010).

No século XIX, diversas mudanças ocorreram na sociedade ocidental. A população se torna cada vez mais urbana e operária a partir da Revolução Industrial. Nesse contexto, os direitos meramente negativos em face do Estado liberal já não abarcavam os anseios do povo. Começa-se a construção de uma nova relação entre Sociedade e Estado, pressionando este a ter uma postura por um ‘assumir’ ou ‘fazer’ (BRANCO, 2009). Ou seja, era necessário oferecer à população meios de viver de forma digna e assim eram evidenciados direitos de segunda dimensão e construtos de um Estado Social.

Os direitos de segunda dimensão foram a princípio filosóficos e de cunho político antiliberal. Foram primeiramente proclamados em declarações e depois positivados em Constituições, como a do México (1917) e a de Weimar (1919), diminuindo a preponderância do constitucionalismo liberal e sobrelevando o constitucionalismo social. As primeiras constituições sociais mostraram-se com um conteúdo de baixa densidade, frágeis e, sem força vinculativa. Foram consideradas meras declarações de intenções, faltando a concretização dos diversos enunciados (BONAVIDES, 2010).

As atrocidades da Segunda Guerra Mundial promoveram uma reflexão do valor da vida humana. Assim, os direitos afirmados no pós-guerra tiveram como primeiro destinatário o gênero humano. Por isso, aponta Martin Kriele (2013, p. 284) que “a concepção do princípio jurídico fundamental da dignidade humana é e sempre foi determinado [...] a garantir a proteção daqueles que não podem se defender da ofensa de seus interesses.” Desse modo, após sistemáticas violações dos direitos básicos do ser humano, das pessoas serem subjugadas em prol de um ideal de sociedade, o direito reagiu consagrando a dignidade da pessoa humana como guia de todos os direitos e como premissa de interpretação de todo o sistema jurídico.

Ana Paula Barcellos (2002, p. 108) pontua que a dignidade humana foi colocada “como valor máximo dos ordenamentos jurídicos e princípio orientador da atuação estatal e dos organismos internacionais” e assim “diversos países cuidaram de introduzir em suas Constituições a dignidade humana como fundamento do estado.”

A partir do pós-guerra, mudou-se o pensamento hermético de outrora e o sentido de como os direitos fundamentais incidem nas relações dos sujeitos de direito privado, sobretudo por causa da força normativa dada a constituição. Assim, os direitos fundamentais começaram a ser arguidos como forma de proteção, não só contra o Estado, mas em face de pessoas particulares. A doutrina e a jurisprudência alemã debruçaram-se sobre o tema no final da década de 1950 e afirmaram, peremptoriamente, a existência do que se chamou de “eficácia horizontal” (ALEXY, 2009, p. 523), surgindo diversas teorias e formas de interpretação que serão devidamente tratadas a seguir.

3. Teoria do efeito horizontal: eficácia e aplicabilidade

Inicialmente os direitos fundamentais eram garantias oponíveis em face do Estado. A evolução histórica dos direitos fundamentais e as mudanças das relações humanas resultaram em diversas ameaças do poder

socioeconômico. Dessa forma, “a liberdade humana é posta em perigo não só pelo Estado, mas também por poderes não estatais, que na atualidade podem ficar mais ameaçadores do que a ameaça do Estado.” (HESSE, 1988, p. 278). Assim, surge na Alemanha a teoria da eficácia horizontal, que segundo Sarlet (2000, p. 54) consistia em afirmar que:

[...] os direitos fundamentais integravam uma ordem objetiva centrada no livre desenvolvimento da personalidade e na dignidade da pessoa humana no seio da comunidade, cuidando-se de decisão constitucional básica para todos os âmbitos do direito.

Ao revés da eficácia vertical, na qual o cidadão tem frente ao Estado um direito subjetivo e o Estado nada detém, na eficácia horizontal, em regra, as relações são caracterizadas, ao menos teoricamente, por uma igualdade de direitos fundamentais (HESSE, 1998). Por isso, conforme ressalta Alexy (2009, p. 528) “atualmente a ideia de que normas de direitos fundamentais produzem efeitos na relação cidadão/cidadão e, nesse sentido, têm um efeito perante terceiros, ou efeito horizontal, é amplamente aceita”.

Contudo, a polêmica, concentra-se em se saber como e em que extensão as normas de direito fundamental produzem seus efeitos nas relações privadas, haja vista que, em regra, ambas as partes são portadoras de direitos fundamentais. Nesse sentido, cabe a exposição das teorias de aplicabilidade formuladas a partir da década de 1950 na Alemanha e, posteriormente, em outras partes do mundo.

3.1. A teoria da eficácia mediata ou indireta

A teoria da eficácia mediata ou indireta tem como principais expositores Durig e o Tribunal Constitucional Alemão. Segundo Alexy (2009, p. 529), essa teoria trata os direitos fundamentais “como princípios objetivos que influenciam a interpretação do direito privado”, isto é, os princípios fundamentais são “decisões axiológicas” e “valores constitucionais” que atuam como vetores irradiadores sobre todo o sistema jurídico privado,

especialmente, pelo princípio da dignidade da pessoa humana. Os direitos fundamentais são vistos por dois vértices: o primeiro de ordem subjetiva, voltado para o indivíduo que são oponíveis em face do Estado; o segundo, de ordem objetiva, representando a vinculação dos poderes estatais e civis aos direitos fundamentais.

Nessa perspectiva, os direitos fundamentais atuam como cláusulas abertas, funcionando através de um efeito irradiador. Conforme alude Vieira Andrade (2003, p. 224),

[...] quando muito, os preceitos constitucionais serviriam como princípios de interpretação das cláusulas gerais e conceitos indeterminados suscetíveis de concretização, clarificando-os (Wertverdeutlichung), acentuando ou desacentuando determinados elementos do seu conteúdo (Wertakzentuierung, Wertverschärfung), ou, em casos extremos, colmatando as lacunas (Wetschutzlückenschliessung), mas sempre dentro do espírito do Direito Privado.

