



**FACULDADE BAIANA DE DIREITO**  
**CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO**

**ANANDA SALES REZENDE LOPES**

**O DIREITO FUNDAMENTAL À CONVIVÊNCIA FAMILIAR**  
**APLICADO A RELAÇÃO DE EMPREGO**

Salvador  
2017

**ANANDA SALES REZENDE LOPES**

**O DIREITO FUNDAMENTAL À CONVIVÊNCIA FAMILIAR  
APLICADO A RELAÇÃO DE EMPREGO**

Monografia apresentada ao curso de graduação em Direito, Faculdade Baiana de Direito, como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em Direito.

Orientador: Prof<sup>a</sup>. Adriana Wyzykowski

Salvador  
2017

## TERMO DE APROVAÇÃO

**ANANDA SALES REZENDE LOPES**

### **O DIREITO FUNDAMENTAL À CONVIVÊNCIA FAMILIAR APLICADO A RELAÇÃO DE EMPREGO**

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em  
Direito, Faculdade Baiana de Direito, pela seguinte banca examinadora:

Nome: \_\_\_\_\_

Titulação e instituição: \_\_\_\_\_

Nome: \_\_\_\_\_

Titulação e instituição: \_\_\_\_\_

Nome: \_\_\_\_\_

Titulação e instituição: \_\_\_\_\_

Salvador, \_\_\_\_/\_\_\_\_/ 2017

A  
Meus pais, que me possibilitaram  
chegar até aqui e mesmo distantes se  
fizeram tão presentes.

## **AGRADECIMENTOS**

A elaboração desta monografia foi marcada muitos momentos de dúvidas, medos e sacrifícios. Por outro lado, me permitiu adquirir muito conhecimento e saber a importância da dedicação. O apoio de pessoas queridas foi fundamental nesse processo. Por isso, agradeço a Deus por toda a força e luz necessária para concluir essa trajetória. Aos meus pais por todo o apoio e amor durante esse período de tantos obstáculos, por me incentivarem e enviarem carinho mesmo não estando presentes fisicamente. A toda minha família, pela torcida, preocupação e a felicidade em me ver alcançando mais uma vitória. A Marcos, por toda compreensão, paciência, conselhos e afeto tão essenciais na minha jornada. As minhas amigas pela troca de conhecimento e pelo suporte em todos os momentos. A minha orientadora Adriana Wyzykwoski, por estar sempre acessível, pela compreensão, atenção, dedicação e orientação imprescindíveis para a concretização desse estudo. Aos meus professores, por todo o ensinamento jurídico.

“Nada mais violento que impedir o ser humano de se relacionar com a natureza, com seus semelhantes, com os mais próximos e queridos, consigo mesmo e com Deus. Significa reduzi-lo a um objeto inanimado e morto. Pela participação, ele se torna responsável pelo outro e con-cria continuamente”.

Leonardo Boff

## RESUMO

O presente estudo consiste na análise das medidas de conciliação entre trabalho e vida familiar existentes no ordenamento jurídico brasileiro e como elas devem ser interpretadas ou modificadas para garantir a máxima efetividade desse direito. Para tanto, buscou-se entender a relevância dos Direitos e Garantias Fundamentais, em especial o direito a convivência familiar, levando em consideração a importância do relacionamento com a família não só para o empregado, mas para a sociedade como um todo. A discussão sobre o papel da família no ordenamento jurídico brasileiro torna-se imprescindível para a compreensão do direito a convivência familiar do empregado, bem como, as novas configurações da família moderna, principalmente após a inserção da mulher no mercado de trabalho e quais os possíveis impactos dessa nova roupagem no âmbito familiar e laboral. Restou necessário, então, uma apreciação das teorias acerca da eficácia dos direitos fundamentais, tanto as que defendem a aplicação desses direitos no âmbito da esfera privada, quanto as que se opõem. O que se percebe é que os direitos fundamentais vinculam tanto o Estado, por meio dos seus poderes, quanto os particulares em suas relações, visto que ambos são capazes de violar esses direitos em algumas situações práticas. Dessa maneira, foi analisada a importância da eficácia horizontal dos direitos fundamentais nas relações de emprego, e pugnou-se pela eficácia direta desses direitos. Ademais, a pesquisa buscou investigar medidas que devem ser respeitadas para que haja harmonia entre vida familiar e vida profissional, bem como, o papel do empregador nesse processo. Por fim, foi identificado de que maneira o empregado é afetado quando tem seu convívio familiar prejudicado ou reduzido e quais as possíveis consequências para quem comete tais violações.

**Palavras-chave:** direitos fundamentais; relações de emprego; convivência familiar; conciliação.

## LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

art.	artigo
CC	Código Civil
CF/88	Constituição Federal da República
CLT	Consolidação das Leis Trabalhistas
OIT	Organização Internacional do Trabalho
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
TRT	Tribunal Regional do Trabalho
TST	Tribunal Superior do Trabalho

## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO</b>	<b>10</b>
<b>2 O DIREITO FUNDAMENTAL À CONVIVÊNCIA FAMILIAR</b>	<b>13</b>
2.1 DEFINIÇÃO E SURGIMENTO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS	13
2.2 AS DIMENSÕES DE DIREITOS FUNDAMENTAIS	19
2.3 OS DIREITOS FUNDAMENTAIS NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988	24
2.4 CONVIVÊNCIA FAMILIAR: NOÇÕES ELEMENTARES	26
<b>2.4.1 A evolução do conceito e da estrutura familiar</b>	<b>27</b>
<b>2.4.2 A família na Constituição Federal de 1988</b>	<b>31</b>
<b>2.4.3 A função social da família</b>	<b>33</b>
<b>2.4.4 A convivência familiar como um direito fundamental</b>	<b>34</b>
<b>3 A EFICÁCIA HORIZONTAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES DE EMPREGO</b>	<b>39</b>
3.1 ORIGENS DA TEORIA DA EFICÁCIA HORIZONTAL	40
3.2 TEORIAS SOBRE A EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS	42
<b>3.2.1 Doutrina do State Action ou Teoria da ineficácia horizontal dos direitos fundamentais</b>	<b>42</b>
<b>3.2.2 Teoria da eficácia horizontal indireta ou mediata</b>	<b>45</b>
<b>3.2.3 Teoria da eficácia horizontal direta ou imediata</b>	<b>48</b>
<b>3.2.4 Outras teorias acerca da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais</b>	<b>52</b>
3.3 A APLICABILIDADE DIRETA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES DE EMPREGO	55

<b>4 O DIREITO FUNDAMENTAL À CONVIVÊNCIA FAMILIAR APLICADO A RELAÇÃO DE EMPREGO</b>	<b>63</b>
4.1 O PAPEL DO EMPREGADOR NA ARTICULAÇÃO ENTRE EMPREGO E VIDA FAMILIAR	65
4.2 DAS MEDIDAS DE CONCILIAÇÃO ENTRE EMPREGO E CONVIÊNCIA FAMILIAR	71
<b>4.2.1 Das medidas proibitivas</b>	<b>72</b>
<b>4.2.2 Das medidas positivas</b>	<b>75</b>
4.2.2.1 Licenças	77
4.2.2.2 Férias anuais remuneradas	80
4.2.2.3 Períodos de descanso: intervalos, repouso semanal e em feriados	83
<b>4.2.3 Das medidas repressivas</b>	<b>85</b>
<b>5 CONCLUSÃO</b>	<b>89</b>
<b>REFERÊNCIAS</b>	<b>92</b>

## 1 INTRODUÇÃO

Com o advento de mudanças sociais estruturais onde os papéis de cada gênero na sociedade passa por profundas transformações, não há mais que se falar que o homem é o único provedor da família, e nem que a mulher é a única responsável pelo cuidado do lar, reproduzindo essa lógica também no mercado de trabalho. Surge então uma nova problemática de âmbito coletivo, que reside em conciliar emprego e convivência familiar, sendo ambos direitos fundamentais do ser humano.

Historicamente, percebe-se que as famílias eram estruturadas basicamente com o homem na função de chefe e provedor e a mulher desempenhava as funções domésticas e de reprodutora, além dos cuidados com os filhos. Após diversas reformas, tanto na configuração das famílias, quanto nos métodos de produção industrial, justificadas principalmente pela inserção da mulher no mercado de trabalho, começa a existir necessidade de divisão dos trabalhos domésticos com o homem.

Ocorre que, com todas as mudanças ocorridas no ambiente familiar e seus impactos no ambiente de trabalho, surge a necessidade de analisar quais são as maneiras de encontrar um equilíbrio entre as responsabilidades profissionais e familiares independentemente do gênero.

Com a evolução do Direito do Trabalho, a ideia de que o trabalho dignifica o homem, passou a se fundamentar não somente na condição essencial do trabalho, na manutenção financeira do homem, mas também na função de realização pessoal de existência digna. Esta última, por sua vez, é garantida com a observância e respeito aos direitos fundamentais.

As relações de emprego são conduzidas fortemente sob um viés capitalista, e o mercado de trabalho se mostra cada vez mais competitivo. Além disso, com as problemáticas mundiais ligadas a educação das crianças e adolescentes, exige-se mais responsabilidades para cada membro da família, o que acabam criando um ambiente de tensão para o trabalhador que pretende conciliar as esferas profissionais e familiares.

Assim, mostra-se crescente a preocupação social e política com a questão da conciliação entre emprego e convivência familiar, bem como com as consequências

dela derivadas. É evidente então, a necessidade de uma ação em conjunto do Estado, das empresas e dos empregados para encontrar medidas que ajudem a facilitar tal situação.

O presente estudo revela-se necessário pela importância de se compreender de que forma a relação de emprego influencia no convívio familiar do empregado, analisando para tanto, as possíveis formas de harmonização entre emprego e vida familiar existentes no ordenamento jurídico brasileiro e de que maneira elas podem ser interpretadas ou ampliadas para encontrar uma máxima efetivação desse direito.

Busca-se discutir fundamentos como o princípio da dignidade da pessoa humana e o princípio da preservação da unidade familiar e, por isso, a conciliação entre trabalho e vida familiar deve ser considerada um verdadeiro direito fundamental do empregado, com base na cláusula aberta dos direitos fundamentais conferida pelo art. 5º, §2º, da Constituição Federal.

Em outra análise, é importante compreender a configuração da família brasileira atual, sua evolução histórica e especificamente, a importância do convívio familiar para uma vida digna, em uma época em que existe uma exploração da mão-de-obra humana e violação de seus direitos fundamentais.

Sendo assim, é relevante discutir a relação dos direitos e garantias fundamentais, em especial o direito fundamental a convivência familiar, com o papel do Estado por meio dos seus poderes. Neste sentido, a importância da Justiça do Trabalho, como meio de coibir a violação aos períodos de descanso do empregado e fazer valer os direitos constitucionalmente previstos.

Ademais, cabe analisar as medidas de proteção à vida e a integridade do empregado, e de que maneira elas podem ser utilizadas para garantir efetividade na proteção ao direito à vida familiar deste.

Diante de todas as questões levantadas, a presente pesquisa foi elaborada através do método de pesquisa dedutivo, estudado por Descartes, justificando-se pelo fato de iniciar analisando uma perspectiva geral dos direitos fundamentais, e em seguida estudar especificamente o direito a convivência familiar aplicado nas relações de emprego.

No tocante as fontes bibliográficas, foram empregadas de maneira diversificada na construção do estudo, a exemplo da utilização de artigos de internet, revistas, periódicos, livros, leis internas e internacionais, reportagens e jurisprudências relacionadas.

Por opção metodológica, este trabalho subdivide-se em três capítulos de desenvolvimento, onde serão abordados os pontos acima descritos.

No primeiro capítulo de desenvolvimento dedicou-se a abordar de maneira geral os direitos fundamentais, sua definição, caracterização e suas dimensões. Além disso, iniciou-se uma análise sobre a convivência familiar como um direito fundamental. Restou necessário fazer esclarecimentos sobre o papel da família no ordenamento jurídico brasileiro, bem como, suas novas configurações e impactos no mercado de trabalho.

O segundo capítulo é o responsável por investigar as principais teorias acerca da aplicabilidade dos direitos fundamentais nas relações privadas analisando qual a teoria que melhor se adequa ao ordenamento jurídico brasileiro, e é aceita majoritariamente pela doutrina e jurisprudência. Com a percepção que agressão e violência contra o indivíduo não advinha somente do Estado, mas também de uma gama variada de personagens da iniciativa privada, presentes nos âmbitos da família, da sociedade civil, do mercado e da empresa, começam a surgir doutrinas que defendem a eficácia horizontal dos direitos fundamentais, onde trazem a ideia de que esses direitos devem incidir também nas relações entre particulares.

Por fim, no terceiro capítulo, há a exploração mais aprofundada acerca do direito a convivência familiar do empregado, estabelecendo pra tanto, a relação entre a família e o emprego; qual o papel do empregador nessa conciliação, quais as medidas que podem contribuir para um maior equilíbrio entre as esferas familiares e profissionais, sejam elas, preventivas ou repressivas, bem como, quais as consequências de uma possível violação do direito a convivência familiar do empregado.

O quinto capítulo concluirá esta pesquisa, onde serão expostas as reflexões que surgiram ao decorrer de sua elaboração.

## 2 O DIREITO FUNDAMENTAL À CONVIVÊNCIA FAMILIAR

É imprescindível discutir neste trabalho sobre os direitos fundamentais para a compreensão da sua relevância, pois através do entendimento das suas principais características, bem como a sua evolução histórica, o estudo das suas dimensões, e sua inserção na Constituição vigente no ordenamento jurídico brasileiro, que se torna possível apreender a importância de uma concreta efetivação desses direitos e assim permitir analisar mais especificamente a convivência familiar como um direito fundamental, objeto do presente estudo.

### 2.1 DEFINIÇÃO E SURGIMENTO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Inicialmente mostra-se necessário estabelecer definições e conceitos basilares, bem como, descrever as principais características que influenciaram a evolução teórica acerca dos Direitos Fundamentais. Deste modo, faz-se em primeiro plano, uma abordagem conceitual, terminológica e evolutiva do tema e em seguida, um breve esclarecimento histórico.

As transformações ocorridas com os direitos fundamentais do homem podem ser consideradas como principais responsáveis pela dificuldade de obter-se uma conceituação homogênea e precisa a respeito desta categoria de direitos.<sup>1</sup>

Numa concepção atual, os direitos fundamentais surgiram como resultado da união de várias fontes, desde a conjugação de pensamentos filosófico-jurídicos até as ideias surgidas com o cristianismo e com o direito natural.<sup>2</sup>

A doutrina nacional e estrangeira utiliza uma série de expressões ao fazer referência aos direitos fundamentais, não sendo pacífica a questão da terminologia empregada, portanto, há uma ausência de consenso entre os doutrinadores.

Nesse sentido, é possível encontrar tanto na doutrina quanto no direito positivado expressões como Direitos do Homem, Direitos Naturais, Direitos Individuais,

---

<sup>1</sup> SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 32ª ed. Rev. Atual. Até a Emenda Constitucional n. 57, de 18.12.2008. São Paulo: Malheiros Editores, 2009; p. 175.

<sup>2</sup> MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 24ª ed. São Paulo: Atlas, 2009; p. 1.

Liberdades Públicas, Direitos Subjetivos Públicos, Direitos Humanos e Direitos Fundamentais.

Na Constituição Federal de 1988 há reflexos dessa variedade de termos relacionados aos Direitos Fundamentais, o que sugere que o legislador constitucional não escolheu uma única expressão para representá-los. Ao longo do texto constitucional são utilizados “direitos sociais e individuais” (Preâmbulo), “direitos humanos” (art. 4, II), além do Título II, “Dos direitos e garantias fundamentais”.<sup>3</sup>

José Afonso da Silva optou por denominar os Direitos Fundamentais de Direitos Fundamentais do Homem, e, dessa forma, ele indica que estes fazem referência a princípios que demonstram a ideologia de cada ordenamento jurídico e qual a maneira que este ordenamento enxerga o mundo.<sup>4</sup>

Sarlet alerta, contudo, sobre a “heterogeneidade, ambiguidade e ausência de um consenso na esfera conceitual e terminológica”, afastando então a utilização, ao menos como termos genéricos, das expressões: liberdades públicas, direitos individuais e direitos subjetivos públicos.<sup>5</sup>

É possível verificar o uso dos termos “direitos humanos”, “direitos do homem” e “direitos fundamentais” como sinônimos. Entretanto, a utilização indiscriminada destes termos é alvo de críticas pela doutrina moderna.

Conforme a explicação de Sarlet,

Em que pese os dois termos (“direitos humanos” e “direitos fundamentais”) sejam comumente utilizados como sinônimos, a explicação corriqueira e, diga-se de passagem, procedente para a distinção é de 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.<sup>6</sup>

Nessa mesma linha de pensamento, Marmelstein destaca que é preciso delimitar o objeto de estudo, bem como afirma que para caracterizar um direito como

---

<sup>3</sup> DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. 5ª ed. Ver., atual. E ampl. São Paulo: Atlas, 2014; p. 40.

<sup>4</sup> SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 32ª ed. Rev. Atual. Até a Emenda Constitucional n. 57, de 18.12.2008. São Paulo: Malheiros Editores, 2009; p. 175.

<sup>5</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 12ª ed. Rev. Atual. E ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015; p. 27.

<sup>6</sup> *Ibidem*, p. 29.

fundamental é preciso ir além da teoria, destacando a importância da prática, já que em se tratando de direitos fundamentais, certas características facilitam sua proteção e conseqüentemente sua efetivação.<sup>7</sup>

No Brasil, os direitos fundamentais são cláusulas pétreas, em decorrência do que prevê o art. 60, § 4º, inc. IV da Constituição Federal, e por esse motivo não podem ser extintos nem por meio de emenda constitucional. Eles também possuem hierarquia constitucional, ou seja, uma lei que dificulte ou impeça, de maneira desproporcional a efetivação de um direito fundamental, pode ser considerada como inconstitucional.<sup>8</sup>

Mostra-se importante analisar a definição dos direitos fundamentais e o quanto ela está relacionada a um processo de evolução histórica, que deve ser considerado.

De acordo com a definição de Dimoulis e Martins,

Direitos fundamentais são direitos público-subjetivos de pessoas (físicas ou jurídicas), contidos em dispositivos constitucionais e, portanto, que encerram caráter normativo supremo dentro do estado, tendo como finalidade limitar o exercício do poder estatal em face da liberdade individual.<sup>9</sup>

Desta maneira, entendem-se como direitos fundamentais normas jurídicas que possuem uma relação íntima com a ideia de dignidade da pessoa humana e de limitação do poder, sendo estas positivadas na ordem constitucional de um Estado. Essas normas, devido a sua grande importância, são responsáveis por fundamentar e legitimar todo o ordenamento jurídico.

