

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
PUC-SP**

CLAUDIMIR SUPIONI JUNIOR

**O exercício do poder disciplinar e as garantias do
contraditório e da ampla defesa: a aplicabilidade do artigo 5º,
LV, da Constituição Federal de 1988 às relações privadas de
emprego.**

MESTRADO EM DIREITO

**São Paulo
2013**

CLAUDIMIR SUPIONI JUNIOR

**O exercício do poder disciplinar e as garantias do
contraditório e da ampla defesa: a aplicabilidade do artigo 5º,
LV, da Constituição Federal de 1988 às relações privadas de
emprego.**

Mestrado em Direito

Dissertação apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Mestre em Direito do Trabalho, sob a orientação da Professora Doutora Carla Teresa Martins Romar.

São Paulo

2013

Direitos do autor reservados

Autorizo a reprodução parcial desta obra, desde que citada a fonte e para fins exclusivamente acadêmicos

Supioni Junior, Claudimir, 1975-

O exercício do poder disciplinar e as garantias do contraditório e da ampla defesa: a aplicabilidade do artigo 5º, LV, da Constituição Federal de 1988 às relações privadas de emprego / Claudimir Supioni Junior – 2013.

331 f.: 30 cm.

Orientadora: Professora Doutora Carla Teresa Martins Romar

Dissertação (mestrado) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, Área de Concentração: Direito do Trabalho, 2013.

1. Direito do trabalho. 2. Garantias fundamentais. 3. Contraditório e ampla defesa. 4. Poder disciplinar. 5. Justa causa. I. Romar, Carla Teresa Martins, orient. II. Supioni Junior, Claudimir. III. Título.

CDU-34:331(342.7)

Banca Examinadora

Para a amada Adriana, que está sempre ao meu lado, ainda que minha miopia, por vezes, não me deixe enxergar.

Eu queria saber escrever histórias de heróis, princesas e monstros para dedicá-las a vocês. Para a Marina e para o Pedro, com todo o amor possível de se sentir.

Agradecimentos

À professora Carla Teresa Martins Romar, pela rigorosa orientação, pelo dedicado magistério, pela fascinante erudição, pelo imenso apoio e, sobretudo, pela terna amizade.

Aos professores e alunos do Programa de Pós-Graduação da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, em especial aos professores Pedro Paulo Teixeira Manus, Renato Rua de Almeida, Cláudio de Cicco, Sérgio Seiji Shimura, Tereza Celina de Arruda Alvim Wambier, Álvaro Luiz Travassos de Azevedo Gonzaga e Túlio de Oliveira Massoni.

À Adriana Jardim Alexandre Supioni, por toda ajuda ao longo da pesquisa e pela inestimável colaboração na minuciosa revisão deste trabalho.

RESUMO

SUPIONI, C. **O exercício do poder disciplinar e as garantias do contraditório e da ampla defesa**: a aplicabilidade do artigo 5º, LV, da Constituição Federal de 1988 às relações privadas de emprego. 331 f. Dissertação (mestrado). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo: 2013.

O presente trabalho divulga pesquisa que adotou como objeto central a aplicabilidade das garantias do contraditório e da ampla defesa diante do poder disciplinar do empregador privado. A pesquisa se concentrou no estudo da eficácia do artigo 5º, LV, da Constituição Federal de 1988, seus contornos de incidência, seus efeitos como norma definidora de direitos fundamentais e as peculiaridades de sua aplicação na relação de emprego. O problema central foi enfrentado em duas perspectivas: Inicialmente, estudou-se a aplicabilidade da norma constitucional sob a lente da moderna teoria constitucional, adotando-se, como principal marco teórico, a tese de eficácia das normas constitucionais de José Afonso da Silva. Em segundo momento, sem caráter exclusivo, analisou-se o problema sob os postulados do constitucionalismo contemporâneo e da teoria dos direitos fundamentais. O método de pesquisa consistiu na revisão crítica da doutrina tangente ao tema, na investigação das fontes primárias do processo legislativo constitucional, do acervo jurisprudencial correlato, da legislação estrangeira e dos documentos publicados pelos Organismos Internacionais. O resultado é o postulado de que as garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa têm imediata irradiação nas relações privadas reguladas pelo direito do trabalho, assegurado pela plenitude eficaz e pela eficácia horizontal da norma inserida no artigo 5º, LV, da Constituição Federal de 1988, não sendo dependente de qualquer legislação infraconstitucional conformadora ou de alteração legislativa. Em respeito à norma constitucional, o empregador que tiver a intenção de sancionar ou despedir motivadamente o trabalhador deve previamente assegurar-lhe o exercício do contraditório e da ampla defesa, sob pena de nulidade da sanção aplicada por falta de elemento essencial de validade. Tratando-se de resolução do contrato por justa causa, o desrespeito às garantias implica em se considerar insubsistente a falta grave, convertendo-se a dispensa para a modalidade imotivada, salvo se o trabalhador for detentor de estabilidade provisória, hipótese em que será possível falar em sua reintegração.

Palavras-chave: Poder disciplinar. Sanção. Justa causa. Contraditório e ampla defesa. Direitos fundamentais.

ABSTRACT

SUPIONI, C. **The exercise of disciplinary might and the assurances of the contradictory and the legal defense:** the applicability of the article 5th, LV, of the Federal Constitution of 1988 at the private employment relationships. 331 p. Dissertation (Masters in Law). Pontifical Catholic University of São Paulo. Sao Paulo: 2013.

This report publishes research that has adopted as its central object the applicability of the assurances of the contradictory and the legal defense before the disciplinary power of the private employer. The research focused on the study of the effectiveness of the Article 5th, LV, of the Federal Constitution of 1988, its incidence contours, its effects as standard of fundamental rights and the peculiarities of its application in the employment relationship. The research's central problem was facing by two perspectives: Initially, was studied the applicability of the constitutional provision through the lens of modern constitutional theory, adopting, as the main theoretical, the thesis of constitutional effectiveness of José Afonso da Silva. At second step, without exclusively, was analyzed the problem under the postulates of contemporary constitutionalism and theory of fundamental rights. The research method was the critical revision of the doctrine tangential to the topic, the investigation of primary sources of constitutional legislative process, the jurisprudence, the foreign legislation and the documents published by international organizations. The search result is the postulate that the constitutional guarantees of adversarial and legal defense have immediate irradiation in private relations governed by the Direct Labour ensured by complete eficacial and effectiveness horizontal of the rule inserted in Article 5, LV, of the Federal Constitution 1988, not depending of any legislation or legislative change. To respect the constitutional provision, an employer who intends to sanction or dismiss the worker with a just cause argument must previously assure to him the exercise of the assurances of the contradictory and the legal defense, under penalty of nullity sanction imposed by lack of essential validity. In the case of dismissal by just cause, the disrespect to the assurances implies consider the serious lack ineffectual, changing the argument of dismissal for unjust type, unless the employee has obtained provisional stability, in which case will be possible think on reinstatement of the worker.

Keywords: Disciplinary power. Penalties. Just cause. Contradictory. Defense. Fundamental rights.

SUMÁRIO

| | |
|--|------------|
| INTRODUÇÃO. | 15 |
| 1 AS GARANTIAS DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA. | 19 |
| 1.1 Definições e conteúdo substantivo das garantias do contraditório e da ampla defesa. | 26 |
| 1.2 O direito de defesa no sistema constitucional brasileiro. | 34 |
| 2 O CONTRADITÓRIO E A AMPLA DEFESA NO SISTEMA CONSTITUCIONAL VIGENTE: ESTUDO DO TEMA A PARTIR DO DIREITO POSITIVO COMO REFERENCIAL TEÓRICO. | 47 |
| 2.1 Teorias de eficácia das normas constitucionais. | 49 |
| 2.1.1 A eficácia das normas constitucionais na teoria de José Afonso da Silva. | 52 |
| 2.1.1.1 Normas constitucionais de eficácia plena. | 55 |
| 2.1.1.2 Normas constitucionais de eficácia contida. | 60 |
| 2.1.1.3 Normas constitucionais de eficácia limitada ou reduzida. | 65 |
| 2.1.2 Outras propostas classificatórias. | 69 |
| 2.2 A Constituição como norma jurídica capaz de gerar, por si, situações subjetivas de vantagem ou de vínculo: o problema dos destinatários das normas constitucionais. | 73 |
| 2.3 O artigo 5º, LV, da Constituição Federal de 1988 como norma de eficácia plena: a posição topográfica das garantias do contraditório e da ampla defesa na geografia constitucional. | 86 |
| 2.4 As garantias do contraditório e da ampla defesa na Constituição Federal de 1988. | 104 |
| 2.4.1 O conteúdo normativo da expressão “acusados em geral” constante no artigo 5º, LV, da Constituição Federal de 1988: aplicabilidade às relações jurídicas privadas. | 114 |
| 3 CONSTITUCIONALISMO CONTEMPORÂNEO: NORMATIVIDADE DOS PRINCÍPIOS, PREVALÊNCIA E EFICÁCIA HORIZONTAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS. | 131 |
| 3.1 Direitos fundamentais. Conceitos iniciais e âmbito de proteção. | 137 |
| 3.2 Constituição e direito privado: a eficácia horizontal dos direitos fundamentais. | 142 |
| 3.2.1 Eficácia horizontal dos direitos fundamentais no sistema constitucional brasileiro: um possível falso problema. | 150 |
| 3.3 A estrutura das normas de direitos fundamentais. O artigo 5º, LV, da Constituição Federal de 1988 como norma definidora de direitos fundamentais. | 156 |
| 3.4 Direitos fundamentais e o sistema de regras e princípios. | 166 |

| | | |
|----------|--|------------|
| 4 | ESTUDO DE CASOS: A EFICÁCIA DAS GARANTIAS DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA NA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. | 175 |
| 4.1 | Caso nº 1. Recurso extraordinário nº 158.543. Interpretação da expressão “litigantes” como referente à contraposição de interesses, ainda que em campo extraprocessual. | 176 |
| 4.2 | Caso nº 2. Recurso extraordinário nº 158.215. Incidência do artigo 5º, LV, da Constituição Federal de 1988 nas relações privadas. Exclusão de associados de cooperativa de produtores rurais sem observação das garantias do contraditório e da ampla defesa. | 178 |
| 4.3 | Caso nº 3. Recurso extraordinário nº 201.819. A aplicabilidade direta e imediata das garantias do contraditório e da ampla defesa nas relações privadas. Exclusão de membro de associação privada sem observação das garantias do contraditório e da ampla defesa. | 182 |
| 5 | O CONTRADITÓRIO E A AMPLA DEFESA NAS RELAÇÕES DE TRABALHO. | 191 |
| 5.1 | O poder diretivo do empregador como exercício de poder privado. O direito constitucional positivo e a eficácia direta e imediata das garantias do contraditório e da ampla defesa nas relações privadas de emprego. | 191 |
| 5.2 | O direito de defesa do trabalhador na relação privada de emprego como norma de direito fundamental diretamente estabelecida. | 200 |
| 5.3 | O exercício das garantias do contraditório e da ampla defesa na aplicação de sanções disciplinares e na resolução motivada do contrato. | 207 |
| 5.4 | Procedimentalização e efeitos da aplicação das garantias do contraditório e da ampla defesa nas relações privadas de emprego. | 224 |
| | CONCLUSÃO. | 239 |
| | REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS. | 245 |
| | ANEXO. | 255 |

Introdução.

O direito do trabalho conquistou sua autonomia científica há muito tempo, atingindo a condição de ramo especializado do Direito. A experiência histórica envolvendo as relações de trabalho subordinado edificou uma ordem de valores imantada pelo primado da dignidade da pessoa humana. Este processo fático-axiológico atribuiu ao direito do trabalho uma principiologia própria que o distingue, com nítidos contornos, dos outros ramos da ciência jurídica. Os valores sociais do contrato e a ideia de hipossuficiência de um dos contratantes são exemplos de seus paradigmas singulares.

Embora a doutrina reconheça autonomia do direito do trabalho, é inequívoco que este ramo do Direito ainda recebe influência de outros ramos da ciência jurídica. Aliás, uma das características marcantes do direito do trabalho é seu caráter multidisciplinar, envolvendo, em sua aplicação, elementos de direito civil, de direito constitucional, de direito administrativo e até mesmo de direito tributário. Não por acaso, a própria Consolidação das Leis do Trabalho invoca o direito comum como sua fonte subsidiária e integrativa.

A septuagenária Consolidação das Leis do Trabalho foi forjada em um ambiente de exceção democrática materializado pela Constituição Federal de 1937, outorgada com nítidos propósitos totalitários, e sob o arquétipo do pensamento liberal e privatista do Código Civil de 1916.

Uma característica do direito do trabalho que reflete muito bem o patrimonialismo liberal do Código de Bevilacqua é o chamado poder disciplinar do empregador. Pelo sistema atual - ou melhor, pelo sistema que grande parte da doutrina e da jurisprudência acredita estar em vigor - o empregador pode, diante de uma conduta faltosa do empregado, aplicar-lhe sanções que vão de uma simples advertência até a suspensão do trabalho sem direito à remuneração. Caso a falta venha a se reiterar ou se revestir de

gravidade bastante a tornar insuportável a manutenção do contrato de trabalho, o empregador pode rescindi-lo com um argumento de justa causa, suprimindo a indenização a que o trabalhador teria direito em caso de dispensa imotivada.

Neste sistema, o empregador atua por conta própria e de forma totalmente unilateral. Tomando ciência de uma conduta do empregado que considera faltosa, o empregador, isoladamente, cria as bases de uma acusação, coleta e produz provas e, ao final, exerce um verdadeiro julgamento do trabalhador, aplicando e executando a sanção que lhe parecer mais adequada ao caso. O trabalhador não é, necessariamente, informado da imputação que sobre si recai; não tem a oportunidade de se justificar ou de esclarecer os fatos; não participa da produção de provas. Muitas vezes - e isso a prática forense demonstra fartamente - o trabalhador é dispensado por justa causa sem sequer tomar conhecimento dos motivos que levaram ao seu despedimento.

Esse poder do empregador assume contornos incompatíveis com o Estado Democrático de Direito, na medida em que concentra, de um lado, todo o poder de decisão nas mãos de parte economicamente interessada e, de outro lado, atinge diretamente direitos fundamentais do trabalhador, que pode ter sua fonte de sustento abruptamente suprimida sem ao menos poder exercer seu direito de defesa.

É um modelo que, como o presente trabalho de pesquisa demonstrará, não está em harmonia com a Constituição Federal de 1988.

No que diz respeito aos direitos do acusado, o direito do trabalho, que sempre esteve na vanguarda da tutela dos direitos fundamentais dos trabalhadores, está passos atrás de outros ramos do Direito. Enquanto a ordem jurídica assegura o exercício das garantias do contraditório e da ampla defesa em diversas hipóteses, como, por exemplo, ao cidadão ameaçado de exclusão pelo clube recreativo do qual é sócio ou ao motorista acusado de uma infração de trânsito qualquer, ainda que sem caráter pecuniário, como é o caso

da singela advertência, o direito do trabalho não possui, pelo menos assim acredita a maioria dos juristas, qualquer previsão legal equivalente no que diz respeito à demissão por justa causa do trabalhador, ainda que os valores em jogo nesta relação jurídica gozem de relevante proteção no sistema constitucional em vigor.

De forma bastante esparsa, alguns doutrinadores vêm denunciando a incompatibilidade deste modelo de concentração de poder com a ordem jurídica edificada pela Constituição Federal de 1988. Pensamos que a definitiva superação deste padrão autoritário depende, mais do que da adesão de outros doutrinadores a esta linha de pensamento, de um estudo sistematizado do tema que esteja apoiado, também, nos problemas atinentes à *norma jurídica*.

A pesquisa a seguir relatada pretende prestar contribuição à ciência jurídica no preenchimento exatamente desta lacuna no corpo do conhecimento acadêmico: investigar a irradiação das garantias do contraditório e da ampla defesa diante do exercício do poder disciplinar detido pelo empregador privado.

Para atingir tais propósitos, a pesquisa concentrou-se em um problema central, aqui adotado como delimitação de seu campo de investigação: a aplicabilidade da norma contida no artigo no artigo 5º, LV, da Constituição Federal Brasileira de 1988 às relações privadas de emprego. Este problema central exigiu um estudo detido da carga eficaz e das hipóteses de incidência da norma, bem como seus efeitos como norma definidora de garantia fundamental.

Por opção metodológica, optamos por enfrentar o problema central em dois momentos distintos. Inicialmente, analisamos o problema da aplicabilidade do artigo 5º, LV, da Constituição Federal de 1988 às relações privadas de emprego, sob a lente da moderna teoria constitucional, adotando como principal marco teórico a tese de eficácia das normas constitucionais de

José Afonso da Silva. Em um segundo momento, porém sem caráter de exclusão, analisamos o problema sob os postulados do constitucionalismo contemporâneo e da teoria dos direitos fundamentais.

O método de pesquisa concentrou-se na revisão crítica da doutrina tangente ao tema, na investigação das fontes primárias do processo legislativo constitucional, do acervo jurisprudencial correlato, da legislação estrangeira e dos documentos publicados pelos Organismos Internacionais. Dado seu resultado prático imediato, a pesquisa foi enriquecida pelo confronto dos dogmas jurídicos identificados e criticamente revistos com o contexto empírico em que se manifestam, buscando, assim, uma concepção realista do problema.

Sem a pretensão de esgotar o tema, esperamos que o presente trabalho sirva para incluir o problema da pesquisa na pauta do debate acadêmico, onde, por certo, será desenvolvido de forma mais completa. Fica assim limitada nossa contribuição à ciência jurídica.

1 As garantias do contraditório e da ampla defesa.

Uma verdade evidente por si mesma; uma premissa considerada imediatamente inequívoca, independentemente de sua demonstração como verdadeira. Esta é a mais direta definição da palavra *axioma*. Eles existem na ciência jurídica? Uma ciência humana construída sobre ordens de valores pode conviver com verdades absolutas? O advogado já desgastado por derrotas e vitórias, por vezes inesperadas, em seus anos de prática forense provavelmente responderá que não, que nada é absoluto no Direito. No entanto, um olhar menos contaminado pela casuística pode conduzir à resposta diversa.

Pensamos que é possível deduzir do pensamento jurídico alguns axiomas. Um exemplo é a afirmação feita por Hans Kelsen no sentido de que “as normas de uma ordem jurídica regulam a conduta humana”¹. Essa afirmação é tão óbvia, ela faz tanto sentido, que parece ser desnecessário qualquer esforço para comprová-la, assim como, de plano, aparenta ser impossível refutá-la. Tal proposição é uma candidata à condição de um axioma do Direito.

Na ciência jurídica, qualquer exercício de caça à verdade só será viável se o pesquisador delimitar o seu campo de estudo. Assim pensamos, porque afirmações hoje consideradas inequívocas talvez não o fossem em outros tempos ou talvez ainda não o sejam em certos lugares ou em determinadas culturas. Um exemplo é a afirmação de que o juiz somente está apto a realizar a justiça após franquear ao acusado o direito de se defender das imputações que lhe recaem. Embora a história seja repleta de relatos de tribunais de exceção, de julgamentos sumários ou inspirados em

¹ **Teoria pura do direito.** Tradução João Baptista Machado. 7ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 33.

supostas revelações divinas, a cultura jurídica ocidental contemporânea não assimila a ideia de um julgamento sem defesa.

O presente trabalho não é um relatório da investigação do Direito de todos os povos em todos os tempos. É o resultado da pesquisa do Direito brasileiro atual, ainda que, incidentalmente, venhamos a tangenciar a legislação vigente em alguns países de tradição democrática semelhante à nossa. Neste contexto, podemos dizer que, no recorte histórico e cultural em que a presente pesquisa se desenvolve, há um valor axiomático na afirmação de que o direito de defesa é imprescindível à realização da justiça.

Como veremos mais adiante, o direito de defesa sempre contou com assento nas diversas Constituições brasileiras, ainda que veiculado de formas diferentes em cada uma delas. Esta perenidade constitucional – mesmo em diferentes momentos da conturbada história política brasileira – permite que se conclua, por simples pressuposição lógica, que o direito de defesa transcende o direito positivo, ou melhor, é anterior ao direito posto. A Constituição, se pode então dizer, seria a referência positiva de uma norma hipotética fundamental².

A fundamentalização do direito de defesa na concreção do Direito e como elemento integrante do próprio ideal de Justiça, pode ser facilmente compreendido no espiral dialético hegeliano, pelo qual somente a partir do embate de teses e antíteses é possível se obter a mais perfeita representação da realidade (a síntese)³. O direito de defesa, neste contexto,

² A alusão aqui feita ao normativismo puro de Hans Kelsen é evidente. Para resolver o problema do fundamento de validade da Constituição, Kelsen recorre ao conceito de norma fundamental, cuja natureza estaria diretamente relacionada com a Constituição determinada, vigente, e não com valores morais ou éticos: “Na pressuposição da norma fundamental não é afirmado qualquer valor transcendente ao Direito positivo. [...] a condição de pressupormos a norma fundamental: devemos conduzir-nos como a Constituição prescreve, quer dizer, de harmonia com o sentido subjetivo do ato de vontade constituinte, de harmonia com as prescrições do autor da Constituição” (KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução João Baptista Machado. 7ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 225).

³ Immanuel Kant (1724-1804) superou a tradicional divisão do pensamento filosófico entre idealismo e realismo. Para Kant, “a razão é a forma ordenadora de um conteúdo que a experiência fornece” (REALE, Miguel. **Filosofia do direito**. 20ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 111). Georg Wilhelm Friedrich Hegel (1770-1831) foi além, propondo “uma verdadeira fusão

torna-se um *dever*, uma *obrigação* do juiz, pois somente a partir da observação do movimento divergente das alegações do autor e do réu o magistrado terá condições de pacificar o conflito (operar a síntese). A defesa do réu passaria a constituir uma das variáveis da complexa equação que o juiz deve solucionar ao julgar qualquer lide. Longe, portanto, de ser apenas um direito do acusado, o direito de defesa passou a ser instrumento do qual o juiz não pode prescindir para solucionar uma colisão de interesses.

Cândido Rangel Dinamarco encontra na política o fundamento do direito de defesa. Dinamarco recorda que o exercício do poder só pode ser considerado legítimo se respaldado em dois elementos: (i) o respeito à Constituição e às leis; e, (ii) a participação direta dos indivíduos envolvidos. É a expressão do *poder legitimado pela democracia*, o que envolve, como de rigor, a participação de todos aqueles que por ele são atingidos. Assim, Dinamarco contesta a tese de que a mera observação dos procedimentos previstos na norma legal é capaz, por si, de atribuir legitimidade aos atos de poder:

Na realidade, o que legitima os atos de poder não é a mera e formal observação dos procedimentos, mas a participação que mediante o correto cumprimento das normas processuais tenha sido possível aos destinatários. Melhor falar, portanto, em legitimação pelo contraditório e pelo devido processo legal⁴.

Por tal lição, o exercício do poder, em qualquer uma de suas múltiplas manifestações, só pode ser considerado legítimo se, além de respeitar os procedimentos, garantir a participação dos sujeitos envolvidos ou

entre o racional e o real” (Idem). Para Hegel, o processo de obtenção do conhecimento se desenvolve em um movimento composto por três fases: ao se afirmar algo (tese), o contrário (antítese) deve ser pressuposto como decorrência da afirmação inicial; somente da contraposição de ambos (tese e antítese) é que se pode obter um retrato da realidade investigada (síntese); o movimento repete-se, desta vez com a síntese se posicionando como uma nova tese e a ela se contraponto uma nova antítese que vai resultar em uma nova síntese. Este processo seria contínuo - daí a figura de um espiral - conduzindo à mais perfeita representação da verdade (BITTAR, Eduardo C. B; ALMEIDA, Guilherme Assis de. **Curso de filosofia do direito**. 8ª ed. São Paulo: Atlas, 2010, pp. 336-358. COTRIM, Gilberto. **Fundamentos de filosofia**: história e grandes temas. 16ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 172-175).

⁴ **Fundamentos do processo civil moderno**. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010, tomo I, pp. 517-518.

atingidos por ele. Pode-se dizer, então, que o poder extrairia legitimidade do binômio procedimento-participação.

A participação dos indivíduos seria fundamental para a legitimidade dos atos de poder. É justamente nesta premissa que Dinamarco encontra a nota de fundamentalidade que o direito de defesa possui na ordem estatal.

É possível, ainda, justificar o direito de defesa sob outros aspectos, até mesmo sob o ponto de vista biológico. A demonstração empírica da supremacia do indivíduo mais bem adaptado às condições naturais adversas, apresentada na célebre obra de 1859 de Charles Darwin, conduziu os postulados evolucionistas ao protagonismo das ciências naturais. Sob outras denominações, como “luta pela sobrevivência”, a ideia central do evolucionismo é a de que *defender-se é condição para existir*. E tal condição não se aplica apenas para o homem, mas para qualquer organismo vivo. Sob tal premissa, o exercício de defesa não seria somente um direito, uma prerrogativa facultativa do indivíduo; seria uma característica biológica de qualquer organismo vivo, como é o ato de se alimentar, respirar e de se reproduzir.

Não por acaso, o jusnaturalismo sempre compreendeu o direito de defesa no acervo de direitos naturais do homem, categoria que concentra as posições jurídicas inerentes e indissociáveis da própria condição humana, dotadas, portanto, das características de universalidade, atemporalidade e inviolabilidade.

O Direito jamais prescindiu do direito de defesa. Como afirma Arruda Alvim, o contraditório processual teve origem no momento em que o Estado retirou do particular o poder de fazer justiça pelas próprias mãos e assumiu tal encargo:

Recolhe o princípio do contraditório a sua mais remota origem na assunção plena da distribuição da Justiça pelo Estado, como um desdobramento possivelmente, desta própria vedação, de fazer justiça pelas próprias mãos, e, com o fim de que haja, efetivamente, realização da Justiça⁵.

O Direito romano foi o primeiro sistema jurídico com característica de universalidade, isto é, aplicado não apenas regionalmente, mas a diferentes povos, de diferentes culturas⁶. O mais antigo procedimento processual romano, a *legis actiones*, exigia a presença obrigatória do réu em juízo, onde poderia negar as imputações que lhe foram irrogadas (*infitiatio*) e expor suas pretensões (*causae coniectio*)⁷.

A *Magna Charta* inglesa, de 1215, reconheceu alguns direitos formais ao acusado, como o de ser julgado por seus pares e com base na lei local (*law of the land*). Para alguns autores, trata-se de uma referência ao que posteriormente veio a ser denominado *princípio do devido processo legal* (*due process of law*), apesar de referida locução não ter sido empregada explicitamente⁸. A expressão *devido processo legal* somente é empregada de forma literal em lei inglesa de 1354, denominada *Statute of Westminster of the Liberties of London*⁹.

O princípio do devido processo legal foi ganhando conformação substancial, passando a compreender diversas garantias aos acusados e litigantes. A *Petition of Rights* (Inglaterra, 1628), por exemplo, incorporou ao princípio a garantia de que ninguém poderia ser preso, mesmo por ordem

⁵ ALVIM, Arruda. **Tratado de direito processual civil**. vol. 1. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990, p. 90.

⁶ COMPARATO, Fábio Konder. **Ética: direito, moral e religião no mundo moderno**. São Paulo: Companhia das Letras, 2006, p. 114.

⁷ CRETELLA JUNIOR, José. **Curso de direito romano: o direito romano e o direito civil brasileiro**. 11ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1989, pp. 414-415.

⁸ Tal como afirma NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do processo civil na constituição federal**. 10ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 80.

⁹ Idem.

especial do rei, sem uma causa justa para tanto, proteção que foi repetida no *Habeas Corpus Act* (1679) e na *Bill of Rights* (1689)¹⁰.

A partir destes remotos antecedentes, o princípio do devido processo legal ganhou repercussão e amplitude, passando a figurar em diversos atos legais e Constituições, como a Declaração dos Direitos da Virgínia (Estados Unidos), de 1776; a Declaração de Independência dos Estados Unidos da América, de 1776; a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (França), de 1789; a Constituição Francesa de 1791 e a Constituição dos Estados Unidos da América, de 1791.

O vocábulo *law*, da língua inglesa, possui um significado equívoco, designando tanto *lei* como *Direito*. Assim, o *due process of law* representa mais do que um clamor à observância da lei, alcançando o *status* de um chamado ao devido Direito, ou seja, é a invocação de um processo e de uma decisão justos. Daí porque, atualmente, a cláusula do devido processo legal é compreendida em duas dimensões: uma de caráter material (*substantive due process*) e outra de caráter procedimental (*procedural due process*).

No plano material, incide como garantia de proteção à vida, à propriedade e à liberdade, esta considerada em suas múltiplas feições, como o direito de opinião, à privacidade, à liberdade de culto religioso, às liberdades políticas e a liberdade de imprensa. Nesta dimensão, o princípio do devido processo legal constitui uma cláusula geral de proteção aos direitos fundamentais do homem¹¹.

¹⁰ PARIZ, Ângelo Aurélio Gonçalves. **O princípio do devido processo legal**: direito fundamental do cidadão. Coimbra: Almedina, 2009, pp. 76-83.

¹¹ Como se extrai da lição de Nelson Nery Junior, para quem “o conceito de ‘devido processo’ foi-se modificando no tempo, sendo que a doutrina e a jurisprudência alargaram o âmbito de abrangência da cláusula, de sorte a permitir interpretação elástica, o mais amplamente possível, em nome dos direitos fundamentais dos cidadãos”. In: **Princípios do processo civil na constituição federal**. 10ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, pp. 81-85. No mesmo sentido: GONÇALVES, Helena de Toledo Coelho. **Contraditório e ampla defesa**. São Paulo: Juruá, 2010, p. 33.

Já no plano procedimental, o princípio do devido processo legal se traduz nas diversas garantias necessárias a um processo justo. Neste sentido, a lição de Nelson Nery Júnior é precisa:

No direito processual americano, a cláusula (procedural due process) significa o dever de propiciar-se ao litigante: a) comunicação adequada sobre a recomendação ou base da ação governamental; b) um juiz imparcial; c) a oportunidade de deduzir defesa oral perante o juiz; d) a oportunidade de apresentar provas ao juiz; e) a chance de reperguntar às testemunhas e de contrariar provas que forem utilizadas contra o litigante; f) o direito de ter um defensor no processo perante o juiz ou tribunal; g) uma decisão fundamentada, com base no que consta dos autos¹².

A Constituição brasileira de 1988 incorporou expressamente a cláusula do *due process of law* ao preceituar que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal” (artigo 5º, LIV). Para Nelson Nery Júnior, a adoção de tal cláusula já seria suficiente para gerar “todas as consequências processuais que garantiriam aos litigantes o direito a um processo e uma sentença justa”¹³.

Sobretudo nos países que adotam a *civil law*, como é o caso do Brasil, onde as regras e não os princípios¹⁴ imperam como principal fonte normativa, a cláusula do devido processo legal foi gradativamente decomposta em diversos subprincípios e regras¹⁵, tais como a isonomia dos litigantes, do juiz natural, do direito de ação, da publicidade dos atos processuais, da motivação das decisões judiciais, da presunção de inocência, da celeridade e duração razoável do processo, da proibição do emprego de provas obtidas por meios ilícitos, do duplo grau de jurisdição e, notadamente, aquelas objeto da presente pesquisa – as garantias do contraditório e da ampla defesa.

¹² **Princípios do processo civil na constituição federal**. 10ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 86.

¹³ *Idem*, p. 79.

¹⁴ Sobre o sistema de regras e princípios, vide *infra*, capítulo 3.4.

¹⁵ A respeito da distinção existente entre direitos e garantias, remetemos ao exposto no capítulo 2.3, *infra*.

Como já dito, a Constituição Federal de 1988 incorporou a cláusula do devido processo legal em seu catálogo de direitos fundamentais, veiculando-a em seu artigo 5º, inciso LIV. Como resultado do fenômeno de decomposição deste princípio maior em garantias específicas, a Carta Constitucional de 1988, no inciso imediatamente posterior do mesmo artigo 5º, assentou a seguinte disposição:

aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes¹⁶.

O objeto central da pesquisa aqui relatada é a aplicabilidade das garantias do contraditório e da ampla defesa, tal como disposto no artigo 5º, LV, da Constituição Federal de 1988, às relações privadas de emprego. Antes de avançarmos com a investigação dos problemas de aplicabilidade da norma, especificamente suas dimensões de eficácia e adequação, consideramos necessárias algumas considerações terminológicas e a compreensão do conteúdo substantivo da garantia fundamental que constitui o núcleo do estudo.

1.1 Definições e conteúdo substantivo das garantias do contraditório e da ampla defesa.

É comum ver referência às garantias do contraditório e da ampla defesa como se se tratasse de um único instituto jurídico; um único objeto, porém definido por uma expressão composta por dois termos.

¹⁶ Constituição Federal de 1988, artigo 5º, inciso LV.

Atualmente, estabelecer as distinções entre *contraditório* e *ampla defesa* só faz sentido, de fato, em âmbito estritamente acadêmico e para efeitos puramente científicos. A Constituição Federal de 1988 assegura as garantias do contraditório e da ampla defesa indistintamente para os mesmos sujeitos e para as mesmas hipóteses de incidência. É de se dizer, então, que no direito constitucional positivo em vigor, a garantia do contraditório caminha sempre com a garantia da ampla defesa, motivo pelo qual não há qualquer efeito prático na distinção de ambas.

Embora sem qualquer efeito prático no sistema constitucional vigente, a doutrina se esforça em estabelecer as distinções teóricas entre *contraditório* e *ampla defesa*.

Helena de Toledo Coelho Gonçalves, em densa pesquisa sobre as garantias do contraditório e da ampla defesa, sustenta que as expressões são equivalentes, na medida em que “a ampla defesa implica o contraditório e este pressupõe o direito de alguém defender-se contra acusações, as quais devem ser provadas”. Segundo esta autora, a distinção entre ambos residiria no fato de a ampla defesa possuir uma conotação material e natureza principiológica, ao passo que o contraditório ostentaria um aspecto jurídico-formal: “a ampla defesa caracteriza mais um sentimento, uma valoração individual que leva o titular a procurar os meios de fazê-la valer, o que exige o exercício dos atos jurídicos característicos do contraditório”. O contraditório seria, portanto, a forma como a ampla defesa – atributo psíquico - se exterioriza no plano concreto¹⁷.

Essa relação entre contraditório e ampla defesa já havia sido postulada por Celso Ribeiro Bastos, para quem o contraditório representa a exteriorização da ampla defesa:

O contraditório, por sua vez, se insere dentro da ampla defesa. Quase que com ela se confunde integralmente, na medida em que uma defesa

¹⁷ **Contraditório e ampla defesa**. São Paulo: Juruá, 2010, pp. 43-45.

hoje em dia não pode ser senão contraditória. O contraditório é, pois, a exteriorização da própria defesa¹⁸.

Nelson Nery Júnior concorda que há uma relação de implicação entre contraditório e ampla defesa. No entanto, o vetor desta relação operaria em sentido oposto, ou seja, o contraditório seria o princípio maior do qual a ampla defesa decorreria:

O princípio do contraditório, além de constituir fundamentalmente em manifestação do princípio do estado de direito, tem íntima ligação com o da igualdade das partes e do direito de ação, pois o texto constitucional, ao garantir aos litigantes o contraditório e a ampla defesa, quer significar que tanto o *direito de ação* quanto o *direito de defesa* são manifestações do princípio do contraditório¹⁹.

Pensamos que a tese de implicação, ou seja, o postulado de que o *contraditório* decorre da *ampla defesa*, ou vice-versa, não é adequada para solucionar o problema da distinção entre os institutos jurídicos. Isto porque, embora a tese de implicação possa ter alguma coerência no sistema constitucional em vigor, que, como dito, trata das garantias de forma conjunta, ela perde sentido em vistas dos sistemas constitucionais anteriores.

Adotemos como exemplo a Constituição Federal de 1967 que assim dispunha: “a lei assegurará aos acusados ampla defesa, com os recursos a ela inerentes”²⁰. Observa-se que o texto constitucional tratava apenas da ampla defesa e, ainda assim, delegava à lei ulterior a missão de conformar tal garantia. Neste cenário constitucional, a definição de Helena de Toledo Coelho Gonçalves, segundo a qual a ampla defesa possui uma conotação meramente material e principiológica, afigurando-se mais como um

¹⁸ BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. **Comentários à constituição do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 267.

¹⁹ **Princípios do processo civil na constituição federal**. 10ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 209.

²⁰ Constituição Federal de 1967, artigo 150: “A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] § 15. A lei assegurará aos acusados ampla defesa, com os recursos a ela inerentes. Não haverá foro privilegiado nem Tribunais de exceção”.

atributo psíquico, perderia completamente o sentido, pois seria contrário à razão de ser de uma Constituição que ela delegasse o estabelecimento de um princípio à lei ordinária. Mais ainda, não haveria qualquer razão para que a lei infraconstitucional definisse um “direito subjetivo inerente ao indivíduo”²¹.

A relação inversa de implicação também parece apresentar alguns problemas, ainda que, eventualmente, meramente semânticos. A afirmação de que o direito de defesa está inserido no contraditório, este um princípio maior, pode ter como obstáculo o problema de que nem toda defesa é realizada com emprego de mecanismos de contrariedade. Como é cediço, é possível que o réu se defenda em uma ação sem contestar qualquer alegação ou contrariar qualquer prova apresentada pelo autor. Isto se daria, por exemplo, com a apresentação de uma preliminar processual ou de mérito, como é o caso da arguição de prescrição, ou ainda com a oferta de uma reconvenção. Evidentemente que tais hipóteses poderiam ser consideradas como um “contraditório geral à pretensão adversa”, no entanto é igualmente certo que haveria uma grande dificuldade conceitual, o que talvez não convenha à difusão da ciência jurídica.

Não bastasse, a Constituição Federal de 1946, assegurava aos “acusados plena defesa, com todos os meios e recursos essenciais a ela”, e complementava: “a instrução criminal será contraditória”²². Observa-se que, salvo se se defender que o texto constitucional de 1946 encerrava uma redundância, havia uma aparente distinção entre contraditório e plena defesa.

²¹ GONÇALVES, Helena de Toledo Coelho. **Contraditório e ampla defesa**. São Paulo: Juruá, 2010, p. 43.

²² Constituição Federal de 1946, artigo 141: “A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, a segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes: [...] § 25. É assegurada aos acusados plena defesa, com todos os meios e recursos essenciais a ela, desde a nota de culpa, que, assinada pela autoridade competente, com os nomes do acusador e das testemunhas, será entregue ao preso dentro em vinte e quatro horas. A instrução criminal será contraditória”.

Aliás, neste mesmo sentido, o Anteprojeto Constitucional de 1986²³ assim dispunha:

Art. 51 – A lei assegurará aos litigantes plena defesa com todos os recursos a ela inerentes.

§ 1º – A instrução nos processos criminais e nos civis contenciosos será contraditória.

§ 2º – Não haverá foro privilegiado, nem juízes ou Tribunais de exceção.

Observa-se um tratamento diferente à plena (ampla) defesa e ao contraditório. O Anteprojeto iniciava assegurando aos litigantes *plena defesa* e, depois, afirmava que a instrução processual seria *contraditória*.

A primeira conclusão que se pode obter é que a plena defesa (caput) seria princípio maior, do qual o contraditório (§ 1º) seria decorrência. Haveria, então, uma superposição de proteções, na medida em que a garantia de plena defesa já estaria abarcando a do contraditório. Esta visão, que contraria o postulado de Nelson Nery Junior, esbarra em um problema conceitual: o princípio de exegese que ensina que a lei não contém palavras inúteis ou que se mostrem em redundância²⁴.

Pensamos que é possível atribuir sentido específico à expressão *ampla defesa* e à expressão *contraditório*. O termo *ampla defesa* se refere aos direitos que os litigantes possuem de *agir* em prol da tutela de seus interesses, ainda que no âmbito extraprocessual²⁵. Envolve, portanto, uma

²³ O Anteprojeto Constitucional foi elaborado por uma Comissão Provisória de Estudos Constitucionais, presidida por Afonso Arinos de Melo Franco, e publicado no Diário Oficial, em suplemento especial, da edição de 26 de setembro de 1986.

²⁴ O assunto será estudado com mais imersão no capítulo 2.4.1, infra. Todavia, adiantamos a posição de Luís Roberto Barroso, para quem “o intérprete da Constituição deve partir da premissa de que todas as palavras do Texto Constitucional têm uma função e um sentido próprios. Não há palavras supérfluas na Constituição, nem se deve partir do pressuposto de que o constituinte incorreu em contradição ou obrou em má técnica” (BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da constituição**: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 7ª ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 134).

²⁵ Por “litigantes”, devemos entender os sujeitos envolvidos em qualquer conflito de interesses e não apenas os atores de uma demanda judicial. Esta definição da palavra “litigantes”

ação dos interessados, que compreende o direito de postular em juízo ou perante qualquer órgão do Estado ou, ainda, de eventualmente exercer sua defesa por conta própria, desde que respeitados os limites legais. O contraditório, por sua vez, assume um caráter *passivo, de resistência*. Constitui o direito de resposta aos atos praticados sob o pálio da ampla defesa ou praticados pelo juiz. É a garantia que o cidadão tem de participar de todos os atos que tenham o potencial de afetar o seu patrimônio jurídico.

Ampla defesa (ação) e contraditório (reação) não são garantias respectivamente do autor e do réu. Ambos, o demandante e o demandado, alternam suas posições ao longo do litígio, de forma que ambos *agem e reagem* aos atos praticados. Adotemos como exemplo uma ação judicial. O ato de ajuizar a demanda é assegurado pela garantia da ampla defesa, assim considerada a defesa dos interesses jurídicos do demandante. Não envolve contraditório, pois não houve, ainda, qualquer manifestação da parte contrária ou do juiz. Proposta a demanda, a garantia do contraditório impõe a bilateralidade do ato, ou seja, o direito de *reação* do réu. O demandado, então, será citado e poderá resistir ou não às pretensões do autor. Caso opte por resistir, o réu poderá se defender apenas negando as alegações do réu e impugnando suas provas. Embora o réu tenha se defendido, ele empregou apenas mecanismos de contrariedade em sua defesa. Trata-se de uma defesa exercida apenas pelo contraditório. Pode ocorrer, no entanto, que a defesa do réu vá além da mera negação das alegações e provas contrárias, resultando na apresentação de novos fatos e provas ou até mesmo na dedução de uma pretensão contra o autor. Esta conduta *ativa* do réu supera o simples contraditório, ingressando no campo da defesa ativa dos seus interesses. O réu, então, usa a garantia da ampla defesa para *agir* contra a pretensão do autor. A posição, então, se inverte; ao autor da ação será franqueado o direito de reagir aos atos praticados pelo réu.

encontra apoio na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, como será demonstrado no capítulo 4.1, adiante.

Assim, ambos os litigantes agem (ampla defesa) e reagem (contraditório) na tutela dos seus interesses, na defesa de suas pretensões, alternado o emprego de uma ou outra ferramenta conforme as circunstâncias para uso de uma ou outra se lhe apresentem. A relação que se estabelece, portanto, não é de implicação, mas sim uma *relação de complementariedade*, sobretudo pelo fato de que, assim pensamos, não há qualquer distinção entre o conteúdo substantivo das garantias do contraditório e o conteúdo substantivo da garantia da ampla defesa.

Esta visão, em nosso sentir, não é obstaculizada pelo fato de determinadas Constituições, como é o caso da Constituição brasileira de 1967, preverem apenas uma das garantias. Aliás, pensamos que sequer seria necessário que tais garantias estivessem estampadas na Carta Política para que fossem de observação obrigatória, uma vez que o contraditório e a ampla defesa são corolários do estado democrático de direito e do fundamento republicano de uma sociedade justa.

Mais relevante do que tentar estabelecer as distinções teóricas entre as garantias do contraditório e da ampla defesa é estudar o conteúdo substantivo de ambas.

Cândido Rangel Dinamarco afirma que “a doutrina vem há algum tempo identificando o contraditório no binômio *informação-reação*”²⁶. A participação dos interessados - elemento de legitimação de todo ato de poder – só poderia ser considerada efetiva se eles dispuserem de amplo conhecimento acerca dos atos que atingem seu patrimônio jurídico. Assim, o direito de reagir, que desencadeia o processo dialético de obtenção da verdade, dependeria fundamentalmente do conhecimento do objeto sobre o qual recairá a reação. Com efeito, o contraditório efetivo não prescindiria de *informação* sobre os

²⁶ **Fundamentos do processo civil moderno**. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010, tomo I, p. 520.

elementos do litígio, tais como as alegações das partes, as iniciativas probatórias e as provas já produzidas²⁷.

Buscando elementos no direito constitucional comparado, especificamente em decisões proferidas pela Corte Constitucional alemã, Gilmar Ferreira Mendes assim define a extensão substantiva do contraditório e da ampla defesa:

Daí afirmar-se, correntemente, que a pretensão à tutela jurídica, que corresponde exatamente à garantia consagrada no art. 5º, LV, da Constituição, contém os seguintes direitos:

- direito de informação (Recht auf Information), que obriga o órgão julgador a informar à parte contrária os atos praticados no processo e os elementos nele constantes;
- direito de manifestação (Recht auf Äusserung), que assegura ao defendente a possibilidade de manifestar-se oralmente ou por escrito sobre os elementos fáticos e jurídicos constantes do processo;
- direito de ver seus argumentos considerados (Recht auf Berücksichtigung), que exige do julgador capacidade de apreensão e isenção de ânimo (Aufnahmefähigkeit und Aufnahmebereitschaft) para contemplar as razões apresentadas”²⁸.

Como referencial para o estudo, podemos considerar que o conteúdo substantivo das garantias do contraditório e da ampla defesa compreende (i) o direito de informação, o que envolve todos os atos e elementos do litígio; (ii) o direito de reação, que consiste na possibilidade franqueada à parte de participar diretamente dos atos pertinentes à lide e contrapor-los com suas alegações e outras provas; e, (iii) o direito de ver seus argumentos considerados, o que não representa uma vinculação direta do órgão decisório aos argumentos das partes, mas a certeza que este órgão os analisará com isenção de ânimo.

²⁷ No mesmo sentido: CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 28ª ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 66.

²⁸ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 592.

O estudo das extensões subjetiva e objetiva das garantias do contraditório e da ampla defesa, ou em outras palavras, o estudo dos seus destinatários e do seu campo de aplicação, deve ser precedido, para sua perfeita compreensão, de um exame, ainda que sumário, do direito de defesa ao longo da história constitucional brasileira.

1.2 O direito de defesa no sistema constitucional brasileiro.

O direito de defesa sempre contou com assento no sistema constitucional brasileiro, veiculado nos capítulos dedicados ao acervo de direitos e garantias individuais²⁹.

A Constituição Política do Império, outorgada em 25 de março de 1824, concentrou-se em buscar solução para dois problemas centrais vividos naquele momento histórico: manter a unidade territorial da nação e atender aos anseios da teoria política da época, impregnada de valores liberais e democráticos³⁰.

Atingir de uma só vez os dois propósitos não foi tarefa simples. A manutenção da unidade poderia ser obtida concentrando-se o poder em um governo central, reduzindo-se, conseqüentemente, a autonomia dos governos locais. No entanto, a doutrina política rejeitava qualquer ideia absolutista e os movimentos liberais-republicanos, como a Revolução Pernambucana de 1817,

²⁹ Jessé Torres Pereira Júnior adverte que, na Constituição Federal de 1934, o direito de defesa nos processos administrativos disciplinares estava previsto em capítulo que dispunha sobre os funcionários públicos (CF de 1934, artigo 169) (**O direito à defesa na constituição de 1988**. Rio de Janeiro: Renovar, 1991. p. 7). Todavia, a Constituição Federal de 1934 também previa o direito de defesa como garantia individual, tal como se observa em seu artigo 113, § 24.

³⁰ Neste sentido: SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 35ª ed. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 74.

ganhariam força diante de um sistema constitucional centralizador, o que poderia conduzir, pela via da insurreição, à divisão do poder e à fragmentação territorial do país.

A chamada “solução monárquica” foi a engenhosa saída para o problema e, a Constituição do Império, sua concretização. A monarquia, já culturalmente assimilada pelos cidadãos, foi mantida como sendo o núcleo central da política. Um Poder Moderador foi criado para garantir esta centralização, ao mesmo tempo em que a divisão do poder central nos Poderes Executivo³¹, Legislativo e Judiciário, assim como uma relativa autonomia dos Governos Provinciais³², dava algum conforto à oposição iluminista.

Este foco nos aspectos institucionais da Nação pode ser observado na organização do texto da Constituição do Império, que inicia dispondo sobre a organização do Estado para, somente em seu último artigo, dispor sobre as “Garantias dos Direitos Cíveis e Políticos dos Cidadãos Brasileiros”.

Assim, a Constituição de 1824, focada na defesa das instituições de Estado, limitou-se a assegurar ao acusado apenas o direito de ser preso somente após a sua “culpa formada”³³, ou seja, após a conclusão do processo criminal, não fazendo qualquer menção explícita ao direito de defesa do cidadão. Há quem entenda que a Constituição de 1891 não garantia o

³¹ A Constituição do Império (1824) determinava que o Poder Executivo seria chefiado pelo Imperador, o qual seria exercitado por seus Ministros de Estado. (artigo 102)

³² A autonomia é relativa, na medida em que o chefe do governo provincial, cujo cargo recebia a denominação de “presidente”, era nomeado diretamente pelo Imperador, “que o poderá remover, quando entender que assim convém ao bom serviço do Estado” (Constituição do Império, artigo 165).

³³ Constituição do Império de 1824, artigo 179, VIII: “Ninguém poderá ser preso sem culpa formada, exceto nos casos declarados na Lei; e nestes dentro de vinte e quatro horas contadas da entrada na prisão, sendo em Cidades, Vilas, ou outras Povoações próximas aos lugares da residência do Juiz; e nos lugares remotos dentro de um prazo razoável, que a Lei marcará, atenta à extensão do território, o Juiz por uma Nota, por ele assinada, fará constar ao Réu o motivo da prisão, os nomes do seu acusador, e os das testemunhas, havendo-as”.

direito de defesa nem mesmo em processos criminais³⁴. Por outro lado, há autores que conseguem enxergar uma referência indireta à garantia do contraditório e da ampla defesa³⁵.

Observou-se uma notável evolução na Constituição Republicana de 1891. Embora o momento histórico também tenha exigido do legislador uma especial atenção às normas institucionais de estabilização das estruturas da nascente República, houve visível preocupação em ampliar o rol dos direitos e garantias individuais dos cidadãos, dentre eles a garantia da ampla defesa.

Segundo José Afonso da Silva, a Constituição de 1891 foi redigida a partir dos textos constitucionais norte-americano, suíço e argentino, constituindo um “formoso arcabouço formal”. Por ter sido fruto de uma compilação de outras Constituições, teria lhe faltado adequação à realidade do país. “Por isso, não teve eficácia social, não regeu os fatos que previra, não fora cumprida”³⁶.

Embora fizesse referência exclusivamente aos processos criminais, a Constituição Federal de 1891 passou a garantir explicitamente aos acusados “a mais plena defesa, com todos os recursos e meios essenciais a ela”³⁷. Tratava-se, no entanto, de norma de eficácia limitada³⁸, uma vez que a

³⁴ Neste sentido, Nestor José Forster afirma que “é inútil procurar nesse diploma constitucional [a Constituição de 1824] qualquer alusão ao direito de defesa [...], Foi estéril essa carta imperial. Foi avara em reconhecer ao cidadão direitos que, no continente onde se situava Portugal [...], começavam a ser reconhecidos”(Direito de defesa. São Paulo: LTr, 2007, p. 287).

³⁵ Como afirma Jessé Torres Pereira Junior: “A Carta Básica do Império, embora não se referisse literalmente ao direito à defesa, impunha ao juiz que fizesse constar ao réu ‘o motivo da prisão, o nome do seu acusador, e o das testemunhas, havendo-as’, na hipótese de prisão sem culpa formada [...]; o sentido da orientação estava, por óbvio, em possibilitar o exercício da defesa do acusado de ato infracional penal”. (**O direito à defesa na constituição de 1988**. Rio de Janeiro: Renovar, 1991, p. 8).

³⁶ **Curso de direito constitucional positivo**. 35ª ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 79.

³⁷ Constituição Federal de 1891, artigo 72, § 16: “Aos acusados se assegurará na lei a mais plena defesa, com todos os recursos e meios essenciais a ela, desde a nota de culpa, entregue em 24 horas ao preso e assinada pela autoridade competente com os nomes do acusador e das testemunhas”.

³⁸ Sobre a eficácia das normas constitucionais, vide capítulo 2.1, infra.

Constituição remetia à legislação posterior o desenvolvimento e a conformação do direito de defesa. Embora o âmbito de aplicação das garantias de defesa tenha ficado restrito aos processos criminais e, ainda, por meio de uma norma de eficácia limitada, é de se reconhecer o grande passo dado em direção à fundamentalização deste direito básico do cidadão.

Em 1930, rompe uma revolução liderada por líderes políticos dos Estados de Minas Gerais, Paraíba e Rio Grande do Sul, depondo Washington Luís, então presidente da República, e impedindo a posse de Júlio Prestes como próximo chefe do Executivo. Em 3 de novembro de 1930, Getúlio Vargas, líder civil da revolução, assumiu a chefia do governo provisório³⁹.

Por intermédio do Decreto nº 21.402, de 14 de maio de 1932, foi criada uma comissão incumbida de elaborar um anteprojeto para uma nova Constituição e foram convocadas eleições para uma Assembleia Constituinte, processo que culminou com a promulgação de uma nova Carta em 16 de julho de 1934.

Apesar de ter sido produzida em um ambiente dito revolucionário, a Constituição Federal de 1934 foi resultado de um processo legislativo democrático e deu mais um passo em direção à consagração dos direitos individuais dos cidadãos. Especificamente quanto ao direito de defesa, a Constituição de 1934 adotou um texto mais aberto, permitindo ao seu intérprete concluir por uma maior abrangência da extensão objetiva do direito de defesa, de modo a alcançar não apenas os processos criminais, mas sempre que houver a imputação de uma conduta ilícita a alguém. O texto legal, entretanto, ainda fazia referência a uma legislação posterior, que “assegurarà aos acusados ampla defesa, com os meios e recursos essenciais a esta”⁴⁰.

³⁹ FAUSTO, Boris. **História do Brasil**. 13ª ed. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2009, pp. 319-328. FAUSTO, Boris. **Getúlio Vargas**. Série perfis brasileiros. São Paulo: Companhia das Letras, 2006, pp. 11-41.

⁴⁰ Constituição Federal de 1934, artigo 113: “A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à

A Constituição Federal de 1934, a que teve a vigência mais curta na história brasileira, trouxe uma relevante inovação ao garantir aos funcionários públicos concursados há mais de dois anos a exoneração exclusivamente por “sentença judiciária ou mediante processo administrativo, regulado por lei, e, no qual lhes será assegurada plena defesa”⁴¹. Apesar de prever a garantia da ampla defesa apenas aos funcionários com mais de dois anos de atividade, é mais uma movimentação em direção ao reconhecimento da fundamentalidade do direito de defesa.

O ambiente dito revolucionário não tardou a mostrar sua face de exceção democrática. Uma paranoica boataria e um forjado plano envolvendo conspirações comunistas⁴² serviram de pano de fundo para o golpe de 1937 e a instituição do chamado “Estado Novo”. Como refere Paulo Bonavides⁴³, foi a primeira usurpação do poder constituinte originário, legitimamente democrático, na história republicana do Brasil. Em 10 de novembro de 1937, Getúlio Vargas outorgou uma nova Constituição, de inequívoco viés totalitário-populista, para muitos inspirada no fascismo italiano⁴⁴⁻⁴⁵.

subsistência, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes: [...] 24. A lei assegurará aos acusados ampla defesa, com os meios e recursos essenciais a esta”.

⁴¹ Constituição Federal de 1934, artigo 169: “Os funcionários públicos, depois de dois anos, quando nomeados em virtude de concurso de provas, e, em geral, depois de dez anos de efetivo exercício, só poderão ser destituídos em virtude de sentença judiciária ou mediante processo administrativo, regulado por lei, e, no qual lhes será assegurada plena defesa”.

⁴² Boris Fausto, em biografia de Getúlio Vargas, emprega a expressão “algo de paranoico” para se referir às avaliações que o então presidente fazia do movimento comunista e de sua crescente adesão no Brasil. Na mesma obra, denuncia um plano forjado por Olímpio Mourão Filho, capitão lotado no estado-maior do exército, denominado Plano Cohen: “O ‘plano comunista’ era um imaginativo desfile de horrores, prevendo como lance final a tomada do poder, com o incêndio de prédios públicos e a ‘condução das massas aos saques e às depredações’”. Este falso plano teria sido aprovado por Getúlio e pela cúpula militar e, então divulgado pela imprensa. Fausto afirma que a esta altura, a Constituição de 1937 já tinha sido redigida por Francisco Campos. In: **Getúlio Vargas**. Série perfis brasileiros. São Paulo: Companhia das Letras, 2006, pp. 58 e 79.

⁴³ **Curso de direito constitucional**. 26ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 165.

⁴⁴ O viés totalitário da Carta de 1937 é facilmente percebido em seu preâmbulo ao adotar expressões como “aspirações do povo brasileiro à paz política e social, profundamente perturbada por conhecidos fatores de desordem”, “crescente a gravação dos dissídios partidários”, “luta de classes”, “extremação de conflitos ideológicos, tendentes, pelo seu desenvolvimento natural, resolver-se em termos de violência”, “funesta iminência da guerra

A Constituição de 1937 já pronunciava, em suas “disposições transitórias e finais” que estava “declarado em todo o país o estado de emergência” (artigo 186), o que permitia a supressão de direitos e garantias individuais fundamentais⁴⁶.

Os direitos trabalhistas, já previstos na Constituição anterior, ganharam outros contornos. A Constituição Federal de 1934 empregava a expressão “proteção social do trabalhador” (artigo 121) para definir os objetivos da política trabalhista, deixando claro que os direitos nela previstos não prejudicavam “outros que colimem melhorar as condições do trabalhador” (artigo 121, § 1º).

A Constituição de 1937, por sua vez, transformou o trabalho em um “dever social”, assegurando a todos o “direito de subsistir mediante o seu trabalho honesto” (artigo 136). Somente as organizações sindicais regularmente reconhecidas pelo Estado poderiam firmar contratos coletivos de trabalho, cuja aplicação deveria ser obrigatória para toda categoria (artigos 137, “a” e 138). A greve passou a ser considerada um “recurso anti-social nocivo ao trabalho e ao capital e incompatível com os superiores interesses da produção nacional” (artigo 139).

A Carta Política de 1937 assegurava as garantias do contraditório e da ampla defesa de forma aparentemente mais efetiva, uma vez

civil”, “estado de apreensão criado no País pela infiltração comunista”, “exigindo remédios, de caráter radical e permanente”. Todas essas expressões servem como justificativa para o regime ditatorial que se instalava. Ainda em seu preâmbulo, a Constituição de 1937 alegou que “sob as instituições anteriores, não dispunha, o Estado de meios normais de preservação e de defesa da paz, da segurança e do bem-estar do povo” e, então, “com o apoio das forças armadas [...] resolve assegurar à Nação a sua unidade, o respeito à sua honra e à sua independência, e ao povo brasileiro, sob um regime de paz política e social, as condições necessárias à sua segurança, ao seu bem-estar e à sua prosperidade, decretando a seguinte Constituição, que se cumprirá desde hoje em todo o País”.

⁴⁵ Neste sentido: HOBBSAWM, Eric. **Era dos extremos**: o breve século XX: 1914-1991. Tradução de Marcos Santarrita. São Paulo: Companhia das Letras, 1995, p. 137.

⁴⁶ O “estado de emergência” autorizava o presidente da República, independentemente de autorização do Congresso Nacional, a deter pessoas, desterrá-las para outros pontos do território nacional ou impor “residência forçada [...] com privação da liberdade de ir e vir”, censurar correspondências, suspender a liberdade de reunião e realizar buscas e apreensões em domicílio (artigo 168).

que não fazia referência a uma legislação integradora, como ocorrera em suas antecessoras. Limitando as garantias aos processos criminais, estabelecia que “a instrução criminal será contraditória, asseguradas antes e depois da formação da culpa as necessárias garantias de defesa”⁴⁷.

Essa maior efetividade, contudo, era meramente aparente. A “Polaca”, apelido dado à Carta de 1937, veiculava um mecanismo de supressão dos direitos individuais que ela mesma enunciava, os quais teriam “por limite o bem público, as necessidades da defesa, do bem-estar, da paz e da ordem coletiva, bem como as exigências da segurança da Nação e do Estado”⁴⁸.

As pressões democráticas, reforçadas com o fim da guerra, levaram à deposição⁴⁹ de Vargas em 29 de outubro de 1945 e ao fim do “Estado Novo”. José Linhares, então presidente do Supremo Tribunal Federal, assumiu interinamente a chefia do Poder Executivo e convocou eleições diretas para o final daquele ano. Eurico Gaspar Dutra foi eleito presidente da República.

A Constituição de 1946 foi promulgada pelos legítimos detentores do poder constituinte, retomando a vocação democrática do Brasil. Como sempre ocorre nos períodos de transição de um regime de exceção para a democracia plena, a Carta de 1946 reforçou o catálogo de direitos e garantias

⁴⁷ Constituição Federal de 1937, artigo 122, 11: “à exceção do flagrante delito, a prisão não poderá efetuar-se senão depois de pronúncia do indiciado, salvo os casos determinados em lei e mediante ordem escrita da autoridade competente. Ninguém poderá ser conservado em prisão sem culpa formada, senão pela autoridade competente, em virtude de lei e na forma por ela regulada; a instrução criminal será contraditória, asseguradas antes e depois da formação da culpa as necessárias garantias de defesa”.

⁴⁸ Constituição Federal de 1937, artigo 123: “A especificação das garantias e direitos acima enumerados não exclui outras garantias e direitos, resultantes da forma de governo e dos princípios consignados na Constituição. O uso desses direitos e garantias terá por limite o bem público, as necessidades da defesa, do bem-estar, da paz e da ordem coletiva, bem como as exigências da segurança da Nação e do Estado em nome dela constituído e organizado nesta Constituição”.

⁴⁹ “Forçado a renunciar, ele se retirou do poder fazendo uma declaração pública de que concordara com sua saída” (FAUSTO, Boris. **História do Brasil**. 13ª ed. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2009, pp. 388-389).

individuais. No que se refere especificamente ao contraditório e à ampla defesa, foi notável por não fazer qualquer referência a uma lei integradora e ao não dispor de qualquer mecanismo limitador deste direito fundamental, nem mesmo em caso de estado de sítio⁵⁰.

Em um texto mais aberto, a Constituição de 1946 assegurava “aos acusados plena defesa, com todos os meios e recursos essenciais a ela” e determinava que “a instrução criminal será contraditória”⁵¹. Buscando ainda dar máxima efetividade aos direitos fundamentais, em conformidade com o movimento global ocorrido no pós-guerra, a Carta de 1946 ainda afirmava que “a especificação, dos direitos e garantias expressas nesta Constituição não exclui outros direitos e garantias decorrentes do regime e dos princípios que ela adota”, o que reafirma seu compromisso democrático⁵².

Para Ada Pellegrini Grinover⁵³, a Constituição Federal de 1946 teve, ainda, o mérito de estender as garantias do contraditório e da ampla defesa ao processo civil, o que teria sido feito de forma implícita pelo artigo 141, § 4º, da Carta, que assegurava a proteção judiciária a “qualquer lesão de

⁵⁰ Durante o chamado estado de sítio, cuja decretação competia ao Congresso Nacional, a Constituição Federal de 1946 permitia a supressão de alguns direitos individuais, porém sem qualquer possibilidade de limitação das garantias do contraditório e da ampla defesa. Exemplos de limitações que o Poder Executivo poderia impor: a obrigação de permanência em localidade determinada, a detenção de pessoas em edifício não destinado a réus de crimes comuns, a censura de correspondência e dos meios de comunicação, a suspensão da liberdade de reunião, inclusive a exercida no seio das associações (Constituição Federal de 1946, artigos 206 a 209).

⁵¹ Constituição Federal de 1946, artigo 141: “A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, a segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes: [...] § 25. É assegurada aos acusados plena defesa, com todos os meios e recursos essenciais a ela, desde a nota de culpa, que, assinada pela autoridade competente, com os nomes do acusador e das testemunhas, será entregue ao preso dentro em vinte e quatro horas. A instrução criminal será contraditória”.

⁵² Constituição Federal de 1946, artigo 144: “A especificação, dos direitos e garantias expressas nesta Constituição não exclui outros direitos e garantias decorrentes do regime e dos princípios que ela adota”.

⁵³ Do direito de defesa em inquérito administrativo. **Revista de direito administrativo**, Rio de Janeiro, n. 183, jan. / mar. 1991, p. 9-10.

direito individual”⁵⁴, disposição que foi repetida em todas as Constituições posteriores.

As garantias do contraditório e da ampla defesa somente foram estendidas ao processo civil de forma explícita pela Constituição Federal de 1988. É certo, porém, que esta extensão já havia conquistado há muito a notória adesão da doutrina e da jurisprudência, assim como a proteção ostensiva do legislador infraconstitucional. Neste sentido, basta ver que o atual Código de Processo Civil, de 1973, possui mecanismos aptos a garantir uma perfeita bilateralidade dos atos processuais, com exaurientes garantias de defesa e mecanismos de contraposições.

Em 1964, o Brasil republicano experimentou pela segunda vez deposição de um presidente conduzido democraticamente ao cargo. As razões para a tomada do Poder Executivo pelos militares não foram muito diferentes.

Eleito chefe do Poder Executivo no final de 1960, Jânio da Silva Quadros tomara posse para mandato quinquenal, de 1961 a 1965. Jânio renunciou em 28 de agosto de 1961, motivado por “forças terríveis”⁵⁵ que teriam se oposto ao presidente. Era novamente o fantasma do comunismo atuando como protagonista da história brasileira⁵⁶. Assume, então, o vice-presidente eleito João Goulart. De personalidade insípida⁵⁷, não consegue se

⁵⁴ Constituição Federal de 1946, artigo 141: “A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, a segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes: [...] § 4º. A lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual”.

⁵⁵ FAUSTO, Boris. **História do Brasil**. 13ª ed. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2009, p. 442.

⁵⁶ Em seu curto mandato, Jânio Quadros adotou uma política econômica centralizadora e estatizante. No plano internacional, adotou uma política externa de aproximação com países socialistas, com o reestabelecimento as relações diplomáticas com a União Soviética. Em 19 de agosto de 1961, poucos dias antes de sua renúncia, agraciou Ernesto Rafael Guevara de la Serna, o icônico Che Guevara, então Ministro da Indústria de Cuba e um dos líderes da revolução de 1959, com a Grã-Cruz da Ordem Nacional do Cruzeiro do Sul, uma das maiores honrarias concedidas pelo Brasil a personalidades estrangeiras. FAUSTO, Boris. Op. cit., p. 437-442.

⁵⁷ Como se observa nesta passagem de José Afonso da Silva: “Jango, despreparado, instável, inseguro e demagogo, desorienta-se. Escora-se no peleguismo, em que fundamentara toda a sua carreira política. Perde-se. Sem prestar atenção aos mais sensatos, que, aliás, despreza,

sustentar no poder e em 1º de abril de 1964 é deposto por um movimento militar autointitulado contrarrevolucionário, mas rotulado por muitos como golpista. O Brasil entra em seu segundo período ditatorial.

Em 20 de outubro de 1966, o presidente militar Humberto Castelo Branco edita o Ato Complementar nº 23 ao Ato Institucional nº 2, de 27 de outubro de 1965, pelo qual decretou o recesso do Congresso Nacional. Em 7 de dezembro de 1966, foi editado o Ato Institucional nº 4, pelo qual o Congresso Nacional, ainda fechado, foi convocado extraordinariamente no período de 12 de dezembro de 1966 a 24 de janeiro de 1967. O objeto da convocação foi a “discussão, votação e promulgação do projeto de Constituição apresentado pelo Presidente da República”⁵⁸.

A Constituição Federal de 1967 não pode ser considerada um produto da ordem democrática⁵⁹. No que se refere às garantias do contraditório e da ampla defesa, tema central aqui em estudo, a Carta atribuía à legislação inferior o encargo de assegurá-las aos acusados, retomando o modelo de eficácia limitada dos sistemas constitucionais anteriores à Constituição de 1946⁶⁰.

Em 17 de outubro de 1969, a junta militar que comandava o país editou a Emenda Constitucional nº 1, que alterou grande parte dos

cai no dia 1º de abril de 1964, com o Movimento Militar instaurado no dia anterior” (**Curso de direito constitucional positivo**. 35ª ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 86). Élio Gaspari também não poupa críticas a João Goulart: “Sua biografia raquítica fazia dele um dos mais despreparados e primitivos governantes da história nacional” (**A ditadura envergonhada**. São Paulo: Companhia das Letras, 2002, p. 46).

⁵⁸ Ato Institucional nº 4, de 7 de dezembro de 1966, art. 1º: “É convocado o Congresso Nacional para se reunir extraordinariamente, de 12 de dezembro de 1966 a 24 de janeiro de 1967. § 1º. O objeto da convocação extraordinária é a discussão, votação e promulgação do projeto de Constituição apresentado pelo Presidente da República”.

⁵⁹ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 26ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 167. FAUSTO, Boris. **História do Brasil**. 13ª ed. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2009, p. 475.

⁶⁰ Constituição Federal de 1967, artigo 150: “A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] § 15. A lei assegurará aos acusados ampla defesa, com os recursos a ela inerentes. Não haverá foro privilegiado nem Tribunais de exceção”.

dispositivos da Carta de 1967. Formalmente, tratou-se de uma emenda constitucional; materialmente, foi uma nova Constituição, outorgada por um regime de exceção democrática tal como ocorrido em 1937.

As garantias do contraditório e da ampla defesa não sofreram qualquer alteração com a Emenda, salvo sua posição no texto, que passara ao parágrafo 15 do artigo 153. A eficácia do dispositivo continuou a depender de lei materialmente complementar, da mesma forma que o texto original da Constituição Federal de 1967.

Já dissemos que a transição de um período de exceção para a plenitude democrática é fecunda na produção mecanismos de fortalecimento dos direitos e garantias fundamentais. Tal fenômeno é perceptível em toda sua magnitude na Constituição Federal de 1988, repleta de valores democráticos e proficiente na consagração dos direitos fundamentais, tanto na forma de direitos e garantias individuais como na forma de direitos sociais.

A Carta Política de 1988 é notavelmente mais abrangente e efetiva do que suas antecessoras no que se refere às garantias do contraditório e da ampla defesa, veiculando em seu catálogo de direitos fundamentais a seguinte disposição: “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes” (artigo 5º, LV).

A Constituição Federal de 1988 se distinguiu por ter, de uma só vez, configurado as garantias do contraditório e da ampla defesa como norma jurídica dotada de eficácia plena, por ter estendido tais garantias aos processos não criminais e, ainda, por ter assegurado o campo de incidência destes direitos fundamentais a dois planos: o do processo administrativo e o das acusações em geral.

O salto evolutivo é grande e suas dimensões e alcance podem ainda não terem sido totalmente desvendados. Talvez seja na simples e pura

interpretação do artigo 5º, LV, da Constituição Federal de 1988 que possamos obter a resposta ao problema central deste trabalho, daí porque se mostra necessária uma investigação do tema sob a lente do direito constitucional positivo.

2 O contraditório e a ampla defesa no sistema constitucional vigente: estudo do tema a partir do direito positivo como referencial teórico.

O objeto central da presente pesquisa – as garantias do contraditório e da ampla defesa – possui privilegiado assento constitucional, residindo de forma explícita no rol de direitos e garantias fundamentais da Constituição Federal de 1988, que, em seu artigo 5º, inciso LV, assim preceitua:

aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.

O direito constitucional contemporâneo parece viver uma revolução copernicana em suas bases teóricas. Tal revolução, para Luís Roberto Barroso, se explica pela “superação histórica do jusnaturalismo e o fracasso político do positivismo”⁶¹, que abriu espaço para um novo modelo teórico, conhecido, entre outras designações, por *pós-positivismo*⁶². Entre as características mais marcantes da nova escola, podemos citar “a ascensão dos

⁶¹ **Interpretação e aplicação da constituição**: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 7ª ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 351.