Dessa maneira, apesar da importância dos direitos fundamentais, as normas de direito privado devem permanecer com todos os seus atributos, com obediência a todos os direitos e deveres que elas impõem, cabendo unicamente ao legislador “a tarefa de mediar a aplicação dos direitos fundamentais sobre os particulares, estabelecendo uma disciplina das relações privadas que se revele compatível com os valores constitucionais.” (SARMENTO, 2003, p. 224).

Ao juiz caberia o papel de preencher as cláusulas indeterminadas, segundo os preceitos constitucionais. A esse respeito Barberán (2010, p. 43) afirma que:

El efecto de los derechos fundamentales requiere que el juez interprete de determinada forma una norma legal, pudiendo haberla interpretado de otra forma si los derechos fundamentales no se presentaran como vinculantes para dicha interpretación.

Ao executar a norma de direito privado, o juiz só pode aplicar de outra forma se os direitos fundamentais determinarem expressamente. Sem embargo, apesar da autorização para que se resolvessem os casos concretos

adotando diretamente a lei privada, a teoria mediata aduz por uma aplicação à luz dos princípios constitucionais. Empregando a teoria mediata, o Tribunal Constitucional Alemão decidiu o caso Luth, afirmando que:

Em virtude do mandamento constitucional, o juiz deve controlar se as prescrições materiais de direito civil a serem por ele aplicadas são influenciadas pelos direitos fundamentais na forma descrita; se assim o for, ele, na interpretação e na aplicação dessas prescrições, tem que levar em consideração as modificações de direito privado que daí decorrem (ALEXY, 2009, p. 533).

Seguindo esse entendimento o Tribunal Constitucional Alemão limita as possibilidades de interpretação e aplicação de uma regra legal apenas àquelas que são conciliáveis com a aplicação dos direitos fundamentais, uma vez que não se deve interpretar nenhuma regra juscivilista em contradição com os postulados fundamentais (CANARIS, 2003, p. 227). Assim, a tese da irradiação determina, em suma, que o catálogo de direitos fundamentais tem um caráter objetivo que deve ser observado por todos os ramos do direito.

3.2. A teoria dos efeitos imediatos ou diretos

A teoria dos efeitos imediatos ou diretos foi defendida inicialmente por Hans C. Nipperdey e posteriormente por Walter Leisner. Segundo Nipperdey (apud ALEXY, 2009, p. 530), dos direitos fundamentais “fluem direitos subjetivos privados para os indivíduos”. Ou seja, os direitos fundamentais não precisam de nenhuma transformação para o sistema de regras de direito privado.

Apesar de alguns direitos da Constituição Alemã serem direcionados apenas ao Estado, portanto, vinculando apenas este, outros direitos têm o condão de serem invocados diretamente em relações entre particulares, tendo eficácia contra todos (SARMENTO, 2003, p. 228). Nessa quadra, como decorrência do princípio da unidade da Constituição e de sua força normativa, não se pode admitir a ocorrência de um “gueto” (LEISNER apud SARLET, 2000, p. 54) do direito privado em relação à Constituição. De acordo com

Sarmiento (2003, p. 229), o Tribunal Federal Trabalhista Alemão adotou a referida teoria e reconheceu, baseado nos princípios constitucionais e sem a alegação de nenhuma norma da legislação trabalhista, a invalidade da cláusula contratual que previa a extinção do contrato de trabalho de enfermeiras de um hospital privado, caso estas viessem a contrair matrimônio.

3.2.1. Schwabe e a vinculação do Estado aos direitos fundamentais

Segundo Jungen Schwabe (apud ALEXY, 2009, p. 530), os efeitos na relação entre privados decorrem da vinculação do Estado aos direitos fundamentais como “direitos subjetivos”. Ou seja, existem direitos fundamentais de “*status negativus*” em que a aplicabilidade e a eficácia perpassam as relações cidadão-estado-cidadão e atingem as relações entre particulares. Portanto, à medida que o Estado “cria e impõe” regras de direito privado, indiretamente participa de futuras violações que possam ser cometidas pelos particulares.

Alexy (2009, p. 530) aduz que “essas violações, ainda que realizadas por particulares, teriam que ser consideradas violações estatais”. Nessa perspectiva, ele atribui ao Estado as responsabilidades dos atos dos seus cidadãos em qualquer hipótese, seja porque editou uma lei obrigando-lhes a fazer algo, seja porque ao não editar uma lei proibindo-lhes, permitiu que agissem de modo a lesar o direito fundamental de outrem.

Sarmiento (2003, p. 245) afirma que a teoria de Schwabe é frágil e totalitária, uma vez que parte do pressuposto de que as ações privadas precisam de um aval estatal, visto que “a liberdade humana, não é criada pelo Estado ou pela lei, mas os precede.” Assim, não é possível imputar toda conduta humana ao Estado só pelo fato dele não ter impedido. Ademais, aduz ser ilógico “atribuir ao estado uma lesão de direitos fundamentais gerada pela conduta de um particular, sem pressupor que este particular, por sua vez, estivesse vinculado ao respeito daquele direito.”

3.2.2. *Alexy e o modelo de três níveis*

Robert Alexy (2009, p. 540) tenta conciliar as três teorias supracitadas. Ele afirma que nenhuma delas “transpõe os direitos fundamentais dirigidos contra o Estado para relação cidadão/cidadão por meio de uma simples troca.”; pelo contrário, aceitam a “modulação de força de seus efeitos”. No final, para as três teorias o efeito dos direitos fundamentais nas relações privadas é uma questão de “sopesamento”, podendo assim produzir resultados equivalentes, apesar da diferença. Assim, para construir seu modelo de três níveis são conjugadas cada uma das teorias a um nível, sendo eles: o dever estatal, o dos direitos frente ao Estado e o das relações jurídicas entre sujeitos.

A teoria dos efeitos indiretos está no primeiro nível, uma vez que, segundo o autor, as normas de direitos fundamentais têm sua validade como “princípios objetivos”, isto é, valores objetivos, para todos os ramos do direito, implicando assim num dever estatal de observá-los na interpretação e aplicação nas normas de direito civil. A teoria dos direitos em face do Estado está no segundo nível, onde o cidadão teria um direito subjetivo que o Judiciário, ao julgar um caso, leve em consideração a ordem de valores fundamentais. Dessa forma, se o Judiciário não considerar os princípios fundamentais ferirá o direito do cidadão. Ou seja,

[u]m direito só pode ser violado por aquele em face do qual ele existe. Se tribunais civis podem violar direitos fundamentais dos cidadãos por meio do conteúdo das suas decisões, então, os direitos violados, são direitos dos cidadãos contra o Judiciário, ou seja, contra o Estado (ALEXY, 2009, p. 535).