A partir da classificação dos direitos fundamentais como normas constitucionais, é possível entender sua supremacia formal e material, sendo esta uma de suas características mais importantes. Além disso, compreende-se sua força normativa e conseqüentemente, facilita sua efetivação.<sup>10</sup>

No mesmo sentido Dirley da Cunha Júnior afirma que para a conceituação dos direitos fundamentais é necessário uma cumulação de entendimentos, tanto no aspecto formal quanto no aspecto material. Para o referido autor, os direitos

---

<sup>7</sup> MARMELESTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais**. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2014; p. 15.

<sup>8</sup> *Ibidem*, loc.cit.

<sup>9</sup> DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. 5ª ed. Ver. atual. E ampl. São Paulo: Atlas, 2014; p. 41.

<sup>10</sup> *Ibidem*, p. 19.

fundamentais decorrem mesmo que indiretamente do princípio da dignidade da pessoa humana.<sup>11</sup>

Com base na fundamentalidade formal, os direitos fundamentais adquirem uma posição no sistema jurídico. O elemento formal mostra-se como condição suficiente da fundamentalidade, ou seja, mesmo quando forem relativamente limitados, todos os direitos garantidos na Constituição Federal devem ser considerados como fundamentais.<sup>12</sup>

A fundamentalidade material, por sua vez, se relaciona com a ligação existente entre os direitos fundamentais e os valores que decorrem da Constituição, especialmente os princípios enumerados no Título I da CF, onde se destaca a dignidade da pessoa humana. Portanto, de acordo com o fundamento material, os direitos fundamentais representam as decisões axiológicas fundamentais que foram escolhidas intencionalmente pelo legislador constituinte. A Constituição de 88 previu expressamente como “valores supremos” da sociedade “o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça”.<sup>13</sup>

Então, as normas fundamentais, em seu aspecto formal, se referem a recepção dos direitos no texto constitucional, e seu aspecto material se relaciona com seu conteúdo que por si só lhe concederia o status de fundamental. Dessa forma, é incontestável a noção dos direitos fundamentais como direitos constitucionais.

O ordenamento brasileiro acolheu este entendimento, uma vez que prevê no artigo 5º, §2º da CF de 1988, que os direitos fundamentais não se restringem aos previstos na Constituição, portanto esta previsão constitucional configura-se como uma clausula aberta. Esta compreensão se justifica pelo fato da ordem jurídica brasileira estar em conformidade com tratados internacionais, onde certos direitos, ainda que não previstos expressamente no texto constitucional possuam caráter fundamental.

---

<sup>11</sup> CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. 5.ed. rev. ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2011, p. 454

<sup>12</sup> DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Op. cit.* 5ª ed. Ver., atual. E ampl. São Paulo: Atlas, 2014; p. 42.

<sup>13</sup> OLSEN, Ana Carolina Lopes. **A eficácia dos Direitos Fundamentais frente à reserva do possível**. 2006. p. 5. Dissertação. Profa. Orientadora: Regina Maria Macedo Neri Ferrari. (Pós Graduação em Direito) - Universidade Federal do Paraná, Curitiba. Disponível em < <http://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/3084/Disserta%20%20o++Ana+Carolina+Lopes+Ols en.pdf?sequence=1> > Acesso em jan. 2017.

Há um entendimento consolidado pela doutrina que os direitos fundamentais possuem uma longa história. Entretanto, não há consenso no que diz respeito ao seu surgimento.

Considerando que os direitos fundamentais não surgiram na antiguidade, ainda assim é importante destacar que a religião e filosofia do mundo antigo influenciaram o pensamento jusnaturalista e conseqüentemente, o entendimento de que o ser humano, pelo simples fato de existir é titular de direitos naturais e inalienáveis.<sup>14</sup>

A partir do século XVIII, com a instauração do racionalismo, compreende o período consagrado pela maioria doutrinária como o marco do surgimento dos direitos fundamentais. Então, o período anterior a esse marco, pode ser considerado como pré-história dos direitos fundamentais.<sup>15</sup>

Dessa maneira, é importante observar que a evolução histórica possibilitou o reconhecimento de direitos humanos, bem como a positivação dos direitos fundamentais. Esses direitos foram sendo descobertos, explorados conforme a civilização humana se transformava, o que mostra que não surgiram todos de uma vez, tendo como um fator importante a luta pela limitação do poder político.<sup>16</sup>

A sociedade, no decorrer do tempo, compreendeu que não haveria justiça se não houvesse a proteção de alguns direitos inerentes ao ser humano, bem como, percebeu que deveria proteger um bem que deveria estar acima de todos os outros, servindo este como o norte a todos os outros direitos existentes no sistema jurídico. Desta forma, a dignidade da pessoa humana ganhou relevância, numa sociedade que exigia sua proteção.<sup>17</sup>

A imposição do regime capitalista, além de razões políticas e sociais complexas, foram importantes para tornar o século XVIII como o principal marco de origem para o surgimento da noção de direitos fundamentais. As Declarações de Direitos

---

<sup>14</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 12ª ed. Rev. Atual. E ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015; p. 37-38.

<sup>15</sup> PEIXOTO, Geovane de Mori. **Direitos Fundamentais, Hermenêutica e Jurisdição Constitucional**. Salvador: Editora Juspodivm, 2013; p. 40.

<sup>16</sup> COMPARATO, Fabio Konder. **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos**. 7ª ed. Rev. E atual. São Paulo: Saraiva, 2010; p. 40.

<sup>17</sup> SIQUEIRA, Dirceu Pereira; PICCIRILLO, Miguel Belinati. **Direitos fundamentais: a evolução histórica dos direitos humanos, um longo caminho**. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XII, n. 61, fev 2009. Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=5414](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=5414)>. Acesso em jan. 2017.

ocorridas em lados diferentes no mundo trazem pela primeira vez a garantia aos direitos fundamentais.<sup>18</sup>

Comparato afirma,

As declarações de direito norte-americanas, juntamente com a Declaração Francesa de 1789, representaram a emancipação histórica do indivíduo perante os grupos sociais aos quais ele sempre se submeteu: a família, o clã, o estamento, as organizações religiosas. É preciso reconhecer que o terreno, nesse campo, fora preparado mais de dois séculos antes, de um lado pela reforma protestante, que enfatizou a importância decisiva da consciência individual em matéria de moral e religião; de outro lado, pela cultura da personalidade de exceção, do herói que forja sozinho o seu próprio destino e os destinos do seu povo, como se viu sobretudo na Itália renascentista.<sup>19</sup>

A “Declaração de Direitos” (*Bill of Rights*), proclamada em 12 de junho de 1776, na América do Norte, trouxe em seu texto, direitos como liberdade, autonomia e proteção da vida do indivíduo.

Apesar de não ter sido um fenômeno isolado, a Revolução Francesa teve uma maior relevância quando comparada a outros acontecimentos contemporâneos, bem como consequências mais profundas. Esta importância é atribuída ao fato da Revolução ter ocorrido no país mais populoso da Europa. Além disso, ela foi uma revolução social de massa e muito mais radical do que qualquer outra.<sup>20</sup>

No fim do século XIX e início do século XX, com os avanços do capitalismo e da urbanização, o mundo ficou marcado pela miséria e exploração de mão de obra. Em decorrência disso, o século XX trouxe textos constitucionais preocupados com as questões sociais, com os direitos civis e políticos. Destaca-se a Constituição Mexicana de 31 de janeiro de 1917, a Declaração Soviética dos Direitos do Povo Trabalhador e Explorado, de 17 de janeiro de 1918, seguida da Constituição Soviética de 17 de julho de 1919, a Constituição de Weimar de 11 de agosto de

<sup>18</sup> DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. 5ª ed. Ver., atual. E ampl. São Paulo: Atlas, 2014; p. 12.

<sup>19</sup> COMPARATO, Fabio Konder. **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos**. 7ª ed. Rev. E atual. São Paulo: Saraiva, 2010; p. 65.

<sup>20</sup> BERTRAMELLO, Rafael. **Direitos humanos fundamentais: conceito, terminologia e perspectiva histórica**. 2014; p. 4. Disponível em: <<https://rafaelbertramello.jusbrasil.com.br/artigos/121943100/direitos-humanos-fundamentais-conceito-terminologia-e-perspectiva-historica>> Acesso em jan. 2017.

1919 e a Carta do Trabalho, editada pelo Estado Fascista italiano em 21 de abril de 1927.<sup>21</sup>

Com o fim da Segunda Guerra Mundial, as organizações internacionais tiveram uma expansão significativa, propondo uma cooperação entre as Nações. Em seguida, a Assembleia Geral das Nações Unidas proclamou a Declaração Universal dos Direitos do Homem, que reforçou os “direitos e garantias fundamentais” inerentes à pessoa e conseqüentemente provocou uma maior proteção internacional a esses direitos.<sup>22</sup>

A partir da contextualização histórica e conceitual dos direitos fundamentais, pode-se perceber que esses direitos são imprescindíveis em qualquer ordenamento jurídico que vise garantir e proteger o ser humano.

## 2.2 AS DIMENSÕES DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

Há bastante discussão quanto à questão da terminologia a ser empregada para caracterizar a evolução dos direitos fundamentais. Gerações é um dos termos mais usados pelos autores, com a justificativa de que na história desses direitos há uma gradação, onde surgiram a princípio os direitos clássicos individuais e políticos, seguidos pelos direitos sociais, e por fim, os direitos difusos ou coletivos.

Algumas expressões também aparecem doutrinariamente, como grupos de direitos fundamentais ou famílias de direitos fundamentais. Ocorre que, é crescente na doutrina, a utilização do termo dimensões para referir-se as categorias de direitos fundamentais. Isso porque, geração traz a ideia de substituição de cada uma pela posterior. Além disso, geração é um termo considerado por alguns autores como cronologicamente inexato.<sup>23</sup>

---

<sup>21</sup> FONSECA, Maria Hemília. **Direito ao Trabalho: um direito fundamental no ordenamento jurídico brasileiro.** São Paulo. 2006; p. 12. Disponível em: <<http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp011774.pdf>> Acesso em jan. 2017.

<sup>22</sup> *Ibidem, loc.cit.*

<sup>23</sup> DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais.** 5ª ed. Ver., atual. E ampl. São Paulo: Atlas, 2014; p. 23- 24.

Nessa mesma linha, Manuel Jorge afirma não existir substituição de uma geração por outra, e por isso, não há que se falar em “conflitos de gerações”.<sup>24</sup>

De acordo com Marmelstein, os direitos fundamentais sofreram muitas transformações com o decorrer da história:

Há quem pense que os direitos fundamentais representam valores imutáveis e eternos. Trata-se, porém, de uma visão equivocada. Na verdade, esses valores são bastante dinâmicos, sujeitos a saltos evolutivos e a tropeços históricos, já que acompanham a evolução cultural da própria sociedade. Desse modo, é natural que o conteúdo ético dos direitos fundamentais também se modifique ao longo do tempo.<sup>25</sup>

Deste modo, pode-se dizer que os direitos fundamentais possuem uma história vinculada com as mudanças ocorridas nas sociedades, adaptando-se às necessidades de cada época da vivência humana. Por esse motivo, esses direitos devem ser considerados como uma “categoria aberta e potencialmente ilimitada”, podendo ser complementada a partir da importância de determinado direito, contribuindo para o efetivo desenvolvimento do ordenamento jurídico.<sup>26</sup>

As declarações dos séculos XVIII e XIX marcam a primeira dimensão dos direitos fundamentais, com seu caráter individualista. Nesta dimensão, existe a preocupação com as liberdades formais para proteger o indivíduo e o Estado é visto como um mal necessário.<sup>27</sup>

O movimento Iluminista foi responsável por elucidar a preocupação com direitos inerentes à condição humana e, com o advento da Revolução Francesa, foi-se formando um Estado que se baseava na limitação do exercício de seu próprio poder.

Montesquieu iniciou um período de reconhecimento de direitos fundamentais em face do Estado Liberal, com a adoção da teoria da separação dos poderes. A sociedade passa a se basear na autonomia para a livre iniciativa, com indivíduos

---

<sup>24</sup> SILVA NETO, Manoel Jorge e. **Curso de Direito Constitucional: atualizado até a EC nº 67, de 22 de dezembro de 2010 e Sumula Vinculante nº 31, de 17/02/2010**. 7ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011; p. 592-593.

<sup>25</sup> MARMELESTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais**. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2014; p. 37.

<sup>26</sup> FONSECA, Maria Hemília. **Direito ao Trabalho: um direito fundamental no ordenamento jurídico brasileiro**. São Paulo. 2006; p. 12. Disponível em: <<http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp011774.pdf>> Acesso em jan. 2017.

<sup>27</sup> FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 34ª ed. Rev. E atual. São Paulo: Saraiva, 2008; p. 290.

livres e iguais, onde todos poderiam conquistar a ascensão social, adquirir bens materiais e serem livres pra competir.<sup>28</sup>

A primeira dimensão dos direitos fundamentais pode então ser traduzida pelos direitos individuais, ou seja, aqueles que se caracterizam pela autonomia como atributo da pessoa e relativo às suas faculdades pessoais. Carvalho resume os direitos da primeira dimensão, “são, em síntese, direitos de *status negativo*, pois o seu núcleo está na proibição de interferência imediata imposta ao Estado.”<sup>29</sup>

Os direitos civis são então consagrados na primeira dimensão, sendo estes a vida, a propriedade, a liberdade de locomoção, de participação política, representando a vitória do Estado Liberal sobre o Estado absolutista.<sup>30</sup>

O que se buscava no primeiro momento era a limitação do direito do Estado, e, portanto a garantia dos direitos fundamentais, procurando defender a vida e a integridade física baseados no ideal da liberdade.

No Brasil, é possível identificar a primeira dimensão dos direitos fundamentais na Constituição Política do Império de 1824, que demonstra os ideais de igualdade, trazendo expressamente a afirmação de que “a Lei será igual para todos”. Entretanto, a escravidão só foi abolida mais de cinquenta anos depois e o discurso liberalista não se aplicava a todos na sociedade. Era comum nesse período, trabalhadores reivindicando seus direitos, bem como, as forças armadas perseguindo lideranças operárias.<sup>31</sup>

Na segunda dimensão de direitos fundamentais, diferentemente da primeira, o contexto histórico existente era o das lutas sociais que tinham como finalidade o cumprimento pelo Estado dos direitos e garantias já conquistados. Além disso, essa dimensão exige do poder estatal obrigações que gerariam proteções coletivas e consequentemente, a defesa das prestações sociais.

O século XIX trouxe a Revolução Industrial e resultou numa prosperidade econômica para uma parcela pequena da sociedade, e por outro lado, gerou muitos problemas

---

<sup>28</sup> MARMELESTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais**. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2014; p. 37.

<sup>29</sup> CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Direito Constitucional – Teoria do estado e da Constituição – Direito Constitucional Positivo**. 15ª ed. Rev., atual. E ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2009; p. 727.

<sup>30</sup> MOTTA FILHO, Sylvio Clemente da. **Curso de Direito Constitucional**. Edição atualizada até a EC nº. 53/06. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007; p. 149.

<sup>31</sup> MARMELESTEIN, George. *Op. cit.* 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2014; p. 43.

sociais para a grande maioria da população, que passava fome, sofria com o desemprego e morria por falta de atendimento médico.<sup>32</sup>

A industrialização aumentou as desigualdades sociais, e acabou resultando numa crise do Estado Liberal. Foi necessário então, a criação de novos direitos do cidadão, entendidos como aqueles de segunda dimensão, tais como saúde, educação, seguridade social, dentre outros. Nesse período, consolidou a ideia de proteger o homem no plano social, cultural e econômico.<sup>33</sup>

Fabio Comparato<sup>34</sup> explica que, nesta segunda dimensão, o ser humano não é mais o titular desses direitos. A preocupação agora é com os grupos sociais, que eram atingidos pela miséria e marginalização.

Surge com a crise do liberalismo, o Estado Social de Direito, marcado pelos direitos a prestações ou direitos sociais, exigindo-se a presença do Estado para garantir esses direitos. Nesse novo modelo de sociedade, o Estado deve ter uma ação positiva, que contribua para uma vida digna dos menos favorecidos e conseqüentemente, diminua as desigualdades.<sup>35</sup>

Os direitos de segunda dimensão não substituem os de primeira, pois representam uma evolução dos direitos fundamentais. O papel estatal passa então do status negativo em prol das liberdades individuais, para assumir uma postura positiva perante os membros da coletividade.

As Constituições de 1934 e mais precisamente a de 1946 foram as primeiras a trazerem pro Brasil os ideais consolidados na segunda dimensão dos direitos fundamentais. Elas previam vários direitos sociais, como aposentadoria, educação e assistência social, além de direitos preocupados com a proteção dos trabalhadores.<sup>36</sup>

---

<sup>32</sup> MARMELSTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais**. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2014; p. 44.

<sup>33</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 5ª Ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 385

<sup>34</sup> COMPARATO, Fabio Konder. **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos**. 7ª ed. Rev. E atual. São Paulo: Saraiva, 2010; p. 66.

<sup>35</sup> CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. 5ª Ed. Juspodivm: Salvador, 2011, p. 563.

<sup>36</sup> MARMELSTEIN, George. *Op.cit.*. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2014; p. 47.

Seguindo a linha evolutiva dos direitos fundamentais, surgiram os direitos de terceira dimensão, estando relacionados com os ideais revolucionários de fraternidade ou solidariedade. Assim, esses direitos surgem com intuito de diminuir a desigualdade social e econômica entre as nações, por meio de ações conjuntas entre países ricos e pobres, em busca do bem estar coletivo.