⁶² A expressão *pós-positivismo* tem origem no ataque explícito que Ronald Dworkin lança ao positivismo de H. L. A. Hart, que pode ser observado em toda sua força em **Levando os direitos a sério**. Tradução Nelson Boeira. 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 35. Outras expressões, contudo, designam este novo movimento doutrinário. Max Möller prefere utilizar a expressão *neoconstitucionalismo* por sua generalidade na representação deste novo paradigma jurídico, pois “enquanto o constitucionalismo contemporâneo pode estar mais relacionado a um posicionamento mais descritivo e comparativo de modelos constitucionais já aplicados; o pós-positivismo, por sua vez, apresenta-se como a teoria do direito do neoconstitucionalismo, exatamente pela proposição de uma superação do positivismo jurídico em razão de sua incompatibilidade com os modelos constitucionais vigentes” (**Teoria geral do neoconstitucionalismo**: bases teóricas do constitucionalismo contemporâneo. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 27).

valores, o reconhecimento da normatividade dos princípios e a essencialidade dos direitos fundamentais”⁶³.

A partir dos postulados de uma vanguarda doutrinária, capitaneada por Robert Alexy, Ronald Dworkin, Konrad Hesse, Friedrich Müller, Clauss-Wilhelm Canaris e, no Brasil, por Ingo Wolfgang Sarlet, para citar apenas alguns autores, o constitucionalismo contemporâneo procura estabelecer uma nova compreensão do ordenamento jurídico, onde o predomínio da norma infraconstitucional é reduzido pelo império normativo da Constituição e o juiz é alçado ao papel de protagonista na criação do Direito. Um novo paradigma de norma jurídica vem sendo cultivado, estimulando novas ideias que já ressoam na jurisprudência constitucional, como se verá adiante.

No entanto, por critério metodológico, inicialmente analisaremos o problema central da presente monografia pela lente da moderna teoria de eficácia das normas constitucionais, ou, como preferem alguns autores, pela escola do direito constitucional positivo⁶⁴.

Se é certo que este *standard* teórico vem cedendo espaço na ciência jurídica para um novo modelo constitucional, que amplia a força normativa dos princípios constitucionais e das normas definidoras de direitos fundamentais, é igualmente correto afirmar que a teoria constitucional cunhada no século XX ainda é de enorme importância para a ciência jurídica, refletindo sua relevância nas decisões judiciais e em parte da produção doutrinária atual, motivo pelo qual, em nosso sentir, não pode ser considerada totalmente

⁶³ BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da constituição**: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 7ª ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 344.

⁶⁴ A expressão *direito constitucional positivo* é utilizada por José Afonso da Silva para designar o ramo da ciência jurídica “que tem por objeto o estudo dos princípios e normas de uma constituição concreta, de um Estado determinado; compreende a interpretação, sistematização e crítica das normas jurídico-constitucionais desse Estado” (**Curso de direito constitucional positivo**. 35ª ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 35). A expressão, tal como colocada pelo citado autor, guarda correspondência com o enfoque que daremos ao tema neste capítulo, razão pela qual também a empregamos em seu título. Não escondemos, ainda, a intenção de homenagem que nos motivou a empregar esta expressão.

superada pelas estimulantes e sedutoras proposições do constitucionalismo contemporâneo.

Especificamente no tocante à questão central proposta na presente pesquisa, é possível que a solução mais objetiva do problema em estudo seja colhida da teoria moderna de aplicabilidade das normas constitucionais. Não se trata, já nos antecipamos, de preferência pessoal por uma ou outra forma de olhar para a Constituição, por uma teoria mais antiga ou por uma teoria de vanguarda. Trata-se, como se verá, de um problema de ajuste do objeto de uma doutrina com o núcleo essencial do problema estudado.

Assim, no presente capítulo, procuramos estudar, pela pena da moderna teoria constitucional, o problema da eficácia do artigo 5º, LV, da Constituição Federal de 1988 e identificar quem são os seus destinatários.

2.1 Teorias de eficácia das normas constitucionais.

No direito constitucional brasileiro, o principal referencial teórico na matéria é a clássica obra *Aplicabilidade das Normas Constitucionais* de José Afonso da Silva, editada pela primeira vez em 1967. José Afonso da Silva foi o pioneiro⁶⁵ na sistematização de uma teoria constitucional com ênfase no problema da aplicabilidade de seus dispositivos, rompendo com a tradicional teoria de origem norte-americana, apresentada no Brasil por ninguém menos

⁶⁵ Neste sentido: BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora**. 7ª ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 256 e BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 26ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 243.

que Ruy Barbosa⁶⁶, que dividia as normas constitucionais em normas autoaplicáveis (*self-executing*) e normas não-autoaplicáveis (*not self-executing*). José Afonso da Silva, em percuciente crítica, afirma que esta teoria “não corresponde, com efeito, à realidade das coisas e às exigências da ciência jurídica, nem às necessidades práticas de aplicação das constituições”⁶⁷, na medida em que se apoiaria na falsa premissa de que nestas existem normas desprovidas de eficácia e imperatividade.

Assim, citando o próprio Ruy Barbosa, que teria afirmado não haver, nas Constituições, disposições consideradas como meros conselhos, avisos ou lições, José Afonso da Silva concentra-se em desenvolver uma teoria que solucione com maior completude o problema da eficácia normativa das disposições constitucionais. É quando obtém a premissa básica de seu modelo doutrinário: todas as normas constitucionais possuem carga eficaz, diferenciando-se umas das outras apenas quanto ao grau de aptidão para produzir efeitos jurídicos⁶⁸.

Embora tratemos de outras teorias construídas pela fecunda doutrina brasileira, como aquela edificada por Maria Helena Diniz, adotamos os ensinamentos de José Afonso da Silva como o principal referencial teórico para a presente pesquisa. Assim optamos, porque o estudo crítico das diversas teses de eficácia nas normas constitucionais não constitui o foco do presente estudo. A opção metodologicamente mais adequada, em nossa opinião, é concentrar o estudo em um único modelo conceitual, aquele que reputamos mais coeso, e dele partir de forma analítica ao estudo do tema. Pensamos que seria equivocado adotar fragmentos de ensinamentos de autores diferentes,

⁶⁶ Como referido por Maria Helena Diniz (**Norma Constitucional e seus efeitos**. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 107) e por José Afonso da Silva (**Aplicabilidade das normas constitucionais**. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 73).

⁶⁷ SILVA, José Afonso da. Op. cit., p. 75.

⁶⁸ Como se observa na seguinte passagem: “Temos que partir, aqui, daquela premissa tantas vezes enunciada: não há norma constitucional alguma destituída de eficácia. Todas elas irradiam efeitos jurídicos, importando sempre uma inovação da ordem jurídica preexistente à entrada em vigor da constituição a que aderem e a nova ordenação instaurada. [§] Se todas têm eficácia, [...] diferenciam-se tão-só quanto ao grau de seus efeitos jurídicos” (SILVA, José Afonso da. Op. cit., pp. 81-82).

pois, provavelmente, perderíamos o sentido e a coerência interna que existe na obra de cada um deles.

Consideramos que a teoria de José Afonso da Silva apresenta a maior coerência interna no tocante ao problema de aplicabilidade das normas constitucionais, o que ele próprio logra a demonstrar de maneira proficiente em seu trabalho, sobretudo nas críticas tecidas às teorias que o antecederam. Este fato já seria bastante para adotá-la como marco referencial para o estudo aqui desenvolvido; no entanto, há outro fator que nos dá o conforto do acerto em nossa decisão: a consagração da teoria de José Afonso da Silva entre os doutrinadores brasileiros do direito constitucional.

A teoria de José Afonso da Silva foi amplamente abraçada pela doutrina constitucional brasileira. Como Virgílio Afonso da Silva reconhece, uma simples consulta aos manuais e cursos de direito constitucional demonstrará que, “com raríssimas exceções, todos eles partem da classificação de José Afonso da Silva”⁶⁹. Realmente, é raro encontrar obra doutrinária sobre direito constitucional brasileiro que não faça referência direta ou indireta ao autor aqui tanto citado⁷⁰.

⁶⁹ **Direitos fundamentais:** conteúdo essencial, restrições e eficácia. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 209, nota nº 2.

⁷⁰ Dentre as obras consultadas nesta pesquisa, não observamos citação de José Afonso da Silva apenas entre poucos trabalhos, notadamente os voltados ao estudo constitucionalismo contemporâneo, como é o caso de MÖLLER, Max. **Teoria geral do neoconstitucionalismo:** bases teóricas do constitucionalismo contemporâneo. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

2.1.1 A eficácia das normas constitucionais na teoria de José Afonso da Silva.

José Afonso da Silva adota como um juízo apriorístico a ideia de que a Constituição não pode ser compreendida como uma norma pura, mas sim “como norma na sua conexão com a realidade social, que lhe dá o conteúdo fático e o sentido axiológico”⁷¹. A existência de um fundamento extranormativo, porém não hipotético como em Kelsen⁷² e sim real, concreto, extraído diretamente das relações sociais, dá a José Afonso da Silva a segurança de afirmar que todas as normas jurídicas, o que inclui as normas constitucionais, “são criadas para reger relações sociais, condutas humanas; enfim, para serem aplicadas”⁷³.

Este é o desafio que José Afonso da Silva se propõe a resolver. Em que medida as normas constitucionais são aplicáveis, isto é, podem atuar de forma concreta sobre uma determinada relação fático-jurídica? Para responder a esta indagação, o autor em estudo analisa um problema que considera intimamente conexo: a *eficácia das normas constitucionais*⁷⁴.

Como nós, Virgílio Afonso da Silva observou que a distinção entre *aplicabilidade* e *eficácia* da norma constitucional na obra de José Afonso da Silva não está bem clara, sobretudo por enunciar se tratarem de fenômenos

⁷¹ **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 35.

⁷² Para José Afonso da Silva, Hans Kelsen teve “o mérito de revelar a natureza do dever-ser da norma jurídica, mas caiu no exagero do normativismo; seu formalismo não se compadece com a experiência jurídica, especialmente no campo do direito constitucional, onde se verifica tanta influência da realidade social, política, ideológica” (Op. cit., p. 31).

⁷³ Idem, p. 51.

⁷⁴ Para José Afonso da Silva, “eficácia e aplicabilidade das normas constitucionais constituem fenômenos conexos, aspectos talvez do mesmo fenômeno, encarados por prismas diferentes: aquela como potencialidade; esta como realizabilidade, praticidade”. Isto porque, ainda segundo José Afonso da Silva, “uma norma só aplicável na medida em que é eficaz. [...] Se não dispõe de todos os requisitos para sua aplicação aos casos concretos, falta-lhe eficácia, não dispõe de aplicabilidade” (Ibidem, p. 60).

intimamente relacionados. Buscando esclarecer melhor a questão, Virgílio Afonso da Silva afirma que há uma distinção mais ampla entre os dois conceitos, na medida em que considera ser “perfeitamente possível que uma norma dotada de eficácia não tenha aplicabilidade”. Cita, como exemplo, a hipótese da usucapião, regulada nos artigos 1238 e seguintes do Código Civil: embora constitua uma norma dotada de plena eficácia jurídica, existem hipóteses nas quais não poderia ser aplicada, como, por exemplo, quando se tratar de imóvel público. Assim, a aplicabilidade na norma “é uma questão relativa à conexão entre a norma jurídica, de um lado, e fatos, atos e proposições jurídicas, de outro”. Assim, a expressão aplicabilidade “envolve uma dimensão fática que não está presente no conceito de eficácia”⁷⁵.

Assim entendido, podemos afirmar que a *eficácia* da norma é o elemento *material* que permite a sua *aplicabilidade*, ou seja, a sua possibilidade de incidir sobre fatos concretos. Todavia, a eficácia não é o único elemento que conduz à aplicabilidade da norma. Juntamente a este elemento material, a aplicabilidade da norma depende de um elemento formal e de um elemento substantivo. O elemento formal se refere aos problemas de vigência da norma e, o elemento substantivo, à adequação da norma ao caso concreto. Maria Helena Diniz parece também seguir esta fórmula ao realçar que “a aplicabilidade da norma constitucional depende de saber se é ela vigente, legítima e se tem eficácia”⁷⁶.

Compreendido desta forma, a afirmação de José Afonso da Silva no sentido de que aplicabilidade e eficácia são fenômenos conexos parece fazer sentido, na medida em que seu estudo não enfrenta os problemas de vigência e adequação da norma. Sob tais condições, parece correta a fórmula que sustenta que a norma constitucional eficaz dispõe de aplicabilidade.

⁷⁵ **Direitos fundamentais:** conteúdo essencial, restrições e eficácia. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010, pp. 210-211.

⁷⁶ **Norma Constitucional e seus efeitos.** 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 38.

A questão, então, é definir a dimensão de eficácia das normas constitucionais, ou seja, desvendar o grau de aptidão que elas possuem para produzir efeitos jurídicos concretos sobre as relações e comportamentos que o legislador constitucional se ocupou em regular.

A partir da já citada premissa de que todas as normas constitucionais são dotadas de alguma eficácia, irradiando imediatamente efeitos jurídicos, José Afonso da Silva adverte que é necessário levar em consideração que, em determinadas normas constitucionais, tal eficácia não se manifesta “na sua plenitude dos efeitos jurídicos pretendidos pelo constituinte enquanto não se emitir uma normação jurídica ordinária ou complementar, executória, prevista ou requerida”⁷⁷.

Há, como se observa, uma aparente contradição em falar que todas as normas jurídicas possuem carga eficaz e, logo após, afirmar que algumas normas dependem da posterior intervenção do legislador infraconstitucional para produzir efeitos. Neste cenário preliminar, parece não haver muitas diferenças entre a teoria moderna e a tradicional teoria norte-americana de eficácia das normas constitucionais, esta que dividia as normas em autoaplicáveis (*self-executing*) e não autoaplicáveis (*not self-executing*), e que foi firmemente criticada por José Afonso da Silva. Tal contradição, contudo, não existe. José Afonso da Silva esclarece que até mesmo as normas constitucionais programáticas possuem eficácia jurídica direta e imediata em sua vinculação ao legislador ordinário, como condicionantes da legislação futura, constituindo sentido teleológico de interpretação e criando situações subjetivas de vantagem ou desvantagem⁷⁸.

Sem dúvida, há uma inovação em relação à tradicional teoria de eficácia das normas constitucionais, o que reveste a teoria em estudo de um caráter inovador.

⁷⁷ **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003, pp. 81-82.

⁷⁸ *Idem*, p. 164.

José Afonso da Silva dividiu as normas constitucionais em três categorias: (i) normas constitucionais de eficácia plena; (ii) normas constitucionais de eficácia contida; (iii) normas constitucionais de eficácia limitada ou reduzida.

2.1.1.1 Normas constitucionais de eficácia plena.

Segundo José Afonso da Silva, por *eficácia plena*, deve-se entender a capacidade da norma de produzir

todos os seus efeitos essenciais [...], todos os objetivos visados pelo legislador constituinte, porque este criou, desde logo, uma normatividade para isso suficiente, incidindo direta e imediatamente sobre a matéria que lhes constitui objeto⁷⁹.

Haveria, no tocante às normas de eficácia plena, uma correspondência com as normas *self-executing* (autoaplicáveis) previstas na tradicional teoria norte-americana.

Para José Afonso da Silva, são de *eficácia plena* as normas que possuem aplicabilidade direta, imediata e integral, incidindo desde sua entrada em vigor sobre os fatos regulados, dispensando a produção de uma normação ulterior que lhes complementem o sentido ou o alcance para que possam atuar no caso concreto. Seriam normas completas, que contêm “todos os elementos e requisitos para sua incidência direta”⁸⁰.

⁷⁹ **Aplicabilidade das normas constitucionais.** 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 82.

⁸⁰ *Idem*, p. 99.

Traçadas essas linhas gerais, surge, então, o problema de identificar *in concreto*, as normas constitucionais de eficácia plena, grupo que concentra a maior parte dos dispositivos constitucionais⁸¹.

Nesta incumbência, José Afonso da Silva inicia tangenciando um aspecto do tema que possui enorme relevância ao objeto do presente trabalho: o problema dos *destinatários das normas constitucionais*. Por sua relevância para a presente pesquisa, o tópico ganhou capítulo próprio neste trabalho⁸². Contudo, algumas considerações devem ser antecipadas em razão de sua importância para a fluidez do estudo.

José Afonso da Silva considera equivocado o critério de distinção das normas de eficácia plena (autoaplicáveis) das normas de eficácia limitada (não-autoaplicáveis) com base na natureza de seus destinatários. Tal critério, empregado na tradicional teoria constitucional, considera que as normas de eficácia plena “têm como destinatários todos os sujeitos da ordem jurídica estatal”⁸³, ao passo que as normas de eficácia limitada vinculariam apenas o legislador.

Fazendo referência a estudo de Flaminio Franchini, um dos defensores desse critério de distinção, José Afonso da Silva relata que a teoria tradicional de eficácia das normas constitucionais sustenta que as normas de *eficácia plena* vinculariam não apenas o legislador, mas também outros órgãos do Estado e os cidadãos, inclusive em suas relações particulares⁸⁴. Por outro lado, as normas de *eficácia limitada* disciplinariam apenas a conduta do legislador, não vinculando os demais sujeitos da ordem jurídica.

⁸¹ SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 89.

⁸² Vide capítulo 2.2, *infra*.

⁸³ SILVA, José Afonso da. *Op. cit.*, p. 96.

⁸⁴ *Idem*.

José Afonso da Silva assegura que tal critério é falso por partir de um conceito que não é claro, pois compreende o que se deve entender por *destinatário da norma jurídica*. O autor prossegue a crítica afirmando que se o destinatário da norma é aquele que deve obediência a ela, então já não haveria sentido a distinção, pois *todos os indivíduos regidos pela ordem jurídica devem obediência à Constituição*. De outro lado, ainda segundo José Afonso da Silva, a norma pode ter o legislador como destinatário e, ainda assim, ser de eficácia plena, vinculando-o direta e imediatamente. Serve como exemplo, dentre outros, as disposições do § 4º do artigo 60 da Constituição Federal de 1988, que estabelece limites à atividade legislativa no que se refere à determinadas matérias⁸⁵.

Seria equivocado, portanto, distinguir as normas constitucionais, quanto à sua carga eficaz, adotando-se como critério o seu destinatário. O problema deste método não reside no estudo das normas de eficácia plena, pois não há controvérsia quanto ao fato de que elas vinculam todos os sujeitos da ordem jurídica, sejam entes estatais ou privadas. O ponto de inflexão ocorre quanto às normas de eficácia limitada.

Refutando tal critério, José Afonso da Silva afirma que a distinção entre normas de eficácia plena e normas de eficácia limitada deve ser feita com base em seu conteúdo jurídico e na completude de sua regulamentação normativa.

O conceito de “norma completa” pode suscitar certa dificuldade de compreensão, ainda mais nos países que adotam a *civil law* e têm uma enraizada cultura positivista, como é o exemplo brasileiro.

Qualquer norma jurídica, ainda que seja de natureza infraconstitucional e regulamentar, exige um prévio trabalho de hermenêutica

⁸⁵ Constituição Federal de 1988, artigo 60: “A Constituição poderá ser emendada mediante proposta: [...] § 4º - Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: I - a forma federativa de Estado; II - o voto direto, secreto, universal e periódico; III - a separação dos Poderes; IV - os direitos e garantias individuais”.

para ser aplicada a um caso concreto, na medida em que reserva, em seu conteúdo, um espaço para que a atividade do intérprete lhe complemente o sentido. O fato de veicular um conceito legal indeterminado, por exemplo, não torna a norma jurídica incompleta a ponto de exigir regulamentação por ato normativo superveniente para que possa ser aplicada a um fato jurídico.

O caráter abstrato e genérico da norma jurídica não é elemento suficiente para, por si, retirar sua positividade, já que tais características são inerentes a todos os atos normativos. Hans Kelsen esclarece que “mesmo uma ordem o mais pormenorizada possível tem que deixar àquele que a cumpre ou executa uma pluralidade de determinações a fazer”; dá, como exemplo, a hipótese de prisão de um cidadão precedida por uma ordem neste sentido. Nesta hipótese, competiria ao executor do encarceramento determinar como, quando e onde realizará o ato. Assim, “todo o ato jurídico em que o Direito é e aplicado [...] é, em parte, determinado pelo Direito e, em parte, indeterminado”⁸⁶.

A possível indeterminação do núcleo jurídico-obrigacional da norma, assim como a amplitude de seus destinatários, nem sempre é resultado de um defeito do processo legislativo⁸⁷, podendo perfeitamente ser resultado de um ato intencional do legislador. Vale ressaltar que o emprego de normas que veiculam conceitos indeterminados constitui uma técnica jurídica contemporânea⁸⁸. O Código Civil de 2002 é um exemplo de proficiência no

⁸⁶ **Teoria pura do direito**. Tradução João Baptista Machado. 7ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006, pp. 388-389.

⁸⁷ Embora, em alguns casos, trate-se efetivamente de desídia do legislador. É o caso, por exemplo, da Lei nº 12.506, de 11 out. 2011, que dispõe sobre o aviso prévio indenizado. A falta de clareza no texto desta norma é evidente, demonstrando uma falta de preocupação, por parte do legislador, com sua eficácia.

⁸⁸ Para Nelson Nery Junior, a opção do legislador infraconstitucional em adotar um sistema aberto se justifica, na medida em que “em pleno século XXI não seria mais admissível legislar-se por normas que definissem precisamente certos pressupostos e indicassem, também de forma precisa, suas consequências, formando uma espécie de sistema fechado. A técnica legislativa moderna se faz por meio de conceitos legais indeterminados e cláusulas gerais, que dão mobilidade ao sistema, flexibilizando a rigidez dos institutos jurídicos e dos regramentos do direito positivo” (Contratos no Código Civil. Apontamentos gerais. In FRANCIULLI NETO, Domingos et al (Org). **O novo código civil**. São Paulo: LTr, 2006, p. 422).

emprego de cláusulas gerais e conceitos legais indeterminados⁸⁹, como é o caso dos institutos da boa-fé objetiva, do equilíbrio material dos contratantes e da função social do contrato.

Exemplos de conceitos legais indeterminados não faltam no cotidiano dos operadores do direito do trabalho. Normas que contém núcleos abertos como, por exemplo, “subordinação jurídica”, “cargos de confiança”, “incontinência de conduta ou mau procedimento”, para citar apenas algumas, são comuns e têm plena aplicabilidade nas relações jurídicas a que se dirigem, embora imponham algum esforço por parte do intérprete para conformá-las ou delas extrair a conduta esperada pelo legislador.

Assim, para ser considerada como *uma norma completa, de plena eficácia*, a norma não necessita estabelecer todo o regulamento da matéria, descendo a pormenores que não são próprios do sistema constitucional. Basta que a norma contenha elementos que permitam identificar com exatidão o interesse jurídico tutelado e definir a conduta que o legislador constituinte espera do seu destinatário⁹⁰.

⁸⁹ A diferença entre os conceitos legais indeterminados e as cláusulas gerais reside na limitação do poder de integração do juiz. Nos conceitos legais indeterminados, a lei prevê a consequência jurídica, cabendo ao juiz apenas integrar o conceito abstrato da norma em vista do caso concreto. Uma vez integrada para incidência ao caso concreto, o juiz deve seguir a determinação imposta na lei, dando ao caso a solução pré-estabelecida pelo legislador. Já as cláusulas gerais não preveem a consequência, devendo o juiz criar a solução mais adequada à causa, que pode variar de um caso para outro em função de suas peculiaridades. Ao aplicar a cláusula geral, o juiz exerce uma função integrativa, razão pela qual sua sentença tem natureza determinativa. Neste sentido, Nelson Nery Júnior afirma que “preenchido o conceito legal indeterminado [...] a solução já está estabelecida na própria norma legal, competindo ao juiz apenas aplicar a norma, sem exercer nenhuma função criadora. [...] A lei enuncia o conceito indeterminado e dá as consequências dele advindas”. Já nas cláusulas gerais, ao contrário, “se diagnosticadas pelo juiz, permitem-lhe preencher os claros com os valores designados para aquele caso, para que se lhe dê a solução que ao juiz parecer mais correta”. Assim, as cláusulas gerais constituiriam “normas orientadoras sob a forma de diretrizes, dirigidas precipuamente ao juiz, vinculando-o ao mesmo tempo em que lhe dão liberdade para decidir (NERY JUNIOR, Nelson. Contratos no Código Civil. Apontamentos gerais. In FRANCIULLI NETO, Domingos et al (Org). **O novo código civil**. São Paulo: LTr, 2006, pp. 427-429).

⁹⁰ Tal como se lê na seguinte passagem: “Completa, neste sentido, será a norma que contenha todos os elementos e requisitos para sua incidência direta. Todas as normas regulam certos interesses vinculados a determinada matéria. Não se trata de regular a matéria em si, mas de definir certas situações, comportamentos ou interesses vinculados a determinada matéria. Quando essa regulamentação normativa é tal que se pode saber, com precisão, qual a conduta positiva ou negativa a seguir, relativamente ao interesse descrito na norma, é possível afirmar-

A partir de um rol de exemplos, o autor em estudo consolida uma fórmula geral para identificação das normas constitucionais de eficácia plena. Para José Afonso da Silva, são de eficácia plena as normas constitucionais que: a) contenham vedações ou proibições; b) confirmam isenções, imunidades e prerrogativas; c) não designem órgãos ou autoridades especiais a que incumbam especificamente sua execução; d) não indiquem processos especiais de sua execução; e) não exijam elaboração de novas normas legislativas que lhes completem o alcance e o sentido, ou lhes fixem o conteúdo, porque já se apresentam suficientemente explícitas na definição dos interesses nela regulados⁹¹.

Neste momento, uma indagação é inevitável: é possível dizer que o disposto no artigo 5º, LV, da Constituição Federal de 1988, encerra uma norma de eficácia plena, a prescindir de uma legislação infraconstitucional para que tenha aplicabilidade às hipóteses que enuncia?

Já adiantamos que para José Afonso da Silva a resposta é positiva, como será demonstrado mais adiante. No entanto, para a adequada compreensão do problema, é necessário proceder ao estudo das normas de eficácia contida e das normas de eficácia limitada.

2.1.1.2 Normas constitucionais de eficácia contida.

Constituem normas de *eficácia contida* os dispositivos constitucionais que, embora sejam dotados de aplicabilidade *direta e imediata*, têm a integralidade de seus efeitos jurídicos sujeita a restrição. Por tal razão,

se que esta é completa e juridicamente dotada de eficácia plena” (SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 96).

⁹¹ Idem, p. 101.

diz-se, quanto às normas de eficácia contida, que elas *possuem eficácia direta e imediata, porém não integral*.

Existem normas constitucionais que fazem expressa referência a uma legislação superveniente. Essa normação futura invocada pelo preceito constitucional pode assumir naturezas diversas; ela pode constituir tanto um elemento de integração da eficácia da norma constitucional, expandindo seus efeitos, como pode constituir um elemento de contenção dos seus efeitos jurídicos. Nesta primeira hipótese, o jurista se depara com uma norma constitucional de *eficácia limitada*, que será estudada adequadamente no tópico seguinte. Na segunda hipótese, que a lei futura assume contornos de limitação, verifica-se uma norma constitucional de *eficácia contida*.

Um exemplo é sempre um bom aliado. O artigo 5º, XIII, da Constituição Federal de 1988 garante ser “livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer”. Em uma primeira vista, esta lei posterior a que se refere o artigo 5º, XIII, da Carta Constitucional pode ser compreendida como um elemento necessário para o desenvolvimento da eficácia desta norma constitucional. Dito de outra forma, é possível, em uma análise menos detida, entender que o dispositivo constitucional em questão encerra uma norma de eficácia limitada, na medida em que dependeria de uma lei posterior que complemente sua normatividade para que possa criar uma situação subjetiva de vantagem ou de vínculo.

José Afonso da Silva, estudando este mesmo dispositivo constitucional, adverte que tal interpretação é equivocada, pois a liberdade reconhecida no artigo 5º, XIII, da Constituição Federal de 1988 não depende de lei posterior. A lei posterior seria necessária apenas para estabelecer as qualificações necessárias para determinadas profissões, como ocorre, por exemplo, com o exercício da advocacia⁹² ou da medicina. A lei posterior, com

⁹² O Supremo Tribunal Federal reconheceu a constitucionalidade do artigo 84 da Lei nº 8.906/94, que exige, como condição para o exercício da advocacia, a prévia aprovação do

efeito, não teria o caráter de ampliar a carga eficaz do dispositivo constitucional em questão, mas apenas restringir sua integral aplicação naquelas hipóteses em que o legislador considerou necessário o estabelecimento de qualificações específicas ao profissional. No caso em estudo, “a lei só pode interferir para exigir certa habilitação para o exercício de uma ou outra profissão ou ofício. Na ausência da lei, a liberdade é ampla”⁹³.

As normas de *eficácia contida* terão eficácia plena enquanto a legislação limitadora não for expedida. “São de aplicabilidade direta e imediata, visto que o legislador constituinte deu normatividade suficiente aos interesses vinculados à matéria de que cogitam”⁹⁴. Neste aspecto, em tudo se assemelham às normas de eficácia plena. Tal semelhança, contudo, se encerra quando se verifica a possibilidade de uma limitação de sua eficácia por meio de um ato normativo posterior, quando adquirem alguma semelhança com as normas de eficácia limitada⁹⁵.

bacharel em Direito no chamado Exame de Ordem. Embora o julgamento tenha sido permeado pela Teoria dos Direitos Fundamentais, é perceptível o reconhecimento de eficácia contida no artigo 5º, XIII, da Constituição Federal, invocado para o confronto de constitucionalidade. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Ementa: TRABALHO – OFÍCIO OU PROFISSÃO – EXERCÍCIO. Consoante disposto no inciso XIII do artigo 5º da Constituição Federal, “é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer”. BACHARÉIS EM DIREITO – QUALIFICAÇÃO. Alcança-se a qualificação de bacharel em Direito mediante conclusão do curso respectivo e colação de grau. ADVOGADO – EXERCÍCIO PROFISSIONAL – EXAME DE ORDEM. O Exame de Ordem, inicialmente previsto no artigo 48, inciso III, da Lei nº 4.215/63 e hoje no artigo 84 da Lei nº 8.906/94, no que a atuação profissional repercute no campo de interesse de terceiros, mostra-se consentâneo com a Constituição Federal, que remete às qualificações previstas em lei. Considerações”. Recurso extraordinário nº 603.583, Recorrente: João Antônio Volante. Recorrido: União e outros. Relator: ministro Marco Aurélio. Brasília, 26 out. 2011. **Diário da justiça** de 25 mai. 2012.

⁹³ SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 106.

⁹⁴ Idem, p. 104.

⁹⁵ Tal semelhança com as normas de eficácia limitada acaba gerando muitas confusões, sobretudo no estudo *in concreto* dos dispositivos constitucionais. Apenas para ilustrar como é fácil incorrer em equívocos, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do agravo regimental no agravo de instrumento nº 618.986, afirmou que o artigo 37, VII, da Constituição Federal (“o direito de greve [dos servidores públicos] será exercido nos termos e nos limites definidos em lei específica”) constitui norma de eficácia contida. No entanto, a fundamentação do voto-condutor, inclusive as citações e transcrições da obra de José Afonso da Silva, são relacionadas às normas de eficácia limitada. O Supremo Tribunal Federal adotou fundamentação que induz à conclusão de se tratar de norma de eficácia limitada (o que está correto, pois, de fato, trata-se desta espécie de norma), porém atribuiu a denominação de

A partir de sua entrada em vigor, as normas de *eficácia contida* seriam aplicáveis direta e imediatamente às suas respectivas hipóteses de incidência. Seriam, portanto, plenamente eficazes enquanto não forem objeto de restrição por norma superveniente. Por esta razão, alguns autores entendem inadequado o emprego da expressão *contida*, preferindo empregar a adjetivação *contível*, *restringível* ou *reduzível*, o que nos parece ser bastante justificável⁹⁶.

Dissemos que a restrição da eficácia da norma pode advir de legislação inferior solicitada no próprio dispositivo constitucional, como é o caso do exemplo servido poucas linhas atrás. No entanto, é possível que a hipótese de restrição seja proveniente de outro dispositivo da Constituição, ou seja, de uma “norma constitucional de contenção da eficácia de outras”⁹⁷. Os exemplos mais evidentes de normas constitucionais restritivas da eficácia de outras podem ser vistos nos artigos 138 e 139 da Constituição Federal de 1988, que autorizam, durante a vigência de estado de sítio, a suspensão de diversas garantias constitucionais, como a liberdade de locomoção, a inviolabilidade das correspondências e a liberdade de reunião, dentre outras⁹⁸.

norma de eficácia contida. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. 1ª Turma. Ementa; “CONSTITUCIONAL. SERVIDOR PÚBLICO. DIREITO DE GREVE. ALEGADA VIOLAÇÃO AO ARTIGO 37, VII. PRECEITO CONSTITUCIONAL DE EFICÁCIA CONTIDA. NECESSIDADE DE NORMA INFRACONSTITUCIONAL. OFENSA REFLEXA. AGRAVO IMPROVIDO. I - O preceito constitucional que garante o exercício de greve aos servidores públicos é de eficácia contida, de acordo com jurisprudência consolidada desta Corte. II - A eficácia plena do preceito constitucional demanda a existência de norma infraconstitucional que regulamente os efeitos e a forma de exercício deste direito. III - A ausência de lei não conduz a conclusão de que a Administração Pública deveria considerar justificadas as faltas, a ofensa ao texto constitucional, se ocorrente, seria meramente reflexa. IV - Agravo regimental improvido”. Agravo regimental no agravo de instrumento nº 618986. Agravante: Agueda Raghianti e outro. Agravado: Estado de São Paulo. Relator: ministro Ricardo Lewandowski. Brasília, 13 mai. 2008. **Diário da Justiça** de 06 jun. 2008.

⁹⁶ Neste sentido, DINIZ, Maria Helena. **Norma constitucional e seus efeitos**. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 117.

⁹⁷ SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 107.

⁹⁸ Constituição Federal de 1988, artigo 138: “O decreto do estado de sítio indicará sua duração, as normas necessárias a sua execução e as garantias constitucionais que ficarão suspensas, e, depois de publicado, o Presidente da República designará o executor das medidas específicas e as áreas abrangidas”.

Encerrando seu mapeamento das normas constitucionais de eficácia contida, José Afonso da Silva constata que determinados dispositivos constitucionais fazem referência a conceitos indeterminados, quase sempre com conteúdo ético-social, e que atuam também como limitadores da eficácia da norma. Serve, como exemplo, o direito de propriedade, que está consagrado no artigo 5º, XXII, da Constituição Federal de 1988, porém que tem sua eficácia limitada no inciso XXIV do mesmo artigo, nas hipóteses de “necessidade e utilidade pública, ou por interesse social”, nas quais se justificaria a desapropriação do bem.

Assim, na teoria de José Afonso da Silva, as normas constitucionais de eficácia contida

são aquelas em que o legislador constituinte regulou suficientemente os interesses a determinada matéria, mas deixou margem à atuação restritiva por parte da competência discricionária do Poder Público, nos termos que a lei estabelecer ou nos termos de conceitos gerais nelas enunciados⁹⁹.

Para José Afonso da Silva, as normas que conferem direitos subjetivos aos cidadãos a partir da limitação da interferência dos Poderes Públicos, como é o caso dos direitos e garantias fundamentais, são, em sua maioria, normas de eficácia contida¹⁰⁰.

Constituição Federal de 1988, artigo 139: “Na vigência do estado de sítio decretado com fundamento no artigo 137, I, só poderão ser tomadas contra as pessoas as seguintes medidas: [§] I - obrigação de permanência em localidade determinada; [§] II - detenção em edifício não destinado a acusados ou condenados por crimes comuns; [§] III - restrições relativas à inviolabilidade da correspondência, ao sigilo das comunicações, à prestação de informações e à liberdade de imprensa, radiodifusão e televisão, na forma da lei; [§] IV - suspensão da liberdade de reunião; [§] V - busca e apreensão em domicílio; [§] VI - intervenção nas empresas de serviços públicos; [§] VII - requisição de bens. [§] Parágrafo único. Não se inclui nas restrições do inciso III a difusão de pronunciamentos de parlamentares efetuados em suas Casas Legislativas, desde que liberada pela respectiva Mesa”.

⁹⁹ **Aplicabilidade das normas constitucionais.** 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 116.

¹⁰⁰ *Idem*, pp. 105 e 188-190.

2.1.1.3 Normas constitucionais de eficácia limitada ou reduzida.

José Afonso da Silva constatou a existência de um grupo de normas constitucionais que não seriam capazes de produzir, por conta exclusiva de sua própria vigência, “todos os seus efeitos essenciais”. Tal fenômeno, segundo o citado autor, ocorreria porque o legislador não teria estabelecido “sobre a matéria, uma normatividade para isso bastante, deixando essa tarefa ao legislador ordinário ou outro órgão do Estado”¹⁰¹. Assim, encerrando sua classificação tricotômica das normas constitucionais, José Afonso da Silva abre o estudo daquelas que denomina *normas constitucionais de eficácia limitada ou reduzida*.

Este grupo de normas compreenderia dois tipos distintos de normas: a) as normas definidoras de princípio institutivo ou organizativo; e, b) as normas definidoras de princípio programático¹⁰².

As normas constitucionais definidoras de *princípio institutivo ou organizativo* seriam aquelas que estabelecem os esquemas das instituições políticas do Estado, apresentando, por isso, um “conteúdo organizativo e

¹⁰¹ **Aplicabilidade das normas constitucionais.** 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 82.

¹⁰² Antes de avançar, José Afonso da Silva abre um aposto elucidativo para advertir que palavra princípio possui um amplo espectro semântico no Direito, podendo ser empregada em sentidos diversos. Aqui, esquematicamente, os apresentamos conforme extraímos da obra em estudo: a) *normas definidoras de princípio institutivo*. Nesta acepção, a palavra princípio se apresentaria com o sentido de início, ponto de partida, começo. Tratar-se-iam, portanto, de “normas que contêm o início ou esquema de determinado órgão, entidade ou instituição, deixando a efetiva criação, estruturação ou formação para lei complementar ou ordinária”; b) *normas constitucionais de princípios gerais ou normas-princípios*: Referem-se às proposições jurídicas das quais se desdobram analiticamente as normas particulares que incidem e regulam diretamente os fatos sociais. Para José Afonso da Silva, seria mais adequado chamá-las de normas fundamentais, embora a Constituição Federal de 1988 as tenha denominado de princípios fundamentais. Neste grupo se acomodariam as normas que estabelecem as diretrizes gerais que informam e condicionam a ordem jurídica, tais como os princípios da isonomia, da legalidade, da irretroatividade da lei, dentre outros; c) *normas que contêm princípios gerais do direito constitucional*: Citando a lição de Pinto Ferreira, José Afonso da Silva afirma que nesta categoria se concentrariam “os summa genera do direito constitucional, fórmulas básicas ou postos-chave de interpretação e construção teórica do constitucionalismo”. Seriam os princípios da supremacia da constituição, do federalismo, do controle jurisdicional da constitucionalidade das leis, dentre outros. (Idem, pp. 118-121).

regulativo de órgãos e entidades, respectivas atribuições e relações”¹⁰³. Seriam normas de eficácia limitada pelo fato de exigirem uma legislação posterior que lhes complemente e desenvolva sua eficácia, permitindo, assim, sua efetiva aplicação.

Como exemplos de normas constitucionais definidoras de princípio institutivo, a Constituição Federal de 1988 prevê que “a lei disporá sobre a organização administrativa e judiciária dos Territórios” (artigo 22); “a lei regulará a organização e o funcionamento do Conselho da República” (artigo 90, § 2º); “a lei regulará a organização e o funcionamento do Conselho de Defesa Nacional” (artigo 91, § 2º); “a lei disporá sobre a competência do Tribunal Superior do Trabalho” (artigo 111-A, § 1º); “a lei disporá sobre a constituição, investidura, jurisdição, competência, garantias e condições de exercício dos órgãos da Justiça do Trabalho” (artigo 113).

As normas constitucionais definidoras de princípio programático, por sua vez, teriam finalidades e conteúdos notavelmente distintos.

No Estado Liberal, os cidadãos conquistaram estatutos jurídicos que lhes asseguraram a proteção contra os abusos praticados pelo próprio Estado. Tais estatutos passaram a vedar, limitar ou conformar a ação dos entes públicos em suas relações com os jurisdicionados. A defesa da liberdade do indivíduo passou a se operar, sobretudo, por uma postura omissiva do Estado, que adotou a abstenção como instrumento de efetivação do projeto constitucional, cujo desenvolvimento competiria aos próprios cidadãos.

A empiria demonstrou que não apenas o Estado atua como potencial agressor das liberdades individuais. Há entes que exercem um poder privado sobre os demais cidadãos, apoiado em um desnível econômico, social,

¹⁰³ SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 125.

cultural ou dogmático. A abstenção do Estado deixava o cidadão à mercê de outras fontes de poder e equivalia à própria ação nociva que as garantias constitucionais visavam proteger. O Estado Liberal falhou na promoção do desenvolvimento dos direitos básicos dos cidadãos.

Foi necessária uma evolução do conceito e do papel do Estado na sociedade, com “a ampliação de sua atividade e a intervenção na vida econômico social que permanecia à sua margem”¹⁰⁴. Esse modelo intervencionista, resultado do embate dialético entre o liberalismo e o socialismo, passou a ser instrumento de realização dos direitos fundamentais dos cidadãos.

Neste panorama, as *normas constitucionais definidoras de princípio programático* veiculariam um conteúdo social que criaria as bases para uma efetiva “interferência do Estado na ordem econômico-social, mediante prestações positivas, a fim de propiciar a realização do bem comum, através da democracia social”¹⁰⁵.

Muitas destas normas, afirma José Afonso da Silva, “são traduzidas no texto supremo apenas *em princípio*, como esquemas genéricos, simples programas a serem desenvolvidos posteriormente”¹⁰⁶ pelo legislador. São programas de ação, linhas diretoras que orientam os órgãos do Estado em sua missão constitucional. É neste exato ponto que se identificariam as normas constitucionais definidoras de princípio programático.

Poderíamos conceber como programáticas aquelas normas constitucionais através das quais o constituinte, em vez de regular direta e imediatamente determinados interesses, limitou-se a traçar-lhes os princípios

¹⁰⁴ SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 136.

¹⁰⁵ Idem.

¹⁰⁶ Ibidem, p. 137.

para serem cumpridos pelos órgãos do Poder Público, como programas das respectivas atividades, visando à realização dos fins sociais do Estado¹⁰⁷.

Segundo José Afonso da Silva, tais normas têm a vocação de traduzir “os elementos sócio-ideológicos da constituição, onde se acham os direitos sociais, [...] econômicos e culturais”, além de, com maior relevância, indicar “os fins e objetivos do Estado, o que importa definir o sentido geral da ordem jurídica”¹⁰⁸.

Assim, as normas programáticas seriam aquelas que: a) definem os *direitos sociais*, assim considerados em um sentido amplo, a ponto de abranger os direitos econômicos e culturais; b) estabelecem princípios gerais da ordem econômica e social, como, por exemplo, a defesa do consumidor, do meio ambiente, da livre concorrência, a redução das desigualdades regionais e sociais, a busca do pleno emprego, o bem-estar e a justiça social, tal como se encontram nos artigos 170 e 193 da Constituição Federal de 1988.

As normas constitucionais que estabelecem *princípios gerais da ordem econômica e social* são considerados como programáticos apenas pelo fato de definirem o projeto constitucional, estabelecendo objetivos e tarefas ao Poder Público. Tais normas constituem, segundo José Afonso da Silva, “Direito imediatamente vigente e são diretamente aplicáveis”, embora reconheça que a doutrina e a jurisprudência ainda não foram capazes de perceber o seu alcance e lhes dar aplicação adequada¹⁰⁹.

As *normas definidoras de direitos econômicos e sociais* seriam irradiações destas disposições principiológicas. De forma oposta à escola liberal e seu postulado de omissão do Estado, as normas que definem direitos

¹⁰⁷ SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 138.

¹⁰⁸ Idem, p. 139.

¹⁰⁹ Ibidem, pp. 143-144.

econômicos e sociais impõe ao Poder Público uma prestação positiva que consolide meios eficazes para que os cidadãos possam materialmente atingir e fruir todos os direitos e as liberdades que o projeto constitucional lhes confere.

Certo, porém, que tais normas dependem de providências ulteriores do Poder Público, que as desenvolverá por completo, por meio de políticas e instituições, até se consubstanciarem em situações subjetivas de vantagem para o cidadão. Tais normas ditam comportamentos aos poderes do Estado, possuindo, portanto, um caráter imperativo e vinculativo que afirmam sua juridicidade.

Em conclusão, José Afonso da Silva reconhece nas normas programáticas uma eficácia imediata, direta e vinculante ao estabelecerem um dever para o legislador ordinário; ao condicionarem a legislação futura, sobre as quais exerce uma força paralisante em caso de incompatibilidade; ao informarem os fins do Estado, inspirando a ordem jurídica; ao atribuir um sentido teleológico que vincula a atividade interpretativa e integrativa das normas jurídicas; ao condicionarem a atividade discricionária da Administração e do Judiciário; e, ainda, ao eventualmente criarem situações subjetivas de vantagem.

2.1.2 Outras propostas classificatórias.

A contribuição de José Afonso da Silva na sistematização de uma teoria geral de eficácia das normas constitucionais é notória, como dissemos páginas atrás. O relevo de sua obra, no entanto, não inibiu a exímia doutrina brasileira de avançar, postulando classificações alternativas ou, o que é mais frequente, buscando incluir novos tijolos na edificação teórica apresentada pela obra aqui estudada.

Já tivemos a oportunidade de anunciar, à guisa de escusa, que a presente pesquisa se concentra nas lições de José Afonso da Silva, eleito por nós como o principal referencial teórico em direito constitucional positivo. Todavia, há espaço para alusão a outras teorias de autores importantes, com o devido cuidado para não deslocar o foco do estudo.

Maria Helena Diniz classifica as normas constitucionais em: a) normas de eficácia absoluta; b) normas de eficácia plena; c) normas com eficácia relativa restringível; e, d) normas com eficácia relativa complementável ou dependentes de complementação¹¹⁰. Nesta classificação, as normas de *eficácia plena* guardam absoluta correspondência às de igual denominação na classificação de José Afonso da Silva; as normas dotadas de *eficácia relativa restringível* corresponderiam às normas de *eficácia contida*; e, as normas com *eficácia relativa complementável ou dependentes de complementação* corresponderiam às normas de *eficácia limitada*.

Esta mesma classificação já havia sido adotada por Luiz Pinto Ferreira, embora sob o emprego de denominações sutilmente distintas, a saber: a) normas constitucionais de eficácia absoluta; b) normas constitucionais de eficácia plena; c) normas constitucionais de eficácia contida; e, d) normas constitucionais de eficácia limitada¹¹¹.

A única inovação no modelo proposto por Maria Helena Diniz e Pinto Ferreira é a constatação da existência de normas de *eficácia absoluta*. Referidos autores denominam como de eficácia absoluta as normas constitucionais que são dotadas de *eficácia plena* e que, por força do disposto no artigo 60, § 4º, e 34, VII, “a” e “b”, da Constituição Federal de 1988, são

¹¹⁰ **Norma constitucional e seus efeitos**. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 113.

¹¹¹ Verbete “eficácia”. In: **Enciclopédia Saraiva de Direito**. v. 30, 1979.

“intangíveis e invioláveis”¹¹² enquanto a Constituição estiver em vigor, não podendo ser objeto de proposta de emenda constitucional¹¹³.

Em Luís Roberto Barroso, o foco do direito constitucional deve ser a *efetividade* das normas da Constituição, na medida em que “o direito existe para realizar-se”. O problema a ser enfrentado, então, é a capacidade *in concreto* que a norma constitucional tem em criar direitos subjetivos aos cidadãos ou vincular os entes estatais. “Nesta nova perspectiva, torna-se relevante a determinação do conteúdo das normas constitucionais, para delas extrair a posição jurídica em que investem os jurisdicionados”. A partir desta premissa, Luís Roberto Barroso defende uma classificação muito útil, edificada sobre os *efeitos materiais* da norma constitucional: a) normas constitucionais de organização; c) normas constitucionais definidoras de direito; e, c) normas constitucionais programáticas¹¹⁴.

As *normas constitucionais de organização*, segundo Barroso, seriam aquelas que definem “a estrutura do Estado, cuidando, essencialmente, da repartição do poder político e da definição da competência dos órgãos públicos”. Embora não seja de sua essência, tais normas poderiam gerar um direito subjetivo ao cidadão, como é o caso, no exemplo dado pelo próprio autor em estudo, do de se opor judicialmente a uma ordem emanada por um órgão do Estado que não possui competência para a realização do ato¹¹⁵.

Ainda na lição de Luís Roberto Barroso, as *normas constitucionais definidoras de direito* teriam como característica principal o

¹¹² Segundo Maria Helena Diniz, “há uma supereficácia paralisante, ou ab-rogante, das normas constitucionais absolutas, pois, sendo aplicáveis imediatamente, sendo intangíveis e invioláveis, não poderão ser alteradas pelo poder constituinte derivado, sobrevivendo enquanto a Constituição for vigente” (**Norma Constitucional e seus efeitos**. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 115).

¹¹³ Esta classificação não escapa à crítica de José Afonso da Silva, para quem ela se baseia no critério de modificabilidade do preceito constitucional e não em sua aplicabilidade ou eficácia, que é plena (**Aplicabilidade das normas constitucionais**. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 87, nota de rodapé).

¹¹⁴ **Interpretação e aplicação da constituição**: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 7ª ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2009, pp. 260-261.

¹¹⁵ Idem, p. 262.

poder de investir o cidadão em um direito subjetivo, permitindo-lhe exigir de outros destinatários da norma uma ação omissiva ou comissiva tendente a assegurar a fruição do bem jurídico protegido na norma¹¹⁶. A esta questão voltaremos mais adiante, quando tratarmos do destinatário das normas constitucionais.

Por fim, Barroso afirma que as *normas constitucionais programáticas* seriam aquelas que “veiculam princípios, desde logo observáveis, ou traçam fins sociais a serem alcançados pela atuação futura dos poderes públicos”. Com tal característica, não outorgariam ao cidadão o direito de exigir dos órgãos do Estado uma prestação positiva, isto é, a prática de um ato ou a concessão de uma vantagem; no entanto, investiriam o jurisdicionado no direito de exigir dos órgãos estatais a abstenção de uma determinada conduta que venha a colidir com tais normas. “Vale dizer: não geram direitos subjetivos em sua versão positiva, mas geram-nos em sua versão negativa”. Como exemplo de normas constitucionais programáticas, o autor cita as disposições que tratam da redução das desigualdades regionais sociais (artigo 170, VII), o apoio à cultura (artigo 215), a função social da propriedade (artigo 170, III), dentre outras¹¹⁷.

Jorge Miranda reúne as normas constitucionais em um esquema composto por três categorias, correspondentes aos diferentes graus de eficácia das normas constitucionais. Neste esquema, haveria: a) normas perceptivas exequíveis por si mesmas; b) normas preceptivas não exequíveis por si mesmas; e, c) normas programáticas¹¹⁸.

O próprio Jorge Miranda faz o confronto de sua proposta classificatória com a classificação igualmente tricotômica de José Afonso da Silva. Como consequência de seu trabalho de identificação das características

¹¹⁶ **Interpretação e aplicação da constituição**: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 7ª ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 262.

¹¹⁷ Idem.

¹¹⁸ **Teoria do estado e da constituição**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, pp. 309-310.

peculiares de cada espécie de norma, Jorge Miranda afirma que as *normas preceptivas executáveis por si mesmas* correspondem às normas de eficácia plena e às normas de eficácia contida nominadas na classificação de José Afonso da Silva. Da mesma forma, as chamadas *normas preceptivas não executáveis por si mesmas* se identificariam com as normas definidoras de princípio institutivo ou organizativo e as *normas programáticas* com as normas definidoras de princípio programático¹¹⁹. Como se observa, a proposta classificatória de Jorge Miranda não difere, salvo em nomenclatura de classes, da classificação de José Afonso da Silva.

2.2 A Constituição como norma jurídica capaz de gerar, por si, situações subjetivas de vantagem ou de vínculo: o problema dos destinatários das normas constitucionais.

“A constituição não é um simples ideário. Não é apenas uma expressão de anseios, de aspirações, de propósitos. É a transformação de um ideário, é a conversão dos anseios e aspirações em regras impositivas. Em comandos. Em preceitos obrigatórios para todos: órgãos do Poder e cidadãos”¹²⁰

Páginas atrás, adiantamo-nos superficialmente no embate do problema dos *destinatários da norma constitucional*. A questão agora é estudar, com um pouco mais de imersão, esta antiga questão e tentar obter resposta às seguintes indagações: as normas constitucionais aplicam-se diretamente às relações privadas ou, ao revés, aplicam-se apenas às relações existentes entre diferentes órgãos do Estado e às relações Estado-cidadão? A norma constitucional pode, por si, criar uma situação subjetiva de vantagem e, em contrapartida, uma situação subjetiva de vínculo entre entes particulares?

¹¹⁹ MIRANDA, Jorge. **Teoria do estado e da constituição**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, pp. 309-310.

¹²⁰ BANDEIRA DE MELLO. Celso A. **Eficácia das normas constitucionais e direitos sociais**. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 11.

José Joaquim Gomes Canotilho demonstra como esta questão foi pendular na história do constitucionalismo. Para o mestre lusitano, o direito constitucional moderno foi conformado para reger as relações da sociedade e não as relações de Estado. Esta direção estaria devidamente apontada no artigo 16º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, que, em franca tradução, afirma que “a sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos nem estabelecida a separação dos poderes não tem Constituição”¹²¹. Canotilho faz uma leitura muito perspicaz deste texto:

Como se vê, não se fala aqui em Estado mas em sociedade. A *sociedade* “*tem*” uma constituição; a constituição é a constituição da sociedade. Isto significa que nos esquemas políticos oitocentistas a constituição aspirava a ser um “corpo jurídico” de regras aplicáveis ao “corpo social”¹²².

Observa-se, então, que o constitucionalismo moderno teria sido forjado para reger os fatos sociais em todas as suas dimensões, necessitando, para tanto, estabelecer efeitos jurídicos concretos aos cidadãos tanto em suas relações privadas como em seus vínculos com o Estado.

Canotilho observa, no entanto, que a partir do início do século XIX a Constituição teria passado a “ter como referente o Estado e não [mais] a sociedade [...] [tendo sido] transmutada de *constituição da República* em *constituição do Estado*”¹²³. Tal fenômeno, segundo Canotilho, teria origem em três razões fundamentais: a transformação da Constituição em *lei conformadora do corpo político*, pensamento este difundido nos processos constitucionais ocorridos nos Estados Unidos e na França; a consolidação do Estado Liberal e seu postulado de separação do Estado da sociedade; e, a

¹²¹ Em seu texto original, tal como citado por Canotilho: “Toute Société dans laquelle la garantie des Droits n'est pas assurée, ni la séparation des Pouvoirs déterminée, n'a point de Constitution”. (CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 88).

¹²² Idem.

¹²³ Ibidem.

influência da filosofia hegeliana (“o Estado é a realidade da ideia ética”) e do juspublicismo alemão¹²⁴.

As normas constitucionais passaram a vincular exclusivamente os órgãos do Estado, abstendo-se de produzir efeitos perante os direitos individuais dos cidadãos. Este paradigma que atribuía à Constituição o valor de uma mera diretiva política de “carácter programático despido da força jurídica actual caracterizadora das verdadeiras leis”¹²⁵, gerou resultados notáveis na Alemanha nazista, onde “propiciaram a erosão do substrato democrático da Constituição de Weimar. Cedendo espaço para que se assentasse o regime totalitário a partir de 1933”¹²⁶. Tal modelo, não por acaso, perdeu completamente o apoio da doutrina constitucional do pós-guerra, que passou a desenvolver modelos teóricos que buscavam “saber em que medida as normas constitucionais se aplicam *directamente* ou carecem de uma *interpositio regulativa*”¹²⁷.

Agora é possível constatar a importância do estudo que precedeu este momento: a capacidade da norma constitucional de reger por mãos próprias determinados fatos sociais está relacionada diretamente com sua aplicabilidade. A aplicabilidade da norma, como já vimos, envolve a sua eficácia, como elemento material; sua vigência, como elemento formal; e, a sua adequação ao caso concreto, como elemento substancial.

A norma constitucional é aplicável se ela for vigente, adequada à hipótese e eficaz, ou seja, tenha capacidade de produzir efeitos jurídicos concretos. Destes três elementos, o único sob enfoque neste momento é a

¹²⁴ **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003, pp. 88-89.

¹²⁵ *Idem*, p. 1150.

¹²⁶ Conforme Paulo Gustavo Gonet Branco. In: MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 285.

¹²⁷ *Idem*.

eficácia da norma. Por tal razão, recordemos a fórmula que sustenta que a norma constitucional que dispõe de eficácia possui aplicabilidade.

A norma constitucional vigente possui total aplicabilidade ao passo que a norma constitucional não vigente não dispõe de qualquer aplicabilidade. Com relação a este elemento, opera-se um sistema binário: ou a norma é aplicável ou não é aplicável.

Já no que se refere ao elemento *eficácia*, a aplicabilidade da norma pode se efetivar de formas diferentes, conforme sua maior ou menor carga eficaz, isto é, sua capacidade de produzir efeitos¹²⁸. A aplicabilidade da norma constitucional, no tocante à sua eficácia, pode se dar de forma direta ou indireta, de forma imediata ou mediata e, ainda, de forma integral ou parcial.

A norma constitucional de *aplicabilidade direta* é aquela que não depende de intervenção legislativa para produzir seus efeitos, tendo aptidão para conformar fatos e situações por si. A aplicabilidade direta “significa também que eles [os direitos proclamados na norma constitucional] valem diretamente contra a lei, quando esta estabelecer restrições em desconformidade com a constituição”¹²⁹.

A norma constitucional de aplicabilidade imediata é aquela que não está subordinada a qualquer condição para sua aplicação. Com uma leitura um pouco diferente, Jorge Miranda afirma que devem ser consideradas como de aplicabilidade mediata as normas que atuam apenas como instrumento de interpretação sistêmica de outras normas ou como elemento de

¹²⁸ Neste sentido, Pinto Ferreira reconhece que “a eficácia da norma jurídica tem como consequência automática o seu poder de gerar efeito jurídico, com maior ou menor grau, ou de maneira, absoluta, plena, ou limitada ou diferido, através de um comando determinando um *agir* ou um *não-agir*, uma conduta positiva ou uma omissão, e neste caso com uma força paralisante da que é conflitante com o comando determinado” (**Curso de direito constitucional**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 1974, p. 18).

¹²⁹ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 1179.

integração de lacunas, como seria o caso das normas não exequíveis por si mesmas, conforme classificação já exposta¹³⁰.

Até este momento nos ocupamos em verificar em que medida a norma constitucional é capaz de produzir efeitos.

Retomando as lições de José Afonso da Silva, as normas constitucionais de *eficácia plena* possuem aplicabilidade direta, imediata e integral, ou seja, produzem efeitos independentemente de norma legal ulterior e sem subordinar-se a qualquer condicionante de sua eficácia. Seus efeitos são integrais, na medida em que não podem ser reduzidos por norma inferior. As normas constitucionais de *eficácia contida* se diferenciariam das normas de eficácia plena apenas quanto a este último caractere, pois poderiam ser objeto de uma redução de seus efeitos ou abrangência por ato legal posterior.

Com relação às normas de eficácia reduzida ou limitada, opera-se uma aplicabilidade indireta, mediata e não integral. Assim ocorre, pois sua eficácia somente se desenvolverá por completo por intermédio de medidas legislativas ulteriores ou de providências específicas das instituições públicas, as quais poderão ou não atingir os objetivos do comando constitucional.

Neste quadro, afasta-se, de plano, a ideia de que a Carta Política seria apenas o azimute do legislador, definindo os rumos do projeto nacional. Entendê-la apenas como uma diretriz ao legislador tornaria inútil todo o esforço doutrinário que desenvolveu a moderna teoria constitucional, na medida em que tal pensamento conduziria a afirmação de que todas as normas de uma Constituição teriam aplicação indireta e mediata. Nem mesmo a tradicional teoria de origem norte-americana assim sustentava.

Isto compreendido, é possível, então, enfrentar as indagações que abrem este tópico: as normas constitucionais se aplicam apenas às

¹³⁰ **Teoria do estado e da constituição**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 312.

relações Estado-cidadão e às relações entre órgãos do Estado ou também se aplicam diretamente às relações entre particulares?

A resposta a esta indagação deve ser peremptória: não há qualquer dúvida de que a norma constitucional irradia seus efeitos sobre todas e quaisquer relações jurídicas travadas no âmbito social, independentemente da condição de seus protagonistas.

Antes de revisitar a doutrina sobre o tema, propomos a constatação empírica deste fenômeno, especificamente no âmbito do direito do trabalho.

A Consolidação das Leis do Trabalho fixa a jornada máxima de trabalho em oito horas diárias¹³¹ (artigo 58), prestadas em todos os dias da semana com exceção de um (artigo 67), obtendo-se um módulo semanal de quarenta e oito horas.

A Constituição Federal de 1988 alterou o módulo semanal máximo de duração do trabalho para quarenta e quatro horas (artigo 7º, XIII). Nenhuma alteração na legislação infraconstitucional seguiu-se à Carta de 1988, permanecendo a Consolidação das Leis do Trabalho com sua redação original no tocante à matéria.

O mesmo se observa no tocante à remuneração pelo trabalho extraordinário. A Consolidação das Leis do Trabalho até hoje prevê que a remuneração pelo trabalho suplementar será, no mínimo, vinte por cento

¹³¹ A palavra “jornada” decorre do termo provençal “jorn” que significa “caminho a percorrer em um dia” (HOUAISS, Antônio; VILLAR, Mauro de Salles. **Dicionário Houaiss da língua portuguesa**. Verbete: “jornada”. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001). Amauri Mascaro Nascimento apresenta relação direta do verbete com a palavra italiana “giornata”, cuja tradução para o vernáculo seria “dia” (**Curso de direito do trabalho**. 25ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 759). Maurício Godinho Delgado aponta, ainda, correlação com a palavra francesa “journée”, cuja tradução também faria referência ao período de um dia (**Curso de direito do trabalho**. 7ª ed. São Paulo: LTr, 2008, p. 837). Haveria, assim, um vício de linguagem na expressão “jornada diária”. Todavia, a prática forense vem admitindo o uso da palavra “jornada” como sinônimo de duração do trabalho, abrindo, assim, espaço para expressões como “jornada semanal” e “jornada mensal”.

superior à da hora normal (artigo 59, § 1º), enquanto a Constituição de 1988 o fixa em, no mínimo, cinquenta por cento (artigo 7º, XVI).

As normas contidas no artigo 7º, incisos XIII e XVI, da Constituição Federal de 1988, são oponíveis nas relações interprivadas? Com o advento da Carta de 1988, os trabalhadores da iniciativa privada passaram a ter direito a uma jornada semanal menor e a uma remuneração superior pelo trabalho extraordinário?

A resposta, como é amplamente conhecida, é positiva. As normas constitucionais em análise irradiaram imediatos efeitos na órbita das relações privadas, criando uma instantânea situação subjetiva de vantagem aos trabalhadores e uma correspondente situação de vínculo aos empregadores¹³². Com o simples início de vigência da Carta de 1988, as relações jurídicas existentes na esfera privada passaram-se a se conformar com o novo Estatuto Maior¹³³.

Este mesmo fenômeno ocorreu em relação a outros direitos e garantias dos trabalhadores previstos na Constituição de 1988, como a vinculação obrigatória ao sistema fundiário (artigo 7º, III), a jornada de seis horas para o trabalho realizado em turnos ininterruptos de revezamento, salvo negociação coletiva (artigo 7º, XIV), o direito ao adicional de férias de um terço (artigo 7º, XVII), dentre outros.

Observa-se, então, que as normas constitucionais têm ampla eficácia e, principalmente, plena *efetividade* no âmbito das relações privadas no sistema jurídico brasileiro.

¹³² “A situação subjetiva de vantagem consiste na possibilidade, reconhecida pela norma jurídica, de o indivíduo ou entidade realizar certos interesses por ato próprio ou exigindo ação ou omissão de terceiros. Ao contrário, a situação subjetiva de vínculo consiste no dever ou na obrigação de submeter-se o indivíduo (ou entidade) às exigências de realizar uma prestação, uma ação ou abstenção” (SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 170).

¹³³ O fenômeno de recepção das normas infraconstitucionais por uma nova ordem constitucional será tratado no capítulo 5.3, infra.

É relevante notar que o artigo 7º Constituição Federal de 1988 está inserido no capítulo que trata especificamente dos chamados *direitos sociais* (título II, capítulo II). Como visto anteriormente, José Afonso da Silva sustenta que as *normas definidoras de direitos econômicos e sociais* teriam eficácia limitada ou reduzida, o que contraria o que, no plano fático-jurídico, acabamos de constatar.

Esta aparente contradição entre o Direito teórico e o plano fático deve ser esclarecida. José Afonso da Silva editou sua clássica obra em 1967, portanto, anteriormente à Constituição Federal de 1988. A Carta de 1988, buscando atribuir máxima efetividade aos direitos fundamentais, criou um mecanismo com o objetivo de garantir a imediata aplicação de seus dispositivos básicos. Tal mecanismo ganhou posição no artigo 5º, § 1º, da Constituição de 1988 e estabelece que “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”. Em edições posteriores de sua obra, José Afonso da Silva dedicou-se ao estudo do alcance desta disposição constitucional.

Para José Afonso da Silva, a regra de eficácia constante no § 1º do artigo 5º da Constituição Federal de 1988, segundo a qual as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata, não é suficiente para resolver completamente o problema da aplicabilidade de tais disposições, na medida em que a própria Carta Política, por vezes, vincula à lei posterior o desenvolvimento da eficácia de determinados direitos sociais. Assim observado, ainda segundo José Afonso da Silva, seria possível identificar a existência de uma regra geral pela qual “as normas que consubstanciam os direitos fundamentais democráticos e individuais são de eficácia contida e aplicação imediata”. Desta regra geral ficariam excluídos os casos que a

própria Constituição menciona a necessidade de uma lei integradora, bem como as normas constitucionais que encerram princípios programáticos¹³⁴.

Nesta linha, os chamados direitos sociais poderiam se consubstanciar tanto normas de eficácia contida, caso veiculem direitos democráticos e individuais, como em normas de eficácia limitada, o que se verificaria na hipótese de normas de conteúdo programático ou de normas que remetam diretamente à *interpositio legislatoris*.

A partir do esquema até o momento desenhado, é possível anunciar algumas conclusões, ainda que parciais: as normas de eficácia plena e as normas de eficácia contida vinculam todos os sujeitos da ordem jurídica, exarando seus efeitos tanto nas relações chamadas verticais, que são as que envolvem o Estado e o jurisdicionado, como nas relações horizontais, assim denominadas aquelas que têm entes privados como atores.

Dissemos que a conclusão é parcial, porquanto o problema dos destinatários das normas de eficácia limitada ou reduzida, como é o caso das normas programáticas, passou por completa releitura no direito constitucional contemporâneo, que alterou as conclusões até então existentes sobre tema. O assunto ganhará espaço próprio mais adiante.

A conclusão de que as normas de eficácia plena e de eficácia contida se dirigem a todos os sujeitos da ordem jurídica, inclusive em suas relações não estatais, tem pleno apoio da doutrina.

Para Jorge Miranda, as normas de aplicabilidade direta têm “natureza de verdadeiras normas jurídicas”. Por sua vez, “não se compreendem normas jurídicas que não estejam predispostas para a conformação de fatos e situações ou para a produção de certos efeitos”. A

¹³⁴ **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 165. No mesmo sentido e do mesmo autor: **Curso de direito constitucional positivo**. 35ª ed. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 180.

partir deste silogismo, Jorge Miranda assegura que as normas de aplicabilidade direta atuam concretamente sobre “às situações da vida das pessoas como particulares”, além das “relações das pessoas com o Estado”, “aos órgãos do Estado” e “às situações dos titulares desses órgãos”¹³⁵.

Na classificação de Luís Roberto Barroso, como já visto, as *normas constitucionais definidoras de direito* teriam como característica principal o poder de investir o cidadão em um direito subjetivo. Este direito subjetivo permitiria ao seu titular o direito de exigir do Estado ou de outro destinatário da norma, o que inclui, por evidente, outros particulares, a prática de um ato ou a abstenção de uma conduta que prejudique a fruição do bem jurídico assentado na norma constitucional¹³⁶.

Esta visão é perfilhada por Paulo Bonavides, para quem os aspectos de aplicabilidade das normas preceptivas não chegam a ser problemáticos, como ocorreria com as programáticas. Para este autor, normas imediatamente preceptivas devem ser compreendidas como aquelas que “regulam relações entre cidadãos, e entre o Estado e os cidadãos”¹³⁷.

Não poderia ser outra a opinião de José Afonso da Silva. Para o tantas vezes citado autor, “as normas constitucionais de eficácia plena regulam diretamente situações, comportamentos e interesses. Impõe, por si, uma ação ou omissão”. Para José Afonso da Silva, o tema não comporta maiores digressões, “porque é compreensível que as normas constitucionais de

¹³⁵ **Teoria do estado e da constituição**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 311. Os textos entre aspas constituem citações literais.

¹³⁶ “Por direito subjetivo entende-se o poder de ação, assente no direito objetivo, e destinado à satisfação de certo interesse. [...] Nesta conformidade [...] resultam para seus beneficiários - os titulares dos direitos - situações jurídicas imediatamente desfrutáveis, efetivadas por prestações positivas ou negativas exigíveis do Estado ou de outro eventual destinatário da norma”. (BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da constituição**: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 7ª ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 263).

¹³⁷ Paulo Bonavides adota esta expressão fazendo referência a estudos de Crisafulli. (**Curso de direito constitucional**. 26ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 251).

eficácia plena e aplicabilidade imediata protejam diretamente as situações jurídicas subjetivas, configuradas como direitos subjetivos”¹³⁸.

Também Uadi Lammêgo Bulos reconhece que as normas constitucionais “são mandamentos imperativos, cogentes, taxativos, pois prescrevem, explícita ou implicitamente, o que ‘deve ser’ a conduta dos indivíduos, dos órgãos públicos, das autoridades e instituições”¹³⁹.

Ao longo do trabalho de pesquisa, não encontramos doutrina que sustente que as normas de eficácia plena e as normas de eficácia contida, ou outra denominação que se utilize para tais normas, dada a inúmeras propostas classificatórias, tenham eficácia vinculante apenas ao legislador ou nas relações cidadão-Estado. É consenso que seu caráter normativo as posiciona como instrumentos de consagração de direitos e garantias e, por via oposta, como fonte criadora de obrigações positivas e negativas, operando tanto nas relações privadas como nas relações estatais.

Para José Joaquim Gomes Canotilho é possível até mesmo falar em inconstitucionalidade de atos normativos privados, como ocorreria com os regulamentos de associações, os estatutos de sociedades e os regulamentos de empresas, entre outros atos. Para o mestre português, a Constituição estabelece uma ligação com o direito privado na forma de “vinculação de entidades privadas pelos direitos, liberdades e garantias”. Como exemplo de ato privado vinculado às garantias constitucionais, Canotilho afirma que “o despedimento de um trabalhador sem justa causa ou por motivos ideológicos e políticos é um acto privado (no caso de empresas privadas) em colisão directa com a norma constitucional do art. 53º [da Constituição da República Portuguesa]”¹⁴⁰.

¹³⁸ **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003, pp. 171-172.

¹³⁹ **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 365.

¹⁴⁰ **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 944.

Embora no âmbito da doutrina constitucional não existam divergência sobre o fato de as normas constitucionais de eficácia plena e de eficácia contida vincularem todos os sujeitos da ordem jurídica, há, ainda, sobretudo no direito do trabalho, autores que ainda enxergam a Constituição como um documento político desguarnecido de força jurídica.