O terceiro nível corresponde à teoria dos efeitos diretos, na qual a eficácia direta não consiste na “simples troca de destinatários dos direitos do cidadão contra o Estado” fazendo permuta no polo passivo do Estado por um particular; ao revés, “há determinados direitos e não-direitos, liberdades e não-liberdades e competências e não-competências na relação cidadão/cidadão.”.

Este é mais um argumento em prol da existência dos efeitos diretos nas relações privadas. Este efeito perante terceiros sempre será direto, de modo que cada um dos três níveis de efeitos diretos “abarca um aspecto da mesma questão e que decidir qual deles será escolhido na fundamentação jurídica é questão de conveniência” ponderando pela inexistência de preferência entre eles, visto que “contra essa forma de efeitos diretos há apenas um argumento sustentável: a rejeição a qualquer forma de efeitos perante terceiros.” (ALEXY, 2009, p. 538-540)

Apesar de toda construção doutrinária, a teoria dos efeitos diretos não logrou êxito em território alemão. Contudo, em países como Espanha e Portugal, a doutrina e jurisprudência passaram a seguir majoritariamente a teoria dos efeitos diretos.

3.3. *A teoria do state action*

De acordo com Sarmiento (2003, p. 213), a doutrina do *State Action* remonta ao século XIX, e seguindo a larga tradição liberal estadunidense, os direitos fundamentais vinculam-se, em regra, apenas ao Estado, “sendo invocáveis tão somente em face de uma ação estatal.”

A Suprema Corte Estadunidense entre o fim do século XIX e meados do século XX alçou o liberalismo econômico ao *status* de “dogma constitucional”. Nesse sentido, toda e qualquer lei que interferisse minimamente na esfera privada fora considerada inconstitucional. À guisa de exemplo, tem-se o caso *Lochner versus Nova York*, de 1905, onde o Tribunal considerou inconstitucional a lei que fixava jornada máxima de trabalho para empregados de padaria. Para tanto, aduziu que “o ato normativo interferia desarrazoadamente na liberdade de contrato assegurada entre empregado e empregador.” (MARMELSTEINS, 2011, p. 52).

Percebe-se que o Tribunal era bastante apegado à literalidade da Constituição e que também a doutrina não fugia dessa direção. Logo, Laurence Tribe (apud SARMENTO, 2003, p. 213) analisa que,

[...] imunizando a ação privada do alcance das proibições constitucionais, impede-se que a Constituição atinja a liberdade individual – denegando aos indivíduos a liberdade de fazer certas escolhas, como as de com que tipo de pessoas se associarem. Essa liberdade é básica dentro de qualquer concepção de liberdade, mas ela seria perdida se os indivíduos tivessem de conformar sua conduta às exigências constitucionais.

Outro argumento no qual se escora a doutrina estadunidense é o pacto federativo, no qual os Estados membros detêm a competência de legislar sobre direito privado. Desse modo, ao limitar a eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas preserva-se a autonomia desses entes estatais (SARMENTO, 2003, p. 213).

De acordo com Sarmiento (2003, p. 214), a jurisprudência adotada pela Suprema Corte ainda no século XIX, afirmava duas premissas: os direitos fundamentais não vinculam os particulares, mas apenas os entes públicos; e, apenas os estados detêm competência para legislar as relações privadas. A primeira premissa continua intacta na jurisprudência da Suprema Corte dos Estados Unidos; contudo, a segunda, começou a sofrer ‘atenuações’, já que a

[...] jurisprudência admite atualmente a competência da união para legislar sobre direitos humanos mesmo quando nenhum ator estatal esteja envolvido, o que ocorreu com a promulgação de diversos diplomas na década de 1960, na fase áurea do movimento em prol dos direitos civis nos EUA, dentre os quais destaca-se o *Civil Rights Act* de 1964.

Nesse sentido, procurando mitigar a doutrina do *State Action*, surgiu na jurisprudência o que se chamou de *Public Function Theory*, a qual, em linhas gerais, afirma que quando o ente privado exerce função estatal típica está sujeito a limitações constitucionais (SARLET, 2000, p. 54). Assim, segundo a Suprema Corte do Estados Unidos (1946):

(...) certas atividades que, independentemente de delegação, são de natureza essencialmente estatal, e, portanto, quando os particulares as exercitam, devem submeter-se integralmente aos direitos fundamentais previstos na Constituição” (SUPREMA CORTE DOS ESTADOS UNIDOS, 1946).

Essa linha de argumentação adveio da apreciação pela Suprema Corte do caso *Marsh versus Alabama em 1946*, no qual se discutia se uma empresa privada poderia proibir religiosos de pregar nas dependências de sua propriedade, onde existiam ruas e estabelecimentos comerciais com característica de uma cidade comum. O código do Estado do Alabama proibia a entrada e permanência dos devotos nas propriedades particulares.

O Tribunal assentou, com base na primeira e décima quarta emenda, a tese de que a cidade, mesmo sendo de propriedade particular, preservava seus aspectos básicos de comunidade, não diferindo de outras cidades. Outrossim, afirmou que o título de propriedade não podia controlar liberdades civis, visto que estas decorrem da constituição. Assim, as pessoas que vivem nessas comunidades teriam os mesmos direitos de qualquer outra pessoa que vive numa cidade comum, não podendo ser privadas das liberdades garantidas na Constituição.

Ao equiparar a empresa ao Estado, no sentido de, ao gerir uma cidade, a empresa exerce função típica estatal, o tribunal assegurou a liberdade de culto aos religiosos. Nesse ínterim, a teoria aplicada no caso concreto busca, mesmo que equiparando os particulares ao Estado, resolver a incidência dos direitos fundamentais nas relações privadas, mesmo que de maneira transversa (SARLET, 2000, p. 54).