A terceira dimensão de direitos fundamentais traz, diferentemente das anteriores, a ideia de descentralização do “homem-indivíduo” como o principal titular dos direitos, destinando a preocupação para os grupos humanos, mais precisamente a família, povo e nação. Nessa dimensão, consolidam-se os direitos de solidariedade e fraternidade, ou seja, direitos relacionados ao desenvolvimento, a paz, ao meio ambiente e qualidade de vida, o que permite a alguns autores denominarem esses direitos de coletivos ou difusos.<sup>37</sup>

Sobre a terceira dimensão, esclarece Luciano Meneguetti:

Nos chamados direitos de terceira dimensão, o indivíduo, uma vez inserido em uma coletividade, passa a gozar de direitos que não dizem respeito somente a ele, mas a todos, os chamados direitos de solidariedade ou fraternidade, consistentes, dentre outros, no direito ao desenvolvimento, a um ambiente protegido, à comunicação, à liberdade de informação, à qualidade de vida, ao patrimônio comum da humanidade, à autodeterminação dos povos etc. Cuida-se, na verdade, do resultado de novas reivindicações fundamentais do ser humano, geradas, dentre outros fatores, pelo impacto tecnológico, pelo estado crônico de beligerância e por diversos outros fatores. Esses direitos, portanto, distinguem-se dos demais em razão de sua titularidade coletiva, isto é, são direitos que não pertencem a uma pessoa determinada e sim a toda uma coletividade.<sup>38</sup>

No Brasil, a Constituição Federal de 1988 refletiu os direitos trazidos pela terceira dimensão. O Constituinte de 88, preocupou-se com o meio ambiente, prevendo um capítulo específico para sua proteção, provavelmente influenciado pela Declaração de Estocolmo, aprovada em 1972 nas Nações Unidas.<sup>39</sup>

---

<sup>37</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 12ª ed. Rev. Atual. E ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015; p. 48.

<sup>38</sup> PEREIRA, Luciano Meneguetti. **As dimensões de direitos fundamentais e necessidade de sua permanente reconstrução enquanto patrimônio de todas as gerações**. P. 12. Disponível em <<http://www.aems.edu.br/conexao/edicaoanterior/Sumario/2013/downloads/2013/3/33.pdf>> Acesso em jan. 2017.

<sup>39</sup> MARMELSTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais**. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2014; p. 49.

É possível verificar a consagração dos direitos fundamentais no Brasil também na jurisprudência. Em um julgado de 1995 no STF, o ministro Celso Antônio, descreve as três “gerações” de direitos fundamentais.<sup>40</sup>

A existência de novas dimensões de direitos fundamentais não é questão pacífica na doutrina. Alguns autores falam sobre a existência de uma quarta e uma quinta dimensão, baseando-se na ideia de que a evolução dos direitos fundamentais não parou na terceira dimensão.

Marmelstein diz que “a luta pela dignidade da pessoa humana é constante na história, e as normas jurídicas devem constantemente se adaptar às aspirações sociais e culturais que vão surgindo.”<sup>41</sup> Dessa forma, ele acredita que novas dimensões vão aparecendo conforme as mudanças da sociedade, consequências da globalização, dos avanços na tecnologia e na medicina.

### 2.3 OS DIREITOS FUNDAMENTAIS NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

Os direitos fundamentais são considerados por alguns doutrinadores como patrimônio da humanidade, resultado de um processo de constitucionalização que começou no século XVIII, tendo reconhecimento internacional a partir da Declaração da Organização das Nações Unidas de 1948.

Por serem direitos próprios da pessoa humana, os direitos fundamentais contribuem para uma evolução da sociedade sendo, portanto, necessários e indispensáveis para garantir uma ao homem uma vida livre, digna e igualitária. À medida que a

---

<sup>40</sup> “EMENTA: Enquanto os direitos de 1ª geração (direitos civis e políticos)- que compreendem as liberdades clássicas, negativas ou formais – realçam o princípio da liberdade e os direitos de segunda geração (direitos econômicos, sociais e culturais) – que se identificam as liberdades positivas, reais ou concretas – acentuam o princípio da igualdade, os direitos de 3ª geração, que materializam poderes de titularidade coletiva atribuídos genericamente a todas as formações sociais, consagram o princípio da solidariedade e constituem um momento importante no processo de desenvolvimento, expansão e reconhecimento dos direitos humanos, caracterizados, enquanto valores fundamentais indisponíveis, pela nota de uma essencial inexauribilidade” STF, Pleno, MS 22164/SP, rel. Min. Celso de Mello, DJ1, de 17.11.1995, p.39206. Disponível em <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/745049/mandado-de-seguranca-ms-22164-sp>> Acesso em jan. 2017.

<sup>41</sup> MARMELESTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais**. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2014; p. 49.

sociedade evolui, surgem novos interesses e desta maneira, os direitos fundamentais estão sempre se renovando.<sup>42</sup>

É possível identificar a inserção dos direitos fundamentais, explicitamente, nas constituições a partir da Segunda Guerra Mundial, justificando-se pela preocupação em âmbito internacional com a tutela dos direitos da pessoa humana. Neste período pós-guerra, em que a sociedade mundial estava aterrorizada com a violência cometida pelos regimes fascista, stalinista e nazista, bem como sofria com a instabilidade de relação entre alguns países foi o momento propício para garantir a efetiva proteção da dignidade da pessoa humana.<sup>43</sup>

Nesse sentido, José Afonso explica:

O reconhecimento dos direitos fundamentais do homem em enunciados explícitos nas declarações de direitos, é coisa recente, e está longe de se esgotarem suas possibilidades, já que a cada passo na etapa da evolução da Humanidade importa na conquista de novos direitos. Mais que conquista, o reconhecimento desses direitos caracteriza-se como reconquista de algo que, em termos primitivos, se perdeu, quando a sociedade se dividira em proprietários e não proprietários.<sup>44</sup>

O Brasil passou por vinte e um anos de um regime excepcional após o golpe militar de 1964. A partir de 1985, o país iniciou um período de redemocratização o que resultou na promulgação da Constituição Federal de 1988. Esta constituição, vigente até os dias atuais, representou um grande avanço quanto aos direitos e garantias fundamentais, bem como estabeleceu um regime político democrático.

O constituinte de 1988 consagrou, a dignidade do homem como valor essencial, de modo que esse direito fundamental sirva de diretriz para todo o ordenamento jurídico. Nos primeiros capítulos da CF/88, ficaram estabelecidos diversos direitos e garantias individuais, sendo estes definidos como cláusulas pétreas, conforme o art. 60, § 4º, inciso IV. A CF/88 inovou ao inserir no seu Título II os Direitos Sociais, o que demonstra a intenção do legislador constituinte sobre a vinculação dos mesmos com os direitos individuais.<sup>45</sup>

---

<sup>42</sup> ABREU, Neide Maria Carvalho. **Os direitos fundamentais na constituição federal de 1988**. P. 2. Disponível em <<http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/XIVCongresso/055.pdf>> Acesso em fev. 2017.

<sup>43</sup> Ibidem, p. 8.

<sup>44</sup> SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 32ª ed. Rev. Atual. Até a Emenda Constitucional n. 57, de 18.12.2008. São Paulo: Malheiros Editores, 2009; p. 185.

<sup>45</sup> ABREU, Neide Maria Carvalho. **Os direitos fundamentais na constituição federal de 1988**. P. 2. Disponível em

Os direitos fundamentais encontram-se a partir do art. 5º, parágrafo 1º, da Constituição de 88. Este artigo é considerado um dos mais importantes de todo o texto constitucional, já que dispõe sobre a aplicabilidade imediata das regras que estabelecem os direitos e garantias fundamentais. O artigo 5º dispõe ainda:

Os direitos e garantias expressos nesta constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais de que a República Federativa do Brasil seja parte.<sup>46</sup>

Percebe-se então, que a própria Constituição prevê a possibilidade da existência de outros direitos e garantias fundamentais inseridos ao longo de todo o texto constitucional, bem como traz a disposição sobre os direitos e garantias decorrentes de tratados internacionais receberem o mesmo tratamento dos direitos fundamentais.

Deste modo, a Constituição Federal de 1988 representou um grande avanço para todo o ordenamento jurídico brasileiro e refletiu positivamente na sociedade, tendo uma preocupação perceptível com os direitos fundamentais e consagrando a dignidade da pessoa humana como norteador de todos os demais.

## 2.4 CONVIVÊNCIA FAMILIAR: NOÇÕES ELEMENTARES

Diante da exploração acerca dos direitos fundamentais e a compreensão de sua importância para o ordenamento jurídico brasileiro, analisar-se-á mais especificamente o convívio familiar, sua composição e regulamentação pelo direito e por fim sua fundamentalidade enquanto direito garantido constitucionalmente.

De acordo com Neidemar José Fachinetto<sup>47</sup>, a convivência familiar, “antes de ser um direito é uma necessidade, pois é na família que se estabelece a primeira relação de afeto, sobre a qual se apoia todo o desenvolvimento posterior do indivíduo.”

---

<<http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/XIVCongresso/055.pdf>> Acesso em fev. 2017.

<sup>46</sup> BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)> Acesso em 12 nov. 2016

<sup>47</sup> FACHINETTO, Neidemar José. **Convivência familiar e cidadania**. Rio Grande do Sul, 2007, p. 5. Disponível em <[http://www.desenvolvimentosocial.pr.gov.br/arquivos/File/Convivencia\\_familiar\\_Neidemar\\_Fachinetto.pdf](http://www.desenvolvimentosocial.pr.gov.br/arquivos/File/Convivencia_familiar_Neidemar_Fachinetto.pdf)> Acesso em jan. 2017.

O direito a conviver com a família é um dos direitos fundamentais de todo ser humano, pois a família é tida como o núcleo básico de formação e manutenção de laços afetivos. Tal direito, não significa apenas o fato de nascer e viver em uma família, expressa também o direito a ter vínculos através dos quais a pessoa se introduz em uma cultura e em uma sociedade, tornando-se, de fato e de direito, cidadão.

#### **2.4.1 A evolução do conceito e da estrutura familiar**

A estrutura familiar sempre desempenhou, durante o decorrer dos séculos, papel primordial na vida do ser humano e até hoje constitui o núcleo básico e essencial da sociedade e do Estado. A família é a primeira esfera social da qual o homem faz parte e se mostra como um dos institutos mais dinâmicos do Direito, já que as mudanças sociais tem reflexo direto na sua constituição e desenvolvimento.

O Direito de Família é um dos ramos do Direito que mais passou por modificações, principalmente após a Revolução Industrial e a Revolução Francesa, diante do declínio do patriarcalismo e o surgimento dos movimentos feministas, que ganham força, gradativamente, até hoje.

Primeiramente, tem-se como “família” um grupo de sujeitos ligados através de um vínculo composto por uma ligação emotiva profunda e por um sentimento de pertencimento, ou seja, indivíduos que, de alguma forma, se sentem ligados aos valores, crenças, emoções e outras características daquele grupo.<sup>48</sup>

Nesse contexto, importante frisar que a família é considerada como a unidade social mais antiga que se obteve registro e que permeia o ser humano, tendo em vista que, mesmo antes dos indivíduos se organizarem em comunidades, havia a relação constituída através de laços fortes originados por ancestrais comuns ou pelo matrimônio/união.

Maria Helena Diniz define o termo família em três acepções; tem-se como primeira acepção a família no sentido amplíssimo em que consistiria na afinidade; na

---

<sup>48</sup> GALERA Sueli; MARGARITA Luis. **Principais Conceitos da Abordagem Sistêmica em Cuidados de Enfermagem ao Indivíduo e sua Família, 2002**; p. 143 Disponível em: <file:///C:/Users/BIANCACRAMOS/Downloads/41284-49304-1-PB.pdf> Acesso em: 13 set. 2016.

concepção lato sensu, há a abrangência além dos cônjuges ou companheiros e, conseqüentemente, dos seus descendentes de grau 1 (um), tendo em vista que abarca os parentes de linhas reta e colateral, assim como os parentes afins; e, ainda, como última acepção, tem-se o sentido restrito em que família ser-lhe-ia a comunidade/grupo formado(a) pelos pais e seus filhos.<sup>49</sup>

No que se refere ao caráter jurídico da família, leciona Paulo Lôbo:

Sob o ponto de vista do direito, a família é feita de duas estruturas associadas: os vínculos e os grupos. Há três sortes de vínculos, que podem coexistir ou existir separadamente: vínculos de sangue, vínculos de direito e vínculos de afetividade. A partir dos vínculos de família é que se compõem os diversos grupos que a integram: grupo conjugal, grupo parental (pais e filhos), grupos secundários (outros parentes e afins).<sup>50</sup>

Para entender e analisar a convivência familiar é necessário um estudo histórico-evolutivo em relação à família como instituição, sobre a qual foram agregados costumes e valores morais capazes de repaginar sua estrutura. A família como é tradicionalmente vista decorre muito significativamente do que foi determinado à época da antiguidade. A família como agrupamento cultural, preexiste ao Estado, e está acima do Direito, então, merece atenção. O direito tutela as relações familiares, conforme o seu momento histórico.<sup>51</sup>

Os primeiros arranjos familiares não constituíram efetivamente uma família nos moldes atuais. Ainda assim, a família aparece como a primeira forma de organização social que se tem notícia.

Desde o principio da civilização, o homem tende a se aproximar dos seus semelhantes a fim de satisfazer suas necessidades pessoais ou patrimoniais. Percebe-se que a família como é conhecida na atualidade, teve o inicio da sua formação na civilização Romana. A Família Romana era liderada pelo Pater Famílias, sendo vista como uma unidade jurídica, econômica e religiosa.

Existiam dois sentidos que definiam família de acordo com os juristas romanos: em um sentido mais amplo, abarcava o conjunto de pessoas que descendiam de um parente comum e caso este fosse vivo, todos viviam sob seu poder e em sentido

<sup>49</sup> DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil brasileiro: Direito de Família**. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 9.

<sup>50</sup> LÔBO, Paulo. **Direito Civil: família**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 2.

<sup>51</sup> GOMES, Roseane dos Santos. **Evolução do Direito de Família e a Mudança de Paradigma das Entidades Familiares**. P. 1 Disponível em <<http://www.viajus.com.br/viajus.php?pagina=artigos&id=1006>> Acesso em 30 out. 2016

mais restrito, designava o complexo de pessoas que estavam sob a *potestas do Pater familiae*.<sup>52</sup>

Na Idade Média, a família recebeu forte influência do Direito Romano e do Direito Canônico. Neste período, a Igreja passou a exercer intervenções sobre a formação familiar, definindo o matrimônio como sacramento e o diferenciando do matrimônio romano que era considerado como pagão.<sup>53</sup>

Seguindo sua linha evolutiva, a família passou a ser vista com uma ótica mais capitalista, onde de acordo com Cristiano Chaves e Nelson, “a família não tinha significado idealístico, assumindo uma conotação patrimonial, dizendo respeito à propriedade, designando os escravos pertencentes a alguém, a sua casa, a sua propriedade”.<sup>54</sup>

Por tais razões, se mostra tão importante o estudo da evolução da família e seus reflexos na sociedade, seja no direito civil ou nas relações de trabalho, visto que, “dentre todas as instituições, públicas ou privadas, a da família reveste-se da maior significação. Ela representa, sem contestação, o núcleo fundamental, a base mais sólida em que repousa toda a organização social.”<sup>55</sup>

Dessa forma, é perceptível que a estrutura familiar sofreu diversas alterações ao longo do tempo. Neste sentido explica Adriana Maluf:

Avançando e retrocedendo, conservando-se e alternando-se, reinventando-se, enfim, para buscar na atualidade, a recepção incondicional do ser humano, tendo em vista suas necessidades, possibilidades e preferências valorativas, contemplando como objetivo maior o pleno desenvolvimento da sua personalidade, potencialidades, em face da sua dignidade intrínseca, visando o alcance da felicidade e do bem-estar social.<sup>56</sup>

As famílias tradicionais tinham como base, a estrutura em que o homem era o provedor e chefe da família, e a mulher, em contrapartida, detinha a função de reprodutora e era responsável pelas atividades domésticas e cuidado dos filhos.

---

<sup>52</sup> DABUS, Adriana Caldas do Rego Freitas. **Novas modalidades de família na pós-modernidade**. 2010, p. 22. Tese. Prof. Orientador: Associado Roberto João Elias. (Doutorado em direito). Faculdade de Direito da USP, São Paulo. Disponível em <file:///C:/Users/Josu%C3%A9/Downloads/TESE\_COMPLETA\_PDF\_ADRIANA.pdf> Acesso em jan. 2017.

<sup>53</sup> *Ibidem*, loc.cit.

<sup>54</sup> FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito das Famílias**. Rio de Janeiro. Editora Lumen Juris, 2010, p. 9.

<sup>55</sup> MONTEIRO, Washington de Barros; SILVA, Regina Beatriz Tavares da. **Curso de Direito Civil**. 39ª ed., São Paulo: Saraiva, 2009, v.2, p. 01.

<sup>56</sup> MALUF, A. C. do R. F. D. **Novas modalidades de família na pós-modernidade**. São Paulo: Atlas, 2010, p. 3.

Atualmente, os arranjos familiares são diferentes, depois de passarem por constantes modificações, principalmente pela inserção da mulher no mercado de trabalho, começa a existir necessidade de divisão dos trabalhos domésticos com o homem.

O conceito de família contemporâneo estende-se para além da família tradicional, formada pelo casamento, como esclarece Nayara Hakime:

Tais arranjos diversificados podem variar em combinações de diversas naturezas, seja na composição ou também nas relações familiares estabelecidas. A composição pode variar em uniões consensuais de parceiros separados ou divorciados; uniões de pessoas do mesmo sexo; uniões de pessoas com filhos de outros casamentos; mães sozinhas com seus filhos, sendo cada um de um pai diferente; pais sozinhos com seus filhos; avós com os netos; e uma infinidade de formas a serem definidas, colocando-nos diante de uma nova família, diferenciada do clássico modelo de família nuclear.<sup>57</sup>

Observa-se então que, as consequências dessas transformações nas configurações familiares trouxe mudanças nas relações de parentesco e nas relações no interior da família. As famílias com novas roupagens, são famílias onde não há um papel exato para cada membro, pelo contrario, o que se percebe são papéis difusos entre estes.

A família moderna quando comparada com a tradicional, cujas funções internas eram rigidamente definidas, estão modificadas. Isso é perceptível pelos integrantes dessas novas formas de configuração familiar, pois, as pessoas também estão em processo de transformações no seu modo de agir e pensar.

Essa nova perspectiva, tem reflexos, não só nas novas formas de configuração familiar, mas também no mercado de trabalho. Novos problemas sociais surgem, e daí começa a preocupação com a conciliação entre família e trabalho.