Comentando o artigo 11 da Constituição Federal de 1988, que estabelece que “nas empresas de mais de duzentos empregados, é assegurada a eleição de um representante destes com a finalidade exclusiva de promover-lhes o entendimento direto com os empregadores”, o grande Arnaldo Süssekind afirmou tratar-se de norma desprovida de eficácia plena e aplicabilidade imediata, na medida em que tais características somente se desenvolveriam por intermédio de uma norma de natureza infraconstitucional que venha a regulamentar o procedimento eleitoral, a duração do mandato, dentre outras questões¹⁴¹. Tal posição, como visto, não tem suporte em nenhuma das teorias de eficácia das normas constitucionais, nem mesmo nas teorias tradicionais há muito superadas.

Lenio Luiz Streck afirma que esses equívocos são resultado de um “certo fascínio pelo Direito infraconstitucional, a ponto de se ‘adaptar’ a Constituição às leis ordinárias”. Para este autor, o pensamento jurídico predominante no Brasil, de caráter “positivista e privatista”, reconhece a Constituição como um “ordenamento macro”, que coloca os direitos fundamentais na posição de direitos subjetivos de liberdade de eficácia vertical, isto é, como instrumento de defesa do cidadão contra a ingerência indevida do Estado. Esta visão, ainda segundo Streck, causa

prejuízos incalculáveis, na medida em que o mundo da infraconstitucionalidade supera a força normativa emergente da norma superior. A Constituição transforma-se, assim, em um território inóspito (espécie de latifúndio improdutivo), pela falta de uma pré-compreensão

¹⁴¹ SÜSSEKIND, Arnaldo et al. **Instituições de direito do trabalho**. vol. I. 21ª ed. São Paulo: LTr, 2003, p. 488.

adequada acerca de seu papel no interior do novo paradigma do Estado Democrático de Direito¹⁴².

As normas de eficácia plena e de eficácia contida destinam-se a regular diretamente os fatos sociais aos quais se dirigem, vinculando os cidadãos em suas relações privadas e em suas relações com o Estado. Como, então, é possível explicar determinadas disposições constitucionais que, embora de reconhecida plenitude eficaz, dirijam-se exclusivamente aos órgãos do Estado, como é o caso do artigo 164 da Constituição Federal de 1988, que afirma que “a competência da União para emitir moeda será exercida exclusivamente pelo banco central”? Embora se trate inequivocamente de uma norma de eficácia plena, é possível afirmar que a mesma tem como destinatários os particulares?

Primeiramente, é de se notar que, embora determinadas normas tenham aparente destinação aos órgãos do Estado, elas impõe aos demais sujeitos da ordem jurídica um comportamento consigo compatível. Exemplo, servido por José Afonso da Silva, é a hipótese de um Estado da Federação decretar um tributo de competência federal, o que daria ao contribuinte o direito de se opor ao pagamento da exação¹⁴³. Neste exemplo, observa-se uma norma de organização da competência tributária que, embora aparentemente fosse destinada apenas aos órgãos do Poder Público, foi capaz de gerar um direito subjetivo ao cidadão.

Páginas atrás, dissemos que José Afonso da Silva defende que a distinção entre normas de eficácia plena e normas de eficácia limitada deve ser feita com base em seu *conteúdo jurídico* e na completude de sua regulamentação normativa.

¹⁴² **Jurisdição constitucional e hermenêutica**: uma nova crítica do direito. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, pp. 17-18. Os textos entre aspas constituem citação literal.

¹⁴³ SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003, pp. 171-172.

Há, no entanto, uma regra geral que deve ser observada: as normas de eficácia plena e as normas de eficácia contida vinculam a todos os sujeitos da ordem jurídica, ainda que façam referência mais direta e específica a determinado ente, grupo ou pessoas. Nestes casos, essas pessoas indicadas no preceito legal estarão apenas mais “diretamente sujeitas à incidência de tais normas; mas isso não exclui a obrigatoriedade delas em relação a outras pessoas ou grupo”¹⁴⁴.

O intérprete, portanto, deve analisar a norma constitucional em duas dimensões. Sob a primeira, verificar a partir do conteúdo jurídico e da completude de sua regulamentação normativa se se trata de uma norma de eficácia plena, de eficácia contida ou de eficácia limitada. Em outra dimensão, identificar suas hipóteses de incidência e a conduta imposta àqueles a que se dirigem, tanto de forma mais direta como aos demais sujeitos da ordem jurídica. É nesta empreita que prosseguimos.

2.3 O artigo 5º, LV, da Constituição Federal de 1988 como norma de eficácia plena: a posição topográfica das garantias do contraditório e da ampla defesa na geografia constitucional.

Chega-se, então, no momento de estabelecer a posição da norma que é objeto da presente monografia no complexo sistema constitucional. Em outras palavras, abre-se, neste tópico, a investigação do artigo 5º, LV, da Carta de 1988, para responder se ele encerra uma norma de eficácia plena, de eficácia contida ou de eficácia limitada.

¹⁴⁴ SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003, pp. 97-98.

Textualmente, o artigo 5º, LV, da Constituição Federal de 1988 está inserido no título II da Carta, que trata “dos direitos e garantias fundamentais”, sob o capítulo I, que regula os “direitos e deveres individuais e coletivos”.

As garantias fundamentais constituem normas de caráter instrumental, que visam proteger determinados direitos previstos constitucionalmente. “Não resguardam bens da vida propriamente ditos, tais como a liberdade, a propriedade, a segurança, mas fornecem instrumentos jurídicos ao indivíduo, especialmente fortes e rápidos, para garantir os direitos fundamentais”¹⁴⁵.

A distinção entre direitos e garantias fundamentais reside no valor finalístico de um e de outra. As garantias não consagram uma situação subjetiva de vantagem existente por si só, mas que só tem razão de ser quando objetivam a proteção de outros direitos. Enquanto os direitos fundamentais constituem o valor jurídico tutelado, as garantias fundamentais estabelecem um campo de proteção a estes direitos¹⁴⁶.

As garantias constitucionais podem ser veiculadas na forma de remédios jurídicos concretamente oponíveis diante de uma ameaça a um direito fundamental, como é o caso do habeas corpus, do habeas data, do mandado de injunção e do mandado de segurança, assim como também podem se apresentar como normas gerais de proteção. O melhor exemplo de garantia fundamental na forma de uma norma geral de proteção é exatamente a norma encampada no artigo 5º, LV, da Constituição Federal de 1988. Isoladamente considerada, a norma não assume qualquer sentido de direito

¹⁴⁵ BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito constitucional**. 22ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 248.

¹⁴⁶ Neste mesmo sentido: MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 302. MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 24ª ed. São Paulo: Atlas, 2009, pp. 33-34. BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 26ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 525. CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 396.

fundamental, uma vez que o contraditório e a ampla defesa, por si, não teriam qualquer valor jurídico ao cidadão. De fato, é difícil imaginar o que um cidadão faria com o contraditório e com a ampla defesa por eles próprios, sem qualquer contexto a justificá-los. Por outro lado, se, por hipótese, considerarmos que este mesmo cidadão está diante de uma ameaça ao seu direito de liberdade em razão de lhe ser imputada a prática de um crime, o contraditório e a ampla defesa lhe assumiriam um valor inestimável, atuando como um instrumento de defesa do direito ameaçado.

O contraditório e a ampla defesa atuam como instrumento de proteção de outros direitos fundamentais, como o direito à liberdade, à integridade física e moral, à propriedade e à dignidade da pessoa humana. Não constituem um valor jurídico fundamental por si, mas apenas no contexto de violação a outros direitos.

Dispondo de inegável caráter instrumental, o contraditório e a ampla defesa devem ser classificados como garantias fundamentais.

Já foi dito que José Afonso da Silva considera que a maior parte das normas que consagram os direitos democráticos e individuais do homem e as garantias constitucionais, também chamadas como normas limitativas, está incluída no grupo das normas constitucionais de eficácia contida¹⁴⁷.

A contenção da eficácia de determinadas normas, em hipóteses determinadas pela própria Constituição ou por intermédio de atos normativos de hierarquia inferior, asseguraria ao Estado, dentro dos limites ou condições previstas no corpo da própria norma, modular ou conformar referidos direitos e garantias para adequá-los a determinados momentos políticos, econômicos e sociais. Além dessa possibilidade, a contenção da eficácia de uma norma que defina direito ou garantia individual ou democrático assentar-

¹⁴⁷ Neste sentido: **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003, pp. 105-108 e 188-189.

se-ia, também, na ideia de preservação da sociedade e do próprio indivíduo em caso de eventual colisão entre direitos fundamentais ou entre um direito individual e interesses coletivos que o antagonizam¹⁴⁸.

Há, no entanto, direitos e garantias individuais que são dotados de eficácia plena, como seria o caso da disposição contida no artigo, 5º, II, da Constituição Federal, segundo a qual “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”.

Segundo José Afonso da Silva, as normas definidoras de direitos e garantias individuais constituem normas de eficácia plena ou normas de eficácia contida. Não há, segundo o citado autor, normas definidoras de direitos e garantias individuais com conteúdo meramente programático:

Nos nossos estudos sobre as normas programáticas sempre as entendemos vinculadas à disciplina das relações econômico-sociais. É que há muito está superada a chamada “regulamentação da liberdade”, que pretendia que cada direito individual fosse organizado, isto é, que as condições e os limites de sua aplicabilidade fossem determinados por uma lei orgânica. Pois as normas constitucionais que enunciam os direitos individuais são de aplicabilidade imediata e direta. Sua eficácia não depende da intermediação do legislador¹⁴⁹.

Nesta dimensão, as normas que encerram um direito ou uma garantia individual seriam sempre dotadas de aplicabilidade direta e imediata. Estabelecer de forma específica se um determinado dispositivo constitucional dispõe de eficácia plena ou se constitui norma de eficácia contida dependeria diretamente de seu enunciado legal. Como já dissemos, as normas de eficácia contida são aquelas que o legislador constituinte, embora tenha dado suficiente regulamentação à matéria, de forma a dotá-las de aplicabilidade direta e imediata, deixou uma “margem à atuação restritiva por parte da competência

¹⁴⁸ Ideia essa, vale dizer, totalmente superada pela teoria constitucional contemporânea, que vem construindo modelos cada vez mais completos de solução de conflitos entre direitos fundamentais. Neste sentido: ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011, pp. 91-103.

¹⁴⁹ **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 140.

discricionária do Poder Público, nos termos que a lei estabelecer ou nos termos de conceitos gerais nelas enunciados¹⁵⁰.

José Afonso da Silva ensina, ainda, outro método tendente a desvendar se uma determinada norma definidora de direito ou garantia individual possui eficácia plena ou contida. É quando o citado autor toca exatamente no ponto central da presente pesquisa.

O método consiste em observar de que maneira o direito ou a garantia foram desenvolvidos ou retrocedidos nas sucessivas Constituições. É que a natureza da norma constitucional, quanto à sua eficácia, pode variar de um sistema constitucional para outro, conforme o tratamento dado à matéria pelo legislador. O exemplo dado por José Afonso da Silva não poderia ser melhor para a presente pesquisa, na medida em que referido autor invocou, precisamente, as garantias do contraditório e da ampla defesa.

Segundo José Afonso da Silva, a Constituição Federal de 1967, sobretudo após a Emenda Constitucional nº 1, de 17 de outubro de 1969, teria reduzido a eficácia de determinados direitos e garantias individuais, como teria ocorrido exatamente com as garantias do contraditório e da ampla defesa. Enquanto na Constituição Federal de 1946 tais garantias gozavam de plena eficácia, impossibilitando sua supressão ou mesmo sua redução por qualquer ato normativo posterior, a Constituição de 1967 veiculou tais garantias como normas de eficácia limitada, uma vez que delegou a conformação do instituto à lei posterior: “a lei assegurará aos acusados ampla defesa, com os recursos a ela inerentes”¹⁵¹. Na Constituição anterior, de 1946, não havia referência a uma legislação integradora; ao revés, a normatividade total da garantia emanava da própria Constituição, que estabelecia de forma peremptória que “é assegurada

¹⁵⁰ SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 116.

¹⁵¹ Conforme o artigo 150, § 15, da Constituição Federal de 1967: “A lei assegurará aos acusados ampla defesa, com os recursos a ela inerentes. Não haverá foro privilegiado nem Tribunais de exceção”. A Emenda Constitucional nº 1, de 17 de outubro de 1969 apenas reposicionou o artigo acima para o de número 153, mantendo-se o texto inalterado.

aos acusados plena defesa, com todos os meios e recursos essenciais a ela [...]”¹⁵².

Na Constituição Federal de 1988, as garantias do contraditório e da ampla defesa foram desenvolvidas para atingir seu máximo âmbito de proteção e sua máxima efetividade. Para tanto, foi necessário recuperar a plenitude eficaz existente na Constituição de 1946:

A Constituição Federal de 1988 retomou a tradição da Constituição de 1946, enunciando aquelas normas com eficácia plena (art. 5º: “LV – aos litigantes, e processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”; “LXVI – ninguém será levado à prisão ou nela mantido quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança”). Não são mais direitos dependentes de lei, como estava na Constituição de 1969, pois saem diretamente das normas constitucionais que os enunciam. Tudo isso, além do mais, reforçado pela norma do § 1º do mesmo art. 5º: “As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”¹⁵³.

Como se observa, para José Afonso da Silva não há dúvida que as disposições do artigo 5º, LV, da Constituição Federal de 1988, consubstanciam uma norma de eficácia plena.

José Joaquim Gomes Canotilho esclarece que a *doutrina da regulamentação da liberdade*, também citada por José Afonso da Silva, “considerava indispensável a intervenção legislativa para dar operatividade prática aos preceitos constitucionais garantidores dos direitos fundamentais”. Esta doutrina tradicional, que contou com aderentes nas primeiras décadas do século XX, teria sido completamente superada no direito constitucional contemporâneo, a ponto de os próprios textos constitucionais atuais prescrevem a aplicabilidade direta das normas definidoras de direitos

¹⁵² Precisamente: Constituição Federal de 1946, artigo 141, § 25: “É assegurada aos acusados plena defesa, com todos os meios e recursos essenciais a ela, desde a nota de culpa, que, assinada pela autoridade competente, com os nomes do acusador e das testemunhas, será entregue ao preso dentro em vinte e quatro horas. A instrução criminal será contraditória”.

¹⁵³ SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p 191.

fundamentais. Canotilho serve como exemplo a Constituição da Lei Fundamental da República Federal da Alemanha e a Constituição da República Portuguesa¹⁵⁴.

O artigo 1º, 3, da Lei Fundamental da República Federal da Alemanha (Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland) assenta que “os direitos fundamentais [...] constituem direitos diretamente aplicáveis e vinculam os poderes legislativo, executivo e judiciário”. A Constituição da República Portuguesa tem uma dimensão mais ampla, estabelecendo que “os preceitos constitucionais respeitantes aos direitos, liberdades e garantias são directamente aplicáveis e vinculam as entidades públicas e privadas” (artigo 18º, 1). É inegável que tais disposições guardam correspondência com o artigo 5º, § 1º, da Constituição Federal Brasileira, segundo o qual “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”. A Constituição brasileira poderia perfeitamente estar incluída nos exemplos dados por José Joaquim Gomes Canotilho¹⁵⁵.

Complementando sua tese de *aplicabilidade direta* dos direitos, liberdades e garantias fundamentais, Canotilho esclarece o alcance dessa expressão:

Aplicação directa não significa apenas que os direitos, liberdades e garantias se aplicam independentemente da intervenção legislativa [...]. Significa também que eles valem directamente contra a lei, quando esta estabelecer restrições em desconformidade com a constituição [...]. Em termos práticos, a aplicação directa dos direitos fundamentais implica ainda a inconstitucionalidade de todas as leis pré-constitucionais contrárias às normas da constituição consagradoras e garantidoras de direitos, liberdades e garantias ou direitos de natureza análoga [...]. Se se preferir, dir-se-á que a aplicação directa dos direitos, liberdades e

¹⁵⁴ **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 1178.

¹⁵⁵ Jorge Miranda complementa os exemplos dados por Canotilho de Constituições que expressamente afirmam a *aplicabilidade direta* das normas definidoras de direitos fundamentais. Cita, em seu escólio, as Constituições búlgara, lituana, polaca, a cabo-verdiana e espanhola, além das já referidas portuguesa e alemã. In: **Teoria do estado e da constituição**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 311, nota 71. Sobre as diferenças existentes entre os sistemas constitucionais alemão e o brasileiro, exatamente nos aspectos referidos no texto, vide capítulo 3.2.1, infra.

garantias implica a inconstitucionalidade superveniente das normas pré-constitucionais em contradição com eles¹⁵⁶.

Ao longo da presente pesquisa, constatamos um consenso na doutrina brasileira quanto a aplicabilidade direta e imediata do catálogo de direitos e garantias fundamentais, não sendo dependentes de interposição legislativa para que produzam efeitos.

Celso Ribeiro Bastos mostra uma preocupação com a efetividade dos direitos e garantias fundamentais. Para referido autor, as normas definidoras destes direitos e garantias se consubstanciarão sempre em normas de eficácia plena, incidindo imediatamente sobre os fatos concretos e, conseqüentemente, gerando direitos subjetivos aos seus beneficiários¹⁵⁷.

Esta mesma visão é compartilhada por Luís Roberto Barroso, para quem

As normas constitucionais definidoras de direitos são as que tipicamente geram direitos subjetivos, investindo os jurisdicionados no poder de exigir do Estado – ou de outro eventual destinatário da norma – prestações positivas ou negativas, que proporcionem o desfrute dos bens jurídicos nela consagrados. Nesta categoria se incluem todas as normas concernentes aos direitos políticos, individuais, coletivos, sociais e difusos previstos na Constituição¹⁵⁸.

Segundo Paulo Gustavo Gonet Branco, é uma marca dos sistemas constitucionais democráticos atribuir eficácia às normas definidoras de direitos e garantias constitucionais. A vetusta ideia de que os direitos fundamentais ganhariam eficácia apenas quando regulados em lei teria sido abandonada nestes sistemas, uma vez que conduziam ao esvaziamento do

¹⁵⁶ **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 1179.

¹⁵⁷ “As normas que veiculam direitos e garantias fundamentais são normas de plena eficácia [...], é dizer, incidem diretamente sobre o real e, de outra parte, geram direitos subjetivos para os seus beneficiários”. (BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito constitucional**. 22ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 252).

¹⁵⁸ **Interpretação e aplicação da constituição**: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 7ª ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 262.

direito ou garantia pela simples omissão do legislador infraconstitucional¹⁵⁹, o que teria sido experimentado com efeitos notáveis (e nocivos) na Alemanha nazista. O ciclo histórico teria dado

prestígio ao axioma de que a Constituição – incluindo os seus preceitos sobre direitos fundamentais – é obra do poder constituinte originário, expressão da soberania de um povo, achando-se acima dos poderes constituídos, não podendo, portanto, ficar sob a dependência absoluta de uma intermediação legislativa para produzir efeitos¹⁶⁰.

A Constituição Federal de 1988, ainda segundo Paulo Gustavo Gonet Branco, teria incorporado este axioma em seu artigo 5º, § 1º, ao estabelecer que as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata. Para o autor em referência, o significado desta cláusula é o de que “as normas que definem direitos fundamentais são normas de caráter preceptivo, e não meramente programático”, o que significa dizer que “não são meramente normas matrizes de outras normas, mas são também, e sobretudo, normas diretamente reguladoras de relações jurídicas”. Paulo Gustavo Gonet Branco assim encerra esta passagem de sua obra:

Os juízes podem e devem aplicar diretamente as normas constitucionais para resolver os casos sob a sua apreciação. Não é necessário que o legislador venha, antes, repetir ou esclarecer os termos da norma constitucional para que ela seja aplicada. O art. 5º, § 1º, da CF autoriza que os operadores do direito, mesmo à falta de comando legislativo, venham a concretizar os direitos fundamentais por via interpretativa. Os juízes, mais do que isso, podem dar aplicação aos direitos fundamentais mesmo contra a lei, se ela não se conformar ao sentido constitucional daqueles¹⁶¹.

¹⁵⁹ Neste mesmo sentido, Eugênio Facchini Neto adverte, com propriedade, que esperar a *interpositio legislatoris* para dar eficácia a um direito fundamental é o mesmo que submeter a Constituição a uma espécie de “quarentena indefinida”, o que, por sua vez, levaria a uma teratológica situação na qual a “*omissão* do legislador ordinário [teria] mais força eficaz do que a *ação* do legislador constituinte. Isso significaria que a criatura (legislador ordinário) teria mais poder do que seu criador (legislador constituinte)” (Reflexões histórico-evolutivas sobre a constitucionalização do direito privado. In SARLET, Ingo Wolfgang (Org). **Constituição, direitos fundamentais e direito privado**. 2ª ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 51).

¹⁶⁰ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 285.

¹⁶¹ Idem, pp. 285-286.

Em nossa visão, é impossível falar em direitos e garantias individuais enclausurados em normas de eficácia limitada. Os direitos e garantias individuais e coletivos constituem o conteúdo essencial dos direitos fundamentais, na medida em que decorrem diretamente do princípio da dignidade da pessoa humana, fundamento do Estado Democrático de Direito (artigo 1º da Constituição Federal de 1988). Há uma *nota de fundamentalidade* que imanta esta categoria de direitos.

A Constituição não é apenas um diploma jurídico como são as leis, os decretos e as medidas provisórias. A Constituição é, acima de tudo, um documento político que tem o papel de definir e edificar as bases fundamentais do Estado. O que é fundamental para a Nação está catalogado na Constituição - e apenas nela.

É evidente que as Constituições podem conter dispositivos que não encerram direitos fundamentais; a Constituição Federal de 1988 é profícua em exemplos¹⁶². Assim, não se pode dizer que todo dispositivo constitucional consagra um direito fundamental. No entanto, é absolutamente correto afirmar o oposto, que todos os direitos fundamentais estão na Constituição. É recorrente na doutrina constitucional contemporânea a afirmação de que não existem direitos fundamentais veiculados em outros suportes que não a Constituição¹⁶³.

Se a Constituição é o veículo natural e exclusivo dos direitos fundamentais, então não se pode conceber que a eficácia destes direitos venha a ser desenvolvida por legislação infraconstitucional. É como alterar o suporte dos direitos fundamentais para a legislação inferior, o que contraria todo o

¹⁶² Como é o caso, *v. g.*, da norma contida no artigo 242, § 2º, da Constituição Federal de 1988: “O Colégio Pedro II, localizado na cidade do Rio de Janeiro, será mantido na órbita federal”.

¹⁶³ Como refere Canotilho: “A positivação de direitos fundamentais significa a incorporação na ordem jurídica positiva dos direitos considerados ‘naturais’ e ‘inalienáveis’ do indivíduo. Não basta uma qualquer positivação. É necessário assinalar-lhes a dimensão de *Fundamental Rights* colocados no lugar cimeiro das fontes de direito: as normas constitucionais.” (**Direito constitucional e teoria da constituição**. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 377).

sentido de supremacia da Constituição. É contra-intuitivo falar em direito fundamental de eficácia limitada; mais do isso, é paradoxal, pois se a eficácia de um direito fundamental for limitada, então não seria, de fato, um direito fundamental.

Há que se fazer uma advertência. Quando se fala em eficácia plena de uma determinada norma constitucional não se está, com isso, dizendo-se que o direito que reside nesta norma goza de supremacia absoluta no sistema constitucional. A plenitude eficaz da norma diz respeito apenas aos seus limites internos de aplicabilidade e à sua posição de superioridade ante o direito infraconstitucional. Por consequência, escapa à definição em estudo o problema da colisão de direitos fundamentais¹⁶⁴.

Retomando a linha argumentativa, defendemos que as normas definidoras de direitos e garantias individuais possuem sempre carga eficaz que autoriza sua direta e imediata aplicação aos fatos sociais, condicionando condutas e instituindo situações subjetivas de vantagem ou de vínculo.

Não bastassem tais linhas gerais, o artigo 5º, LV, da Constituição Federal de 1988 possui densidade normativa suficiente para sua aplicação direta e imediata:

aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.

O dispositivo legal acima citado especifica com clareza suas hipóteses de incidência (processos judiciais ou administrativos e acusações em geral), os destinatários de sua proteção (litigantes em processo judicial ou administrativo e os acusados em geral) e a conduta esperada daqueles que devem obediência à norma (assegurar o contraditório e a ampla defesa).

¹⁶⁴ Sobre limites imanentes e as teorias internas e externas de restrição a direitos fundamentais, indica-se a leitura de SILVA, Virgílio Afonso. **Direitos Fundamentais**: conteúdo essencial, restrições e eficácia. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

É uma norma completa, que contém toda regulamentação da matéria objeto da proteção do legislador constituinte. Não há, em nosso sentir, como defender a posição de que tal norma depende de uma interposição legislativa para atuar concretamente.

Todos esses argumentos encontram conforto na norma jurídica que se extrai do parágrafo 1º do artigo 5º da Constituição Federal de 1988, que preceitua, como já tantas vezes dito, que “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”.

O Supremo Tribunal Federal brasileiro reconhece a eficácia direta e imediata das garantias do contraditório e da ampla defesa. Há um grande acervo de decisões em que a Suprema Corte brasileira fez incidir o disposto no artigo 5º, LV, da Constituição Federal de 1988 diretamente aos fatos jurídicos submetidos ao Poder Judiciário.

A absoluta maioria das decisões do Supremo Tribunal Federal envolve processos criminais e processos administrativos. É certo que tais hipóteses não guardam relação direta com o problema da presente pesquisa, porém tais casos têm uma grande importância neste momento em que se estuda apenas a carga eficaz da norma contida no artigo 5º, LV, da Constituição Federal de 1988. A importância destes exemplos, para fins do presente estudo, está apenas no fato de que o Supremo Tribunal Federal reconhece o artigo 5º, LV, da Constituição Federal de 1988 como uma norma de eficácia plena.

Este entendimento fica bem evidente nas decisões proferidas no julgamento do recurso extraordinário nº 682.011, julgado monocraticamente em 08 de junho de 2012 e de forma colegiada em 28 de agosto de 2012, sob a relatoria do ministro Celso de Mello. Tratou-se de recurso extraordinário aviado por prefeito municipal que teve a prestação de contas de sua gestão rejeitadas pela respectiva Câmara de Vereadores em procedimento político-administrativo em que não lhe fora assegurado o direito de defesa.

O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo havia negado a pretensão do prefeito de ver anulado o ato do legislativo municipal que rejeitou suas contas de gestão. Em síntese, o Tribunal Paulista afirmou que o ato da Câmara Municipal foi lastreado em procedimento administrativo prévio conduzido pelo Tribunal de Contas do Estado de São Paulo, no qual o prefeito teve assegurado o direito de “exercer a ampla defesa de caráter técnico sobre as contas de sua gestão”, tal como previsto no artigo 51 da Lei Complementar Estadual nº 709, de 14 de janeiro de 1993. O julgamento pela Câmara Municipal, segundo o Tribunal de Justiça de São Paulo, apenas ratificou as conclusões do Tribunal de Contas, possuindo “sentido eminentemente político, não rendendo ensejo para a renovação do direito de defesa com a reabertura da instrução para a produção de novas provas”. Encerrando sua motivação, o Tribunal de Justiça de São Paulo afirmou que “não se vislumbra utilidade ou interesse operativo na renovação desse direito [de defesa]” e “que uma nova oportunidade de defesa, em princípio, se afigura como redundância jurídica, inutilidade”. Por estas razões, o Tribunal de Justiça de São Paulo entendeu legal o decreto administrativo da Câmara Municipal que rejeitou as contas de gestão do prefeito, sem que lhe fosse assegurado o direito de defesa¹⁶⁵.

O prefeito municipal interpôs recurso extraordinário sustentando violação direta ao artigo 5º, LV, da Constituição Federal, na medida em que não lhe fora assegurado o direito de defesa no processo político-administrativo que tramitou na Câmara Municipal.

O que mais chama atenção na decisão lavrada pelo Supremo Tribunal Federal é o fato de que o ministro relator deu provimento ao recurso extraordinário por decisão monocrática, espécie cabível apenas quando a

¹⁶⁵ SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. 12ª Câmara de Direito Público. Ementa: “Ação anulatória - Município - pedido de anulação de decisão do Tribunal de Contas - rejeição das contas do ex-Prefeito de Santos do exercício de 2002 - oportunidade de defesa conferida ao autor pelo órgão vistor - desnecessidade de abertura de prazo para defesa na Câmara Municipal - edilidade que acolheu o parecer - verba honorária reduzida”. Apelação nº 0269787-26.2009.8.26.0000. Apelante: Paulo Roberto Gomes Mansur. Apelados: Câmara Municipal de Santos e outros. Relator: desembargador Venício Salles, São Paulo, 15 mar. 2011. **Diário da justiça eletrônico** de 31 mar. 2011.

decisão recorrida se mostra em manifesto confronto com a jurisprudência dominante no respectivo tribunal¹⁶⁶.

Na decisão monocrática proferida, o ministro Celso de Mello iniciou justificando as razões pelas quais concedeu provimento ao recurso extraordinário de forma monocrática, subtraindo do órgão colegiado sua competência natural: “o acórdão ora questionado diverge do entendimento que o Supremo Tribunal Federal firmou na matéria”. A partir deste ponto, o ministro Celso de Mello demonstra como se opera a plenitude eficaz das garantias do contraditório e da ampla defesa, como se pode observar dos seguintes excertos extraídos da decisão prolatada:

[...] Não se pode perder de perspectiva, neste ponto, considerada a essencialidade da garantia constitucional da plenitude de defesa e do contraditório, que a Constituição da República estabelece que ninguém pode ser privado de sua liberdade, de seus bens ou de seus direitos sem a observância do devido processo legal, notadamente naqueles casos em que se estabelece uma relação de polaridade conflitante entre o Estado, de um lado, e o indivíduo, de outro.

Cumpra ter presente, bem por isso, que o Estado, em tema de restrição à esfera jurídica de qualquer cidadão (titular, ou não, de cargo público), não pode exercer a sua autoridade de maneira abusiva ou arbitrária, desconsiderando, no exercício de sua atividade, o postulado da plenitude de defesa, pois – cabe enfatizar – o reconhecimento da legitimidade ético-jurídica de qualquer medida imposta pelo Poder Público, de que resultem, como no caso, consequências gravosas no plano dos direitos e garantias individuais, exige a fiel observância do princípio do devido processo legal (CF, art. 5º, LV) [...].

A jurisprudência dos Tribunais, notadamente a do Supremo Tribunal Federal, tem reafirmado a essencialidade desse princípio, nele reconhecendo uma insuprimível garantia, que, instituída em favor de qualquer pessoa ou entidade, rege e condiciona o exercício, pelo Poder Público, de sua atividade, ainda que em sede materialmente administrativa ou no âmbito político-administrativo, sob pena de nulidade da própria medida restritiva de direitos, revestida, ou não, de caráter punitivo [...].

Isso significa, portanto, que assiste, ao cidadão, mesmo em procedimentos de índole administrativa ou de caráter político-

¹⁶⁶ Código de Processo Civil, art. 557, § 1º-A: “Se a decisão recorrida estiver em manifesto confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior, o relator poderá dar provimento ao recurso”.

administrativo, a prerrogativa indisponível do contraditório e da plenitude de defesa, com os meios e recursos a ela inerentes, consoante prescreve a Constituição da República em seu art. 5º inciso LV [...] ¹⁶⁷.

A decisão monocrática foi ratificada pela 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal quando do julgamento do agravo interposto pelos então recorridos.

O que releva na decisão acima é a aplicação do disposto no artigo 5º, LV, da Constituição Federal de 1988 de forma direta e imediata às relações jurídicas que se desenvolvem na sociedade. É o reconhecimento do artigo 5º, LV, da Carta de 1988 como norma de eficácia plena.

Exemplos como este não faltam no acervo jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal. Um caso de bastante relevância para o presente estudo é a ação direta de inconstitucionalidade nº 1.976, julgada em composição plenária da Corte em 28 de março de 2007, sob a relatoria do ministro Joaquim Barbosa. A ação originária provocou o controle jurisdicional concentrado de constitucionalidade de competência privativa do Supremo Tribunal Federal no tocante ao disposto no artigo 33, § 2º, do Decreto nº

¹⁶⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. 2ª Turma. Ementa: “JULGAMENTO DAS CONTAS DE EX-PREFEITO MUNICIPAL. PODER DE CONTROLE E DE FISCALIZAÇÃO DA CÂMARA DE VEREADORES (CF, ART. 31). PROCEDIMENTO DE CARÁTER POLÍTICO-ADMINISTRATIVO. NECESSÁRIA OBSERVÂNCIA DA CLÁUSULA DA PLENITUDE DE DEFESA E DO CONTRADITÓRIO (CF, ART. 5º, LV). DOUTRINA. PRECEDENTES. TRANSGRESSÃO, NO CASO, PELA CÂMARA DE VEREADORES, DESSAS GARANTIAS CONSTITUCIONAIS. SITUAÇÃO DE ILICITUDE CARACTERIZADA. CONSEQUENTE INVALIDAÇÃO DA DELIBERAÇÃO PARLAMENTAR CONSUBSTANCIADA EM DECRETO LEGISLATIVO. RECURSO EXTRAORDINÁRIO CONHECIDO E PROVIDO. - O controle externo das contas municipais, especialmente daquelas pertinentes ao Chefe do Poder Executivo local, representa uma das mais expressivas prerrogativas institucionais da Câmara de Vereadores, que o exercerá com o auxílio do Tribunal de Contas (CF, art. 31). Essa fiscalização institucional não pode ser exercida, de modo abusivo e arbitrário, pela Câmara de Vereadores, eis que – devendo efetivar-se no contexto de procedimento revestido de caráter político- -administrativo – está subordinada à necessária observância, pelo Poder Legislativo local, dos postulados constitucionais que asseguram, ao Prefeito Municipal, a prerrogativa da plenitude de defesa e do contraditório. - A deliberação da Câmara de Vereadores sobre as contas do Chefe do Poder Executivo local há de respeitar o princípio constitucional do devido processo legal, sob pena de a resolução legislativa importar em transgressão ao sistema de garantias consagrado pela Lei Fundamental da República”. Recurso extraordinário nº 682011. Decisão monocrática. Recorrente: Paulo Roberto Gomes Mansur. Recorridos: Câmara Municipal de Santos e outros. Relator: ministro Celso de Mello. Brasília, 08 jun. 2012. **Diário da justiça eletrônico** de 13 jun. 2012.

70.232, de 6 de março de 1972, que exigia depósito prévio para interposição de recurso administrativo fiscal¹⁶⁸.

O Supremo Tribunal Federal julgou procedente a ação para declarar a inconstitucionalidade do dispositivo legal impugnado. Para a Suprema Corte,

a exigência de depósito ou arrolamento prévio de bens e direitos como condição de admissibilidade de recurso administrativo constitui obstáculo sério (e intransponível, para consideráveis parcelas da população) ao exercício do direito de petição (CF, art. 5º, XXXIV), além de caracterizar ofensa ao princípio do contraditório (CF, art. 5º, LV)¹⁶⁹.

A decisão acima reconhece o que Maria Helena Diniz chamou de “força paralisante total” da norma constitucional em face da legislação que a contrarie direta ou indiretamente, característica esta própria das normas de eficácia absoluta¹⁷⁰.

¹⁶⁸ Decreto nº 70.232, de 6 mar. 1972, art. 33: “Da decisão caberá recurso voluntário, total ou parcial, com efeito suspensivo, dentro dos trinta dias seguintes à ciência da decisão. [...] § 2º - Em qualquer caso, o recurso voluntário somente terá seguimento se o recorrente arrolar bens e direitos de valor equivalente a 30% (trinta por cento) da exigência fiscal definida na decisão, limitado o arrolamento, sem prejuízo do seguimento do recurso, ao total do ativo permanente se pessoa jurídica ou ao patrimônio se pessoa física”.

¹⁶⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Ementa com *omissis*: “AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ART. 32, QUE DEU NOVA REDAÇÃO AO ART. 33, § 2º, DO DECRETO 70.235/72 E ART. 33, AMBOS DA MP 1.699-41/1998. [...] DEPÓSITO DE TRINTA PORCENTO DO DÉBITO EM DISCUSSÃO OU ARROLAMENTO PRÉVIO DE BENS E DIREITOS COMO CONDIÇÃO PARA A INTERPOSIÇÃO DE RECURSO ADMINISTRATIVO. PEDIDO DEFERIDO. [...] A exigência de depósito ou arrolamento prévio de bens e direitos como condição de admissibilidade de recurso administrativo constitui obstáculo sério (e intransponível, para consideráveis parcelas da população) ao exercício do direito de petição (CF, art. 5º, XXXIV), além de caracterizar ofensa ao princípio do contraditório (CF, art. 5º, LV). A exigência de depósito ou arrolamento prévio de bens e direitos pode converter-se, na prática, em determinadas situações, em supressão do direito de recorrer, constituindo-se, assim, em nítida violação ao princípio da proporcionalidade. Ação direta julgada procedente para declarar a inconstitucionalidade do art. 32 da MP 1699-41 - posteriormente convertida na lei 10.522/2002 -, que deu nova redação ao art. 33, § 2º, do Decreto 70.235/72”. Ação direta de inconstitucionalidade nº 1.976. Requerente: Confederação Nacional da Indústria - CNI. Requerido: Presidente da República. Relator: ministro Joaquim Barbosa. Brasília, 28 mar. 2007. **LEXSTF** v. 29, n. 343, 2007, p. 32-53.

¹⁷⁰ **Norma Constitucional e seus efeitos**. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 113-115.

Referida ação, juntamente com outros precedentes em igual sentido¹⁷¹, levaram o Supremo Tribunal Federal à edição da súmula vinculante nº 21, pela qual “é inconstitucional a exigência de depósito ou arrolamento prévios de dinheiro ou bens para admissibilidade de recurso administrativo”¹⁷².

Posteriormente, o Supremo Tribunal Federal declarou inconstitucional o disposto no parágrafo primeiro do artigo 636 da Consolidação das Leis do Trabalho, que exige depósito prévio do valor correspondente à multa como condição de admissibilidade de recurso administrativo, por entender que tal disposição não foi recepcionada pela Constituição Federal de 1988, na medida em que colide com as disposições do artigo 5º, LIV e LV, da Carta¹⁷³.

Observa-se que a carga eficaz do artigo 5º, LV, da Constituição Federal de 1988, goza de plenitude tal que seus efeitos, como veremos pouco mais adiante, tem o poder de revogar imediatamente normas

¹⁷¹ Dentre outros precedentes, v. g., Recursos Extraordinários nºs 389.383, 390.513, 504.288 (todos em DJe de 29 jun. 2007), confira-se o seguinte julgado: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Ementa: “RECURSO ADMINISTRATIVO - DEPÓSITO - § 2º DO ARTIGO 33 DO DECRETO Nº 70.235/72 - INCONSTITUCIONALIDADE. A garantia constitucional da ampla defesa afasta a exigência do depósito como pressuposto de admissibilidade de recurso administrativo”. Recurso extraordinário nº 388.359. Recorrente: HTM – Distribuidora de Melaço Ltda. Recorrido: União. Relator: ministro Marco Aurélio. Brasília, 28 mar. 2007. **LEXSTF** v. 29, nº 344, 2007, p. 184-218.

¹⁷² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula Vinculante nº 21: “É inconstitucional a exigência de depósito ou arrolamento prévios de dinheiro ou bens para admissibilidade de recurso administrativo”. **Diário da justiça eletrônico** nº 210 de 10 nov. 2009.

¹⁷³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Ementa: “ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. § 1º DO ART. 636 DA CONSOLIDAÇÃO DAS LEIS DO TRABALHO: NÃO RECEPÇÃO PELA CONSTITUIÇÃO DE 1988. 1. Incompatibilidade da exigência de depósito prévio do valor correspondente à multa como condição de admissibilidade de recurso administrativo interposto junto à autoridade trabalhista (§ 1º do art. 636, da Consolidação das Leis do Trabalho) com a Constituição de 1988. Inobservância das garantias constitucionais do devido processo legal e da ampla defesa (art. 5º, incs. LIV e LV); do princípio da isonomia (art. 5º, caput); do direito de petição (art. 5º, inc. XXXIV, alínea a). Precedentes do Plenário do Supremo Tribunal Federal: Recursos Extraordinários 389.383/SP, 388.359/PE, 390.513/SP e Ação Direta de Inconstitucionalidade 1.976/DF. Súmula Vinculante n. 21. 2. Ação julgada procedente para declarar a não recepção do § 1º do art. 636 da Consolidação das Leis do Trabalho pela Constituição da República de 1988”. Arguição de descumprimento de preceito fundamental nº 156. Requerente: Confederação Nacional do Comércio de Bens, Serviços e Transporte – CNC. Requerido: Presidente da República. Relatora: ministra Cármen Lúcia. Brasília, 18 ago. 2011, **Diário da justiça eletrônico** de 28 out. 2011.

infraconstitucionais anteriores ou, caso a incompatibilidade não seja total, tem o poder de conformar sua interpretação.

O momento é adequado para uma síntese conclusiva, possivelmente a de maior importância da presente pesquisa: o artigo 5º, LV, da Constituição Federal, que encerra as garantias do contraditório e da ampla defesa, constitui norma de eficácia plena e, como tal, tem aplicabilidade direta, imediata e integral, vinculando a todos os sujeitos da ordem jurídica em suas relações interprivadas e em suas relações com os órgãos do Estado.

Páginas atrás, dissemos que a norma constitucional é aplicável se ela for vigente, adequada à hipótese e eficaz.

Começamos o embate do problema pelo último e mais complexo elemento, a eficácia da norma, cujo estudo foi completado com a síntese conclusiva recém-anunciada.

O elemento vigência não oferece qualquer problema a ponto de merecer mais do que o presente parágrafo. Não há dúvidas a respeito do fato de a Constituição Federal de 1988 estar em vigor, seja por constituir formalmente um documento jurídico (Constituição em sentido formal), seja por ter sido emanada do poder constituinte originário do Estado Democrático de Direito (Constituição em sentido material).

Assim concluído, passaremos a investigar as hipóteses de incidência do artigo 5º, LV, da Constituição Federal. O objetivo é responder se as garantias do contraditório e da ampla defesa são oponíveis ao poder disciplinar do empregador nas relações privadas de emprego.

Para tanto, deve ser analisado de forma mais detida o conteúdo normativo do artigo 5º, LV, da Constituição Federal de 1988.

2.4 As garantias do contraditório e da ampla defesa na Constituição Federal de 1988.

Como já referido, a Constituição Federal de 1967, mesmo após a Emenda nº 1, de 17 de outubro de 1969, entregava à legislação inferior o encargo de colmatar as garantias do contraditório e da ampla defesa aos acusados, retomando o modelo de eficácia limitada dos sistemas constitucionais anteriores à Constituição de 1946¹⁷⁴⁻¹⁷⁵. A eficácia do dispositivo constitucional dependia de lei infraconstitucional materialmente complementar.

No tocante à extensão *subjetiva* das garantias, a Constituição Federal de 1967 empregava a expressão “acusados” para identificar os destinatários das garantias do contraditório e da ampla defesa, o que por muito tempo suscitou dúvidas sobre a extensão *objetiva* da norma, ou seja, se tais garantias tinham aplicação restrita aos processos criminais ou se também se estendiam aos processos não-criminais. A seguinte decisão, proferida pelo Supremo Tribunal Federal, demonstra como a extensão objetiva das garantias do contraditório e da ampla defesa eram controversas no sistema constitucional anterior:

Irregularidade de citação. Vício originário ocorrido na vigência da Constituição de 1967 (E.C. 1-69), cujo art. 153, § 15, era destinado aos procedimentos penais ou disciplinares; não ao processo civil. Questões processuais de porte infraconstitucional, insusceptíveis de gerar ofensa,

¹⁷⁴ Constituição Federal de 1967, artigo 150: “A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] § 15. A lei assegurará aos acusados ampla defesa, com os recursos a ela inerentes. Não haverá foro privilegiado nem Tribunais de exceção”.

¹⁷⁵ A Emenda nº 1, de 17 de outubro de 1969, reenumerou o artigo 150 da Constituição Federal de 1967, que passou a ter assento sob o número 153. O conteúdo normativo no § 15 não foi alterado.

pelo menos direta, ao que veio a ser disposto no item LV do art. 5º da Carta de 1988¹⁷⁶.

A decisão acima afirma claramente que, sob a égide da Constituição Federal de 1967, as garantias do contraditório e da ampla defesa não tinham aplicação aos processos civis. Vista agora, em perspectiva, a decisão causa certo espanto, mormente pelo fato de que o direito processual sempre foi informado por princípios gerais de direito, dentre os quais o princípio do contraditório.

Ao dispor sobre as garantias do contraditório e da ampla defesa, a Carta de 1988 abandonou a remissão legal que fazia sua antecessora, demonstrando, com isso, tratar-se de norma de eficácia plena, o que se harmoniza com o disposto no § 1º do artigo 5º da Constituição de 1988, que estabelece que “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”.

Não bastasse sua carga eficaz mais dinâmica, a atual Constituição foi mais abrangente do que os textos anteriores na enunciação das extensões objetiva e subjetiva das garantias do contraditório e da ampla defesa:

aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes¹⁷⁷.

Para compreender a dimensão atual das garantias do contraditório e da ampla defesa é necessário revelar a norma entranhada no texto do artigo 5º, LV, da Constituição Federal de 1988.

¹⁷⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. 1ª Turma, Recurso extraordinário nº 191.271. Recorrente: Ilha Santa Catarina Turismo e Hotéis S/A. Recorrido: José Ademar Baron. Relator: ministro Octávio Gallotti. Brasília, 05 set. 2000. **Diário da justiça** de 25 mai. 2001.

¹⁷⁷ Constituição Federal de 1988, artigo 5º, LV.

O trabalho de interpretação de qualquer texto legal, pelo qual dele se busca extrair um comando normativo, há muito tem sido objeto de sistematização pela doutrina. Procura-se, com tal sistematização, criar um modelo científico de interpretação baseado em princípios e regras próprios que reduza o campo de discricionariedade do intérprete, cuja amplitude maior ou menor está diretamente relacionada com a obtenção de maior ou menor variação de resultados na interpretação de um mesmo texto legal. A hermenêutica é o domínio teórico que se ocupa com esta tarefa.

É de se advertir que não se pretende afirmar a existência de um método cartesiano de interpretação das normas constitucionais. A Constituição é um documento essencialmente político e, como tal, está em constante movimento, devidamente compassado com os fatos e valores sociais. Recentemente, o Supremo Tribunal Federal fez uma releitura da Constituição Federal de 1988 pela qual entendeu que a união homoafetiva está em conformidade com o Texto Maior, demonstrando, com isso, de forma escancarada, que a interpretação constitucional estática retira da Constituição seu principal valor de norma cimeira da ordem jurídica. Com Maria Helena Diniz concordamos que “o direito deve ser visto em sua dinâmica com uma realidade que está em perpétuo movimento, acompanhando as relações humanas, modificando-se, adaptando-se às novas exigências da vida”¹⁷⁸.

A interpretação constitucional segue, em essência, os princípios e regras gerais de interpretação do Direito. É informada, no entanto, com alguns princípios e regras específicos que serão avaliados de forma incidental no estudo que segue.

Um problema inicial que se coloca é o *objeto* da interpretação. A questão é definir se o intérprete deve investigar a *mens legislatoris*, ou seja, a vontade inicial que motivou o legislador, ou, ao contrário, se deve focar seus esforços no esclarecimento na *mens legis*, a vontade autônoma da lei. Segundo Luís Roberto Barroso, esse debate, que já estava “superado pela

¹⁷⁸ **Norma Constitucional e seus efeitos.** 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 21.

convergência da quase-totalidade da doutrina para a linha objetiva [a *mens legis*]” teria sido recentemente reavivado nos Estados Unidos nas últimas décadas, opondo os originalistas, defensores da preservação da vontade inicial do legislador, aos não originalistas¹⁷⁹.

A doutrina constitucional tem se afastado da premissa de que a interpretação das leis, sobretudo da Constituição, deve ser pautada pela intenção e a vontade original do legislador. É que tal premissa apreende a norma no passado, tornando-a um mero registro de memória das gerações anteriores, o que é tanto mais notável quanto o tempo em vigor da lei. A Constituição é um patrimônio dos vivos, regula a vida da geração atual e regulará a vida das gerações futuras, daí porque “uma vez posta em vigor, a lei se desprende do complexo de pensamentos e tendências que animaram seus autores”¹⁸⁰.

Para Konrad Hesse, esse problema é puramente especulativo, uma vez que investigar a “vontade objetiva da Constituição ou do constituinte é o mesmo que pretender cumprir algo que em realidade não preexiste e, portanto, equivocar-se desde o ponto de partida”¹⁸¹.

O objeto da interpretação, como colocado, é a *norma* e não a *vontade do legislador*. Esse dado, no entanto, não pode ser desconsiderado no processo hermenêutico, devendo atuar como um dos métodos de interpretação da norma jurídica.

A doutrina constitucional concorda que nenhum método de interpretação da norma jurídica é absoluto ou deva ser empregado

¹⁷⁹ **Interpretação e aplicação da constituição:** fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 7ª ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2009, pp. 116-118. Os textos entre aspas constituem transcrição literal.

¹⁸⁰ Idem.

¹⁸¹ **Temas fundamentais do direito constitucional.** Textos selecionados e traduzidos por Carlos dos Santos Almeida, Gilmar Ferreira Mendes e Inocêncio Mártires Coelho. São Paulo: Saraiva, 2009, pp. 105-106.

isoladamente; ao contrário, todos os mecanismos devem atuar de forma conjunta para desvendar o significado da norma.

Neste aspecto, Luís Roberto Barroso esboça um modelo que consideramos bastante adequado e, portanto, adotamos como referencial. O intérprete, como na lição de Barroso, deve iniciar sua faina a partir do método *gramatical*, considerando os limites e possibilidades do texto. Neste ponto, o hermeneuta deve atentar para o sentido das palavras sem distorções ou supressões. Em seguida, o intérprete deve recorrer aos métodos objetivos, os quais teriam primazia no processo interpretativo. São eles, os métodos *sistemático* e *teleológico*. Pelo primeiro, o intérprete analisa o dispositivo legal dentro do contexto normativo geral no qual está inserido, respeitando a ideia de unidade e ordem. Pelo segundo, o intérprete deve ter em vista o fim da norma, ou seja, o valor jurídico que a norma pretende tutelar. Por final, o intérprete se vale do método *histórico*, de caráter subjetivo, que teria “um papel secundário, suplementar na revelação do sentido da norma”¹⁸².

Consideramos que o método histórico deva ter um relevo maior em sede de interpretação constitucional. Embora seja um documento jurídico, a Constituição é um instrumento político, daí porque consideramos impossível compreendê-la de forma destacada do fluxo histórico e desassociada do ambiente social no qual foi forjada.

O método acima será aplicado a partir deste ponto. No entanto, para melhor fluidez do estudo, analisaremos todos os elementos de interpretação de forma conjunta e, considerando o que dissemos, iniciaremos pelos aspectos históricos da norma em análise.

A Constituição Federal de 1988 foi gestada a partir de um Anteprojeto Constitucional elaborado por uma Comissão Provisória de Estudos Constitucionais, instituída pelo Decreto nº 91.450, de 18 de julho de 1985 e

¹⁸² **Interpretação e aplicação da constituição:** fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 7ª ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2009, pp. 130- 154.

presidida por Afonso Arinos de Melo Franco. O Anteprojeto Constitucional¹⁸³ foi encaminhado à Assembleia Nacional Constituinte para as discussões e deliberações que levaram ao texto final da Constituição Federal,

Especificamente sobre as garantias do contraditório e da ampla defesa, o Anteprojeto Constitucional assim dispunha:

Art. 51 – A lei assegurará aos litigantes plena defesa com todos os recursos a ela inerentes.

§ 1º – A instrução nos processos criminais e nos civis contenciosos será contraditória.

§ 2º – Não haverá foro privilegiado, nem juízes ou Tribunais de exceção.

Observa-se já no Anteprojeto Constitucional a preocupação em estender a garantia da plena defesa aos “litigantes” em sentido geral, superando a limitada redação da Constituição Federal de 1967 que tratava apenas dos “acusados”. Além disso, o Anteprojeto previa de forma explícita a aplicação da garantia do contraditório nos processos “civis contenciosos”.

A redação apresentada no Anteprojeto Constitucional foi alterada pelas mãos do legislador constituinte, de quem ganhou novos contornos, como se observa no texto final do artigo 5º, LV, da Constituição Federal de 1988:

aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.

Antes de analisar com mais detalhes o processo legislativo constitucional, algumas considerações podem ser antecipadas. Primeiramente, observa-se que, enquanto o Anteprojeto Constitucional fazia uma distinção entre a garantia da plena defesa e a garantia do contraditório, destinando a primeira aos “litigantes” e a segunda à “instrução nos processos criminais e nos

¹⁸³ Publicado no Diário Oficial, em suplemento especial, da edição de 26 de setembro de 1986.

civis contenciosos”, o legislador constitucional passou a empregar ambas as expressões em uma estrutura frasal coordenada aditiva, o que, em nosso sentir, foi bastante louvável, na medida em que os institutos, tal como visto no início do presente trabalho, confundem-se como um só.

Observa-se, ainda, que o legislador constitucional optou por empregar a expressão “litigantes, em processo judicial” ao invés de falar especificamente em “processos criminais e nos civis contenciosos”. O objetivo foi deixar claro que as garantias também têm como destinatárias as partes em qualquer processo não-criminal, o que, evidentemente, evitaria possíveis debates – que, a nosso ver, seriam de todo equivocados – sobre a aplicabilidade das garantias em processos trabalhistas ou em lides de direito público¹⁸⁴.

Ao falar em “litigantes, em processo judicial”, a Constituição Federal de 1988 cercou completamente o território das lides forenses de qualquer natureza com a teia de proteção do contraditório e da ampla defesa. Com o emprego desta redação, a Carta de 1988 deixou imune de dúvidas que qualquer feito que tenha tramitação em qualquer órgão do Poder Judiciário só se desenvolverá em ato perfeito se aos seus protagonistas e interessados forem asseguradas as garantias do contraditório e da ampla defesa.

O texto final da Constituição Federal de 1988 é mais profícuo que o texto do Anteprojeto Constitucional. Com uma redação mais sintética, o legislador constituinte foi capaz de assimilar toda a extensão dada pelo Anteprojeto às garantias do contraditório e da ampla defesa e, ainda, estender ainda mais seu plano de irradiação. Os méritos dos redatores da Carta de 1988, contudo, não se resumem a este ponto.

¹⁸⁴ Leitura semelhante pode ser extraída em NERY JUNIOR, Nelson, **Princípios do processo civil na constituição federal**. 10ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 208; GRINOVER, Ada Pellegrini. Do direito de defesa em inquérito administrativo. **Revista de direito administrativo**, Rio de Janeiro, n. 183, jan. / mar. 1991, p. 10; e, MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 591.

Até a Constituição de 1988, muito se debateu se as garantias do contraditório e da ampla defesa seriam de observação obrigatória nos chamados processos administrativos.

O processo administrativo é o instrumento pelo qual o Poder Público impõe penalidades, cria direitos ou estabelece obrigações aos servidores públicos ou aos administrados¹⁸⁵.

Para manter a concentração no foco da pesquisa, consideraremos, para efeito dos estudos aqui propostos, que a distinção entre *processo administrativo* e *procedimento administrativo* reside exclusivamente no fato que neste último não há imposição de sanção, obrigações ou mesmo a constituição de direitos aos servidores ou administrados¹⁸⁶.

¹⁸⁵ Neste sentido: NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do processo civil na constituição federal**. 10ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 214. Esta mesma definição pode ser extraída da seguinte passagem de Hely Lopes Meirelles: “A Administração Pública, para registro de seus atos, controle de seus agentes e solução de controvérsias dos administrados, utiliza-se de diversos *procedimentos*, que recebem a denominação comum de *processo administrativo*” (**Direito administrativo brasileiro**. 37ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 734).

¹⁸⁶ Necessário um esclarecimento adicional. Tradicionalmente, os atos da Administração Pública eram tratados pela doutrina como *procedimentos administrativos*. A escolha desta terminologia tinha como propósito traçar uma clara distinção com os atos judiciais, os quais detinham o monopólio da denominação “*processos*”. A Constituição Federal de 1988 passou a falar explicitamente em “processos judiciais ou administrativos” (art. 5º, LV), impulsionando a doutrina a rever sua terminologia e, nesta tarefa, traçar as distinções entre *processo* e *procedimento* administrativo. Entretanto, não se observa uniformidade na doutrina a respeito das denominações citadas. Para Odete Medauar, há uma distinção entre processo e procedimento administrativo. A distinção residiria no fato de que no processo administrativo há operação do contraditório, o que não seria observado no procedimento administrativo: “Procedimento distingue-se de processo porque, basicamente, significa a sucessão encadeada de atos. Processo, por seu lado, implica, além do vínculo entre atos, vínculos jurídicos entre os sujeitos, englobando direitos, deveres, poderes, faculdades na relação processual. Processo implica, sobretudo atuação dos sujeitos sob o prisma contraditório. Assim, o processo administrativo caracteriza-se pela atuação dos interessados, em contraditório, seja ante a própria administração, seja ante outros sujeitos (administrados em geral, licitante, contribuinte, por exemplo), todos, neste caso, confrontando seus direitos ante a Administração” (**Direito administrativo moderno**. 11ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 162). Esta definição, a nosso ver, acaba por confundir o *objeto* do estudo com os seus *efeitos*. A Constituição Federal de 1988 assegura as garantias do contraditório e da ampla defesa aos processos administrativos. Assim, pensamos que afirmar que processo administrativo é o ato da Administração Pública no qual se opera o contraditório é promover uma inversão conceitual de difícil compreensão e potencialmente paradoxal. Hely Lopes Meirelles busca nos conceitos de direito processual a distinção entre processo e procedimento administrativos: “Processo é o conjunto de atos coordenados para obtenção de decisão sobre uma controvérsia no âmbito judicial ou administrativo; *procedimento* é o modo de realização do processo, ou seja, o rito

A Constituição Federal de 1988 resolveu de forma inequívoca o problema da incidência das garantias do contraditório e da ampla defesa nos processos administrativos. A redação do artigo 5º, LV, da Carta Constitucional não deixa margem de dúvidas que “aos litigantes, em processo judicial ou *administrativo*, [...] são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”.

O texto do Anteprojeto Constitucional não fazia referência aos processos administrativos. Foi inovação introduzida pelo legislador constitucional, que, assegurando expressamente o contraditório e a ampla defesa nos processos administrativos, sepultou qualquer discussão sobre os direitos do servidor público ou do administrado em participar ativamente de tais atos.

Até este ponto, observa-se que o legislador constitucional assegurou o exercício das garantias do contraditório e da ampla defesa para qualquer cidadão, servidor público ou não, que for parte em uma demanda

processual”. Mais adiante, Hely Lopes Meirelles adota o critério da *litigiosidade* para definir a característica essencial dos processos administrativos, advertindo que, embora seja corrente o uso da expressão *processo administrativo* para fazer referência a toda e qualquer atuação interna junto à Administração Pública, mesmo que tal atuação não disponha de qualquer conteúdo jurisdicional, tal denominação é imprópria para atos desta natureza. (**Direito administrativo brasileiro**. 37ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011, pp. 734-735). Celso Antônio Bandeira Mello concorda com esta distinção, mas reconhece que a doutrina costuma empregar as expressões *processo administrativo* e *procedimento administrativo* como sinônimas, daí porque as utilizam desta forma em seu Curso (**Curso de direito administrativo**. 28ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011, pp. 495-496). Lúcia Valle Figueiredo afirma que ambas as expressões, *processo* e *procedimento*, teriam sentido equívoco. A palavra *processo* poderia ser empregada tanto como referência ao gênero que compreende todos os atos administrativos como, em sentido estrito, aos atos nos quais se verifica presente uma litigiosidade entre a administração pública e o servidor ou administrado. A expressão *processo administrativo*, por sua vez, poderia ser empregada tanto como referência à forma de atuação da Administração, como em referência a uma sequência ordenada de atos (**Curso de direito administrativo**. 9ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008, pp. 434-440). Como se observa, o tema está longe de ser resolvido em âmbito doutrinário, motivo pelo qual, conscientes das limitações do presente trabalho, adotamos a simplificada e elegante fórmula de Nelson Nery Júnior, que concentra a distinção no critério da litigiosidade: “Quando o poder público instaura expediente destinado a objetivo que não seja o de impor sanção nem de criar direito ou obrigação ao administrado ou a terceiro, não há processo, mas simples procedimento administrativo. Assim, por exemplo, a instauração de sindicância, cuja finalidade é investigar a existência do fato (materialidade) ou de quem o praticou (autoria), não caracteriza processo, mas sim procedimento administrativo” (**Princípios do processo civil na constituição federal**. 10ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 214).

judicial, criminal ou não criminal, ou ainda em um conflito de interesses junto à administração pública, seja este de natureza punitiva ou não punitiva.

A introdução dos processos administrativos no texto constitucional foi uma grande inovação.

No entanto, a Carta Constitucional de 1988 foi além, adotando uma expressão complementar que deve ser compreendida. A expressão em questão é “aos acusados em geral” e o problema que se coloca é a definição do conteúdo normativo desta passagem do texto constitucional.

O artigo 5º, LV, da Constituição Federal de 1988 assegura as garantias do contraditório e da ampla defesa “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral”. Sob o ponto de vista gramatical, observa-se que a Carta de 1988 estende as garantias do contraditório a três dimensões subjetivas:

- (i) Aos litigantes em processo judicial;
- (ii) Aos litigantes em processo administrativo;
- (iii) Aos acusados em geral.

A respeito dos dois primeiros beneficiários das garantias (“aos litigantes, em processo judicial ou administrativo”), parece não haver muitas dúvidas a respeito do plano objetivo de incidência: demandas perante o Poder Judiciário e demandas perante órgãos administrativos. A questão residual é definir o plano de incidência da locução “e aos acusados em geral”.

2.4.1 O conteúdo normativo da expressão “acusados em geral” constante no artigo 5º, LV, da Constituição Federal de 1988: aplicabilidade às relações jurídicas privadas.

O artigo 5º, LV, da Constituição Federal de 1988 assegura as garantias do contraditório e da ampla defesa “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral”. O estudo, neste momento, é concentrado na definição do conteúdo normativo da expressão “aos acusados em geral”.

Uma possível linha interpretativa sugere que o constituinte, na tentativa de alcançar a máxima efetividade dos direitos fundamentais, acabou por empregar um excesso de linguagem. Haveria excesso porque a condição de acusado somente é obtida em processo judicial ou administrativo, aos quais o texto constitucional já faz prévia referência. Nesta linha argumentativa, a expressão “e aos acusados em geral” poderia ser interpretada como um reforço à previsão já existente na norma, para tornar inequívoca a dimensão e alcance do instituto.

Tal possibilidade hermenêutica nos parece de plano arriscada, pois daria ao intérprete o poder de *reduzir* o texto constitucional conforme seus desígnios, poder este que nem mesmo o legislador possui, uma vez que seu poder reformador é limitado diante da eficácia absoluta das normas que definem direitos e garantias individuais (Constituição Federal, artigo 60, § 4º, IV)¹⁸⁷.

¹⁸⁷ Para Maria Helena Diniz, “as normas constitucionais com *eficácia absoluta* são as intangíveis; contra elas nem mesmo há o poder de emendar. Daí conterem uma força paralisante total de qualquer legislação que, explícita ou implicitamente, vier a contrariá-las. [...] os textos constitucionais que ampara a federação (artigo 1º), o voto direto, secreto, universal e periódico (artigo 14), a separação de poderes (artigo 2º) e os direitos e garantias individuais (artigo 5º, I a LXVIII), por serem insuscetíveis de emenda, são intangíveis, por força dos arts.

Em ensaio que analisa especificamente a incidência das garantias do contraditório e da ampla defesa nos inquéritos administrativos, Ada Pellegrini Grinover sustenta que não se pode considerar “superposta a tutela jurisdicional para os ‘acusados em geral’ e para os ‘litigantes em processo administrativo’”¹⁸⁸, o que faz apoiada no princípio de exegese que postula que a lei não contém palavras inúteis ou que se mostrem em redundância. Seria necessário, portanto, adotar outro enfoque, não reducionista, à norma em estudo.

Essa mesma visão é compartilhada por Luís Roberto Barroso, para quem

O intérprete da Constituição deve partir da premissa de que todas as palavras do Texto Constitucional têm uma função e um sentido próprios. Não há palavras supérfluas na Constituição, nem se deve partir do pressuposto de que o constituinte incorreu em contradição ou obrou em má técnica¹⁸⁹.

É necessário, portanto, atribuir algum efeito normativo concreto à expressão “e aos acusados em geral” constante no artigo 5º, LV, da Constituição Federal de 1988.

Há autores que defendem que a expressão *acusados* constante no texto constitucional faz referência ao cidadão contra o qual foi imputada a prática de ato ilícito em procedimento investigativo de natureza policial. Seria o caso, por exemplo, dos inquéritos policiais e dos inquéritos civis em que houver predeterminação de autoria ou direcionamento das investigações para um determinado indivíduo.

60, § 4º, e 34, VII, *a e b*” (**Norma constitucional e seus efeitos**. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 113-115).

¹⁸⁸ Do direito de defesa em inquérito administrativo. **Revista de direito administrativo**, Rio de Janeiro, n. 183, jan. / mar. 1991, p. 13.

¹⁸⁹ **Interpretação e aplicação da constituição**: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 7ª ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 134.

Tal vertente parece correta em sua formulação, porém não se sustenta diante de um exame mais detido, apresentando problemas lógicos de aplicação. Para grande parte da doutrina¹⁹⁰, as garantias do contraditório e da ampla defesa não se aplicam aos inquéritos policiais e aos inquéritos civis. O principal argumento a lapidar essa tese é o de que tais instrumentos não constituem um *processo*, mas mero *procedimento* de caráter informativo, que servirá apenas para orientar a futura ação do Ministério Público. Pelo seu aspecto meramente informativo, não importariam em uma acusação ao indivíduo, dado que são incapazes de produzir, por si só, efeitos concretos no patrimônio jurídico do investigado, não havendo a imposição direta de qualquer sanção ou obrigação ao investigado¹⁹¹.

O Supremo Tribunal Federal tem pacífica jurisprudência nesta direção. A Súmula Vinculante nº 14¹⁹² garante ao defensor acesso apenas às provas já documentadas em procedimento investigativo, não autorizando o acompanhamento de diligência ou a participação em atos probatórios, o que não condiz com as garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa.

¹⁹⁰ Em franca defesa da tese de que os inquéritos policiais e os inquéritos civis públicos não estão sujeitos aos efeitos do contraditório e da ampla defesa: Hugo Nigro Mazzilli (**A defesa dos interesses difusos em juízo**. 20ª ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 422), Fernando Henrique de Moraes Araújo (**O Ministério Público e o inquérito civil**. Dissertação de Mestrado. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2007, 2 vol., 358 f., pp. 253-260), Luiz Roberto Proença (**Inquérito civil: atuação investigativa do Ministério Público a serviço da ampliação do acesso à Justiça**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 181), Nilo Spínola Salgado Filho (**Inquérito civil**. Dissertação de Mestrado. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2005, 290 f., p. 36) e Motauri Ciochetti de Souza (**Ação civil pública e inquérito civil**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 115).

¹⁹¹ Nelson Nery Júnior sustenta tal posição: “relativamente ao inquérito policial, assim como também no inquérito civil (arts. 8º, § 1º, e 9º, LACP; art. 90, CDC), não incide o dogma constitucional do contraditório. Isto porque não são casos de *processo administrativo*, mas de simples *procedimento inquisitório* que têm a finalidade de aparelhar o Ministério Público para que possa, eventualmente, promover ação judicial civil ou penal. Não se destinam à aplicação de sanção, mas configuram procedimentos preparatórios, de sorte que não são um fim em si mesmo, mas apenas o meio pelo qual o *Parquet* reúne provas para embasar futura e eventual ação judicial”. (**Princípios do processo civil na constituição federal**. 10ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 221).

¹⁹² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula Vinculante nº 14: “É direito do defensor, no interesse do representado, ter acesso amplo aos elementos de prova que, já documentados em procedimento investigatório realizado por órgão com competência de polícia judiciária, digam respeito ao exercício do direito de defesa”. **Diário da justiça eletrônico** nº 26 de 2 fev. 2009.

Observa-se, então, que defender que *acusado* é todo investigado em procedimento policial, geraria um problema teórico de difícil transposição, na medida em que a maior parte da doutrina e a praticamente unânime jurisprudência afirmam que tais procedimentos não atraem a incidência das garantias do contraditório e da ampla defesa. Esta interpretação acabaria, em termos finais, retirando qualquer eficácia da expressão “aos acusados em geral” constante no artigo 5º, LV, da Constituição Federal.

Este mesmo resultado é obtido por aqueles que defendem que a denominação *acusados* é própria do direito penal e refere-se àquele contra quem foi instaurada uma ação penal¹⁹³. A ação penal, como é cediço, considera-se inaugurada com o recebimento pelo juiz natural da denúncia ou da queixa-crime oferecida pelo órgão acusador. Neste caso, ocorreria a superposição de tutela que Ada Pellegrini Grinover vigorosamente condenou, uma vez que esse “acusado” seria também um “litigante em processo judicial”. Essa interpretação também resultaria em uma indevida redução do texto legal, pois retiraria todo e qualquer efeito jurídico da expressão “e aos acusados em geral”.

Temos que o caminho a ser traçado é em outra direção.

A Constituição Federal de 1988 destina as garantias do contraditório e da ampla defesa aos “litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral”. A simples leitura do texto constitucional revela que são destinatários diversos. As garantias se direcionam aos litigantes e aos acusados em geral.

Qualquer tentativa de atribuir efeito normativo à expressão “aos acusados em geral” deve iniciar buscando campos de aplicação diversos

¹⁹³ José Cretella Junior afirma que o termo *acusados* é próprio do vocabulário técnico do direito penal e do processo penal, daí porque, para este autor, a redação do artigo 5º, LV, da Constituição Federal, é “desprovida de rigor técnico”. A partir desta concepção técnica, José Cretella Junior defende que por “acusação” deve ser compreendido como “denúncia” ou “pronúncia”. In: **Comentários à constituição brasileira de 1988**. 3ª ed. vol. I. Rio de Janeiro: Forense, 1992, pp. 532-533.

daqueles já ocupados pela expressão “litigantes, em processo judicial ou administrativo”, sob pena de se reduzir a norma constitucional pela via interpretativa, o que é impossível.

A expressão “litigantes em processo judicial ou administrativo” possui definição e alcance relativamente conhecidos, constituindo um conceito legal determinado. A Constituição Federal de 1988, no entanto, acrescentou uma expressão abrangente – *acusados* – acompanhada de uma expressão adjuntiva que expressa ideia de generalidade, universalidade – *acusados em geral*.

A expressão “acusados” constante no artigo 5º, LV, da Constituição Federal de 1988 não pode ser compreendida em sentido técnico-jurídico. Não pode por duas razões. Por primeiro, esta concepção, como visto acima, acaba por retirar eficácia desta passagem do texto constitucional, pois, em sentido técnico, faria referência aos indiciados em inquérito policial ou civil ou, ainda, aos réus em ação penal. Enquanto àqueles não são assegurados o contraditório e a ampla defesa; estes já têm proteção assegurada pela expressão “litigantes” constante na norma.

Em segundo aspecto, a linguagem do texto constitucional é diferente da linguagem empregada nos demais diplomas legais. Embora seja um documento que gere efeitos jurídicos, a Constituição é resultado de um processo democrático que envolve toda a sociedade em sua construção, que atua na elaboração do texto de forma mais direta. Já dissemos várias vezes que a Constituição é um documento político, um projeto de Nação que é formulado pelo povo, a quem se dirige diretamente.

O resultado é que as palavras e expressões constantes do texto constitucional não possuem o mesmo conteúdo técnico-jurídico dos demais atos normativos, razão pela qual devem ser compreendidas em seu sentido usual, habitual, comum. Neste aspecto, a lição de Luís Roberto Barroso é esclarecedora:

De fato, as Constituições mais recentes, e, especialmente a Constituição brasileira de 1988, são geradas em meio a amplo processo dialético de discussão, participação e composição política. Como consequência, dificilmente apresentam uma linguagem jurídica uniforme e tecnicamente rigorosa. Parece, assim, prudente a utilização, no particular, da regra mais flexível lavrada por Linares Quintana, nos termos seguintes: ‘As palavras empregadas na Constituição devem ser entendidas em seu sentido geral e comum, a menos que resulte claramente de seu texto que o constituinte quis referir-se ao seu sentido técnico-jurídico’¹⁹⁴.

