

A EFICÁCIA HORIZONTAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS ESPANHOLAS

Jonathas Fortuna Gomes*

RESUMO: É de imprescindível importância, antes de compreendermos como a eficácia dos direitos horizontais na relações privadas Brasileiras se manifestou, entender o alcance desse instituto no Direito Espanhol, haja vista sua Forte influencia, para formação doutrinaria e legislativa Brasileira. A eficácia horizontal dos Direitos Fundamentais, entre nós, nasceu no seio Espanhol e Alemão. Pela Leitura desse texto, inevitavelmente serão notadas varias semelhanças

Palavras-chave: Direitos fundamentais. Eficácia Direita e imediata. Julgamentos TC e TS Espanhóis. Constituição espanhola.

ABSTRACT: It is vital importance, before understanding the effectiveness of horizontal rights in private relations Brazilian manifested itself, understand the scope of this Law Office in Spanish, due their strong influence and doctrinal training to Brazilian legislation. The horizontal effectiveness of Fundamental Rights, among us, born of the Spanish and German. Reading the text that will inevitably be noticed several similarities.

Keywords: Fundamental Rights. Direct and Immediate Effectiveness. Trials CT and TS Spanish. Spanish Constitution.

*Advogado. Pós-Graduando em Direito Civil pela UFBA(Universidade Federal da Bahia).Pós graduando em Direito Civil pela FACULDADE BAHIANA DE DIREITO.

1. Constituição Espanhola e Aplicabilidade dos Direitos Fundamentais

1.1 A eficácia direta e imediata dos Direitos fundamentais:

Na Espanha, os direitos fundamentais se aplicam as relações jurídicas, sem nenhuma necessidade de mediação legislativa, apresentando uma eficácia direta e imediata. É o juiz do caso concreto quem vai aplicar a norma de Direito Fundamental, estabelecendo uma regulação legal específica de acordo com as nuances fáticas apresentadas no conflito.

Juan Ubillos, adepto da teoria da eficácia vinculante dos Direitos Fundamentais pelos particulares, transcreve o entendimento do Tribunal Constitucional Espanhol, na STC 18/1984:

[...] no debe interpretarse en el sentido de que sólo se sea titular de los derechos fundamentales y libertades públicas en relación con los poderes públicos, dado que en un Estado social de Derecho como el que consagra el artículo 1º de la Constitución no puede sostenerse con carácter general que el titular de tales derechos no lo sea en la vida social, tal y como evidencia la Ley 62/1978[...]

Prosseguindo o entendimento, o referido Tribunal no STC 20/2002 proferiu aplicação direta à liberdade de expressão prevista no artigo 20 da Constituição Espanhola:

Siendo esto así, es decir, producido el despido con vulneración del expresado derecho fundamental, es claro que la respuesta dada por la Sentencia ahora recurrida del Juzgado de lo Social no respetó el necesario equilibrio entre las obligaciones dimanantes del contrato de trabajo y el ámbito del derecho fundamental del trabajador en juego, ni la restricción del ejercicio de dicho derecho efectuada por el contrato de trabajo fue la estrictamente imprescindible, proporcional y adecuada a la satisfacción de legítimos intereses empresariales, puesto que la existencia

misma de la relación laboral causó en el recurrente la vulneración de su derecho a expresar libremente sus pensamientos, ideas y opiniones por cuanto el ejercicio de dicho derecho fundamental fue la única causa de su despido.

Tampoco la Sentencia de duplicación reparó la vulneración del derecho fundamental del recurrente a su libertad de expresión producida por el acto extintivo empresarial al declarar el despido improcedente con opción empresarial entre indemnización o readmisión.

Lo antes razonado nos lleva derechamente al otorgamiento del amparo con la ineludible consecuencia de declarar la nulidad del despido disciplinario al incurrir éste en violación del invocado derecho fundamental, con los efectos legalmente previstos (art. 56.5 LET) de readmisión forzosa del trabajador despedido y abono de los salarios dejados de percibir.

Nessa linha, ainda que a teoria da eficácia imediata não tenha prevalecido na

Alemanha, a qual até hoje adotou o entendimento do caso Lüth, optando pela teoria mediata, tornou-se dominante em vários países, como Espanha, Portugal, Itália, Argentina e, no Brasil, tendo como autores aliados Daniel Sarmento, Ingo Sarlet e Wilson Steinmetz

A doutrina jus fundamental da Espanha também acolhe, via de regra, sem receios a teoria da eficácia direta, levando em consideração reiteradas decisões do Tribunal Constitucional que evidenciam essa tendência.