4. Teoria da eficácia diagonal: a visão juslaboralista de Sérgio Gamoral Contreras

O principal expositor da teoria da eficácia diagonal é o juslaboralista chileno Sérgio Gamonal Contreras, que trabalha com o tema em diversos textos, mormente, em seu livro “Cidadania na Empresa e eficácia diagonal dos direitos fundamentais” (GAMONAL, 2011).

Esta teoria guarda correlação com a matéria de contratos, uma vez que é fundamentada sob a égide do direito trabalhista e aplicável aos outros ramos do direito, como o do consumidor. A autonomia da vontade e a liberdade

contratual são dois dos princípios mais remotos da teoria geral dos contratos. Para Vilaça (2009, p. 12), a vontade de contratar “reafirma a liberdade do homem” enquanto a liberdade

[...] Apresenta-se por duas facetas: a liberdade de contratar e a contratual. Pela primeira, a todos é lícita a elaboração de contratos. Todos são livres para realizar física e materialmente os contratos, desde que preenchidos os requisitos de validade dos atos jurídicos.

Em sequência, afirma o autor que “na discussão das cláusulas e condições contratuais, há, na prática, o prevalecimento da vontade do economicamente forte”. Ora, se em um contrato civil comum existe, em regra, a superioridade de uma parte em relação a outra, nas relações trabalhistas essa superioridade é ainda maior.

Orlando Gomes (2007, p. 8) menciona que “o desequilíbrio se tornou tão patente que gerou insatisfação e provocou um tratamento legal completamente diferente, o qual leva em consideração a desigualdade das partes.” O tratamento diferente ao qual alude o autor não é exclusivo dos contratos trabalhistas, pois na seara consumerista, existe uma especial proteção ao consumidor, parte hipossuficiente na relação (NUNES, 2018, p. 112).

No caso específico do direito trabalhista, a suposta igualdade não passa de uma quimera e talvez seja o mais eloquente caso de contrato de adesão que exista na atualidade “onde o exercício da liberdade e vontade por uma das partes contratuais - o empregado - encontra-se em polo extremado de contingenciamento.” (DELGADO, 2017, p. 573).

Sem embargo, a suposta igualdade entre empregado e empregador não passa de uma igualdade meramente formal (MELO, 2017, p. 10-11) em que certamente inexistente uma negociação, mas uma oferta ao qual, em regra, se adere ou não (DELGADO, 2017, p. 574). Ao aceitar, necessariamente o trabalhador passa a ser subordinado ao empregador, subordinação que “implica a existência de um poder privado de uma pessoa sobre a outra.”

(CONTRERAS, 2011, p. 12). Assim, legalmente existe através do contrato de trabalho a legitimação do poder de um sujeito privado (empregador) sobre outro (trabalhador).

Contreras (2011, p. 19) afirma que existe uma “projeção dos direitos de cidadania do trabalhador para dentro do contrato de trabalho.” É nessa esteira que se constrói a teoria diagonal. Isso pode ser demonstrado pelo fato de que existe na relação laboral uma assimetria de poderes, onde o empregador é detentor de potestades, poderes diretivos e sancionatórios que, de certa forma, o assemelha ao Estado. Ao possuir tamanho poder, o empregador pode ao alvedrio mudar a relação jurídica com o empregado a qualquer instante estando o trabalhador sujeito à vontade de outrem.

O ‘poder de potestade’ tem, segundo o autor, três facetas, que são divididas em potestade de mando ou direção, regulamentação e disciplinar. As características gerais do conteúdo potestativo são, dentre outras: poder do empregador reconhecido e outorgado pelo ordenamento jurídico, tendo com fonte o contrato e seu exercício limitado pela lei; poder privado de um sujeito sobre o outro; poder com conteúdo indeterminado e aberto; é um poder limitado pelos direitos fundamentais do trabalhador. Tais poderes, que são inumeráveis, retiram a relação empregado/empregador da mera aplicação da eficácia horizontal da qual se parte do pressuposto que a relação ocorre entre iguais e a coloca no que Contreras denomina de eficácia diagonal.

4.1. O alcance e aplicabilidade da eficácia diagonal

O alcance do efeito diagonal parece se irradiar em três dimensões. Primeiramente, direciona-se ao legislador, que em sua atividade, apesar de discricionária, deve ao elaborar e aprovar normas infraconstitucionais e constitucionais direcionada ao direito laboral, bem como outros ramos do direito em que exista um indubitável desnível entre as partes, seja econômico ou outro qualquer, observando a incidência direta dos direitos fundamentais (MELLO, 2017, p. 9).

Em segundo lugar, vem o alcance ao próprio empregador (CONTRERAS, 2011, p. 32), que ao usar seu poder de comando e sujeição, ou seja, sua potestade, deve observar os direitos fundamentais do trabalhador (VELÁQUEZ, 2015), uma vez que estes não são extirpados quando se assina o contrato de trabalho. Ao revés, adentram-no para limitar o poder do empregador em face do empregado, haja vista o potencial lesivo que este tem para ferir direitos fundamentais do empregado, através da sua imposição jurídico-econômica (DAHER, 2016).

Em terceiro lugar, a eficácia diagonal alcança o Judiciário, já que “na eficácia diagonal [o Juiz] deverá ponderar considerando que o empregador também é titular de direitos fundamentais” mas a ponderação deve partir da “premissa de que o trabalhador se encontra submetido ao empregador e por isso é a parte mais frágil” (CONTRERAS, 2011, p. 31).

Nesse sentido, cabe primeiro ao empregador, quando usar sua potestade, observar os direitos dos empregados. É plenamente razoável que o empregador queira que sua empresa tenha a máxima eficiência, e para isso, pode capacitar seus empregados. Porém, não pode a empresa obrigar os empregados a irem a um retiro espiritual, sob pena de violar um direito fundamental dos empregados.