Observa-se, então, que as expressões constantes do texto constitucional devem ser sempre assimiladas em seus sentidos correntes no vernáculo, salvo se o próprio texto constitucional evidenciar seu emprego em termos técnicos.

No tocante especificamente à expressão “e aos acusados em geral”, o próprio texto constitucional evidencia que não adotou a expressão em seu sentido técnico-jurídico.

Como dissemos, a expressão “acusados” possui um grau de generalidade que, por si, já é suficiente para proteger qualquer indivíduo que está diante de uma imputação de ter praticado uma conduta ilícita, seja de natureza criminal ou civil.

A Constituição Federal de 1988 recorre a um interessante mecanismo para tornar inequívoca as elevadas amplitude e abrangência da expressão “acusados”: *o próprio texto constitucional estabelece as diretrizes de sua interpretação*. É como se a própria norma constitucional “ensinasse” ao seu aplicador como ela deve ser interpretada, “aula” que é ministrada pelo emprego da locução adjuntiva “em geral”. O texto do artigo 5º, LV, da Constituição Federal de 1988 adverte explicitamente ao seu intérprete que a locução “acusados” não pode ser restringida. O próprio texto esclarece que não se refere a um tipo de acusado em particular, mas sim “aos acusados em geral”.

¹⁹⁴ **Interpretação e aplicação da constituição**: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 7ª ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2009, pp. 132-133.

Observa-se, então, que o texto constitucional emprega uma expressão geral (“acusados”) seguida de uma orientação interpretativa (“em geral”). A forma como o texto constitucional foi redigido afasta qualquer possibilidade de redução de seu alcance pela via hermenêutica. Assim, do ponto de vista gramatical, a extensão subjetiva das garantias do contraditório e da ampla defesa recaem sobre aqueles que são partes em um litígio judicial ou administrativo e ainda sobre qualquer indivíduo acusado de ter praticado uma conduta ilícita, seja de natureza civil, criminal ou mesmo “uma falta disciplinar”¹⁹⁵, independentemente da fonte de acusação.

Esta amplitude textual da norma não passou despercebida por Ivani Contini Bramante, para quem

O direito a defesa vem inscrito na Constituição de modo alargado, refere-se aos *litigantes e aos acusados em geral*. Esta última expressão é conceito jurídico indeterminado suscetível de concretização. O direito de defesa não é mais restrito ao processo judicial em geral, mas, também, é aplicável ao processo administrativo em geral, alcunhado de processo administrativo inominado; ao processo administrativo disciplinar; e ainda, a qualquer procedimento no âmbito particular estatutário ou contratual que resulte uma instância decisória que venha, de qualquer modo, imiscuir-se na esfera jurídica da pessoa¹⁹⁶.

Como já havíamos advertido, nenhum método de interpretação pode ser empregado de forma isolada. A interpretação gramatical do artigo 5º, LV, da Constituição Federal é bastante reveladora, porém não é suficiente para esgotar o tema, pois não é possível dela extrair, isoladamente, o real conteúdo do dispositivo constitucional em estudo. Como consagrado por Miguel Reale, o intérprete da lei deve ir além da mera “concatenação lógica de proposições”, devendo ter em vista que a norma constitui um “momento de uma realidade

¹⁹⁵ Para José Afonso da Silva, a locução “acusados” refere-se àqueles “aos quais se imputa a prática de um delito penal, contravencional ou administrativo, uma falta disciplinar”. In: **Comentário contextual à constituição**. 7ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 157.

¹⁹⁶ Eficácia do contraditório e ampla defesa nas relações interprivadas. **Revista LTr legislação do trabalho**, São Paulo, v. 64-08, p. 1009-1016, 2000, p. 1010.

histórico-cultural”, não podendo ser compreendida senão de forma integrada com os fatos e com os valores sociais a ela subjacentes¹⁹⁷⁻¹⁹⁸.

Daí oportuno recordar o momento histórico em que a Constituição Federal de 1988 foi concebida, após longo período em que direitos básicos de cidadania foram subtraídos tanto por órgãos do Estado quanto por grupos que se polarizavam no largo espectro ideológico que marcou o século XX. A alcunha “Constituição-cidadã” dimensiona muito bem a preocupação do constituinte em consagrar e proteger as liberdades e garantias dos cidadãos contra toda e qualquer instância de poder, estatal ou não, que potencialmente possa vir a atentar contra seus direitos.

Ada Pellegrini Grinover enfrentou em profundidade o problema da incidência das garantias do contraditório e da ampla defesa no âmbito das relações não-estatais. Seu trabalho doutrinário parte de um estudo de caso que tem como substrato fático um conflito de interesses entre empresas fabricantes de produtos ao mercado consumidor e uma associação de defesa do consumidor, de âmbito privado, que elaborava testes comparativos de produtos para divulgação na mídia. Grinover faz uma precisa análise das diferentes expressões e fontes de *poder* existentes na sociedade contemporânea, pela qual constata que para se firmar como um *sujeito de poder*, basta que determinado ente, grupo ou indivíduo tenha a possibilidade ou probabilidade de produzir, por seus próprios desígnios, efeitos concretos no patrimônio jurídico de outro ente, grupo ou indivíduo. Assim, tomando por empréstimo as lições de Cândido Rangel Dinamarco, a autora em referência afirma que

¹⁹⁷ **Filosofia do direito**. 20ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 580-582. No mesmo sentido: **O direito como experiência**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1992, pp. 250-251.

¹⁹⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. 2ª Turma. Ementa: “A interpretação da Constituição não é para ser procedida à margem da realidade, sem que se a compreenda como elemento da norma resultante da interpretação. A práxis social é, nesse sentido, elemento da norma, de modo que interpretações corretas são incompatíveis com teorizações nutridas em idealismo que não a tome, a práxis, como seu fundamento. Ao interpretá-la, a Constituição, o intérprete há de tomar como objeto de compreensão também a realidade em cujo contexto dá-se a interpretação, no momento histórico em que ela se dá” Recurso extraordinário nº 433512. Recorrentes: Cláudia Maria Bertozzi Collet Silva e outros. Recorridos: União. Relator ministro Eros Grau. Brasília, 26 mai. 2012. **Diário da justiça eletrônico** de 6 ago. 2009.

todas as instituições sociais (família, grupos religiosos, culturais ou recreativos) econômicas (empresa, sindicatos) ou mesmo políticas despregadas da estrutura estatal (partidos políticos) constituem pólos de poder e, na sua esfera, reputam-se responsáveis pela promoção do bem comum, de tal maneira que o poder nacional encontra-se disseminado por todas as moléculas da sociedade¹⁹⁹.

Sob o ponto de vista teleológico, a expressão “aos acusados em geral” teria sido adotada pelo legislador constituinte para proteger o indivíduo destes sujeitos de poder não-estatal?

Para Ada Pellegrini Grinover a resposta é positiva. A autora reconhece no artigo 5º, LV, da Constituição Federal três planos de incidência: (i) plano jurisdicional; (ii) plano administrativo; e, (iii) “plano das acusações em geral, em que a garantia explicitamente abrange as pessoas objeto da acusação”. Como corolário, Ada Pellegrini Grinover defende expressamente que as garantias do contraditório e da ampla defesa protegem a todos os cidadãos que, deparados com um sujeito de poder privado, sofrem uma acusação de uma conduta ilícita:

Mas, se é certo, como acima indicado, que o exercício do poder não se limita ao Estado (Judiciário ou Administração), na medida em que também outras “moléculas da sociedade” têm aquela capacidade de editar decisões que repercutem na esfera jurídica de outras pessoas, então é rigorosamente certo que *a garantia do contraditório há que ser exercida e observada igualmente fora dos limites estatais*, sempre que se tratar de ato que, de direito ou mesmo de fato, se imponha a certas pessoas, com aptidão a interferir em sua esfera jurídica ou patrimonial²⁰⁰.

Essa mesma leitura já havia sido feita por Jessé Torres Pereira Junior quando afirma que, ao empregar a expressão “acusados em geral” no artigo 5º, LV, da Carta Política, o legislador pretendeu resguardar o cidadão “quando defrontado com o arbítrio de outras instâncias de poder, cujos atos

¹⁹⁹ Princípios processuais fora do processo. **Revista de processo**, São Paulo, n. 147, 2007, pp. 309-310.

²⁰⁰ Idem, pp. 311-312.

sejam dotados de cogência suficiente para submetê-los unilateralmente a seus desígnios”²⁰¹.

Também Ivani Contini Bramante enxerga esse sentido finalístico na norma:

O alcance do direito à defesa vem evoluindo e pode se afirmar: onde houver imputação e ou instância decisional acerca de direitos, em sentido lato e laico, pública ou privada, incidirá o direito de informação e o direito de reação e, por conseguinte, o direito ao contraditório e à ampla defesa e aos meios e recursos a ela inerentes²⁰².

Na mesma direção, Helena de Toledo Coelho Gonçalves defende que “sendo o sujeito acusado da prática de ato ilícito, deve-se-lhe ser assegurado o contraditório e ampla defesa como corolário do devido processo legal”, o que não se limitaria às imputações criminais: “também aquele que pratica ato civil, punível pela responsabilização pecuniária ou específica, tem o direito à ampla defesa e ao contraditório”²⁰³.

Uma síntese parcialmente conclusiva: a perspectiva semântica da expressão “e aos acusados em geral” acima defendida, guarda perfeita coerência com a perspectiva teleológica apresentada, ambas conduzindo à afirmação de que “acusados em geral” refere-se qualquer cidadão confrontado com uma acusação oriunda de qualquer ente de poder, mesmo que privado.

Esta afirmação é confirmada pelo processo legislativo constitucional, aqui analisado como a perspectiva histórico-teleológica da norma.

Como dito linhas atrás, a Constituição Federal de 1988 partiu de um Anteprojeto Constitucional elaborado por uma Comissão Provisória de

²⁰¹ **O direito à defesa na constituição de 1988**. Rio de Janeiro: Renovar, 1991, p. 36-37.

²⁰² Eficácia do contraditório e ampla defesa nas relações interprivadas. **Revista LTr legislação do trabalho**, São Paulo, v. 64-08, p. 1009-1016, 2000, p. 1014.

²⁰³ **Contraditório e ampla defesa**. São Paulo: Juruá, 2010, pp. 21 e 51.

Estudos Constitucionais, presidida por Afonso Arinos de Melo Franco. Especificamente sobre as garantias do contraditório e da ampla defesa, o Anteprojeto Constitucional da Comissão Provisória assim dispunha:

Art. 51 – A lei assegurará aos litigantes plena defesa com todos os recursos a ela inerentes.

§ 1º – A instrução nos processos criminais e nos civis contenciosos será contraditória.

Instalada a Assembleia Nacional Constituinte, foram criadas oito comissões temáticas com três subcomissões cada, cada uma delas incumbida de avaliar propostas e projetos encaminhados pelos constituintes e pelos entes da sociedade. Após inúmeras propostas e amplo debate, os textos foram encaminhados à Comissão de Sistematização para elaboração de um projeto de Constituição²⁰⁴.

O Projeto de Constituição elaborado pela Comissão de Sistematização da Assembleia Nacional Constituinte assim dispunha sobre as garantias do contraditório e da ampla defesa.

Art. 12 - São direitos e liberdades individuais invioláveis:

XV - A SEGURANÇA JURÍDICA.

h) nos processos contenciosos, a instrução será contraditória, e em todos os casos o julgamento será fundamentado, sob pena de nulidade;

i) a lei assegura ampla defesa em qualquer processo, com todos os meios e recursos a ela inerentes²⁰⁵.

²⁰⁴ OLIVEIRA, Mauro Márcio. **Fontes de informações sobre a Assembléia Nacional Constituinte de 1987**: quais são, onde buscá-las e como usá-las. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 1993.

²⁰⁵ BRASIL. Assembleia Nacional Constituinte (1987). **Projeto de constituição da Comissão de Sistematização**. Relator: Bernardo Cabral. Brasília: Centro Gráfico do Senado Federal, 1987. 42 pp. Projeto com 496 artigos.

O Projeto de Constituição recebeu várias emendas de plenário, dentre as quais se destaca, sobre o tema, a Emenda Modificativa nº 1P19508-0, de autoria do constituinte José Inácio Ferreira (PMDB), que assim propôs:

Dê-se nova redação às alíneas “h” e “i” do inciso XV do art. 12:

“Art. 12 -

XV -

h) O contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes, são assegurados aos litigantes, em qualquer processo, e aos acusados em geral.

i) As decisões judiciais serão motivadas, sob pena de nulidade. A lei não excluirá o duplo grau de jurisdição, que poderá ser exercido por colegiado do mesmo grau”²⁰⁶.

Em justificativa à emenda apresentada, o constituinte José Inácio Ferreira assim defendeu sua proposta: “O contraditório e a ampla defesa devem ser estendidos a todo e qualquer procedimento, e não apenas ao processo jurisdicional”²⁰⁷. Observa-se uma clara preocupação do legislador constituinte em dar amplitude máxima às garantias do contraditório e da ampla defesa.

A proposta foi incorporada ao texto constitucional, como se observa no Primeiro Substitutivo do Relator na Comissão de Sistematização:

Art. 6º - A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à integridade física e moral, à liberdade, à segurança e à propriedade.

²⁰⁶ BRASIL. Assembléia Nacional Constituinte (1987). **Projeto de constituição**: emendas oferecidas em plenário: constituintes e eleitores. vol. II. Brasília: Centro Gráfico do Senado Federal, 1987, p. 2074.

²⁰⁷ BRASIL. Assembléia Nacional Constituinte (1987). **Projeto de constituição**: emendas oferecidas em plenário: constituintes e eleitores. vol. II. Brasília: Centro Gráfico do Senado Federal, 1987, p. 2074.

§ 31 – O contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes, são assegurados aos litigantes, em qualquer processo, e aos acusados em geral²⁰⁸⁻²⁰⁹.

O Primeiro Substitutivo do Projeto de Constituição recebeu novas emendas de plenário, algumas das quais apenas sugeriram alteração de redação sem adição ou supressão²¹⁰. O constituinte Adolfo Oliveira (PL), no entanto, apresentou a Emenda nº ES34628-8 pela qual propôs a inclusão e referência explícita aos processos administrativos no texto:

Inclua-se no § 31, in fine, do art. 6º, a seguinte redação:

§ 6º, em qualquer processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral²¹¹.

Como justificativa, o constituinte Adolfo Oliveira defendeu sua proposta dizendo que “a redação, como sugerida, fica mais clara e eficaz”²¹².

A palavra “eficaz” contida na justificativa do constituinte Adolfo Oliveira possivelmente não é empregada com mesmo significado que José Afonso da Silva a adota em seu trabalho. Independentemente de qualquer

²⁰⁸ BRASIL. Assembléia Nacional Constituinte (1987). **Projeto de constituição**: substitutivo do relator. Relator: Bernardo Cabral. Brasília: Centro Gráfico do Senado Federal, 1987. 51 pp. Projeto com 305 + 69 artigos.

²⁰⁹ É curioso notar que, embora o texto da proposta tenha sido incorporado ao Primeiro Substitutivo, o relator do Projeto de Constituição, o constituinte Bernardo Cabral, emitiu parecer pela rejeição da proposta, sob o fundamento de que “os dispositivos da Emenda, embora revelem o descortino do proponente, poderão figurar mais adequadamente no corpo da legislação ordinária e complementar”. Trata-se, evidentemente, de algum equívoco nos registros anais da Assembleia Nacional Constituinte, dado que não é razoável imaginar que o relator do projeto tenha se apropriado do texto sem dar os necessários créditos ao seu autor. In BRASIL. Assembléia Nacional Constituinte (1987). **Parecer sobre as emendas oferecidas em plenário ao projeto de constituição**. Relator: Bernardo Cabral. Brasília: Centro Gráfico do Senado Federal, 1987, p. 581.

²¹⁰ Como é o caso da Emenda nº ES21867-1 de autoria do constituinte Paulo Pimentel (PFL). In: BRASIL. Assembléia Nacional Constituinte (1987). **Projeto de constituição**: emendas oferecidas em plenário ao substitutivo do relator. vol. I. Brasília: Centro Gráfico do Senado Federal, 1987, p. 311.

²¹¹ BRASIL. Assembléia Nacional Constituinte (1987). **Projeto de constituição**: emendas oferecidas em plenário ao substitutivo do relator. vol. IV. Brasília: Centro Gráfico do Senado Federal, 1987, p. 3.383.

²¹² Idem.

depuração de significados, observa-se que o legislador constituinte teve a clara preocupação em dar a máxima abrangência possível às garantias.

A Comissão de Sistematização da Assembleia Nacional Constituinte editou um Segundo Substitutivo, pelo qual se alcançou a redação final do dispositivo, tal como veio a ser promulgado em 05 e outubro de 1988:

Art. 6º.

§ 15. Aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes²¹³⁻²¹⁴.

Antes, porém, o tema voltou a ser objeto de discussão, desta vez na Comissão de Redação da Assembleia Nacional Constituinte. Um problema aparentemente de estilística do texto deixou em evidência que o legislador constituinte não empregou a expressão “e aos acusados em geral” como mero reforço ou superposição à locução “litigantes”. Como se pode observar nos registros da Ata da 4ª Reunião Ordinária Comissão de Redação da Assembleia Nacional Constituinte, ocorrida em 14 de setembro de 1988, o texto constitucional possui realmente dois grupos distintos de destinatários das garantias do contraditório e da ampla defesa:

O Sr. CONSTITUINTE VIVALDO BARBOSA: – Sr. Presidente, no inciso LV me salta aos olhos de que entre dois sujeitos foi feita uma oração intercalada, apenas para reunir os dois sujeitos, "os litigantes" e "aos acusados" – antes da intercalada "em processo judicial administrativo". Há uma intercalada entre dois sujeitos.

O Sr. RELATOR (Bernardo Cabral): – Eles não são sujeitos, são objetos indiretos. De modo que a correlação não é correta.

O Sr. CONSTITUINTE VIVALDO BARBOSA: – Tem razão. Retiro, Sr. Presidente²¹⁵.

²¹³ BRASIL. Assembléia Nacional Constituinte (1987). **Projeto de constituição**: substitutivo do relator: segundo. Relator: Bernardo Cabral. Brasília: Centro Gráfico do Senado Federal, 1987. 95 pp. Projeto com 264 + 72 artigos.

²¹⁴ A posição do dispositivo no *corpus* constitucional foi posteriormente alterada pela Comissão de Redação.

Esta revisão do processo legislativo constitucional demonstra que a perspectiva histórico-teleológica conduz aos mesmos resultados obtidos pelos métodos anteriores, qual seja, as garantias do contraditório e da ampla defesa socorrem a todos os cidadãos que são confrontados com a imputação de prática de um ato ilícito, independentemente do caráter público ou privado da fonte originadora da imputação.

Esta asserção, por fim, está em consonância sistêmica com os fundamentos e objetivos da Carta Constitucional de 1988, dentre os quais a dignidade da pessoa humana (artigo 1º, III) e a construção de uma sociedade livre, justa e solidária (artigo 3º, I), além de se identificar com o postulado de primazia dos direitos fundamentais na ordem jurídica (artigo 5, “caput” e § 1º). Embora tenha normatividade controversa, o preâmbulo da Constituição Federal de 1988 revela a sintonia das garantias do contraditório e da ampla defesa com o sistema constitucional em vigor:

Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte Constituição da República Federativa do Brasil.

A esta altura, já é possível anunciar de forma explícita a tese defendida no presente trabalho: as garantias do contraditório e da ampla defesa têm privilegiado assento na Constituição Federal de 1988 na forma de norma de eficácia plena, isto é, que possui aplicabilidade direta, imediata e integral, vinculando todos os sujeitos da ordem jurídica, sejam entes estatais ou não estatais. Por consequência, as garantias do contraditório e da ampla defesa não dependem de qualquer interposição legislativa para atuar diretamente sobre as relações jurídicas travadas no âmbito social, investindo

²¹⁵ BRASIL. Assembléia Nacional Constituinte (1987). **Atas das reuniões da Comissão de Redação**: 20-4-88, 13-9-88, 14-9-88, 19-9-88 e 20-9-88. Brasília: Centro Gráfico do Senado Federal, 1988. 238 pp.

seus destinatários no poder de imediatamente as exigir ou na obrigação de realizá-las. As garantias do contraditório e da ampla defesa visam proteger quaisquer direitos que estejam ameaçados em processo judicial ou administrativo ou mesmo em um conflito de interesses entre sujeitos privados, sempre que um deles concentre poderes para, por seus próprios desígnios, atingi-los por qualquer forma.

A esta altura, o leitor já pode ter se adiantado e afirmado que é exatamente o que ocorre na relação de emprego, na qual o empregador concentra poderes para, por sua própria ação, afetar diretamente o patrimônio jurídico do trabalhador. Antes, porém, de analisar os contornos do chamado poder disciplinar do empregador, cabe continuar o estudo das bases teóricas do direito constitucional, desta vez sob o foco das teorias contemporâneas de eficácia dos direitos fundamentais.

3 **Constitucionalismo contemporâneo: normatividade dos princípios, prevalência e eficácia horizontal dos direitos fundamentais.**

Páginas atrás, anunciamos que as bases fundamentais do direito constitucional vêm cedendo espaço para um novo modelo teórico que propõe, como dissemos, a “ascensão dos valores, o reconhecimento da normatividade dos princípios e a essencialidade dos direitos fundamentais”²¹⁶. O constitucionalismo contemporâneo, apoiado nestas bases, não é resultado de um engenho intelectual desvinculado dos fenômenos sociais. É, em essência, um postulado da reaproximação do Direito com a Ética²¹⁷.

O Estado Liberal consolidou o positivismo jurídico, que teve seu ponto mais alto no normativismo de Hans Kelsen. Em sua célebre Teoria Pura do Direito, Kelsen propõe um Direito científico, asséptico, baseado quase exclusivamente na norma jurídica, na legitimidade do poder e mitificado por uma pretensa completude²¹⁸.

²¹⁶ BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da constituição**: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 7ª ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 344.

²¹⁷ Fábio Konder Comparato reconhece que o positivismo jurídico estabeleceu uma “rígida separação entre direito e moral”. Este divórcio, segundo Comparato, teria contrariado a “tradição multissecular de todas as civilizações”, na medida em que “os positivistas consideram que o direito existe sem ligação com a justiça, e os juristas não têm que julgar a ordem jurídica de acordo com os grandes valores éticos, porque não é uma tarefa científica e sim política” (**Ética**: direito, moral e religião no mundo moderno. São Paulo: Companhia das Letras, 2006, p. 353). No mesmo sentido: VALE, André Rufino do. **Estrutura das normas de direitos fundamentais**: repensando a distinção entre regras, princípios e valores. São Paulo: Saraiva, 2009, pp. 25-27.

²¹⁸ Hans Kelsen teve o papel fundamental de consolidar uma teoria geral capaz de explicar e dar suporte científico ao positivismo jurídico e que acabou sendo recebida com feições quase dogmáticas pela ciência jurídica. O positivismo jurídico propriamente dito, no entanto, é anterior a Kelsen (1881-1973), tendo como marco histórico a Revolução Francesa de 1789 que ascendeu o Estado Liberal como o principal modelo político-filosófico. É possível dizer, aliás, que o positivismo jurídico é resultado dos ideais liberais. O Estado Liberal adota como um de seus fundamentos a proteção do cidadão perante a ação abusiva dos Poderes Estatais e, mais especificamente, a proteção da propriedade privada. Esse paradigma fez generalizar na burguesia, classe social idealizadora e deflagradora dos movimentos revolucionários de 1789, um anseio por *segurança jurídica*. De outro lado, a Nova República pós-revolucionária

Para Fábio Konder Comparato, foi com o postulado de predomínio da legalidade formal como instrumento de legitimidade política e da “redução da Constituição ao nível de mero ordenamento dos órgãos estatais” que os positivistas do Direito teriam contribuído, “decisivamente, para o surgimento, no século XX, de um dos piores monstros que a humanidade jamais conheceu em toda a sua longa história: o Estado totalitário”²¹⁹.

Esta correlação também foi aventada por Luís Roberto Barroso, para quem o positivismo jurídico teve sua queda emblematicamente associada à derrota do nazismo alemão e do fascismo italiano. Barroso recorda, ainda, que os líderes sobreviventes da Alemanha e da Itália se defenderam em Nuremberg recorrendo à necessidade de obediência às autoridades constituídas e às leis por elas editadas. Ao final da guerra, “a ideia de um ordenamento jurídico indiferente a valores éticos e da lei como um

almejava a completa ruptura com o sistema político vigente, ainda baseado em governos locais em lenta transição do feudalismo medieval para o capitalismo comercial. Como esclarece Cláudio de Cicco, a Europa da época, mais precisamente a França, consistia em “uma confederação de províncias, cada uma das quais conservava suas particularidades e hábitos” (DE CICCIO, Cláudio. **História do pensamento jurídico e da filosofia do direito**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 209). Nestes núcleos administrativos “coexistiam antigos costumes e leis de origem germânica, com as *Ordonnances* ou leis reais, com base no direito romano” (DE CICCIO, Cláudio, idem). Assim, além de um governo autônomo, cada região possuía um ordenamento jurídico próprio, além de um sistema econômico específico, com moeda exclusiva, o que dificultava as trocas comerciais dentro do Estado. O Estado Liberal Burguês propôs a união da nação pela definitiva eliminação das diferenças regionais, o que exigia, principalmente, a unificação do sistema jurídico vigente no Estado. O mecanismo empregado foi a introdução do Código Napoleônico (1804), que uniu o Estado em torno de um novo ordenamento jurídico. Tornou-se necessário, para que o novo código tivesse efetividade, reduzir o poder de criação e interpretação dos juizes, tornando-os meros aplicadores da lei. Surge, então, a Escola da Exegese que, no início do século XIX, adota a lei como único e exclusivo referencial jurídico, postulando sua aplicação de forma minuciosa e literal, sem espaço para a livre pesquisa do Direito. A Escola da Exegese pauta-se na tese de que o Direito esgota-se no que está posto nas leis, de modo que não existem lacunas senão aparentes, dado que o que não foi positivado não é Direito. Ao aplicador do Direito caberia uma análise dos textos legais de forma gramatical, lógica e sistemática, sem aplicações extensivas ou analógicas. A atividade jurisdicional foi restringida, cabendo ao juiz apenas ser “a boca da lei” (*bouche de la loi*) (REALE, Miguel. **Filosofia do direito**. 20ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 415-416).

²¹⁹ **Ética**: direito, moral e religião no mundo moderno. São Paulo: Companhia das Letras, 2006, p. 363.

estrutura meramente formal, uma embalagem para qualquer produto, já não tinha aceitação no pensamento esclarecido”²²⁰.

Um novo paradigma de Estado, agora com fundamento na democracia participativa, na dignidade da pessoa humana e na solidariedade social, é a resposta natural aos eventos ocorridos na primeira metade do século XX. O Estado Liberal dá lugar ao Estado Social. O positivismo jurídico tem seu fundamento de validade enfraquecido, impondo mudanças nas bases no sistema jurídico.

Há muito o jusnaturalismo identificou no homem a titularidade de um acervo de direitos que lhe são inerentes unicamente por sua condição humana. Os filósofos do jusnaturalismo, no entanto, não foram capazes de apresentar um fundamento de validade absoluto a estes direitos, na medida em que o quadro de valores éticos de uma determinada sociedade não é um elemento constante no tempo e no espaço. Como sintetiza Norberto Bobbio, “a natureza do homem revelou-se muito frágil como fundamento absoluto de direitos”, daí porque “não se concebe como seja possível atribuir um fundamento absoluto a direitos historicamente relativos”^{221- 222}.

Na primeira metade do século XX, a ideia de direitos inatos ao homem foi disseminada pelo mundo com a mesma velocidade que se disseminaram as agressões a estes direitos. A comunidade internacional, então mobilizada por força dos acontecimentos, se congregou em torno de um projeto de reconstrução da paz e de construção de mecanismos de solução de novos

²²⁰ **Interpretação e aplicação da constituição:** fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 7ª ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 327.

²²¹ **A era dos direitos.** Tradução de Carlos Nelson Coutinho. 2ª ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, pp. 36 e 38.

²²² Norberto Bobbio dá um exemplo de como o Direito natural não constitui, por si, fundamento de validade absoluto para direitos ou obrigações. Segundo Bobbio, por muito tempo os jusnaturalistas discutiram qual seria a destinação natural dos bens da herança: se deveriam retornar à sociedade, se deveriam ser transmitidos aos filhos ou deveriam ser objetos de livre disposição de seu titular em vida. Bobbio afirma que qualquer das três possibilidades é adequada à natureza humana, conforme se considere o homem como membro da sociedade, como pai de família ou como pessoa livre e autônoma (Op. cit., pp. 36-37).

conflitos. Tais objetivos jamais poderiam ser alcançados se os direitos fundamentais do homem, já reivindicados pelo jusnaturalismo, continuassem desguarnecidos de fundamentos de validade. É criada, então, uma organização internacional apoiada nos seguintes ideais:

NÓS, OS POVOS DAS NAÇÕES UNIDAS, RESOLVIDOS a preservar as gerações vindouras do flagelo da guerra, que por duas vezes, no espaço da nossa vida, trouxe sofrimentos indizíveis à humanidade, e a reafirmar a fé nos direitos fundamentais do homem, na dignidade e no valor do ser humano, na igualdade de direito dos homens e das mulheres, assim como das nações grandes e pequenas, e a estabelecer condições sob as quais a justiça e o respeito às obrigações decorrentes de tratados e de outras fontes do direito internacional possam ser mantidos, e a promover o progresso social e melhores condições de vida dentro de uma liberdade ampla²²³.

Em 10 de dezembro de 1948, a Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas aprovou a Declaração Universal dos Direitos Humanos, o mais importante referencial em termos de reconhecimento dos direitos fundamentais²²⁴.

²²³ CONFERÊNCIA DAS NAÇÕES UNIDAS SOBRE ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL, 1945, São Francisco (EUA). **Carta das Nações Unidas**. São Francisco: ONU, 1945. Disponível em: <<http://treaties.un.org/doc/Publication/CTC/uncharter.pdf>>. Acesso em 9 nov. 2012.

²²⁴ Este capítulo da História foi precedido por outros que, cada um à sua maneira, contribuíram para o reconhecimento efetivo dos direitos fundamentais dos cidadãos. Alguns autores apontam a *Magna Charta Libertatum* (1215), a *Petition of Rights* (1628), o *Habeas Corpus Act* (1679) e o *Bill of Rights* (1689), todos editados na Inglaterra, como sendo os primeiros documentos que limitaram os Poderes Estatais, o que os fixaria como os antecedentes mais remotos em termos de reconhecimento dos direitos fundamentais. As primeiras manifestações efetivas de reconhecimento dos direitos dos cidadãos foram a *Declaração dos Direitos da Virgínia* (Estados Unidos), de 1776, que reconheceu a existência de direitos inerentes ao Homem, como a vida, a liberdade, a independência, a segurança e meios de adquirir e possuir a propriedade; a *Declaração de Independência dos Estados Unidos da América*, de 1776, com temática de limitação do poder do Estado; a *Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão* (França), de 1789, que reconhece a existência de direitos naturais inalienáveis e a dignidade da pessoa. A *Constituição Francesa de 1791* reconheceu diversos direitos do cidadão, como a igualdade em matéria penal, a liberdade de ir e vir e liberdade de expressão. A *Constituição dos Estados Unidos da América, de 1791*, formada pelas dez primeiras emendas, também reconheceu diversos direitos e liberdades dos cidadãos, assim como a *Constituição Francesa de 1793*, que também afirmou a existência dos direitos fundamentais dos indivíduos. As ideias veiculadas nestes documentos disseminaram-se pelo mundo, como ocorreu com a *Constituição de Cádiz* (Espanha), de 1812, a *Constituição Política da Monarquia Portuguesa*, de 1822, a *Constituição Belga*, de 1831. A *Constituição Alemã de 1848* foi a primeira a trazer a expressão "direitos fundamentais". A *Constituição Política dos Estados Unidos Mexicanos*, de 1917, garantiu o direito à educação prestada pelo estado de forma gratuita, obrigatória e laica, além de reconhecer direitos dos trabalhadores, como à greve, à jornada de 8 horas e à

Para Norberto Bobbio, a declaração Universal dos Direitos Humanos solucionou o problema do *fundamento* dos direitos naturais do indivíduo. Segundo Bobbio, um determinado *valor* pode extrair fundamento de três fontes: de um dado objetivo constante, do fato de constituir um axioma ou por ter aceitação de forma geral. A Declaração Universal dos Direitos Humanos seria o *consenso geral* acerca da validade dos direitos naturais, “a maior prova histórica até hoje dada do *consensus omnium gentium* sobre um determinado sistema de valores”²²⁵.

Entretanto, a mera catalogação formal de direitos considerados fundamentais não é capaz, por si, de lhes atribuir qualquer efetividade, esta considerada como a real permeação dos valores declarados nos poros sociais. Sem a existência de instrumentos que lhes garantam concreção, a pura declaração de direitos conserva-se no campo do discurso político, da retórica, do etéreo.

A teoria constitucional não ficou indiferente ao novo substrato social e tampouco à necessidade de garantir efetividade aos direitos considerados primários e agora universalmente reconhecidos. A doutrina, e deve ser dado destaque à produção científica dos autores alemães, edificou um modelo teórico que assimila os direitos fundamentais como uma categoria normativa singular e distinta, que, como tal, gera efeitos igualmente específicos, substancialmente diferentes das demais normas constitucionais.

organização sindical. Entende-se que somente com a *Constituição de Weimar*, de 1919, deu-se a passagem do constitucionalismo liberal (autonomia do indivíduo perante o estado) para o constitucionalismo social (reconhecimento dos fins de justiça social e solidariedade). O documento reconheceu “direitos e deveres fundamentais dos alemães”, os direitos sociais, como a vida social e educação, os direitos econômicos e as liberdades religiosas. Os direitos sociais foram ampliados na *Declaração Soviética dos Direitos do Povo Trabalhador e Explorado*, de 1917, na *Constituição Soviética*, de 1918 e na *Carta Del Lavoro* italiana, de 1927. (AMARAL, Júlio Ricardo de Paula. **Eficácia dos direitos fundamentais nas relações trabalhistas**. São Paulo: LTr, 2007, pp. 27-33. SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10ª ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, pp. 41-44).

²²⁵ **A era dos direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. 2ª ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, pp. 45-47.

Em um panorama geral e concentrado aos pontos que relevam ao estudo aqui desenvolvido, a especificidade eficaz das normas definidoras de direitos fundamentais pode ser sintetizada em dois aspectos: (i) sua eficácia direta e imediata, ainda que se apresentem na forma de princípios constitucionais; e, (ii) a sua aplicabilidade nas relações jurídicas privadas, a chamada eficácia horizontal dos direitos fundamentais.

O presente capítulo se ocupa em analisar a norma contida no artigo 5º, LV, da Constituição Federal a partir da teoria dos direitos fundamentais. O objetivo é investigar se este dispositivo legal veicula um direito fundamental e, se positivo, em que medida irradia efeito na órbita das relações jurídicas interprivadas.

Duas advertências devem ser feitas neste momento.

Tal como fizemos no capítulo anterior, quando tratamos do problema da pesquisa pela luz do direito constitucional positivo, não pretendemos uma imersão profunda na riquíssima produção doutrinária e nas diversas vertentes da teoria dos direitos fundamentais. Não há espaço para tal empreita e nem mesmo é o objeto da presente pesquisa. Nossa oferta é mais singela, limitada a analisar objeto de estudo – as garantias do contraditório e da ampla defesa na relação de emprego - a partir dos estudos de autores consagrados. Sobretudo, reduziremos o campo do estudo para o problema da eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas de trabalho.

A segunda advertência é para o leitor que chega até esse ponto convencido de que estão corretas as conclusões lançadas ao final do capítulo 2. Se considerarmos que o direito constitucional positivo já responde de forma satisfatória ao problema da pesquisa, tal como enunciado na introdução do presente trabalho, então será razoável imaginar que o estudo desenvolvido neste capítulo se mostra redundante, sendo, portanto, dispensável. De fato, parece bastante lógico imaginar que um direito ou uma garantia fundamental que já encontra proteção no direito positivo terá ainda

maior proteção na teoria dos direitos fundamentais; nisso concordamos. No entanto, o presente capítulo trabalha algumas bases teóricas que serão importantes para o capítulo que segue ao presente, quando analisaremos a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal a respeito das garantias do contraditório e da ampla defesa e verificaremos a recepção de nossa tese pela Corte Suprema.

3.1 Direitos fundamentais. Conceitos iniciais e âmbito de proteção.

A expressão *direitos fundamentais* é frequentemente empregada para designar, de forma sinonímica, os direitos naturais, os direitos do homem, os direitos humanos, os direitos básicos, os direitos primários, as liberdades públicas entre outras diversas expressões. Trata-se de um extenso problema terminológico que, por razões de foco e espaço, passaremos ao largo. Todavia, se faz necessário estabelecer as distinções entre as expressões *direitos do homem*, *direitos humanos* e *direitos fundamentais*.

O processo de formação do acervo de *direitos fundamentais* tem início no ideal jusnaturalista de que o homem é dotado de direitos que são inerentes à sua condição humana. A expressão *direitos do homem* possui uma perspectiva filosófica, fazendo referência aos direitos que todas as pessoas seriam titulares pelo simples fato de existirem.

Com o reconhecimento dos *direitos do homem* pela comunidade internacional, com sua conseqüente positivação em declarações, tratados e convenções de organismos internacionais (ONU, OIT, OEA, CE, dentre outros), tais direitos passam a ser considerados *direitos humanos*. Assim, os *direitos humanos* são os *direitos do homem* com caráter de

supranacionalidade, ou seja, reconhecidos em todos os tempos, culturas e lugares.

Estes valores supremos, muitas vezes, são reconhecidos e protegidos internamente por Estados soberanos a partir de sua incorporação à Constituição. As normas constitucionais que internalizam os *direitos humanos* destacam-se em relação às demais normas de mesma hierarquia por terem como fundamento a dignidade da pessoa humana e por representarem valores consagrados universalmente. São normas que preferem a todas as outras, adquirindo a condição de normas fundamentais. Os *direitos fundamentais*, portanto, são os *direitos humanos* reconhecidos e protegidos internamente por um Estado e positivados em sua Constituição²²⁶.

Robert Alexy, possivelmente o mais importante teórico dos direitos fundamentais, abre o conceito de direitos fundamentais a partir de uma perspectiva formal e de uma perspectiva substancial. Do ponto de vista formal, os direitos fundamentais seriam “posições que são tão importantes que a decisão sobre garanti-las ou não garanti-las não pode ser simplesmente deixada para a maioria parlamentar simples”. Já do ponto de vista substancial, os direitos fundamentais seriam aqueles diretamente derivados do conceito de dignidade da pessoa humana²²⁷.

²²⁶ Neste sentido, Ingo Wolfgang Sarlet afirma que o “termo ‘direitos fundamentais’ se aplica para aqueles direitos do ser humano reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional positivo de determinado Estado, ao passo que a expressão ‘direitos humanos’ guardaria relação com os documentos de direito internacional, por referir-se àquelas posições jurídicas que se reconhecem ao ser humano como tal, independentemente de sua vinculação com determinada ordem constitucional” (**A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 10ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 29). Na mesma linha José Joaquim Gomes Canotilho reconhece o recorrente uso dos termos *direitos fundamentais* e *direitos humanos* como sinônimos, porém adverte que há uma distinção entre ambos. Os *direitos humanos* teriam origem jusnaturalista-universalista, daí porque são “válidos para todos os povos em todos os tempos”. Já os direitos fundamentais “são os direitos do homem, jurídico institucionalmente garantidos e limitados espaço-temporalmente”. Os direitos fundamentais, então, seriam os direitos do homem vigentes de forma concreta em um ordenamento jurídico (**Direito constitucional e teoria da constituição**. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 393).

²²⁷ **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011, pp. 446-449.

A origem e o conceito dos direitos fundamentais já demonstram que esta categoria de direitos assume uma posição de destaque na ordem jurídica. O âmbito de proteção destes direitos, entretanto, foi resultado de uma evolução que consolidou diversas teorias²²⁸.

Os direitos fundamentais foram, inicialmente, afirmados como direitos de liberdade do cidadão. Por esta teoria, de caráter liberal, os direitos fundamentais demarcariam “uma zona de não-intervenção do Estado e uma esfera de autonomia individual em face de seu poder”²²⁹. O cidadão seria protegido por uma prestação negativa que impõe ao Estado uma competência igualmente negativa, isto é, a vedação de qualquer ação dos Órgãos Públicos que venha a resultar na eliminação ou redução das posições jurídicas dos cidadãos. A prestação negativa do Estado vincularia diretamente a atividade legislativa de forma igualmente negativa, impedindo qualquer proposta de limitação ao exercício de um direito fundamental.

Segundo esta posição, os direitos fundamentais assumiriam a função de defesa da pessoa humana contra os poderes do Estado. Configurar-se-iam como normas de competência negativa para o Estado – dever de se abster - porém, no plano subjetivo, se afirmariam como uma liberdade positiva do cidadão – liberdade de exercer positivamente os direitos fundamentais e exigir omissões do Estado.

²²⁸ Considerando o concentrado foco do presente estudo, deixaremos de analisar cada uma das diversas teorias dos direitos fundamentais, como é o caso da teoria da ordem dos valores, da teoria institucional, da teoria social, da teoria democrática-social e da teoria socialista. Por opção metodológica, procuraremos apenas demonstrar o caráter multifuncional que os direitos fundamentais assumem na dogmática constitucional contemporânea. Para um estudo aprofundado das citadas teorias: CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003, pp. 1396-1402. ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011, pp. 49. HESSE, Konrad. **Temas fundamentais do direito constitucional**. Textos selecionados e traduzidos por Carlos dos Santos Almeida, Gilmar Ferreira Mendes e Inocência Mártires Coelho. São Paulo: Saraiva, 2009, pp. 33-40.

²²⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10ª ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, pp. 46-47.

Pela teoria liberal, assim como não deveria intervir na esfera das liberdades pessoais do indivíduo, ao Estado também não teria a obrigação de promover o exercício da liberdade individual ou de um direito social. Segundo esta teoria, os direitos fundamentais são preexistentes ao Estado, a quem competiria apenas reconhecê-los, resguardando uma postura de abstenção. Este âmbito de proteção passou a ser conhecido como a *primeira dimensão* dos direitos fundamentais.

A tutela proposta pela teoria liberal se mostrou insuficiente para assegurar a efetividade dos direitos fundamentais, na medida em que se funda em uma proteção meramente formal. Dissemina-se, então, a consciência que o indivíduo não abdica de suas liberdades por sua vontade, mas, ao revés, é impedido de alcançá-las por força de uma conjunção de diversos fatores externos, de ordem social, econômica, cultural, entre outras. Esta consciência demanda do Estado uma nova postura, não mais simplesmente omissiva, mas, agora, positiva.

Não basta ao indivíduo ter liberdades em uma dimensão abstrata sem dispor de instrumentos concretos que permitam que tais liberdades sejam, efetivamente, adquiridas e desfrutadas. O problema central não é o exercício de um direito fundamental, mas a impossibilidade concreta de poder exercê-lo. Assim, contrariamente à teoria liberal, que defende uma posição negativa do Estado, a teoria social defende que o Estado deve intervir para garantia dos direitos fundamentais. “Não se cuida mais, portanto, de liberdade do e perante o Estado, e sim de liberdade por intermédio do Estado”²³⁰.

A omissão diante de um incapaz é equiparável à agressão. A postura omissiva do Estado diante de direitos fundamentais ameaçados porque seus titulares não reúnem condições materiais de exercê-los equivale, materialmente, à própria ação violadora de tais direitos. O Estado que se omite

²³⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10ª ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 47.

é, então, considerado um Estado opressor. O Poder Público passa a ter o encargo de criar pressupostos fáticos que assegurem o exercício dos direitos fundamentais. Este novo paradigma implica no direito de obter do Estado certas prestações positivas, tais como educação, saúde, moradia e segurança²³¹.

O Estado deixa de figurar como ente neutro e passa à condição de protetor ativo dos direitos fundamentais. Não há uma superação de modelos, mas sim uma soma de funções. Os direitos fundamentais passam a irradiar duas cargas iminentes, uma refratária a intervenções e outra que exige proteção. Neste contexto, o Estado deixa de figurar apenas como um potencial agressor, passando a ser também protetor dos direitos fundamentais. Este “imperativo de tutela”²³² impõe ao Estado a obrigação de proteger os cidadãos contra possíveis lesões em seus direitos fundamentais seja qual for a fonte agressora. Sob esta concepção, os direitos fundamentais passam a permear todo o sistema jurídico, irradiando efeitos diretamente sobre o direito privado.

A tutela dos direitos fundamentais não mais se limita ao âmbito da relação cidadão-Estado. O dever de tutela exige que o Estado proteja os direitos fundamentais dos cidadãos contra eventuais agressões perpetradas por outros entes particulares. A defesa dos direitos fundamentais passa de uma amplitude vertical (relação cidadão-Estado) para uma extensão horizontal (relação cidadão-cidadão).

O dever de proteção dos direitos fundamentais assume diversas dimensões e mobiliza diversos atores. Ele vincularia o legislador

²³¹ Canotilho aponta alguns problemas relacionados com esta função prestacional do estado: a) o problema dos “direitos sociais originários” – se os particulares, a partir das normas constitucionais, podem exigir a prestação do Estado (ex. exigir uma casa em razão do direito de habitação); b) o problema dos “direitos sociais derivados” – se é possível exigir do legislador uma atuação concretizadora das normas constitucionais e exigir participação igual nas prestações criadas pelo legislador; c) se as normas consagradoras de direitos fundamentais sociais vinculam o legislador a adoção de “políticas sociais ativas”, como a criação de escolas, hospitais etc. (**Direito constitucional e teoria da constituição**. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003, pp. 408-409).

²³² CANARIS, Claus-Wilhelm. **Direitos fundamentais e direito privado**. Coimbra: Almedina, 2009.

impondo-lhe a adequação do direito infraconstitucional aos direitos fundamentais; vincularia o Judiciário alterando o paradigma de interpretação do direito privado ao sistema constitucional, no qual os princípios de direitos fundamentais atuam como “mandamentos de otimização”²³³; e, vincularia o Executivo quando o obriga a adotar políticas públicas tendentes a dar efetividade aos direitos fundamentais. Sob tais vinculações, os direitos fundamentais irradiariam efeitos sob o direito privado de forma indireta e mediata, ou seja, por intermédio exclusivo do direito infraconstitucional. Não haveria a aplicação direta da norma constitucional sob as relações jurídicas travadas no âmbito social.

Para muitos autores, a vinculação indireta e mediata dos particulares aos direitos fundamentais é insuficiente para a adequada proteção destes. Seria necessária uma vinculação mais efetiva, somente alcançável por meio de uma vinculação direta e imediata. São, portanto, duas teorias que disputam o modelo de eficácia horizontal dos direitos fundamentais: a que postula a vinculação direta e imediata e a que defende a vinculação indireta e mediata.

3.2 Constituição e direito privado: a eficácia horizontal dos direitos fundamentais.

A doutrina constitucional contemporânea não mais controverte a tese de que as normas de direitos fundamentais vinculam não apenas os entes estatais, mas também irradiam seus efeitos sobre o direito privado²³⁴. A

²³³ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 90.

²³⁴ Robert Alexy reconhece que “atualmente a ideia de que as normas de direitos fundamentais produzem efeitos na relação cidadão/cidadão e, nesse sentido, têm um efeito perante terceiros, ou efeito horizontal, é amplamente aceita” (**Teoria dos direitos fundamentais**. 2ª ed. São

questão residual, objeto de vários modelos doutrinários, consiste em definir de qual forma as normas de direitos fundamentais geram efeitos nas relações jurídicas privadas e em qual extensão tais efeitos se operam.

Conforme postulado pela teoria liberal, os direitos fundamentais constituiriam meios de defesa do cidadão perante o Estado, identificado como o potencialmente maior violador dos direitos e liberdades dos cidadãos. Este aspecto de vinculação dos Poderes Públicos aos direitos fundamentais, que compreende as relações cidadão-Estado, é designada como *eficácia vertical dos direitos fundamentais*.

Este efeito dos direitos fundamentais não comporta maiores controvérsias. Eventualmente, abre-se o debate acerca do conceito de *Estado* a que se refere. Para a maior parte da doutrina, o conceito de Estado deve ser abrangente, a compreender todos os órgãos dos Poderes Públicos e não apenas da administração direta, na medida em que as agressões aos direitos fundamentais dos cidadãos podem advir de forma oblíqua, de parte da administração indireta e dos órgãos investidos em função pública. Neste sentido, deve-se também considerar como verticalmente vinculados aos direitos fundamentais todos os atos praticados pelas empresas públicas, sociedades de economia mista, concessionárias de serviço público e por todos os que, de alguma forma, exerçam função pública.

Como concebido pela teoria social, a postura de não-intervenção do Estado se mostrou insuficiente para a preservação e garantia

Paulo: Malheiros, 2011, p. 528). Claus-Wilhelm Canaris vai um pouco além, para quem “a controvérsia científica a seu respeito já estaria definitivamente esgotada” (**Direitos fundamentais e direito privado**. Coimbra: Almedina, 2009, p. 19). Reconhecendo esse mesmo fenômeno, Juan María Bilbao Ubillos afirma existir cada vez menos autores que negam a relevância dos direitos fundamentais ao direito privado (¿En qué medida vinculan a los particulares los derechos fundamentales? In SARLET, I. W. (Org). **Constituição, direitos fundamentais e direito privado**. 2ª ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 310), opinião que é compartilhada por Benedita Ferreira da Silva Mac Crorie (**A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais**. Coimbra: Almedina, 2005, p. 5), José Carlos Vieira de Andrade (**Os direitos fundamentais na constituição portuguesa de 1976**. 4ª ed. Coimbra: Almedina, 2010, p. 541) e Ingo Wolfgang Sarlet (**A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 10ª ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 379), dentre outros.

dos direitos fundamentais. Tornou-se necessário que o Estado passasse a adotar medidas positivas, ou seja, passasse a atuar positivamente para que o indivíduo possa fazer uso adequado das vantagens que lhe são asseguradas no ordenamento jurídico. O Estado, portanto, deve intervir para a plena realização dos direitos fundamentais, ao que se convencionou chamar de vinculação positiva dos Poderes Públicos aos direitos fundamentais.

Os órgãos do Estado – Executivo, Legislativo e Judiciário – foram incumbidos da tarefa de proteger e promover os direitos fundamentais. Ao Executivo atribuiu-se a obrigação de desenvolvimento de políticas de promoção dos direitos fundamentais; ao Judiciário, assegurar estes direitos a partir de sua atividade jurisdicional; ao Legislativo, desenvolver uma disciplina normativa para os direitos fundamentais, conformando o direito privado.

Em meio a esta distribuição de competências, houve o reconhecimento de que o Poder Público não é o único agente capaz de atentar contra os direitos fundamentais dos cidadãos, na medida em que existem poderes sociais e mesmo indivíduos capazes de ameaçar tais direitos.

O postulado de proteção dos direitos fundamentais entra em espécie de reação com o reconhecimento de que os cidadãos podem sofrer restrições em seus direitos fundamentais pela ação de outros cidadãos, grupos e entes não-estatais. O problema, então, é construir um modelo doutrinário que explique como se opera a defesa dos direitos fundamentais nas relações particulares. A eficácia horizontal dos direitos fundamentais diz respeito à aplicação destas garantias no campo das relações jurídicas privadas, com a vinculação dos particulares a essa categoria de direitos.

Duas teorias disputam o modelo de eficácia horizontal: a teoria que defende que os direitos fundamentais são irradiados nas relações privadas por intermédio do direito infraconstitucional positivo, ou seja, de forma indireta e mediata; e, a teoria que postula uma eficácia direta e imediata dos direitos fundamentais nas relações particulares.

Segundo a concepção da teoria da eficácia indireta ou mediata, os direitos fundamentais não são irradiados às relações de direito privado a partir da própria Constituição, mas sim por intermédio de normas infraconstitucionais que criariam condições concretas de aplicabilidade destes direitos às relações não estatais. Sob tal teoria, a atuação do legislador ordinário seria imprescindível para que os direitos fundamentais venham a ter eficácia nas relações particulares.

A partir do julgamento do icônico caso Lüth²³⁵, na década de 1950, o direito constitucional passou a influenciar decisivamente o direito privado. Os direitos fundamentais passaram a constituir uma ordem objetiva de valores, irradiando seus efeitos para todas as áreas do Direito. Enquanto mera ordem de valores, o conteúdo normativo dos direitos fundamentais somente se

²³⁵ O caso Lüth notabilizou-se como sendo o marco do reconhecimento da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, ainda que a decisão tenha adotado a tese de irradiação indireta e mediata. Erich Lüth, então presidente do Clube de Imprensa de Hamburgo (Alemanha), incitou publicamente um boicote ao filme “Amada Imortal” (Unsterbliche Geliebte) produzido por Veit Harlan e lançado em 1950. Anos atrás, Harlan produzira filmes de propaganda nazista e com conteúdo antissemita, como fora o caso do controverso *Jud Süß*. Embora o filme “Amada Imortal” não tivesse qualquer conteúdo relacionado ao holocausto nazista, a crítica e o público foram influenciados pelo boicote e o filme acabou sendo um completo fracasso. Veit Harlan e os empresários que investiram na produção ingressaram com ação judicial contra Eric Lüth. A ação se fundava em disposição do Código Civil alemão que preceitua que todo aquele que, de forma contrária aos bons costumes, intencionalmente causar dano a outrem, é responsável pela reparação do prejuízo (BGB, art. 826). Eric Lüth não se conformou com a procedência da ação nas instâncias ordinárias e recorreu à Corte Constitucional alemã, sustentando que a Lei Fundamental alemã garante a liberdade de expressão. O Tribunal Constitucional Federal alemão acolheu os argumentos de Lüth, reconhecendo que o direito privado não é imune às normas de direitos fundamentais: “os direitos fundamentais são, em primeira linha, direitos de resistência do cidadão contra o Estado. Não obstante, às normas de direito fundamental incorpora-se também um ordenamento axiológico objetivo, que vale para todas as áreas do direito como uma fundamental decisão constitucional. No direito civil, o conteúdo jurídico dos direitos fundamentais desenvolve-se de modo mediato, por intermédio das normas de direito privado. Ele interfere, sobretudo, nas prescrições de caráter cogente e é realizável pelo juiz, sobretudo pela via das cláusulas gerais. [...] Uma expressão do pensamento que contenha uma convocação ao boicote não viola necessariamente os bons costumes na acepção do § 826 BGB; ela pode ser justificada constitucionalmente, em sede da ponderação de todos os fatores envolvidos no caso, por meio da liberdade de expressão do pensamento” (BVerfGE 7, 198, 1958). In: AMARAL, Júlio Ricardo de Paula. **Eficácia dos direitos fundamentais nas relações trabalhistas**. São Paulo: LTr, 2007, p. 59. SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 10ª ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 143. ABRANTES, José João. **Contrato de trabalho e direitos fundamentais**. Coimbra: Coimbra Editora, 2005, pp. 76-77. MARMELESTEIN, George. **50 Anos do Caso Lüth: o caso mais importante da história do constitucionalismo alemão pós-guerra**. Disponível em <<http://direitosfundamentais.net/2008/05/13/50-anos-do-caso-luth-o-caso-mais-importante-da-historia-do-constitucionalismo-alemao-pos-guerra/>>. Acesso em 22 fev. 2013.

desenvolveria pelas normas de direito privado. O juiz aplica o direito infraconstitucional, porém interpretando-o à luz dos direitos fundamentais.

Atualmente, a irradiação dos direitos fundamentais sobre o direito privado é notável por meio das cláusulas gerais e dos conceitos legais indeterminados, os quais exigem uma interpretação integrativa e estruturante, que adota como fundamento os valores constitucionais²³⁶. Esta posição, dominante no ordenamento jurídico alemão²³⁷, afigura-se como intermediária daquela que nega a vinculação dos particulares aos direitos fundamentais e aquela que defende uma eficácia horizontal direta e imediata.

A tese de eficácia indireta e mediata dos direitos fundamentais é defendida por muitos autores por intermédio de críticas que fazem à teoria contraposta, a que sustenta a aplicabilidade direta e imediata das normas de direitos fundamentais. Segundo estes autores, a aplicabilidade direta e imediata das normas de direitos fundamentais comprometeria a segurança jurídica das relações privadas, na medida em que a elevada abertura estrutural das normas de direitos fundamentais implicaria em um poder desmensurado ao juiz. Além disso – e possivelmente o mais importante argumento - a autonomia privada individual, que também constitui um valor fundamental constitucionalmente protegido, acabaria sendo perigosamente mitigada pela teoria de aplicabilidade direta.

Ambos os atores envolvidos na relação jurídica particular são titulares dos mesmos direitos fundamentais, dentre os quais o poder de dispor de seus interesses de forma autônoma. Tal situação não se verifica na relação jurídica vertical, onde apenas um dos protagonistas tem a proteção de tal acervo de direitos. Por tal razão, há autores que sustentam que não é possível atribuir às relações jurídicas privadas o mesmo tratamento dado às relações

²³⁶ SILVA, Virgílio Afonso. **A constitucionalização do direito**: os direitos fundamentais nas relações entre particulares. 1ª ed., 3ª tir. São Paulo: Malheiros, 2011, pp. 78-79.

²³⁷ Em decorrência, sobretudo, de algumas características próprias do sistema constitucional alemão, como será visto no capítulo 3.2.1, infra.

cidadão-Estado, motivo pelo qual a eficácia dos direitos fundamentais em uma e em outra relação deve ser diferente.

A teoria da eficácia direta e imediata dos direitos fundamentais partiu de estudos do alemão Hans Carl Nipperdey, em 1950, que, invocando pela primeira vez a eficácia horizontal dos direitos fundamentais, defendeu a igualdade salarial das mulheres. A teoria de Nipperdey tem como pressuposto a constatação de que “no âmbito das denominadas sociedades organizadas, há diversos grupos ou sujeitos dotados de grande influência na esfera social e econômica, com plena aptidão para vulnerar os direitos fundamentais de outros cidadãos, no âmbito das relações jurídicas”²³⁸.

Por esta teoria, as relações jurídicas entre particulares estão vinculadas aos direitos fundamentais, independentemente de intervenção do legislador, gerando direitos subjetivos aos cidadãos oponíveis tanto em face do Estado como em face dos demais cidadãos.

Benedita Ferreira da Silva Mac Crorie ressalta que a teoria da vinculação imediata e direta parte do “fato de os direitos fundamentais constituírem normas que expressam valores aplicáveis a toda ordem jurídica, como decorrência do princípio da unidade do ordenamento jurídico, e, de outro lado, em face do postulado da força normativa da Constituição, não se pode aceitar que o Direito Privado seja deixado à margem desta”²³⁹.

Para Daniel Sarmento, as críticas à teoria da eficácia horizontal direta e imediata dos direitos fundamentais muitas vezes deixam de considerar que ela não postula um modelo de incidência absoluta, uma vez que os próprios autores que a defendem reconhecem ser necessário ponderar, no caso concreto, o direito fundamental incidente e autonomia privada dos

²³⁸ AMARAL, Júlio Ricardo de Paula. **Eficácia dos direitos fundamentais nas relações trabalhistas**. São Paulo: LTr, 2007, p. 69.

²³⁹ **A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais**. Coimbra: Almedina, 2005, p. 70.

particulares envolvidos no caso. Para Sarmento, é errado ver a teoria da eficácia imediata como uma doutrina radical, na medida em que esta não pretende desconsiderar por completo a liberdade individual dos contratantes²⁴⁰.

Por razões de foco e espaço, deixaremos de analisar de cada uma das várias possíveis soluções para o problema da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais. O que interessa ao presente estudo é o fato de que todas as teorias de eficácia horizontal se encontram em um ponto comum, que coincide com um dos pilares centrais do direito do trabalho: a desigualdade fática e jurídica entre os contratantes.

As relações jurídicas de direito privado podem ter contornos variáveis, baseados, sobretudo, na condição jurídica ou de fato dos contratantes. Há relações privadas que se desenvolvem entre particulares situados no mesmo plano fático, em uma posição de igualdade de forças. São as relações interprivadas nas quais *não se observa* uma vulnerabilidade de um contratante em relação ao outro, na medida em que ambos se situam no mesmo plano fático e jurídico.

De outro lado, existem relações jurídicas que envolvem entidades, grupos e até mesmo indivíduos que exercem uma influência diferenciada sobre os demais sujeitos envolvidos na relação. Esta condição de vulnerabilidade de um contratante em relação a outro pode ter origem em uma desigualdade econômica, na dependência que uma das partes tem em relação ao contrato ou até mesmo em critérios culturais ou reverenciais.

É o que ocorre, por exemplo, na relação de consumo, em que se reconhece uma desigualdade fática entre os contratantes que justificou a criação de um estatuto legal com o propósito de, mediante ações afirmativas, equalizar tais diferenças.

²⁴⁰ **Direitos fundamentais e relações privadas.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 246.

A relação que se estabelece com estes entes de *poder privado* acaba se transformando em uma relação de domínio. O poder destes particulares se mostra materialmente próximo ao poder do Estado, inclusive quanto à sua potencialidade lesiva aos direitos fundamentais dos demais cidadãos.

A teoria dos direitos fundamentais não ignora tal fato. Para José João Abrantes, estes particulares poderosos estão vinculados (negativamente) aos direitos fundamentais da mesma forma que o Estado²⁴¹. Essa dimensão de eficácia dos direitos fundamentais é reconhecida até mesmo por aqueles que negam a vinculação negativa dos direitos fundamentais, encontrando, na hipótese dos entes de poder, uma exceção à regra. Neste sentido, Ingo Wolfgang Sarlet afirma que a doutrina é praticamente consensual no que diz respeito à possibilidade de aplicação direta das normas de direito fundamental aos entes privados na hipótese de relação desigual de poder, vinculação esta que terá a mesma intensidade que se verifica nas relações jurídico-públicas²⁴²⁻²⁴³.

Há autores, como Benedita da Silva Mac Crorie²⁴⁴, que sustentam que sequer é possível falar em *eficácia horizontal* para se referir à

²⁴¹ “Como se viu, até os próprios defensores do princípio de uma mera eficácia mediata acabam por reconhecer, não só a impossibilidade de manter o direito privado como um espaço estanque em relação aos preceitos constitucionais, como também a necessidade de um tratamento diferenciado das situações jurídicas de poder-sujeição, seja este poder de direito (caso do estado e de outros entes públicos) ou de facto (caso do empregador, em relação ao trabalhador). Nessas situações, nomeadamente na que emerge do contrato de trabalho, o fundamento e os limites da *Drittwirkung* encontram-se na analogia com o poder do estado” (ABRANTES, José João. **Contrato de trabalho e direitos fundamentais**. Coimbra: Coimbra Editora, 2005, p. 140).

²⁴² **A eficácia dos direitos fundamentais:** uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10ª ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 381.

²⁴³ Teresa Alexandra Coelho Moreira também afirma que todas as teorias de eficácia dos direitos fundamentais convergem no reconhecimento de que as relações jurídicas travadas com “sujeitos privados ‘poderosos’”, como é o caso do empregador, devem estar protegidas pela irradiação direta e imediata dos direitos fundamentais (**Da esfera privada do trabalhador e o controlo do empregador**. Coimbra Editora, 2004, p. 56 (Série *Stvdia Ivridica*, n. 78, Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra)).

²⁴⁴ **A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais**. Coimbra: Almedina, 2005, p. 12.

relação existente entre os entes de *poder privado* e os demais cidadãos, na medida em que, nestas relações, o que se observa são indivíduos situados em posições jurídicas distintas. É exatamente esta ausência de simetria que permite que o contratante que se encontre numa posição dominante condicione a decisão da parte mais fraca na relação jurídica. Como ensina Juan Maria Bilbao Ubillos, não surpreende que a gênese e o desenvolvimento mais fecundo da teoria da eficácia horizontal dos direitos fundamentais tenha tido como cenário o campo das relações laborais²⁴⁵.

Antes de prosseguirmos o estudo, convém um olhar em perspectiva para resolver uma inquietação que antecede todo esse problema: a eficácia horizontal dos direitos fundamentais e suas teorias de irradiação constituem, realmente, um problema no sistema constitucional brasileiro?

3.2.1 Eficácia horizontal dos direitos fundamentais no sistema constitucional brasileiro: um possível falso problema.

O pensamento jurídico no Brasil sofre uma crise de identidade. A doutrina importa modelos e teorias de outros países, muitas vezes sem levar em consideração que, por vezes, os sistemas jurídicos são tão diferentes quanto são as realidades sociais. Especificamente no que se refere ao direito do trabalho, enaltece-se sistemas liberais e sua produção normativa autônoma, prestada via negociação coletiva, mas não se leva em conta os diferentes

²⁴⁵ “A nadie puede sorprender, por tanto, que la génesis y el desarrollo más fecundo de la teoría de la *Drittwirkung* haya tenido como escenario el campo de las relaciones laborales” (UBILLOS, Juan María Bilbao. En qué medida vinculan a los particulares los derechos fundamentales? In SARLET, I. W. (Org). **Constituição, direitos fundamentais e direito privado**. 2ª ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 304). A referência feita por Ubillos é ao ensaio publicado por Hans Carl Nipperdey em 1950, na Alemanha, sobre a igualdade salarial da mulher, o que é considerado como a primeira abordagem teórica do problema da eficácia horizontal dos direitos fundamentais.

desníveis que separam o capital e o trabalho ou o problema da representatividade dos sindicatos. Compara-se o “custo da mão de obra” com países que há anos têm seus produtos internos brutos divulgados com dois dígitos, mas não se compara as diferenças em termos de conquistas sociais. Estimula-se a solução autônoma de conflitos, via conciliação, mas não se leva em conta o efeito perverso que isso vem causando, na medida em que dissemina a ideia de que é mais econômico não cumprir a lei e depois transacionar por um custo mais baixo.

Apontamos o direito do trabalho como escusa para criticar outros ramos. O direito civil falhou em sua missão de promover o equilíbrio social porque não considerou uma realidade brasileira, que é o fato de que, entre nós, uma lei que não impõe sanção é o mesmo que nada. Atualmente, o descumprimento de uma obrigação civil gera, no máximo, um comando judicial para que a obrigação seja cumprida e nada mais. É como se retirássemos do crime de roubo sua pena e disséssemos ao ladrão que o pior que lhe pode acontecer é ter que devolver o bem roubado. Este é o direito civil de hoje. O número de causas repetitivas e contra os mesmos réus nos Juizados Especiais Cíveis é o sintoma de que algo está errado.

O direito constitucional alemão é realmente fascinante por sua tradição argumentativa, sua sistematização e pela impressionante produção de seus juristas. Nos dias atuais, é impossível estudar direito constitucional sem visitar as obras de Robert Alexy, Günter Dürig, Hans Carl Nipperdey, Jürgen Schwabe, Konrad Hesse, Clauss-Wilhelm Canaris, dentre outros. As teorias desses autores têm influenciado enormemente a doutrina brasileira.

Sob tal influência, o problema da eficácia horizontal dos direitos fundamentais passou ocupar espaço nos relatórios acadêmicos e na produção doutrinária. No entanto, uma pergunta poucas vezes foi feita: esse problema realmente tem relevância para o direito constitucional brasileiro? Será que, ao invés de uma solução, estaríamos importando um problema que não é nosso? Explicamos o motivo desta inquietação:

A Lei Fundamental Alemã, de 1949, possui cláusula que estabelece a vinculação dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário aos direitos fundamentais:

Os direitos fundamentais, discriminados a seguir, constituem direitos diretamente aplicáveis e vinculam os poderes legislativo, executivo e judiciário²⁴⁶.

Esta disposição da Lei Fundamental Alemã identifica a chamada eficácia vertical dos direitos fundamentais, que se refere à irradiação desta categoria de direitos na relação cidadão-Estado. Desde então, a doutrina alemã vem se ocupando em compreender a extensão desta disposição da Lei Fundamental, florescendo diversas teorias, dentre as quais a teoria da eficácia horizontal dos direitos fundamentais.

A teoria da eficácia horizontal dos direitos fundamentais é uma construção doutrinária que pretende superar a limitação imposta pela Lei Fundamental Alemã ao vincular apenas os órgãos do Estado aos direitos fundamentais.

Em outros países, o problema da eficácia horizontal dos direitos fundamentais foi superado pelo próprio texto constitucional. Como exemplo, a Constituição da República Portuguesa anuncia que “os preceitos constitucionais respeitantes aos direitos, liberdades e garantias são directamente aplicáveis e vinculam as entidades públicas e privadas” (artigo 18º, 1). Observa-se que, no sistema constitucional português, a teoria da eficácia horizontal direta e imediata dos direitos fundamentais foi absorvida e adotada pelo próprio legislador constituinte, tornando praticamente esgotada qualquer discussão acerca da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais.

²⁴⁶ Lei Fundamental da República Federal da Alemanha (Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland), 1949, artigo 1º, 3. Disponível em <http://www.brasil.diplo.de/contentblob/3254212/Daten/1330556/ConstituicaoPortugues_PDF.pdf>. Acesso em 17 nov. 2012.

É fácil perceber, então, que a teoria da eficácia horizontal dos direitos fundamentais possui extrema relevância na doutrina alemã, suscitando intensos debates acadêmicos que vão desde a negação deste modelo eficaz até a defesa de uma irradiação direta e imediata dos direitos fundamentais nas relações particulares. Esta mesma discussão doutrinária, no entanto, deixou de fazer sentido no sistema constitucional português, que, por opção política, adotou a tese de irradiação direta dos direitos fundamentais nas relações privadas. Em Portugal a discussão acadêmica foi encerrada pela Carta Constitucional.

Um dos principais referenciais teóricos em direitos fundamentais é a Teoria dos Direitos Fundamentais de Robert Alexy. Logo no início de sua obra, Alexy adverte que sua teoria

diz respeito a uma teoria jurídica geral dos direitos fundamentais da Constituição alemã. [...] Isso a diferencia tanto de teorias sobre direitos fundamentais que tenham vigido no passado (teorias histórico-jurídicas), como de teorias sobre direitos fundamentais per se (teorias filosóficas-jurídicas), como de teorias sobre direitos fundamentais que não os da Constituição alemã – por exemplo, teorias sobre direitos fundamentais de outros países ou teorias sobre direitos fundamentais dos Estados Federados alemães²⁴⁷.

É certo que a teoria dos direitos fundamentais tem importância em qualquer sistema constitucional, dado o caráter universal destes direitos, assim como tem importância acadêmica incontestável que transcende os contornos do direito positivo local²⁴⁸. No entanto, a proposta da presente pesquisa não é uma imersão na dogmática constitucional contemporânea, mas, como já delimitamos, entender em que medida os direitos fundamentais, e, mais precisamente, as garantias do contraditório e da ampla defesa, geram efeitos nas relações privadas. Nesta perspectiva concentrada, a questão suscitada neste tópico se mostra relevante: a discussão acerca da eficácia horizontal dos direitos fundamentais é válida no direito constitucional brasileiro?

²⁴⁷ **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011, pp. 31-32.

²⁴⁸ Como, aliás, anuncia Claus-Wilhelm Canaris. In: **Direitos fundamentais e direito privado**. Coimbra: Almedina, 2009, pp. 20-21.

A Constituição Federal de 1988 não foi explícita quanto a Constituição da República Portuguesa no tocante à vinculação dos particulares aos direitos fundamentais; porém também não foi explícita como a Lei Fundamental Alemã ao prever apenas a eficácia vertical dos direitos fundamentais. A Carta de 1988 não delimita sua eficácia às relações cidadãos-Estado, mas também não afirma que os direitos fundamentais se aplicam nas relações privadas. A opção do legislador constituinte foi simplesmente declarar que “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata” (artigo 5º, § 1º).

A partir da nossa realidade constitucional, seria possível defender tanto a tese de que a eficácia horizontal não foi assimilada pela Constituição Federal de 1988, quanto a tese de que tal opção foi perfeitamente desenvolvida pelo Legislador Constituinte, na medida em que *ubi lex non distinguit nec nos distinguere debemus*.