Pedro de Vega García, renomado doutrinador espanhol, não vê motivos para receio, salientando que a aceitação da eficácia direta não é mais que uma necessidade decorrente das transformações operadas na concepção teórica dos direitos fundamentais, pois foram elas que abriram caminho à *Drittwirkung* no plano jurisprudencial e doutrinal. Sem a projeção desses direitos em todos os setores do ordenamento jurídico, não há que se falar em “igualdade”, em suas palavras:

“La igualdad formal ante la ley (como norma jurídica general que regula las

relaciones entre particulares) sólo tiene sentido en la medida en que esa igualdad abstracta no queda destruida socialmente por la desigualdad material y económica de las posiciones de los individuos que deberían ejercitarla. Aparece así la *Drittwirkung* como correctivo de unas formas de organización social que, en el plano real, chocan frontalmente con el sistema de valores que, en el plano ideal, definen al ordenamiento constitucional. Lo que a la postre significa dar el salto de un Derecho constitucional de la libertad a un Derecho constitucional concebido, ante todo, como Derecho de la igualdad”.

Mais contundente é Bilbao Ubillos, que relata em sentido inverso aos “partidários da eficácia mediata”, que a mediação do legislador não pode ser considerada “um trâmite indispensável”, pois não tem um “caráter constitutivo, senão meramente declarativo”. E dilata seu raciocínio, afirmando que “um direito fundamental cujo reconhecimento depende do legislador, não é um direito fundamental, e sim um direito de cunho legal, simplesmente. O direito fundamental se define justamente pela indisponibilidade de seu conteúdo ao legislador”. E vai além o autor espanhol:

si nos atenemos, pues, a los estrictos términos en que se formula, esta teoría niega en realidad la ‘*Drittwirkung*’. Al interponerse necesariamente la ley o la cláusula general, lo que se aplica como regla de decisión del litigio es una norma de Derecho Privado.

Uma Minoria ainda presente de doutrinadores espanhóis se contrapõe a eficácia direta e imediata dos direitos fundamentais, indo de contra as premissas de *Drittwirkung*, afirmando que esta se ferindo frontalmente a autonomia privada que deve permeia as relações sociais, conforme afirma Juan Maria Bilbao Ubillos, in verbis:

“Late em El fondo de estas posturas La convicción de que La *Drittwirkung* puede ser una especie de “caballo de Troya” que destruya El sistema construído sobre La base de La autonomía privada”

1.2 A eficácia horizontal dos direitos fundamentais nas relações privadas espanholas:

“O art. 53º, n.1 “da constituição espanhola estabelece em linhas gerais que:” Os direitos e liberdades reconhecidos no capítulo II do presente título vinculam todos os Poderes Públicos”.

Partindo desse pressuposto, nota-se, claramente, que o legislador espanhol atribui à titularidade dos direitos fundamentais as autoridades públicas, mas cabe enfatizar que em momento nenhum o legislador excluiu da qualidade de destinatários desses direitos os indivíduos, já que nas relações entre particulares não deve permeia só o principio da autonomia privada, mas, também o direito fundamental a igualdade e não-discriminação.

Nessa esteira, não devemos esquecer o art.11 nº1 da Constituição Espanhola que prima entre os valores mais elevados pela igualdade e o art.9 nº2 dessa mesma constituição que outorga atribuição a todas as autoridades públicas para promover condições hábeis para se estabelecer a igualdade entre os indivíduos dos mais variados grupos sociais de maneira real e eficaz. Fortalecem esse entendimento, as palavras de Juan Maria Bilbao Ubillos, ao defender a aplicação horizontal dos direitos fundamentais nas relações privadas, dizendo:

“Ciertamente El artículo 53.1 del Texto Constitucional tan sólo establece de manera expresa que los derechos fundamentales vinculam a los poderes públicos, pero ello no implica una exclusión absoluta de otros posibles destinatários”

Para o doutrinador espanhol Freixes Sanjuan, em seu livro a Constituição e dos direitos fundamentais, Barcelona, 1992, é preceito consagrado no ordenamento jurídico espanhol, o eficácia horizontal dos direitos fundamentais.