Deste modo, o interesse do Estado na preservação da família se justifica, já que nela se assentam as colunas econômicas e as raízes morais da organização social. Assim, na preservação de sua própria sobrevivência, tem o Estado interesse primário em proteger a família, por meio de leis que lhe assegurem o desenvolvimento estável e a intangibilidade de seus elementos institucionais.<sup>58</sup>

---

<sup>57</sup> OLIVEIRA, Nayara Hakime Dutra de. **Recomeçar: família, filhos e desafios**. São Paulo: Editora UNESP; São Paulo: Cultura Acadêmica, 2009, p. 236. Disponível em <<http://books.scielo.org/id/965tk/pdf/oliveira-9788579830365-03.pdf>> Acesso em jan. 2017.

<sup>58</sup> RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil**. V. 6. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 04

### 2.4.2 A família na Constituição Federal de 1988

No Brasil, foi sob a luz da Constituição de 1891 que foi elaborado o Código Civil de 1916, delineando, exclusivamente, a família constituída pelo matrimônio. Na análise de Maria Berenice dias, este código:

Traz uma estreita e discriminatória visão da família, limitando-a ao grupo originário do casamento e impedia a sua dissolução. Fazia distinções entre seus membros e trazia qualificações discriminatórias às pessoas unidas sem casamenta e aos filhos havidos dessas relações. As referências feitas aos vínculos extramatrimoniais e aos filhos ilegítimos eram punitivas e serviam para excluir direitos.<sup>59</sup>

Nas disposições do Código Civil, era perceptível que este considerava o casamento civil como o único meio de formação de entidade familiar. A Constituição de 1934 foi a primeira que realmente se preocupou em interferir na vida privada familiar, determinando a indissolubilidade do casamento, exceto nos casos de anulação ou desquite, e autorizando o voto feminino.<sup>60</sup>

A Constituição de 1937 foi responsável por determinar a igualdade entre os filhos havidos na relação matrimonial, considerados legítimos, e os filhos naturais. Anos depois, com o advento da Lei nº 4.121/64<sup>61</sup>, ou “Estatuto da Mulher Casada”, o Direito de Família galgou largos passos na busca pela igualdade entre homens e mulheres, desmitificando, ao menos parcialmente, a suposta superioridade masculina a que a sociedade era acostumada, passando-se a iniciar um processo de reorganização jurídica do ente familiar.

Entretanto, até a Constituição de 1967, só havia o reconhecimento jurídico da relação formalizada pelo casamento civil. Já em 1977, a Lei do Divórcio, representou um importante marco para o Direito brasileiro, pois trouxe inovações para o âmbito conjugal e familiar.

A Constituição Federal de 1988, em contrapartida, representou uma revolução na tutela jurídica das estruturas familiares, ao reconhecer a existência de outras formas

---

<sup>59</sup> DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 9ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p.30.

<sup>60</sup> BRASIL. **Constituição da Republica Federativa do Brasil**. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao34.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao34.htm)> Acesso em 12 nov. 2016

<sup>61</sup> BRASIL. **LEI 4.121**, de 27 de agosto de 1962. Estatuto da Mulher casada. Brasília, 27 ago. 1962 <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/1950-1969/L4121.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/L4121.htm)> Acesso em 12 nov. 2016

de família, não só aquelas advindas do matrimônio, mas a união estável e o núcleo formado por qualquer dos pais e seus descendentes, como entidade familiar.<sup>62</sup>

Neste mesmo sentido, Paulo Luiz Netto Lobo afirma:

O princípio do pluralismo das entidades familiares rompe com a tradição centenária do direito brasileiro de apenas considerar como instituto jurídico o casamento, desde as Ordenações do Reino, todas as Constituições brasileiras (imperial e republicanas) estabeleceram que apenas a família constituída pelo casamento seria protegida pelo Estado. Apenas a Constituição de 1988 retirou do limbo ou da clandestinidade as demais entidades familiares, nomeadamente a união estável e a entidade uni-parental (pai ou mãe e filhos). Os integrantes dessas famílias – relegadas a meros fatos sociais, não jurídicos – eram destituídos de direitos familiares idênticos.<sup>63</sup>

É possível observar no próprio texto constitucional a consagração de um sistema normativo aberto, onde traz um rol exemplificativo dos tipos familiares mais comuns e por isso, expressos. Além disso, pode-se verificar as outras configurações familiares no conceito extraído do art. 226, e por se tratar de conceito indeterminado necessita de concretização de acordo com a evolução na sociedade.

Desse modo, percebe-se que a organização da família é compreendida a partir de princípios e de regras advindos de diferentes instrumentos de controle social: a lei, a moral, a religião e as regras de trato social. A regulamentação da esfera familiar se forma, assim, pela intervenção do Estado e por disposições internas, adquiridas na moral, na religião e nas regras de trato social.<sup>64</sup>

A partir das diversas mudanças no papel, na importância e sua função, a família atual é caracterizada por diversas facetas. Nesse sentido, percebe-se que o principal papel da família agora, é dar suporte emocional aos seus integrantes. Por esse motivo, é difícil definir a família como um conceito único, estático e imutável, pois a própria estrutura dos laços familiares está na sua característica dinâmica.<sup>65</sup>

A família então, consolida-se a partir de um conceito moderno, recaindo sobre a entidade familiar, uma visão que se sobrepõe aos limites da previsão jurídica (casamento, união estável e família monoparental) e tende a abarcar todo e

---

<sup>62</sup> BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)> Acesso em 12 nov. 2016

<sup>63</sup> LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Direito Civil: Famílias**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva. 2010, p. 68.

<sup>64</sup> NADER, Paulo. **Curso de direito civil**. V. 5. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense Jurídica, 2010, p. 19.

<sup>65</sup> GOMES, Roseane dos Santos. **Evolução do Direito de Família e a Mudança de Paradigma das Entidades Familiares**. P. 1. Disponível em <<http://www.viajus.com.br/viajus.php?pagina=artigos&id=1006>> Acesso em 30 out. 2016

qualquer agrupamento de pessoas onde permeie o elemento afeto (*affectio familiae*). O ordenamento jurídico passa a ter o dever de reconhecer como família todo e qualquer grupo no qual os seus membros enxergam uns aos outros como seu familiar.<sup>66</sup>

Importante observar que a família passa a ter uma concepção mais ampla, onde existe uma pluralidade de estruturas familiares, calcados nos valores da ética e do afeto. Para o Direito conseguir se adequar a esses referenciais modernos, foi necessário um entrelaçamento entre as normas Constitucionais - os artigos 226, e 227 - e Infraconstitucionais - o Código Civil e as leis Extravagantes.

### 2.4.3 A função social da família

A relevância social da estrutura familiar é algo perceptível nas sociedades, como já foi verificado a partir da evolução e conceituação feita acima. Assim, a ideia de que a família serve apenas para garantir interesses patrimoniais, políticos e econômicos já não se sustenta mais. A preocupação do Direito deve ser então, buscar a efetividade da função social da família na formação da sociedade.

Deste modo, a partir do entendimento que a família exerce uma função essencial na sociedade, principalmente quando se fala do desenvolvimento de seus membros, é possível identificar a importância incontestável para o desenvolvimento sadio da criança. Uma família onde predomina o afeto, independente da sua composição, saberá lidar com os problemas da vida moderna e com as frustrações psicológicas que a todos alcançam, para administrá-las com equilíbrio.<sup>67</sup>

O ordenamento jurídico, diante da relevância social do instituto, deve ter a sensibilidade de acompanhá-lo, reconhece-lo e buscar sua efetividade. Assim, a existência da função social de um instituto independe de estar citado expressamente em texto constitucional ou legal. Levando em consideração que o Direito é um

---

<sup>66</sup> GOMES, Roseane dos Santos. **Evolução do Direito de Família e a Mudança de Paradigma das Entidades Familiares**. P. 1. Disponível em

<<http://www.viajus.com.br/viajus.php?pagina=artigos&id=1006>> Acesso em 30 out. 2016

<sup>67</sup> SCHREIBER, Elisabeth. **Os Direitos Fundamentais da Criança na Violência Intrafamiliar**. Porto Alegre: Ricardo Lenz, 2001, p. 49.

produto cultural e fruto dos anseios de determinada sociedade, resulta que todo instituto jurídico é criado e tem um determinado fim a cumprir.<sup>68</sup>

A família moderna deve cumprir um papel no sentido de servir como ambiente propício para a promoção da dignidade e a realização da personalidade de seus membros, disponibilizando valores, servindo como alicerce fundamental para o alcance da felicidade.<sup>69</sup>

Conclui-se deste modo, que a função social da família, é dinâmica no tempo assim como sua própria essência, sendo passível de modificação de acordo com a cultura vigente e as necessidades sociais dos membros da família em determinada época, de modo que possa ser capaz de proporcionar um lugar privilegiado para a boa vivência e dignidade de seus componentes.

#### **2.4.4 A convivência familiar como um direito fundamental**

É indiscutível a importância da família para uma vida digna em sociedade. O ordenamento jurídico ocupa, então, um lugar de destaque na efetiva proteção dos membros da família, em especial àqueles que merecem uma maior tutela, devido ao seu grau elevado de vulnerabilidade.

Nesse sentido, Paulo Lobo observa que:

A convivência familiar se configura como a relação afetiva diuturna e duradoura entretida pelas pessoas que compõem o grupo familiar, em virtude de laços de parentesco ou não, no ambiente comum. Supõe-se o espaço físico, a casa, o lar, a moradia, mas não necessariamente, pois as atuais condições de vida e o mundo do trabalho provocam separações dos membros da família no espaço físico, mas sem perda da referência ao ambiente comum, tido como pertença de todos. É o ninho no qual as pessoas se sentem recíproca e solidariamente acolhidas e protegidas, especialmente as crianças.<sup>70</sup>

A convivência familiar, como um direito fundamental, é consagrada pela Constituição Federal e pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, decorrendo do princípio do melhor interesse e da proteção integral, como também do Estatuto do Idoso.

---

<sup>68</sup> GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da; ANDRIOTTI, Caroline Dias. **Breves notas históricas da função social no Direito Civil**. In: GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da (Coord.). *Função social no Direito Civil*. São Paulo: Atlas, 2007, p. 126.

<sup>69</sup> FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direito das Famílias*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p.12.

<sup>70</sup> LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Direito Civil: Famílias**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 68.

Entretanto, este direito não se restringe apenas a proteção da criança, do adolescente e do idoso, pois, apesar destes serem os mais vulneráveis e necessitarem de uma proteção especial, o direito ao convívio com familiares deve ser destinado a todo ser humano.

O direito a convivência familiar, é pensado para a família e cada integrante dela, além de ser dirigido ao Estado e a sociedade. Este direito não se limita a direcionar-se aos genitores e filhos, mas também a convivência com os parentes próximos, como os avós, tios e primos, onde existe uma integração entre eles num ambiente familiar, desta forma tem igual fundamento e aplicabilidade o princípio da convivência familiar.

No tocante a proteção da criança e do adolescente, o artigo 227 da Constituição Federal de 1988<sup>71</sup>, assegura:

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

Neste artigo, estão consolidados os direitos fundamentais à infância. Ele dispõe que é dever da família, da sociedade e do Estado assegurar, com prioridade absoluta, a educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade, e à convivência familiar e comunitária, bom como os coloca a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.<sup>72</sup>

A Constituição Federal de 88 determina ainda, em seu artigo 229, que os pais têm o dever de assistir e educar os filhos, bem como os filhos mais velhos devem amparar os pais na velhice, o que reforça a importância dada pelo constituinte de garantir a efetiva proteção da família. <sup>73</sup>

---

<sup>71</sup> BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)> Acesso em 12 nov. 2016

<sup>72</sup> PEREIRA, Tânia da Silva. **O melhor interesse da criança**. In PEREIRA, Tânia da Silva. O melhor interesse da criança: um debate interdisciplinar. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 14.

<sup>73</sup> BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)> Acesso em 12 nov. 2016

É possível extrair também do Código Civil<sup>74</sup> a convivência familiar, enquanto um verdadeiro dever dos pais, decorrente do poder familiar, além da proteção integral da criança e do adolescente.

O Estatuto da Criança e do Adolescente, em seu art. 22, dispõe que os pais têm o dever de sustento, guarda e educação dos filhos menores, cabendo-lhes, ainda, no interesse destes, a obrigação de cumprir e fazer cumprir as determinações judiciais. As novas faces familiares, assim como, o recente panorama do mercado de trabalho, têm implicação direta na busca por formas diversas de conciliação com a família.<sup>75</sup>

Dessa forma, o Direito tem a obrigação de proteger e tutelar a criança, o adolescente e ao idoso, como também garantir o direito à convivência destes à própria família ou ao estado: compreende-se, portanto um verdadeiro dever social. As crianças e os adolescentes devem ser tutelados em razão de estarem em condição peculiar de desenvolvimento.<sup>76</sup>

Nesse seguimento, Sergio Luiz Kreuz afirma que:

Não se limita, portanto, à interpretação das leis pelos juízes e tribunais, mas deve ser o princípio orientador das políticas públicas, nas ações administrativas e na aplicação de medidas de proteção pela rede de atendimento. Aplica-se, evidentemente, tanto à criança quanto ao adolescente, já que a Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança entende como criança “todo ser humano com menos de dezoito anos de idade”. Não significa por outro lado, atender aos desejos da criança e do adolescente, permitindo que façam tudo que desejam. O interesse da criança e do adolescente está vinculado, também, ao estabelecimento de limites, à disposição para receber educação, ao respeito à autoridade dos pais e professores, ao conhecimento de noções de responsabilidade e no respeito às regras sociais. A omissão, a negligência dos pais e responsáveis, neste sentido, evidentemente, contraria o interesse dos filhos. Esse princípio deve ser entendido como norma, como imperativo,

---

<sup>74</sup> Art. 1.634. Compete aos pais, quanto à pessoa dos filhos menores: I - dirigir-lhes a criação e educação; II - tê-los em sua companhia e guarda; III - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para casarem; IV – nomear-lhes tutor por testamento ou documento autêntico, se o outro dos pais não lhe sobreviver, ou o sobrevivente não puder exercer o poder familiar; V – representá-los, até os dezesseis anos, nos atos da vida civil, e assisti-los, após essa idade, nos atos em que forem as partes, suprindo-lhes o consentimento; VI - reclamá-los de quem ilegalmente os detenha; VII – exigir que lhes prestem obediência, respeito e os serviços próprios de sua idade e condição. BRASIL. **LEI 10.406**, de 10 de janeiro de 2002. Código Civil. Brasília, DF 10 de janeiro de 2002. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm)> Acesso em 12 nov. 2016

<sup>75</sup> BRASIL. **Lei 8.069**, de 13 de JULHO de 1990. Estatuto da Criança e do Adolescente. Brasília, DF 13 de julho de 1990. Disponível em <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8069.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm)> Acesso em 12 nov. 2016

<sup>76</sup> PEREIRA, Tânia da Silva. **O melhor interesse da criança**. In PEREIRA, Tânia da Silva. O melhor interesse da criança: um debate interdisciplinar. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 14.

para a concretização de todos os direitos assegurados às crianças e adolescente.<sup>77</sup>

A jurisprudência caminha no mesmo sentido e em decisões recentes consagra o direito a convivência familiar. É possível verificar esse entendimento em decisões que se discute o direito de visita, onde fica claro a prioridade do ordenamento em garantir a efetivação dos direitos fundamentais da criança e do adolescente, como na Apelação Cível: AC 10439130008659001 MG<sup>78</sup>.

Com relação à proteção do idoso no Brasil, o Estatuto do Idoso prevê em seu artigo 3º, dentre outras obrigações impostas à família, a sociedade e ao Estado, garantir o direito à convivência familiar para o idoso. Este dispositivo estabelece em seu parágrafo único, de forma exemplificativa, as garantias de prioridade, prevendo em seus incisos IV e V a “viabilização de formas alternativas de participação, ocupação e convívio do idoso com as demais gerações” e também “a priorização do atendimento do idoso por sua própria família, em detrimento do atendimento asilar, exceto dos que não a possuam ou careçam de condições de manutenção da própria sobrevivência”.<sup>79</sup>

Percebe-se então que o legislador destacou e reforçou a importância da família e do convívio familiar, pois há influência de forma direta na qualidade de vida das pessoas idosas. Desse modo, é importante compreender que o convívio com

<sup>77</sup> KREUZ, Sergio Luiz. **Direito à convivência familiar da criança e dos adolescente: direitos fundamentais, princípios constitucionais e alternativas ao acolhimento institucional**. Curitiba: Juruá, 2012, p. 73 <Disponível em <http://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/29218/R%20-%20D%20-%20SERGIO%20LUIZ%20KREUZ.pdf?sequence=1>> Acesso em 15 nov. 2016

<sup>78</sup> TJ-MG - Apelação Cível : AC 10439130008659001 MG

Data de publicação: 17/05/2013

**Ementa:** CRIANÇA E ADOLESCENTE. DIREITO DE VISITA. PAI PRESO. MEDIDAS DE PROTEÇÃO DESTINADA A RESGUARDAR O MENOR. DIREITO À CONVIVÊNCIA FAMILIAR. DOUTRINA DA PROTEÇÃO INTEGRAL. O princípio da proteção integral impõe que o Estado, a família e a sociedade assegurem a efetivação plena e unitária de todos os direitos fundamentais da criança e do adolescente, dentre os quais além do direito de ser resguardado de situações com potencial para impingir violência psicofísica ao menor, também resta abarcado o direito à convivência familiar. Num primeiro momento não se mostra em descompasso com o princípio da proteção integral a simples autorização de visita ao pai que está cumprindo pena em estabelecimento prisional, mormente quando condicionada ao acompanhamento do representante legal e ao monitoramento do serviço social respectivo. MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Apelação Cível Nº 10439130008659001. Sexta Câmara Cível. Relatora: Selma Marques. Julgado em 30 abr. 2013. Disponível em: <<https://tj-mg.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/115495013/apelacao-civel-ac-10439130008659001-mg>>. Acesso em: jan. 2017.

<sup>79</sup> BRONZATTI, Carla Cargnelutti; LOUZADA, Marcelle Cardoso. **O direito à convivência familiar e comunitária do idoso: como fica o idoso abandonado?** 2015, p. 05. Disponível em <[http://sites.fadisma.com.br/entrementes/anais/wp-content/uploads/2015/08/o-direito-a-convivencia-familiar-e-comunitaria-do-idoso\\_-como-fica-o-idoso-abandonado\\_.pdf](http://sites.fadisma.com.br/entrementes/anais/wp-content/uploads/2015/08/o-direito-a-convivencia-familiar-e-comunitaria-do-idoso_-como-fica-o-idoso-abandonado_.pdf)> Acesso em jan. 2017.

familiares não é apenas um ônus imposto ao poder público, mas sim um direito do idoso que impacta diretamente em toda sociedade.