A negação da eficácia horizontal encontraria pelo menos três obstáculos de difícil transposição. O primeiro é que para defender a vinculação exclusiva dos órgãos de Estado aos direitos fundamentais, o jurista seria obrigado a reduzir a Constituição a um mero programa para a atuação estatal. Para tanto, seria necessário refutar toda a construção doutrinária moderna que consolidou a Constituição como norma jurídica de nível superior capaz de constituir, por si, situações subjetivas de vantagem e de vínculo, tal como visto no tópico 2.2.

O segundo obstáculo reside no fato de que a Constituição Federal de 1988 possui várias disposições de direitos fundamentais que regulam exclusivamente relações jurídicas entre particulares, ao contrário do que ocorre com outras Constituições, como a alemã, que possuem estrutura normativa concentrada em princípios.

O melhor exemplo é o catálogo de direitos fundamentais sociais dos trabalhadores contido no artigo 7º da Constituição Federal de 1988.

Todos os direitos previstos neste catálogo se dirigem exclusivamente aos trabalhadores vinculados à iniciativa privada, na medida em que os servidores públicos terão “regime jurídico único”, tal como previsto no artigo 37 da Carta Constitucional, que estendeu a estes trabalhadores apenas parte dos direitos fundamentais contidos no artigo 7º da Constituição Federal²⁴⁹.

Direitos como a participação nos lucros e resultados e o reconhecimento das convenções e acordo coletivo não fazem parte do patrimônio jurídico dos servidores públicos. São, portanto, direitos fundamentais que a própria Constituição destina exclusivamente aos entes particulares. Para não haver dúvidas sobre os destinatários de determinadas normas de direitos fundamentais, basta observar que o artigo 7º, § único, da Constituição Federal de 1988 dispõe sobre direitos dos trabalhadores domésticos; uma inequívoca relação privada.

Por fim, seria necessária uma interpretação restritiva do artigo 5º, § 1º, da Constituição Federal de 1988, o que envolve alguns problemas já referidos no item 2.4.1, supra.

A partir de uma leitura sistemática da Constituição Federal de 1988, consideramos impossível constatar qualquer limite à eficácia dos direitos fundamentais à relação cidadão-Estado. Ao contrário, a Carta Constitucional expressamente refere a direitos fundamentais que se desenvolverão exclusivamente nas relações privadas, o que nos leva a afirmar que a Constituição de 1988 optou por assimilar a eficácia horizontal dos direitos fundamentais. E o fez sob a tese de eficácia imediata, tal como consta em seu artigo 5º, § 1º.

²⁴⁹ Constituição Federal de 1988, artigo 39: “A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios instituirão, no âmbito de sua competência, regime jurídico único e planos de carreira para os servidores da administração pública direta, das autarquias e das fundações públicas. [§] § 3º Aplica-se aos servidores ocupantes de cargo público o disposto no art. 7º, IV, VII, VIII, IX, XII, XIII, XV, XVI, XVII, XVIII, XIX, XX, XXII e XXX, podendo a lei estabelecer requisitos diferenciados de admissão quando a natureza do cargo o exigir”.

O problema da eficácia horizontal dos direitos fundamentais parece ter sido solucionado pelo próprio legislador constituinte, tal como fez o constituinte português de 1976. Nesta dimensão, muitas das teorias sobre eficácia dos direitos fundamentais não têm o mesmo impacto no Brasil que têm em outros países, sobretudo na Alemanha. A importância destas teorias entre nós está concentrada mais no problema de aplicação dos direitos fundamentais do que no problema da eficácia horizontal destes direitos, esta incontroversa.

3.3 A estrutura das normas de direitos fundamentais. O artigo 5º, LV, da Constituição Federal de 1988 como norma definidora de direitos fundamentais.

O ponto de partida do presente tópico é investigar se a norma enunciada no artigo 5º, LV, da Constituição Federal de 1988 define um direito fundamental, embora intuitivamente sejamos levados a responder positivamente.

Uma norma definidora de direito fundamental pode ser desvendada e assim qualificada a partir de um método de investigação deduzido em duas etapas. Inicialmente, deve ser observada a *posição* que a norma ocupa no texto constitucional; posteriormente, deve ser examinado se a norma possui uma *fundamentação em termos de direitos fundamentais* válida.

Em princípio, uma norma pode ser considerada de direito fundamental se ele estiver inserida no *corpus* constitucional sob um título que lhe identifique como tal. Em que pese a simplicidade deste critério meramente formal, ele demonstra a intenção do legislador constitucional de atribuir nota de fundamentalidade à norma, daí porque esse aspecto deve ser considerado.

A Constituição Federal de 1988 adota o epíteto “Dos Direitos e Garantias Fundamentais” para o Título II de seu *corpus*, subdividindo-o em cinco capítulos, que tratam “Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos” (artigo 5º), “Dos Direitos Sociais” (artigos 6º a 11), “Da Nacionalidade” (artigos 12 e 13), “Dos Direitos Políticos” (artigos 14 a 16) e “Dos Partidos Políticos” (artigo 17).

A partir deste aspecto meramente formal, seria possível dizer que todas as normas contidas nos artigos 5º a 17 da Constituição Federal de 1988 constituem normas de direitos fundamentais. No entanto, há, pelo menos, três objeções que podem ser feitas à validade deste método.

Primeiramente, este método é muito restritivo, pois afastaria a possibilidade de existirem outras normas de direitos fundamentais fora do respectivo catálogo constitucional. Cita-se, como exemplo, artigo 170 da Constituição Federal, que estabelece os “Princípios Gerais da Ordem Econômica” e arrola, dentre eles, o princípio da defesa ao meio ambiente (inciso VI)²⁵⁰. A partir de uma visão puramente formal, não seria possível dizer que a defesa no meio ambiente constitui um direito fundamental, o que contraria um juízo hipotético universal.

A segunda objeção corresponde ao exato oposto da primeira. Pela dimensão formal, todas as normas contidas nos artigos 5º a 17 da Constituição Federal de 1988 constituem normas de direitos fundamentais. Tal premissa levaria a conclusões possivelmente equivocadas. Tomemos como exemplo o disposto no artigo 8º, II, da Carta Constitucional, que veda

²⁵⁰ Constituição Federal de 1988, art. 170: “A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: I - soberania nacional; II - propriedade privada; III - função social da propriedade; IV - livre concorrência; V - defesa do consumidor; VI - defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação; VII - redução das desigualdades regionais e sociais; VIII - busca do pleno emprego; IX - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País. [§] Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei.

expressamente a criação de mais de uma organização sindical representante da mesma categoria em uma mesma base territorial, estabelecendo a chamada unicidade sindical²⁵¹. Em que pese tal norma estar inserida no catálogo de direitos fundamentais da Constituição ela é considerada pela comunidade internacional como uma violação frontal à liberdade dos trabalhadores, o que torna no mínimo controverso seu caráter de norma direito fundamental, notadamente pela perspectiva histórica do processo de formação destes direitos²⁵².

A terceira objeção constitui um problema de aplicação da norma. Há muito a teoria geral do direito já desvinculou a *norma jurídica* de seu *texto legal*. Sem espaço para explorar os argumentos dessa afirmação, partiremos da premissa que os signos semânticos da norma não constituem a norma jurídica em si. A norma é revelada pelo jurista a partir de um processo intelectual de hermenêutica e integração, que tem início no texto legal, porém

²⁵¹ Constituição Federal de 1988, artigo 8º: “É livre a associação profissional ou sindical, observado o seguinte: [...] II - é vedada a criação de mais de uma organização sindical, em qualquer grau, representativa de categoria profissional ou econômica, na mesma base territorial, que será definida pelos trabalhadores ou empregadores interessados, não podendo ser inferior à área de um Município”.

²⁵² A Convenção nº 87 da Organização Internacional do Trabalho (OIT), aprovada em 1948 e ainda não ratificada pelo Brasil, possui disposições diretamente contrárias ao sistema de unicidade sindical: “Os trabalhadores e as entidades patronais, sem distinção de qualquer espécie, têm o direito, sem autorização prévia, de constituírem organizações da sua escolha, assim como o de se filiarem nessas organizações, com a única condição de se conformarem com os estatutos destas últimas” (art. 2º). “As organizações de trabalhadores e de entidades patronais têm o direito de elaborar os seus estatutos e regulamentos administrativos, de eleger livremente os seus representantes, organizar a sua gestão e a sua atividade e formular o seu programa de ação” (art. 3º, I). “As autoridades públicas devem abster-se de qualquer intervenção susceptível de limitar esse direito ou de entravar o seu exercício legal” (art. 3º, II) (Conferência Geral da Organização Internacional do Trabalho, 31º Reunião, 1948, São Francisco (Estados Unidos). **Convenção nº 87**. São Francisco: OIT, 1948. Disponível em: <http://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO:12100:P12100_INSTRUMENT_ID:312232:NO>. Acesso em 9 nov. 2012). Não bastasse, o Comitê de Liberdade Sindical da OIT publicou em 2006 um ementário das decisões proferidas em representações opostas contra diversos países-membros da Organização. As ementas nº 313 e 314 são dirigidas especificamente ao Brasil e condenam a unicidade sindical por sua colisão com o princípio de liberdade de associação: “313. A existência de uma organização em um determinado setor não deve ser um obstáculo para o estabelecimento de uma outra organização, se os trabalhadores assim o desejarem”. “314. As disposições de uma Constituição nacional relativas à proibição de criação de mais de um sindicato por categoria profissional ou econômica, seja qual for o grau de organização, em uma determinada área territorial que não pode ser inferior a um município, não estão em conformidade com os princípios da liberdade de associação” (INTERNATIONAL LABOUR OFFICE. **Freedom of association**: digest of decisions and principles of the Freedom of Association Committee of the Governing Body of the ILO. 5th ed. Geneva: International Labour Office, 2006. Tradução livre).

com este não se confunde. A norma, portanto, é o resultado final do processo de aplicação do texto normativo ao caso concreto.

É possível que a solução de um caso concreto encontre solução explícita no texto de uma norma de direitos fundamentais. Neste caso, o enunciado de direito fundamental (o texto normativo) é aplicado diretamente à relação jurídica, envolvendo, neste processo, uma limitada atuação integradora do jurista. Em casos como tais, o intérprete da norma praticamente transpõe o texto normativo para o caso concreto, uma vez que a norma de direito fundamental praticamente confunde-se com seu signo semântico. Neste caso, estaremos diante de uma *norma diretamente estabelecida pelo texto constitucional*.

Como exemplo, podemos imaginar um conflito de lei penal no tempo e a regra constante no artigo 5º, XL, da Constituição Federal de 1988, segundo a qual “a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu”. Observa-se que solução do caso concreto reclamaria a simples aplicação da norma, não exigindo um trabalho de interpretação estrutural mais amplo. Trata-se, portanto, de uma norma de direito fundamental diretamente estabelecida.

No entanto, uma característica comum das normas de direito fundamentais é sua *abertura estrutural*, que exige do jurista uma atividade integrativa do texto legal tendente a revelar a norma jurídica. Tome-se como exemplo o *direito fundamental da igualdade* e a discussão envolvendo a reserva de cotas para alunos de baixa renda ou de determinada origem étnica em universidades públicas. Neste caso, o enunciado normativo não resolve por si o problema da possível ofensa ao direito de igualdade, exigindo do intérprete um complexo trabalho de integração do signo normativo para desvendar o conteúdo axiológico do direito de igualdade, recorrendo a elementos históricos,

sociais e filosóficos. O resultado desse trabalho de integração é o que Robert Alexy chama de *norma de direitos fundamentais atribuídas*²⁵³.

O mesmo fenômeno pode ser observado na norma que reside no artigo 5º, XIII, da Constituição Federal. Ela estabelece que “a propriedade atenderá a sua função social”. Observa-se que referida norma depende de um complexo trabalho de integração de seu suporte fático assim como dos possíveis efeitos que a norma pode gerar. O conceito de função social é um *suporte fático amplo* e que exige prévia determinação por parte do intérprete para incidir sobre o caso concreto. O mesmo ocorre com os possíveis efeitos que a norma irradia, na medida em que não especifica qual a solução deve ser adotada pelo jurista quando a propriedade não atender sua função social. Este trabalho de integração da estrutura normativa gera uma norma de direitos fundamentais atribuída.

Esse trabalho integrativo pode resultar em resultados variáveis e até opostos entre si, conforme o desenvolvimento do processo da interpretação estruturante do texto legal. Tomemos como exemplo, mais uma vez, a norma contida no artigo 5º, LV, da Constituição Federal de 1988, que garante aos litigantes em processo judicial o contraditório e a ampla defesa. Suponhamos que um jurista interprete a expressão “ampla defesa” como a possibilidade de o litigante defender suas razões por todas as formas que reputar adequadas e repeti-las perante qualquer autoridade, por quantas vezes considerar necessário. Neste caso, seria possível dizer, por exemplo, que os estreitos pressupostos de admissibilidade de um recurso de revista ofenderiam um direito fundamental do litigante, assim como seria possível afirmar que a coisa julgada material é igualmente ofensiva ao direito à “ampla defesa”. Estas últimas afirmações hipotéticas consistem realmente em um direito fundamental?

²⁵³ **Teoria dos direitos fundamentais.** Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 73.

Outro exemplo pode ser extraído da mesma norma. No capítulo anterior, defendemos que a expressão “aos acusados em geral” contida no artigo 5º, LV, da Constituição Federal, assegura as garantias do contraditório e da ampla defesa ao cidadão cujos direitos estejam sendo ameaçados por outro sujeito, grupo, ou entidade não estatal que concentre poder para, com seus próprios desígnios, atingir os direitos em questão. Se considerarmos que o empregador é um sujeito de poder privado e que tanto as sanções disciplinares como a dispensa por justa causa são atos que atingem direitos do trabalhador, então seria possível extrair uma norma segundo a qual todo trabalhador tem direito ao exercício do contraditório e da ampla defesa diante de qualquer sanção disciplinar ou de um despedimento motivado por falta grave. Trata-se, esta hipótese, de uma norma de direito fundamental atribuída?

O problema, portanto, consiste em saber se qualquer um dos possíveis resultados do processo de integração do texto legal constitui uma norma de direito fundamental atribuída. A resposta é evidentemente negativa. Para Robert Alexy, é necessário verificar se a norma atribuída é *válida*. Para tanto, ela deve ter uma “argumentação referida a direitos fundamentais que a sustente”²⁵⁴.

Esta mesma *fundamentação em termos de direitos fundamentais* deve ser exigida das normas diretamente estabelecidas, quais sejam, aquelas que decorrem diretamente do texto constitucional e que constam catalogadas na Constituição sob um título de direitos fundamentais. Da mesma forma, uma norma constitucional fora do catálogo de direitos fundamentais pode ser assim considerada se ela possuir sustentação em um *argumento de direitos fundamentais*.

Com efeito, mais relevante do que a posição que a norma ocupa no sistema constitucional é verificar se ela possui um *argumento de direito fundamental*. Não é possível identificar em uma Constituição um grupo

²⁵⁴ **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 74.

pré-definido e fechado de normas de direitos fundamentais, assim como não é possível esgotar todas as possibilidades de novas *atribuições* de normas desta natureza. Os direitos fundamentais têm como característica sua constante atualização por meio de um processo de releitura de seu suporte fático para sua adequação aos novos valores sociais²⁵⁵. Esta abertura do catálogo de direitos fundamentais tem previsão no texto da própria Constituição Federal de 1988, ao afirmar que “os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte” (artigo 5º, § 2º).

E qual seria o argumento capaz de traduzir uma posição jurídica como um direito fundamental? Para Robert Alexy, tal argumento, do ponto de vista substancial, deriva do conceito de dignidade da pessoa humana²⁵⁶, de forma que uma posição jurídica constitui um direito fundamental se estiver diretamente relacionada com os valores intrínsecos à condição humana, como a liberdade, a igualdade e a dignidade. As normas de direitos fundamentais constituem a incorporação desses valores ao ordenamento jurídico positivo.

Este conceito de valores inerentes à condição humana remete ao problema, analisado linhas atrás, do *fundamento de validade* dos direitos do homem, que somente foi solucionado pelo *consenso geral* acerca da validade dos direitos naturais. E o consenso geral de validade, como visto, foi obtido pelo reconhecimento dos direitos do homem pela comunidade internacional.

Atinge-se, assim, uma conclusão sobre o tema: os direitos fundamentais constituem as posições jurídicas relacionadas com a liberdade, a igualmente e a dignidade da pessoa humana, reconhecidas em âmbito internacional como direitos universais.

²⁵⁵ Como pode ser exemplificado no recente reconhecimento da união homoafetiva como preceito fundamental.

²⁵⁶ **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011, pp. 446-449.

Recordadas estas bases teóricas, retoma-se o problema anunciado neste tópico: a norma contida no artigo 5º, LV, da Constituição federal de 1988 constitui uma norma de direito fundamental?

Inicialmente, não há dúvidas que a norma em estudo está inserida no corpo constitucional em capítulo dedicado ao catálogo de direitos fundamentais. Tal fato demonstra a intenção do legislador em fixar a norma em uma posição cimeira na ordem constitucional, o que faz o intérprete partir da presunção de que se trata, efetivamente, de uma norma de direito fundamental. É necessário, porém, ir além: verificar se as garantias do contraditório e da ampla defesa possuem um *argumento de direito fundamental*, ou seja, se concedem ao seu titular uma posição jurídica relacionada com a dignidade da pessoa humana, bem como se tais garantias são reconhecidas internacionalmente como direitos inatos ao homem.

Já dissemos páginas atrás que as garantias do contraditório e a ampla defesa atuam como instrumento de proteção a outros direitos fundamentais, como o direito à liberdade, à integridade física e moral, à propriedade e a dignidade da pessoa humana. Afirmamos, ainda, que em face de seu caráter instrumental, o contraditório e a ampla defesa devem ser classificados como uma garantia fundamental.

A relação entre as garantias de defesa e a dignidade da pessoa humana é tão íntima, que parece desnecessário qualquer argumento neste sentido; mais produtivo, assim pensamos, é explorar o *consenso geral* acerca do fato de as garantias de defesa constituírem um direito inerente à condição humana. Tal consenso pode ser identificado em diversos documentos e declarações aprovadas por organismos internacionais, porém, por razões de concentração e suficiência, citaremos apenas os três mais importantes.

A já citada Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948) expressamente reconhece a garantia de defesa como integrante do acervo de

direitos inatos do homem, garantia que poderá ser exercitada diante de acusação de prática de qualquer ato delituoso, de qualquer natureza:

Artigo XI. 1. Todo ser humano acusado de um ato delituoso tem o direito de ser presumido inocente até que a sua culpabilidade tenha sido provada de acordo com a lei, em julgamento público no qual lhe tenham sido asseguradas todas as garantias necessárias à sua defesa²⁵⁷.

A Convenção Europeia dos Direitos do Homem (1950) reconhece ao acusado o direito natural de ter sua inocência presumida, de ser informado de forma minuciosa sobre a acusação que lhe recai, de dispor do tempo e dos meios necessários para a elaboração de sua defesa e de defender-se por si próprio ou por intermédio de um defensor da sua escolha ou designado gratuitamente²⁵⁸.

Por fim, a Convenção Americana Sobre Direitos Humanos (1969) reproduz texto semelhante ao da Convenção Europeia dos Direitos do

²⁵⁷ ASSEMBLEIA GERAL DAS NAÇÕES UNIDAS, 1948, Paris (França). **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Paris: ONU, 1948. Disponível em: <http://unicrio.org.br/img/DeclU_D_HumanosVersoInternet.pdf>. Acesso em 9 nov. 2012.

²⁵⁸ CONSELHO DA EUROPA, 1950, Roma (Itália). **Convenção para a Protecção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais**. Roma: CE, 1950. Disponível em: <http://www.echr.coe.int/NR/rdonlyres/7510566B-AE54-44B9-A163-912EF12B8BA4/0/Convention_POR.pdf>. Acesso em 9 nov. 2012. Artigo 6º: “Direito a um processo equitativo. 1. Qualquer pessoa tem direito a que a sua causa seja examinada, equitativa e publicamente, num prazo razoável por um tribunal independente e imparcial, estabelecido pela lei, o qual decidirá, quer sobre a determinação dos seus direitos e obrigações de carácter civil, quer sobre o fundamento de qualquer acusação em matéria penal dirigida contra ela. O julgamento deve ser público, mas o acesso à sala de audiências pode ser proibido à imprensa ou ao público durante a totalidade ou parte do processo, quando a bem da moralidade, da ordem pública ou da segurança nacional numa sociedade democrática, quando os interesses de menores ou a protecção da vida privada das partes no processo o exigirem, ou, na medida julgada estritamente necessária pelo tribunal, quando, em circunstâncias especiais, a publicidade pudesse ser prejudicial para os interesses da justiça. 2. Qualquer pessoa acusada de uma infracção presume-se inocente enquanto a sua culpabilidade não tiver sido legalmente provada. 3. O acusado tem, como mínimo, os seguintes direitos: a) Ser informado no mais curto prazo, em língua que entenda e de forma minuciosa, da natureza e da causa da acusação contra ele formulada; b) Dispor do tempo e dos meios necessários para a preparação da sua defesa; c) Defender-se a si próprio ou ter a assistência de um defensor da sua escolha e, se não tiver meios para remunerar um defensor, poder ser assistido gratuitamente por um defensor oficioso, quando os interesses da justiça o exigirem; d) Interrogar ou fazer interrogar as testemunhas de acusação e obter a convocação e o interrogatório das testemunhas de defesa nas mesmas condições que as testemunhas de acusação; e) Fazer-se assistir gratuitamente por intérprete, se não compreender ou não falar a língua usada no processo”.

Homem, reconhecendo, igualmente, o exercício da garantia de defesa como inerente à condição humana²⁵⁹.

É neste sentido que Helena de Toledo Coelho Gonçalves pronuncia que

Estando inexoravelmente ligados aos direitos fundamentais, expressão da liberdade, igualdade e dignidade da pessoa humana, [as garantias do contraditório e da ampla defesa] permeia[m] todas as ramificações do direito positivo, em função lógica intrínseca ao ordenamento jurídico²⁶⁰.

O *argumento de direitos fundamentais* das garantias do contraditório e da ampla defesa parece não suscitar maiores controvérsias, razão pela qual é possível enunciar a conclusão de que a norma constante no artigo 5º, LV, da Constituição Federal de 1988 é uma norma definidora de direitos fundamentais.

No direito constitucional positivo, as normas constituídas por um suporte fático amplo e uma carga jurídica indefinida, como é o caso da norma contida no artigo 5º, XIII, da Constituição Federal (“a propriedade

²⁵⁹ CONFERÊNCIA ESPECIALIZADA INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 1969, San José (Costa Rica). **Convenção Americana de Direitos Humanos**. San José: OEA, 1969. Disponível em: <http://www.cidh.oas.org/Basicos/Portugues/c.Convencao_Americana.htm>. Acesso em 9 nov. 2012. Artigo 8: “Garantias judiciais.1. Toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza. 2.Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas: a) direito do acusado de ser assistido gratuitamente por tradutor ou intérprete, se não compreender ou não falar o idioma do juízo ou tribunal; b) comunicação prévia e pormenorizada ao acusado da acusação formulada; c) concessão ao acusado do tempo e dos meios adequados para a preparação de sua defesa; d) direito do acusado de defender-se pessoalmente ou de ser assistido por um defensor de sua escolha e de comunicar-se, livremente e em particular, com seu defensor; e) direito irrenunciável de ser assistido por um defensor proporcionado pelo Estado, remunerado ou não, segundo a legislação interna, se o acusado não se defender ele próprio nem nomear defensor dentro do prazo estabelecido pela lei; f) direito da defesa de inquirir as testemunhas presentes no tribunal e de obter o comparecimento, como testemunhas ou peritos, de outras pessoas que possam lançar luz sobre os fatos; g) direito de não ser obrigado a depor contra si mesma, nem a declarar-se culpada; e, h) direito de recorrer da sentença para juiz ou tribunal superior”.

²⁶⁰ **Contraditório e ampla defesa**. São Paulo: Juruá, 2010, p. 13.

atenderá a sua função social”), foram tradas como normas de eficácia limitada, tendo, portanto, reduzida capacidade de produzir efeitos.

Como já dissemos, a teoria dos direitos fundamentais edificou um modelo teórico que superou essa visão, no qual tanto as regras como os princípios constitucionais possuem carga normativa. Os princípios constitucionais assumem uma condição de verdadeiras normas jurídicas, irradiando seus efeitos de forma imediata e direta, a partir de uma interpretação integradora fundamentada em um argumento de direito constitucional. Este modelo merece espaço de estudo no presente trabalho.

3.4 Direitos fundamentais e o sistema de regras e princípios.

A palavra *princípio* possui um amplo espectro semântico no Direito. Pode ser adotada em sentido relacionado aos imperativos da moralidade e da ética, assim como podendo ser empregada como referência às proposições jurídicas existentes apenas no plano axiológico e que atuam como pensamento diretivo e condicionante do direito positivo. Pode, ainda, ser usada em referência às normas jurídicas dotadas de alto grau de abstração e generalidade.

O contraditório e a ampla defesa são comumente citados como um princípio geral de direito. A referência ao contraditório e à ampla defesa como um *princípio* não está incorreta, porém, no âmbito da teoria das normas constitucionais, ela deve ser adotada com reservas.

É perfeitamente válido falar em princípio do contraditório e da ampla defesa quando a linha de pesquisa está inserida na teoria geral do direito ou no direito processual civil.

Os princípios gerais, segundo a teoria geral do direito, podem ser definidos como sendo as “enunciações normativas de caráter genérico, que condicionam e orientam a compreensão do ordenamento jurídico, quer para a sua aplicação, quer para a elaboração de novas normas”²⁶¹. A doutrina controverte a origem destas enunciações, conjecturando se elas correspondem ao direito natural, ou se decorrem de uma determinada ordem de valores ou, ainda, se são emanadas por pressuposições obtidas a partir de um sistema jurídico organizado. Há, no entanto, um ponto de convergência de todas as teorias: os princípios gerais são irradiações do ideal de justiça, assim considerada em sua acepção mais ampla²⁶².

Como dito páginas atrás, a defesa do acusado constitui elemento essencial para a realização da justiça, na medida em que constitui instrumento para obtenção da verdade e pesquisa do Direito. A defesa do réu compõe o conjunto de variáveis que o juiz deve equacionar na pacificação de qualquer conflito de interesses. As garantias do contraditório e da ampla defesa, portanto, são inerentes ao ideal de justiça, condição esta que as posiciona na categoria de princípio geral de direito.

Também é possível pensar no contraditório e na ampla defesa como princípio de direito processual. O direito processual constitui um sistema jurídico autônomo, porém que, como todo conjunto normativo, é tributário dos valores consignados na Constituição Federal. Suas regras, portanto, recebem a irradiação direta das disposições constitucionais, que atuam, dentro do subsistema processual, como princípios de direito. Basta ver que, embora o Código de Processo Civil não faça referência expressa ao contraditório e à ampla defesa, é absolutamente perceptível que tais garantias estão entranhadas no Estatuto Processual, que as efetiva em diversas passagens.

²⁶¹ REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 27ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 304.

²⁶² MONTORO, André Franco. **Introdução à ciência do direito**. 26ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 422.

Embora possamos falar em contraditório e ampla defesa como princípio geral de direito ou princípio processual, o estudo ora desenvolvido se dedica, exclusivamente, à teoria da Constituição. A questão, então, é definir se a norma encastelada no artigo 5º, LV, da Constituição Federal de 1988, constitui um princípio dentro da dogmática do direito constitucional.

Na tradicional teoria constitucional, os princípios sempre foram tratados como elementos meramente informativos dirigidos ao legislador, motivo pelo qual eram considerados não autoaplicáveis. Com a moderna teoria constitucional, as normas programáticas passaram a ganhar maior importância no ordenamento jurídico, como verificamos na obra de José Afonso da Silva, tendo sido abandonada a ideia de servirem de meros conselhos. O constitucionalismo contemporâneo elevou os princípios constitucionais ao universo normativo, colocando-o ao lado das regras. Essa visão dos princípios como normas jurídicas é, talvez, a mais marcante característica da escola pós-positivista, razão pela qual foi ela que produziu os estudos mais completos sobre o modelo de princípios e regras.

Pretendendo uma “clarificação tipológica da estrutura normativa” da Constituição, José Joaquim Gomes Canotilho traça as linhas que separam os princípios das regras. Sinteticamente, pois o próprio autor reconhece a complexidade da missão, os princípios se diferenciariam das regras porque: a) teriam um grau de abstração mais elevado do que as regras; b) seriam mais vagos e indeterminados, carecendo de uma medição concretizadora; c) teriam natureza estruturante ou caráter de fundamentalidade no ordenamento; d) estariam mais próximos do ideal de direito e justiça, enquanto as regras teriam um caráter funcional; e) constituiriam o fundamento das regras, dos quais estas seriam irradiações²⁶³⁻²⁶⁴.

²⁶³ **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003, pp. 1160-1161.

²⁶⁴ No mesmo sentido, mas com uma classificação um pouco mais abrangente, ver MIRANDA, Jorge. **Teoria do estado e da constituição**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 296.

Traçadas essas linhas gerais, Canotilho decompõe os princípios em quatro espécies: a) *princípios jurídicos fundamentais*, que corresponderiam àqueles “historicamente objectivados e progressivamente introduzidos na consciência jurídica e que encontram uma recepção expressa ou implícita no texto constitucional”; b) *princípios políticos constitucionalmente conformadores*, grupo no qual se concentrariam “as opções políticas nucleares e se reflecte a ideologia inspiradora da constituição”; c) *princípios constitucionais impositivos*, nos quais “subsumem-se todos os princípios que impõe aos órgãos do estado, sobretudo ao Legislador, a realização de fins e a execução de tarefas”; e, por fim, d) *princípios-garantias*, que correspondem aos princípios que instituem direta e imediatamente garantias ao cidadão, tais como o princípio do juiz natural e o do *in dubio pro reo*²⁶⁵.

Robert Alexy afirma que há uma distinção qualitativa entre regras e princípios. Segundo Alexy, o ponto decisivo nesta distinção estaria no fato de que os princípios “são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes”. Alexy esclarece melhor seu conceito, definindo os princípios como “mandamentos de otimização”, cujas características seriam a possibilidade de serem satisfeitos em graus variados e pelo fato de que sua satisfação dependeria de possibilidades jurídicas e não fáticas. Estas possibilidades jurídicas seriam determinadas pelos outros princípios e regras também aplicáveis ao caso e que podem entrar em colisão²⁶⁶.

Luís Roberto Barroso apresenta um modelo de regras e princípios que sintetiza com bastante precisão as características que marcam um e outro elemento normativo. Para referido autor, a teoria constitucional contemporânea reconhece como insuficiente a distinção das regras e dos princípios baseada unicamente no critério da maior generalidade destes frente àquelas. A dogmática constitucional vem se empenhando, então, em delimitar

²⁶⁵ **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003, pp. 1165-1167.

²⁶⁶ **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 90.

as distinções qualitativas ou estruturais existentes entre as regras e os princípios. Luís Roberto Barroso condensa os pontos comuns existentes nas várias propostas doutrinárias. Para Luís Roberto Barroso, os princípios distinguem-se das regras a partir de três critérios: a) o conteúdo; b) a estrutura normativa; c) as particularidades da aplicação²⁶⁷.

No que se refere ao *conteúdo*, os princípios identificariam valores a serem protegidos ou alcançados, tais como isonomia, moralidade, justiça social, desenvolvimento regional, redução das desigualdades etc. As regras, por sua vez, limitar-se-iam a traçar condutas específicas. “Regras são descritivos de conduta, ao passo que princípios são valorativos ou finalísticos”²⁶⁸.

Quanto à *estrutura normativa*, os princípios, por sua característica valorativa e finalística, não especificariam a conduta esperada e que deve ser seguida para sua realização, delegando ao intérprete a difícil tarefa de definir o comportamento que o jurisdicionado ou o Estado deve respeitar. As regras, ao contrário, trariam o relato mais detalhado da conduta esperada para o seu cumprimento. Adverte o autor em estudo que a aplicação da regra não pode ser confundida com um ato mecânico, pois ao juiz caberia sempre “dar o toque de humanidade que liga o texto à vida real”. A diferença principal, portanto, estaria no fato de que “a aplicação de uma regra normalmente não envolverá um processo de racionalização mais sofisticado, Se ocorre o fato previsto em abstrato, produz-se o efeito concreto previsto”²⁶⁹.

Ainda quanto à estrutura normativa, os princípios, por traduzirem um “estado ideal a ser transformado em realidade”, não poderiam conter um núcleo objetivamente determinado, mas sim um núcleo mínimo essencial que dispõe de ampla indeterminação, que “estará sujeita à

²⁶⁷ **Interpretação e integração da constituição:** fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 7ª ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2009, pp. 352-358.

²⁶⁸ Idem, p. 355.

²⁶⁹ Ibidem, pp. 355-356.

concepção ideológica ou filosófica do intérprete”. É o que ocorre, por exemplo, com o princípio da dignidade da pessoa humana, no qual se observa tanto uma indeterminação de seu conteúdo normativo como quanto à conduta que deve ser respeitada para sua realização²⁷⁰.

Por fim, quanto as *particularidades de sua aplicação*, as regras teriam aplicabilidade ao caso concreto por meio de subsunção, ou seja, o juiz verificaria se a hipótese concreta se adequa à norma abstrata e, sendo positiva a resposta, a aplica de forma integral. Ocorreria um “tudo ou nada”: ou a norma é aplicável ao caso concreto e, então, incidirá de forma integral, ou não é aplicável ao caso, situação em que não teria qualquer incidência no caso²⁷¹.

Em Alexy, as regras “são normas que são sempre ou satisfeitas ou não satisfeitas. Se uma regra vale, então, deve se fazer exatamente aquilo que ela exigem, nem mais, nem menos”²⁷². Já os princípios, por sua vez, por terem maior carga valorativa, teriam sua aplicação formatada por um critério de ponderação, cabendo ao juiz colmatar a incidência maior ou menor no princípio à luz das peculiaridades do caso, principalmente à luz da incidência de outros princípios²⁷³.

As regras, portanto, traduzem um juízo de ponderação prévio do legislador. Tal juízo, no que se refere aos princípios, é realizado pelo aplicador da norma jurídica. “É por isso que as determinações estabelecidas no nível das regras têm primazia em relação a determinadas alternativas baseadas em princípios”²⁷⁴.

²⁷⁰ BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e integração da constituição**: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 7ª ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 356.

²⁷¹ Tal como na lição de Ronald Dworkin (In: **Levando os direitos a sério**. Tradução Nelson Boeira. 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 39).

²⁷² **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 91.

²⁷³ BARROSO, Luís Roberto, Op. cit., pp. 356 - 358.

²⁷⁴ ALEXY, Robert. Op. cit., p. 140.

A partir deste rápido apanhado teórico, podemos afirmar que a norma constante no artigo 5º, LV, da Constituição Federal de 1988, traduz uma regra jurídica e não um princípio constitucional. Vejamos o texto da norma:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;

É possível observar que o texto legal não veicula um valor a ser protegido ou alcançado, não possuindo, portanto, um valor finalístico. A norma acima transcrita tem uma inequívoca natureza instrumental, não encerrando um fim em si mesmo. Vale dizer, o contraditório e a ampla defesa é instrumento de proteção de outros direitos, esses sim potencialmente integrantes do universo principiológico. Demonstra-se, com isso, tratar-se de norma de natureza funcional, que decorre de princípios constitucionais.

Sobre outro aspecto, a norma em análise não dispõe de elevado grau de abstração e generalidade, na medida em que possui um núcleo jurídico determinado, que permite identificar, de imediato, seu âmbito de proteção. Da mesma forma, não se trata de uma norma dotada de ampla generalidade, pois ela própria indica de forma específica as hipóteses fáticas de sua incidência. Verifica-se, claramente, que a norma não exige qualquer mediação concretizadora para que possa atuar no caso concreto.

Por fim, no que se refere à aplicabilidade da norma, opera-se exatamente o modelo binário: preenchidas as condições fáticas, ou seja, se o fato concreto corresponder à hipótese *in abstracto* da norma, ela incidirá plenamente no caso; caso contrário, não será aplicada à situação concreta. Não é possível aplicar parcialmente o contraditório ou a ampla defesa, sendo um caso típico do “tudo ou nada” já referido.

Assim, é possível afirmar que a norma contida no artigo 5º, LV, da Constituição Federal de 1988, não se trata de um princípio constitucional. Trata-se, efetivamente, de uma norma-regra, ou, simplesmente, de uma regra constitucional.

As garantias do contraditório e da ampla defesa são irradiações de princípios constitucionais específicos, o que confirma sua natureza de norma-regra. De forma próxima, ela constitui irradiação do princípio do devido processo legal, veiculado no artigo 5º, LIV, da Constituição Federal: “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”. De forma mais remota, é irradiação dos princípios fundamentais da liberdade, da justiça, da propriedade e da igualdade (artigos 3º e 5º da Constituição Federal), estes sim valores de natureza estruturante e fundamental no ordenamento. Observam-se, aqui, normas dotadas de elevado grau de abstração em seus núcleos, na medida em que empregam locuções – “liberdade”, “devido processo legal”, “igualdade” - que exigem um complexo trabalho de integração por parte do intérprete, que terá que recorrer a conceitos históricos e filosóficos com densidade variável em tempo e lugares diferentes, além de uma generalidade muito mais ampla de aplicação.

Partindo-se da premissa aqui defendida, no sentido de que a norma contida no artigo 5º, LV, da Constituição Federal constitui uma *regra constitucional*, sua aplicação, segundo a Teoria dos Direitos Fundamentais, ocorre de forma plena, sempre que o fato concreto corresponder ao suporte fático da norma. Nesta hipótese, o juiz fará a regra incidir de forma completa sobre o caso, produzindo seus efeitos integrais.

Embora talvez seja o mais nobre dos temas de direito constitucional, o Supremo Tribunal Federal brasileiro poucas vezes enfrentou o problema da eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas. É possível observar, nos poucos julgados a respeito da matéria, como a

jurisprudência evoluiu até a adoção, pelo STF, da tese que defende a eficácia horizontal imediata das normas definidoras de direitos fundamentais²⁷⁵.

²⁷⁵ Para Virgílio Afonso da Silva, falta ainda uma sistematização na jurisprudência do STF, que nunca teria se preocupado a “desenvolver uma tese sobre o problema ou a aplicar algum modelo a tais casos” (In: **A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares**. 1ª ed. 3ª tir. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 93).

4 Estudo de casos: a eficácia das garantias do contraditório e da ampla defesa na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

Já observamos que o Supremo Tribunal Federal brasileiro reconhece a aplicabilidade *imediata* e *direta* das garantias do contraditório e da ampla defesa, dispensando qualquer norma infraconstitucional conformadora para que estes direitos fundamentais irradiem plenos efeitos sobre diversas relações jurídicas²⁷⁶.

O presente capítulo propõe analisar a jurisprudência da Suprema Corte brasileira especificamente no tocante à interpretação do artigo 5º, LV, da Constituição Federal de 1988 e sua aplicabilidade às relações privadas. O acervo jurisprudencial neste sentido não é amplo, resumindo-se a poucos casos. No entanto, se não é relevante quantitativamente, sem dúvida é de extrema importância para a presente pesquisa por sua densidade argumentativa e, sobretudo, por reconhecer ao cidadão o direito ao exercício das garantias do contraditório e da ampla defesa quando confrontado por qualquer ente de poder privado.

Nos casos que serão estudados, é possível notar um movimento na linha interpretativa do Supremo Tribunal Federal, que tem início sob a influência do direito constitucional positivo e culmina sob o paradigma do direito constitucional contemporâneo ao perfilhar a teoria de eficácia horizontal direta e imediata dos direitos fundamentais.

²⁷⁶ Neste sentido, vide capítulo 2.3, *supra*.

4.1 Caso nº 1. Recurso extraordinário nº 158.543. Interpretação da expressão “litigantes” como referente à contraposição de interesses, ainda que em campo extraprocessual.

O primeiro caso a ser analisado não tem suporte em uma relação jurídica de natureza privada. Sua importância para o presente estudo reside, exclusivamente, na interpretação que o Supremo Tribunal Federal emprestou à palavra “litigantes” que está estampada no artigo 5º, LV, da Constituição Federal de 1988.

O quadro de fundo pode ser resumido da seguinte forma: o Governo do Estado do Rio Grande do Sul editou ato administrativo que incorporou certas vantagens remuneratórias aos vencimentos de aposentadoria de determinados servidores públicos. Posteriormente, referido ato administrativo foi revogado pela própria Administração, por considerá-lo ilegal. Os servidores públicos diretamente afetados pelas medidas impetraram mandado de segurança pelo qual desafiaram o ato administrativo que resultou na redução de seus vencimentos de aposentadoria. Como fundamento, invocaram violação direta ao artigo 5º, LV, da Constituição Federal de 1988, na medida em que não lhe foram franqueados o exercício do contraditório e da ampla defesa.

A segurança pleiteada foi denegada pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul e igual destino encontrou o recurso julgado pelo Superior Tribunal de Justiça²⁷⁷. Inconformados, os impetrantes interpuseram recurso extraordinário, autuado sob o número 158.543, apoiado na alegação de violação direta ao artigo 5º, LV, da Constituição Federal de 1988. O problema central, portanto, era definir se os atos administrativos de natureza não

²⁷⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 2ª Turma. Recurso em mandado de segurança nº 882-RS. Recorrente: Ubirajara de Sá Gomes e outros. Recorrido: Estado do Rio Grande do Sul. Relator: ministro Hélio Mosimann. Brasília, 18 set. 1991. **Diário da justiça** de 25 nov. 1991.

disciplinar, porém que projetam efeitos diretos no patrimônio dos administrados, também atraem a observação das garantias do contraditório e da ampla defesa.

A partir de voto-condutor redigido pelo ministro Marco Aurélio, a 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal deu provimento ao recurso extraordinário para anular o ato administrativo impugnado. O ponto relevante na decisão proferida, para efeitos da presente pesquisa, é a interpretação atribuída ao artigo 5º, LV, da Constituição Federal de 1988. O Supremo Tribunal Federal entendeu que

o vocábulo 'litigante' ha de ser compreendido em sentido lato, ou seja, a envolver interesses contrapostos. Destarte, não tem o sentido processual de parte, a pressupor uma demanda. [...] O contraditório e a ampla defesa assegurados constitucionalmente não estão restritos apenas àqueles processos de natureza administrativa que se mostrem próprios ao campo disciplinar. O dispositivo constitucional não contempla a especificidade assentada pela Corte de origem²⁷⁸.

Ao entender que a locução "litigantes" abrange também as relações extraprocessuais que envolvam interesses contrapostos, o Supremo Tribunal Federal emprestou à locução um sentido muito mais amplo do que a tecnicidade jurídica até então propunha, expandindo em muito o seu campo de aplicação.

O mais importante, entretanto, é que o Supremo Tribunal Federal confirmou o que dissemos páginas atrás, quando afirmamos que a linguagem empregada no texto constitucional é diferente da linguagem utilizada em outros diplomas legais, uma vez que a Constituição, embora seja um

²⁷⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. 2ª Turma. Ementa: "ATO ADMINISTRATIVO - REPERCUSSÕES - PRESUNÇÃO DE LEGITIMIDADE - SITUAÇÃO CONSTITUIDA - INTERESSES CONTRAPOSTOS - ANULAÇÃO - CONTRADITORIO. Tratando-se da anulação de ato administrativo cuja formalização haja repercutido no campo de interesses individuais, a anulação não prescinde da observância do contraditório, ou seja, da instauração de processo administrativo que enseje a audição daqueles que terão modificada situação já alcançada. Presunção de legitimidade do ato administrativo praticado, que não pode ser afastada unilateralmente, porque é comum a Administração e ao particular". Recurso extraordinário nº 158.543-9. Recorrente: Ubirajara de Sá Gomes e outros. Recorrido: Estado do Rio Grande do Sul. Relator: ministro Marco Aurélio. Brasília, 30 ago.1994. **Diário da Justiça** de 06 out. 1995.

documento jurídico, é, acima de tudo, um documento político. Como consequência, as palavras e expressões constantes do texto constitucional não possuem o mesmo conteúdo técnico-jurídico dos demais atos normativos, devendo sempre serem assimilados em seus sentidos usuais, habituais, comuns.

Este efeito ficou claro na definição que o Supremo Tribunal Federal encontrou para a palavra “litigantes”, definindo-a não em termos técnicos, mas em termos usuais, de forma a assimilar todo tipo de conflito de interesses.

4.2 Caso nº 2. Recurso extraordinário nº 158.215. Incidência do artigo 5º, LV, da Constituição Federal de 1988 nas relações privadas. Exclusão de associados de cooperativa de produtores rurais sem observação das garantias do contraditório e da ampla defesa.

O primeiro precedente envolvendo especificamente o problema da aplicabilidade do artigo 5º, LV, da Constituição Federal de 1988 nas relações jurídicas de direito privado tem por substrato de fundo a expulsão de associados de uma cooperativa de produtores rurais, sem que lhes fossem franqueados, previamente, o exercício das garantias do contraditório e da ampla defesa.

O relatório apresentado pelo ministro Marco Aurélio sintetiza algumas questões fáticas importantes e que compõe o núcleo da controvérsia: os associados, aos quais foram imputadas práticas contrárias ao estatuto da cooperativa, teriam publicamente desafiado a diretoria da entidade a submeter as questões à assembleia geral da instituição para que esta, órgão máximo

deliberativo, os julgasse pelos atos a eles irrogados. A diretoria da cooperativa aceitou o desafio e convocou assembleia para tal fim, que acabou deliberando por excluir os associados do quadro societário. Diante tal situação atípica, não foram respeitadas as disposições constantes do estatuto da cooperativa, que previa o direito de defesa e o exercício do contraditório, em harmonia com o comando constitucional.

Inconformados, os associados excluídos promoveram ação judicial objetivando a declaração de nulidade do ato por violação às disposições estatutárias e ao artigo 5º, LV, da Constituição Federal de 1988. O Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, em grau recursal, julgou a ação improcedente, fundamentando a decisão no fato de que a cooperativa nada mais fez do que adotar o procedimento escolhido pelos próprios associados excluídos. Tais fatos constam no relatório do acórdão proferido em recurso extraordinário:

O acórdão impugnado mediante o extraordinário consigna que o fato de os Recorrentes terem sido excluídos da Cooperativa, ora Recorrida, sem observância às regras estatutárias alusivas à defesa restou justificado por terem levado a questão ao foro externo, via imprensa, com veiculação radiofônica, exigindo que a Assembleia Geral julgasse-os pelos acontecimentos que relataram no comunicado. Assim, segundo o decidido, a deliberação da Assembleia, sem a obediência aos Estatutos Sociais, teria resultado do próprio procedimento adotado pelos Recorrentes, em um verdadeiro desafio (folhas 244 a 249).

Opostos os embargos declaratórios [...]. Reafirmou-se que, muito embora descumprida a norma estatutária atinente a exclusão de associado, harmônica com o preceito constitucional, a Assembleia da Cooperativa nada mais fez que a tender proposta publicamente lançada pelos Recorrentes, excluindo-os da sociedade, alternativa por eles mesmos aventada. Tal aspecto estaria a afastar a possibilidade se cogitar de vulneração ao inciso LV do artigo 5º da Constituição Federal²⁷⁹.

O recurso extraordinário teve seguimento obstado no tribunal local, situação que foi reparada pelo provimento dado ao agravo de instrumento

²⁷⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. 2ª. Turma. Recorrente: Ayrton da Silva Capaverde e outros. Recorrido: Cooperativa Mista São Luiz Ltda. Recurso extraordinário nº 158.215. Relator: ministro Marco Aurélio. Brasília, 30 abr. 1996. **Diário da justiça** de 07 jun. 1996.

então manejado. No mérito, a Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, por unanimidade de votos, deu provimento ao recurso extraordinário para declarar a nulidade do ato de exclusão por ofensa direta ao artigo 5º, LV, da Constituição Federal de 1988, determinando a readmissão dos associados excluídos no corpo social da cooperativa recorrida. A decisão recebeu a seguinte ementa:

DEFESA - DEVIDO PROCESSO LEGAL - INCISO LV DO ROL DAS GARANTIAS CONSTITUCIONAIS - EXAME - LEGISLAÇÃO COMUM. A intangibilidade do preceito constitucional assegurado do devido processo legal direciona ao exame da legislação comum. Daí a insubsistência da óptica segundo a qual a violência à Carta Política da República, suficiente a ensejar o conhecimento de extraordinário, há de ser direta e frontal. Caso a caso, compete ao Supremo Tribunal Federal exercer crivo sobre a matéria, distinguindo os recursos protelatórios daqueles em que versada, com procedência, a transgressão a texto constitucional, muito embora torne-se necessário, até mesmo, partir-se do que previsto na legislação comum. Entendimento diverso implica relegar à inocuidade dois princípios básicos em um Estado Democrático de Direito - o da legalidade e do devido processo legal, com a garantia da ampla defesa, sempre a pressuporem a consideração de normas estritamente legais. COOPERATIVA - EXCLUSÃO DE ASSOCIADO - CARÁTER PUNITIVO - DEVIDO PROCESSO LEGAL. Na hipótese de exclusão de associado decorrente de conduta contrária aos estatutos, impõe-se a observância ao devido processo legal, viabilizado o exercício amplo da defesa. Simples desafio do associado à assembléia geral, no que toca à exclusão, não é de molde a atrair adoção de processo sumário. Observância obrigatória do próprio estatuto da cooperativa²⁸⁰.

Embora faça referência às disposições constantes do estatuto da entidade, a decisão proferida contém elementos importantes para a pesquisa desenvolvida e aqui relatada. A partir dos fundamentos invocados pelo acórdão proferido²⁸¹, é possível sintetizar alguns pontos fundamentais:

²⁸⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. 2ª. Turma. Recorrente: Ayrton da Silva Capaverde e outros. Recorrido: Cooperativa Mista São Luiz Ltda. Recurso extraordinário nº 158.215. Relator: ministro Marco Aurélio. Brasília, 30 abr. 1996. **Diário da justiça** de 07 jun. 1996.

²⁸¹ O acórdão é curto, permitindo sua transcrição integral neste espaço: "Exsurge, na espécie, a alegada contrariedade ao inciso LV do rol de garantias constitucionais. Conforme ressaltado pela Procuradoria Geral da República, os Recorrentes foram excluídos do quadro de associados da Cooperativa em caráter punitivo, tal como depreende-se do acórdão atacado (folgas 245 a 249). O Colegiado de origem acabou por mitigar a garantia da ampla defesa, levando em conta o desafio lançado pelos Recorrentes no sentido de serem julgados pela Assembleia da Cooperativa. A exaltação de ânimos não é de molde a afastar a incidência do

- A eficácia plena do disposto no artigo 5º, LV, da Constituição Federal de 1988, permitindo sua aplicabilidade direta, imediata e integral às relações jurídico-sociais;
- A vinculação de todos os sujeitos da ordem jurídica ao disposto no artigo 5º, LV, da Constituição Federal de 1988, sejam entes estatais ou não estatais;
- As garantias do contraditório e da ampla defesa protegem qualquer cidadão que esteja com seus direitos ou interesses ameaçados, ainda que tal ameaça seja exercida por outro cidadão, grupo ou entidade privada que concentre poder para, com seus próprios desígnios, atingi-los por qualquer forma.
- Qualquer ato jurídico de natureza sancionatória só pode ser considerado válido se produzido sob a vigilância do contraditório e da ampla defesa, sob pena de lhe faltar elemento essencial de validade, tornando-o absolutamente nulo.

preceito constitucional assegurador da plenitude da defesa nos processos em geral. Mais do que nunca, diante do clima reinante, incumbia à Cooperativa, uma vez instaurado o processo, dar aos acusados a oportunidade de defenderem-se e não excluí-los sumariamente do quadro de associados. Uma coisa é a viabilização da defesa e o silêncio pela parte interessada, algo diverso é o atropelo das normas próprias à espécie, julgando-se o processo sem a abertura de prazo para produção da defesa e feitura de prova. Na esteira do pronunciamento da Procuradoria Geral da República, tenho que o recurso extraordinário interposto está a merecer conhecimento e provimento. Provejo-o para, reformando o acórdão de folhas 246 a 249, julgar procedente o pedido formulado na demanda anulatória. Fulmino o ato da assembleia da Recorrida que implicou a exclusão dos Recorrentes do respectivo quadro social, reintegrando-os, assim, com os consecutórios e que estão previstos no Estatuto da Recorrida” BRASIL. Supremo Tribunal Federal. 2ª. Turma. Recorrente: Ayrton da Silva Capaverde e outros. Recorrido: Cooperativa Mista São Luiz Ltda. Recurso extraordinário nº 158.215. Relator: ministro Marco Aurélio. Brasília, 30 abr. 1996. **Diário da justiça** de 07 jun. 1996.

4.3 Caso nº 3. Recurso extraordinário nº 201.819. A aplicabilidade direta e imediata das garantias do contraditório e da ampla defesa nas relações privadas. Exclusão de membro de associação privada sem observação das garantias do contraditório e da ampla defesa.

O recurso extraordinário nº 201.819 demonstra uma nítida mudança na linha argumentativa do Supremo Tribunal Federal no tocante ao problema da eficácia das normas constitucionais.

No caso anteriormente analisado (recurso extraordinário nº 158.215), o Supremo Tribunal Federal reconheceu a incidência das disposições constantes no artigo 5º, LV, da Constituição Federal de 1988 às relações jurídicas privadas. Embora não tenha sido explicitamente afirmado no acórdão, tal reconhecimento foi construído sob a tese de plenitude eficaz da norma, tal como postulado por José Afonso da Silva. De fato, à época da decisão (1996), o pensamento dominante no Supremo Tribunal Federal era tributário da moderna teoria constitucional²⁸².

²⁸² No mesmo ano (1996), o Supremo Tribunal Federal julgou um caso que teve bastante repercussão no direito do trabalho, pois dizia respeito ao tratamento diferenciado que uma companhia aérea atribuía aos seus empregados de nacionalidade francesa em relação aos trabalhadores brasileiros. O caso foi conhecido pelo Supremo Tribunal Federal por violação ao princípio da isonomia (art. 153, § 1º, da Constituição Federal de 1967) e provido para determinar a aplicação do estatuto da empresa aos trabalhadores brasileiros, em igualdade de condições com os trabalhadores franceses. Embora trate inequivocamente de matéria relacionada aos direitos fundamentais, não se observa qualquer menção a esta categoria de direitos ou a doutrinadores do constitucionalismo contemporâneo. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. 2ª. Turma. Ementa: "CONSTITUCIONAL. TRABALHO. PRINCÍPIO DA IGUALDADE. TRABALHADOR BRASILEIRO EMPREGADO DE EMPRESA ESTRANGEIRA: ESTATUTOS DO PESSOAL DESTA: APLICABILIDADE AO TRABALHADOR ESTRANGEIRO E AO TRABALHADOR BRASILEIRO. C.F., 1967, art. 153, § 1º; C.F., 1988, art. 5º, caput. I. - Ao recorrente, por não ser francês, não obstante trabalhar para a empresa francesa, no Brasil, não foi aplicado o Estatuto do Pessoal da Empresa, que concede vantagens aos empregados, cuja aplicabilidade seria restrita ao empregado de nacionalidade francesa. Ofensa ao princípio da igualdade: C.F., 1967, art. 153, § 1º; C.F., 1988, art. 5º, caput). II. - A discriminação que se baseia em atributo, qualidade, nota intrínseca ou extrínseca do indivíduo, como o sexo, a raça,

Quase uma década depois, o Supremo Tribunal Federal enfrentou novamente o problema da incidência dos direitos e garantias individuais nas relações de direito privado. Desta vez, no entanto, a Suprema Corte adotou a teoria dos direitos fundamentais como argumento de decisão.

Uma associação civil sem fins lucrativos, a União Brasileira de Compositores, por meio de seu órgão máximo deliberativo, decidiu instituir comissão especial com o objetivo de apurar possíveis infrações estatutárias cometidas por um de seus associados, delegando, à referida comissão, poderes para aplicar as sanções que reputasse adequadas ao caso. O procedimento teria transcorrido de forma unilateral, sem que ao interessado tivesse sido concedido o direito de defesa e das garantias a ela inerentes, como a de produzir provas em seu favor. Apurados os fatos, a comissão especial deliberou por excluir o associado investigado.

O associado excluído ingressou com ação judicial postulando a declaração de nulidade do ato por ofensa às garantias do contraditório e da ampla defesa e sua conseqüente readmissão aos quadros societários. A ação foi julgada procedente em primeiro grau de jurisdição. Inconformada, a associação manejou recurso de apelação, ao qual o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro negou provimento, confirmando a sentença que declarara ilegal o ato de exclusão do autor da demanda. Embora fosse incontroverso que as disposições constantes do estatuto da entidade foram respeitadas, o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro declarou nulo o ato de exclusão do associado por violação direta ao artigo 5º, LV, da Constituição Federal²⁸³.

a nacionalidade, o credo religioso, etc., é inconstitucional. Precedente do STF: Ag 110.846 (AgRg) - PR, Célio Borja, RTJ 119/465. III. - Fatores que autorizariam a desigualização não ocorrentes no caso. IV. - R.E. conhecido e provido". Recorrente: Joseph Halfin. Recorrido: Compagnie Nationale Air France. Recurso extraordinário nº 161.243-6. Relator: ministro Carlos Velloso. Brasília, 29 out. 1996. **Diário da justiça** de 19 dez. 1997.

²⁸³ RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça. 5ª Câmara Cível. Ementa: "Sociedade civil. União Brasileira de Compositores. Exclusão de sócio. Alegado descumprimento de resoluções da sociedade e propositura de ações que acarretaram prejuízos morais e financeiros à entidade. Direito constitucional de ampla defesa desrespeitado. Antes de concluir pela punição, a

A associação interpôs recurso extraordinário pelo qual sustentou que as disposições do artigo 5º, LV, da Constituição Federal de 1988 vinculariam apenas os órgãos da administração pública, não se aplicando aos entes de direito privado, como é o seu caso, os quais possuem regimentos e estatutos próprios que disciplinam suas relações internas.

A discussão, portanto, orbitava sobre o grau de eficácia e adequação da norma encerrada no artigo 5º, LV, da Constituição Federal de 1988.

O recurso extraordinário foi conhecido pelos efeitos do provimento ao agravo de instrumento interposto. No mérito, a relatora sorteada, ministra Ellen Gracie, o provia para julgar a ação improcedente. Seus argumentos, no aspecto central:

Entendo que as associações privadas têm liberdade para se organizar e estabelecer normas de funcionamento e de relacionamento entre os sócios, desde que respeitem a legislação em vigor. Cada indivíduo, ao ingressar numa sociedade, conhece suas regras e seus objetivos, aderindo a eles.

A controvérsia envolvendo a exclusão de um sócio de entidade privada resolve-se a partir das regras do estatuto social e da legislação civil em vigor.

Não tem, portanto, o aporte constitucional atribuído pela instância de origem, sendo totalmente descabida a invocação do disposto no art. 5º, LV da Constituição para agasalhar a pretensão do recorrido de reingressar nos quadros da UBC.

Obedecido o procedimento fixado no estatuto da recorrente para a exclusão do recorrido, não há ofensa ao princípio da ampla defesa, cuja

comissão especial tinha de dar oportunidade ao sócio de se defender e realizar possíveis provas em seu favor. Infringência ao art. 5º, inc. LV, da Constituição Federal. Punição anulada. Pedido de reintegração procedente. Recurso desprovido". Apelante: União Brasileira de Compositores. Apelado: Arthur Rodrigues Villarinho. Apelação nº 0010634-71.1991.8.19.0000. Relator: juiz Marcus Antônio de Souza Faver. Rio de Janeiro, 31 de mar. 1992. **Pesquisa de jurisprudência.** Disponível em <<http://srv85.tjrj.jus.br/ConsultaDocGedWeb/faces/ResourceLoader.jsp?idDocumento=00031161F8A3E5A8D5F276F31A54EC73895DF2C402454A26>>. Acesso em: 17 jan. 2013.

aplicação à hipótese dos autos revelou-se equivocada, o que justifica o provimento do recurso²⁸⁴.

O assunto ganhou atenção especial no Supremo Tribunal Federal. Logo após o voto da ministra relatora, o ministro Gilmar Mendes assim justificou o seu pedido de vista dos autos:

Tal como destacado pela eminente Relatora, e realmente um caso raro, apreciado pela jurisdição de perfil constitucional. É situação típica de aplicação dos direitos fundamentais as relações privadas²⁸⁵.

Retomado o julgamento, o ministro Gilmar Mendes apresentou voto diametralmente divergente, o qual acabou prevalecendo no julgamento. O Supremo Tribunal Federal negou provimento ao recurso extraordinário confirmando que a exclusão do associado, sem abertura de procedimento contraditório e resguardado por ampla defesa, é contrário ao disposto no artigo 5º, LV, da Constituição Federal de 1988. A decisão recebeu a seguinte ementa:

SOCIEDADE CIVIL SEM FINS LUCRATIVOS. UNIÃO BRASILEIRA DE COMPOSITORES. EXCLUSÃO DE SÓCIO SEM GARANTIA DA AMPLA DEFESA E DO CONTRADITÓRIO. EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS. RECURSO DESPROVIDO. I. EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS. As violações a direitos fundamentais não ocorrem somente no âmbito das relações entre o cidadão e o Estado, mas igualmente nas relações travadas entre pessoas físicas e jurídicas de direito privado. Assim, os direitos fundamentais assegurados pela Constituição vinculam diretamente não apenas os poderes públicos, estando direcionados também à proteção dos particulares em face dos poderes privados. II. OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS COMO LIMITES À AUTONOMIA PRIVADA DAS ASSOCIAÇÕES. A ordem jurídico-constitucional brasileira não conferiu a qualquer associação civil a possibilidade de agir à revelia dos princípios inscritos nas leis e, em especial, dos postulados que têm por fundamento direto o próprio texto da Constituição da República, notadamente em tema de proteção às liberdades e garantias fundamentais. O espaço de autonomia privada garantido pela Constituição às associações não está imune à incidência dos princípios constitucionais que asseguram o respeito aos direitos

²⁸⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. 2ª Turma. Recorrente: União Brasileira de Compositores. Recorrido: Arthur Rodrigues Villarinho. Recurso Extraordinário nº 201.819. Relatora: ministra Ellen Gracie. Relator para o acórdão: ministro Gilmar Mendes. Brasília, 11 out. 2005. **Diário da justiça** de 27 out. 2006.

²⁸⁵ Idem.

fundamentais de seus associados. A autonomia privada, que encontra claras limitações de ordem jurídica, não pode ser exercida em detrimento ou com desrespeito aos direitos e garantias de terceiros, especialmente aqueles positivados em sede constitucional, pois a autonomia da vontade não confere aos particulares, no domínio de sua incidência e atuação, o poder de transgredir ou de ignorar as restrições postas e definidas pela própria Constituição, cuja eficácia e força normativa também se impõem, aos particulares, no âmbito de suas relações privadas, em tema de liberdades fundamentais. III. SOCIEDADE CIVIL SEM FINS LUCRATIVOS. ENTIDADE QUE INTEGRA ESPAÇO PÚBLICO, AINDA QUE NÃO-ESTATAL. ATIVIDADE DE CARÁTER PÚBLICO. EXCLUSÃO DE SÓCIO SEM GARANTIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. APLICAÇÃO DIRETA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS À AMPLA DEFESA E AO CONTRADITÓRIO. As associações privadas que exercem função predominante em determinado âmbito econômico e/ou social, mantendo seus associados em relações de dependência econômica e/ou social, integram o que se pode denominar de espaço público, ainda que não-estatal. A União Brasileira de Compositores - UBC, sociedade civil sem fins lucrativos, integra a estrutura do ECAD e, portanto, assume posição privilegiada para determinar a extensão do gozo e fruição dos direitos autorais de seus associados. A exclusão de sócio do quadro social da UBC, sem qualquer garantia de ampla defesa, do contraditório, ou do devido processo constitucional, onera consideravelmente o recorrido, o qual fica impossibilitado de perceber os direitos autorais relativos à execução de suas obras. A vedação das garantias constitucionais do devido processo legal acaba por restringir a própria liberdade de exercício profissional do sócio. O caráter público da atividade exercida pela sociedade e a dependência do vínculo associativo para o exercício profissional de seus sócios legitimam, no caso concreto, a aplicação direta dos direitos fundamentais concernentes ao devido processo legal, ao contraditório e à ampla defesa (art. 5º, LIV e LV, CF/88). IV. Recurso extraordinário desprovido²⁸⁶.

O ponto nuclear desta decisão, para efeitos da pesquisa, é o exposto reconhecimento da eficácia direta e imediata dos direitos fundamentais nas relações privadas, especificamente as garantia do contraditório e da ampla defesa.

O Supremo Tribunal Federal reconheceu que as violações aos direitos fundamentais não ocorrem apenas nas relações verticais, isto é, nas relações que envolvem de um lado um ente estatal e, de outro, o cidadão, mas

²⁸⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. 2ª Turma. Recorrente: União Brasileira de Compositores. Recorrido: Arthur Rodrigues Villarinho. Recurso Extraordinário nº 201.819. Relatora: ministra Ellen Gracie. Relator para o acórdão: ministro Gilmar Mendes. Brasília, 11 out. 2005. **Diário da Justiça** de 27 out. 2006.

também ocorrem no âmbito das relações interprivadas: “os direitos fundamentais assegurados pela Constituição vinculam diretamente não apenas os poderes públicos, estando direcionados também à proteção dos particulares em face dos poderes privados”²⁸⁷.

Algumas questões bastante relevantes ao presente estudo foram suscitadas nos debates de julgamento. A primeira delas diz respeito ao fato de que o ato de exclusão causou sérios prejuízos ao associado, uma vez que a União Brasileira de Compositores promove o repasse aos seus sócios dos valores recebidos a título de direitos autorais pelo Escritório Central de Arrecadação e Distribuição (ECAD). Embora o associado excluído não tivesse ficado totalmente impossibilitado de receber seus valores arrecadados pelo ECAD²⁸⁸, se mostrou inequívoco que sua exclusão, em alguma medida, causou impacto no seu meio de subsistência e até mesmo na sua “própria liberdade de exercício profissional”²⁸⁹.

Outro momento de absoluta relevância para a presente pesquisa foi a invocação da relação de emprego como hipótese na qual, ante seus peculiares contornos, seria incontroversa a eficácia horizontal dos direitos fundamentais. É interessante notar que até mesmo os juízes que resultaram vencidos no julgamento, ministra Ellen Gracie e ministro Carlos Velloso, manifestaram entendimento no sentido de que as relações jurídicas privadas reguladas pelo direito do trabalho, por suas características, não devem ficar imunes à aplicação direta e imediata das garantias constitucionais.

²⁸⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. 2ª Turma. Recorrente: União Brasileira de Compositores. Recorrido: Arthur Rodrigues Villarinho. Recurso Extraordinário nº 201.819. Relatora: ministra Ellen Gracie. Relator para o acórdão: ministro Gilmar Mendes. Brasília, 11 out. 2005. **Diário da justiça** de 27 out. 2006.

²⁸⁸ Uma vez que poderia se filiar a outra associação ou até mesmo exercer seus direitos pessoalmente, como autoriza o art. 98, § único, da Lei nº 9.610, de 19 fev. 1998. Tal peculiaridade foi reconhecida pela ministra Ellen Gracie na confirmação de seu voto, nos seguintes termos: “Não me apercebi, Ministro Gilmar Mendes, de que houvesse um prejuízo econômico ou impedimento de recebimento de direitos autorais, que poderiam, sim, continuar sendo recebidos por meio do Ecad, entidade esta que o Plenário reconheceu como de natureza quase pública, digamos assim, mas não esta Associação de Compositores, que é apenas uma repassadora dos recursos recolhidos - estes, sim - pelo Ecad” (Idem).

²⁸⁹ Ibidem.

Neste sentido, e no trecho que mais interessa ao presente estudo, o ministro Joaquim Barbosa se manifestou nos seguintes termos:

O tema, aqui, é o da eficácia horizontal. E a tese que parte da premissa de que em determinadas situações as normas, especialmente as constitucionais relativas ao devido processo legal, ao contraditório, também podem ser invocadas nessas relações ditas horizontais. Parece-me bastante forte o argumento de que, na nossa Constituição, temos exemplos de aplicação dessa teoria da incidência horizontal, por exemplo, nas relações trabalhistas²⁹⁰.

A ministra Ellen Gracie, relatora original e vencida no julgamento, assim respondeu:

Mas aí é completamente diferente. Em relações trabalhistas, há uma subordinação. Aqui, a pessoa se associa porque quer; é uma entidade que tem normas próprias, inclusive de exclusão de sócios. Foi o que aconteceu. Houve uma comissão de inquérito²⁹¹.

À manifestação da ministra Ellen Gracie, seguiu a seguinte intervenção por parte do ministro Carlos Velloso, que a acompanhava na decisão:

Esta Turma já afirmou a aplicabilidade de direitos públicos fundamentais nas relações trabalhistas, quando julgamos, por exemplo, o caso da Air France. O estatuto desta contemplava vantagens para o empregado francês, vantagens que não se estendem ao empregado brasileiro²⁹².

Encerrando o julgamento do recurso extraordinário nº 201.819, o ministro Celso de Mello sintetizou o entendimento que acabou prevalecendo na Turma, consagrando que

²⁹⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. 2ª Turma. Recorrente: União Brasileira de Compositores. Recorrido: Arthur Rodrigues Villarinho. Recurso Extraordinário nº 201.819. Relatora: ministra Ellen Gracie. Relator para o acórdão: ministro Gilmar Mendes. Brasília, 11 out. 2005. **Diário da justiça** de 27 out. 2006.

²⁹¹ Idem.

²⁹² Ibidem.

Concluo, pois, Senhores Ministros, no sentido de reconhecer que assiste, ao associado, no procedimento de sua expulsão referente à entidade civil de que seja membro integrante, a prerrogativa indisponível de ver respeitada a garantia do contraditório e da plenitude de defesa, com os meios e recursos a ela inerentes, consoante prescreve, em cláusula mandatória, a Constituição da República, em seu art. 5º, inciso LV, não obstante se trate, como no caso, de ato praticado na esfera e sob a égide de uma típica relação de ordem jurídico-privada²⁹³.

A decisão proferida no caso, por sua extensão e densidade argumentativa, merece espaço destacado no presente relatório de pesquisa, o que justifica nossa decisão de reproduzi-la em seu inteiro teor no anexo ao presente trabalho. Estas mesmas razões justificam a enunciação das principais conclusões que podem ser extraídas do acórdão. São elas:

- As normas definidoras de direitos fundamentais são atribuídas de eficácia horizontal, permeando as relações jurídicas travadas entre entes de direito privado, aos quais se aplicam de forma direta, imediata e integral;
- A eficácia horizontal dos direitos fundamentais tem especial incidência nas relações privadas nas quais se verifica um desnível jurídico entre os contratantes que estabelece um deles em uma posição de poder em relação ao outro;
- As relações de trabalho são marcadas por uma desigualdade fática e jurídica entre os contratantes, o que torna incontroversa a incidência imediata e direta das normas definidoras de direitos fundamentais;
- As garantias do contraditório e da ampla defesa, integrantes do catálogo constitucional de direitos fundamentais,

²⁹³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. 2ª Turma. Recorrente: União Brasileira de Compositores. Recorrido: Arthur Rodrigues Villarinho. Recurso Extraordinário nº 201.819. Relatora: ministra Ellen Gracie. Relator para o acórdão: ministro Gilmar Mendes. Brasília, 11 out. 2005. **Diário da Justiça** de 27 out. 2006.

incidem sobre as relações de direito privado, notadamente quando uma das partes concentrar poderes para, por seus próprios desígnios, atingir direitos e interesses da outra.

5 O contraditório e a ampla defesa nas relações de trabalho.

Nos capítulos precedentes, procuramos estabelecer as bases teóricas que consideramos indispensáveis para o adequado enfrentamento do problema central da pesquisa: o exercício das garantias do contraditório e da ampla defesa diante do poder disciplinar do empregador. A partir dos fundamentos conceituais visitados, sobretudo em direito constitucional, foi possível anunciar algumas sínteses conclusivas parciais, as quais, neste momento, são elevadas à condição de premissa maior neste intrincado silogismo que é um trabalho acadêmico. A proposta do presente capítulo é dar o passo seguinte, anunciando a premissa menor e a conclusão final do presente estudo.

5.1 O poder diretivo do empregador como exercício de poder privado. O direito constitucional positivo e a eficácia direta e imediata das garantias do contraditório e da ampla defesa nas relações privadas de emprego.