Registre-se que, evidentemente, que os direitos fundamentais são aplicados de maneira diferenciada a cada relação privada, daí *Drittwirkung*, defender uma aplicação casuística, estabelecendo a ponderação dos direitos confi-

tantes e dos interesses subjacentes numa linha horizontal, com o que titula “julgamento de razoabilidade”

1.3 Um breve Histórico sobre decisões que consolidam a eficácia horizontal dos direitos fundamentais nas relações entre particulares no Tribunal Constitucional (TC) e no Tribunal Supremo (TS) da Espanha:

No órgão de cúpula da jurisdição constitucional ibérica, também foi considerável a influência provocada pelo Bundesverfassungsgericht. A eficácia entre particulares dos direitos fundamentais começou a ser analisada pela Corte ainda em meados dos anos 80, quando duas decisões tomadas pelo Tribunal Constitucional (TC) ergueram as balizas teóricas que norteariam o assunto na jurisprudência espanhola.

Em 1982, o litígio versava sobre uma manifestação realizada por trabalhadores em protesto contra a demissão de uma funcionária. Eles se concentraram em frente à loja de frutas em que laborava portando faixas pedindo sua readmissão, gritando palavras de ordem. Chegaram inclusive a conchamar os passantes a não entrar no estabelecimento, o que levou à natural queda no movimento da clientela e perda de produtos perecíveis.

O Tribunal Constitucional entendeu que:

nem a liberdade de pensamento nem o direito de reunião e manifestação compreendem a possibilidade de exercer sobre terceiros uma violência moral de alcance intimidatório, porque isso é contrário a bens constitucionalmente protegidos como a dignidade da pessoa e seu direito à integridade moral (arts. 10 e 15 da Constituição espanhola), que não só os poderes públicos devem respeitar, mas também os cidadãos, de acordo com os artigos 9 e 10 da Norma Fundamental (STC 2/1982).

Dois anos mais tarde, a questão de mérito versava sobre a rejeição, pelo órgão eleitoral competente, da candidatura de pessoas vinculadas ao Conselho de Administração da Caixa Económica (Caja de Ahorros) das Astúrias. O indeferimento baseara-se em precedentes que

inadmitiam a postulação eleitoral de servidores governamentais.

O TC assinalou que a configuração do Estado como Social culmina:

[...] una evolución en la que la consecución de los fines de interés general no es absorbida por el Estado, sino que se armoniza en una acción mutua Estado-Sociedad, que difumina la dicotomía Derecho Público-Privado y agudiza la dificultad tanto de calificar determinados entes, cuando no existe una cualificación legal, como de valorar la incidencia de una nueva regulación sobre su naturaleza jurídica.

En el campo de organización, que se el que aquí interesa, la interpenetración entre Estado y Sociedad se traduce tanto en la participación de los ciudadanos en la organización del Estado como en una ordenación por el Estado de entidades de carácter social en cuanto a su actividad presenta un interés público relevante.

O aspecto mais relevante do pronunciamento em estudo, porém, foi de natureza processual. Admitiu-se que, se por um lado existem direitos que só podem ser invocados perante os poderes públicos, por outro a vinculação desses poderes à Constituição “se traduz em um dever positivo de dar efetividade a tais direitos quanto à sua vigência da vida social, dever que afeta ao legislador, ao executivo e aos juízes e tribunais”. Em consequência:

el recurso de amparo se configura como un remedio subsidiario de protección de los derechos y libertades fundamentales cuando los poderes políticos han violado tal deber. Esta violación puede producirse respecto de las relaciones entre particulares cuando no cumplen su función de restablecimiento de los mismos, que normalmente corresponde a los Jueces y Tribunales.

Segundo Bilbao Ubillos, as decisões mais significativas do TC – aquelas em que se reconheceu de forma mais nítida a eficácia entre particulares dos direitos fundamentais – foram emitidas quase sempre em conflitos de caráter laboral. A STC 88/1985, em que se

discutia a licitude de ato demissional imposto a trabalhador que havia criticado publicamente o funcionamento da empresa em que laborava, foi “marcante na jurisprudência constitucional”.