No caso acima, os empregados poderiam acionar o Poder Judiciário a fim de tentar abortar a tentativa do empregador de levá-los a um retiro espiritual; o julgador por sua vez, deve iniciar a apreciação do caso lembrando da hipossuficiência dos trabalhadores diante do empregador; em seguida, deve, de forma escalonada, “examinar se a medida persegue um fim constitucional legítimo”, “se é adequada”, “se cumpre com os padrões de necessidade” e “se socorrem dos elementos da proporcionalidade em sentido estrito” (CONTRERAS, 2011, p. 32). Percebe-se que existe uma ponderação caso a caso, aplicando-se o princípio da proporcionalidade como vetor.

5. Análise comparativa entre a eficácia horizontal e a diagonal e suas implicações na eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas

Nos tópicos anteriores foram apresentadas a teoria da eficácia horizontal e suas possíveis formas de aplicabilidade, bem como a nova teoria diagonal dos direitos fundamentais. Contudo, a exposição feita não exaure a nebulosidade que se instaura diante de ideias abstratas. Assim, é imperativa a feitura de uma breve análise comparativa.

Essas teorias partem do pressuposto de que seja possível que os direitos fundamentais tenham eficácia sobre os particulares, apesar das diversas vertentes. Conforme sustenta Contreras (2011, p. 28) “para o Direito do Trabalho, a aplicação direta dos direitos fundamentais é uma conclusão lógica.” Entretanto, ao revés, da eficácia direta horizontal, na qual os indivíduos estão em pé de igualdade, na eficácia diagonal parte-se do pressuposto da desigualdade (NAKAHIRA, 2019). Por isso, vislumbra-se três consequências da teoria diagonal, na qual duas convergem para a mesma direção da teoria horizontal.

O legislador, na sua atividade típica, deve, ao elaborar as leis infraconstitucionais e até as emendas da Constituição, observar as tensões sociais e fragilidades das partes na relação jurídica. Assim, deve preparar normas equitativas para tentar desonerar a parte mais frágil da relação jurídica (MELLO, 2017, p. 9), ao contrário do que ocorre com a eficácia horizontal na qual o legislador deve, necessariamente, produzir enunciados normativos gerais, sem observar se há uma parte frágil ou não. Isso porque se parte do pressuposto da igualdade entre as partes (NAKAHIRA, 2019). Portanto, existe uma vinculação objetiva do legislador aos direitos fundamentais no sentido do “legislador da ordem jurídica privada [...] cumprir e aplicar essas normas [assim] sendo esta vinculação imediata” (CANOTILHO, 2014, p. 1291).

A segunda consequência é o dever de observância dos direitos fundamentais que existe em relação às partes. Por esse motivo, é defeso a uma parte impelir a outra a uma relação jurídica desequilibrada, como, por exemplo, fazer um pacto comissório. No mesmo sentido, numa relação de emprego, o empregador deve observar os princípios constitucionais na hora de impor uma obrigação (CONTRERAS, 2011).

A terceira e, provavelmente, a principal consequência da eficácia diagonal, e que a aproxima da eficácia horizontal, é a aplicabilidade, nos casos concretos, pois ambas as teorias recorrem ao princípio da proporcionalidade, sendo a diferença o ponto de partida, uma vez que a primeira se fundamenta na desigualdade absoluta, a segunda baseia-se na igualdade presumida ou desigualdade moderada (SARMENTO, 2003).

A conclusão de ambas é que, em regra, a “resolução” dos casos dependerá da situação fática concreta, gerando assim, decisões “diferenciadas” (CANOTILHO, 2014, p. 1294). Pelo exposto, compreende-se que a eficácia diagonal não passa de uma problemática de aplicabilidade da teoria direta da eficácia dos direitos fundamentais.

5.1. Jurisprudência do STF: embates entre eficácia direta e indireta – efeito horizontal ou vertical?

Ao contrário da Constituição Portuguesa de 1976 que consagra expressamente no seu art. 18/1 a aplicabilidade dos direitos fundamentais às relações privadas (PORTUGAL, 1976), a Constituição Brasileira de 1988 é silente sobre o assunto, sendo o STF responsável por construir a jurisprudência no sentido da aplicabilidade direta dos direitos fundamentais.

Decerto, a primeira vez em que o Supremo Tribunal Federal teve que enfrentar um caso no qual se arguia a incidência dos direitos fundamentais nas relações privadas foi no RE 158.215-4/RS, em 1996, de relatoria do Ministro Marco Aurélio. No caso em questão, o recorrente alegava que a recorrida, uma cooperativa, tinha lhe expulsado sem observar o devido

processo legal. Na oportunidade, em sucinto voto, o relator afirmou que “incumbia à cooperativa, uma vez instaurado o processo, dar ao acusado a oportunidade de defender-se e não excluí-los sumariamente do quadro de associados” (BRASIL, 1996).

No mesmo ano o STF julgou o RE 161.243/DF, em que se discutia a aplicabilidade do princípio da igualdade na relação trabalhista. No caso, o recorrente era funcionário de uma empresa estrangeira, recorrida, que concedia vantagens aos funcionários da mesma nacionalidade da empresa, mas não aos brasileiros. O relator, Ministro Carlos Velloso, lastreado na doutrina de Celso Antônio Bandeira de Mello, aduziu que “os iguais foram tratados desigualmente” [visto que,] “o fator desigualador, foi a nacionalidade”, assim houve ofensa à Constituição (BRASIL, 1996). Nas decisões apresentadas não existia uma posição exposta nem mesmo sobre a eficácia horizontal, mas via-se além da aplicação da referida teoria, a aplicabilidade dos direitos fundamentais de forma direta aos casos.

A partir do RE 201.819-8/RJ, em que uma associação de músicos expulsou um membro sem que fosse dada a garantia constitucional a ampla defesa, o STF passou a adotar explicitamente a referida teoria, além da forma direta de aplicabilidade (BRASIL, 2005). Porém, é interessante fazer alguns apontamentos sobre a referida decisão. O voto condutor do Ministro Gilmar Mendes afirma que:

[...] é incontroverso que, no caso, ao restringir as possibilidades de defesa do recorrido, ela assume posição privilegiada para determinar, preponderantemente, a extensão do gozo e fruição dos direitos autorais de seu associado. Em outras palavras, trata-se de entidade que se caracteriza por integrar aquilo que poderíamos denominar como espaço público ainda que não-estatal (BRASIL, 2005).