“No contexto empregatício manifesta-se uma das dimensões mais importantes do fenômeno do poder no mundo contemporâneo”²⁹⁴.

No final do capítulo 2, no qual analisamos o artigo 5º, LV, da Constituição Federal de 1988 sob a lente do direito constitucional positivo, anunciamos sob um epíteto conclusivo que as garantias do contraditório e da ampla defesa têm assento na Carta de 1988 na forma de norma de eficácia

²⁹⁴ DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 7ª ed. São Paulo: LTr, 2008, p. 630.

plena, dispondo, portanto, de aplicabilidade direta, imediata e integral, vinculando todos os sujeitos da ordem jurídica, estatais ou não estatais, independentemente de interposição legislativa para atuar e investindo desde logo seus destinatários no poder de imediatamente exigir ou na obrigação de cumprir suas disposições.

Defendemos, ainda, que as garantias do contraditório e da ampla defesa visam proteger quaisquer direitos do cidadão que estejam ameaçados em processo judicial ou administrativo ou mesmo em um conflito de interesses entre sujeitos privados, sempre que um deles concentre poderes para, com seus próprios desígnios, atingi-los por qualquer forma.

O objetivo neste momento é identificar se o chamado poder diretivo do empregador constitui uma expressão de poder privado.

A relação jurídica de emprego possui características singulares; contornos únicos que não encontram paralelo em qualquer outra conexão interpessoal, salvo aquelas constituídas a partir de laços afetivos. Possui múltiplas feições, por vezes evidenciando a de um negócio jurídico de natureza contratual, por vezes demonstrando um caráter que transcende o universo privado dos contratos.

A particularidade da relação de emprego há muito motiva a doutrina a investigar sua natureza jurídica, a identificar o acervo de obrigações que cada uma das partes deve à outra ou a delimitar o domínio de liberdade que usufruem seus protagonistas. Todas as teorias que se dedicam a buscar respostas para estas e outras questões se encontram em uma intersecção comum: o reconhecimento de que os atores da relação de emprego não estão posicionados no mesmo plano fático e jurídico; não estão em igualdade de condições.

Defendemos que as garantias do contraditório e da ampla defesa protegem qualquer cidadão que tem um direito ameaçado por um ente de poder, seja este vinculado à ordem estatal ou não.

O termo *poder* empregado na presente pesquisa pode ser definido como a capacidade de um indivíduo, grupo ou entidade atingir, diretamente e por seus próprios desígnios, os direitos ou interesses de outrem. Assim, para efeitos do presente trabalho, *poder significa a capacidade de violar ou atingir por conta própria os direitos de outrem.*

Nesta concepção, parece indubitável que o empregador se afirma como um ente de poder privado na relação de emprego.

Em um contrato civil convencional, as partes estabelecem antecipadamente o conjunto integral de suas obrigações recíprocas em um ambiente de perfeita autonomia negocial. No contrato de emprego, por sua vez, tal situação não ocorre ou, pelo menos, não de forma absoluta.

Inicialmente, o espaço de autonomia da vontade que o empregado possui, seja na formação como ao longo da execução do contrato, não é, salvo episódicas exceções, o mesmo que o empregador dispõe. O trabalhador, como regra, depende da relação de emprego para obter condições elementares de dignidade. O empregado troca atributos de sua liberdade, como a disposição de seu tempo e suas aptidões físicas e intelectuais, por proventos econômicos que vão lhe proporcionar outros atributos de liberdade. São muitos valores em jogo para o trabalhador, tanto do ponto de vista prestacional como creditício. É certo que, em alguma medida, há um espaço de autonomia de vontade. Em um ambiente de pleno emprego – momentos pontuais da história – o cidadão pode optar por vincular-se a uma ou outra fonte produtiva, conforme as condições gerais de uma ou de outra. No entanto, a decisão de entregar parte de sua liberdade, seja para qual empregador for, não é tomada de forma totalmente livre, uma vez que o indivíduo necessita ter uma fonte de renda. A ideia, não tão isolada, de que o trabalhador tem a opção

de constituir um negócio próprio nos parece de plano equivocada. No contexto social, uma absoluta minoria dispõe de recursos financeiros, culturais e até emocionais para constituir um empreendimento qualquer. A grande maioria das pessoas não possui outra opção de renda que não o trabalho subordinado.

O empregador, por sua vez, não possui tamanha relação de dependência a um contrato de emprego específico. Enquanto o trabalhador normalmente vincula-se a um único contrato, o empregador muitas vezes está vinculado a vários contratos de emprego. Enquanto o contrato de trabalho representa o sustento do empregado, para o empregador é expressão de lucro. Enquanto o trabalhador depende da manutenção do contrato de trabalho para garantir seus compromissos financeiros, o empregador pode dispor de um ou de alguns contratos de trabalho sem que isso prejudique o andamento dos negócios.

O conteúdo obrigacional do empregador é perfeitamente definido pelo próprio instrumento contratual, caso do salário a ser pago, ou pela própria legislação positiva, caso das condições higiênicas de trabalho. Qualquer variação neste conteúdo dependerá fundamentalmente da expressão da livre vontade do empregador.

Diferentemente ocorre com o conjunto de obrigações do trabalhador. Na relação de emprego, a prestação devida pelo trabalhador consiste em disponibilizar sua força produtiva ao empregador ao longo da jornada de trabalho²⁹⁵. O empregador combina esta energia operacional com os demais fatores de produção da empresa para atingir o propósito final do empreendimento. Neste concerto, o empregador define a atividade que o trabalhador deverá realizar, a forma como tal trabalho será exercido e as obrigações acessórias inerentes à prestação laboral, como, por exemplo, a

²⁹⁵ Essa ideia está implícita no próprio conceito de trabalho subordinado e está explícita na legislação positiva, como se pode observar no parágrafo único do artigo 456 da Consolidação das Leis do Trabalho: “À falta de prova ou inexistindo cláusula expressa e tal respeito, entender-se-á que o empregado se obrigou a todo e qualquer serviço compatível com a sua condição pessoal”.

definição dos horários de trabalho. A variação em qualquer fator de produção ou mesmo nos objetivos da empresa, o que são ocorrências naturais em função das pressões de mercado e dos avanços tecnológicos, impõe a necessidade de uma conseqüente alteração na forma como a mão de obra se desenvolve. O empregador, portanto, detém o poder de variar o conteúdo obrigacional do empregado na relação de emprego.

No escambo da relação de emprego, o empregador entrega, principalmente, dinheiro. O trabalhador, por sua vez, entrega parte de sua liberdade individual. Um indivíduo que trabalha em jornada de oito horas, a mais comum, tem a metade de seu tempo diário disponível ocupado com o labor. Neste período, o empregador tem poderes para, dentre outras prerrogativas, definir o local em que o empregado deverá permanecer, o horário que o trabalhador vai repousar, se alimentar e utilizar o banheiro, as vestes que o empregado deverá usar e, até, se poderá conversar com seus colegas de trabalho. Apenas trocando as palavras, podemos dizer que o empregador tem o poder de controlar – e por isso mesmo atingir - o direito de ir e vir do empregado, sua saúde, sua imagem e o direito de se manifestar. A subordinação natural da relação de emprego atinge diretamente o acervo de direitos fundamentais do trabalhador.

Esta situação de vulnerabilidade do trabalhador em relação ao empregador advém das próprias características constitutivas do contrato de emprego. O trabalhador aliena sua força produtiva ao poder de direção do empregador. É uma relação continuativa de submissão a ordens e obediência, nitidamente marcada por contornos diferente dos contratos de prestação única. O trabalhador submete suas aptidões psicofísicas - atributos de sua personalidade - à vontade alheia. Não é apenas o cumprimento pontual de uma obrigação; vai muito além, com a inserção do trabalhador em uma organização para a ela se subordinar, em uma relação que se protraí no tempo²⁹⁶.

²⁹⁶ ABRANTES, José João. **Contrato de trabalho e direitos fundamentais**. Coimbra: Coimbra Editora, 2005, p. 44 e segs.

Essa é a dinâmica natural da relação de emprego e, provavelmente, não haveria como ser diferente. Não é possível imaginar uma empresa na qual seus funcionários tenham total liberdade para realizar qualquer atividade, nos momentos que desejarem, na quantidade e na qualidade que reputarem adequadas. A empresa possui um projeto de negócios que é sua razão de existir; portanto, deve organizar sua produção e seus custos, para dizer o mínimo. Sem algum controle efetivo, a atividade empresarial não se desenvolveria.

O ordenamento jurídico consagra este direito ao empregador. A Constituição Federal de 1988 assim anuncia um dos fundamentos da própria República:

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

.....

IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa.

Observa-se que o princípio da livre iniciativa é colocado ao lado do postulado de defesa dos valores sociais do trabalho. Não é fruto do acaso, mas sim da deliberada intenção de evidenciar o imprescindível equilíbrio que deve haver entre os direitos que guarnecem cada um dos pólos da relação de emprego.

Não é diferente no plano infraconstitucional. A Consolidação das Leis do Trabalho elenca uma séria de prerrogativas que o empregador possui na relação de emprego. Este acervo de garantias do empregador é objeto de diversas sistematizações doutrinárias²⁹⁷. Sem espaço para uma

²⁹⁷ Como exemplo, Maria do Rosário Palma Ramalho, defende que os “poderes laborais” dividem-se em “poder directivo” e “poder disciplinar laboral”, este último concentrando uma “faceta ordenatória” e uma “faceta sancionatória” (**Direito do trabalho**. Parte I. Dogmática geral. 2ª ed. Lisboa: Almedina, 2009, pp. 438-443). Adotando outra classificação, Maurício Godinho Delgado afirma que o “poder empregatício divide-se em poder diretivo (também chamado poder organizativo), poder regulamentar, poder fiscalizatório (este também chamado

análise crítica de cada uma delas, adotamos como referencial teórico²⁹⁸ a classificação formulada por Amauri Mascaro Nascimento, para quem o empregador detém um poder geral, chamado por esta razão de “poder diretivo”, que se manifesta por três formas: a) pelo poder de organizar as atividades do empregado em razão dos fatores de produção da empresa (poder de organização); b) pelo poder de fiscalizar o cumprimento das regras e condições estabelecidas (poder de controle); e, c) pelo poder de “exercer a sua autoridade sobre o trabalho de outro, de dirigir a sua atividade, de dar-lhe ordens de serviço e de impor sanções disciplinares”²⁹⁹.

É bastante intuitivo pensar que o poder de organizar as atividades do empregado só terá efetividade se o empregador detiver poderes para fiscalizar o cumprimento das determinações e regras estabelecidas. Da mesma forma, o poder de fiscalizar não gerará qualquer efeito concreto sem o poder de sancionar³⁰⁰.

Mozart Victor Russomano, tal como vários autores, confirma a relação de dependência hierárquica existente entre empregado e empregador e, com admirável capacidade de síntese, apresenta os seus fundamentos do poder diretivo do empregador:

Examinando a relação de emprego, deixamos manifesto nosso ponto de vista – comumente adotado no Direito do Trabalho contemporâneo – de que o trabalhador está hierarquicamente subordinado ao empresário. [...] O chamado poder diretivo do empresário, realmente, decorre deste

poder de controle) e poder disciplinar” (**Curso de direito do trabalho**. 7ª ed. São Paulo: LTr, 2008, p. 633).

²⁹⁸ A opção se justifica pela importância da obra deste autor na ciência jurídica brasileira e pelo fato de que sua classificação é seguida por importantes autores, tais como Carla Teresa Martins Romar (**Direito do trabalho e direito processual do trabalho**. São Paulo: Atlas, 2010, pp. 21-22), Luciano Martinez (**Curso de direito do trabalho**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, pp. 201-207) e, com pequena diferença de nomenclatura, Délio Maranhão (SÜSSEKIND, Arnaldo et al. **Instituições de direito do trabalho**. 21ª ed. São Paulo: LTr, 2003, pp. 242-244).

²⁹⁹ **Curso de direito do trabalho**. 25ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, pp. 683-686.

³⁰⁰ É nesta correlação que Cesarino Júnior justifica o poder disciplinar do empregador: “Do poder diretivo do empregador resulta, para a sua própria eficiência, o seu poder disciplinar, isto é, a faculdade que lhe assiste de cominar e impor sanção aos empregados infratores de suas obrigações contratuais e geralmente denominadas medidas disciplinares” (**Direito social brasileiro**. vol. 2. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 1970, p. 54).

fato social, histórico e econômico: o empresário corre os riscos do negócio e, em consequência, a ele cabe a prerrogativa de ditar ordens³⁰¹.

O poder diretivo do empregado constitui, inequivocamente, uma expressão de *poder privado*. E este poder privado se manifesta sua forma mais intensa pelo chamado *poder disciplinar do empregador*.

O poder disciplinar consiste na prerrogativa atribuída ao empregador de, diante de uma conduta do trabalhador contrária à ordem legal heterônoma (leis em geral) ou autônoma (contrato de trabalho, instrumentos normativos, regulamento da empresa, ordens diretamente transmitidas), investigar a conduta do empregado e aplicar-lhe as sanções admitidas pelo direito do trabalho. No acervo de sanções admitidas pela ordem jurídica, observam-se punições que afetam o patrimônio moral do empregado, como é o caso das advertências verbais e escritas, e punições que afetam gravemente direitos fundamentais do trabalhador, como é o caso das suspensões disciplinares, das multas pecuniárias³⁰² e da resolução do contrato de trabalho por justa causa.

É um poder excepcional do empregador, que não encontra paralelo na ordem jurídica estatal. Não há indivíduo, entidade ou órgão, público ou privado, que reúna as prerrogativas de acusar, de produzir provas e de aplicar sanção em caráter definitivo e que produzem efeitos imediatos e concretos na órbita moral e patrimonial do sancionado. Como já não fosse um poder excepcional, a decisão fundada no poder disciplinar tem um caráter vinculativo de órgãos da Administração Pública, como se verá adiante.

Octávio Bueno Magano reconhece a existência do fenômeno social dos “centros de poder” privado e, a partir dessa noção, explica com precisão os fundamentos do poder disciplinar do empregador:

³⁰¹ **Curso de direito do trabalho**. 9ª ed. Curitiba: Juruá, 2010, p. 93.

³⁰² Hipótese do contrato especial do atleta profissional disciplinado pela Lei nº 9.615, de 24 mar. 1998.

O fundamento do poder disciplinar é o pluralismo democrático, de cujo ponto de vista se há de conhecer a sociedade como composta de vários centros de poder, colocados em níveis inferiores ao do Estado, mas dotados de autonomia. O grau de participação dos indivíduos nos referidos centros de poder varia conforme a sua influência na realização dos valores por estes colimados. Os mais influentes participam do processo decisório do grupo. Os menos influentes sujeitam-se às decisões adotadas. Por aí se explica que em todo grupo haja manifestações de poder e de sujeição³⁰³.

E arremata sustentando que o poder disciplinar do empregador detém força coercitiva concreta e não meramente moral:

À guisa de conclusão, podemos dizer que o poder disciplinar constitui complemento do poder diretivo, por meio do qual se atualiza a coercibilidade das normas e ordens derivadas do exercício do último. De resto, se o poder diretivo não fosse dotado de coercibilidade, colocar-se-ia no plano da moral, gerando benevolência, e não no plano do direito, impondo obediência³⁰⁴.

Como afirmado anteriormente, as garantias do contraditório e da ampla defesa têm assento constitucional na forma de norma de eficácia plena, isto é, que possui aplicabilidade direta, imediata e integral, vinculando todos os sujeitos da ordem jurídica, sejam entes estatais ou não estatais. Por consequência, as garantias do contraditório e da ampla defesa não dependem de qualquer interposição legislativa para atuar diretamente sobre as relações jurídicas travadas no âmbito social, investindo seus destinatários no poder de imediatamente exigir ou na obrigação de cumprir suas disposições.

As garantias do contraditório e da ampla defesa visam proteger quaisquer direitos do cidadão que estejam ameaçados em processo judicial ou administrativo ou mesmo em um conflito de interesses entre sujeitos privados, sempre que um deles concentre poder para, por seus próprios desígnios, atingi-los por qualquer forma.

³⁰³ **Política do trabalho**. vol. 2. São Paulo: LTr, 1995, pp. 61-62.

³⁰⁴ Idem.

Na medida em que o empregador concentra tais poderes, manifestado, sobretudo, pelo chamado poder disciplinar, parece inequívoco que as garantias do contraditório e da ampla defesa incidem de forma direta e imediata na relação de emprego.

Atinge-se, então, a conclusão central da pesquisa ora relatada: o artigo 5º, LV, da Constituição Federal de 1988 assegura ao trabalhador o exercício das garantias do contraditório e da ampla defesa diante da intenção do empregador de fazer uso de seu poder disciplinar.

5.2 O direito de defesa do trabalhador na relação privada de emprego como norma de direito fundamental diretamente estabelecida.

No capítulo 3, defendemos que o artigo 5º, LV, da Constituição Federal de 1988 constitui uma norma definidora de direitos fundamentais. Como tal, incide direta e imediatamente sobre às relações jurídicas privadas, por força da chamada eficácia horizontal dos direitos fundamentais. Encerramos o estudo afirmando que se trata de uma norma-regra e não uma norma-princípio, o que a faz incidir sobre os casos concretos por simples subsunção (“tudo ou nada”), na medida em que o legislador já realizou previamente um juízo de ponderação ante aos outros princípios constitucionais.

Dissemos, ainda, que as normas de direitos fundamentais podem ser *diretamente estabelecida pelo texto constitucional* ou podem se consubstanciar em *norma de direitos fundamentais atribuídas*. A primeira categoria se refere às normas cujo signo semântico (texto legal) contém a solução específica do caso concreto, envolvendo, neste processo, uma limitada atuação integradora do juiz. A segunda categoria diz respeito às normas cujo

enunciado não é capaz de resolver, por si, o problema existente no caso concreto, exigindo do intérprete um complexo trabalho de integração do signo normativo para desvendar seu conteúdo axiológico. Tanto em um como em outro caso, o intérprete deve verificar se a norma – diretamente estabelecida ou atribuída – possui um *argumento em termos de direitos fundamentais*.

A proposta, neste espaço, é avaliar se é possível falar na existência de uma norma de direitos fundamentais segundo a qual a todo trabalhador deve ser assegurado o exercício do contraditório e da ampla defesa diante de qualquer sanção disciplinar ou do despedimento motivado por falta grave.

No capítulo 2, defendemos que a norma contida no artigo 5º, LV, da Constituição Federal de 1988, constitui uma norma de eficácia plena, possuindo, portanto, normatividade suficiente para incidir direta e imediatamente sobre as relações jurídicas que regula. Afirmamos, ainda, que a expressão “aos acusados em geral” é composta por um termo de generalidade (“acusados”) seguido por uma diretriz interpretativa que impõe sua máxima abertura (“em geral”). Recorrendo aos métodos tradicionais de interpretação, concluímos que tal expressão tem o objetivo de proteger o cidadão confrontado em seus direitos por qualquer fonte de poder privado. Encerramos afirmando que o empregador concentra poderes para, por sua própria ação, afetar diretamente o patrimônio jurídico do trabalhador, afirmando-se, portanto, como um ente de poder privado.

Não poderíamos agora, no presente capítulo, afirmar que a norma cogitada (a todo trabalhador deve ser assegurado o exercício do contraditório e da ampla defesa diante de qualquer sanção disciplinar ou de um despedimento motivado por falta grave) é uma norma de direito fundamental atribuída. Seria uma contradição lógica insuperável defender que, sob o direito constitucional positivo, as garantias do contraditório e da ampla defesa tem aplicação direta e imediata às relações de emprego e, posteriormente,

sustentar que não é uma norma de direito fundamental diretamente estabelecida.

Nossa posição é firme no sentido de que a norma cogitada decorre diretamente no enunciado normativo constante no artigo 5º, LV, da Constituição Federal de 1988, sendo, portanto, uma norma de direito fundamental diretamente estabelecida.

Contudo, exclusivamente como desenvolvimento científico, consideramos interessante investigar se a norma cogitada possui um *argumento em termos de direitos fundamentais*, o que lhe atribuiria *fundamento de validade* para se afirmar como uma norma atribuída. Vale pontuar que a norma imaginada decorre expressamente de uma norma definidora de direitos fundamentais, conforme estudo já precedido, razão pela qual o seu aspecto formal – sua inclusão no catálogo constitucional de direitos fundamentais – parece não suscitar maiores problemas.

O problema, então, cinge-se ao *argumento de direitos fundamentais* da norma cogitada, o que remete, por sua vez, à necessidade de se constatar a existência de um *consenso geral de validade*. Este consenso geral de validade deve ser investigado no direito internacional público.

A Organização Internacional do Trabalho já declarou que o cidadão-trabalhador tem o direito fundamental de apresentar defesa tão logo o empregador manifeste a intenção de romper o contrato de trabalho com fundamento em falta grave contra si atribuída, garantia que deverá ser exercitada antes da efetivação do despedimento. Neste sentido é clara redação do artigo 11, (5), da Recomendação nº 119 (1962), em livre tradução:

Antes de uma decisão de demitir um empregado por falta grave adquirir efeitos definitivos, o trabalhador deve ter a oportunidade de apresentar

seu caso, sem demora, com a assistência, sempre que necessário, de uma pessoa que o represente³⁰⁵.

Este direito fundamental do trabalhador foi reafirmado no artigo 7º da Convenção nº 158 (1982) da Organização Internacional do Trabalho. Segundo a convenção referida,

não deverá ser terminada a relação de trabalho de um trabalhador por motivos relacionados com seu comportamento ou seu desempenho antes de se dar ao mesmo a possibilidade de se defender das acusações feitas contra ele, a menos que não seja possível pedir ao empregador, razoavelmente, que lhe conceda essa possibilidade³⁰⁶.

Complementando as disposições da Convenção nº 158, a Recomendação nº 166 da Organização Internacional do Trabalho assegura ao trabalhador o direito de ser assistido por outra pessoa quando do exercício das garantias de defesa contra a imputação de falta grave³⁰⁷.

Como se observa, o direito de defesa do trabalhador confrontado por uma acusação de falta grave possui um *argumento de direitos fundamentais*, na medida em que o *consenso geral* o identifica como direito inerente ao homem.

³⁰⁵ Conferência Geral da Organização Internacional do Trabalho, 47º Reunião, 1963, Genebra (Suíça). **Recomendação nº 119**. Genebra: OIT, 1963. Disponível em: <http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=1000:12100:0::NO::P12100_INSTRUMENT_ID,P12100_LANG_CODE:312457,fr:NO>. Acesso em 9 nov. 2012. Texto original: “11 (5) Avant qu'une décision de licencier un travailleur pour faute grave ne prenne effet de façon définitive, le travailleur intéressé devrait avoir la possibilité d'exposer son cas sans délai, avec l'assistance, dans les cas appropriés, d'une personne le représentant”.

³⁰⁶ Conferência Geral da Organização Internacional do Trabalho, 68º Reunião, 1982, Genebra (Suíça). **Convenção nº 158**. Genebra: OIT, 1982. Disponível em: <http://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=1000:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:C158>. Acesso em 9 nov. 2012.

³⁰⁷ Conferência Geral da Organização Internacional do Trabalho, 68º Reunião, 1982, Genebra (Suíça). **Recomendação nº 166**. Genebra: OIT, 1982. Disponível em: <http://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO:12100:P12100_INSTRUMENT_ID:312504:NO>. Acesso em 9 nov. 2012. Artigo 9º: “A worker should be entitled to be assisted by another person when defending himself, in accordance with Article 7 of the Termination of Employment Convention, 1982, against allegations regarding his conduct or performance liable to result in the termination of his employment; this right may be specified by the methods of implementation referred to in Paragraph 1 of this Recommendation”.

O *argumento de direitos fundamentais* das garantias de defesa do trabalhador pode ser obtido, ainda, do ordenamento jurídico interno de diversos países.

O direito comparado sempre exerceu grande influência no direito brasileiro, seja atuando como um paradigma de pensamento jurídico, inevitavelmente absorvido em maior ou menor amplitude pela doutrina e pela jurisprudência, como também atuando sob a forma de um mecanismo concreto de integração de lacunas³⁰⁸. Com efeito, o estudo acadêmico de qualquer instituto jurídico não pode prescindir de uma análise da legislação estrangeira, ainda que superficial.

O Código do Trabalho de Portugal, instituído pela Lei nº 7, de 12 de fevereiro de 2009, estabelece um procedimento prévio obrigatório em caso de aplicação de sanção disciplinar ao empregado. Segundo a lei portuguesa, nenhuma sanção pode ser aplicada sem a “audiência prévia do trabalhador” ao qual deve ser assegurado, além do direito de ação judicial, o direito de “reclamar para o escalão hierarquicamente superior ao que aplicou a sanção”³⁰⁹.

Em caso de falta grave do empregado, apta a justificar o rompimento do contrato por justa causa, o Código do Trabalho Português exige que o empregador notifique o trabalhador por escrito da intenção de resolver o contrato, apresentando, juntamente com a notificação, uma nota de culpa que conterá “a descrição circunstanciada dos factos que lhe são imputados”. O trabalhador terá acesso ao procedimento prévio e poderá responder à acusação descrita na nota de culpa, no prazo legalmente previsto, podendo, ainda, “juntar documentos e solicitar as diligências probatórias que se mostrem

³⁰⁸ O que é expressamente autorizado pelo artigo 8º da Consolidação das Leis do Trabalho: “As autoridades administrativas e a Justiça do Trabalho, na falta de disposições legais ou contratuais, decidirão, conforme o caso, pela jurisprudência, por analogia, por equidade e outros princípios e normas gerais de direito, principalmente do direito do trabalho, e, ainda, de acordo com os usos e costumes, o direito comparado, mas sempre de maneira que nenhum interesse de classe ou particular prevaleça sobre o interesse público”.

³⁰⁹ Código do Trabalho Português (Lei nº 7, de 12 fev. 2009), artigo 329.º, §§ 6º e 7º.

pertinentes para o esclarecimento da verdade”. À resposta do trabalhador, segue a instrução do procedimento prévio, conduzida pelo empregador, ocasião em que poderão ser ouvidas testemunhas e realizadas outras diligências probatórias, das quais serão encaminhadas cópias à comissão de trabalhadores da empresa ou à entidade sindical de filiação ou representação do trabalhador³¹⁰.

Maria do Rosário Palma Ramalho esclarece que em

sua faceta sancionatória, o poder disciplinar é de caracterizar como um poder processualizado, uma vez que a aplicação das sanções disciplinares é obrigatoriamente precedida de um processo: o processo disciplinar comum, previsto para a aplicação das sanções disciplinares conservatórias (arts. 329.º); e o processo disciplinar especial, previsto para a aplicação da sanção do despedimento imediato por facto imputável ao trabalhador (art. 352.º ss)³¹¹.

O Direito italiano, que sempre exerceu grande influxo sobre o ordenamento brasileiro, há mais de quarenta anos conta disposição legal que assegura aos trabalhadores, mesmo no âmbito das relações privadas, o exercício das garantias de defesa e do contraditório de forma prévia à aplicação de qualquer sanção de natureza disciplinar³¹².

O Código do Trabalho Francês também reconhece o direito fundamental do trabalhador de exercer sua defesa diante do exercício do poder disciplinar do empregador. Em caso de aplicação de qualquer sanção disciplinar ou em caso de rescisão do contrato de trabalho por “cause réelle et sérieuse”, o empregador é obrigado a respeitar um procedimento anterior que consiste, resumidamente, na notificação por escrito do trabalhador e na realização de uma entrevista prévia (“l’entretien préalable”), oportunidade na qual o empregado deverá ser informado dos motivos da rescisão e poderá

³¹⁰ Código do Trabalho Português (Lei nº 7, de 12 fev. 2009), artigos 351.º a 358.º.

³¹¹ **Direito do Trabalho**. vol. 1. Dogmática geral. Coimbra: Almedina, 2009. p. 442.

³¹² O Statuto dei Lavoratori (Legge 20 maggio 1970, n. 300) assim preceitua em seu art. 7º: “Il datore di lavoro non può adottare alcun provvedimento disciplinare nei confronti del lavoratore senza avergli preventivamente contestato l’addebito e senza averlo sentito a sua difesa”.

expor as suas razões, podendo, ainda, contar com a assistência de outro funcionário ou de um representante do respectivo sindicato ³¹³.

Encerrando o rápido referencial ao direito estrangeiro, o Estatuto dos Trabalhadores da Espanha exige que o trabalhador seja notificado por escrito dos motivos que vão ensejar seu despedimento disciplinar, podendo o “convenio colectivo” estabelecer outras exigências formais para aperfeiçoar a ruptura do contrato. Embora a lei espanhola assegure somente aos representantes dos trabalhadores e aos dirigentes sindicais o direito do exercício do contraditório e de defesa por meio de um “expediente contradictorio”, aparentemente afastando tais garantias dos demais trabalhadores, a doutrina e a jurisprudência reconhecem que a “carta de despido” tem como objetivo informar ao trabalhador “los hechos objeto de imputación de forma tal que el trabajador pueda defenderse de ellos con plenitud de garantías” ³¹⁴⁻³¹⁵⁻³¹⁶.

Assim, atinge-se uma conclusão central da pesquisa relatada: o trabalhador possui o direito fundamental de exercer as garantias do contraditório e da ampla defesa quando estiver ameaçado pelo poder disciplinar de seu empregador.

O exercício de referido direito decorre da norma diretamente estabelecida no artigo 5º, LV, da Constituição Federal de 1988, não dependendo de qualquer norma de categoria inferior ou reforma no sistema jurídico atual para que tenha plena eficácia nas relações privadas de emprego.

³¹³ Code du Travail (l'ordonnance n° 2007-329, de 12 mar. 2007), artigos L1232-2 a L1232-4 e artigos L1332-1 a L1332-3 (com as alterações da Lei n° 2012-387, de 22 mar. 2012).

³¹⁴ Estatuto de los Trabajadores (Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo), art. 55.1.

³¹⁵ ESPANHA. Tribunal Supremo. Sentença n° 6161, de 14 set. 1988. Centro de Documentación Judicial. Disponível em <<http://www.poderjudicial.es>>. Acesso em 14 nov. 2011.

³¹⁶ No mesmo sentido, LÓPEZ, Manuel Carlos Palomeque; DE LA ROSA, Manuel Álvares. **Derecho del trabajo**. 17ª ed. Madrid: Ramón Areces, 2009, p. 754.

5.3 O exercício das garantias do contraditório e da ampla defesa na aplicação de sanções disciplinares e na resolução motivada do contrato.

A Constituição Federal de 1988 não atribuiu a qualquer indivíduo ou ente - nem mesmo aos órgãos estatais, como o Poder Judiciário - poderes para, concentradamente, formalizar uma acusação contra um cidadão, produzir unilateralmente provas da imputação, julgá-lo em instância única em um processo sigiloso e executar de imediato a sanção aplicada. Esta dimensão de poder não se harmoniza com o Estado Democrático de Direito, estando muito mais próxima de um relato histórico de um sistema jurídico medieval.

Como decorrência de seu poder diretivo, o empregador dispõe do chamado poder disciplinar. Como já dissemos, este poder concede ao empregador a prerrogativa de, diante de uma conduta do trabalhador que considera ilícita, investigar unilateralmente os fatos e, ao final, aplicar ao trabalhador as sanções admitidas pelo direito do trabalho. Entre as penalidades admitidas pela ordem jurídica, observam-se punições que atingem o patrimônio moral e material do empregado, como é o caso das advertências e das penas que geram a supressão dos rendimentos do empregado: as suspensões disciplinares, as multas pecuniárias e a resolução do contrato de trabalho por justa causa.

No modelo atualmente aceito, o empregado não participa de qualquer ato que antecede a punição que lhe é aplicada. O próprio empregador o acusa secretamente, produz as provas que considerar necessárias sem qualquer participação do trabalhador, aplica a sanção que lhe parecer mais adequada ao caso e, ao final, limita-se a comunicar ao empregado sobre a sanção imposta. Não é incomum – a casuística forense demonstra fartamente – o trabalhador ser dispensado sob uma acusação de falta grave sem, ao

menos, ser informado das razões que levaram seu empregador a agir dessa forma.

Entre o momento em que o empregador cogita a existência de um ato ilícito e o efetivo ataque ao patrimônio moral, econômico e social do trabalhador, tudo transcorre sob o mais absoluto sigilo e unilateralidade. O trabalhador não tem chance de se defender.

Nenhum órgão do Estado dispõe de poderes tão amplos quanto àqueles que a ordem trabalhista confere ao empregador privado.

A doutrina brasileira contemporânea já vem se manifestando no sentido de que tal concentração de poder não está em harmonia com o sistema de garantias individuais estabelecido na Constituição Federal de 1988:

Pelo padrão normativo atual, o empregador avalia, unilateralmente, a conduta obreira e atribui a pena ao trabalhador, sem necessidade de observância de um mínimo procedimento que assegure a defesa do apenado e sem necessidade de consulta a um órgão coletivo obreiro interno à empresa (que, na verdade, raramente existe no cotidiano empresarial do país).

Embora esse modelo legal celetista pareça francamente defasado e obsoleto em face da relevância que a Constituição de 1988 dá ao Direito Coletivo e aos direitos individuais da pessoa humana, não tem a doutrina e a jurisprudência dominantes no país, ainda, apontado na direção da suplantação efetiva do velho modelo celetista autoritário³¹⁷.

Para Luciano Martinez, o exercício de um poder desta dimensão não pode ficar alheio à observação do direito de defesa:

a oposição de penas disciplinares aos empregados somente deveria ser reconhecida em procedimento que lhes assegurasse a observância de um devido processo legal privado³¹⁸.

³¹⁷ DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 7ª ed. São Paulo: LTr, 2008, p. 1186.

³¹⁸ **Curso de direito do trabalho**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 207.

Esta mesma observação já havia sido feita por Ivani Contini Bramante, para quem toda punição aplicada ao empregado deve preceder de um procedimento que assegure o exercício do contraditório e da ampla defesa:

É mister que a punição, ainda que aplicada no âmbito das relações de Direito Privado, seja precedida de um *devido processo legal* justo e adequado, com a obrigação de notificar o infrator e, ainda, de conceder-lhe a faculdade de interposição de defesa em um prazo razoável³¹⁹.

A obrigatoriedade de um procedimento prévio que assegure o exercício das garantias do contraditório e da ampla defesa também foi postulada por Cláudio Armando Couce de Menezes, Glaucia Gomes Vergara Lopes, Otávio Amaral Calvet e Roberta Ferme Sivoletta:

Seja qual for a visão adotada do poder disciplinar, impõe-se no seu manejo o respeito a um procedimento previamente estabelecido, observada a ampla defesa e o contraditório bem como a presunção de inocência do trabalhador³²⁰.

O modelo atualmente adotado de aplicação de sanções disciplinares trabalhistas parece mais ainda equivocado se o compararmos com outros institutos jurídicos. O Código Civil de 2002, irradiado pelos valores constitucionais, assegura ao cidadão o direito de defesa perante qualquer ente de poder privado. Neste sentido, o Código Civil garante ao membro de associação civil o direito de defesa em processo de exclusão e o direito de recurso contra a decisão³²¹. No mesmo sentido, é a tutela que o sócio

³¹⁹ Eficácia do contraditório e ampla defesa nas relações interprivadas. **Revista LTr legislação do trabalho**, São Paulo, v. 64-08, p. 1016, 2000.

³²⁰ Direitos fundamentais e poderes do empregador: o poder disciplinar e a presunção de inocência do Trabalhador. **Revista LTr legislação do trabalho**, São Paulo, v. 73-08, p. 972, 2009.

³²¹ Código Civil (Lei nº 10.406, de 10 jan. 2002), artigo 57 (com a redação que lhe deu a Lei nº 11.127, de 28 jun. 2005): "A exclusão do associado só é admissível havendo justa causa, assim reconhecida em procedimento que assegure direito de defesa e de recurso, nos termos previstos no estatuto". Nota-se que as decisões analisadas no capítulo 4 envolvem fatos ocorrido antes da vigência da Lei nº 11.127, de 28 jun. 2005.

minoritário de sociedade limitada possui diante da assembleia que deliberará sobre sua possível exclusão³²².

O Código de Trânsito brasileiro assegura ao cidadão o direito de se defender diante de uma alegada infração de trânsito, ainda que esta não gere efeitos pecuniários ou sobre qualquer outro direito do indivíduo, como é o caso da simples advertência por escrito. Vale dizer, aliás, que o Código de Trânsito Brasileiro assegura o direito de defesa (artigo 282) e o de recurso à órgão hierarquicamente superior (artigos 288)³²³.

O cidadão ameaçado de exclusão pelo clube recreativo do qual é sócio tem assegurado o exercício do contraditório e da ampla defesa, bem como o direito de recurso da decisão contrária aos seus interesses. O motorista acusado de uma infração qualquer, ainda que sem caráter pecuniário ou restritivo de direitos, só vai sofrer os seus efeitos após ser-lhe franqueado o direito de se defender e a possibilidade de recurso contra a decisão.

A incoerência no sistema infraconstitucional é enorme. A Lei nº 9.615, de 24 de março 1998, que disciplina o contrato especial do atleta profissional, dispõe que a aplicação de sanções disciplinares “não prescinde de processo administrativo no qual sejam assegurados o contraditório e a ampla defesa” (artigo 48, parágrafo 1º). Não parece lógico que tais garantias se apliquem apenas aos profissionais do esporte.

É equivocado imaginar que o fato de o trabalhador poder recorrer ao judiciário – onde, em tese, poderia exercer o contraditório e a ampla defesa – torna prescindível a observação destas garantias no âmbito extraprocessual. Por definição, o termo *defesa* representa o conjunto de meios que possibilitam repelir ou evitar um ataque; defesa é a resistência, a proteção,

³²² Código Civil (Lei nº 10.406, de 10 jan. 2002), artigo 1.085, § único: “A exclusão somente poderá ser determinada em reunião ou assembleia especialmente convocada para esse fim, ciente o acusado em tempo hábil para permitir seu comparecimento e o exercício do direito de defesa”.

³²³ Lei nº 9.503, de 23 set. 1997.

o resguardo, o obstáculo. Após a consumação da ação lesiva não há que se falar em defesa. A vítima de uma agressão física se defende do golpe inimigo opondo-lhe resistência ou dele se esquivando; qualquer ato após ter sido atingida pelo golpe não pode ser considerado como um ato de defesa, mas sim uma ação reparatória ou um novo ataque.

O trabalhador que ingressa com uma ação trabalhista para discutir uma dispensa por justa causa, por exemplo, não está oferecendo resistência ao seu despedimento, mas apenas adotando uma medida reparatória dos danos que reputa ter sofrido. Tanto que o desfecho é puramente patrimonial. Daí porque a garantia de acesso ao judiciário não tem o condão de diferir as garantias do contraditório e da ampla defesa para o âmbito judicial. O exemplo mais evidente é o dos processos administrativos. Embora o servidor público ou o administrado afetados por uma decisão administrativa possam recorrer ao Poder Judiciário para a anulação do ato, a própria Constituição Federal de 1988 prevê que o processo administrativo deve ser procedimento sujeito ao contraditório e nos quais deve ser assegurada a defesa dos interessados. O mesmo ocorre com as acima citadas infrações de trânsito, que somente geram efeitos concretos ao infrator após ser-lhe concedido o direito de defesa e de recurso, apesar de também ser-lhe possibilitado discutir a penalidade na esfera judicial.

E, não raras vezes, o trabalhador volta a ter seu direito ao contraditório e à ampla defesa violado no âmbito judicial. Como dito, muitas vezes o trabalhador é dispensado por justa causa sem sequer ser informado dos motivos da rescisão. No sistema de audiência única, o trabalhador só vai tomar conhecimento dos motivos da rescisão na própria audiência de instrução, quando já não tem condições efetivas de produzir provas ou mesmo esclarecer adequadamente os fatos. O sistema de audiência única não concede às partes igualdades de armas, não respeitando as garantias do contraditório e da ampla defesa.

Linhas atrás, citamos o exemplo dos processos administrativos, aos quais a Constituição Federal de 1988 explicitamente garantiu o exercício do contraditório e da ampla defesa pelos interessados (artigo 5º, LV). A invocação deste exemplo serviu como plano de fundo para um argumento de reforço à tese sustentada neste relatório de pesquisa, como segue:

Ao decidir romper o contrato de trabalho em função de uma falta grave cometida pelo trabalhador - a figura da dispensa por justa causa - o empregador emite uma decisão que não se limita ao caráter privado do contrato de emprego; seus efeitos são *ultra partes*, ou seja, atingem e vinculam terceiros. E tais terceiros são, precisamente, órgãos da Administração Pública.

É o caso do fundo de garantia por tempo de serviço (FGTS), criado pela Lei nº 5.107, de 13 de setembro de 1966 e, atualmente, regido pela Lei nº 8.036, de 11 de maio de 1990. O fundo de garantia por tempo de serviço constitui um sistema de capitalização de depósitos mensais realizados pelo empregador em conta vinculada ao trabalhador, que é gerido por um Conselho Curador e operado pela Caixa Econômica Federal. O objetivo do sistema foi criar um modelo alternativo à estabilidade decenária prevista na Consolidação das Leis do Trabalho (artigo 492) e que constituísse um fundo indenizatório ao trabalhador que vier a sofrer despedimento involuntário. O fundo de garantia por tempo de serviço é administrado exclusivamente pelo Estado. O empregador limita-se ao custeio do sistema e o trabalhador apresenta-se como seu beneficiário.

Segundo a Lei nº 8.036, de 11 de maio de 1990, o trabalhador não poderá sacar os depósitos mensais realizados por seu empregador em caso de cometimento de falta grave ensejadora da dispensa por justa causa (artigo 20). Ocorre que o Conselho Curador do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço, órgão gestor do sistema, ou a Caixa Econômica Federal, órgão operador do fundo, não realizam qualquer procedimento para verificar o cometimento de eventual falta grave pelo trabalhador. Tais órgãos se vinculam à decisão do empregador quanto à justa causa, esta que, como visto, costuma

ser tomada sem qualquer participação do trabalhador e, muitas vezes, em procedimento secreto.

O mesmo ocorre com o chamado seguro desemprego. Com previsão no catálogo de direitos fundamentais do trabalhador (artigo 7º, II, da Constituição Federal de 1988) e como instituto integrante do sistema de Previdência Social (artigo 201, III, da Constituição Federal de 1988), o seguro desemprego tem regência na Lei nº 7.998, de 11 de janeiro de 1990. Trata-se de um sistema de ajuda financeira temporária ao trabalhador em situação de desemprego involuntário ou resgatado de regime de trabalho forçado ou da condição análoga à de escravo³²⁴.

O seguro desemprego é gerido pelo Conselho Deliberativo do Fundo de Amparo ao Trabalhador e custeado pelo Fundo de Amparo ao Trabalhador. O Fundo de Amparo ao Trabalhador recebe recursos provenientes, principalmente, das contribuições sociais destinadas ao programa de integração social e ao programa de formação do patrimônio do servidor público.

O seguro desemprego também não é concedido ao trabalhador dispensado por justa causa (artigo 3º da Lei nº 7.998, de 11 de janeiro de 1990). Tal como ocorre com o fundo de garantia por tempo de serviço, não há qualquer procedimento prévio para apuração de eventual falta grave cometida pelo empregado. O Conselho Deliberativo do Fundo de Amparo ao Trabalhador e os órgãos operadores do seguro desemprego (Caixa Econômica Federal e Gerências Regionais do Trabalho e Emprego) vinculam-se completamente à decisão do empregador quanto à falta grave supostamente cometida pelo empregado.

Observa-se, então, uma situação ímpar: Embora a relação *empregado-empregador* seja totalmente distinta da relação *trabalhador-Estado*

³²⁴ Conforme artigo 201, III, da Constituição Federal de 1988 e artigo 2º, I, da Lei nº 7.998, de 11 jan. 1990.

– aqui o Estado é representado pelos órgãos responsáveis pela administração do fundo de garantia por tempo de serviço e pelo Seguro Desemprego - a decisão que afeta esta última relação – trabalhador-Estado – é emanada do empregador. O empregador decide os direitos do trabalhador em sua condição de administrado, interferindo diretamente na sua relação com os Poderes Públicos.

Como dito páginas atrás, o processo administrativo é o instrumento pelo qual o Poder Público impõe penalidades, cria direitos ou estabelece obrigações aos servidores públicos ou aos administrados³²⁵. Observa-se, então, que, *formalmente*, a decisão do empregador de romper o contrato de trabalho por justa causa é uma decisão de caráter particular. Esta decisão, no entanto, constitui, *materialmente*, uma decisão administrativa, na medida em que afeta diretamente os direitos do trabalhador em sua condição de administrado.

Em uma síntese conclusiva, podemos afirmar que a decisão do empregador emanada no uso de seu poder disciplinar constitui, *materialmente*, uma decisão de um processo administrativo.

A delegação de competências da Administração Pública para entidades particulares tem previsão constitucional (artigos 175) e infraconstitucional (Decreto-Lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967, e Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995). A hipótese aqui suscitada, no entanto, envolve uma delegação de competência instituída pela própria lei e não por ato administrativo. Assemelha-se, em substância, à delegação prevista no artigo 236 da Constituição Federal e na Lei nº 8.935, de 18 de novembro 1994, que dispõe sobre os serviços notariais e de registro.

Sendo a decisão que envolve a dispensa por justa causa uma decisão que vincula a Administração Pública, assumindo, portanto, uma

³²⁵ Cf. capítulo 2.4, supra.

natureza *materialmente* administrativa, é possível também fundamentar o direito de defesa do trabalhador na explícita previsão constitucional destinada aos processos administrativos:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.

Como todo processo administrativo, a decisão que envolve uma demissão motivada por falta grave do trabalhador não prescinde do direito de defesa do interessado.

Outro argumento circunstancial em abono à tese do direito de defesa ante ao poder disciplinar do empregador pode ser obtido pela ideia de *sistema* do ordenamento jurídico.

A Consolidação das Leis do Trabalho possui disposição que assegura ao trabalhador o direito de defesa diante da intenção do empregador de romper o contrato de trabalho por conduta culposa atribuída ao empregado. Embora o mecanismo não tenha a mesma efetividade que a Constituição de 1988 atribui às garantias do contraditório e da ampla defesa, é certo que o sistema celetista foi forjado sob a ideia de garantir a defesa do trabalhador.

Pelo sistema celetista original, o trabalhador que completasse dez anos de vinculação empregatícia com o mesmo empregador adquiriria estabilidade definitiva no emprego, podendo ter seu contrato rescindido apenas na hipótese de cometimento de falta grave apta a justificar sua demissão por justa causa ou no caso de encerramento da atividade empresarial. Assim, uma vez adquirida a estabilidade, a demissão do trabalhador por circunstâncias relacionadas à vontade das partes somente seria possível após a comprovação

de falta grave do empregado. O ato de rescisão do contrato de trabalho, então, só poderia se fundar em “falta grave [...] devidamente comprovada”³²⁶.

A comprovação de falta grave deveria ocorrer em um processo judicial, promovido pelo empregador, cuja sentença, além de declarar a existência ou inexistência da falta grave, teria força constitutiva negativa para rescindir o contrato, na hipótese de procedência das acusações. Este processo, conhecido como inquérito judicial para apuração de falta grave, assegurava ao trabalhador, como é de rigor, o pleno exercício das garantias do contraditório e da ampla defesa³²⁷.

A Consolidação das Leis do Trabalho, portanto, foi edificada sob a ideia de exercício do contraditório e da ampla defesa de forma preliminar à ruptura motivada do contrato de trabalho. A esta asserção, pode-se opor a objeção de que a garantia de defesa era meramente parcial, na medida em que apenas os funcionários que possuíssem mais de dez anos de vinculação com o mesmo empregador eram beneficiários desta proteção. Embora tal fato seja verdadeiro, há dois fatos que tornam a objeção pouco relevante: por primeiro, o direito do trabalho sempre se apoiou na premissa de continuidade da relação de emprego – há, até, um princípio de direito de trabalho com esta denominação – de forma que os contratos são concebidos para, naturalmente, se protraírem no tempo. Assim, o contrato de trabalho já era formado sob a cláusula da estabilidade no emprego, não se tratando de mera expectativa³²⁸.

³²⁶ Neste sentido é a expressão dos artigos 492 e 494 da Consolidação das Leis do Trabalho (Decreto-Lei nº 5.452, de 1º mai. 1943), ainda constantes do texto legal ante a ausência de revogação expressa, respectivamente: “O empregado que contar mais de 10 (dez) anos de serviço na mesma empresa não poderá ser despedido senão por motivo de falta grave ou circunstância de força maior, devidamente comprovadas”. “O empregado acusado de falta grave poderá ser suspenso de suas funções, mas a sua despedida só se tornará efetiva após o inquérito e que se verifique a procedência da acusação”.

³²⁷ Consolidação das Leis do Trabalho (Decreto-Lei nº 5.452, de 1º mai. 1943), art. 853: “Para a instauração do inquérito para apuração de falta grave contra empregado garantido com estabilidade, o empregador apresentará reclamação por escrito à Junta ou Juízo de Direito, dentro de 30 (trinta) dias, contados da data da suspensão do empregado”.

³²⁸ O período de vinculação superior a dez anos não pode ser considerado como uma condição suspensiva do direito à estabilidade decenal. Na dicção do art. 121 do Código Civil, “considera-se condição a cláusula que, derivando exclusivamente da vontade das partes, subordina o

Em segundo plano, o fato de as garantias do contraditório e da ampla defesa não serem de observação obrigatória nos contratos de vigência inferior a dez anos deve ser compreendido no contexto do sistema constitucional de 1937. Como demonstrado anteriormente, a Constituição Federal de 1937 foi outorgada em um regime de exceção democrática, estabelecendo ela própria um estado de emergência que permitia a supressão de direitos e garantias individuais fundamentais. Na Constituição Federal de 1937, os direitos trabalhistas passaram de uma garantia de proteção social do trabalhador para um “dever social”, nomeadamente o “direito de subsistir mediante o seu trabalho honesto”. O Estado assumiu o controle absoluto das organizações sindicais e a greve passou a ser considerada um “recurso anti-social nocivo ao trabalho e ao capital e incompatível com os superiores interesses da produção nacional”. Quanto às garantias do contraditório e da ampla defesa, a Constituição Federal de 1937 assegurava-as apenas aos processos criminais e, ainda assim, tendo “por limite o bem público, as necessidades da defesa, do bem-estar, da paz e da ordem coletiva, bem como as exigências da segurança da Nação e do Estado”³²⁹.

Observa-se, então, que a limitação que a Consolidação das Leis do Trabalho dava às garantias do contraditório e da ampla defesa na relação de emprego possuía algum sentido no ambiente político da época. Tal limitação não conviveria – como não convive – em harmonia com o sistema constitucional de 1988, tal como demonstrado ao longo destas duas centenas de páginas.

Retomemos a linha argumentativa. A Consolidação das Leis do Trabalho foi concebida para assegurar ao trabalhador as garantias do contraditório e da ampla defesa. Ocorre, no entanto, que o sistema de

efeito do negócio jurídico a evento futuro e incerto”. A continuidade da relação de emprego não está vinculada exclusivamente à vontade das partes, na medida em que é uma característica natural do contrato de trabalho. Também não pode ser considerado evento futuro e incerto; ao contrário, é evento previsível e esperado, tendo, inclusive, data pré-estabelecida para a sua ocorrência. O atingimento de dez anos de vinculação empregatícia é evento futuro, certo e previsível.

³²⁹ Sobre esse tema, vide capítulo 1.2, supra.

estabilidade decenal foi extinto pela Constituição Federal de 1988, o que levou a doutrina e a jurisprudência à equivocada interpretação de que o empregador passou a deter o direito de resolver motivadamente o contrato de trabalho sem qualquer procedimentalização prévia.

A Constituição Federal de 1988 extinguiu apenas a estabilidade decenal. Ela não apenas não extinguiu a necessidade de conceder ao trabalhador as garantias do contraditório e da ampla defesa, como acentuou tais garantias, seja pela via do seu artigo 5º, LV, seja pelos demais princípios que enuncia e consagra, como o da dignidade da pessoa humana.

A mudança no sistema infraconstitucional foi pequena: apenas a substituição da estabilidade decenal pelo sistema fundiário. O procedimento prévio de demissão motivada, notadamente a obrigatória observação das garantias do contraditório e da ampla defesa, não sofreu qualquer alteração pela Constituição Federal de 1988, que, repita-se, tornou tais garantias mais efetivas. Ainda que se diga que o procedimento prévio para a dispensa por justa causa se tornou incompatível com o novo sistema, ele deveria ser conformado à Constituição Federal de 1988 e não simplesmente proscrito da ordem jurídica.

Por fim, ainda como argumento de reforço, o modelo atual de demissão por justa causa ofende diretamente o princípio da isonomia.

O sistema jurídico trabalhista – da forma equivocada como é compreendido - atribui à justa causa cometida pelo trabalhador um tratamento absolutamente desigual ao que confere à justa causa cometida pelo empregador, o que faz de forma absolutamente injustificável.

A Consolidação das Leis do Trabalho prevê algumas hipóteses que constituem falta grave do empregador e que permitem ao trabalhador resolver o contrato de trabalho por justo motivo (artigo 483). Esta figura jurídica, conhecida por rescisão indireta do contrato de trabalho, não se perfaz por ato

unilateral do empregado, como faz o empregador em caso de falta grave do trabalhador. O empregado não tem condições de simplesmente declarar o contrato rescindido e, imediatamente, ver os efeitos desta declaração se concretizarem. A lei estabelece uma procedimentalização específica para que os efeitos da rescisão indireta se operem, o que não ocorre quando a falta grave é inversa, cometida pelo trabalhador.

Esta procedimentalização é muito parecida com o chamado inquérito para apuração de falta grave, há pouco referido. Diante de uma falta grave cometida por seu empregador, o trabalhador, permanecendo ou não em serviço, pode ajuizar uma ação trabalhista para que o Judiciário, reconhecendo a falta grave patronal, declare resolvido o contrato de trabalho e condene o empregador ao pagamento das indenizações devidas³³⁰.

Não há, como se observa, igualdade de tratamento. O trabalhador acusado de uma falta grave pode ter seu contrato imediatamente rompido sem sequer ser informado dos motivos que conduziram a tal situação. Seu patrimônio jurídico é imediatamente atingido, pois é sumariamente dispensado sem qualquer indenização. Há uma abrupta e total supressão dos rendimentos deste trabalhador, comprometendo toda sua estabilidade econômica. Se inconformado, resta-lhe ajuizar uma ação judicial de

³³⁰ Em que pese o “caput” do artigo 483 da Consolidação das Leis do Trabalho preceituar que “o empregado poderá considerar rescindido o contrato e pleitear a devida indenização”, dando a impressão de que se trata de um ato unilateral do empregado, o parágrafo 3º do mesmo dispositivo dispõe que “poderá o empregado pleitear a rescisão de seu contrato de trabalho e o pagamento das respectivas indenizações, permanecendo ou não no serviço até final decisão do processo”. A expressão “decisão final do processo” evidencia que a palavra “pleitear” refere-se à postulação em juízo. Há, portanto, duas situações possíveis: Na primeira, o trabalhador afasta-se do trabalho e declara resolvido o contrato. Nesta situação, ele deverá promover ação judicial para pleitear a indenização correspondente, hipótese na qual o juiz deverá reconhecer, ainda que incidentalmente, a falta grave. A sentença, portanto, tem natureza meramente declaratória quanto à falta grave patronal e condenatória quanto às indenizações devidas. Na segunda situação, o trabalhador permanece em serviço e ajuíza a ação trabalhista. Neste caso, a sentença terá natureza constitutiva e condenatória; constitutiva para rescindir o contrato de trabalho por falta grave e condenatória quanto às indenizações devidas. Observa-se, então, que em qualquer caso o trabalhador terá que recorrer ao Judiciário para ver surtir os efeitos concretos da justa causa patronal. Este efeito é reconhecido pela doutrina. Para Wagner Giglio, ressalvadas as hipóteses em que a lei autoriza ao trabalhador a permanência em serviço, ocasião em que a resolução do contrato será por ato judicial, em todas as demais seria “imprescindível que o empregado rescinda o contrato de fato e de direito, afastando-se do emprego e propondo ação para haver as indenizações” (**Justa causa**. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 371).

característica reparatória do dano, que, quase sempre, é incapaz de reestabelecer os efetivos prejuízos sofridos.

Tudo muda quando é o empregador o acusado da prática de falta grave. Pelo mecanismo da rescisão indireta, o empregador somente terá seu patrimônio efetivamente atingido por força de sentença judicial, ou seja, após ter exercido o contraditório e a ampla defesa em sua plenitude, com absolutas garantias de contraposições de fatos e provas. A rescisão indireta do contrato de trabalho, portanto, somente surte efeitos na órbita patrimonial do acusado – o empregador - após lhe ser franqueado o exercício do contraditório e da ampla defesa, situação totalmente diversa da que ocorre na ruptura do contrato motivada por ato do empregado.

Observa-se que esta diferença injustificável de tratamento tem origem em uma interpretação equivocada do ordenamento jurídico. Como dito linhas atrás, a Consolidação das Leis do Trabalho foi edificada sob a ideia de garantir ao empregado igual proteção, na medida em que o trabalhador estável somente poderia ter seu contrato rescindido em inquérito judicial para a apuração de falta grave. Havia um relativo equilíbrio, uma relativa igualdade de tratamento. No momento em que a doutrina e a jurisprudência passaram a entender desnecessário qualquer procedimento prévio para a dispensa por falta grave obreira, inaugurou-se uma abissal desigualdade entre o modelo procedimental dado à falta grave cometida pelo empregado e sistema aplicado à falta grave cometida pelo empregador. Nada justifica tal desigualdade no ambiente constitucional atual.

Diante tais premissas, concluímos que o poder disciplinar do empregador, sobretudo o direito de resolver o contrato diante de suposta falta grave cometida pelo empregado, não pode ser exercido sem antes se assegurar ao trabalhador o exercício das garantias do contraditório e da ampla defesa.

A jurisprudência vem reconhecendo, ainda que de forma implícita, o direito de defesa do trabalhador em algumas situações. É o que ocorre, por exemplo, na figura de justa causa tipificada no inciso “f” do artigo 482 da Consolidação das Leis do Trabalho, que trata da “embriaguez habitual ou em serviço”. Observa-se uma tendência contemporânea, apoiada em elementos científicos, a se reconhecer a alcoolemia como doença, o que não justificaria o rompimento do contrato de trabalho por falta grave, mas, ao revés, imporia o encaminhamento do trabalhador a tratamento médico. De outro lado, é de se considerar que nem sempre a embriaguez é resultado de uma doença, podendo ter origem em um comportamento recreativo do indivíduo, o que autorizaria o rompimento motivado do contrato. O empregador não tem condições de avaliar qual das hipóteses tem diante de si sem antes ouvir o trabalhador, possibilitando-o a esclarecer os fatos e até participar da produção probatória, como, por exemplo, a realização de um exame clínico³³¹.

O mesmo vem ocorrendo com relação à dispensa do trabalhador sob a acusação de abandono de emprego (artigo 482, “i”, da Consolidação das Leis do Trabalho). A jurisprudência, já há algum tempo, reconhece que o abandono de emprego somente se tipifica se o trabalhador houver sido previamente convocado para retornar ao serviço e manifestar recusa ou permanecer inerte à convocação³³². Embora tal ato talvez não possa ser considerado como um contraditório em plenitude, não há dúvida de que se

³³¹ Neste sentido: BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. 3ª Turma. Ementa com *omissis*: “O alcoolismo crônico, catalogado no Código Internacional de Doenças (CID) da Organização Mundial de Saúde OMS, sob o título de síndrome de dependência do álcool, é doença, e não desvio de conduta justificador da rescisão do contrato de trabalho”. Recorrente: Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos – ECT. Recorrido: Romualdo Lippaus Manga. Recurso de Revista nº 72700-92.2007.5.17.0013. Relatora: ministra Rosa Maria Weber. Brasília, 23 mar. 2011. **Diário eletrônico da justiça do trabalho** de 1º abr. 2011.

³³² BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região (São Paulo). 10ª Turma. Ementa com *omissis*: “A publicação de convocação em jornal não se afigura válida para convocar o empregado que está faltando ao trabalho a retornar, sob pena de abandono de emprego, haja vista a pluralidade dos meios de comunicação, não sendo possível presumir tenha lido este ou aquele jornal para verificar se está sendo convocado a retornar ao trabalho. Deve a empresa expedir convocação direta, utilizando-se como realizou a reclamada no caso em tela para comunicar a justa causa, de telegrama. Deveria tê-lo também utilizado para convocar antes de aplicar a pena máxima. Recurso a que se dá provimento”. Recorrente: Jucineide Queiroz dos Santos. Recorrido: Cerâmica Gytoku Ltda. Recurso Ordinário nº 01302-2007-491-02-00-3. Relatora: desembargadora Sônia Aparecida Gindro. São Paulo, 22 jun. 2010. **Diário oficial eletrônico** de 01/07/2010

trata do fornecimento de informação sobre a imputação – falta grave na modalidade de abandono de emprego – e da concessão do direito de se manifestar. É, em alguma medida, o reconhecimento das garantias do contraditório e da ampla defesa na relação de emprego.

Há cinquenta anos, Evaristo de Moraes Filho concluiu que o modelo unilateral de dispensa por justa causa sem respeito ao direito de defesa do trabalhador não é consentâneo com os direitos básicos do cidadão. Em 1963, Evaristo de Moraes Filho elaborou um projeto de Código do Trabalho, revisado por Mozart Victor Russomano e José Martins Catharino e encaminhado ao Congresso Nacional para discussão. O projeto jamais foi votado, e talvez sequer tenha sido discutido. Reconhecendo explicitamente o direito fundamental de defesa do trabalho, o Projeto de Código do Trabalho de Evaristo de Moraes Filho assim dispunha:

Art. 608: No ato de rescisão do contrato por justa causa, deverão as partes especificar em que motivo se baseia, permitindo ao interessado ampla defesa quanto à falta que lhe é imputada³³³.

Em obra editada em 1968, Evaristo de Moraes Filho manifestou o entendimento de que, independentemente de qualquer alteração legislativa, ao trabalhador deve ser assegurado o direito de defesa, na medida em que tal garantia decorreria diretamente do princípio da boa-fé que norteia todos os contratos:

Não exige a lei brasileira que a justa causa seja declarada no momento da despedida, mas constitui comezinho princípio de boa fé que as partes denunciante da relação de emprego devem declarar sobre que fatos se baseia o seu motivo de rescisão brusca e unilateral³³⁴.

³³³ MORAES FILHO, Evaristo de. **A justa causa na rescisão do contrato de trabalho**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1968, p. 196.

³³⁴ Idem, p. 194.

A partir desse postulado, Evaristo de Moraes Filho sustenta a seguinte procedimentalização e os seguintes efeitos que as garantias do contraditório e da ampla defesa produzem:

A justa causa deve ser determinativa do ato de ruptura do contrato, funcionando como o motivo mais próximo da declaração de vontade denunciante da relação; deve ser concretamente especificada no tempo e no espaço com a alegação precisa dos fatos, não podendo mais tarde ser sucessivamente substituída por outra; e sempre que possível – em consequência da boa-fé e da confiança implícitas no contrato de trabalho, de trato sucessivo e de prestação pessoal – deve ser declarada, ao empregado ou ao empregador, conforme o caso, no momento da denúncia do contrato, a fim de permitir a possível justificação do fato imputado³³⁵.

A Constituição Federal de 1988 reforçou a eficácia das garantias do contraditório e da ampla defesa. Se o exercício de tais garantias já integrava o patrimônio jurídico do trabalhador, como sustentado há quase meio século por Evaristo de Moraes Filho, tornou-se de observação obrigatória e inequívoca na ordem constitucional em vigor.

Assim, o poder disciplinar do empregador, sobretudo o direito de resolver o contrato diante de suposta falta grave cometida pelo empregado, não pode ser exercido sem antes se assegurar ao trabalhador o exercício das garantias do contraditório e da ampla defesa.

Em se tratando de dispensa por justa causa fundada em condenação criminal transitada em julgado, pensamos que o empregador não está obrigado a franquear ao trabalhador o direito ao contraditório e a ampla defesa, na medida em que tais garantias foram exercitadas no curso da ação penal condenatória. O mesmo deve-se dizer na hipótese de rescisão do contrato por decisão judicial, como ocorre no inquérito para apuração de falta grave.

³³⁵ **A justa causa na rescisão do contrato de trabalho.** 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1968, pp. 208-209.

5.4 Procedimentalização e efeitos da aplicação das garantias do contraditório e da ampla defesa nas relações privadas de emprego.

Como observado ao longo da pesquisa, as garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa têm *imediata* irradiação nas relações privadas reguladas pelo direito do trabalho. O direito de defesa do trabalhador diante do poder disciplinar do empregador é assegurado pela plenitude eficaz da norma inserida no artigo 5º, LV, da Constituição Federal de 1988, assim estabelecida tanto pela doutrina do direito constitucional positivo como pela teoria dos direitos fundamentais. As normas de eficácia plena, assim como as normas definidoras de direitos fundamentais, possuem aplicabilidade direta, imediata e integral, atuando diretamente sobre as relações jurídicas travadas no âmbito social e investindo seus destinatários no poder de imediatamente exigir ou na obrigação de cumprir suas disposições.

Esta dimensão de eficácia – direta, imediata e integral – é absolutamente incompatível com a ideia de necessidade de uma legislação infraconstitucional reguladora do direito de defesa do trabalhador. Exigir uma legislação reguladora, segundo Eugênio Facchini Neto, equivaleria a afirmar que a “*omissão* do legislador ordinário [tem] mais força eficaz do que a *ação* do legislador constituinte. Isso significaria que a criatura (legislador ordinário) teria mais poder do que seu criador (legislador constituinte)”³³⁶.

Assim colocado, a ausência de previsão legal estabelecendo uma procedimentalização para o exercício das garantias do contraditório e da

³³⁶ Reflexões histórico-evolutivas sobre a constitucionalização do direito privado. In SARLET, Ingo Wolfgang (Org). **Constituição, direitos fundamentais e direito privado**. 2ª ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 51.

ampla defesa não pode ser considerado obstáculo para elas tenham efetividade. É necessário extrair o conteúdo obrigacional do próprio artigo 5º, LV, da Constituição Federal de 1988 e, no que não for possível, empregar os métodos de integração que o próprio ordenamento jurídico coloca à disposição do jurista.

Conveniente, neste momento, abrir um parêntese elucidativo para tratar do problema da conformação da legislação infraconstitucional em vigor diante de uma alteração na ordem constitucional. Neste aspecto, necessário recorrer ao normativismo de Hans Kelsen.

Para Kelsen, o sistema normativo está edificado em uma estrutura escalonada em que a norma de posição inferior retira seu *fundamento de validade* na norma de escalão superior, situando a Constituição no ápice angular desta arquitetura piramidal. Este modelo é bastante consistente quando se parte da ideia de uma Constituição perene, que se projeta no tempo e ao longo de sua vida continua abastecendo as normas infraconstitucionais com fundamento de validade. Kelsen se depara, então, com o problema da ruptura do sistema constitucional, ou seja, quando uma Constituição é substituída por outra, emanada de poder constituinte legítimo. Nesta hipótese, o *fundamento de validade* das normas anteriores deixa de existir, porém tais normas não são efetivamente revogadas, ou seja, as normas continuam a operar no ordenamento jurídico, porém destituídas de fundamento de validade.

Para resolver esse problema teórico, Kelsen consolidou a *teoria da recepção* das normas infraconstitucionais. Segundo Kelsen, não é acertado dizer que as normas editadas pela Constituição anterior permanecem em vigor. “Se estas leis devem ser consideradas como estando em vigor sob a nova Constituição, isto somente é possível porque foram postas em vigor sob a nova Constituição, expressa ou implicitamente”. Esse fenômeno, ainda na lição de Kelsen, não dependeria de um processo formal que atribua nova vigência às leis, mas apenas de um exercício intelectual pelo qual a norma inferior editada sob a égide da Constituição revogada é objeto de uma nova leitura e

interpretação agora sob a luz da nova Constituição. Sendo a lei anterior compatível com a nova Constituição, ela recupera de pronto seu fundamento de validade; já “as leis ditadas sob a antiga Constituição e que não sejam recebidas já não são consideradas válidas”³³⁷.

A partir desta concepção, Norberto Bobbio defende que a alteração do sistema constitucional importa no nascimento de um novo direito infraconstitucional, mesmo que suas normas não tenham sido formalmente revogadas e reeditadas:

o fato de o novo ordenamento ser constituído em parte pelas normas do velho não prejudica em nada seu caráter de novidade: as normas comuns ao velho e ao novo ordenamento pertencem apenas *materialmente* ao primeiro, *formalmente*, são todas normas do novo ordenamento, no sentido de que elas são válidas não com base da norma fundamental do velho ordenamento, mas com base na norma fundamental do novo³³⁸.

Assim, a norma infraconstitucional que se apresenta compatível com a nova Constituição receberia um novo fundamento de validade; já as normas incompatíveis, o que Canotilho chama de “inconstitucionalidade superveniente”, seriam expungidas do ordenamento³³⁹.

As normas infraconstitucionais que se mostram compatíveis com a nova Constituição são, então, consideradas como recepcionadas pelo novo ordenamento. A questão fundamental é compreender que não se trata de mera continuidade das leis anteriores. Como refere Jorge Miranda, como todas as normas retiram fundamento de validade da Constituição,

a mudança de Constituição acarreta mudança em seu fundamento de validade: as normas, ainda que formalmente intocadas, são novadas, no

³³⁷ **Teoria pura do direito**. Tradução João Baptista Machado. 7ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006, pp. 228-235.

³³⁸ **Teoria geral do direito**. Tradução de Denise Agostinetti. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008, p. 316.

³³⁹ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 1306.

seu título ou na sua força jurídica, pela Constituição; e sistematicamente deixam de ser as mesmas³⁴⁰.

Para Jorge Miranda, a ideia de recriação ou novação tem como consequência a necessidade de reinterpretação das normas anteriores à nova Constituição, que somente subsistirão se em conformidade com suas normas e os seus princípios³⁴¹.

É possível, ainda, que o texto da norma anterior não se mostre completamente compatível ou incompatível com o novo texto constitucional, com seus princípios ou com seus objetivos. Em tal hipótese, a norma recepcionada deverá ser objeto de nova leitura e interpretação, que a torne *conforme* o novo sistema constitucional. Trata-se de uma recriação do sentido da norma para conformá-la à nova Constituição. Para Luís Roberto Barroso, a hermenêutica constitucional brasileira sofre de uma “patologia crônica”, que é o vício de se fazer uma “interpretação retrospectiva” da norma antiga, de forma a manter sua vigência sem qualquer inovação. Citando Barbosa Moreira, esclarece que esse vício acaba ocorrendo porque o intérprete foca apenas as semelhanças entre o ordenamento novo e o antigo, ignorando suas diferenças para, ao final, e equivocadamente, concluir que não houve mudança substancial na matéria³⁴².

Observa-se, então, que a Constituição Federal de 1988, assim que entrou em vigor, produziu dois efeitos sobre o ordenamento jurídico infraconstitucional: revogou imediatamente todas as normas que se mostraram absolutamente incompatíveis com o seu texto e impôs uma nova interpretação das demais normas, adequando-as aos princípios e valores da nova Constituição.

³⁴⁰ **Teoria do estado e da constituição**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 334.

³⁴¹ *Idem*, pp. 334-335.

³⁴² **Interpretação e aplicação da constituição**: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 7ª ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2009, pp. 74-75.

Neste aspecto, nenhuma alteração legislativa é necessária para que as garantias do contraditório e da ampla defesa tenham incidência nas relações de trabalho. Basta, apenas, que se proceda à interpretação da Consolidação das Leis do Trabalho de maneira conforme à Constituição Federal de 1988.

Como verificado no capítulo 1.1, o conteúdo substantivo das garantias do contraditório e da ampla defesa compreendem (i) o direito de informação, o que envolve todos os atos e elementos do litígio; (ii) o direito de reação, que consiste na possibilidade franqueada à parte de participar diretamente dos atos pertinentes à lide e contrapor-los com suas alegações e outras provas; e, (iii) o direito de ver seus argumentos considerados, o que não representa uma vinculação direta do órgão decisório aos argumentos das partes, mas a certeza que de este órgão os analisará com isenção de ânimo.