Finalmente, cabe destacar que a convivência familiar deve ser entendida de maneira ampla, não se resumindo somente aos membros da família. Pode-se então visualizar a convivência com animais, amigos e outros atores que tenham importância significativa na vida e na formação do ser humano, como fundamental e digna de tutela pelo ordenamento jurídico brasileiro.

### 3 A EFICÁCIA HORIZONTAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES DE EMPREGO

Este capítulo será responsável por analisar os efeitos verticais e horizontais dos direitos fundamentais e suas possíveis implicações nas relações de emprego. Diante da abordagem feita previamente nesta pesquisa, percebe-se a importância dos direitos fundamentais e, portanto, é necessário discutir acerca da sua extensão na esfera privada, levando em consideração que a violação a esses direitos pode decorrer não somente da ação do Estado.

No passado, acreditava-se que os direitos fundamentais incidiam apenas na relação entre o cidadão e o Estado, ou seja, apenas existia a eficácia vertical desses direitos. Porém, no século XX, surge na Alemanha a teoria da eficácia horizontal dos direitos fundamentais defendendo a incidência destes também nas relações privadas (particular-particular). Nesse sentido, João Trindade explica, “é chamada eficácia *horizontal* ou *efeito externo* dos direitos fundamentais (*horizontalwirkung*), também conhecida como eficácia dos direitos fundamentais contra terceiros (*drittwirkung*).”<sup>80</sup>

A evolução histórica do Estado e da sociedade fez com que não somente o poder estatal ameace os direitos fundamentais, mas também integrantes da iniciativa privada, presentes nas mais diversas áreas, tais como o mercado, a empresa, a sociedade civil, a família. Desse modo, torna-se indispensável proteger os direitos fundamentais numa sociedade cada vez mais desigual.<sup>81</sup>

Atualmente, no Brasil o entendimento consolidado é a aplicação dos direitos fundamentais não só nas relações entre o Estado e o cidadão (eficácia vertical), mas também nas relações entre os particulares (eficácia horizontal).

---

<sup>80</sup> FILHO, João Trindade Cavalcante. **Eficácia horizontal dos direitos fundamentais**. 2011; p. 1. Disponível em < <http://direitoconstitucionalconcursos.blogspot.com.br/2011/09/eficacia-horizontal-dos-direitos.html>> Acesso em fev. 2017.

<sup>81</sup> SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. 2 ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008, p. 185.

### 3.1 ORIGENS DA TEORIA DA EFICÁCIA HORIZONTAL

A teoria da eficácia horizontal, de maneira geral, surge e se expande na jurisprudência e doutrina Alemã em meados do século XX. Conforme explica João Trindade, o “Caso Lüth” é considerado como paradigma desta teoria:

Aceita-se como caso-líder dessa teoria o “Caso Lüth”, julgado pelo Tribunal Constitucional Federal Alemão em 1958. Erich Lüth era crítico de cinema e conclamou os alemães a boicotarem um filme, dirigido por Veit Harlam, conhecido diretor da época do nazismo (dirigira, por exemplo, *Jud Süß*, filme-ícone da discriminação contra os judeus). Harlam e a distribuidora do filme ingressaram com ação cominatória contra Lüth, alegando que o boicote atentava contra a ordem pública, o que era vedado pelo Código Civil alemão. Lüth foi condenado nas instâncias ordinárias, mas recorreu à Corte Constitucional. Ao fim, a queixa constitucional foi julgada procedente, pois o Tribunal entendeu que o direito fundamental à liberdade de expressão deveria prevalecer sobre a regra geral do Código Civil que protegia a ordem pública. Esse foi o primeiro caso em que se decidiu pela aplicação dos direitos fundamentais também nas relações entre os particulares (*drittwirkung*, eficácia horizontal).<sup>82</sup>

A discussão sobre a eficácia horizontal ultrapassou o contexto alemão e atingiu vários países, sendo hoje, predominantemente aceita a vinculação das relações particulares aos direitos fundamentais.

Arion Sayão Romita afirma que os direitos fundamentais surgiram no mesmo momento histórico que as relações privadas se concretizavam por meio dos negócios jurídicos, sob a proteção do princípio da autonomia privada onde as normas jurídicas que tutelavam essas relações eram típicas do direito privado. Então, com a prevalência da autonomia privada, os particulares não possuíam poderes de autoridade e se encontravam na mesma condição de igualdade, por isso não podiam suscitar os direitos fundamentais em suas relações.<sup>83</sup>

Entretanto, o que se percebeu foi que essa condição de igualdade não existia na realidade, existindo apenas na teoria, justificando-se pelo fato de que nem todos na sociedade tinham paridade na defesa de seus interesses e não eram tratados da mesma forma. Dessa maneira, o que ocorria em muitas ocasiões é uma disparidade entre os lados da relação, onde diversos contratos e acordos eram celebrados de forma contrária aos direitos fundamentais.

---

<sup>82</sup> FILHO, João Trindade Cavalcante. **Eficácia horizontal dos direitos fundamentais**. 2011; p. 1. Disponível em < <http://direitoconstitucionalconcursos.blogspot.com.br/2011/09/eficacia-horizontal-dos-direitos.html>> Acesso em fev. 2017

<sup>83</sup> ROMITA, Arion Sayão. **Direitos Fundamentais nas Relações de Trabalho**. 5 ed. São Paulo : LTr, 2005. P. 196

Nesse seguimento, Ângelo Márcio<sup>84</sup> explica que a teoria da eficácia horizontal ganhou força quando, se percebeu que diversos atores que não o Estado, poderiam atingir a efetividade dos direitos fundamentais, e por este motivo a incidência desses direitos também deveria ser estendida ao âmbito das relações entre particulares. O referido autor afirma ainda que “os efeitos da proteção dos direitos fundamentais passaram então a alcançar às relações jurídicas em que particulares se encontram numa situação hipotética de igualdade jurídica.”

A percepção de que os direitos fundamentais possuem caráter objetivo se fortaleceu, pois o Estado além de proteger e resguardar tais direitos, até mesmo nas relações jurídicas entre particulares, deve agir coercitivamente tutelando esses direitos.

Considerando então, os direitos fundamentais como princípios estruturantes de uma sociedade, cabe ao Estado preservar e promover esses direitos. Ainda, de acordo com Gilmar Mendes<sup>85</sup>, o aspecto objetivo dos direitos fundamentais, traz a noção de que esses direitos exprimem valores básicos da ordem jurídica e social, a serem observados pelo poder estatal, ou seja, uma eficácia irradiantes da ordem objetiva.

O debate mais atual que a doutrina tem enfrentado é com relação a forma com que esses direitos fundamentais interferem na autonomia privada, se direta ou indiretamente, já que o particular quando atua como sujeito passivo desses direitos não pode estar no mesmo plano que o estado. Então, essencialmente o que se busca é compatibilizar a efetiva proteção dos direitos fundamentais com a tutela da autonomia privada.<sup>86</sup>

A questão enfrenta um grau maior de complexidade quando está diante de uma relação privada, em que há relativa igualdade de condições. Nessa situação, o que pode ser feito é uma ponderação entre os valores envolvidos, objetivando alcançar uma harmonização entre eles no caso concreto. Há, portanto, uma busca do

---

<sup>84</sup> KLOSTER, Ângelo Márcio. **A eficácia horizontal dos direitos fundamentais**. P. 10. Disponível em <file:///C:/Users/Josu%C3%A9/Downloads/a\_eficacia\_horizontal%20(1).pdf> Acesso em fev. 2017.

<sup>85</sup> MENDES, Gilmar; COELHO, Inocêncio; BRANCO, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Editora Saraiva, 2007, p. 274.

<sup>86</sup> SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. 2 ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008, p. 186.

ordenamento jurídico no sentido de compatibilizar o direito fundamental envolvido no caso e a autonomia privada, sem oprimir nenhum dos dois.<sup>87</sup>

Dessa maneira, analisar a possibilidade de aplicação dos direitos fundamentais é essencial, pois não caberia a mera equiparação com a vinculação existente entre o indivíduo e Estado, porque na relação entre particulares, ambos os polos estão revestidos de direitos.

### 3.2 TEORIAS SOBRE A EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Ao tratar da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, desde sua origem, surgem muitas controvérsias. Dentre as teorias que explicitam o tema, as principais são: a doutrina do *State Action* ou teoria da ineficácia horizontal, a teoria da eficácia horizontal indireta ou mediata, a teoria da eficácia direta ou imediata e outras teorias acerca da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais. A seguir, será feita uma análise de cada uma das teorias, bem como dos aspectos principais sobre a eficácia horizontal dos direitos fundamentais, que permitirá adentrar, posteriormente, no que diz respeito especificamente à aplicabilidade direta dos direitos fundamentais nas relações de emprego.

#### 3.2.1 Doutrina do *State Action* ou Teoria da ineficácia horizontal dos direitos fundamentais

Em meados do século XX, surgiram na Alemanha as primeiras manifestações relacionadas à possibilidade de aplicação de direitos fundamentais nas relações entre particulares. Nesse contexto alemão, surgiram também as primeiras teses contrárias. Os fundamentos que embasam as “teorias negativas” tratam basicamente, de uma preocupação com a manutenção da autonomia privada, e representam os resquícios de uma ideologia liberal que deu início a teoria dos direitos fundamentais. Além disso, no texto constitucional alemão, esta previsto no

---

<sup>87</sup> MENDES, Gilmar; COELHO, Inocêncio; BRANCO, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Editora Saraiva, 2007, p. 277.

artigo 1.3 a oposição dos direitos fundamentais aos poderes estatais, não mencionando os particulares, o que serviu como mais um argumento contrário a eficácia horizontal.<sup>88</sup>

Ao analisar a discussão sobre a eficácia dos direitos fundamentais, percebe-se que o debate acerca da eficácia horizontal se concentra não na possibilidade de sua incidência, mas na maneira como irá incidir. Todavia, não menos importante se mostra, o estudo sobre as teorias que rejeitam essa aplicação, principalmente para que se percebam os resultados práticos desse posicionamento.

A teoria da ineficácia horizontal dos direitos fundamentais ou doutrina do *State Action* nega a eficácia dos direitos fundamentais. Esta teoria, portanto, rejeita a possibilidade de aplicação desses direitos nas relações entre particulares, tendo sua ênfase na jurisprudência norte – americana.

Os principais doutrinadores da teoria da ineficácia horizontal ou “teoria da negação da eficácia dos direitos fundamentais” foram Mangoldt e Forsthoff. O pensamento dos autores é explicitado por Daniel Sarmento:

Dentre os argumentos invocados por esta corrente, destacam-se a tradição histórica liberal dentro da qual cristalizam-se os direitos fundamentais, o texto constitucional alemão, que prevê expressamente apenas a vinculação dos poderes públicos aos direitos fundamentais no seu art. 1.3, bem como a vontade histórica do constituinte, pois não se discutiu, durante a elaboração da Lei Fundamental alemã, a vinculação dos atores privados aos direitos fundamentais, já que as atenções estavam voltadas para a proteção contra o Estado, até pela proximidade da experiência nazista.

Ademais, declarava-se que a “teoria da eficácia horizontal dos direitos fundamentais” extinguiria a autonomia privada e, sobretudo, a identidade do Direito Privado, o qual seria sugado pelas normas constitucionais.<sup>89</sup>

Marcelo Novelino<sup>90</sup> esclarece que a tese da não vinculação ganhou destaque nos Estados Unidos, onde se firmou de maneira mais extensa e duradoura tanto na doutrina como na jurisprudência. No contexto jurídico estadunidense, ainda prevalece a ideia de que os direitos fundamentais são oponíveis somente ao Poder

---

<sup>88</sup> BIANCHI, Joe Nunes. **Empresa, Direitos Fundamentais e Função Social**. 2007, p. 26. Dissertação. Orientadora: Profa. Doutora. Marta Marília Tonin. (Mestrado em Direito) – Faculdades Integradas Curitiba, Curitiba. Disponível em <<http://tede.unicuritiba.edu.br/dissertacoes/JoeNunesBianchi.pdf>> Acesso em fev. 2017.

<sup>89</sup> SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 188.

<sup>90</sup> NOVELINO, Marcelo. **Direito Constitucional**. 5 ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2011, p. 202.

Público, excetuando apenas a 13ª Emenda Constitucional do país, que proibiu expressamente a escravidão, e, portanto, atingiu a iniciativa privada.

A doutrina da *State Action*, como ficou conhecida a teoria da ineficácia horizontal dos direitos fundamentais no ordenamento jurídico norte-americano, se baseia na interpretação literal da Constituição e na autonomia privada. Além disso, a *state action* está ligada a autonomia federativa, justificando-se pelo fato de que nos Estados Unidos cabe aos Estados membros legislar sobre direito privado.<sup>91</sup>

Em 1883, os julgamentos dos *Civil Rights Cases* marcaram o surgimento da doutrina da “*State Action*”, considerando que os direitos fundamentais previstos na Constituição apenas vinculam o Estado. Entretanto, em 1940 a Suprema Corte norte-americana começou a aplicar a *public function theory* que mitiga a *state action*, sujeitando assim, os particulares aos direitos fundamentais quando estes estiverem exercendo atividades tipicamente estatais. Com essa atuação, o judiciário permitiu uma ampliação de incidência dos direitos fundamentais em relações jurídicas, ainda que o Estado não intervisse diretamente.<sup>92</sup>

A mitigação da *State Action* mantém o entendimento de que apenas o Poder Público é sujeito passivo dos direitos fundamentais. Todavia, amplia o nexo de causalidade que liga o Estado a uma suposta violação a direitos fundamentais dos cidadãos, e através de entendimento jurisprudencial, permite a oposição desses direitos a particulares quando a atuação destes estiver relacionada com o poder público ou quando o particular age como se fosse o Estado.<sup>93</sup>

Nesse sentido, Sarmento esclarece:

Ademais, existem, segundo a Suprema Corte, certas atividades que independentemente da delegação, são de natureza essencialmente estatal, e, portanto, quando os particulares as exercitam, devem submeter-se integralmente aos direitos fundamentais previstos na Constituição.<sup>94</sup>

---

<sup>91</sup> SARMENTO, Daniel; GOMES, Fábio Rodrigues. A Eficácia Dos Direitos Fundamentais Nas Relações Entre Particulares: O Caso Das Relações De Trabalho. **Rev. TST**. Brasília. Vol. 77, no 4, out/dez 2011. Disponível em < <http://www.tst.jus.br/documents/1295387/ba6d2078-7c20-49ab-b5c6-e08d2d9cd0e8> >. Acesso em: fev. 2017. p.66

<sup>92</sup> *Idem*. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 201-203.

<sup>93</sup> GARCIA, Lucyellen Roberta Dias. Aplicabilidade Direta Das Normas De Direito Fundamental Às Relações Privadas. **Revista FANORPI de Divulgação Científica**. n. 2. ano 2013. Disponível em < <http://www.fanorpi.edu.br/universitas/downloads/numero2/artigo02.pdf> >. Acesso em: fev. 2016

<sup>94</sup> SARMENTO, Daniel. *Op. cit.*, 2008, p. 204.

Existe uma forte crítica doutrinária a ideia trazida pela teoria da ineficácia horizontal dos direitos fundamentais, que afasta a oponibilidade de pessoas privadas a esses direitos. Ainda assim, vale destacar, que essa teoria prevaleceu no direito suíço e canadense, além do norte-americano, embora seja cada vez menor o número de adeptos dessa tese.<sup>95</sup>

Por fim, ressalta-se que tal tese prejudica a efetivação dos direitos fundamentais nos diversos locais em que estes deveriam incidir, no tocante principalmente as relações privadas, que se tornaram cada vez mais complexas e importantes para a própria preservação do ser humano na sociedade.

### 3.2.2 Teoria da eficácia horizontal indireta ou mediata

A teoria da eficácia indireta (ou mediata), basicamente, sustenta que a aplicação dos direitos fundamentais está condicionada a atuação do Poder Legislativo. Ao contrário da anterior, essa teoria defende a ideia de que o Poder Público não é o único sujeito passivo de um direito fundamental sendo, portanto, admitido a oponibilidade desse direito a um particular.

De origem alemã, o doutrinador Günter Dürig publicou em 1956, a chamada a “teoria da eficácia indireta ou mediata dos direitos fundamentais”, que surge em um ambiente que predominava o individualismo, característica do constitucionalismo liberal-burguês, onde se percebe que as agressões aos direitos fundamentais não se originam apenas do Estado.<sup>96</sup>

Arion Sayão Romita esclarece:

A primeira teoria, acolhida pelo Tribunal Constitucional da Alemanha (Bundesverfassungsgericht), repele a possibilidade de aplicação imediata dos direitos fundamentais às relações privadas. O objetivo dos direitos fundamentais não é solucionar diretamente os conflitos de interesses privados; sua aplicação se realiza pela utilização de meios previstos no ordenamento jurídico. Os direitos fundamentais são “decisões valorativas”, “normas objetivas” ou “valores fundamentais”, cuja função em face do direito privado se restringe à interpretação da norma aplicável. A projeção dos direitos fundamentais nas relações jurídico-privadas só se justifica quando

---

<sup>95</sup> KLOSTER, Ângelo Márcio. **A eficácia horizontal dos direitos fundamentais**. P. 13. Disponível em <file:///C:/Users/Josu%C3%A9/Downloads/a\_eficacia\_horizontal%20(1).pdf> Acesso em fev. 2017.

<sup>96</sup> SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 208.

eles não contrariam os princípios do direito privado. Vale dizer, exige-se uma espécie de “recepção” dos direitos fundamentais pelo direito privado como condição para a sua aplicação.<sup>97</sup>

A teoria da eficácia indireta (ou mediata) admite, portanto, a possibilidade de invocar os direitos fundamentais nas relações privadas, além da aplicação já existente no âmbito das relações entre o Estado e o cidadão.

A liberdade humana, antes considerada como objeto de tutela apenas da legislação, começa a sofrer prejuízos advindos de poderes não estatal. Surge então a compreensão de que o Estado tem o dever de proteger os direitos fundamentais, incluindo as relações privadas como detentoras desses direitos.<sup>98</sup>

Os principais fundamentos sustentados pela teoria da eficácia indireta se baseiam na necessidade de garantir a segurança jurídica, bem como na manutenção da autonomia da iniciativa privada. Os defensores dessa tese, afirmam que é necessário que a aplicação dos direitos fundamentais nas relações particulares ocorra por meio da interposição legislativa prévia. Daniel Sarmiento<sup>99</sup> afirma que “para a teoria da eficácia mediata, os direitos fundamentais não ingressam no cenário privado como direitos subjetivos, que possam ser invocados a partir da Constituição”.