O voto do Ministro Gilmar Mendes tende na direção da *Public Function Theory*, na direção da aplicabilidade reduzida dos direitos fundamentais a casos em que se verifica o caráter público da atividade desenvolvida pelo particular. Nesse sentido, confira-se trecho elucidativo do voto:

Afigura-se-me decisivo no caso em apreço, tal como destacado, a singular situação da entidade associativa, integrante do sistema ECAD, que, como se viu na ADI nº 2.054-DF, exerce atividade essencial na cobrança de direitos autorais, que poderia configurar um serviço público por delegação legislativa. **Esse caráter público ou geral da atividade parece decisivo aqui para legitimar a aplicação direta dos direitos fundamentais[...]** (grifos nossos). (BRASIL, 2005)

A decisão do referido recurso extraordinário, apesar de afirmar que os direitos fundamentais incidiriam nas relações entre privados, adotou uma forma restritiva. Em contrapartida, a ADI 4.815/DF é de suma importância para perceber que aos poucos o STF vem evoluindo seu entendimento no objetivo de adotar a teoria da aplicabilidade direta. Na ADI mencionada buscava-se a declaração da inconstitucionalidade dos artigos 20º e 21º do Código Civil, para que não se proibisse a publicação de biografia não autorizada.

Identifica-se um legítimo conflito de interesses entre particulares. A relatora Ministra Cármen Lúcia em minucioso voto afirmou que,

[...] os princípios constitucionais relativos a direitos fundamentais não obrigam apenas os entes e órgãos estatais, mas também são de acatamento impositivo e insuperável de todos os cidadãos em relação aos demais. O exercício do direito à liberdade de expressão não pode ser cerceado pelo Estado nem pelo vizinho, salvo nos limites impostos pela legislação legítima para garantir a igual liberdade do outro [...]. Quanto mais se amplia o espaço de poder social, mais se tem a possibilidade de ser a liberdade restringida pela ação de particulares contra um indivíduo ou grupo. A proteção dos direitos não se limita à ação estatal, mas estende-se também à ação dos particulares nas relações intersubjetivas (BRASIL, 2015).

Conforme aponta a Ministra os direitos fundamentais “espraiam-se” nas relações com os particulares. Nesse sentido, adotou-se a teoria da aplicabilidade direta sem nenhuma forma de restrição. Como apontado, a jurisprudência vem se formando no sentido da aplicabilidade direta dos direitos fundamentais.

Isto é muito significativo em tempos de Pandemia, uma vez que o mundo se encontra em crise pela disseminação do Corona Vírus (COVID-19)

e isso se manifestará nos próximos anos em processos judiciais brasileiros que certamente chegarão ao Supremo Tribunal Federal. Esta será uma oportunidade para observar como se darão os embates e aplicações das teorias de eficácia direta e indireta. Isso envolve as relações que as pessoas têm entre si nas medidas de prevenção ao contágio, nas relações entre empresas e clientes, condomínios e condôminos, instituições de ensino e seus alunos e ainda nas relações trabalhistas.

Como indício representativo deste último tema e seus embates no STF, tem-se as ações que foram ajuizadas pelo Partido Democrático Trabalhista (ADI 6342), pela Rede Sustentabilidade (ADI 6344), pela Confederação Nacional dos Trabalhadores Metalúrgicos (ADI 6346), pelo Partido Socialista Brasileiro (ADI 6348), pelo Partido Comunista do Brasil (PCdoB), pelo Partido Socialismo e Liberdade (PSOL) e pelo Partido dos Trabalhadores (PT) conjuntamente (ADI 6349), pelo partido Solidariedade (ADI 6352) e pela Confederação Nacional dos Trabalhadores da Indústria (ADI 6354) contra a Medida Provisória nº 927/220 que flexibiliza regras trabalhistas durante a pandemia da Covid-19 (BRASIL, 2020).

O STF afastou trechos da Medida, com destaque para dispositivos que afastam a natureza ocupacional dos casos de Covid-19 e restringem a atuação dos auditores fiscais, prevalecendo o argumento de que esse instrumento normativo afronta direitos fundamentais dos trabalhadores, entre eles a proteção contra a despedida arbitrária ou sem justa causa (BRASIL, 2020). Esse entendimento está em consonância com princípios constitucionais relativos a direitos fundamentais em relações privadas, as quais são de acatamento impositivo e insuperável de todos os cidadãos em relação aos demais.

5.2. A aplicabilidade da eficácia diagonal na visão dos tribunais brasileiros

São escassas as decisões que tratam da eficácia diagonal de maneira pormenorizada. Algumas decisões, as quais serão citadas, apenas menciona a existência de uma ‘eficácia’ diferente da horizontal. Contudo, algumas decisões, majoritariamente na seara laboral, apontam, ainda que de maneira superficial, a teoria da eficácia diagonal. O TST no Recurso de Revista nº 1882-80.2010.5.02.0061, analisou a questão de ter havido ou não demissão de uma das partes por motivo discriminatório. No caso, pela empregada ser portadora de moléstia, o acórdão, ao citar a ‘moderna concepção’ da eficácia diagonal afirma que

[...] a interpretação do art. 1º da Lei nº 9.029/95, à luz dos fundamentos da dignidade da pessoa humana e do valor social do trabalho insculpidos no art. 1º, III e IV, da Constituição Federal, bem como à luz do princípio da não discriminação inserto no art. 3º, IV, da Lei Maior, conduz à conclusão de que o rol de discriminações ali contidas não é taxativo, devendo abranger também aquela decorrente de dispensa por motivo de doença grave, porque o objetivo da diretriz constitucional vedatória da discriminação, dentro do Estado Democrático de Direito, é afastar dos cidadãos toda constrição de direitos pautada em critérios ilegítimos, independentemente de quais sejam esses critérios (BRASIL, 2016).