Tais garantias não podem ser franqueadas ao acusado de maneira meramente formal; é necessário garantir o contraditório e a ampla defesa de maneira efetiva. Assim, o empregador deve disponibilizar ao trabalhador todos os fatos que subsidiam a intenção de sancionar ou despedir sob um argumento de justa causa, inclusive os elementos probatórios já existentes; deve conceder-lhe a oportunidade de se defender, inclusive com a assistência de advogado ou representante do respectivo sindicato de classe, se assim o trabalhador considerar necessário; deve permitir a produção de todas as provas inerentes à defesa; deve dar ao trabalhador a oportunidade de participar das provas que vierem a ser produzidas ao longo do procedimento.

Assegurar o exercício das garantias do contraditório e da ampla defesa constitui uma prestação devida pelo empregador ao trabalhador. Nesta relação, o empregado posiciona-se como um credor e o empregador como devedor. Poderia ser aplicado, então, o tradicional adágio civilista segundo o qual a prova do pagamento incumbe ao devedor³⁴³. Nestas

³⁴³ Tal como se pode extrair da análise conjunta dos artigos 319 e 320 do Código Civil com o artigo 313 do Código de Processo Civil.

condições, parece ser razoável supor que compete ao empregador (devedor) provar que franqueou ao trabalhador (credor) o exercício do direito de defesa.

Admitindo-se a existência deste ônus de provar – nota-se que a pesquisa não fez qualquer aprofundamento sobre tal questão processual, dado que não constitui seu objeto – é de se imaginar que o empregador documentará todos os atos, desde as notificações entregues ao trabalhador, passando pelas provas produzidas, as alegações de defesa do empregado até os fundamentos da decisão final.

Efetivamente, parece ser difícil sustentar uma procedimentalização para o exercício do contraditório e da ampla defesa que não possua um mínimo de formalidade, na medida em que sua total ausência impedirá sua constatação em eventual litígio. Pensamos, então, que todo o procedimento prévio de aplicação de sanção disciplinar ou de resolução motivada do contrato de trabalho exige o emprego da forma escrita. Não se objete o problema que a obrigatoriedade da forma escrita pode causar na hipótese de trabalhador em situação de analfabetismo total ou funcional. Linhas atrás, defendemos que o exercício do contraditório efetivo inclui a possibilidade de assistência do interessado por advogado ou por representante do respectivo sindicato de classe, o que mitigaria problemas pontuais.

Algumas linhas atrás, ainda no presente capítulo, sustentamos que a extinção da estabilidade decenal pela Constituição Federal de 1988 não extinguiu, como entendeu a doutrina e a jurisprudência, com a necessidade de um procedimento prévio para a demissão motivada. Expusemos que mesmo que se entenda que o procedimento judicial previsto na lei trabalhista se tornou incompatível com o novo sistema, ele deveria ser conformado à Constituição Federal de 1988 e não sumariamente proscrito da ordem jurídica. Logo em seguida, fizemos outra espécie de apologia ao procedimento prévio para a demissão motivada quando dissemos que o modelo corrente de demissão por justa causa obreira não é isonômico ao modelo legal de rescisão indireta do contrato de trabalho. Afirmamos, por fim, que a Consolidação das Leis do

Trabalho foi edificada sob um modelo de relativo equilíbrio, na medida em que o trabalhador estável somente poderia ter seu contrato rescindido em inquérito judicial para a apuração de falta grave.

É necessário ressaltar que tais afirmações não constituem uma tentativa de reabilitar o inquérito para apuração de falta grave como procedimento obrigatório para a demissão do trabalhador por justa causa. Consideramos que o inquérito para apuração de falta grave não é imprescindível para a realização do contraditório e da ampla defesa por duas razões:

Primeiramente, não se pode ignorar a tendência universal de redução da judicialização dos conflitos, deslocando-os, na medida do possível, da esfera Estatal para a esfera privada. Nesta tendência, os cidadãos passam à condição de protagonistas no exercício e na aplicação do Direito. Nesta nova posição, os cidadãos tendem a unir esforços para a proteção de seus direitos, o que acaba gerando a criação de entidades particulares e Estatais desvinculadas do Judiciário. É o que ocorre, por exemplo, com o modelo de agências reguladoras (Anatel, Anvisa, ANAC, ANS) e com o sistema de defesa do consumidor, que dispõe de entidades específicas de solução de conflitos, como a Fundação de Proteção e Defesa do Consumidor (Procon) e o Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor (IDEC). Neste espaço, os sindicatos representantes das categorias econômica e profissional teriam um papel fundamental, pois seriam naturalmente pressionados, via negociação coletiva, a desenvolver mecanismos para que as garantias do contraditório e da ampla defesa sejam respeitadas. Uma solução óbvia seria a criação de um órgão intersindical para a procedimentalização da demissão por justa causa, ainda que desprovido de poderes decisórios.

Em segundo, uma vez asseguradas as garantias do contraditório e da ampla defesa, o trabalhador poderá obter do Judiciário uma tutela pronta e específica reparadora de eventual lesão. Esta afirmação está

baseada em um dos efeitos concretos que o direito de defesa tem o potencial de gerar, como será visto a seguir.

Embora o trabalhador tenha assegurado o direito de defesa, parece inequívoco que a decisão sobre a aplicação de uma sanção disciplinar ou da resolução do contrato de trabalho por falta grave anda competirá exclusivamente ao empregador. O empregador deve informar o trabalhador, deve permitir que o mesmo reaja às imputações, deve considerar as manifestações do empregado. No entanto, a decisão final – aqui não considerada eventual revisão judicial – pertence ao empregador.

Pode parecer, então, que o direito de defesa do trabalhador é um mero direito formal, de caráter protocolar, que não tem a capacidade de alterar, efetivamente, uma situação já deflagrada. Essa visão é de todo equivocada, uma vez que há, pelo menos, cinco importantes efeitos concretos:

O primeiro deles, talvez o mais sutil, é o potencial de alterar a decisão final do empregador. Uma vez instaurado o processo dialético de confronto de teses, é bastante razoável imaginar que o julgador – no caso, o empregador – será, de alguma maneira, influenciado por todos os argumentos que lhe forem dirigidos. O dia-a-dia forense mostra não serem poucos os casos em que o trabalhador é dispensado por justa causa e depois comprova que o fato não ocorreu, ou que ocorreu de outra forma ou que não é o autor do ato ilícito. Ressalvada a hipótese de um empregador movido por má-fé, minoria que talvez nem deva ser considerada, é bastante provável que a posse antecipada das informações de defesa venha a alterar a decisão final sobre a sanção disciplinar ou a justa causa.

O segundo efeito, este bastante concreto, diz respeito ao caráter vinculativo das alegações e provas de acusação e de defesa. Refere-se à impossibilidade de se alterar, em plano judicial, as bases fáticas da imputação dirigida ao trabalhador e dos elementos apresentados pelo

trabalhador em sua defesa. Esse efeito nada mais é do que um corolário natural do contraditório e da ampla defesa. Explicamos:

As garantias do contraditório e da ampla defesa impõe o dever de informação, o que envolve tanto as bases fáticas da imputação como as provas coligidas pelas partes. Sem informação não há contraditório substancial, violando-se, com efeito, o artigo 5º, LV, da Constituição Federal de 1988. De outro plano, o direito de defesa, já o dissemos, não constitui apenas uma garantia do acusado; ele é um dever do julgador, na medida em que é a partir do movimento divergente das alegações das partes (tese e antítese) que ele terá condições de pacificar o conflito (operar a síntese). Nesta dimensão, a ausência de defesa prejudica o próprio juízo de valor sobre o fato.

Portanto, os elementos que consubstanciam a acusação devem ser apresentados ao trabalhador, assim como os elementos que subsidiam a defesa devem ser apresentados ao empregador. A posterior alteração no substrato da acusação viola o direito de informação. Assim, se empregador, por exemplo, sustentar que a falta grave consistiu em uma conduta desidiosa, ele não poderá, em juízo, alterar tal alegação. Se o fizer, por exemplo, afirmando que o empregado abandonou o emprego, este fato – abandono de emprego – não foi objeto do contraditório e da ampla defesa.

Da mesma forma, se houver uma alteração nas bases de defesa, então o direito do julgador (o empregador, no caso) de operar corretamente a síntese restou prejudicado. Se o trabalhador alegar em defesa um determinado fato, ele não poderá alterá-lo ou acrescentar outros fatos em juízo, dado que, se assim proceder, ele terá retirado do empregador o direito de considerar esses elementos em sua decisão. Nesta hipótese, o trabalhador deverá responsabilizar-se e assumir os efeitos de sua omissão.

Dessa forma, há um caráter vinculativo da acusação e da defesa, não podendo as partes alterá-las em juízo, sob pena de ofensa direta às garantias do contraditório e da ampla defesa. Este efeito vinculativo

dificilmente será obtido em um procedimento verbal e informal, justificando nosso postulado de necessidade do emprego da forma escrita.

O terceiro efeito refere-se à possibilidade de o trabalhador obter uma tutela jurisdicional imediata em caso de abuso no exercício do poder disciplinar do empregador.

A adoção da forma escrita permitirá ao trabalhador que, de posse de todos os elementos da lide, requeira ao judiciário uma medida acautelatória ou a antecipação parcial dos efeitos da tutela jurisdicional. No modelo atual, ainda que o trabalhador tenha sido demitido sob uma alegação totalmente infundada, ainda assim ele dificilmente obterá uma tutela jurisdicional liminar, na medida em que é pouco provável que o juiz se convença da verossimilhança de suas alegações sem qualquer elemento de prova. O trabalhador tem sua única fonte de sustento comprometida, ficando exposto a danos irreparáveis ou de difícil reparação, porém não é capaz de obter uma tutela jurisdicional adequada.

No modelo que propomos, o juiz poderia, de plano, de posse de todo o quadro fático do litígio e constatando a presença dos requisitos legais, autorizar, por exemplo, o imediato saque dos depósitos fundiário e a percepção das parcelas do seguro desemprego. Vale notar que o projeto de lei para instituição de um novo Código de Processo Civil, aprovado no Senado Federal e em tramitação na Câmara dos Deputados, propõe ampliar o espaço das medidas liminares no processo civil, tornando-as mais efetivas³⁴⁴.

³⁴⁴ Segundo o projeto, a “tutela de urgência”, com natureza cautelar ou satisfativa, passará a ser concedida a qualquer tempo, por simples petição, sempre que ficar evidenciado a plausibilidade do direito e for demonstrado risco de dano irreparável ou de difícil reparação. A “tutela de evidência” dispensará a demonstração de risco de dano irreparável ou de difícil reparação e terá lugar quando a prova documental produzida pelo autor for irrefutável ou quando a matéria for unicamente de direito e houver jurisprudência firmada em julgamento de casos repetitivos ou súmula vinculante. Fonte: Projeto de Lei nº 8046/2010. Disponível em <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=831805&filename=PP+8046/2010>. Acesso em 15 jan. 2013.

O quarto efeito talvez exija alteração na legislação infraconstitucional. Como dito alhures, a decisão do empregador quanto à demissão motivada do trabalhador vincula a Administração Pública no que se refere ao fundo de garantia por tempo de serviço e ao seguro desemprego. A procedimentalização prévia sob a forma escrita permitiria que a Administração exercesse um juízo valorativo próprio e autônomo sobre os fatos, podendo, até mesmo, contrariar a decisão do empregador e conceder ao trabalhador o direito ao saque dos depósitos fundiários e das parcelas do seguro desemprego.

O quinto e último efeito não se refere às consequências do exercício do direito de defesa, mas às consequências da não observação, pelo empregador, das garantias do contraditório e da ampla defesa que a Constituição Federal de 1988 assegura ao trabalhador.

De um lado, o direito de defesa constitui uma garantia fundamental do trabalhador; de outro, consolida o processo dialético indispensável à obtenção da verdade e realização da justiça. Tais características tornam as garantias do contraditório e da ampla defesa elementos indissociáveis e intrínsecos à legitimidade do ato de decidir. Fazem parte, portanto, no núcleo substancial do ato de poder.

Não poderia ser diferente. Seria um intransponível paradoxo defender o caráter fundamental do contraditório e da ampla defesa, inclusive como irradiação direta do princípio da dignidade da pessoa humana e, posteriormente, atribuir legitimidade a qualquer ato de poder que não as respeite.

É com tal espírito que não mais se controverte a absoluta nulidade de qualquer processo judicial que tenha violado o exercício das garantias aqui referidas. Tal efeito não ocorre apenas no âmbito judicial, mas também ocorre no domínio extraprocessual, como demonstrado no capítulo 4.

Transportando tais conceitos às relações de trabalho, a conclusão natural – e única, a nosso sentir – é a de que qualquer sanção aplicada ao trabalhador deve ter a vigilância do contraditório e da ampla defesa, sob pena de lhe faltar elemento essencial de validade. A falta de elemento substancial de validade contamina o ato por completo, tornando-o absolutamente nulo³⁴⁵. É necessário que se instaure o contraditório e se permita a ampla defesa. Evidentemente que o silêncio ou inércia do imputado não teria o efeito de invalidar a sanção eventualmente aplicada³⁴⁶.

Em se tratando de resolução motivada do contrato de trabalho, opera-se uma situação distinta da solução que o Supremo Tribunal Federal aplicou aos casos analisados nos capítulos 4.2 e 4.3. Nestas ocasiões, a Suprema Corte brasileira fulminou com nulidade os atos de exclusão de membros de associação civil por desrespeito das garantias do contraditório e da ampla defesa e, como consequência, determinou a readmissão dos associados excluídos. A decisão de readmitir os associados sumariamente excluídos não parece equivocada, mas os contornos da relação de emprego exigem uma solução, ao menos em parte, diversa.

No caso das associações civis, tal como nos casos analisados, “a exclusão do associado só é admissível havendo justa causa”³⁴⁷, não sendo possível, portanto, a expulsão de membro por denúncia vazia ou por motivação diversa. A figura da falta grave, ou justa causa, é elemento essencial de validade do ato de exclusão de integrante de associação civil, que não subsiste sem tal fundamento.

³⁴⁵ Código Civil (Lei nº 10.406, de 10 jan. 2002), artigo 166: “É nulo o negócio jurídico quando: IV - não revestir a forma prescrita em lei; V - for preterida alguma solenidade que a lei considere essencial para a sua validade; VII - a lei taxativamente o declarar nulo, ou proibir-lhe a prática, sem cominar sanção”.

³⁴⁶ Código Civil (Lei nº 10.406, de 10 jan. 2002), artigo 129: “Reputa-se verificada, quanto aos efeitos jurídicos, a condição cujo implemento for maliciosamente obstado pela parte a quem desfavorecer, considerando-se, ao contrário, não verificada a condição maliciosamente levada a efeito por aquele a quem aproveita o seu implemento”.

³⁴⁷ Código Civil (Lei nº 10.406, de 10 jan. 2002), artigo 57, com a redação que lhe deu a Lei nº 11.127, de 28 jun. 2005: “A exclusão do associado só é admissível havendo justa causa, assim reconhecida em procedimento que assegure direito de defesa e de recurso, nos termos previstos no estatuto”.

A justa causa, por sua vez, tem como elemento essencial de validade a observação das garantias do contraditório e da ampla defesa. É possível, então, construir um simples silogismo: nas associações civis, a demissão de associados só é possível se houver justa causa; por seu turno, a justa causa só é válida se precedida do direito de defesa; logo, sem contraditório e ampla defesa não é possível excluir o associado. Nestas condições, o associado tem o direito de permanecer os quadros associativos, sendo de rigor a sua reintegração.

Este silogismo não cabe, pelo menos como regra, nas relações de emprego. Isto porque, a premissa maior sugerida – a demissão do trabalhador só é possível por justa causa – é falsa na maioria dos casos.

Salvo se o trabalhador for detentor de algum tipo de estabilidade ou garantia de emprego, o ato de demissão não precisa ser, obrigatoriamente, fundamentado em justa causa. O empregador tem condições de romper o contrato até mesmo por denúncia vazia, assumindo as indenizações que o ordenamento jurídico estabelece. A justa causa não é elemento essencial para a ruptura do contrato de trabalho.

Assim, a não observação das garantias do contraditório e da ampla defesa implica em se considerar insubsistente a falta grave imputada ao trabalhador. Retira-se do ato rescisório a fundamentação de justa causa. Tendo em vista que o ato rescisório subsiste sem tal fundamentação, ele deve ser mantido sob a modalidade de denúncia vazia³⁴⁸. Assim, não observadas as garantias do contraditório e da ampla defesa, a fundamentação da rescisão em falta grave deve ser afastada, convertendo-se a dispensa para a modalidade imotivada.

³⁴⁸ Código Civil (Lei nº 10.406, de 10 jan. 2002), artigo 170: “Se, porém, o negócio jurídico nulo contiver os requisitos de outro, subsistirá este quando o fim a que visavam as partes permitir supor que o teriam querido, se houvessem previsto a nulidade”.

Se o trabalhador for detentor de estabilidade provisória ou garantia de emprego, o seu despedimento por iniciativa do empregador só será possível na hipótese de justa causa. Há, neste caso, uma única fundamentação possível para a validade do ato rescisório. Afastada tal fundamentação, não subsiste a ruptura contratual, hipótese na qual o trabalhador deverá ser reintegrado ao emprego ou, em substituição desta obrigação, ser beneficiado por indenização compensatória.

Chega-se ao ponto de anunciar as conclusões finais da pesquisa desenvolvida.

O poder disciplinar do empregador não pode ser exercido sem antes se assegurar ao trabalhador o exercício das garantias do contraditório e da ampla defesa, sob pena de nulidade da sanção aplicada por falta de elemento essencial para sua validade.

Em se tratando de despedimento motivado do contrato, a ausência de contraditório e ampla defesa, implica em se considerar insubsistente a falta grave, convertendo-se a dispensa para a modalidade imotivada, salvo se o trabalhador for detentor de estabilidade provisória, hipótese na qual será possível falar em reintegração.

Conclusão.

O presente trabalho acadêmico retratou pesquisa que adotou como objeto central a aplicabilidade das garantias do contraditório e da ampla defesa diante do poder disciplinar do empregador privado. O trabalho se concentrou no estudo da eficácia normativa do artigo 5º, LV, da Constituição Federal de 1988, seus contornos de incidência, seus efeitos como norma definidora de direitos fundamentais e as peculiaridades de sua aplicação na relação de emprego. Incidentalmente, a pesquisa abordou uma perspectiva histórica do direito de defesa no sistema constitucional brasileiro e ofereceu um rápido referencial à legislação estrangeira.

A tese central, nascida do típico juízo hipotético “a priori” que move toda produção científica, restou perfeitamente confirmada ao longo do esforço de pesquisa: as garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa têm *imediata* irradiação nas relações privadas reguladas pelo direito do trabalho. O direito de defesa do trabalhador diante do poder disciplinar do empregador é assegurado pela plenitude eficaz da norma inserida no artigo 5º, LV, da Constituição Federal de 1988, assim estabelecida tanto pela doutrina do direito constitucional positivo como pela teoria dos direitos fundamentais, não sendo dependente de qualquer legislação infraconstitucional conformadora ou de alteração legislativa. Nesta fase conclusiva, convém recapitular as principais bases teóricas que construíram a asserção final da pesquisa:

- O direito de defesa faz parte do acervo de direitos naturais do homem. Seu exercício lapida os fatos apreendidos pelo juiz ainda em estado bruto e constrói o mais fiel recorte da realidade. É, portanto, ferramental indispensável à realização da justiça;

- As garantias do contraditório e da ampla defesa têm assento na Constituição Federal de 1988 em norma de eficácia plena, isto é, que possui aplicabilidade direta, imediata e integral, vinculando todos os sujeitos da ordem jurídica, sejam entes estatais ou não estatais, e não dependendo de qualquer interposição legislativa para atuar diretamente sobre as relações jurídicas travadas no âmbito social, investindo seus destinatários no poder de imediatamente exigir ou na obrigação de cumprir suas disposições;

- As garantias do contraditório e da ampla defesa visam proteger quaisquer direitos do cidadão que estejam ameaçados em processo judicial ou administrativo ou mesmo em um conflito de interesses entre sujeitos privados, sempre que um deles concentrar poderes para, com seus próprios desígnios, atingi-los por qualquer forma. Esta inteligência pode ser extraída, sobretudo, da expressão “aos acusados em geral” empregada no artigo 5º, LV, da Constituição Federal de 1988 para definir a extensão subjetiva de seu âmbito de proteção;

- Ao dispor que “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”, a Constituição Federal de 1988 encerrou a discussão sobre a imediata aplicabilidade de tais disposições;

- Atualmente, a doutrina reconhece que as normas de direitos fundamentais vinculam não apenas os entes estatais, mas também irradiam seus efeitos sobre o direito privado, sobretudo quando a relação jurídica é estabelecida entre entes privados situados em posições jurídicas distintas, possibilitando que um dos contratantes exerça uma influência diferenciada sobre o outro, condicionando sua vontade. É o que ocorre na relação de trabalho;

- O Supremo Tribunal Federal reconheceu que (i) os direitos fundamentais vinculam não apenas os entes estatais, mais também se irradiam nas relações jurídico-privadas, especialmente travadas com um ente de poder; (ii) o direito ao exercício do contraditório e da ampla defesa deve ser garantido sempre que ato decisório de um particular for potencialmente lesivo aos direitos de outro; (iii) a relação de trabalho, diante seus peculiares contornos, é hipótese na qual seria incontroversa a eficácia horizontal dos direitos fundamentais;
- A Convenção nº 158 Organização Internacional do Trabalho assegura ao trabalhador o direito de defesa, exercido de forma precedente à ruptura do contrato baseada em falta a este imputada;
- Os ordenamentos jurídicos de Portugal, França, Itália e Espanha, com alguma variação, possuem disposições que garantem ao trabalhador o direito de defesa e do exercício do contraditório de forma precedente à aplicação de sanções disciplinares ou da ruptura do contrato de trabalho por falta grave;
- O poder diretivo do empregado constitui uma expressão de poder privado, que se manifesta em sua forma mais intensa pelo chamado poder disciplinar do empregador.

Tais bases teóricas, que construíram os postulados defendidos na presente pesquisa, foram acrescidas de outros argumentos que reforçam a convicção de que o modelo atual de aplicação de sanções disciplinares e de demissão por justa causa do trabalhador é incompatível com a ordem jurídica vigente. Os elementos apresentados, que inequivocamente demonstram a opinião pessoal deste autor, foram os seguintes:

- Enquanto a ordem jurídica assegura o exercício das garantias do contraditório e da ampla defesa em diversas hipóteses, como, por exemplo, ao cidadão ameaçado de exclusão pelo clube recreativo do qual é sócio ou ao motorista acusado de uma infração qualquer, ainda que sem caráter pecuniário, não há qualquer previsão infraconstitucional equivalente no que diz respeito à demissão por justa causa do trabalhador, ainda que os valores em jogo nesta última relação jurídica tenham relevância e proteção maior no sistema constitucional em vigor;

- A decisão do empregador quanto à demissão por justa causa do trabalhador constitui materialmente uma decisão de caráter administrativo, na medida em que vincula diretamente a Administração Pública. Por tal razão, é possível, ainda, fundamentar o direito de defesa do trabalhador na explícita previsão constitucional destinada aos processos administrativos;

- Embora não tivesse a efetividade que a Constituição Federal de 1988 exige, a Consolidação das Leis do Trabalho foi edificada sob a ideia de exercício do contraditório e da ampla defesa de forma preliminar à ruptura motivada do contrato de trabalho, uma vez que o despedimento do trabalhador estável deveria ser precedido de inquérito judicial para apuração de falta grave;

- A Constituição Federal de 1988 extinguiu apenas a estabilidade decenal. Ela não apenas não extinguiu a necessidade de conceder ao trabalhador as garantias do contraditório e da ampla defesa, como acentuou tais garantias, seja pela via do seu artigo 5º, LV, seja pelos demais princípios

que enuncia e consagra, como o da dignidade da pessoa humana;

– Por fim, o modelo atual de demissão por justa causa ofende diretamente o princípio da isonomia, uma vez que atribui à justa causa cometida pelo trabalhador um tratamento absolutamente desigual ao que confere à justa causa cometida pelo empregador, que somente terá seu patrimônio efetivamente atingido por força de sentença judicial, ou seja, após ter exercido o contraditório e a ampla defesa em sua plenitude.

Tais bases conduziram à conclusão central da pesquisa relatada: o artigo 5º, LV, da Constituição Federal de 1988 assegura ao trabalhador o exercício das garantias do contraditório e da ampla defesa diante da intenção do empregador de fazer uso de seu poder disciplinar ou de romper o contrato de trabalho com fundamento em justa causa.

Em cumprimento desta carga prestacional, o empregador deve disponibilizar ao trabalhador todos os fatos que subsidiam a intenção de sancionar ou despedir, inclusive os elementos probatórios já existentes; deve conceder-lhe a oportunidade de se defender, inclusive com a assistência de advogado ou representante do respectivo sindicato de classe, se assim o trabalhador considerar necessário; deve permitir a produção de todas as provas inerentes à defesa; e, deve dar ao trabalhador a oportunidade de participar das provas que vierem a ser produzidas ao longo do procedimento.

Por fim, anunciamos cinco importantes efeitos concretos e imediatos que serão gerados pela observação das garantias do contraditório e da ampla defesa nas relações de trabalho:

– O potencial de alterar a decisão final do empregador em face do processo dialético instalado;

- O caráter vinculativo das alegações e provas tanto da acusação quanto da defesa, impossibilitando a qualquer das partes alterá-las em plano judicial;
- Possibilitará ao trabalhador, em condições mais concretas, obter uma tutela jurisdicional imediata em caso de abuso no exercício do poder disciplinar do empregador;
- A desvinculação da Administração Pública da decisão do empregador quanto à justa causa do empregado, possibilitando aos entes Estatais exercer um juízo valorativo próprio e autônomo sobre os fatos, podendo, até mesmo, contrariar a decisão do empregador e conceder ao trabalhador o direito ao saque dos depósitos fundiários e das parcelas do seguro desemprego;
- O caráter essencial das garantias do contraditório e da ampla defesa, de molde a provocar a absoluta nulidade de qualquer sanção aplicada sem sua observação. Em se tratando de despedimento motivado do contrato, a ausência de contraditório e ampla defesa implica em se considerar insubsistente a falta grave, convertendo-se a dispensa para a modalidade imotivada, salvo se o trabalhador for detentor de estabilidade provisória, hipótese na qual será possível falar em sua reintegração.

Referências bibliográficas.

Livros:

ABRANTES, José João. **Contrato de trabalho e direitos fundamentais**. Coimbra: Coimbra Editora, 2005.

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

AMARAL, Júlio Ricardo de Paula. **Eficácia dos direitos fundamentais nas relações trabalhistas**. São Paulo: LTr, 2007.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na constituição portuguesa de 1976**. 4ª ed. Coimbra: Almedina, 2010.

ALVIM, Arruda. **Tratado de direito processual civil**. vol. 1. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990.

BANDEIRA DE MELLO, Celso A. **Eficácia das normas constitucionais e direitos sociais**. São Paulo: Malheiros, 2011.

BARROS, Alice Monteiro. **Curso de direito do trabalho**. 4ª ed. São Paulo: LTr, 2008.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora**. 7ª ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2009.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito constitucional**. 22ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. **Comentários à constituição do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988**. São Paulo: Saraiva, 1989.

BITTAR, Eduardo C. B; ALMEIDA, Guilherme Assis de. **Curso de filosofia do direito**. 8ª ed. São Paulo: Atlas, 2010.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. 2ª ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

_____. **Teoria geral do direito**. Tradução de Denise Agostinetti. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 26ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007.

CANARIS, Claus-Wilhelm. **Direitos fundamentais e direito privado**. Coimbra: Almedina, 2009.

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

CATHARINO, José Martins. **Coletânea de direito do trabalho**. São Paulo: LTr, 1975.

CENEVIVA, Walter. **Direito constitucional brasileiro**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

CESARINO JUNIOR, A. F. **Direito social brasileiro**. vol. 2. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 1970.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 28ª ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

COMPARATO, Fábio Konder. **Ética: direito, moral e religião no mundo moderno**. São Paulo: Companhia das Letras, 2006.

COTRIM, Gilberto. **Fundamentos de filosofia: história e grandes temas**. 16ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

CRETELLA JUNIOR, José. **Comentários à constituição brasileira de 1988**. 3ª ed. vol. I. Rio de Janeiro: Forense, 1992.

_____. **Curso de direito romano: o direito romano e o direito civil brasileiro**. 11ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1989.

DE CICCIO, Cláudio. **História do pensamento jurídico e da filosofia do direito**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 7ª ed. São Paulo: LTr, 2008.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Fundamentos do processo civil moderno**. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

_____. **Instituições de direito processual civil**. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

DINIZ, Maria Helena. **Norma constitucional e seus efeitos**. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução Nelson Boeira. 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

FACCHINI NETO, Eugênio. Reflexões histórico-evolutivas sobre a constitucionalização do direito privado. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org). **Constituição, direitos fundamentais e direito privado**. 2ª ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

FAUSTO, Boris. **Getúlio Vargas**. Série perfis brasileiros. São Paulo: Companhia das Letras, 2006.

_____. **História do Brasil**. 13ª ed. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2009.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Curso de direito administrativo**. 9ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

FORSTER, Nestor José. **Direito de defesa**. São Paulo: LTr, 2007.

GASPARI, Élio. **A ditadura envergonhada**. São Paulo: Companhia das Letras, 2002

GIGLIO, Wagner. **Justa causa**. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

_____. **Contraditório e ampla defesa**. São Paulo: Juruá, 2010.

GRAU, Eros Roberto; CUNHA, Sérgio Sérvulo (orgs.). **Estudos de direito constitucional em homenagem a José Afonso da Silva**. São Paulo: Malheiros, 2003.

HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

_____. **Temas fundamentais do direito constitucional**. Textos selecionados e traduzidos por Carlos dos Santos Almeida, Gilmar Ferreira Mendes e Inocêncio Mártires Coelho. São Paulo: Saraiva, 2009.

HOUAISS, Antônio; VILLAR, Mauro de Salles. **Dicionário Houaiss da língua portuguesa**. Verbete: "jornada". Rio de Janeiro: Objetiva, 2001.

HOBBSAWM, Eric. **Era dos extremos**: o breve século XX: 1914-1991. Tradução de Marcos Santarrita. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

INTERNATIONAL LABOUR OFFICE. **Freedom of association**: digest of decisions and principles of the Freedom of Association Committee of the Governing Body of the ILO. 5th ed. Geneva: International Labour Office, 2006.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução João Baptista Machado. 7^a ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

LÓPEZ, Manuel Carlos Palomeque; DE LA ROSA, Manuel Álvares. **Derecho del trabajo**. 17^a ed. Madrid: Ramón Areces, 2009.

MAC CRORIE, Benedita Ferreira da Silva. **A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais**. Coimbra: Almedina, 2005.

MACIEL JUNIOR, João Bosco. **Aplicabilidade do princípio do contraditório nas relações particulares**. São Paulo: Saraiva, 2009 (Coleção direito e processo: técnicas de direito processual (coord.) Cássio Scarpinella Bueno).

MAGANO, Octávio Bueno. **Lineamentos de direito do trabalho**. 2^a ed. São Paulo: LTr, 1972.

_____. **Política do trabalho**. vol. 2. São Paulo: LTr, 1995.

MANUS, Pedro Paulo Teixeira. **Despedida arbitrária ou sem justa causa**: aspectos do direito material e processual do trabalho. São Paulo: Malheiros, 1996.

_____. **Direito do trabalho**. 13^a ed. São Paulo: Atlas, 2011.

MANUS, Pedro Paulo Teixeira; ROMAR, Carla Teresa Martins (Org.). **CLT e legislação complementar em vigor**. 8^a ed. rev. atual. São Paulo: Atlas, 2010.

MARTINEZ, Luciano. **Curso de direito do trabalho**. 3^a ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MARTINS-COSTA, Judith. Os direitos fundamentais e a opção culturalista do novo código civil. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org). **Constituição, direitos fundamentais e direito privado**. 2^a ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

MAZURKEVIC, Arion. A boa-fé objetiva: uma proposta para reaproximação do direito do trabalho ao direito civil. In: DALLEGRAVE NETO, José Affonso; GUNTHER, Luiz Eduardo. **O impacto do novo código civil no direito do trabalho**. São Paulo: LTr, 2003.

MAZZILLI, Hugo Nigro. **A defesa dos interesses difusos em juízo**. 20ª ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 422.

MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**. 11ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MEIRELLES, Hely Lopes et al. **Direito administrativo brasileiro**. 37ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

MELLO, Celso Antônio bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 28ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

MELO, Raimundo Simão. **Processo coletivo do trabalho**: dissídio coletivo, ação de cumprimento, ação anulatória. São Paulo: LTr, 2009.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MIRANDA, Jorge. **Teoria do estado e da constituição**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

MIRANDA, Pontes de. **Direito das obrigações**: contrato de locação de serviços, contrato de trabalho. Atualizado por Pedro Paulo Teixeira Manus e Carla Teresa Martins Romar. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. (Coleção tratado de direito privado: parte especial; 47).

MÖLLER, Max. **Teoria geral do neoconstitucionalismo**: bases teóricas do constitucionalismo contemporâneo. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

MONTORO, André Franco. **Introdução à ciência do direito**. 26ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 24ª ed. São Paulo: Atlas, 2009.

MORAES FILHO, Evaristo de. **A justa causa na rescisão do contrato de trabalho**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1968.

MOREIRA, Teresa Alexandra Coelho. **Da esfera privada do trabalhador e o controlo do empregador**. Coimbra Editora, 2004 (Série Studia Iuridica, n. 78, Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra).

MORENO, Abdon Pedrajas. **Despido e derechos fundamentales**. Madrid. Editorial Trotta, 1992.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de direito do trabalho**. 25ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. **Direito contemporâneo do trabalho**. São Paulo: Saraiva, 2012.

NERY JUNIOR, Nelson. Contratos no código civil: apontamentos gerais. In: FRANCIULLI NETO, Domingos; MENDES, Gilmar Ferreira; MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva (Coord.). **O novo código civil**. Homenagem ao Prof. Miguel Reale. São Paulo: LTr, 2006.

_____. **Princípios do processo civil na constituição federal**. 10ª ed. rev., atual. e ampl., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

OLIVEIRA, Mauro Márcio. **Fontes de informações sobre a Assembléia Nacional Constituinte de 1987**: quais são, onde buscá-las e como usá-las. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 1993.

PARIZ, Ângelo Aurélio Gonçalves. **O princípio do devido processo legal**: direito fundamental do cidadão. Coimbra: Almedina, 2009.

PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres. **O direito à defesa na constituição de 1988**. Rio de Janeiro: Renovar, 1991.

PINTO FERREIRA, Luís. **Curso de direito constitucional**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 1974.

_____. Verbete “eficácia”. In: **Enciclopédia saraiva de direito**. v. 30, 1979.

PROENÇA, Luiz Roberto. **Inquérito civil**: atuação investigativa do Ministério Público a serviço da ampliação do acesso à justiça. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

RAMALHO, Maria do Rosário Palma. **Direito do trabalho**. Parte I. Dogmática geral. 2ª ed., Lisboa: Almedina, 2009.

REALE, Miguel. **Filosofia do direito**. 20ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

_____. **Lições preliminares de direito**. 27ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

_____. **O direito como experiência**. 2ª ed. 4ª tir. São Paulo: Saraiva, 2010.

ROMAR, Carla Teresa Martins. Direito do trabalho e dignidade da pessoa humana. In: MIRANDA, Jorge; SILVA, Marco Antonio Marques da (coords.). **Tratado luso-brasileiro da dignidade humana**. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

_____. **Direito do trabalho e direito processual do trabalho**. São Paulo: Atlas, 2010.

ROMITA, Arion Sayão. **Direitos fundamentais nas relações de trabalho**. 3ª ed. São Paulo: LTr, 2009.

RUSSOMANO, Mozart Victor. **Curso de direito do trabalho**. 9ª ed. Curitiba: Juruá, 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10ª ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

_____ (org.). **Constituição, direitos fundamentais e direito privado**. 2ª ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

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

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

_____. **Comentário contextual à constituição**. 7ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

_____. **Curso de direito constitucional positivo**. 35ª ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

SILVA, Virgílio Afonso. **A constitucionalização do direito**: os direitos fundamentais nas relações entre particulares. 1ª ed., 3ª tir. São Paulo: Malheiros, 2011.

_____. **Direitos Fundamentais**: conteúdo essencial, restrições e eficácia. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. **O direito do trabalho como instrumento de justiça social**. São Paulo: LTr, 2000.

SOUZA, Motauri Ciocchetti de. **Ação civil pública e inquérito civil**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica**: uma nova crítica do direito. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

SUPIOT, Alain. **Le droit du travail**. Paris: Presses Universitaires de France, 2008.

SÜSSEKIND, Arnaldo et al. **Instituições de direito do trabalho**. 21ª ed. São Paulo: LTr, 2003.

UBILLOS, Juan María Bilbao. En qué medida vinculan a los particulares los derechos fundamentales? In: SARLET, I. W. (Org). **Constituição, direitos fundamentais e direito privado**. 2ª ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

VALE, André Rufino do. **Estrutura das normas de direitos fundamentais**: repensando a distinção entre regras, princípios e valores. São Paulo: Saraiva, 2009.

Artigos em periódicos e em suporte eletrônico:

ALMEIDA, Renato Rua de. O regime geral do direito do trabalho contemporâneo sobre a proteção da relação de emprego contra a despedida individual sem justa causa. Estudo comparado entre a legislação brasileira e as legislações portuguesa, espanhola e francesa. **Revista LTr legislação do trabalho**, São Paulo, v. 71-03, p. 336-345, mar. 2007.

BRAMANTE, Ivani Contini. Eficácia do contraditório e ampla defesa nas relações interprivadas. **Revista LTr legislação do trabalho**, São Paulo, v. 64-08, p. 1009-1016, 2000.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Contraditório e a “prova inequívoca” para fins de antecipação de tutela. **Revista do advogado**, São Paulo, n. 61, nov. 2000, p. 111-118.

_____. Do direito de defesa em inquérito administrativo. **Revista de direito administrativo**, Rio de Janeiro, n. 183, jan. / mar. 1991, p. 9-18.

_____. Princípios processuais fora do processo. **Revista de processo**, São Paulo, n. 147, 2007.

KROST, Oscar. Crítica à sistemática da dispensa por justa causa no Brasil: Afronta aos princípios constitucionais da presunção de inocência, da função social do contrato e da continuidade da relação de emprego. **Revista LTr suplemento trabalhista**. São Paulo, v. 46, n. 152, p. 717-724, dez. 2010.

MARMELSTEIN, George. **50 Anos do Caso Lüth**: o caso mais importante da história do constitucionalismo alemão pós-guerra. Disponível em <<http://direitosfundamentais.net/2008/05/13/50-anos-do-caso-luth-o-caso-mais-importante-da-historia-do-constitucionalismo-alemao-pos-guerra/>>. Acesso em 22 fev. 2013

MENEZES, Cláudio Armando Couce et al. Direitos fundamentais e poderes do empregador: o poder disciplinar e a presunção de inocência do Trabalhador. **Revista LTr legislação do trabalho**, São Paulo, v. 73-08, p. 963-972, 2009.

SOUTO MAIOR, Jorge Luiz; SEVERO, Valdete Souto. A garantia contra a dispensa arbitrária como condição de eficácia da prescrição no curso da relação de emprego. **Revista LTr suplemento trabalhista**. São Paulo, v. 46, n. 97, p. 441-445, 2010.

Teses e dissertações:

ARAÚJO, Fernando Henrique de Moraes. **O Ministério Público e o inquérito civil**. Dissertação de Mestrado. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2007, 2 vol., 358 f.

CALVET, Otávio Amaral. **A eficácia horizontal imediata do direito social ao lazer nas relações privadas de trabalho**. Dissertação de Mestrado. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2005, 174 f.

CARVALHO, Iuri Mattos de. **O direito ao contraditório e à ampla defesa no processo administrativo**. Dissertação de Mestrado. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2005, 125 f.

GOLÇALVES, Helena de Toledo Coelho. **Efetividade do princípio constitucional do contraditório e ampla defesa**. Tese de Doutorado. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2009, 198 f.

JORGE, André Guilherme Lemos. **A efetividade dos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa no inquérito civil**. Dissertação de Mestrado. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2007.

SALGADO FILHO, Nilo Spinola. **Inquérito civil**. Dissertação de Mestrado. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2005, 290 f.

Anais da Assembleia Nacional Constituinte:

BRASIL. Assembléia Nacional Constituinte (1987). **Atas das reuniões da Comissão de Redação:** 20-4-88, 13-9-88, 14-9-88, 19-9-88 e 20-9-88. Brasília: Centro Gráfico do Senado Federal, 1988. 238 pp.

_____. **Parecer sobre as emendas oferecidas em plenário ao projeto de constituição.** Relator: Bernardo Cabral. Brasília: Centro Gráfico do Senado Federal, 1987.

_____. **Projeto de constituição da Comissão de Sistematização.** Relator: Bernardo Cabral. Brasília: Centro Gráfico do Senado Federal, 1987. 42 pp. Projeto com 496 artigos.

_____. **Projeto de constituição:** emendas oferecidas em plenário ao substitutivo do relator. vol. IV. Brasília: Centro Gráfico do Senado Federal, 1987.

_____. **Projeto de constituição:** emendas oferecidas em plenário: constituintes e eleitores. vols. I e II. Brasília: Centro Gráfico do Senado Federal, 1987.

_____. **Projeto de constituição:** substitutivo do relator. Relator: Bernardo Cabral. Brasília: Centro Gráfico do Senado Federal, 1987. 51 pp. Projeto com 305 + 69 artigos.

_____. **Projeto de constituição:** substitutivo do relator: segundo. Relator: Bernardo Cabral. Brasília: Centro Gráfico do Senado Federal, 1987. 95 pp. Projeto com 264 + 72 artigos.

ANEXO.

Inteiro teor do acórdão e dos debates havidos no julgamento do recurso extraordinário nº 201.819 pelo Supremo Tribunal Federal.

Supremo Tribunal Federal
COORD. DE ANÁLISE DE JURISPRUDÊNCIA
D.J. 27.10.2006
EMENTÁRIO Nº 2 2 5 3 - 4

577

11/10/2005

SEGUNDA TURMA

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 201.819-8 RIO DE JANEIRO**RELATORA ORIGINÁRIA : MIN. ELLEN GRACIE****RELATOR PARA O : MIN. GILMAR MENDES****ACÓRDÃO**

RECORRENTE : UNIÃO BRASILEIRA DE COMPOSITORES - UBC
 ADVOGADO : VERA LUCIA RODRIGUES GATTI E OUTROS
 RECORRIDO : ARTHUR RODRIGUES VILLARINHO
 ADVOGADO : ROBERTA BAPTISTELLI E OUTRO

EMENTA: *SOCIEDADE CIVIL SEM FINS LUCRATIVOS. UNIÃO BRASILEIRA DE COMPOSITORES. EXCLUSÃO DE SÓCIO SEM GARANTIA DA AMPLA DEFESA E DO CONTRADITÓRIO. EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS. RECURSO DESPROVIDO.*

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

II. OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS COMO LIMITES À AUTONOMIA PRIVADA DAS ASSOCIAÇÕES. A ordem jurídico-constitucional brasileira não conferiu a qualquer associação civil a possibilidade de agir à revelia dos princípios inscritos nas leis e, em especial, dos postulados que têm por fundamento direto o próprio texto da Constituição da República, notadamente em tema de proteção às liberdades e garantias fundamentais. O espaço de autonomia privada garantido pela Constituição às associações não está imune à incidência dos princípios constitucionais que asseguram o respeito aos direitos fundamentais de seus associados. A autonomia privada, que encontra claras limitações de ordem jurídica, não pode ser exercida em detrimento ou com desrespeito aos direitos e garantias de terceiros, especialmente aqueles positivados em sede constitucional, pois a autonomia da vontade não confere aos particulares, no domínio de sua incidência e atuação, o poder de transgredir ou de ignorar as restrições postas e definidas pela própria Constituição, cuja eficácia e força normativa também se impõem, aos particulares, no âmbito de suas relações privadas, em tema de liberdades fundamentais.

III. SOCIEDADE CIVIL SEM FINS LUCRATIVOS. ENTIDADE QUE INTEGRA ESPAÇO PÚBLICO, AINDA QUE NÃO-ESTATAL. ATIVIDADE DE CARÁTER PÚBLICO. EXCLUSÃO DE SÓCIO SEM GARANTIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. APLICAÇÃO DIRETA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS À AMPLA DEFESA E AO CONTRADITÓRIO. As associações privadas que exercem função predominante em determinado âmbito econômico e/ou social, mantendo seus associados em relações de dependência econômica e social,



integram o que se pode denominar de espaço público, ainda que não-estatal. A União Brasileira de Compositores - UBC, sociedade civil sem fins lucrativos, integra a estrutura do ECAD e, portanto, assume posição privilegiada para determinar a extensão do gozo e fruição dos direitos autorais de seus associados. A exclusão de sócio do quadro social da UBC, sem qualquer garantia de ampla defesa, do contraditório, ou do devido processo constitucional, onera consideravelmente o recorrido, o qual fica impossibilitado de perceber os direitos autorais relativos à execução de suas obras. A vedação das garantias constitucionais do devido processo legal acaba por restringir a própria liberdade de exercício profissional do sócio. O caráter público da atividade exercida pela sociedade e a dependência do vínculo associativo para o exercício profissional de seus sócios legitimam, no caso concreto, a aplicação direta dos direitos fundamentais concernentes ao devido processo legal, ao contraditório e à ampla defesa (art. 5º, LIV e LV, CF/88).

IV. RECURSO EXTRAORDINÁRIO DESPROVIDO.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Segunda Turma, sob a presidência do senhor Ministro Celso de Mello, na conformidade da ata de julgamento e das notas taquigráficas, por maioria de votos, conhecer e negar provimento ao recurso extraordinário.

Brasília, 11 de outubro de 2005.

MINISTRO GILMAR MENDES - RELATOR



579

Supremo Tribunal Federal

08/06/2004

SEGUNDA TURMA

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 201.819-8 RIO DE JANEIRO

RELATORA : MIN. ELLEN GRACIE
 RECORRENTE : UNIAO BRASILEIRA DE COMPOSITORES - UBC
 ADVOGADO : VERA LUCIA RODRIGUES GATTI E OUTROS
 RECORRIDO : ARTHUR RODRIGUES VILLARINHO
 ADVOGADO : ROBERTA BAPTISTELLI E OUTRO

RELATÓRIO

A Senhora Ministra Ellen Gracie: Eis a ementa do acórdão recorrido proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro:

“Sociedade Civil. União Brasileira de Compositores. Exclusão de sócio. Alegado descumprimento de resoluções da sociedade e propositura de ações que acarretaram prejuízos morais e financeiros à entidade. Direito constitucional de ampla defesa desrespeito. Antes de concluir pela punição, a comissão especial tinha de dar oportunidade ao sócio de se defender e realizar possíveis provas em seu favor. Infringência ao art. 5º, inc. LV da Constituição Federal. Punição anulada. Pedido de reintegração procedente. Recurso desprovido.”

Nas razões recursais, alega a recorrente que é inaplicável ao caso o princípio da ampla defesa invocado no aresto impugnado, pois não se trata de órgão da administração pública, mas, de entidade de direito privado - sociedade civil - dotada de estatutos e atos regimentais próprios, que disciplinam seu relacionamento com o sócio.

Não houve contra-razões.

Na origem, o extraordinário não foi admitido, mas, ante o provimento de agravo, subiram os autos a esta Egrégia Corte .

O Ministério Público Federal, em parecer da lavra do Subprocurador-Geral da República, Dr. Flávio Giron, opinou pelo não conhecimento do recurso.

É o relatório.



Supremo Tribunal Federal

RE 201.819 / RJ

VOTO

A Senhora Ministra Ellen Gracie - (Relatora): A recorrente, União Brasileira de Compositores – UBC, é sociedade civil sem fins lucrativos, dotada de personalidade jurídica de direito privado.

Por motivos irrelevantes para a solução do presente extraordinário, a recorrente excluiu o recorrido de seu quadro de sócios, em procedimento assim narrado no acórdão da origem:

“Embora a sociedade tivesse, de fato, por seu órgão deliberativo, designado uma comissão especial para apurar as possíveis infrações estatutárias atribuídas ao autor, tal comissão, por mais ilibada que fosse, deixou de cumprir princípio constitucional, não ensejando ao apelado oportunidade de defender-se das acusações e de realizar possíveis provas em seu favor.

Conforme se vê de fls. 101/102, a comissão simplesmente reuniu-se e, examinando a documentação fornecida pelo secretário da sociedade, concluiu pela punição do autor. Nada além.

Não se pode, na verdade, pretender que uma entidade de compositores, em sua vida associativa, adote regras ou formas processuais rigorosas, mas também não se pode admitir que princípios constitucionais básicos sejam descumpridos flagrantemente.

Caracterizadas as infrações, ao ver da comissão, o autor tinha de ser, expressa e formalmente, cientificado das mesmas e convocado a apresentar, querendo, em prazo razoável, a sua defesa, facultando-lhe a produção das provas que entendesse cabíveis.

Só depois disso é que poderia surgir o parecer da comissão, num ou noutro sentido.

Como foi feito, o direito de defesa do autor foi mesmo violado, sem que se adentre no mérito, na justiça ou injustiça da punição.” (fls. 265 e 266)

Como se vê, o Tribunal *a quo*, com fundamento no princípio da ampla defesa, anulou a punição aplicada ao recorrido.

Supremo Tribunal Federal

RE 201.819 / RJ

O estatuto da recorrida, em seu art. 16, determina que: “a diretoria nomeará comissão de inquérito composta de três Sócios, a fim de apurar indícios, atos ou fatos que tornem necessária a aplicação de penalidades aos Sócios que contrariem os deveres prescritos no Capítulo IV destes Estatutos.” (fl. 48).

A leitura do acórdão da apelação revela que a regra acima transcrita foi integralmente obedecida, porém ela foi afastada em homenagem ao princípio da ampla defesa.

Entendo que as associações privadas têm liberdade para se organizar e estabelecer normas de funcionamento e de relacionamento entre os sócios, desde que respeitem a legislação em vigor. Cada indivíduo, ao ingressar numa sociedade, conhece suas regras e seus objetivos, aderindo a eles.

A controvérsia envolvendo a exclusão de um sócio de entidade privada resolve-se a partir das regras do estatuto social e da legislação civil em vigor. Não tem, portanto, o aporte constitucional atribuído pela instância de origem, sendo totalmente descabida a invocação do disposto no art. 5º, LV da Constituição para agasalhar a pretensão do recorrido de reingressar nos quadros da UBC.

Obedecido o procedimento fixado no estatuto da recorrente para a exclusão do recorrido, não há ofensa ao princípio da ampla defesa, cuja aplicação à hipótese dos autos revelou-se equivocada, o que justifica o provimento do recurso.

Diante do exposto, **conheço** do recurso, e **lhe dou provimento**. Condeno o recorrido ao pagamento de custas e honorários advocatícios, fixados em 10% do valor atribuído à causa devidamente atualizada.



InEmane

08/06/2004

SEGUNDA TURMA

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 201.819-8RIO DE JANEIRO

V I S T A

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Sr. Presidente, tal como destacado pela eminente Relatora, é realmente um caso raro, apreciado pela jurisdição de perfil constitucional. É situação típica de aplicação dos direitos fundamentais às relações privadas.

Por isso, vou pedir vênias à eminente Relatora para ter vista dos autos.



SEGUNDA TURMA

EXTRATO DE ATA

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 201.819-8
PROCED.: RIO DE JANEIRO
RELATORA : MIN. ELLEN GRACIE
RECTE.: UNIAO BRASILEIRA DE COMPOSITORES - UBC
ADV.: VERA LUCIA RODRIGUES GATTI E OUTROS
RECDO.: ARTHUR RODRIGUES VILLARINHO
ADV.: ROBERTA BAPTISTELLI E OUTRO

Decisão: Após o voto da Ministra-Relatora, conhecendo e dando provimento ao recurso extraordinário, o julgamento foi suspenso, em virtude do pedido de vista formulado pelo Senhor Ministro Gilmar Mendes. 2ª Turma, 08.06.2004.

Presidência do Senhor Ministro Celso de Mello. Presentes à sessão os Senhores Ministros Carlos Velloso, Ellen Gracie e Gilmar Mendes.

Subprocurador-Geral da República, Dr. Haroldo Ferraz da Nóbrega.

Antonio Neto Brasil
Coordenador

16/11/2004

SEGUNDA TURMA

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 201.819-8 RIO DE JANEIROV O T O - V I S T A**O SENHOR MINISTRO GILMAR FERREIRA MENDES:**

A eminente Relatora, Ministra Ellen Gracie, proferiu voto nos seguintes termos:

"A recorrente, União Brasileira de Compositores - UBC, é sociedade civil sem fins lucrativos, dotada de personalidade jurídica de direito privado.

Por motivos irrelevantes para a solução do presente extraordinário, a recorrente excluiu o recorrido de seu quadro de sócios, em procedimento assim narrado no acórdão da origem:

'Embora a sociedade tivesse, de fato, por seu órgão deliberativo, designado uma comissão especial para apurar as possíveis infrações estatutárias atribuídas ao autor, tal comissão, por mais ilibada que fosse, deixou de cumprir princípio constitucional, não ensejando ao apelado oportunidade de defender-se das acusações e de realizar possíveis provas em seu favor.

Conforme se vê de fls. 101/102, a comissão simplesmente reuniu-se e, examinando a documentação fornecida pelo secretário da



RE 201.819 / RJ

585

sociedade, concluiu pela punição do autor. Nada além.

Não se pode, na verdade, pretender que uma entidade de compositores, em sua vida associativa, adote regras ou formas processuais rigorosas, mas também não se pode admitir que princípios constitucionais básicos sejam descumpridos flagrantemente.


Caracterizadas as infrações, ao ver da comissão, o autor tinha de ser, expressa e formalmente, cientificado das mesmas e convocado a apresentar, querendo, em prazo razoável, a sua defesa, facultando-lhe a produção das provas que entendesse cabíveis.

Só depois disso é que poderia surgir o parecer da comissão, num ou noutro sentido.

Como foi feito, o direito de defesa do autor foi mesmo violado, sem que se adentre no mérito, na justiça ou injustiça da punição.' (fls. 265 e 266)

Como se vê, o Tribunal a quo, com fundamento no princípio da ampla defesa, anulou a punição aplicada ao recorrido.

O estatuto da recorrida, em seu art. 16, determina que: "a diretoria nomeará comissão de inquérito composta de três Sócios, a fim de apurar indícios, atos ou fatos que tornem necessária a aplicação de penalidades aos Sócios que contrariem os deveres prescritos no Capítulo IV destes Estatutos." (fl. 48).



RE 201.819 / RJ

A leitura do acórdão da apelação revela que a regra acima transcrita foi integralmente obedecida, porém ela foi afastada em homenagem ao princípio da ampla defesa.

Entendo que as associações privadas têm liberdade para se organizar e estabelecer normas de funcionamento e de relacionamento entre os sócios, desde que respeitem a legislação em vigor. Cada indivíduo, ao ingressar numa sociedade, conhece suas regras e seus objetivos, aderindo a eles.

A controvérsia envolvendo a exclusão de um sócio de entidade privada resolve-se a partir das regras do estatuto social e da legislação civil em vigor. Não tem, portanto, o aporte constitucional atribuído pela instância de origem, sendo totalmente descabida a invocação do disposto no art. 5º, LV da Constituição para agasalhar a pretensão do recorrido de reingressar nos quadros da UBC.

Obedecido o procedimento fixado no estatuto da recorrente para a exclusão do recorrido, não há ofensa ao princípio da ampla defesa, cuja aplicação à hipótese dos autos revelou-se equivocada, o que justifica o provimento do recurso.

Diante do exposto, **conheço** do recurso, e **lhedo provimento**. Condeno o recorrido ao pagamento de custas e honorários advocatícios, fixados em 10% do valor atribuído à causa devidamente atualizada."

Após o voto da eminente Relatora pedi vista dos autos por se tratar de um caso típico de aplicação de direitos fundamentais às relações privadas - um assunto que, necessariamente, deve ser



RE 201.819 / RJ

apreciado sob a perspectiva de uma jurisdição de perfil constitucional.

O tema versado nos presentes autos tem dado ensejo a uma relevante discussão doutrinária e jurisprudencial na Europa e nos Estados Unidos. Valho-me aqui de estudo por mim realizado constante da obra "Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade - Estudos de Direito Constitucional", sob o título "Direitos Fundamentais: Eficácia das garantias constitucionais nas relações privadas - análise da jurisprudência da Corte Constitucional Alemã", desenvolvido com base em conferências proferidas no curso de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, em 20/10/1994, e no 5º Encontro Nacional de Direito Constitucional (Instituto Pimenta Bueno) - Tema: "Direitos Humanos Fundamentais", em 20/09/1996, USP/SP.

No aludido ensaio, teço as seguintes considerações sobre o tema:

"A questão relativa à eficácia dos direitos fundamentais no âmbito das relações entre particulares marcou o debate doutrinário dos anos 50 e do início dos anos 60 na Alemanha. Também nos Estados Unidos, sob o rótulo da 'state action', tem-se discutido intensamente a aplicação dos direitos fundamentais às relações privadas.

É fácil ver que a doutrina tradicional dominante do Século XIX e mesmo ao tempo da República de Weimar sustenta orientação segundo a qual os direitos fundamentais destinam-se a proteger o indivíduo contra eventuais ações do Estado, não assumindo maior relevância para as relações de caráter privado. Dos dois direitos fundamentais com



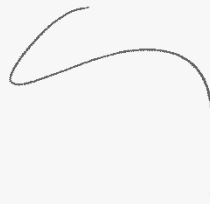
RE 201.819 / RJ

notória eficácia para os entes privados (art. 118, 1, 1. período - liberdade de opinião; art. 159, 2. período - liberdade de coalizão) extraiu-se um *argumentum e contrario*.

Um entendimento segundo o qual os direitos fundamentais atuam de forma unilateral na relação entre o cidadão e o Estado acaba por legitimar a idéia de que haveria para o cidadão sempre um espaço livre de qualquer ingerência estatal. A adoção dessa orientação suscitaria problemas de difícil solução tanto no plano teórico, como no plano prático. O próprio campo do Direito Civil está prenhe de conflitos de interesses com repercussão no âmbito dos direitos fundamentais. O benefício concedido a um cidadão configura, não raras vezes, a imposição de restrição a outrem.

Por essa razão, destaca Rűfner que quase todos os direitos privados são referenciáveis a um direito fundamental:

'Os contratos dos cidadãos e sua interpretação, abstraída a jurisprudência do Tribunal Federal do Trabalho, não despertavam grande interesse. O problema da colisão de direitos fundamentais coloca-se também aqui de forma freqüente: a liberdade de contratar integra os direitos fundamentais de desenvolvimento da personalidade (*freie Entfaltung der Persönlichkeit*) e de propriedade. Por isso, ela deve ser contemplada como elemento constitucional na avaliação jurídica dos



RE 201.819 / RJ

contratos. O estabelecimento de vínculos contratuais com base na autonomia privada relaciona-se, pois, com o exercício de direitos fundamentais. Exatamente na assunção de obrigações contratuais reside uma forma de exercício de direitos fundamentais que limita a liberdade para o futuro. A livre escolha de profissão e o seu livre exercício são concretizados dessa forma. O livre exercício do direito de propriedade consiste também em empregar a propriedade para fins livremente escolhidos. A livre manifestação de opinião e a liberdade de imprensa, a liberdade religiosa e a liberdade artística não são realizáveis sem a possibilidade de livre assunção de obrigações por parte dos cidadãos. Até mesmo a liberdade de consciência não está isenta de vinculações contratuais.

Também o postulado de igualdade provoca problemas na esfera negocial.

O Estado, que, com os direitos fundamentais, assegura a liberdade do cidadão, não pode retirar essa liberdade com a simples aplicação do princípio da igualdade. O engajamento político e religioso integra o livre exercício do direito de propriedade e o livre exercício do direito de desenvolvimento da personalidade. A liberdade de testar é integrada pela liberdade de diferenciar por motivos políticos ou religiosos.

Assim, em face dos negócios jurídicos coloca-se



RE 201.819 / RJ

a indagação sobre a sua própria validade como resultado de eventual afronta ou contrariedade aos direitos fundamentais.

É certo, por outro lado, que na relação entre cidadãos não se pode tentar resolver o conflito com a afirmação - duvidosa já na relação com o Poder Público - de que '*in dubio pro libertate*', porque não se cuida do estabelecimento de uma restrição ou limitação em sentido estrito.

Canaris observa que o reconhecimento de que os direitos fundamentais cumprem uma tarefa importante na ordem jurídica não apenas como proibição de intervenção (direito de defesa), mas também como postulados de proteção, contribui para explicitar a influência desses postulados no âmbito do direito privado.

Sob o império da Lei Fundamental de Bonn engajou-se Hans Carl Nipperdey em favor da aplicação direta dos direitos fundamentais no âmbito das relações privadas, o que acabou por provocar um claro posicionamento do Tribunal Superior do Trabalho em favor dessa orientação (*unmittelbare Drittwirkung*).

O Tribunal do Trabalho assim justificou o seu entendimento:

'Em verdade, nem todos, mas uma série de direitos fundamentais destinam-se não apenas a garantir os direitos de liberdade em face do Estado, mas também a estabelecer as bases essenciais da vida social. Isso significa que disposições relacionadas com os direitos



RE 201.819 / RJ

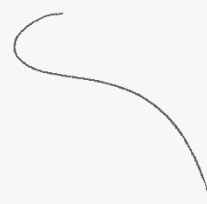
fundamentais devem ter aplicação direta nas relações privadas entre os indivíduos. Assim, os acordos de direito privado, os negócios e atos jurídicos não podem contrariar aquilo que se convencionou chamar ordem básica ou ordem pública'.

Esse entendimento foi criticado sobretudo pela sua deficiente justificação em face do disposto no art. 1, III, da Lei Fundamental, que previa apenas a expressa vinculação dos poderes estatais aos direitos fundamentais.

Afirmou-se ainda que a eficácia imediata dos direitos fundamentais sobre as relações privadas acabaria por suprimir o princípio da autonomia privada, alterando profundamente o próprio significado do Direito Privado como um todo. Ademais, a aplicação direta dos direitos fundamentais às relações privadas encontraria óbice insuperável no fato de que, ao contrário da relação Estado-cidadão, os sujeitos dessas relações merecem e reclamam, em princípio, a mesma proteção.

É claro que o tema prepara algumas dificuldades.

Poder-se-ia argumentar com a disposição constante do art. 1, da Lei Fundamental, segundo a qual 'os direitos humanos configuram o fundamento de toda a sociedade' (*Grundlage jeder Gemeinschaft*). Poder-se-ia aduzir, ainda, que a existência de forças sociais específicas, como os conglomerados econômicos, sindicatos e associações patronais,



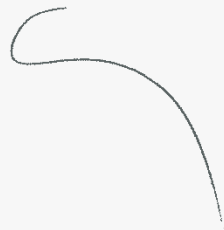
RE 201.819 / RJ

enfraquece sobremaneira o argumento da igualdade entre os entes privados, exigindo que se reconheça, em determinada medida, a aplicação dos direitos fundamentais também às relações privadas.

Esses dois argumentos carecem, todavia, de força normativa, uma vez que tanto o texto da Lei Fundamental, quanto a própria história do desenvolvimento desses direitos não autorizam a conclusão em favor de uma aplicação direta e imediata dos direitos fundamentais às relações privadas.

Em verdade, até mesmo disposições expressas, como aquela constante do art. 18, n. 1, da Constituição de Portugal, que determina sejam os direitos fundamentais aplicados às entidades privadas, ou do Projeto da Comissão Especial para revisão total da Constituição suíça (art. 25) - *Legislação e Jurisdição devem zelar pela aplicação dos direitos individuais às relações privadas - Gesetzgebung und Rechtsprechung sorgen dafür, dass die Grundrechte sinngemäss auch unter Privaten wirksam werden* [atualmente já incorporado à Constituição suíça, desde 2000, no art. 35 (3), com a seguinte redação: '*Die Behörden sorgen dafür, dass die Grundrechte, soweit sie sich dazu eignen, auch unter Privaten wirksam werden.*'], não parecem aptas para resolução do problema.

A propósito da fórmula consagrada na Constituição portuguesa, acentua Vieira de Andrade que 'se é certo que aí se afirma claramente que os preceitos constitucionais vinculam as entidades privadas, não se diz em que termos se processa essa



vinculação e, designadamente, não se estabelece que a vinculação seja idêntica àquela que obriga os poderes públicos'.

Em verdade, ensina Dürig que uma aplicação direta dos direitos fundamentais às relações privadas poderia suprimir ou restringir em demasia o princípio da autonomia privada. Portanto, é o próprio sistema de direitos fundamentais, ensina o notável constitucionalista tedesco, que autoriza e legitima que os indivíduos confirmem aos negócios de direito privado conformação não coincidente com tais direitos.

Idêntica orientação é adotada por Konrad Hesse, que destaca serem as relações entre pessoas privadas marcadas, fundamentalmente, pela idéia de igualdade. A vinculação direta dos entes privados aos direitos fundamentais não poderia jamais ser tão profunda, pois, ao contrário da relação Estado-cidadão, os direitos fundamentais operariam a favor e contra os dois partícipes da relação de Direito Privado.

Não se pode olvidar, por outro lado, que as contravérsias entre particulares com base no direito privado hão de ser decididas pelo Judiciário.

Estando a jurisdição vinculada aos direitos fundamentais, parece inevitável que o tema constitucional assumo relevo tanto na decisão dos tribunais ordinários, como no caso de eventual pronunciamento da Corte Constitucional.

Embora tenha rejeitado expressamente a possibilidade de aplicação imediata dos direitos fundamentais às relações privadas (*unmittelbare*



RE 201.819 / RJ

Drittwirkung), entendeu o *Bundesverfassungsgericht* que a ordem de valores formulada pelos direitos fundamentais deve ser fortemente considerada na interpretação do Direito Privado.

Os direitos fundamentais não se destinam a solver diretamente conflitos de direito privado, devendo a sua aplicação realizar-se mediante os meios colocados à disposição pelo próprio sistema jurídico.

Segundo esse entendimento, compete, em primeira linha, ao legislador a tarefa de realizar ou concretizar os direitos fundamentais no âmbito das relações privadas. Cabe a este garantir as diversas posições fundamentais relevantes mediante fixação de limitações diversas.

Um meio de irradiação dos direitos fundamentais para as relações privadas seriam as cláusulas gerais (*Generalklausel*) que serviriam de 'porta de entrada' (*Einbruchstelle*) dos direitos fundamentais no âmbito do Direito Privado.

A referência a algumas decisões do *Bundesverfassungsgericht* pode contribuir para esclarecer adequadamente a orientação perfilhada pela Corte Constitucional alemã:

(1) Em 1950, o Presidente do Clube de Imprensa de Hamburgo, Erich Lüth, defendeu um boicote contra o filme 'Unsterbliche Geliebte', de Veit Harlan, diretor do filme 'Jud Süs', produzido durante o 3. Reich. Harlan logrou decisão do Tribunal estadual de Hamburgo no sentido de determinar que Lüth se abstinisse de conclamar



o boicote contra o referido filme com base no § 826 do Código Civil (BGB). Contra essa decisão foi interposto recurso constitucional (*Verfassungsbeschwerde*) perante o *Bundesverfassungsgericht*. A Corte Constitucional deu pela procedência do recurso, enfatizando que decisões de tribunais civis, com base em leis gerais de natureza privada, podem lesar o direito de livre manifestação de opinião consagrado no art. 5, 1, da Lei Fundamental. Os tribunais ordinários estariam obrigados a levar em consideração o significado dos direitos fundamentais em face dos bens juridicamente tutelados pelas leis gerais (juízo de ponderação). Na espécie, entendeu a Corte que, ao apreciar a conduta do recorrente, o Tribunal estadual teria desconsiderado (*verkannt*) o especial significado que se atribui ao direito de livre manifestação de opinião também nos casos em que ele se confronta com interesses privados;

(2) O pequeno jornal 'Blinkfüer' continuou a publicar a programação das rádios da República Democrática Alemã mesmo após a construção do muro de Berlim (13.08.1961). A grande editora Springer dirigiu, por isso, uma circular a todas as bancas e negócios de vendas de jornais, ameaçando-os com a suspensão de fornecimento de jornais e revistas caso continuassem a vender o jornal 'Blinkfüer'. Foram significativos os prejuízos sofridos pela



RE 201.819 / RJ

publicação. A pretensão de caráter indenizatório formulada pelo jornal foi rejeitada pelo *Bundesgerichtshof* - BGH (Supremo Tribunal de Justiça). Apreciando o recurso constitucional interposto pelo pequeno jornal, entendeu o *Bundesverfassungsgericht* que a editora Springer não poderia valer-se de sua superioridade econômica para fazer prevalecer a sua opinião. As opiniões contrapostas deveriam concorrer em pé de igualdade, com recursos de caráter exclusivamente intelectual (*geistige Waffen*);

(3) No chamado 'caso Wallraff', um repórter, adotando uma identidade falsa, obteve um emprego como jornalista na redação do jornal sensacionalista 'Bild-Zeitung'. Essa experiência forneceu-lhe material para um livro. A ação movida pela empresa jornalística contra o repórter e seu editor foi rejeitada pelo Superior Tribunal de Justiça (*Bundesgerichtshof*). A Corte Constitucional acolheu, todavia, o recurso constitucional interposto contra a decisão, entendendo que 'entre as condições da função de uma imprensa livre pertence a relação de confiança do trabalho de redação', sendo lícita, fundamentalmente, a pretensão manifestada no sentido de impedir a publicação de informações obtidas mediante utilização de artifícios dolosos.

A orientação esposada pela Corte em todos esses



RE 201.819 / RJ

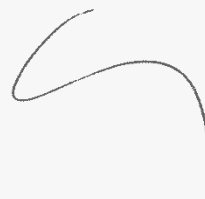
precedentes parece sinalizar que, embora o *Bundesverfassungsgericht* extraia a eficácia dos direitos fundamentais sobre as relações privadas do significado objetivo destes para a ordem jurídica total, acaba ele por reconhecer efeito jurídico-subjetivo a essas normas.

Tal como enfatizado no 'caso Blinkfüer', se o juiz não reconhece, no caso concreto, a influência dos direitos fundamentais sobre as relações privadas, então ele não apenas lesa o direito constitucional objetivo, como também afronta direito fundamental considerado como pretensão em face do Estado, ao qual, enquanto órgão estatal, está obrigado a observar.

Assim, ainda que se não possa cogitar de vinculação direta do cidadão aos direitos fundamentais, podem esses direitos legitimar limitações à autonomia privada, seja no plano da legislação, seja no plano da interpretação.

É preciso acentuar que, diferentemente do que ocorre na relação direta entre o Estado e o cidadão, na qual a pretensão outorgada ao indivíduo limita a ação do Poder Público, a eficácia mediata dos direitos fundamentais refere-se primariamente a uma relação privada entre cidadãos, de modo que o reconhecimento do direito de alguém implica o sacrifício de faculdades reconhecidas a outrem.

Em outros termos, a eficácia mediata dos direitos está freqüentemente relacionada com um caso de colisão de direitos: A posição jurídica de um indivíduo em face de outro somente pode prevalecer na



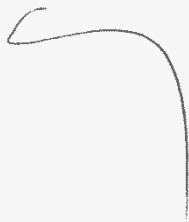
RE 201.819 / RJ

medida em que se reconhece a prevalência de determinados interesses sobre outros.

Como enunciado, a teoria da 'eficácia mediata' (*mittelbare Drittwirkung*) revela também a preocupação do *Bundesverfassungsgericht* com a aplicação/concretização dos direitos fundamentais pelos Tribunais ordinários. A discussão sobre a eficácia indireta ganha relevo na medida em que as valorações estabelecidas pela Constituição não coincidem com a valoração do direito privado.

Tal como sintetizado por Hesse, a orientação da Corte Constitucional revela que a função dos direitos fundamentais enquanto elementos de uma ordem objetiva impõe tão-somente a preservação de um *standard* mínimo de liberdade individual. Não se impõe, porém, uma redução generalizada da liberdade individual a esse padrão mínimo. 'Se o Direito Privado deixa maior liberdade do que os direitos fundamentais, não deve a liberdade ser restringida mediante uma vinculação a esses direitos'.