Para essa corrente doutrinária, é preciso que haja atuação do legislador privado ordinário para estabelecer de maneira abstrata situações que envolvam particulares, onde será plausível a incidência dos direitos fundamentais, sem contanto, existir afronta a autonomia privada. Ou seja, não é possível para essa teoria, que se extraia diretamente da constituição o direito fundamental que se pretende tornar oponível na relação privada.

A eficácia horizontal indireta se concretiza, então, por meio da interpretação conferida pelos juízes, com base nos direitos fundamentais, às cláusulas gerais e aos conceitos jurídicos indeterminados aplicáveis a determinado caso concreto, o

---

<sup>97</sup> ROMITA, Arion Sayão. **Direitos Fundamentais nas Relações de Trabalho**. 5 ed. São Paulo : LTr, 2005.p. 54

<sup>98</sup> BIANCHI, Joe Nunes. **Empresa, Direitos Fundamentais e Função Social**. 2007, p. 26. Dissertação. Orientadora: Profa. Doutora. Marta Marília Tonin. (Mestrado em Direito) – Faculdades Integradas Curitiba, Curitiba. Disponível em < <http://tede.unicuritiba.edu.br/dissertacoes/JoeNunesBianchi.pdf> > Acesso em fev. 2017

<sup>99</sup> SARMENTO, Daniel; GOMES, Fábio Rodrigues. A Eficácia Dos Direitos Fundamentais Nas Relações Entre Particulares: O Caso Das Relações De Trabalho. **Rev. TST**. Brasília. Vol. 77, no 4, out/dez 2011. Disponível em < <http://www.tst.jus.br/documents/1295387/ba6d2078-7c20-49ab-b5c6-e08d2d9cd0e8> >. Acesso em: fev. 2017. p.66.

que, de certa forma, não deixa de atrelar essa aplicação à prévia existência de norma infraconstitucional.<sup>100</sup>

Nesse sentido, a incidência dos direitos fundamentais na seara privada deve ocorrer por meio das cláusulas gerais no ordenamento civil, ou, mediante a aplicação das demais regras, próprias do direito privado. Entretanto, o nível de aplicação dos direitos fundamentais, conforme a teoria da eficácia indireta, deve ocorrer de maneira atenuada. Essa teoria reconhece ainda, conforme ressalta Gilmar Mendes, que o Estado obriga-se a “proteger os direitos fundamentais em todas as relações mantidas no âmbito do ordenamento jurídico, o que inclui o dever de protegê-los, também, contra entidades privadas.”<sup>101</sup>

A teoria da eficácia indireta ou mediata pode se resumir, de acordo com Daniel Sarmento da seguinte forma:

(i) as normas de direitos fundamentais têm aplicabilidade nas relações entre particulares através das normas e das técnicas interpretativas próprias de direito privado (direito civil, direito do trabalho, direito comercial), isto é, no caso concreto, a interpretação-aplicação de normas de direitos fundamentais não se processa de forma direta, sendo realizada através de mediação de outras normas existentes no ordenamento infraconstitucional; (ii) a eficácia de direitos fundamentais nas relações entre particulares está condicionada à mediação concretizadora do legislador de direito privado, em primeiro plano, e do juiz e dos tribunais, em segundo plano; (iii) ao legislador cabe o desenvolvimento dos direitos fundamentais por meio da criação de regulamentações normativas específicas que delimitem o conteúdo, as condições de exercício e o alcance desses direitos nas relações entre particulares; (iv) ao juiz e aos tribunais, ante o caso concreto e na ausência de desenvolvimento legislativo específico, compete dar eficácia às normas de direitos fundamentais por meio da interpretação e aplicação dos textos de normas de direito privado (interpretação conforme aos direitos fundamentais).<sup>102</sup>

Dessa forma, Sarmento sustenta ainda que, os argumentos trazidos pelos defensores da eficácia horizontal indireta dos direitos fundamentais nas relações privadas são apenas atenuantes em comparação àqueles levantados pela teoria da ineficácia horizontal. Para o autor, a principal diferença entre as duas teorias está baseado no reconhecimento pela teoria da eficácia indireta que os direitos

---

<sup>100</sup> SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. 2 ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008, p. 199.

<sup>101</sup> MENDES, Gilmar; COELHO, Inocêncio; BRANCO, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Editora Saraiva, 2007, p. 280.

<sup>102</sup> *Ibidem*, p. 197.

fundamentais emitem valores com eficácia irradiante e por isso se difundem por todo o ordenamento jurídico, incluindo o Direito Privado.<sup>103</sup>

De acordo com o que defende a teoria da aplicabilidade indireta, as cláusulas gerais são o meio principal de ingresso dos direitos fundamentais no sistema jurídico privado como ordem objetiva de valores.<sup>104</sup> As chamadas cláusulas gerais podem ser definidas como textos de abordagem vaga, dispostos dessa maneira intencionalmente para permitir ao intérprete a possibilidade de complementação no momento de sua aplicação ao caso concreto, ou seja, por serem conceitos abertos, seu conteúdo será definido por uma valoração do aplicador da norma.

Entretanto, vale destacar que essa valoração feita pelo aplicador da norma deve se basear no sistema de valores consagrados pela constituição, não se limitando, portanto, a concepções morais ou não jurídicas do intérprete. Virgílio Afonso da Silva esclarece que essa valoração não pode, diferentemente do que muitos pensam, “[...] ser uma valoração baseada em valores morais extras ou supra legais. Essa valoração deve ser baseada, e aqui se revela o elo de ligação, no sistema de valores consagrados pela Constituição.”<sup>105</sup>

A teoria da eficácia horizontal indireta ou mediata dos direitos fundamentais é alvo de críticas doutrinárias, pois concentra a solução do problema ao legislador ordinário, já que não oferece um sistema de tutela integral aos direitos privados na seara privada. Além disso, a referida teoria é considerada redundante, pois defende a tese já difundida de que a interpretação dos direitos fundamentais deve ser feita em consonância com a Constituição.

### 3.2.3 Teoria da eficácia horizontal direta ou imediata

A teoria da eficácia horizontal direta ou imediata dos direitos fundamentais, propõe basicamente que, não é necessária nenhuma ação intermediária infraconstitucional

---

<sup>103</sup> SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 200.

<sup>104</sup> MIRANDA, Daniel Gomes de. **Constitucionalização do direito privado e a função social do contrato e da propriedade na empresa**. 2010, p. 32. Dissertação. Orientador: Prof. Dr. João Luis Nogueira Matias. Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará, Fortaleza.

<sup>105</sup> SILVA, Virgílio Afonso Da. **A constitucionalização do direito: Os direitos fundamentais nas relações entre particulares**. São Paulo: Ed. Malheiros, 2008, p. 78-79.

para que esses direitos sejam também aplicáveis nas relações entre particulares, já que devem ser aplicados da mesma forma que são desenvolvidos nas relações entre o Estado e os cidadãos.

A Alemanha é novamente o berço da teoria da eficácia horizontal direta, que foi defendida inicialmente, na década de 50, por Hans Carl Nipperdey. De acordo com o pensamento do autor, embora alguns direitos fundamentais previstos na Constituição alemã vinculem apenas o Estado, outros, pela sua natureza, podem ser invocados diretamente nas relações privadas, independentemente de qualquer mediação por parte do legislador, uma vez que esses direitos são dotados de oponibilidade erga omnes. Tal teoria apesar de ter surgido na Alemanha, não tem grande aceitação naquele país na atualidade, mas é aplicada em países como Espanha, Portugal, Argentina, e também no Brasil.<sup>106</sup>

O fundamento principal trazido por esta teoria, baseia-se na verificação de que os direitos fundamentais são alvos de ameaças no mundo contemporâneo, não advindas apenas do Estado, mas também dos poderes sociais e de terceiros em geral. Daniel Miranda<sup>107</sup> explica que “a opção constitucional pelo Estado Social importaria no reconhecimento desta realidade, tendo como consequência a extensão dos direitos fundamentais às relações entre particulares.”

O referido autor ainda esclarece que:

Nipperdey também parte da noção de Constituição como ordem objetiva de valores, que deve fundamentar toda a ordem jurídica, inclusive a privada, porém não concorda que a influência dos direitos fundamentais no Direito privado se dê por meio de pontos de infiltração como as cláusulas gerais.

Em verdade, alguns direitos fundamentais (não todos) devem ser diretamente aplicados nas relações privadas, valendo como direitos subjetivos contra entidades privadas detentoras de poder social mesmo entre os cidadãos, estes direitos poderiam ser aplicados diretamente, servindo de base para a invalidação de negócios jurídicos.<sup>108</sup>

Na análise da teoria da eficácia imediata, algumas observações merecem ser destacadas. Cumpre ressaltar inicialmente, que ela não se mostra incompatível com a teoria da eficácia mediata, as duas se complementam. Da mesma maneira que

---

<sup>106</sup> SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. 2 ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008, p. 200.

<sup>107</sup> MIRANDA, Daniel Gomes de. **Constitucionalização do direito privado e a função social do contrato e da propriedade na empresa**. 2010, p 32. Dissertação. Orientador: Prof. Dr. João Luis Nogueira Matias. Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará, Fortaleza.

<sup>108</sup> *Ibidem, loc.cit.*

expõe a teoria da eficácia indireta, para quem defende a eficácia direta, cabe ao juiz, a princípio, interpretar a norma e aplicá-la ou caso concreto, na situação em que houver regulamentação de alguma legislação ordinária. No caso em que houver omissão do legislador, a solução deve ser retirada diretamente da Constituição Federal, prevenindo então, possíveis agressões a direitos fundamentais por particulares.

Para a teoria da eficácia imediata os direitos fundamentais têm efeitos absolutos e por esse motivo não necessitam de mediação legislativa para serem aplicados às relações privadas. Entretanto, quando a teoria fala em efeitos absolutos, não faz menção a uma eventual concepção dos direitos fundamentais como direitos absolutos. Com a expressão direitos absolutos, ela quer dizer que eles têm aplicação direta sobre os casos concretos, independentemente de mediação legislativa.<sup>109</sup>

Virgílio Afonso da Silva<sup>110</sup> ressalta que, com base no princípio da proporcionalidade, há necessidade de se ponderar os direitos fundamentais com a autonomia privada, já que as relações privadas possuem características específicas. Dessa forma, a intensidade de aplicação dos direitos fundamentais não deve ser a mesma estabelecida na relação entre o Estado e o indivíduo, uma vez que o Poder Público é o responsável por proteger o bem comum, sendo os particulares destinatários dessa proteção.

Nesse sentido, há quem defenda que devem ser estabelecidos critérios específicos para a aplicação dos direitos fundamentais às relações jurídico-particulares para que a liberdade individual não seja ameaçada, evitando assim o “subjativismo judicial, o casuísmo desmedido e, por consequência, a insegurança jurídica”.<sup>111</sup>

Marcelo Novelino<sup>112</sup> ressalta algumas críticas feitas a esta teoria, apesar da sua ampla aceitação doutrinária. Uma delas consiste na, “desfiguração do direito privado; a ameaça à sobrevivência da autonomia privada, conceito chave do direito

---

<sup>109</sup> SILVA, Virgílio Afonso Da. **A constitucionalização do direito: Os direitos fundamentais nas relações entre particulares**. São Paulo: Ed. Malheiros, 2008, p. 88.

<sup>110</sup> *Ibidem*, p. 87.

<sup>111</sup> NOVELINO, Marcelo. **Direito Constitucional**. 5 ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2011; p. 393.

<sup>112</sup> *Ibidem*, *loc.cit.*

civil e a incompatibilidade com os princípios democrático, da separação dos poderes e da segurança jurídica.”

Entretanto, Angelo Kloster acredita que tais argumentos não procedem, já que as “normas privadas devem estar em consonância com a constituição vigente, formando um todo harmônico e sensível às ameaças aos direitos fundamentais, em todas as órbitas, inclusive no âmbito privado.”<sup>113</sup>

Ademais, importante destacar que a teoria da eficácia horizontal direta ou imediata, não defende a tese de que todos os direitos fundamentais se aplicam as relações privadas. Essa aplicação deve ocorrer de maneira individualizada e dependerá de cada norma de determinado direito fundamental.

Luis Roberto Barroso<sup>114</sup> afirma que, para a realidade brasileira a teoria da aplicabilidade imediata e direta é a mais adequada, e este entendimento defendido por ele prevalece também no restante da doutrina. Além disso, o referido autor esclarece que alguns elementos contidos no caso concreto devem ser avaliados na ponderação entre direitos fundamentais e autonomia privada, entre eles, deve ser avaliada a igualdade ou desigualdade material entre os polos da relação, risco a dignidade da pessoa humana e preponderância de valores existenciais diante de patrimoniais.

Finalmente, mesmo com algumas críticas, a teoria da eficácia direta ou imediata parece invocar a tese mais adequada para uma efetiva proteção dos direitos fundamentais. Entretanto, há que superar os obstáculos de aplicação prática, evitar o desrespeito a autonomia privada, bem como afastar a insegurança jurídica, mediante a observação do princípio da proporcionalidade, e então obter uma aplicação justa e direta dos direitos fundamentais nas relações entre particulares.

---

<sup>113</sup> KLOSTER, Ângelo Márcio. **A eficácia horizontal dos direitos fundamentais**. P. 13. Disponível em <file:///C:/Users/Josu%C3%A9/Downloads/a\_eficacia\_horizontal%20(1).pdf> Acesso em fev. 2017.

<sup>114</sup> BARROSO, Luis Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. São Paulo: Saraiva, 2009. p.214

### 3.2.4 Outras teorias acerca da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais

Fugindo dos ideais tradicionais, teses intermediárias surgem a partir da reunião dos elementos clássicos a novos conceitos construídos para encontrar melhores saídas à resolução da problemática, sendo formada por tendências moderadoras.

A primeira das teorias é a doutrina dos deveres de proteção ou imperativos de tutela estatal, que se baseia na tese que os direitos fundamentais são oponíveis, inicialmente nas relações entre Estado e os cidadãos, e, portanto, não se configurariam como direitos subjetivos dos indivíduos a serem convocados nas relações privadas. Entretanto, como o Estado possui o imperativo de tutela, tem o dever de tutelar e garantir os preceitos constitucionais também nas relações privadas, independentemente de qual seja a ameaça.<sup>115</sup>

Essa doutrina foi desenvolvida na Alemanha por quatro doutrinadores: Claus-Wilhelm Canaris, Joseph Iseense, Klaus Stern e Stefan Oeter.<sup>116</sup> O principal entendimento trazido pela teoria visa discutir quais seriam as funções que decorreriam da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais.

Sobre a doutrina dos deveres de proteção ou imperativos de tutela, Ingo Wolfgang Sarlet afirma que:

Outra importante função atribuída aos direitos fundamentais e desenvolvida com base na existência de um dever geral de efetivação atribuído ao Estado, por sua vez agregado à perspectiva objetiva dos direitos fundamentais, diz com o reconhecimento de deveres de proteção (Schutzpflichten) do Estado, no sentido de que a este incumbe zelar, inclusive preventivamente, pela proteção dos direitos fundamentais dos indivíduos não somente contra os poderes públicos, mas também contra agressões providas de particulares e até mesmo de outros Estados. Esta incumbência, por sua vez, desemboca na obrigação de o Estado adotar medidas positivas da mais diversa natureza (por exemplo, por meio de proibições, autorizações, medidas legislativas de natureza penal, etc.), com o objetivo precípuo de proteger de forma efetiva o exercício dos direitos fundamentais.

---

<sup>115</sup> NETO, José Mario Porto. **Diretos fundamentais e sua aplicação às relações privadas**. 2014, p. 79. Dissertação. Orientador: Doutor Fernando Alves Correia. Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra. Disponível em <<https://estudogeral.sib.uc.pt/bitstream/10316/34817/1/Direitos%20Fundamentais%20e%20sua%20Aplicao%20as%20Relacoes%20Privadas.pdf>> Acesso em fev. 2017.

<sup>116</sup> WYZYKWOSKI, Adriana Brasil Vieira. **A Concretização Do Direito Fundamental Ao Lazer Nas Relações De Emprego**. 2012. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade Federal do Estado da Bahia, Salvador. p. 104

É possível observar a semelhança entre a teoria da eficácia direta e a doutrina dos deveres de proteção, bem como à teoria da eficácia indireta. Porém, a aproximação entre as duas primeiras é maior, visto que ambas defendem a ideia de garantir a proteção dos direitos fundamentais também na iniciativa privada. Visualiza-se indícios da teoria da eficácia indireta, na medida em que propõe a intervenção do legislador ordinário para proteger efetivamente os direitos fundamentais.<sup>117</sup> Ademais, a teoria dos deveres de proteção defende a possibilidade de intervenção do judiciário por meio do controle de constitucionalidade.

Daniel Sarmento ressalta que essa teoria não acrescenta novos elementos ao debate acerca da aplicabilidade dos direitos fundamentais nas relações jurídico-privadas.<sup>118</sup> Além disso, é incabível afirmar que somente o Estado se vincularia aos direitos fundamentais, sendo portanto inadequado à realidade da vida moderna.

A segunda teoria que busca estruturar a questão em estudo é a teoria da convergência estatista, do alemão Jürgen Schwabe. Para esse doutrinador, toda ameaça de direito fundamental entre particulares deve ser oposta ao Estado, porque a lesão, em última análise, é resultado de uma ação ou omissão estatal. Essa teoria torna a discussão das outras teorias como um problema aparente, já que toda atividade dos particulares pode ser atribuída ao Estado, ainda quando justificada à luz da manifestação da autonomia privada.<sup>119</sup>

A teoria de Schwabe não se preocupa em explicar de que maneira os direitos fundamentais de vinculam as relações privadas.<sup>120</sup> Na realidade, a discussão se torna vazia, pois o dever de promover, instituir e defender os direitos fundamentais está todo com o poder estatal. Assim, o Estado é o responsável por qualquer ameaça ou violação a direitos fundamentais, ainda que estes sejam considerados como direitos públicos subjetivos.

---

<sup>117</sup> KLOSTER, Ângelo Márcio. **A eficácia horizontal dos direitos fundamentais**. P. 13. Disponível em <file:///C:/Users/Josu%C3%A9/Downloads/a\_eficacia\_horizontal%20(1).pdf> Acesso em fev. 2017.