Conforme exposto, entendeu-se pela aplicabilidade dos direitos sociais de forma direta. Porém, há algum tempo o TST vem aplicando de forma concreta a teoria da eficácia horizontal de forma direta ou diagonal, conforme se pode ver no Agravo de Instrumento em Recurso de Revista 10300-63.2011.5.16.0002:

[...] Nesse contexto, informados por princípios basilares da atual ordem constitucional pátria, mormente na centralidade da pessoa humana, que decorre da dignidade que é ostentada por todos os indivíduos, forçoso concluir que o rol de condutas discriminatórias, a que se refere o artigo 1º da Lei nº 9.029/95, é meramente exemplificativo (Rel. Min. Cláudio Mascarenhas Brandão, 7ª Turma, DEJT de 27/11/2015)

Inúmeros acórdãos podem ser citados nesse sentido, sendo o rol da Lei nº 9.029/95 meramente exemplificativo, cabendo a aplicação dos princípios constitucionais de forma sistemática ao caso concreto. Evita-se, assim, a discriminação dos empregados.

O TST entende que quanto maior a desigualdade fática no caso concreto, maior a incidência dos direitos fundamentais, mesmo entendimento de Daniel Sarmento (2003, p. 351), variando da teoria diagonal que entende que sempre os trabalhadores estarão em desvantagem fática.

Assim como no Supremo Tribunal Federal tem chegado ações atinentes a relações jurídicas afetadas pela pandemia causada pelo Covid-19 que atinge todo o Brasil, também o Tribunal Superior do Trabalho tem tomado medidas relacionadas às relações jurídicas desencadeadas por este fato social. Teletrabalho, suspensão de contratos de trabalho, reduções salariais e tantos outros temas certamente serão enfrentados pelos próximos anos, o que será uma oportunidade para acompanhar possíveis aplicações da teoria da eficácia diagonal nos processos judiciais.

6. Considerações finais

A eficácia horizontal dos direitos fundamentais hodiernamente está consolidada (SARLET, 2000). Em um mundo cada vez mais globalizado, onde muitas multinacionais têm mais poder do que diversos países (HESSE, 1998), é impensável não se considerar a vinculação dos entes privados aos direitos fundamentais, mesmo que alguns princípios do direito privado como o da autonomia da vontade tenham que ser mitigados, perdendo por vezes espaço jurídico nas relações entre privados.

Contudo, não é conveniente para a autonomia do direito privado que se interfira de forma demasiada no seu círculo 'semiótico' sob pena de engessar as relações entre privados. Em virtude disso, sem embargo, conforme dispõe o Código Civil Brasileiro de que os contratos devem observar sua função social, poder-se-ia escrever muito mais sobre o tema. Porém, contenta-se nesse texto em afirmar que, dentre as várias facetas, a função social deve respeitar os direitos fundamentais de outrem e não o alijar pelo simples fato de no 'mundo privado' existir a autonomia da vontade. Mesmo no mundo onde os indivíduos têm uma larga esfera de atuação, deve-se sempre lembrar da

indisponibilidade dos direitos fundamentais e de sua aplicação em qualquer hipótese.

Nesse sentido, a forma com que se aplicam os direitos fundamentais é de indispensável importância para a existência de harmonia entre direito privado e os direitos fundamentais. Surgem a partir dessa discussão diversas formas de aplicabilidade, desde a forma indireta e irradiadora em que os cânones do direito privado são interpretados à luz dos direitos fundamentais, até a teoria direta em que os direitos fundamentais são aplicados diretamente ao caso concreto.

Da exposição feita infere-se que é sensata a adoção da teoria direta proposta por Daniel Sarmiento e de certa forma por Alexy. Isso porque, deve-se analisar o caso concreto no sentido de que quanto maior for a desigualdade entre as partes, maior será a interferência estatal na relação. Fator importante quando da aplicabilidade dos direitos fundamentais é a natureza da questão controversa nas questões ligadas à autodeterminação existencial da pessoa, a proteção a suas escolhas é maior, o que não vale para questões econômicas, principalmente quando o caso envolver bem essencial a vida.

Doutra banda, no que diz respeito à teoria da eficácia diagonal proposta por Sergio Gamonal Contreiras, constata-se a existência de alguns problemas estruturais, dentre eles o ponto de partida, pois parte de um desequilíbrio geral dos contratos de trabalho, em que sempre o trabalhador está em desvantagem. Isto é um erro, pois apesar do notável desequilíbrio na maior parte das relações laborais, deve ser considerado que há cada vez mais casos onde estão empregado e empregador, sendo este um pequeno empresário, em que a relação de desigualdade muitas vezes é mínima, o que não interfere de todo na decisão judicial concreta.

Nesse sentido, entende-se nesse texto que a teoria diagonal é uma das formas de aplicabilidade da teoria horizontal, e se compara à teoria da aplicabilidade proposta por Sarmiento e Alexy. Isso porque o Juiz, ao se

deparar com o caso concreto, deve ponderá-lo à luz do princípio da proporcionalidade, reduzindo este aos seus subprincípios da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

A jurisprudência do STF e da maioria dos países da *civil law* apontam para adoção da teoria direta. Ademais, o STF vem evoluindo sua posição, conforme exposto, e a expectativa é que, com os efeitos da pandemia causada pelo Covid-19, muitas relações jurídicas serão balizadas por decisões que levam em consideração tais postulados.

Conclui-se assim que, além da incontestada existência da eficácia horizontal, a jurisprudência aponta para a admissão da eficácia direta, de forma acertada. Entretanto, deve-se atentar para o caso concreto, e nas circunstâncias fáticas dadas pelo caso ao aplicar o princípio da proporcionalidade e a técnica da ponderação, observar os princípios constitucionais, notadamente o da dignidade da pessoa humana, autonomia da vontade e autoafirmação dos indivíduos.