Hesse sustenta que os Direitos Fundamentais não obstam a que os titulares assumam obrigações em face de outros entes privados, uma vez que também a possibilidade de se vincular mediante atos livremente celebrados integra a liberdade individual. Assim, seriam válidos, em princípio, contratos celebrados entre pessoas privadas que limitassem a liberdade de opinião e legítimas as decisões de um empregador que selecionasse seus empregados com utilização de referenciais relacionados com a confissão religiosa ou a convicção política.

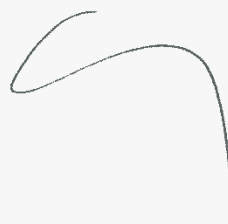


Não se pode perder de vista, porém, - adverte Hesse - que a liberdade individual pode restar ameaçada pela utilização de mecanismos de poder econômico ou social, o que acabaria por permitir a supressão daquele *standard* mínimo de liberdade pelo uso (abusivo) de posições dominantes no plano econômico-social.

Assim, entende Hesse que cabe ao legislador e, se este se revelar omissivo ou indiferente, ao próprio juiz, interpretar o direito privado à luz dos direitos fundamentais (*im Licht der Grundrechte*), exercendo o dever de proteção (*Schutzpflicht*) que se impõe ao Estado.

A crítica ao entendimento da Corte Constitucional alemã sobre a eficácia mediata dos direitos fundamentais assenta-se tanto na sua débil fundamentação dogmática, quanto na sua eventual desnecessidade.

Quanto à fundamentação dogmática, afirma-se que a doutrina da eficácia mediata dos direitos fundamentais no âmbito das relações privadas padece dos mesmos problemas da jurisprudência sobre Constituição enquanto ordem valorativa (*Wertordnungsrechtprechung*). A ausência de uma ordem objetiva de valores dificulta senão impossibilita uma decisão clara sobre os valores que não de prevalecer em uma dada situação de conflito. A incerteza quanto aos critérios de ponderação e a existência de múltiplos critérios quase permitiriam afirmar que uma orientação pelos valores básicos poderia fundamentar qualquer decisão.



RE 201.819 / RJ

O argumento relativo à desnecessidade da jurisprudência sobre a eficácia mediata enfatiza que o recurso a essa teoria seria dispensável em caso de adequada aplicação do direito ordinário. A teoria da aplicação dos direitos fundamentais às relações privadas decorreria, assim, de necessidade de correção de julgados dos Tribunais ordinários. A discussão que se trava aqui refere-se exatamente à possibilidade de que o ganho obtido com a realização de justiça no caso concreto acabe por comprometer a clareza dogmática nos planos constitucional e legal.

Jürgen Schwabe rejeita tanto a doutrina da aplicação imediata, quanto a aplicação mediata dos direitos fundamentais, entendendo que a aplicação dos direitos fundamentais nas relações privadas decorre do próprio caráter estatal do direito privado. No âmbito do direito privado, as pretensões não representariam mais do que o poder estatal sob a forma de proibição ou de prescrição.

Essa orientação, que muito se assemelha à doutrina americana da *'state action'*, tem algo em comum com a doutrina da aplicação imediata dos direitos fundamentais às relações privadas: ambas admitem uma aplicação direta dos direitos fundamentais no âmbito das relações privadas. A diferença básica entre elas reside no fato de que para Schwabe não há que se cogitar de uma eficácia horizontal (*Drittwirkung*), porquanto os direitos fundamentais devem ser aplicados até mesmo contra uma decisão estatal (decisão legislativa; decisão judicial; execução judicial).



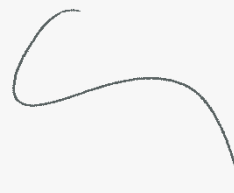
RE 201.819 / RJ

Qualquer que seja a orientação adotada, importa acentuar que a discussão sobre aplicação dos direitos fundamentais às relações privadas está muito longe de assumir contornos dogmáticos claros .

É certo, por outro lado, que, a despeito do esforço desenvolvido pela doutrina, não se logra divisar, com clareza, uma distinção precisa entre a questão material da *Drittwirkung* (eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas) e a questão processual, que alça a Corte Constitucional a um papel de um *Supertribunal de Revisão*." (MENDES, Gilmar Ferreira. Direitos Fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional. 2. ed. rev. e ampliada. Celso Bastos Ed. São Paulo: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1999, p. 218-229.

A propósito da *state action*, o tema tem sido objeto de instigantes estudos e julgamentos nos Estados Unidos, os quais têm reconhecido a aplicação de direitos fundamentais para os casos em que estão envolvidos diretos civis (*The Civil Right Cases*), acordos privados (*Private Agreements*), ou ainda sob a alegação de que a questão decidida demanda um conceito de função pública (*The Public Function Concept*) (NOWAK, John; ROTUNDA, Ronald. *Constitutional Law*. 5th Ed. St. Paul, Minn: West Publishing Co., 1995).

No Brasil, a doutrina recente tem se dedicado com afinco ao desenvolvimento do tema. Mencionam-se a propósito os estudos de Daniel Sarmiento, Ingo Sarlet, Paulo Gustavo Gonet Branco, Rodrigo de Oliveira Kaufmann, André Rufino do Vale e Thiago Sombra, os quais também enfatizam o amadurecimento dessa questão no Tribunal.



RE 201.819 / RJ

Com base nas raras ocasiões em que a Corte se debruçou sobre o tema, é possível delinear os contornos que a aplicação dos direitos fundamentais nas relações privadas pode assumir (cf. SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2004; SOMBRA, Thiago. *A eficácia dos direitos fundamentais nas relações jurídico-privadas: A identificação do contrato como ponto de encontro dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2004; VALE, André Rufino do. *Eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2004; KAUFMANN, Rodrigo. *Dimensões e Perspectivas da Eficácia Horizontal dos Direitos Fundamentais. Possibilidades e limites de aplicação no Direito Constitucional Brasileiro*. Tese para a obtenção do título de Mestre em Direito apresentada em 2004 e orientada pelo Professor José Carlos Moreira Alves; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Associações, Expulsão de Sócios e Direitos Fundamentais*, *Direito Público* v. 1, n° 2 (out. /dez. 2003). Porto Alegre: Síntese; Brasília: Instituto Brasiliense de Direito Público, 2003, pp. 170-174; e SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998).

Muitos desses estudos desenvolveram-se também a partir dos positivos impulsos decorrentes das decisões proferidas por esta Corte.

No RE n° 160.222-RJ (Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ de 01/09/1995), discutiu-se se cometeria o crime de constrangimento ilegal, o gerente que exige das empregadas de certa indústria de *lingeries* o cumprimento de cláusula constante nos contratos individuais de trabalho, segundo a qual, elas deveriam se submeter a revistas íntimas, sob ameaça de dispensa. Elucidou a ementa:

"I. Recurso extraordinário: legitimação da ofendida -

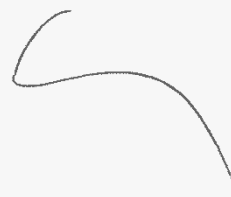


RE 201.819 / RJ

ainda que equivocadamente arrolada como testemunha -, não habilitada anteriormente, o que, porém, não a inibe de interpor o recurso, nos quinze dias seguintes ao término do prazo do Ministério Público, (STF, Súms. 210 e 448). II. Constrangimento ilegal: submissão das operárias de indústria de vestuário a revista íntima, sob ameaça de dispensa; sentença condenatória de primeiro grau fundada na garantia constitucional da intimidade e acórdão absolutório do Tribunal de Justiça, porque o constrangimento questionado a intimidade das trabalhadoras, embora existente, fora admitido por sua adesão ao contrato de trabalho: questão que, malgrado a sua relevância constitucional, já não pode ser solvida neste processo, dada a prescrição superveniente, contada desde a sentença de primeira instância e jamais interrompida, desde então." (RE nº 160.222-RJ, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ de 01/09/1995).

Em outro caso, o RE nº 158.215-RS (Rel. Min. Marco Aurélio, DJ de 07/06/1996), esta Segunda Turma preconizou a incidência direta dos direitos fundamentais sobre relações entre particulares. Tratava-se da hipótese de um membro expulso de cooperativa sem o atendimento da garantia do contraditório e da ampla defesa no âmbito do devido processo legal. A ementa explicita tal raciocínio nos seguintes termos:

"DEFESA - DEVIDO PROCESSO LEGAL - INCISO LV DO ROL DAS GARANTIAS CONSTITUCIONAIS - EXAME - LEGISLAÇÃO COMUM. A intangibilidade do preceito constitucional assegurador do devido processo legal direciona ao



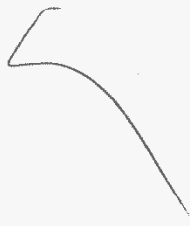
RE 201.819 / RJ

exame da legislação comum. Daí a insubsistência da óptica segundo a qual a violência à Carta Política da República, suficiente a ensejar o conhecimento de extraordinário, há de ser direta e frontal. Caso a caso, compete ao Supremo Tribunal Federal exercer crivo sobre a matéria, distinguindo os recursos protelatórios daqueles em que versada, com procedência, a transgressão a texto constitucional, muito embora torne-se necessário, até mesmo, partir-se do que previsto na legislação comum. Entendimento diverso implica relegar à inocuidade dois princípios básicos em um Estado Democrático de Direito - o da legalidade e do devido processo legal, com a garantia da ampla defesa, sempre a pressuporem a consideração de normas estritamente legais.

COOPERATIVA - EXCLUSÃO DE ASSOCIADO - CARÁTER PUNITIVO - DEVIDO PROCESSO LEGAL. Na hipótese de exclusão de associado decorrente de conduta contrária aos estatutos, impõe-se a observância ao devido processo legal, viabilizado o exercício amplo da defesa. Simples desafio do associado à assembléia geral, no que toca à exclusão, não é de molde a atrair adoção de processo sumário. Observância obrigatória do próprio estatuto da cooperativa." (RE nº 158.215-RS, Rel. Min. Marco Aurélio, DJ de 07/06/1996).

Paulo Gustavo Gonet Branco analisa as tendências jurisprudenciais do Tribunal a partir desse julgamento:

"A segunda turma do Supremo Tribunal enxergou



RE 201.819 / RJ

controvérsia constitucional apta a ensejar o conhecimento e provimento de recurso extraordinário em causa em que se discutia a legitimidade formal da expulsão de sócios de uma cooperativa, sem a observância dos preceitos estatutários relativos à defesa dos excluídos. O relator, Ministro Marco Aurélio, dirigiu toda a apreciação do caso para o ângulo da garantia constitucional da ampla defesa. Argumentou que *'a exaltação de ânimos não é de molde a afastar a incidência do preceito constitucional assegurador da plenitude da defesa nos processos em geral. (...) Incumbia à Cooperativa, uma vez instaurado o processo, dar aos acusados a oportunidade de defenderem-se e não excluí-los sumariamente do quadro de associados(...), sem a abertura de prazo para produção de defesa e feitura de prova'*.

O acórdão não se deteve em considerações acadêmicas sobre a eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, o que o torna ainda mais sugestivo. A decisão tomou como indiscutível que há normas de direitos fundamentais que incidem diretamente sobre relações entre pessoas privadas. Deixou para os comentadores os adornos doutrinários." (BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Associações, Expulsão de Sócios e Direitos Fundamentais*, *Direito Público v. 1*, nº 2 (out. /dez. 2003). Porto Alegre: Síntese; Brasília: Instituto Brasiliense de Direito Público, 2003, p. 170-174).

Por fim, no RE nº 161.243-DF (Rel. Min. Carlos Velloso, DJ de 19/12/1997), o Tribunal não admitiu que a invocação do princípio

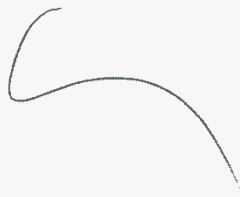


RE 201.819 / RJ

da autonomia fosse argumento legítimo para discriminar, nacionais de estrangeiros, no que concerne à percepção de benefícios constantes no estatuto pessoal de determinada empresa. Consignou-se na ementa:

"CONSTITUCIONAL. TRABALHO. PRINCÍPIO DA IGUALDADE. TRABALHADOR BRASILEIRO EMPREGADO DE EMPRESA ESTRANGEIRA: ESTATUTOS DO PESSOAL DESTA: APLICABILIDADE AO TRABALHADOR ESTRANGEIRO E AO TRABALHADOR BRASILEIRO. CF, 1967, art. 153, § 1º; CF, 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: CF, 1967, art. 153, § 1º; CF, 1988, art. 5º, *caput*). II. - A discriminação que se baseia em atributo, qualidade, nota intrínseca ou extrínseca do indivíduo, como o sexo, a raça, a nacionalidade, o credo religioso, etc., é inconstitucional. Precedente do STF: AI 110.846(AgRg)-PR, Célio Borja, RTJ 119/465. III. - Fatores que autorizariam a desigualização não ocorrentes no caso. IV. - R.E. conhecido e provido." (RE n° 161.243-DF, Rel. Min. Carlos Velloso, DJ de 19/12/1997).

Daniel Sarmiento, após analisar detalhadamente a jurisprudência do STF e dos demais tribunais pátrios sobre o assunto, observa:



RE 201.819 / RJ

"... é possível concluir que, mesmo sem entrar na discussão das teses jurídicas sobre a forma de vinculação dos particulares aos direitos fundamentais, a jurisprudência brasileira vem aplicando diretamente os direitos individuais consagrados na Constituição na resolução de litígios privados." (SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2004, p. 297).

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

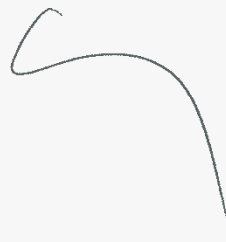
Tenho a preocupação de, tão-somente, ressaltar que o Supremo Tribunal Federal já possui histórico identificável de uma jurisdição constitucional voltada para a aplicação desses direitos às relações privadas.

O caso em exame apresenta singularidades.

Conforme elucida o parecer da Procuradoria-Geral da República, a Recorrente é "repassadora do numerário arrecadado pelo Escritório Central de Arrecadação e Distribuição (ECAD)" (fl. 307).

Destarte, a exclusão de sócio do quadro social da UBC, sem qualquer garantia de ampla defesa, do contraditório, ou do devido processo constitucional, onera consideravelmente o recorrido, o qual fica impossibilitado de perceber os direitos autorais relativos à execução de suas obras.

De outro lado, diante da iminência de expulsão disciplinar, ainda que o recorrido tivesse optado por ingressar em outras entidades congêneres, nacionais ou estrangeiras, o ônus subsistiria em razão da eliminação automática do associado, nos




RE 201.819 / RJ

termos do art. 18 do Estatuto Social da recorrente (fl. 48).

Nesse particular, lembro que no julgamento de tema relativo à constitucionalidade do perfil institucional do ECAD (ADI nº 2.054-DF, Rel. Min. Ilmar Galvão, DJ de 17.10.2003), o voto condutor do Ministro Sepúlveda Pertence abriu a divergência no sentido de que a entidade representa relevante papel no âmbito do sistema brasileiro de proteção aos direitos autorais, podendo atuar até mesmo como "prestador de serviço público por delegação legislativa". E tal como anotara Pertence naquela oportunidade, a associação que se recusasse a se filiar ao ECAD arcaria com a consequência grave de não participar da gestão coletiva de arrecadação e distribuição de direitos autorais e, por conseguinte, não poder fazê-los isoladamente.

Na oportunidade do julgamento da referida ADI, acompanhei a tese vencedora, nos seguintes termos:

"... não é necessário entrar na discussão sobre a contrariedade ao direito de associação também, como já demonstrou o Ministro Sepúlveda Pertence, o fato de a Constituição de 88 explicitar essa liberdade negativa de associação não significa que ela não fosse existente entre nós nas versões anteriores. Na espécie, disse que está em jogo não apenas a aplicação da liberdade de associação, mas também a própria proteção do direito autoral. Por isso afigura-se-me legítima a decisão legislativa que, ao fixar as normas de organização e procedimento, viabiliza a cobrança de direitos autorais por uma entidade central. É evidente que o legislador considerou que esse seria o modelo mais adequado para proteger um valor constitucional que estava previsto."



RE 201.819 / RJ

Destarte, considerando que a União Brasileira de Compositores (UBC) integra a estrutura do ECAD, 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.

Essa realidade deve ser enfatizada principalmente porque, para os casos em que o único meio de subsistência dos associados seja a percepção dos valores pecuniários relativos aos direitos autorais que derivem de suas composições, a vedação das garantias constitucionais de defesa pode acabar por lhes restringir a própria liberdade de exercício profissional.

Logo, as penalidades impostas pela recorrente ao recorrido, extrapolam, em muito, a liberdade do direito de associação e, sobretudo, o de defesa. Conclusivamente, é imperiosa a observância das garantias constitucionais do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa (art. 5º, LIV e LV, da CF).

Tem-se, pois, caso singular, que transcende a simples liberdade de associar ou de permanecer associado. Em certa medida, a integração a essas entidades configura, para um número elevado de pessoas, quase que um imperativo decorrente do exercício de atividade profissional.

Cabe assinalar, ainda, as considerações de Paulo Branco relativamente ao caso específico de aplicação do direito de ampla defesa nas hipóteses de exclusão de sócio ou de membro de associação particular:

"É interessante notar, que também na esfera do direito internacional, vem-se firmando o princípio de



que os direitos humanos não somente vinculam os Estados negativamente, impedindo-os de afetar os bens protegidos, como, por igual, criam para eles obrigações de agir, em defesa desses bens. Serve de exemplo o caso X e Y v. Holanda, de 1985, em que a Corte Européia de Direitos Humanos não hesitou em proclamar que os Estados convenientes estavam obrigados à 'adoção de medidas destinadas a assegurar o respeito à vida privada, mesmo na esfera das relações dos indivíduos entre si'.

Um dos direitos fundamentais que se apontam como de incidência no âmbito dos relacionamentos privados é o direito de ampla defesa. Esse direito é tido como de observância obrigatória, em se tratando de exclusão de sócio ou de membro de associação particular.

É certo que a associação tem autonomia para gerir a sua vida e a sua organização. É certo, ainda, que, no direito de se associar, está incluída a faculdade de escolher com quem se associar, o que implica poder de exclusão. O direito de associação, entretanto, não é absoluto e comporta restrições, orientadas para o prestígio de outros direitos também fundamentais. A legitimidade dessas interferências dependerá da ponderação a ser estabelecida entre os interesses constitucionais confrontantes. A apreciação do fundamento dessas interferências, ainda, não pode prescindir de variantes diversas, como o propósito que anima a existência da sociedade. Na jurisprudência da Suprema Corte americana, há precedente distinguindo as sociedades voltadas para



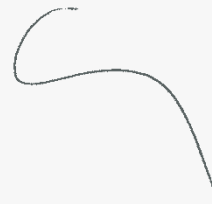
611

RE 201.819 / RJ

expressar um ponto de vista — religioso ou ideológico — e outras, de cunho comercial, *nonexpressive*. Naquelas, a interferência de outros interesses sobre a sua estrutura e gestão teria admissibilidade consideravelmente mais restrita.

Não somente nos Estados Unidos, mas também em outras latitudes é conferida importância ao tipo de sociedade, com vistas a aferir o grau de controle do Estado sobre as decisões da entidade, como a de expulsão de membro. Ferrer i Riba e Salvador Coderch, com suporte na jurisprudência espanhola e na doutrina, produzem uma taxonomia de associações, conforme o grau de controle possível das causas e procedimentos de exclusão de sócios. Assim, as associações que detêm posição dominante na vida social ou econômica ou que exercem funções de representação de interesses gozam de uma liberdade mais restrita na fixação das causas de sanção e na imposição das mesmas. Para os autores, as entidades 'que promovem fins ideológicos integram o núcleo essencial da autonomia privada coletiva: as resoluções das associações religiosas ou de pessoas que compartilham um certo ideário ou uma ou outra concepção do mundo não estão, no fundamental, sujeitas a controle judicial'. Nas entidades de fins associativos predominantemente econômicos, a expulsão seria revisável em consideração ao dano patrimonial que pode causar ao excluído.

É importante notar — assim o advertem a doutrina e a jurisprudência espanholas — que nem toda pretensão decorrente de relação estatutária,



RE 201.819 / RJ

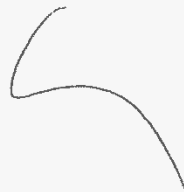
surgida no interior de uma entidade privada, pode ser alçada à hierarquia de questão constitucional. Nem toda disputa em torno do estatuto associativo pode ser vista, primariamente, como controvérsia própria do direito fundamental de associação, o que produz óbvia repercussão sobre a competência da justiça constitucional. Casos, no entanto, de desprezo à garantia de defesa do expulso — defesa que há de abranger a notificação das imputações feitas e o direito a ser ouvido — tendem a ser inseridos na lista dos temas de índole constitucional, em que se admite, ademais, a eficácia dos direitos fundamentais no âmbito das associações particulares.

O direito de defesa ampla assoma-se como meio indispensável para se prevenir situações de arbítrio, que subverteriam a própria liberdade de se associar." (BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Associações, Expulsão de Sócios e Direitos Fundamentais. Direito Público v. 1, n° 2 (out. /dez. 2003)*. Porto Alegre: Síntese; Brasília: Instituto Brasiliense de Direito Público, 2003, p. 172-173)

Essas considerações parecem fornecer diretrizes mais ou menos seguras e, até certa parte, amplas, para a aplicação do direito de defesa no caso de exclusão de associados.

Todavia, 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 n° 2.054-DF, exerce uma atividade essencial na cobrança de direitos autorais, que poderia até 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

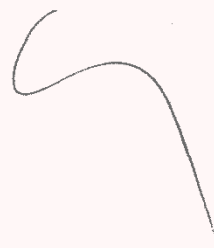


613

RE 201.819 / RJ

concernentes ao devido processo legal, ao contraditório e à ampla defesa (art. 5º, LIV e LV, da CF) ao processo de exclusão de sócio de entidade.

Estando convencido, portanto, de que as particularidades do caso concreto legitimam a aplicabilidade dos direitos fundamentais referidos já pelo caráter público - ainda que não estatal - desempenhado pela entidade, peço vênias para divergir, parcialmente, da tese apresentada pela eminente Relatora. Voto, portanto, pelo conhecimento do recurso e, no mérito, pelo seu desprovimento.



16/11/2004

SEGUNDA TURMA

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 201.819-8 RIO DE JANEIRO**CONFIRMAÇÃO DE VOTO**

A Senhora Ministra Ellen Gracie (Relatora): Senhor Presidente, diariamente me parabenizo por pertencer a esta Corte. Mais ainda, depois de ouvir um voto, como o agora proferido pelo eminente Ministro Gilmar Mendes. Realmente, Sua Excelência aprofundou o estudo da questão e nos trouxe todos os esclarecimentos e acréscimos que nos vêm do Direito Comparado.

Já faz algum tempo que este processo veio à mesa, e não me recordo de alguns detalhes. Apenas devo manifestar que mantenho o voto inicialmente proferido, porque me sensibilizei, no momento, pelo fato de tratar-se de uma associação de compositores, entidade de filiação facultativa e voluntária.

Não me apercebi, Ministro Gilmar Mendes, de que houvesse um prejuízo econômico ou impedimento de recebimento de direitos autorais, que poderiam, sim, continuar sendo recebidos por meio do Ecad, entidade esta que o Plenário reconheceu como de natureza quase pública, digamos assim, mas não esta Associação de Compositores, que é apenas uma repassadora dos recursos recolhidos – estes, sim – pelo Ecad.

Por isso, considerei-a entidade de caráter eminentemente privado, que deve ser regida – e os seus sócios – pela norma estatutária, a qual foi respeitada no caso. Além disso, ela, de fato, prevê normas bastante singelas para exclusão dos sócios.

Pelo que me recordo, na distância do estudo dos autos, os fatos seriam algo parecidos com aquele caso que vimos, anteriormente, relativo a uma Câmara de Vereadores, um tipo de manifestação desse sócio que viria em desabono da própria entidade.

Considerando esses fatos e, também, o que mantém essas entidades, na realidade, é o *animus societatis*, a vontade de se congregarem determinadas pessoas

na defesa de certos interesses, eu manifestei meu voto na forma como o fiz. Até porque – e, aqui, a questão central é o devido processo –, se precisamos levar o devido processo até as últimas consequências também no âmbito dessas entidades privadas - recordo aquela controvérsia que existe ainda hoje no Direito americano *due process*, sim, mas *how much process is due?* em cada caso –, então, seria de verificar se as normas estatutárias e o seu *due process* que ali está fixado foram respeitados. Isso me pareceu no momento que sim, resultando na exclusão do sócio. Ou se seria indispensável que esse devido processo fosse mais amplo, assegurando notificação prévia, direito de apresentação de razões com advogados etc., enfim, todo o devido processo, como o conhecemos, na fase judicial e na fase administrativa dos procedimentos.

Por isso, pedindo vênias e, mais uma vez, elogiando o brilhante voto do eminente Ministro Gilmar Mendes, mantenho a posição inicial.



SEGUNDA TURMA

EXTRATO DE ATA

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 201.819-8

PROCED.: RIO DE JANEIRO

RELATORA : MIN. ELLEN GRACIE

RECTE.: UNIÃO BRASILEIRA DE COMPOSITORES - UBC

ADV.: VERA LUCIA RODRIGUES GATTI E OUTROS

RECDO.: ARTHUR RODRIGUES VILLARINHO

ADV.: ROBERTA BAPTISTELLI E OUTRO

Decisão: Após o voto da Ministra-Relatora, conhecendo e dando provimento ao recurso extraordinário, o julgamento foi **suspense**, em virtude do pedido de vista formulado pelo Senhor Ministro Gilmar Mendes. 2ª Turma, 08.06.2004.

Decisão: Depois do voto da Ministra-Relatora, conhecendo e dando provimento ao recurso extraordinário, e do voto do Ministro Gilmar Mendes, negando-lhe provimento, o julgamento foi **suspense**, em virtude do pedido de vista formulado pelo Senhor Ministro Joaquim Barbosa. 2ª Turma, 16.11.2004.

Presidência do Senhor Ministro Celso de Mello. Presentes à sessão os Senhores Ministros Carlos Velloso, Ellen Gracie, Gilmar Mendes e Joaquim Barbosa.

Subprocuradora-Geral da República, Dra. Sandra Verônica Cureau.

Carlos Alberto Cantanhede
Coordenador

26/04/2005

SEGUNDA TURMA

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 201.819-8 RIO DE JANEIROV O T O - V I S T A

O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA: Trata-se de recurso extraordinário interposto pela União Brasileira de Compositores-UBC de acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro que entendeu aplicável o princípio da ampla defesa, previsto no art. 5º, LV, da Constituição Federal, aos processos interna corporis das associações privadas, tais como a recorrente, que é sociedade civil sem fins lucrativos.

Concluiu, portanto, o acórdão, que tal princípio deveria ter sido observado no processo de exclusão do sócio, ora recorrido, decidindo, por fim, pela anulação da punição estabelecida pela sociedade ao associado.

O acórdão recorrido tem a seguinte ementa:

"Sociedade civil. União Brasileira de Compositores. Exclusão de sócio. Alegado descumprimento de resoluções da sociedade e propositura de ações que acarretaram prejuízos morais e financeiros à entidade. Direito constitucional de ampla defesa desrespeito. Antes de concluir pela punição, a comissão especial tinha de dar oportunidade ao sócio de se defender e realizar possíveis provas em seu favor. Infringência ao art. 5º, inc. LV da Constituição Federal. Punição anulada. Pedido de reintegração procedente. Recurso desprovido."

Sustenta a recorrente que o princípio da ampla defesa é de observância obrigatória tão-somente em processos administrativos e judiciais, não se aplicando, portanto, aos processos internos das instituições privadas, que devem ser regidos pelas disposições de seus estatutos e atos regimentais.

Afirma ainda que o recorrido tinha conhecimento do processo interna *corporis*, tendo inclusive apresentado recurso da decisão de sua exclusão do quadro social.

O parecer ministerial opinou pelo não-conhecimento do presente recurso.

Na sessão da Segunda Turma de 08.06.2004, a ministra relatora, Ellen Gracie, afirmou que as associações privadas - como a sociedade civil União Brasileira de Compositores - têm liberdade para se organizar e estabelecer normas de funcionamento e de relacionamento. Entendeu S. Exa. que, no caso presente, a exclusão do sócio foi decidida a partir das regras do estatuto social e da legislação civil em vigor, não vislumbrando o aporte constitucional no caso e afastando a invocação do art. 5º, LV, da Constituição para efeitos de reintegração do recorrido nos quadros da UBC.

Assim, a ministra votou pelo conhecimento do recurso e, no mérito, deu-lhe provimento.

Pediu vistas dos autos o ministro Gilmar Mendes.



Na sessão da Segunda Turma de 16.11.2004, o ministro Gilmar Mendes proferiu voto no sentido de que o presente caso retrata um típico exemplo de aplicação de direitos fundamentais nas relações privadas. Confira-se:

"É interessante notar, que também na esfera do direito internacional, vem-se firmando o princípio de que os direitos humanos não somente vinculam os Estados negativamente, impedindo-os de afetar os bens protegidos, como, por igual, criam para eles obrigações de agir, em defesa desses bens. Serve de exemplo o caso X e Y v. Holanda, de 1985, em que a Corte Européia de Direitos Humanos não hesitou em proclamar que os Estados convenientes estavam obrigados à 'adoção de medidas destinadas a assegurar o respeito à vida privada, mesmo na esfera das relações dos indivíduos entre si'.

Um dos direitos fundamentais que se apontam como de incidência no âmbito dos relacionamentos privados é o direito de ampla defesa. Esse direito é tido como de observância obrigatória, em se tratando de exclusão de sócio ou de membro de associação particular.

É certo que a associação tem autonomia para gerir a sua vida e a sua organização. É certo, ainda, que, no direito de se associar, está incluída a faculdade de escolher com quem se associar, o que implica poder de exclusão. O direito de associação, entretanto, não é absoluto e comporta restrições, orientadas para o prestígio de outros direitos também fundamentais. A legitimidade dessas interferências dependerá da ponderação a ser estabelecida entre os interesses constitucionais confrontantes. A apreciação do fundamento dessas interferências, ainda, não pode prescindir de variantes diversas, como o propósito que anima a existência da sociedade. Na jurisprudência da Suprema Corte americana, há precedente distinguindo as sociedades voltadas para expressar um ponto de vista - religioso ou ideológico - e outras, de cunho comercial, nonexpressive. Naquelas, a interferência de outros interesses sobre a estrutura e gestão teria a admissibilidade consideravelmente mais restrita.

Não somente nos Estados Unidos, mas também em outras latitudes é conferida importância ao tipo de sociedade, com vistas a aferir o grau de controle do Estado sobre as decisões da entidade, como a de expulsão de membro. Ferrer i Riba e Salvador Coderch, com suporte na jurisprudência espanhola e na doutrina, produzem uma taxonomia de associações, conforme o grau de controle possível das causas e procedimentos de exclusão de sócios. Assim, as associações que detêm posição dominante na vida social ou econômica ou que exercem funções de representação de interesses gozam de uma liberdade mais restrita na fixação das causas de sanção e na imposição das mesmas. Para os autores, as entidades 'que promovem fins ideológicos integram o núcleo essencial da autonomia privada coletiva: As resoluções das associações religiosas ou de pessoas que compartilham um certo ideário ou uma ou outra concepção do mundo não estão, no fundamental, sujeitas a controle judicial'. Nas entidades de fins associativos predominantemente econômicos, a expulsão seria revisável em consideração ao dano patrimonial que pode causar ao excluído.

É importante notar - assim o advertem a doutrina e a jurisprudência espanholas - que nem toda pretensão decorrente de relação estatutária, surgida no interior de uma entidade privada, pode ser alçada à hierarquia de questão constitucional. Nem toda disputa em torno do estatuto associativo pode ser vista, primariamente, como controvérsia própria do direito fundamental de associação, o que produz óbvia repercussão sobre a competência da justiça constitucional. Casos, no entanto, de desprezo à garantia de defesa do expulso - defesa que há de abranger a notificação das imputações feitas e o direito de ser ouvido - tendem a ser inseridos na lista dos temas de índole constitucional, em que se admite, ademais, a eficácia dos direitos fundamentais no âmbito das associações particulares.

O direito de defesa ampla assoma-se como meio indispensável para se prevenir situações de arbítrio, que subverteriam a própria liberdade de se associar. (BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Associações, Expulsão de Sócios e Direitos Fundamentais, Direito Público v. 1, n° 2 (out./dez. 2003) Porto Alegre: Síntese; Brasília: Instituto Brasiliense de Direito Público, 2003, pp. 172-173)

Essas considerações parecem fornecer diretrizes mais ou menos seguras e, até certa parte, amplas, para a aplicação do direito de defesa no caso de exclusão de associados.

Todavia, 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 n° 2.504-DF, exerce uma atividade essencial na cobrança de direitos autorais, que poderia até 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 concernentes ao devido processo legal, ao contraditório e à ampla defesa (art. 5°, LIV e LV, da CF) ao processo de exclusão de sócio de entidade.

Estando convencido, portanto, de que as particularidades do caso concreto legitimam a aplicabilidade dos direitos fundamentais referidos já pelo caráter público - ainda que não estatal - desempenhado pela entidade, peço vênia para divergir, parcialmente, da tese apresentada pela Eminente Relatora. Voto, portanto, pelo conhecimento do recurso e, no mérito, pelo seu desprovimento."

Diante do voto do ministro Gilmar Mendes, manteve a ministra relatora seu voto, apenas ressaltando o fato de que a exclusão do recorrido da UBC não lhe gera nenhum prejuízo econômico, pois nada impede que continue a receber seus direitos autorais diretamente pelo ECAD.

No intuito de proceder a análise mais detida do caso, pedi vista dos autos.

Senhor Presidente, noto que a eminente relatora, em seu voto, adotou sem nuances a doutrina da state action do direito norte-americano, segundo a qual as limitações impostas

pelo *bill of rights* se aplicam prioritariamente ao Estado e a quem lhe faz as vezes, jamais aos particulares.

De minha parte, a exemplo do ministro Gilmar Mendes, penso, ao contrário, que os direitos fundamentais têm, sim, aplicabilidade no âmbito das relações privadas. Tomo a cautela de dizer que não estou aqui a esposar o entendimento de que essa aplicabilidade deva verificar-se em todas as situações. No campo das relações privadas, a incidência das normas de direitos fundamentais há de ser aferida caso a caso, com parcimônia, a fim de que não se comprima em demasia a esfera de autonomia privada do indivíduo.

O fato é que, entre nós, a aplicabilidade dos direitos fundamentais na esfera privada é consequência de diversos fatores, muitos deles observáveis na prática jurídica contemporânea, inclusive entre nós. O primeiro deles, o paulatino rompimento das barreiras que separavam até final do século XIX o direito público e o direito privado. Por outro lado, um fenômeno facilmente observável em sistemas jurídicos dotados de jurisdição constitucional - a chamada "constitucionalização do direito privado", mais especificamente do direito civil. Noutras palavras, as relações privadas, aquelas que há até bem pouco tempo se regiam exclusivamente pelo direito civil, hoje sofrem o influxo dos princípios de direito

público, emanados predominantemente das decisões proferidas pelos órgãos de jurisdição constitucional.

De fato, uma das conseqüências inelutáveis da aceitação quase universal da supremacia da Constituição e da jurisdição constitucional como instrumento destinado a assegurá-la reside no fato de que os direitos fundamentais, imperativo indeclinável de todas as democracias, não mais se concebem como limitações impostas única e exclusivamente ao Estado. Na Europa e até mesmo nos Estados Unidos, onde são feitos grandes esforços hermenêuticos visando à superação da doutrina da *state action*, as relações privadas não mais se acham inteiramente fora do alcance das limitações impostas pelos direitos fundamentais.

Daniel Sarmento, em primorosa obra publicada em 2003 pela editora Lúmen Júris, assim sintetiza o tema:

*"No paradigma do Estado Liberal, a Constituição não se imiscuia no campo das relações privadas. Estas eram disciplinadas pela legislação ordinária, que gravitava em torno do Código Civil, centrado na proteção da segurança jurídica, tão vital aos interesses da burguesia. Com o surgimento do Estado Social, multiplicou-se a intervenção do legislador no campo privado, assim como a edição de normas de ordem pública limitavam a autonomia da vontade dos sujeitos de direito em prol de interesses coletivos. A Constituição se projetou na ordem civil, disciplinando, a traços largos, a economia e o mercado e consagrando valores solidarísticos, além de direitos diretamente oponíveis aos atores privados, como os trabalhistas."*¹

¹ SARMENTO, Daniel. *Direito Constitucional e Relações Privadas*. Lúmen Júris, 2003. P. 69-72.

Reflexões importantes do mesmo teor, sobre o tema, são encontradas na excelente tese de doutorado de Jane Reis Gonçalves Pereira (**Direitos Fundamentais e Interpretação Constitucional: Uma Contribuição ao Estudo das Restrições aos Direitos Fundamentais na Perspectiva da Teoria dos Princípios**), defendida em 2004 na Universidade do Estado do Rio de Janeiro:

"Não é por acaso que a visão do Estado como destinatário único dos direitos fundamentais foi abalada precisamente quando se consolidou a idéia de Constituição como norma suprema e fundamental. A fórmula rigidez - controle de constitucionalidade - direitos fundamentais, adotada por diversos países europeus egressos de regimes autoritários - aliada à emergência do Estado Social de Direito -, pôs em xeque diversas premissas do 'arquétipo da teoria jurídica liberal', dentre as quais a noção que resumia os direitos fundamentais a direitos subjetivos públicos postos na lei.

Por outro lado, a retomada da cultura dos direitos humanos ocorrida no pós-guerra - como reação aos traumas do holocausto - representava um contexto favorável ao estabelecimento da discussão sobre os destinatários daqueles direitos. Em meados do século XX, os direitos do homem voltavam a ostentar o prestígio que desde as revoluções liberais não lhes era conferido. No plano nacional, isso se revelava pelos amplos catálogos de direitos fundamentais contidos nas cartas políticas editadas a partir do pós-guerra. No plano internacional, a Declaração Universal de 1948 dava início ao processo de generalização da tutela internacional dos direitos humanos.

(...)

A tese de que os direitos fundamentais são aplicáveis em relações jurídicas dessa natureza [relações entre particulares] tem em conta, principalmente, a dimensão funcional dos direitos fundamentais. É intuitivo que, quando se vislumbra os

direitos fundamentais a partir de sua finalidade - a qual é, em suma, assegurar níveis máximos de autonomia e dignidade dos indivíduos - torna-se pertinente sua aplicação em todas as situações nas quais possa ser comprometida essa esfera de autonomia, sendo irrelevante se isso ocorre em decorrência da atuação de um poder privado ou público."

Nessa mesma linha é o raciocínio de André Rufino do Vale, que tratou do tema em trabalho monográfico publicado pela editora Sérgio Antônio Fabris:

"Concebidos inicialmente como instrumentos de defesa dos cidadãos frente à onipotência do Estado, considerou-se que os direitos fundamentais não tinham razão de ser onde se desenvolvem as relações entre particulares. Esse enfoque obedecia a uma concepção puramente formal da igualdade entre os diversos membros da sociedade.

Porém, é fato notório que, na sociedade neocapitalista, essa igualdade formal não supõe uma igualdade material, e que nela o pleno desfrute dos direitos fundamentais se encontra, em muitas ocasiões, ameaçado pela existência, na esfera privada, de centros de poder não menos importantes que os que correspondem aos órgãos públicos.

Assim é que a passagem do Estado Liberal para o Estado Social de Direitos haja suposto, neste plano, a extensão da incidência dos direitos fundamentais a todos os setores do ordenamento jurídico e, portanto, também ao âmbito das relações entre particulares. As transformações sofridas pelo estado de Direito alargaram o campo de irradiação dos efeitos produzidos pelos direitos fundamentais, fazendo-os eficazes nas relações entre particulares".²

² VALE, André Rufino do. *Eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas*. Sérgio Antônio Fabris Editor, 2004. P. 100.

É certo que a força irradiadora e vinculante da Constituição demorou a se fazer sentir, sobretudo na Europa, onde por longo tempo prevaleceu a idéia da Constituição como mero documento político, sem força jurídica imediata. Mas isso mudou. Como diz Sarmiento (op. cit., p. 71):

"Todavia, a adoção generalizada de instrumentos de controle de constitucionalidade em todo o mundo, ao longo do século XX, foi modificando esta concepção, tendo importado na afirmação prática do valor jurídico e da superioridade normativa da Constituição. Passa-se, desta forma, do Estado de Direito para o Estado Constitucional, que é aquele no qual, consoante o magistério de Gustavo Zagrebelsky, 'a lei [...] pela primeira vez na época moderna, é posta numa relação de conformidade e por isto subordinada a um estrato mais elevado do direito, estabelecido pela Constituição'.

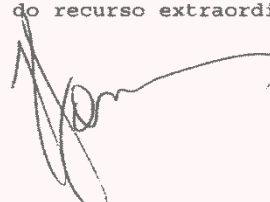
Deveras, a posição hierárquica superior da Constituição, a abertura de suas normas, e o fato de que estas, por uma deliberada escolha do constituinte, versam também sobre relações privadas, possibilitam que se conceba a Lei Maior como novo centro do Direito Privado, apto a cimentar as suas partes e a informar seu conteúdo."

No Brasil, não podemos esquecer que o ordenamento jurídico é encabeçado por uma "uma Constituição rígida e dirigente, pródiga em normas incidentes sobre as relações privadas" (Sarmiento, op. cit.). Em algumas áreas, a incidência dos direitos fundamentais nas relações entre particulares decorre de imposição explícita da própria Constituição federal. É o que ocorre, por exemplo, no campo dos direitos sociais, em que a Constituição impõe às pessoas que travam relações de

natureza privada, como a trabalhista, a observância de um catálogo de direitos concebidos com vistas à proteção do trabalhador.

Assim, na linha do que foi sustentado no voto divergente, e em virtude da natureza peculiar da associação em causa (que tem natureza "quase pública"), peço vênias à ministra Ellen Gracie para dela divergir, concordando com o entendimento de que os princípios constitucionais da ampla defesa e do devido processo legal no caso têm plena aplicabilidade para fins de exclusão do sócio da sociedade.

Conheço, pois, do recurso extraordinário e a ele nego provimento.



26/04/2005

SEGUNDA TURMA

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 201.819-8 RIO DE JANEIRO**CONFIRMAÇÃO DE VOTO**

A Senhora Ministra Ellen Gracie - (Relatora): Senhor Presidente, ainda assim, não obstante as brilhantes razões trazidas pelo Ministro Joaquim Barbosa, mantenho o posicionamento anterior, até porque esta sociedade, União Brasileira de Compositores, não é organismo de filiação obrigatória. No caso, o membro excluído não sofre qualquer consequência econômica por não participar da entidade. Isso eu disse, anteriormente, em meu voto. Ele pode receber seus direitos autorais diretamente do Ecade.

Quanto à aplicação ao indivíduo, e, no caso, às associações de direito privado, das mesmas restrições que se colocam ao Estado e aos entes públicos, guardo bastante reserva. Creio que, toda vez que se verificar um efetivo prejuízo à ordem de interesses do indivíduo, sim, poder-se-ia fazer inserir as garantias constitucionais. Mas, no caso, pelo que recorro, houve a exclusão de um determinado sócio por não-cumprimento de obrigações previstas no estatuto ao qual ele aderiu quando se associou. Respeitadas todas as formalidades postas no estatuto, foi ele, então, excluído. Agora pretende fazer valer sua garantia de plena defesa, contraditório, etc, em um procedimento que é interno à associação, o qual me parece estar, aí sim, dentro dessa esfera de disponibilidade que o Estado ainda reserva ao indivíduo e àqueles que se associam livremente numa entidade particular.

Mantenho meu voto.



26/04/2005

SEGUNDA TURMA

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 201.819-8 RIO DE JANEIROV O T O

O SENHOR MINISTRO CARLOS VELLOSO - A exclusão se deu na forma do Estatuto?

A SENHORA MINISTRA ELLEN GRACIE (RELATORA) - Na forma do Estatuto. Nem há controvérsia quanto a isso. Ele não reclama contra isso.

O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA - Mas ele alega que não teve a ampla defesa e o devido processo legal. Ele invoca os dispositivos constitucionais pertinentes.

O SENHOR MINISTRO CARLOS VELLOSO - Ele fundamenta o recurso extraordinário no devido processo legal? Temos, no caso, a mesma doutrina que aplicamos quando se alega o descumprimento do devido processo legal. É que devido processo legal se exerce de conformidade com a lei. Ora, neste caso, exerce-se de conformidade com o Estatuto do clube a que ele aderiu. O novo Código Civil manda observar essas prescrições de defesa e a questão continua, entretanto, no âmbito infraconstitucional; ter-se-á, então,



questão de ilegalidade se entender necessária esta interferência, esta defesa, nos termos do novo Código Civil. Questão infraconstitucional, portanto.

Esclarecido que a exclusão se deu com base no Estatuto, o meu voto, com a vênua do Sr. Ministro Joaquim Barbosa, acompanha o voto da Sra. Ministra-Relatora.

A SENHORA. MINISTRA ELLEN GRACIE (RELATORA) - Eu não me lembro de como era o processo de exclusão pelo Estatuto.

O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA - Vou ler o trecho do acórdão recorrido, às fls. 264, talvez traga alguma luz.

"EMENTA: Sociedade civil. União Brasileira de Compositores. Exclusão de sócio. Alegado descumprimento de resoluções da sociedade e propositura de ações que acarretaram prejuízos morais e financeiros à entidade. Direito constitucional de ampla defesa desrespeitado. Antes de concluir pela punição, a comissão especial tinha de dar oportunidade ao sócio de se defender e realizar possíveis provas em seu favor. Infringência ao art 5º, inc. LV da Constituição Federal. Punição anulada. Pedido de reintegração procedente. Recurso desprovido."


O SENHOR MINISTRO CARLOS VELLOSO - Está-se aplicando o devido processo legal e nós sempre afastamos essa alegação ao

Lu

argumento de que o devido processo legal se exerce em conformidade com a lei. Quer dizer, a ofensa direta, se ocorrente, seria à lei. No caso, a ofensa direta seria ao Estatuto, o que não deixaria de ensejar a ação própria, mas sob o ponto de vista da legalidade. Se formos aplicar o Código Civil, ainda assim continua no campo da legalidade ou do contencioso infraconstitucional.

O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA - O tema, aqui, é o da eficácia horizontal. É a tese que parte da premissa de que em determinadas situações as normas, especialmente as constitucionais relativas ao devido processo legal, ao contraditório, também podem ser invocadas nessas relações ditas horizontais.

O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA - Parece-me bastante forte o argumento de que, na nossa Constituição, temos exemplos de aplicação dessa teoria da incidência horizontal, por exemplo, nas relações trabalhistas.

A SENHORA MINISTRA ELLEN GRACIE (RELATORA) - Mas aí é completamente diferente. Em relações trabalhistas, há uma subordinação. Aqui, a pessoa se associa porque quer; é uma entidade que tem normas próprias, inclusive de exclusão de sócios. Foi o que aconteceu. Houve uma comissão de inquérito. 

O SENHOR MINISTRO CARLOS VELLOSO - Esta Turma já afirmou a aplicabilidade de direitos públicos fundamentais nas relações trabalhistas, quando julgamos, por exemplo, o caso da Air France. O estatuto desta contemplava vantagens para o empregado francês, vantagens que não se estendiam ao empregado brasileiro.

Como V. Exa. exemplificaria, no campo das relações trabalhistas, esta horizontalidade?

O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA - O fato de que a Constituição é impositiva; ela estabelece um catálogo de direitos impositivos em relação ao empregador privado, que a rigor está no mesmo plano daquele de quem contrata os serviços laborais.

O SENHOR MINISTRO CARLOS VELLOSO - O mais importante é que a jurisprudência do Supremo, quanto ao devido processo legal, é que este é exercido de conformidade com a lei.

O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA - Fiz o exame e ative-me ao caso específico.



Supremo Tribunal Federal

RE 201.819 / RJ

633

O SENHOR MINISTRO CARLOS VELLOSO - Essa questão me parece fundamental. Penso que a Ministra Ellen Gracie e eu estamos seguindo, com rigor, o que tem decidido o Supremo Tribunal quanto ao devido processo legal.

Acompanho a Sra. Ministra-Relatora, **data venia** do Sr. Ministro Joaquim Barbosa.



* * * * *

26/04/2005

SEGUNDA TURMA

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 201.819-8 RIO DE JANEIRO**VOTO**
(apartes)

A Sra. Ministra Ellen Gracie (Relatora) – Temos aí um contraponto entre estas duas posições: de um lado, a necessidade que há – e este Tribunal sempre o fez – de garantir a aplicação dos direitos básicos a todos os cidadãos, em quaisquer circunstâncias, e, de outro lado, o direito de associação, propriamente. Porque o direito de associar-se, e permanecer associado, vem em conjunto com o direito de autodefesa também das associações. Mediante regramento próprio que prevê, inclusive, a exclusão que é a mais grave das conseqüências de inadaptação de alguém àquele círculo estreito formado pela associação. O Brasil já é caracterizado, ao contrário de outros países, por uma dificuldade associativa. Nós não temos associações muito fortes, e a tendência da nossa população é para o individualismo. Vejo, com certo temor, que nossa decisão cerceie de tal forma as entidades associativas, fazendo com que elas venham a apresentar ainda menores atrativos.



O Sr. Ministro Carlos Velloso – Perfeito, Sra. Ministra, mas a questão fica no campo da legalidade, mais propriamente, do Código Civil.

SEGUNDA TURMA

EXTRATO DE ATA

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 201.819-8

PROCED.: RIO DE JANEIRO

RELATORA : MIN. ELLEN GRACIE

RECTE.: UNIÃO BRASILEIRA DE COMPOSITORES - UBC

ADV.: VERA LUCIA RODRIGUES GATTI E OUTROS

RECDO.: ARTHUR RODRIGUES VILLARINHO

ADV.: ROBERTA BAPTISTELLI E OUTRO

Decisão: Após o voto da Ministra-Relatora, conhecendo e dando provimento ao recurso extraordinário, o julgamento foi **suspense**, em virtude do pedido de vista formulado pelo Senhor Ministro Gilmar Mendes. 2ª Turma, 08.06.2004.

Decisão: Depois do voto da Ministra-Relatora, conhecendo e dando provimento ao recurso extraordinário, e do voto do Ministro Gilmar Mendes, negando-lhe provimento, o julgamento foi **suspense**, em virtude do pedido de vista formulado pelo Senhor Ministro Joaquim Barbosa. 2ª Turma, 16.11.2004.

Decisão: Depois dos votos da Ministra-Relatora e do Ministro Carlos Velloso, conhecendo e dando provimento ao recurso extraordinário, e dos votos dos Ministros Gilmar Mendes e Joaquim Barbosa negando-lhe provimento, o julgamento foi **suspense**, em virtude do pedido de vista formulado pelo Ministro-Presidente. Ausente, justificadamente, neste julgamento, o Senhor Ministro Gilmar Mendes. 2ª Turma, 26.04.2005.

Decisão: Apresentado o feito em mesa pelo Presidente da Turma, o julgamento foi **adiado** em virtude da ausência, justificada, da Senhora Ministra-Relatora. Ausentes, justificadamente, neste julgamento, os Senhores Ministros Carlos Velloso e Ellen Gracie. 2ª Turma, 27.09.2005.

Presidência do Senhor Ministro Celso de Mello. Presentes à sessão os Senhores Ministros Gilmar Mendes e Joaquim Barbosa. Ausentes, justificadamente, os Senhores Ministros Carlos Velloso e Ellen Gracie.

Supremo Tribunal Federal

636

Subprocuradora-Geral da República, Dra. Maria Caetana
Cintra Santos.

Carlos Alberto Cantanhede
Coordenador

;

11/10/2005

SEGUNDA TURMA

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 201.819-8 RIO DE JANEIRO

V O T O
(vista)

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: O E. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, ao julgar a presente causa, proferiu decisão consubstanciada em acórdão assim ementado (fls. 264):

"Sociedade Civil. União Brasileira de Compositores. Exclusão de sócio. Alegado descumprimento de resoluções da sociedade e propositura de ações que acarretaram prejuízos morais e financeiros à entidade. Direito constitucional de ampla defesa desrespeitado. Antes de concluir pela punição, a comissão especial tinha de dar oportunidade ao sócio de se defender e realizar possíveis provas em seu favor. Infringência ao art. 5º, inc. LV da Constituição Federal. Punição anulada. Pedido de reintegração procedente. Recurso desprovido." (grifei)

O exame da controvérsia jurídica suscitada nesta sede recursal extraordinária faz instaurar instigante discussão em torno de tema impregnado do mais alto relevo constitucional, consistente na análise da eficácia horizontal dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, valendo referir, a esse respeito, valiosas opiniões doutrinárias (WILSON STEINMETZ, "A Vinculação dos Particulares a Direitos Fundamentais", 2004, Malheiros; THIAGO LUÍS



SANTOS SOMBRA, "A Eficácia dos Direitos Fundamentais nas Relações Jurídico-Privadas", 2004, Fabris Editor; ANDRÉ RUFINO DO VALE, "Eficácia dos Direitos Fundamentais nas Relações Privadas", 2004, Fabris Editor, v.g.).

A questão constitucional em debate no processo ora em julgamento - **que estimula reflexões** em torno do tema pertinente à **eficácia externa** (ou eficácia em relação a terceiros) dos direitos, liberdades e garantias, **também** denominada eficácia horizontal dos direitos fundamentais na ordem jurídico-privada - **resume-se**, em seus elementos essenciais, à **seguinte indagação**, que, **formulada** por J. J. GOMES CANOTILHO ("Direito Constitucional e Teoria da Constituição", p. 1.151, Almedina), **bem delinea o aspecto central** da matéria em análise:

"Em termos tendenciais, o problema pode enunciar-se da seguinte forma: as normas constitucionais consagradoras de direitos, liberdades e garantias (e direitos análogos) devem ou não ser obrigatoriamente observadas e cumpridas pelas pessoas privadas (individuais ou colectivas) quando estabelecem relações jurídicas com outros sujeitos jurídicos privados?"
(grifei)

O **acórdão** objeto do presente recurso extraordinário, **ao assinalar** que o estatuto das liberdades públicas (**enquanto** complexo de poderes, de direitos e de garantias) **não se restringe** à esfera das relações **verticais** entre o Estado e o indivíduo, **mas também**



notadamente no ponto em que essa colenda Corte judiciária reconheceu a impossibilidade de determinada associação civil (como a parte ora recorrente) **excluir**, de seus quadros, **compulsoriamente**, em caráter punitivo, **qualquer** associado, **como** o ora recorrido, **que ostentava**, de modo regular, **a legítima condição** de membro integrante dessa entidade de direito privado (fls. 266):

"Não se pode, na verdade, pretender que uma entidade de compositores, em sua vida associativa, adote regras ou formas processuais rigorosas, mas também não se pode admitir que princípios constitucionais básicos sejam descumpridos flagrantemente.

Caracterizadas as infrações, ao ver da comissão, o autor tinha de ser, expressa e formalmente, cientificado das mesmas e convocado a apresentar, querendo, em prazo razoável, a sua defesa, facultando-lhe a produção das provas que entendesse cabíveis."
(grifei)

Essa mesma percepção do tema foi igualmente revelada pela r. sentença proferida em primeira instância (fls. 229/232):

"O problema ocorrente encontra enquadramento em norma constitucional que foi descumprida pela ré. Dispõe a nova Carta Magna da República, no artigo 5º, inciso LV, que, aos litigantes, em processo judicial ou administrativo (...), são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes. Ou seja, ninguém pode ser punido, mesmo em associação de caráter privado, sem que tenha tido a oportunidade de exercer o direito de defesa. (...). O direito de defesa é sagrado, regra essa também da Declaração Universal de Direitos Humanos. Não basta que tenha havido comissão de inquérito ou delegação no modo referido. Seria preciso que o autor fosse intimado pela



ré para produzir sua defesa, e, aí sim, depois, em procedimento contraditório, poderia ser punido do modo como o foi. A punição em tela foi nula de pleno direito por afrontar a Constituição Federal." (grifei)

Vale acentuar, neste ponto, por relevante, a observação constante do voto proferido pelo eminente Ministro GILMAR MENDES, notadamente no ponto em que - após acentuar que a UBC integra o sistema ECAD - reconhece, presente o contexto em exame, a plena legitimidade da aplicação direta, ao processo de exclusão/expulsão de associado de entidade de direito privado, das garantias fundamentais decorrentes da cláusula constitucional do "due process of law":

"O caso em exame apresenta singularidades.

Conforme elucidada o parecer da Procuradoria-Geral da República, a Recorrente é 'repassadora do numerário arrecadado pelo Escritório Central de Arrecadação e Distribuição (ECAD)' (fls. 307).

Destarte, a exclusão de sócio do quadro social da UBC, sem qualquer garantia de ampla defesa, do contraditório, ou do devido processo constitucional, onera consideravelmente o recorrido, o qual fica impossibilitado de perceber os direitos autorais relativos à execução de suas obras.

De outro lado, diante da iminência de expulsão disciplinar, ainda que o recorrido tivesse optado por ingressar em outras entidades congêneres, nacionais ou estrangeiras, o ônus subsistiria em razão da eliminação automática do associado, nos termos do art. 18 do Estatuto Social da recorrente (fls. 48).

.....
Destarte, considerando que a União Brasileira de Compositores (UBC) integra a estrutura do ECAD, 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'.

Essa realidade deve ser enfatizada principalmente porque, para os casos em que o único meio de subsistência dos associados seja a percepção dos valores pecuniários relativos aos direitos autorais que derivem de suas composições, **a vedação das garantias constitucionais de defesa** pode acabar por lhes restringir a própria liberdade de exercício profissional.

Logo, as penalidades impostas pela recorrente, ao recorrido, **extrapolam**, em muito, a liberdade do direito de associação e, sobretudo, o de defesa. Conclusivamente, **é imperiosa a observância** das garantias constitucionais do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa (art. 5º, LIV e LV, da CF).

Tem-se, pois, **caso singular**, que transcende a simples liberdade de associar ou de permanecer associado. **Em certa medida**, a integração a essas entidades configura, para um número elevado de pessoas, quase que um imperativo decorrente do exercício de atividade profissional." (grifei)

Impende destacar, ainda, **considerados** os fundamentos ora expostos, **que essa visão** da controvérsia pertinente à questão da **eficácia horizontal** dos direitos fundamentais nas relações entre particulares tem se refletido na **jurisprudência constitucional** do Supremo Tribunal Federal, **como resulta claro de decisões** que esta Suprema Corte **proferiu** a propósito da incidência da garantia do devido processo legal **nas hipóteses de exclusão** de integrantes de associações e cooperativas, **ou**, ainda, **em casos** nos quais empresas estrangeiras, com sede domiciliar no Brasil, **incidiram em práticas**



discriminatórias contra trabalhadores brasileiros, em frontal oposição ao postulado da igualdade:

"COOPERATIVA - EXCLUSÃO DE ASSOCIADO - CARÁTER PUNITIVO - DEVIDO PROCESSO LEGAL. Na hipótese de exclusão de associado decorrente de conduta contrária aos estatutos, impõe-se a observância ao devido processo legal, viabilizado o exercício amplo da defesa. Simples desafio do associado à assembléia geral, no que toca à exclusão, não é de molde a atrair adoção de processo sumário. Observância obrigatória do próprio estatuto da cooperativa."
(RTJ 164/757-758, Rel. Min. MARCO AURÉLIO)

"2. Cooperativa: exclusão de cooperado: imposição de observância do devido processo legal: precedente (RE 158.215, Marco Aurélio, 2ª T., DJ 7.6.1996).

3. Recurso extraordinário: descabimento: a invocação do artigo 5º, XVIII, da Constituição, relativo à liberdade de criação e à autonomia de funcionamento de associações e cooperativas, não afasta o fundamento do acórdão recorrido referente à inobservância dos princípios constitucionais da ampla defesa, do contraditório e do devido processo legal, verificada à luz de normas estatutárias: incidência das Súmulas 283 e 454."
(AI 346.501-Agr/SP, Rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE - grifei)

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

I. - Ao recorrente, por não ser francês, não obstante trabalhar para a empresa francesa, no Brasil, não foi aplicado o Estatuto do Pessoal da Empresa, que concede vantagens aos empregados, cuja aplicabilidade seria restrita ao empregado de nacionalidade francesa. Ofensa ao princípio da igualdade: C.F., 1967, art. 153, § 1º; C.F., 1988, art. 5º, 'caput'.

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

religioso, etc., é inconstitucional. Precedente do STF: Ag 110.846(AgRg)-PR, Célio Borja, RTJ 119/465.

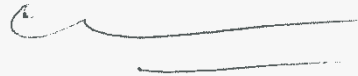
III. - Fatores que autorizariam a desigualização não ocorrentes no caso.

IV. - R.E. conhecido e provido."
(RE 161.243/DF, Rel. Min. CARLOS VELLOSO - grifei)

O entendimento doutrinário não dissente dessa orientação jurisprudencial, cabendo mencionar, por oportuno, dentre outros autores (ANDRÉ RUFINO DO VALE, "Eficácia dos Direitos Fundamentais nas Relações Privadas", p. 137/138, item n. 3.4, 2004, Fabris Editor; CARLOS ROBERTO SIQUEIRA CASTRO, "Aplicação dos Direitos Fundamentais às Relações Privadas", "in" "Cadernos de Soluções Constitucionais", p. 32/47, 2003, Malheiros; DANIEL SARMENTO, "Direitos Fundamentais e Relações Privadas", p. 301/313, item n. 5, 2004, Lumen Juris), a precisa lição de PAULO GUSTAVO GONET BRANCO ("Associações, Expulsão de Sócios e Direitos Fundamentais", "in" "Direito Público", ano I, nº 2, p. 170/174, out/dez de 2003), quando expende doughtas considerações em torno de julgamento proferido pelo Supremo Tribunal Federal a propósito da questão concernente à extensão, às relações jurídicas de ordem privada, dos direitos e garantias fundamentais inscritos no texto da Constituição da República:

"Um dos direitos fundamentais que se apontam como de incidência no âmbito dos relacionamentos privados é o direito de ampla defesa. Esse direito é tido como de observância obrigatória, em se tratando de exclusão de sócio ou de membro de associação particular.

.....



O direito de defesa ampla assoma-se como meio indispensável para se prevenirem situações de arbítrio, que subverteriam a própria liberdade de se associar.

O acórdão do STF em comento parece imbuído dessa convicção. Por isso, o Tribunal não resumiu a questão posta ao seu descortino a um mero problema de desrespeito de cláusulas estatutárias sobre processo disciplinar, o que tornaria a Corte incompetente para a causa; ao contrário, à falta de todo procedimento prévio de defesa dos recorrentes, viu desrespeitada a incontornável necessidade de se ouvir o castigado antes da sanção, quer a medida seja aplicada pelo Estado, quer ela seja infligida no âmbito das relações privadas.

O julgado em comento marca postura do Supremo Tribunal em conferir larga extensão à garantia da ampla defesa, firma precedente inserindo o direito brasileiro na corrente que admite a invocação de direitos fundamentais no domínio das relações privadas e dá entrada a novas e ricas perspectivas argumentativas na compreensão do direito de se associar e no manejo do próprio recurso extraordinário." (grifei)

Essa mesma reflexão sobre o tema é também compartilhada por WILSON STEINMETZ ("A Vinculação dos Particulares a Direitos Fundamentais", p. 295, 2004, Malheiros), cujo magistério põe em destaque a significativa importância de estender-se, ao plano das relações de direito privado estabelecidas entre particulares, a cláusula de proteção das liberdades e garantias constitucionais, cuja incidência - como já referido no início deste voto - não se resume, apenas, ao âmbito das relações verticais entre os indivíduos, de um lado, e o Estado, de outro:

"No marco normativo da CF, direitos fundamentais - exceto aqueles cujos sujeitos destinatários (sujeitos passivos ou obrigados) são exclusivamente os poderes



públicos - vinculam os particulares. Essa vinculação se impõe com fundamento no princípio da supremacia da Constituição, no postulado da unidade material do ordenamento jurídico, na dimensão objetiva dos direitos fundamentais, no princípio constitucional da dignidade da pessoa (CF, art. 1º, III), no princípio constitucional da solidariedade (CF, art. 3º, I) e no princípio da aplicabilidade imediata dos direitos e das garantias fundamentais (CF, art. 5º, § 1º)." (grifei)

É por essa razão que a autonomia privada - que encontra claras limitações de ordem jurídica - não pode ser exercida em detrimento ou com desrespeito aos direitos e garantias de terceiros, especialmente aqueles positivados em sede constitucional, pois a autonomia da vontade não confere aos particulares, no domínio de sua incidência e atuação, o poder de transgredir ou de ignorar as restrições postas e definidas pela própria Constituição, cuja eficácia e força normativa também se impõem, aos particulares, no âmbito de suas relações privadas, em tema de liberdades fundamentais.

Daí o inteiro acerto da observação de ANDRÉ RUFINO DO VALE ("Drittwirkung de Direitos Fundamentais e Associações Privadas", "in" "Direito Público", vol. 9/53-74, 64-65 e 72-73, julho/setembro de 2005, IDP/Síntese):

"No entanto, o direito de autodeterminação das associações encontra seus limites precisamente no conteúdo da relação privada determinado pelas regras estatutárias que a própria associação elabora, assim



como nas normas e nos princípios de ordem pública, **mormente os direitos fundamentais** assegurados constitucionalmente aos sócios.

.....
 Como se vê, a **autonomia estatutária**, quando se trata de matéria de poder sancionador, **não é ilimitada, podendo sofrer certo controle de conteúdo. Esse controle pode ser levado a efeito com base não somente na legislação civil, mas diretamente em face das normas constitucionais.**

Os estatutos, portanto, **deverão regular o procedimento sancionador e delimitar os órgãos competentes para impor as sanções, sempre de acordo com os preceitos de ordem pública e assegurando direitos fundamentais do sócio, como a ampla defesa.**

Assim, certo é que o **direito fundamental de associação estará sempre limitado pelos direitos fundamentais de seus próprios membros.**

Essa limitação concretiza-se em algumas regras.

.....
 A **idéia de um ordenamento jurídico invadido pela Constituição** faz transparecer a noção de associações privadas **responsáveis** pelos direitos fundamentais de seus associados. **Constitucionalizar a ordem jurídica privada significa também submeter o ordenamento jurídico interno dos organismos privados aos princípios constitucionais. Não se trata de restringir ou anular a autonomia privada das associações, mas de reafirmar que a liberdade de associação, assegurada pelo art. 5º, incisos XVII a XX, da Constituição, não pode e não deve ser absoluta, mas sim precisa estar em harmonia com todo o sistema de direitos fundamentais.**

.....
 Diante disso, **os princípios constitucionais devem operar como limites à capacidade de auto-regulação dos grupos, na medida em que se faça necessário assegurar a eficácia de direitos fundamentais dos indivíduos em face do poder privado das associações. Servem, nessa perspectiva, como fundamento para justificar o controle judicial de atos privados atentatórios às liberdades fundamentais." (grifei)**

Isso significa, portanto, que a ordem jurídico-
 -constitucional brasileira **não conferiu a qualquer** associação civil



a possibilidade de agir, como a parte ora recorrente o fez, à **revelia** dos princípios inscritos nas leis e, **em especial**, dos postulados que têm por fundamento direto **o próprio** texto da Constituição da República, **notadamente** em tema de proteção às liberdades e garantias fundamentais.

Não é por outro motivo que o novo Código Civil brasileiro, **em alguns** de seus preceitos (arts. 57 e 1.085, parágrafo único, **p. ex.**), **expressamente proclama** a necessária submissão das entidades civis às normas **que compõem** o estatuto constitucional das liberdades e garantias fundamentais (o direito à plenitude de defesa, dentre eles), **considerada a vinculação imediata** dos indivíduos, **em suas relações de ordem privada**, aos direitos básicos assegurados pela Carta Política.

Bastante expressiva dessa especial proteção - **que se estende** ao plano das relações privadas - **é a regra inscrita** no art. 57 do Código Civil, **na redação** que lhe deu a **novíssima** Lei n° 11.127/2005, **elaborada** com o claro propósito **de conformar** a atividade legislativa **ao que soberanamente dispõe**, **em tema** de direitos e garantias fundamentais, **a própria** Constituição da República:

"Art. 57. A exclusão do associado só é admissível havendo justa causa, assim reconhecida em procedimento



que assegure direito de defesa e de recurso, nos termos previstos no estatuto." (grifei)

Concluo, pois, Senhores Ministros, no sentido de reconhecer que assiste, ao associado, no procedimento de sua expulsão referente à entidade civil de que seja membro integrante, a prerrogativa indisponível de ver respeitada a garantia do contraditório e da plenitude de defesa, com os meios e recursos a ela inerentes, consoante prescreve, em cláusula mandatória, a Constituição da República, em seu art. 5º, inciso LV, não obstante se trate, como no caso, de ato praticado na esfera e sob a égide de uma típica relação de ordem jurídico-privada.

Sendo assim, consideradas as razões expostas e na linha da divergência iniciada pelo eminente Ministro GILMAR MENDES e reafirmada pelo eminente Ministro JOAQUIM BARBOSA, peço vênias para conhecer e negar provimento ao presente recurso extraordinário, mantendo, em consequência, por seus próprios fundamentos, o v. acórdão emanado do E. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro.

É o meu voto.



SEGUNDA TURMA

EXTRATO DE ATA**RECURSO EXTRAORDINÁRIO 201.819-8**

PROCED.: RIO DE JANEIRO

RELATORA ORIGINÁRIA : MIN. ELLEN GRACIE

RELATOR PARA O ACÓRDÃO : MIN. GILMAR MENDES

RECTE.: UNIÃO BRASILEIRA DE COMPOSITORES - UBC

ADV.: VERA LUCIA RODRIGUES GATTI E OUTROS

RECDO.: ARTHUR RODRIGUES VILLARINHO

ADV.: ROBERTA BAPTISTELLI E OUTRO

Decisão: Após o voto da Ministra-Relatora, conhecendo e dando provimento ao recurso extraordinário, o julgamento foi **suspense**, em virtude do pedido de vista formulado pelo Senhor Ministro Gilmar Mendes. **2ª Turma**, 08.06.2004.

Decisão: Depois do voto da Ministra-Relatora, conhecendo e dando provimento ao recurso extraordinário, e do voto do Ministro Gilmar Mendes, negando-lhe provimento, o julgamento foi **suspense**, em virtude do pedido de vista formulado pelo Senhor Ministro Joaquim Barbosa. **2ª Turma**, 16.11.2004.

Decisão: Depois dos votos da Ministra-Relatora e do Ministro Carlos Velloso, conhecendo e dando provimento ao recurso extraordinário, e dos votos dos Ministros Gilmar Mendes e Joaquim Barbosa **negando-lhe** provimento, o julgamento foi **suspense**, em virtude do pedido de vista formulado pelo Ministro-Presidente. Ausente, justificadamente, neste julgamento, o Senhor Ministro Gilmar Mendes. **2ª Turma**, 26.04.2005.

Decisão: Apresentado o feito em mesa pelo Presidente da Turma, o julgamento foi **adiado** em virtude da ausência, justificada, da Senhora Ministra-Relatora. Ausentes, justificadamente, neste julgamento, os Senhores Ministros Carlos Velloso e Ellen Gracie. **2ª Turma**, 27.09.2005.

Decisão: A Turma, por votação majoritária, **conheceu e negou** provimento ao recurso extraordinário, vencidos a Senhora Ministra-Relatora e o Senhor Ministro Carlos Velloso, que lhe davam provimento. **Redigirá** o acórdão o eminente Ministro Gilmar Mendes. Ausente, justificadamente, neste julgamento, o Senhor Ministro Joaquim Barbosa. **2ª Turma**, 11.10.2005.

*Supremo Tribunal Federal***651**

Presidência do Senhor Ministro Celso de Mello. Presentes à sessão os Senhores Ministros Carlos Velloso, Ellen Gracie e Gilmar Mendes. Ausente, justificadamente, o Senhor Ministro Joaquim Barbosa.

Subprocurador-Geral da República, Dr. Paulo da Rocha Campos.

Carlos Alberto Cantanhede
Coordenador