O decisório estabeleceu que o contrato de trabalho “não implica, de modo algum, a privação para uma das partes, o trabalhador, dos direitos que a Constituição lhe reconhece como cidadão, dentre outros o direito a expressar e difundir livremente os pensamentos, idéias e opiniões”. E concluiu:

Ni las organizaciones empresariales forman mundos separados y estancos, respecto del resto de la sociedad, ni la libertad de empresa que establece el art. 38 de la C.E., legitima el que quienes prestan servicios en aquéllas por cuenta y bajo la dependencia de sus titulares deban soportar despojos transitorios o limitaciones injustificadas de sus derechos fundamentales y libertades públicas, que tienen un valor central y nuclear en el sistema jurídico constitucional. Las manifestaciones de «feudalismo industrial» repugnan al Estado social y democrático de Derecho y a los valores superiores de libertad, justicia e igualdad a través de los cuales ese Estado toma forma y se realiza (art. 1.1).

Sobre o exercício dos direitos fundamentais no campo do direito obreiro, a STC 90/1997 pode ser vista como um resumo da evolução jurisprudencial do Tribunal Constitucional:

la jurisprudencia de este Tribunal ha insistido reiteradamente en la plena efectividad de los derechos fundamentales del trabajador en el marco de la relación laboral, ya que ésta no puede implicar em modo alguno la privación de tales derechos para quienes prestan servicios en las organizaciones productivas, que no son ajenas a los principios y derechos constitucionales que informan el sistema de relaciones de trabajo. [...] el ejercicio de tales derechos únicamente admite limitaciones o sacrificios en la medida que se desenvuelve en el seno de una organización que refleja otros derechos

reconocidos constitucionalmente en los arts. 38 y 33 CE y que impone, según los supuestos, la necesaria adaptabilidad para el ejercicio de todos ellos”

Para o tribunal, portanto, do contrato de trabalho se derivam “equilíbrios e limitações recíprocas” para ambas as partes, de sorte que “também as faculdades organizativas empresariais se encontram limitadas pelos direitos fundamentais do trabalhador, ficando obrigado o empregador a respeitá-los”. A limitação desses direitos só seria admissível se a própria natureza do trabalho contratado implicar tal restrição, aliada a um acentuado interesse empresarial; a simples invocação do poder diretivo patronal não basta para sacrificá-lo.

Por outro lado, na ATC 625/1987, a corte constitucional espanhola estabeleceu que a demissão motivada pela realização de trabalho religioso (proselitismo, captação de voluntários para a igreja, etc.) por parte do obreiro, durante período de inatividade laboral transitória, não representa violação aos direitos de não-discriminação, liberdade religiosa e livre expressão do pensamento, pois neste caso “lo que se sanciona no es la realización en sí de la actividad, sino el perjuicio que ella ocasionaba en el proceso de recuperación de la capacidad para el trabajo del demandante”.

No plano jurídico civil, interessante caso de 1995 faz-se digno de menção. Os recorrentes haviam feito uma doação de bens imóveis a sua filha, mas depois intentaram procedimento judicial objetivando a revisão do ato por ingratidão. Sucede que a donatária, casada e mãe de dois filhos, iniciara relacionamento afetivo com homem marroquino, e chegou a ponto de abandonar sua família para viver com ele. Para os pais (doadores), a humilhação gerada pela situação era causa suficiente para o reconhecimento da ingratidão.

As instâncias inferiores rejeitaram o pleito, ao argumento de que a atitude dos pais demonstrara intolerância e racismo, vez que a gravidade da conduta por eles apontada residia essencialmente no fato de o amante ser de origem “magrebí”. O Tribunal Supremo manteve tal opi-

ção, aduzindo que a insistência dos recorrentes em enfatizar este fato provava que agiam “com apoio em componentes claramente xenófobos, contrários à dignidade da pessoa humana e ao princípio da igualdade perante a lei”.

Em decisão polêmica, o Tribunal Constitucional manteve, na STC 73/1985, decisum prolatado pelo Tribunal Supremo e negou recurso de amparo manejado por pessoa que tivera sua entrada proibida em um cassino. O recorrente fundamentara seu pedido no art. 14 da Constituição, morada do princípio da igualdade, que, em sua ótica, lhe asseguraria o direito de ingressar na casa de jogo. O TS havia decidido que o caso não era de violação a direito fundamental, pois que a admissão de não-sócios dependia do consentimento dos encarregados do estabelecimento.

O TC considerou que a proibição de acesso é decisão adotada por particulares com base em fundadas suposições, não se podendo nela vislumbrar uma violação ao princípio da igualdade, já que “constitui uma atividade protetiva dos interesses da própria entidade privada”. Avaliou, outrossim, que os cassinos são entidades “sobre as quais não se pode predicar aos cidadãos um direito ilimitado de livre acesso”.