<sup>118</sup> SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. 2 ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008, p. 200.

<sup>119</sup> NETO, José Mario Porto. **Diretos fundamentais e sua aplicação às relações privadas**. 2014, p. 79. Dissertação. Orientador: Doutor Fernando Alves Correia. Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra. Disponível em <<https://estudogeral.sib.uc.pt/bitstream/10316/34817/1/Direitos%20Fundamentais%20e%20sua%20Aplicao%20as%20Relacoes%20Privadas.pdf>> Acesso em fev. 2017.

<sup>120</sup> SARMENTO, Daniel. *Op. Cit.* 2 ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008, p. 220.

Essa teoria, não se preocupa em diferenciar o Direito Público do Direito Privado para fins de submissão dos direitos fundamentais. Na verdade, essa distinção passa a não fazer sentido para os defensores dessa tese, pois quando há qualquer violação ou ameaça de violação, este será imputado ao Estado, pelo simples fato de não ter impedido a agressão, por meio do legislador, ou não o impediu através da prestação jurisdicional.<sup>121</sup> Então, qualquer atividade realizada por particulares, poderá ser oposta ao poder estatal, mesmo quando for desenvolvida no âmbito da sua esfera de autonomia privada.

Uma terceira teoria alternativa proposta por Gomes Canotilho é a metódica da diferenciação ou da solução diferenciada, onde parte do pressuposto que os direitos fundamentais possuem “multifuncionalidade” ou “pluralidade de funções”, e busca a superação da dicotomia existente entre eficácia mediata e aplicação imediata, sem contanto, afetar ao direito privado. Canotilho propõe ainda, uma “solução diferenciada”, como o próprio nome sugere, que tome em consideração “o referente do direito fundamental que estiver em causa no caso concreto”. A teoria de Canotilho, apresenta um método de arrumação em quatro grupos de eficácia, partindo da eficácia horizontal dos direitos fundamentais.<sup>122</sup>

Por fim, outra tese que merece destaque é a doutrina integradora ou modelo dos níveis de eficácia, sugerida por Robert Alexy. Essa teoria apresenta a proposta de conciliar as três divergentes teorias da eficácia mediata, dos deveres de proteção e da eficácia imediata, que resulta “num complexo sistema de níveis de efeitos que ponderaria o conflito dos direitos fundamentais e a aplicação concreta ao caso.”<sup>123</sup>

De acordo com o posicionamento de Alexy, o reconhecimento no que tange a existência da aplicabilidade dos direitos fundamentais as relações particulares já existe, todavia, ainda existem itens que podem ser alvos de debates. Para o autor,

---

<sup>121</sup> SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. 2 ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008, p. 220.

<sup>122</sup> NETO, José Mario Porto. **Diretos fundamentais e sua aplicação às relações privadas**. 2014, p. 83. Dissertação. Orientador: Doutor Fernando Alves Correia. Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra. Disponível em <<https://estudogeral.sib.uc.pt/bitstream/10316/34817/1/Direitos%20Fundamentais%20e%20sua%20Aplicao%20as%20Relacoes%20Privadas.pdf>> Acesso em fev. 2017.

<sup>123</sup> *Ibidem, loc.cit.*

as questões que tratam sobre como os efeitos seriam produzidos e qual a extensão que ocorreria a aplicabilidade é um exemplo de elemento a ser discutido.<sup>124</sup>

As teorias anteriormente citadas, da eficácia direta e imediata, da eficácia indireta e mediata e, a doutrina dos deveres de proteção do Estado, de acordo com Alexy, mesmo possuindo teses filosóficas diferentes, podem chegar em um resultado comum. A explicação do doutrinador para esse fenômeno, é o fato de que nas relações jurídico-particulares, ambas as partes são titulares de direitos fundamentais, diferentemente do que ocorre na relação vertical que existe entre Estado e cidadão.<sup>125</sup> Além disso, essas três teorias concordam que deve haver uma ponderação de interesses, resultando em uma gradação em níveis de eficácia dos direitos fundamentais nas relações particulares.

### 3.3 A APLICABILIDADE DIRETA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES DE EMPREGO

No capítulo e tópicos anteriores, fez-se uma análise sobre os direitos fundamentais: conceitos, características, evolução e acerca das principais teorias cujas abordagens refletem a eficácia desses direitos nas relações entre os particulares. Assim, este tópico será responsável por analisar as formas e os graus de incidência dos direitos fundamentais nas relações privadas.

Inicialmente, será analisada a autonomia privada como princípio fundamental do Direito Privado, observando, portanto, sua evolução, seu conceito e suas características principais. Por fim, será feita uma apreciação sobre as relações de emprego<sup>126</sup> no Brasil, e de que forma a aplicabilidade dos direitos fundamentais pode ser feita nessas relações.

---

<sup>124</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad: Virgílio Afonso da Silva. 2ª ed. 4ª tiragem. São Paulo: Malheiros. p.352

<sup>125</sup> *Ibidem, loc.cit.*

<sup>126</sup> Neste momento cumpre analisar brevemente em que consiste uma relação de emprego, bem como, qual é sua natureza jurídica. Definir a relação de emprego entre as partes é importante, visto que dará origem a relação jurídica existente entre estes, determinando os direitos e obrigações daí decorrentes, com seus princípios, regras e institutos regulamentados pelo Direito do Trabalho. A relação de trabalho é possui um caráter genérico, e, portanto, a relação de emprego é uma de suas espécies. Dessa forma, a relação de emprego possui um caráter mais específico, bem como requisitos mais específicos e seus elementos servem justamente para diferencia-la das demais

Isto posto, é importante verificar o princípio da autonomia privada, levando em consideração que nas relações de emprego deve sempre haver uma ponderação entre este princípio e os direitos fundamentais.

O princípio da autonomia privada consiste, basicamente, no poder conferido aos particulares, de criarem relações jurídicas, de acordo com suas intenções e necessidades, desde que obedeçam às regras impostas pelo ordenamento jurídico.

No século XIX, houve a consagração do princípio da autonomia privada. Neste período, os contratos clássicos existentes, continham uma ampla liberdade de contratar e uma adesão total aos seus termos, o que fazia com que alguns autores falassem em lei entre as partes. Entretanto, o século XX trouxe consigo muitas mudanças sociais e uma ideologia mais liberal. Percebeu-se então que os contratos individuais apresentavam desigualdades entre as partes e conflitavam com os interesses da sociedade.<sup>127</sup>

Desta forma, com as modificações ocorridas na sociedade, atualmente entende-se que a liberdade de contratar não é mais absoluta. O principal fundamento para essa constatação é baseado na supremacia da ordem pública, ou seja, o poder conferido aos particulares para se relacionarem, encontra-se limitado pelos interesses sociais.<sup>128</sup> Essa limitação do princípio da autonomia privada pode ser observado no artigo 421 do Código Civil: a liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato.<sup>129</sup>

Alguns autores fazem uma distinção entre a autonomia privada e da vontade, apesar do conceito semelhante. Cabral explica:

(...) numa visão simplista dos institutos, pode-se resumir a diferença afirmando que a autonomia da vontade relaciona-se com a liberdade de autodeterminação (manifestação da

---

relações de trabalho. São quatro os elementos reconhecidos doutrinariamente que caracterizam as relações de emprego: pessoalidade, não eventualidade, onerosidade e subordinação. DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 14ª ed. São Paulo: LTr Editora, 2015, p. 715.

<sup>127</sup> RATTI, Fernanda Cadavid. Autonomia da vontade e/ou autonomia privada?. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XVIII, n. 136, maio 2015, p. 01. Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=16040&revista\\_caderno=7](http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=16040&revista_caderno=7)>. Acesso em fev 2017.

<sup>128</sup> *Ibidem*, loc.cit.

<sup>129</sup> BRASIL. **LEI 10.406**, de 10 de janeiro de 2002. Código Civil. Brasília, DF 10 de janeiro de 2002 Disponível em<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm)> Acesso em fev. 2016

vontade livre) e a autonomia privada ao poder de auto-regulamentação (normas estabelecidas no interesse próprio).<sup>130</sup>

Então, é possível perceber que a autonomia privada se configuraria gênero, enquanto que a autonomia da vontade seria espécie, levando em consideração que a autonomia da vontade estaria vinculada à vontade interna e à liberdade de atuação de cada pessoa, “com a possibilidade de escolha do tipo de obrigação a que se pretende aderir, enquanto a autonomia privada, por sua vez, possui relação direta com a liberdade de contratação, ou seja, com a criação de normas para si.”<sup>131</sup>

Nesse sentido, Roni Fabro esclarece:

A autonomia da vontade e a autonomia privada, independentemente da diferença e do significado semântico de cada uma delas, se constituem em liberdades fundamentais à disposição da pessoa humana para lhe proporcionar inserção social e realização plena, seja por intermédio da efetivação de negócios jurídicos, seja praticando atos simples, cotidianos, objetivando a preservação da dignidade e de acordo com necessidades pontuais e específicas. A partir de seu âmbito de utilização, a autonomia de cada pessoa deve servir à satisfação de seus desejos e necessidades, desde que não afronte ao direito ou cause prejuízo a outras pessoas, considerando a existência, por igual, da autonomia das outras pessoas, também sujeitos de direitos.<sup>132</sup>

Observa-se, que o debate sobre as diferenças e semelhanças entre as autonomies da vontade e privada não é pacífico. Há quem defenda que não existe distinção entre as duas, assim como, quem afirme que são distintas. Cabe então ressaltar que, no presente estudo, somente a autonomia privada será objeto de análise devido a sua aproximação com o tema, considerando sua distinção com a autonomia da vontade. Adota-se, portanto, a concepção de autonomia privada como o poder dos indivíduos de regular as suas relações mutuas, criando normas com força jurídica, dentro dos limites da regulamentação estatal.

A autonomia privada pressupõe a liberdade como valor jurídico e conseqüentemente defende que o “indivíduo é o embasamento da construção social e de que sua

<sup>130</sup> CABRAL, Érico de Pina. A “autonomia” no direito privado. In: **Revista de Direito Privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 19(5)83-129, jul/set 2004.

<sup>131</sup> RATTI, Fernanda Cadavid. Autonomia da vontade e/ou autonomia privada?. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XVIII, n. 136, maio 2015, p. 01. Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=16040&revista\\_caderno=7](http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=16040&revista_caderno=7)>. Acesso em fev 2017.

<sup>132</sup> FABRO, Roni Edson; RECKZIEGEL, Janaína. **Autonomia da vontade e autonomia privada no sistema jurídico brasileiro**. 2014, p. 179. Disponível em: <<file:///C:/Users/Josu%C3%A9/Downloads/4402-21050-1-PB.pdf>> Acesso em fev. 2017.

escolha espontânea é instrumento de efetuação do direito.”<sup>133</sup> O negócio jurídico tem função principal para efetivar a autonomia privada, tornando-se fonte principal de obrigações.

O consenso não é suficiente para criar direito, de acordo com a teoria da autonomia privada. É necessário que este consenso esteja previsto como legítimo pelo ordenamento jurídico, ou, ao menos, que este consenso não seja contrário ao ordenamento jurídico. Ou seja, não basta a manifestação de vontade para que as partes se obriguem, é preciso observar os requisitos de validade.<sup>134</sup>

No tocante aos reflexos da autonomia privada nas relações de emprego, há discussão sobre a limitação substancial da autonomia privada pelos princípios trabalhistas ou a possibilidade de convivência harmônica entre eles.<sup>135</sup>

Nesse sentido, Franz defende que a eficácia dos direitos fundamentais acaba criando situação de conflito entre valores juridicamente protegidos:

A eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas acaba por criar a situação de conflito entre bens constitucionalmente protegidos, eis que, conforme visto neste estudo, a autonomia privada também possui status constitucional, fazendo com que exista uma colisão entre princípios quando os direitos fundamentais são deslocados para o plano horizontal. Pode-se afirmar que haverá colisão entre direitos fundamentais sempre quando a Constituição proteger simultaneamente dois valores que são aplicáveis à mesma situação, sendo a colisão é justificada pelo fato de as normas de direito fundamental serem abertas e móveis, não tendo limites previamente fixados.<sup>136</sup>

Entretanto, Adriana Wyzkowski, ressalta que apesar da mitigação da autonomia em decorrência do princípio protetor, o que se busca com o sistema protetivo é o reequilíbrio das partes. Dessa forma, a autonomia privada estaria presente na produção do contrato e as partes estariam em situação de igualdade, ou seja, os

---

<sup>133</sup> RATTI, Fernanda Cadavid. Autonomia da vontade e/ou autonomia privada?. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XVIII, n. 136, maio 2015, p. 1. Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=16040&revista\\_caderno=7](http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=16040&revista_caderno=7)>. Acesso em fev 2017.

<sup>134</sup> WYZKOWSKI, Adriana. Autonomia privada na relação de emprego. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 21, n. 4649, 24 mar. 2016, p. 2. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/47411>>. Acesso em: fev. 2017.

<sup>135</sup> *Ibidem*, *loc.cit.*

<sup>136</sup> FRANZ, Camila Victor. **A eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas: o contrato em uma perspectiva civil-constitucional**. 2008, p. 19. Disponível em: <[http://www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/trabalhos2008\\_2/camila\\_victor.pdf](http://www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/trabalhos2008_2/camila_victor.pdf)> Acesso em fev. 2017.

princípios e direitos trabalhistas seriam uma forma de concretizar a autonomia privada, onde existiria uma “liberdade negocial plena”.<sup>137</sup>

A realidade prática, porém, se mostra diferente. Direitos fundamentais são violados diariamente na sociedade, especialmente nas relações trabalhistas. Além disso, as partes presentes nessas relações, dificilmente encontram-se em par de igualdade. Então, os princípios e direitos trabalhistas funcionam como limitadores da autonomia privada e conseqüentemente, interferem na efetivação dos direitos fundamentais constitucionalmente consolidados, garantindo a proteção dos empregados.<sup>138</sup>

Nessa perspectiva, é possível concluir que, a limitação da autonomia privada não deve ser entendida de maneira negativa. Pelo contrário, um sistema protetor surge justamente para garantir o proveito dos direitos fundamentais e também dos direitos da personalidade pelo trabalhador, enquanto cidadão.<sup>139</sup>

No Brasil, o Supremo Tribunal Federal já vem aplicando a mitigação do princípio da autonomia privada diante de violações aos princípios constitucionalmente protegidos, como em Recursos Extraordinários, em que o ministro Gilmar Mendes defende inclusive a eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas.<sup>140</sup>

---

<sup>137</sup> WYZYKOWSKI, Adriana. Autonomia privada na relação de emprego. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 21, n. 4649, 24 mar. 2016, p. 2. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/47411>>. Acesso em: fev. 2017.

<sup>138</sup> *Ibidem*, *loc.cit.*

<sup>139</sup> WYZYKOWSKI, Adriana. *Op. cit.* 2016, p. 02.

<sup>140</sup> 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

Por fim, a doutrina majoritária entende pela ponderação de interesses, mediante aplicação do princípio da proporcionalidade. Este princípio por sua vez, possui uma tríplice dimensão composta por três subprincípios: adequação, necessidade ou exigibilidade e proporcionalidade em sentido estrito.<sup>141</sup> Apesar de historicamente se utilizado para limitar o poder estatal, o princípio da proporcionalidade vem sendo utilizado como técnica de controle dos limites aos direitos fundamentais, aplicando-os nas relações privadas.

O direito ao emprego sempre esteve em posição principal quando se debate as questões trabalhistas. Após a abolição da escravidão, o trabalho passou a ser considerado como meio lícito para garantir a sobrevivência. A concretização de uma legislação própria começa a reconhecer a importância jurídica do trabalho como direito de cidadania, evoluindo assim para sua constitucionalização.<sup>142</sup>

O tema voltou para o centro das discussões, porém, sob uma nova perspectiva: a dos direitos fundamentais. Isso se deve ao fato de que, não adiantaria elencar um número grande de direitos individuais, se não garantisse o direito ao trabalho.

Pode-se afirmar então, que os direitos fundamentais estão presentes nas relações de emprego, isso porque, na Constituição Federal é possível encontrar vários direitos relacionados ao trabalhador, inclusive, em seu artigo 7º estão previstos

---

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 DESPROVIDO (STF-RE 201819/RJ, rel. Min. ELLEN GRACIE, rel. p/ acórdão Min. GILMAR MENDES, j. 11/10/2005, 2ª T., DJ 27/10/2006, p. 64).

<sup>141</sup> FRANZ, Camila Victor. **A eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas: o contrato em uma perspectiva civil-constitucional**. 2008, p. 19. Disponível em: <[http://www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/trabalhos2008\\_2/camila\\_victor.pdf](http://www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/trabalhos2008_2/camila_victor.pdf)> Acesso em fev. 2017.

<sup>142</sup> GEMIGNANI, Tereza Aparecida Asta; GEMIGNANI, Daniel. **A eficácia dos direitos fundamentais nas relações de trabalho**. 2012, p. 26. Disponível em: <[http://www.trt3.jus.br/escola/download/revista/rev\\_80/tereza\\_aparecida\\_gemignani\\_e\\_daniel\\_gemignani.pdf](http://www.trt3.jus.br/escola/download/revista/rev_80/tereza_aparecida_gemignani_e_daniel_gemignani.pdf)> Acesso em fev. 2017.

diversos direitos trabalhistas, visando garantir a uma melhor qualidade de condições para os trabalhadores. Além disso, os direitos fundamentais configuram-se como atores na interpretação do texto constitucional, da legislação ordinária, bem como da legislação trabalhista.<sup>143</sup>

Nessa perspectiva, é possível identificar que os direitos fundamentais penetram todo o ordenamento jurídico através da sua dimensão objetiva, garantindo dessa maneira, a proteção da dignidade da pessoa humana em situações de ameaça.<sup>144</sup>

Entretanto, a oposição dos direitos fundamentais nas relações jurídico-privadas não está expressa no texto constitucional, conforme explica Franz:

A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais tem como óbice a ausência de texto expresso na Constituição Federal. A sua admissão se dá por hermenêutica constitucional, a partir da premissa que todos, em alguma medida, estão vinculados aos direitos fundamentais. Não obstante, mesmo nos países em que há menção expressa de vinculação de particulares aos direitos fundamentais – Constituição da República Portuguesa de 1976 (art. 18.1), Constituição da Federação Russa de 1993 (art. 17.3) e Constituição da Suíça (artigo 35), a questão reside quanto ao alcance destas normas e como elas incidem nas relações privadas.<sup>145</sup>

Os fundamentos utilizados por quem defende a eficácia direta dos direitos fundamentais nas relações privadas estão baseados: no princípio da supremacia da Constituição, pois é o texto constitucional é fonte direta e imediata de direitos fundamentais, vinculando todos os entes, sejam eles públicos ou privados. Além disso, com a ideia de unidade material do ordenamento jurídico, pode-se perceber que os direitos fundamentais fazem parte do núcleo material da Constituição, e portanto atuam como elementos de unificação material do sistema jurídico vigente.