Referências

- ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.
- SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. 2.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.
- AZEVEDO, Álvaro Vilaça. **Teoria geral dos contratos típicos e atípicos**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009.
- BARBERÁN, Pablo Marshall. El efecto horizontal de los derechos y la competencia del juez para aplicar la constitución. **Revista de Estudios Constitucionales**, n. 1, v. 8, p. 43-78, 2010.
- BARCELLOS, Ana Paula. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os Conceitos Fundamentais e a Construção do Novo Modelo**. 7. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.
- BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2010.
- BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocêncio Mártires; MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.815. Relatora: Min. Carmén Lúcia. Brasília, 10 jun. 2015. Disponível em:

<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10162709>. Acesso em: 25 abr. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **STF afasta trechos da MP que flexibiliza regras trabalhistas durante pandemia da Covid-19**. Brasília, 29 abr. 2020. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=442355&ori=1>. Acesso em: 30 abr. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso extraordinário 158.215. Relator: Min. Marco Aurélio Mello. Brasília, 30 abr. 1996. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur119404/false>. Acesso em: 01 abr. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso extraordinário 161.243. Relator: Min. Carlos Velloso. Brasília, 29 out. 1996. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur106108/false>. Acesso em: 01 abr. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso extraordinário 201.819. Relatora: Min. Ellen Gracie. Relator p/acórdão: Min. Gilmar Mendes. Brasília, 11 out. 2005. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur7704/false>. Acesso em: 01 abr. 2020.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Recurso de Revista 1882-80.2010.5.02.0061. Relator: Min. Vieira de Mello Filho. Brasília, 03 ago. 2016. Disponível em: <https://jurisprudencia-backend.tst.jus.br/rest/documentos/c3fd503f42333f25cab16f159c810c3b>. Acesso em: 25 abr. 2020.

BURDEAU, G.; TROPER, M.; HAMON, F. **Direito constitucional**. Tradução: Carlos de Souza. Barueri: Manole, 2005.

CANARIS, Claus-Wilhelm. A influência dos direitos fundamentais sobre o direito privado na Alemanha. In: SARLET, Ingo Wolfgang. [ed.] **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 227-228.

CANARIS, Claus-Wilhelm. **Direitos fundamentais e direito privado**. Tradução: Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo Mota Pinto. Coimbra: Almedina, 2003.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2014.

CARDOZO, Paulo Maurício Sales. A eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas. **Revista do Ministério Público do Estado do Pará**, Belém, v. 8, p. 261-281, 2015.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. São Paulo: SaraivaJur, 2017.

CONTRERAS, Sergio Gamonal. **Cidadania na empresa e eficácia diagonal dos direitos fundamentais**. Tradução: Jorge Alberto de Araújo. São Paulo: LTr, 2011.

DAHER, Chafic Krauss. **Aplicabilidade e eficácia dos direitos fundamentais sociais trabalhistas: a eficácia horizontal nas relações de trabalho**. 2016. Mestrado em Direito. Universidade Católica de Pernambuco. Recife. Disponível em: <http://tede2.unicap.br:8080/handle/tede/569>. Acesso em: 28 abr. 19.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. 32. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

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

ESTADOS UNIDOS. Suprema Corte dos Estados Unidos. Marsh vs. Alabama. 306, s.l.: SUPREMA CORTE DOS ESTADOS UNIDOS, 1946. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/326/501/>. Acesso em: 25 abr. 2020.

FACHIN, Luiz Edson. (Coord.). **Repensando fundamentos do direito civil brasileiro contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

- GAMONAL, Sergio C. **Cidadania na Empresa e eficácia diagonal dos direitos fundamentais**. Rio de Janeiro: LTr, 2011.
- GOMES, Orlando. **Contratos**. 26. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.
- GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na constituição de 1988**. São Paulo: Malheiros, 2008.
- GURÍA, José Juan Anzures. La dimensión objetiva de los derechos fundamentales en México. **Revista Dikaion**, Cidade do México, v. 1º, p. 53-83. Disponível em: <http://dikaion.unisabana.edu.co/index.php/dikaion/article/view/6400/4568>. Acesso em: 01 abr. 2020.
- HESSE, Konrad. **Elementos de direito constitucional na República Federal da Alemanha**. Tradução: Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 1998.
- JELLINEK, Georg. **Teoria general del derecho**. Tradução: Fernando de Los Rios. México: FCE, 2000.
- JHERING, Rudolf Von. **A Luta Pelo Direito**. Tradução: João de Vasconcellos. São Paulo: Martin Claret, 2009.
- KRIELE, Martin. **Introdução a teoria do estado: os fundamentos históricos da legitimidade do estado constitucional democrático**. Tradução: Urbano Carvelli. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 2013.
- SARLET, Ingo Wolfgang. Direito fundamentais e direito privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 36, p. 54-104, 2000.
- LIMA, Natali Marquina. **Los derechos fundamentales y su eficacia horizontal aplicados por el tribunal constitucional en el periodo 2000 a 2015**. Mestrado em Direito. Universidad Nacional San Agustín de Arequipa, Arequipa, 2015. Disponível em: <http://repositorio.unsa.edu.pe/bitstream/handle/UNSA/4541/DEMmalin.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 01 abr. 2020.
- MARMELSTEINS, George. **Curso de direitos fundamentais**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2011.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira. **O conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2017.
- NAKAHIRA, Ricardo. **Eficácia horizontal dos direitos fundamentais**. 2007. Mestrado em Direito. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo-PUC. São Paulo. Disponível em: <https://tede2.pucsp.br/handle/handle/7752>. Acesso em: 30 abr. 2020
- NUNES, Rizzato. **Curso de direito do consumidor**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.
- SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.
- SANTOS, Lucas Sampaio. **Aplicação dos direitos fundamentais de 1ª dimensão nas relações jurídico privadas**. 2012. Mestrado em Direito. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo-PUC. São Paulo. Disponível em: <https://tede2.pucsp.br/handle/handle/5813>. Acesso em: 01 maio 2019.
- SCHIMITT, Carl. **Teoria de La Constitucion**. Tradução: Francisco Ayala. Madrid: Alianza, 1996.
- SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.
- TROUTMAN, Nancy. **The Magna Carta: (The Great Charter)**. Disponível em: <https://constitution.org/eng/magnacar.pdf>. Acesso em: 02 fev. 2020.

VELÁSQUEZ, Andrés Miguel Paredes. **Los derechos inespecíficos de los trabajadores y el principio de proporcionalidad**. 2015. Mestrado em Direito, Univesidad San Agustín, Arequeipa, Peru. Disponível em: <https://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/handle/20.500.12404/6333>. Acesso em: 01 abr. 2020.

Artigo recebido em: 30/04/2020.

Aceito para publicação em: 22/12/2022.