Bilbao Ubillos demonstrou preocupação com os impactos negativos da decisão. Soa procedente seu argumento de que

[...] o direito de admissão que o proprietário pode invocar na defesa de seus interesses econômicos não pode amparar uma política sistemática de discriminação racial por parte dos estabelecimentos abertos ao público.

Com apoio na doutrina de J. Alfaro pondera que:

quem abre um lugar público afirma sua vontade de contratar, em princípio, com quem quer que aceite seus preços e condições de venda; a abertura do local implica, ao menos, a renúncia a selecionar a clientela sobre bases individuais.

Mais recentemente, o Tribunal Constitucional, na apreciação de outro recurso de amparo, firmou posição no sentido de que o ato de banir

sócio de cooperativa é suscetível à plena cognição judicial, e que a submissão do mérito e da legitimidade desse ato à revisão pelo Judiciário não fere o direito fundamental de auto-organização que assiste a tais entidades.

Certo sócio cooperativista fora expulso por desancar verbalmente os integrantes da Junta Diretiva da mesma, acusando-os de estar lucrando às custas da referida associação. Inconformado, promoveu ação que mereceu guarida nas instâncias de base, que consideraram que sua falta não era de gravidade passível de extrusão. A cooperativa recorreu ao TC alegando violação ao direito fundamental de associação reconhecido no art. 22 da Constituição.

Na STC 96/1994, o tribunal rechaçou o amparo. A argumentação contida no decisório levou em conta que a expulsão implicava “não apenas a simples perda da condição de sócio ou membro da cooperativa, senão também dos direitos de conteúdo econômico inerentes a tal condição”. Destacou-se, ainda, que esse “significativo prejuízo econômico” justificava que os tribunais possuíssem “uma plena cognição” desses atos. A liberdade estatutária que permite a tais entidades se auto-regularem não resulta que as sanções por elas aplicadas fiquem ao abrigo de ter suas causas judicialmente apreciadas.

Segundo Ignacio Gutiérrez Gutiérrez, a não-instrumentalização do ser humano é tema que tem permitido ao Tribunal Constitucional prolatar notáveis decisórios, mormente no que respeita à dignidade da pessoa humana. Dentre as importantes conclusões a que chegou a corte, destaca:

- a) a pessoa não pode ser patrimonializada; é sujeito, não objeto de contratos patrimoniais (STC 212/1996);
- b) o trabalhador não pode ver subordinada sua liberdade pela sua consideração de “mero fator de produção” ou “mera força de trabalho” (STC 192/2003);
- c) a pessoa não pode ser, enquanto tal, mero instrumento de diversão e entretenimento (STC 231/1998);
- d) a pessoa é convertida em mero objeto nos casos de agressão sexual (STC 53/1985 e STC 224/1999);

e) a dignidade impõe que a assunção de compromissos e obrigações tenha em conta a vontade do sujeito, ao menos quando são de transcendência peculiar, como a maternidade (STC 53/1985); do mesmo modo, a dignidade da pessoa humana impõe que seja reconhecida ao sujeito a possibilidade de participar de processos judiciais nos quais se lhe atribuem responsabilidades penais, sem que figure como mero objeto desses procedimentos (STC 91/2000).

À guisa de conclusão, o que exsurge claro da análise dos precedentes ora transcritos é que o Tribunal Constitucional, desde os anos 80, não tem se furtado a proclamar a eficácia inter privados dos direitos fundamentais regulamentados na Constituição espanhola, seja em sede de litígios trabalhistas, seja em conflitos civis.

No que tange ao modo como se dá essa incidência, todavia, existe alguma vacilação na jurisprudência da alta corte, que em algumas ocasiões parece se inclinar a favor da eficácia direta, e em outras demanda a mediação estatal. O problema é agravado porque inexistente, até o presente momento, qualquer manifestação expressa da corte sinalizando a adoção da *Mittelbare*, da *Unmittelbare Drittwirkung* ou de qualquer outra teoria.

Bibliografia

ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 1992.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2001.

SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *#Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

SILVA, De Plácido e. *Dicionário Vocabulário jurídico*. 11. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993.

ESPAÑA. *Constitución Española*. Tribunal Constitucional de España.

LUÑO, Antonio Enrique Perez 1984. *Los derechos fundamentales*. Editorial Tecnos, S.A., 1995. Madrid