De acordo com Ingo Sarlet, há duas ponderações a respeito da aplicação da teoria da eficácia dos direitos fundamentais às relações privadas. Primeiro, deve prevalecer o princípio da liberdade, nas situações em que há relativa igualdade das partes figurantes da relação jurídica, somente se admitindo eficácia direta dos direitos fundamentais na hipótese de lesão ou ameaça ao princípio da dignidade da pessoa humana ou aos direitos da personalidade. Segundo, de acordo

---

<sup>143</sup> WYZYKOWSKI, Adriana. **A concretização do direito fundamental ao lazer nas relações de emprego**. Salvador: Faculdade Baiana de Direito, 2015, p. 106.

<sup>144</sup> *Ibidem, loc.cit.*

<sup>145</sup> FRANZ, Camila Victor. **A eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas: o contrato em uma perspectiva civil-constitucional**. 2008, p. 19. Disponível em: <[http://www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/trabalhos2008\\_2/camila\\_victor.pdf](http://www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/trabalhos2008_2/camila_victor.pdf)> Acesso em fev. 2017.

com o referido autor, há certo consenso para se admitir a aplicação da eficácia horizontal, nas relações que existe uma desigualdade de forças entre as partes, pois tal relação privada assemelha-se àquela que se estabelece entre os particulares e o poder público (eficácia vertical).<sup>146</sup>

Dessa forma, parece inegável a aplicação da eficácia horizontal dos direitos fundamentais nas relações de emprego, visto que, estas relações são marcadas pela desigualdade entre o empregador, que detém o poder empregatício (econômico, regulamentar, diretivo e disciplinar) e do outro lado o empregado, que se encontra numa posição vulnerável e hipossuficiente.

Partindo dessa premissa, contata-se que a Constituição brasileira é incompatível com a doutrina State Action, adota pelos Estados Unidos, que nega aos direitos fundamentais a eficácia nas relações privadas. Também parece ser incompatível com a teoria de eficácia mediata nas relações horizontais, tal como se aceita plenamente na Alemanha, pois enquanto a Lei Fundamental de Bonn não anuncia nenhum direito social e econômico, o texto constitucional brasileiro, está impregnado de deveres e obrigações de natureza social.<sup>147</sup>

Doutrinadores brasileiros, entre eles Ingo Wolfgang Sarlet, Daniel Sarmento, Wilson Steinmetz, Gustavo Tepedino, entre outros, reconhecem a eficácia direta e imediata dos direitos fundamentais nas relações privadas, entretanto, ressaltam que a resolução de cada caso que envolva direitos fundamentais na esfera privada, depende de uma ponderação entre o direito tutelado e a autonomia privada do particular.

Já no que tange à jurisprudência brasileira, é possível identificar em julgados do STJ e do STF mesmo que indiretamente, a aplicação da teoria da eficácia horizontal direta dos direitos fundamentais em relações privadas.<sup>148</sup>

---

<sup>146</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 392-400

<sup>147</sup> FRANZ, Camila Victor. **A eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas: o contrato em uma perspectiva civil-constitucional**. 2008, p. 19. Disponível em: <[http://www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/trabalhos2008\\_2/camila\\_victor.pdf](http://www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/trabalhos2008_2/camila_victor.pdf)> Acesso em fev. 2017.

<sup>148</sup> 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

#### 4 O DIREITO FUNDAMENTAL À CONVIVÊNCIA FAMILIAR APLICADO A RELAÇÃO DE EMPREGO

Ao longo do presente trabalho foram analisados os direitos fundamentais e sua importância no ordenamento jurídico brasileiro, e, como já demonstrado, a convivência familiar deve ser entendida como é um direito fundamental do empregado decorrente de uma interpretação sistêmica dos preceitos constitucionais. Desse modo, neste capítulo será estudado de forma mais aprofundada esse direito, bem como seus possíveis desdobramentos.

A ausência de discussões jurídicas sobre o direito ao convívio familiar no âmbito do Direito do Trabalho, assim como a carência de previsões que disciplinem de maneira mais incisiva à proteção desse direito na legislação brasileira, contribui para mitigar ainda mais a sua concretização.

A importância de analisar a convivência familiar como um direito intrínseco às relações de emprego se confirma pelo fato da família constituir-se como um meio de promoção da dignidade da pessoa humana, bem como por representar o núcleo fundamental mais sólido que abriga toda a organização social, conforme observado no item 2.4.4 desta pesquisa.

A dificuldade de conciliar emprego e família acarreta diversos distúrbios tanto no local de trabalho, quanto nos lares e conseqüentemente atinge a sociedade como um todo. O tradicional modelo de harmonia entre emprego e família entrou em crise a partir das mudanças nos papéis de gênero e na organização dos modelos de produção, onde compreendia o homem como provedor e a mulher como dona de casa, o que acabou por criar uma tensão entre as esferas produtiva e reprodutiva. Além disso, a falta de políticas que conciliem o emprego e a família acabou por agravar a situação.<sup>149</sup>

---

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 (STF-RE 161243/DF, rel. Min. CARLOS VELLOSO, j. 29/10/1996, 2ª T., DJ 19-12-1997, p. 57)

<sup>149</sup> Organização Internacional do Trabalho. Escritório no Brasil. **Trabalho e responsabilidades familiares: novos enfoques.** Disponível em <

O conflito entre vida laboral e vida familiar traz consequências sociais e econômicas profundas e por este motivo deve ser alvo de estudos que ajudem a minimizar situações que ensejem esse tipo de confronto. Os empregados são os principais atingidos pela falta de políticas, entretanto, a empresa também pode ser afetada, assim como as famílias e por isso é necessária a implantação de medidas que conciliem emprego e família.

Nesse sentido, a OIT descreve possíveis consequências para as empresas e para a sociedade que podem ser atingidos pela falta de políticas que contribuam para a conciliação entre emprego e família:

Para as empresas: Os problemas enfrentados por trabalhadores/as em seus esforços para conciliar o trabalho com a vida familiar-pessoal inevitavelmente afetam as empresas. Incompatibilidades entre condições de trabalho e responsabilidades familiares podem diminuir a produtividade e gerar uma maior rotatividade. O absenteísmo e os atrasos são outras consequências dessas tensões, que poderiam ser evitadas com a implementação de medidas de apoio. Estudos de custo-benefício revelam os efeitos positivos da adoção de medidas de apoio à vida familiar. As empresas estão cada vez mais conscientes dos benefícios que medidas dessa natureza podem gerar.

Para as sociedades: Conflitos entre a vida laboral e a familiar podem também acarretar custos para a sociedade como um todo: A falta de oportunidades de conciliar o trabalho com responsabilidades familiares pode restringir as possibilidades de inserção no mercado de trabalho e de geração de renda, principalmente para famílias de baixa renda; assim perpetua-se a pobreza, a vulnerabilidade social e desigualdades socioeconômicas; Eles constituem um obstáculo à igualdade de oportunidades e tratamento entre homens e mulheres em termos de emprego, já que as responsabilidades familiares geralmente recaem sobre as mulheres, limitando sua liberdade e condicionando seu acesso e permanência no mercado de trabalho; Eles dificultam a prestação de cuidados adequados a pessoas dependentes, afetando sua saúde e desenvolvimento; Podem impactar na queda da fecundidade dos países.

(...) Além disso, tensões não resolvidas entre o trabalho e a família implicam um aumento nos gastos públicos com bem-estar e, no longo prazo, com a educação compensatória e o enfrentamento da delinquência.<sup>150</sup>

---

[http://www.oit.org.br/sites/default/files/topic/gender/doc/br\\_nota\\_1\\_695.pdf](http://www.oit.org.br/sites/default/files/topic/gender/doc/br_nota_1_695.pdf)> Acesso em abr. 2017, p.3.

<sup>150</sup> Organização Internacional do Trabalho. Escritório no Brasil. **Trabalho e responsabilidades familiares: novos enfoques.** Disponível em <[http://www.oit.org.br/sites/default/files/topic/gender/doc/br\\_nota\\_1\\_695.pdf](http://www.oit.org.br/sites/default/files/topic/gender/doc/br_nota_1_695.pdf)> Acesso em abr. 2017, p. 3.

Desse modo, percebe-se a importância de uma ação conjunta entre empregador, sociedade e Estado para criar mecanismos que contribuam com o convívio harmônico entre emprego e vida familiar. É necessário compreender que não é apenas o empregado que sofre com a violação do seu direito, a sociedade como um todo é afetada.

#### 4.1 O PAPEL DO EMPREGADOR NA ARTICULAÇÃO ENTRE EMPREGO E VIDA FAMILIAR

Neste tópico analisar-se-á a figura do empregador, sua caracterização, bem como, qual a sua importância na harmonização entre o emprego e a convivência familiar do empregado.

Luciano Martinez define o empregador:

No contexto do contrato de emprego, o empregador aparece como sujeito concedente da oportunidade de trabalho. Ele pode materializar a forma de pessoa física, de pessoa jurídica (entes políticos, associações, sociedades, fundações, organizações religiosas, partidos políticos) ou até de ente despersonalizado, excepcionalmente autorizado a contratar (condomínios, massa falida, espólio, família etc.). Em qualquer circunstância, porém, o empregador assumirá os riscos da atividade desenvolvida e orientará o modo de execução dessas tarefas, o empregador oferecerá uma retribuição pecuniária intitulada salário, aqui identificado em sentido amplo.<sup>151</sup>

Considera-se então o empregador, a pessoa física ou jurídica, que conforme atividade econômica que exerce, admite e dirige seus empregados, por meio da remuneração, assumindo os riscos que possam vir ocorrer no decorrer desta relação de emprego. O empregador possui a prerrogativa de fiscalizar, controlar e organizar todas as atividades e serviços no âmbito da sua empresa.

A partir da breve conceituação da figura do empregador, percebe-se que este tem uma função muito relevante para a efetivação e garantia dos direitos dos seus empregados. Dessa forma, no tocante ao direito a convivência familiar, o empregador deve não só observá-lo dentro das suas atribuições, como também garantir ao empregado a sua concretização.

---

<sup>151</sup> MARTINEZ, Luciano. **Curso de direito do trabalho: relações individuais, sindicais e coletivas do trabalho**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 239.

Dessa maneira, sabendo que o empregador possui os poderes de controle e administração da sua empresa, em decorrência do contrato de trabalho, é dele a faculdade de atribuir ao empregado o modo como à atividade deverá ser exercida. Todo empregador possui o poder diretivo com o objetivo de guiar os rumos de sua empresa, organizar seus funcionários, bem como editar regulamentos internos.

Ressalta-se inicialmente que o poder diretivo patronal é gênero, que tem três espécies: poder de organização, poder de controle/fiscalização e poder disciplinar.<sup>152</sup>

O poder diretivo se apresenta distintamente nas situações ocorridas no âmbito da empresa. Pode ocorrer devido à necessidade de organização do empregado, cabendo ao empregador determinar as normas de caráter técnico às quais o empregado está subordinado, bem como, pode acontecer por meio do poder disciplinar, que é o direito do empregador de estabelecer sanções disciplinares ao empregado, já que o direito de propriedade garante o poder hierárquico e disciplinar. Pode ainda apresentar-se como o poder do empregador de controlar o trabalho, que permite a fiscalização do trabalho do empregado, estendendo-se não só ao modo de trabalhar, mas também ao comportamento do empregado.

É necessário esclarecer, entretanto, que este poder diretivo não pode ser exercido de forma arbitrária, pois não é irrestrito. O poder diretivo não pode contrariar normas legais, que são protecionistas e visam evitar abuso do direito<sup>153</sup>. Dessa forma, o poder disciplinar pode ser submetido ao controle do Estado, podendo ser feito por meio Ministério do Trabalho ou do Poder judiciário, bem como pode sofrer o controle privado, realizado por organismos de relação entre empresa e empregado.<sup>154</sup>

---

<sup>152</sup> Luciano Martinez define o poder diretivo: “O poder diretivo ou poder de comando é uma prerrogativa dada ao empregador para exigir determinados comportamentos lícitos de seus empregados com vistas ao alcance de propósitos preestabelecidos. Para atingir esses desgnios e para organizar a atuação de seus subordinados, o empregador pode valer-se de orientações de natureza técnica e de caráter geral. Essa conduta administrativa, normalmente associada à hierarquia e à disciplina, conduz a uma situação segundo a qual o empregador tem as faculdades de organizar o seu sistema produtivo, de fiscalizar (controlar) o cumprimento daquilo que foi ordenado e, se for o caso, de punir os transgressores de suas ordens de comando. Nesses moldes, o poder diretivo subdivide-se em poder de organização, pode de fiscalização e poder disciplinar.” MARTINEZ, Luciano. **Curso de direito do trabalho: relações individuais, sindicais e coletivas do trabalho**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 239.

<sup>153</sup> Sílvio Rodrigues explica o conceito de abuso de direito: “O abuso de direito ocorre quando o agente, atuando dentro das prerrogativas que o ordenamento jurídico lhe concede, deixa de considerar a finalidade social do direito subjetivo e, ao utilizá-lo desconsideradamente, causa dano a outrem.” RODRIGUES, Sílvio. **Direito Civil**. v.4 – Responsabilidade Civil. 20.ed.rev. e atual. de acordo com o novo Código Civil (Lei n. 10.406, de 10-1-2.002)- São Paulo: Saraiva, 2003, p. 45.

<sup>154</sup> DELGADO, Mauricio Godinho. **O Poder Empregatício**. São Paulo: LTr, 1996, p.176-177.

Dessa maneira, entende-se que o poder diretivo não é absoluto e, portanto, não permite ao empregador conduzir a relação empregatícia de forma unilateral, oprimindo a autonomia da vontade do empregado. Além disso, não há garantias legais, morais e éticas que permitam ao empregador suprimir os direitos do empregado.<sup>155</sup>

Os direitos fundamentais são direitos que direcionam todas as relações, e tratando-se de relações de emprego, eles limitam e restringem o poder diretivo do empregador e desta forma, garantem que a dignidade do empregado seja preservada.

Deste modo, como o ordenamento jurídico brasileiro veda toda e qualquer forma de conduta que prejudique a dignidade da pessoa humana, os poderes conferidos ao empregador, devem ser utilizados para efetivar o direito a convivência familiar do empregado.

Nesse sentido, Nilson Nascimento ressalta a importância da limitação do poder diretivo em observância dos direitos do empregado:

O primeiro limite ao poder diretivo do empregador, está garantido de forma inequívoca na Constituição Federal, em seus art. 1º, inc. III e art. 170, caput, preservando-se acima de tudo o respeito à dignidade da pessoa humana do trabalhador e o reconhecimento dos direitos do empregado enquanto homem. O trabalhador não pode ser jamais visto como algo que seja desumano, nem tampouco como um objeto que vende sua força de trabalho. Deve ser avaliado como um indivíduo comum, dotado de poder criativo, vontade, sentimento, imaginação, preocupações, necessidades, objetivos e valores pessoais. A peça indispensável para o bom desempenho da atividade empresarial é o homem trabalhador, o indivíduo que contribui para a própria existência da relação de trabalho, que com sua força e produtividade agrega valor, originalidade e qualidade ao meio em que atua.

<sup>156</sup>

Pelo exposto, percebe-se que o limite básico ao poder diretivo do empregador, são os direitos fundamentais de qualquer cidadão. Dada a importância da família para a sociedade e compreendendo a convivência familiar como um direito primordial para

---

<sup>155</sup> FONSECA, Maria Hemília. **Direito ao Trabalho: um direito fundamental no ordenamento jurídico brasileiro.** São Paulo. 2006; p. 12. Disponível em: <<http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp011774.pdf>> Acesso em fev. 2017.

<sup>156</sup> NASCIMENTO, Nilson de Oliveira. **O poder diretivo do empregador e os direitos fundamentais do trabalhador nas relações de emprego.** 2008, p. 95. Tese. Orientadora: Dra. Carla Teresa Martins. (Doutorado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo. Disponível em <<https://sapiencia.pucsp.br/bitstream/handle/8224/1/Nilson%20de%20Oliveira%20Nascimento.pdf>> Acesso em abr. 2017.

qualquer ser humano, é imprescindível a sua proteção e conseqüentemente efetivação no âmbito empresarial, onde o poder de comando do empregador deve ser utilizado em atenção aos princípios constitucionais da razoabilidade e proporcionalidade.

Então, a análise das relações empregatícias devem resguardar a convivência familiar como um direito do empregado, entretanto, é necessário um juízo de proporcionalidade para que a concretização desse direito não exclua os direitos garantidos ao empregador, bem como não inviabilize a realização da sua atividade econômica tendo em vista a autonomia privada, conforme analisado no tópico 3.3.1.

Noutro giro, sob a perspectiva empresarial, a mão de obra do empregado deve ser visualizada como facilitadora para o desenvolvimento do bem comum e não mais considerada como propriedade do empregador. Nesse sentido Mauricio Godinho afirma:

É inquestionável que a Carta Constitucional de 1988 rejeitou condutas fiscalizatórias e de controle da prestação de serviços que agridam à liberdade e dignidade básicas da pessoa física do trabalhador. Tais condutas chocam-se, frontalmente, com o universo normativo e de princípios abraçados pela Constituição vigorante. É que a Constituição pretendeu 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..." (Preâmbulo da CF/88; grifos acrescidos). A dignidade da pessoa humana é um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, constituída em Estado Democrático de Direito (art.1º, III, CF/88), que tem por alguns de seus objetivos fundamentais "construir uma sociedade justa e solidária", além de "promover o bem estar de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação" (art. 3º, I e IV, CF/88)<sup>157</sup>

É necessária, então, uma cooperação mútua entre o empregado e o empregador em consonância com o princípio da boa fé, de modo que, existam nos contratos de emprego os deveres de cuidado, aviso, informação, cooperação, bem como, o dever de cuidado e proteção para evitar abusos.

Todavia, nosso ordenamento ainda é marcado pela a noção de que as relações de emprego são relações assimétricas, visto que são regidas sob a ótica do capitalismo, além da visível vulnerabilidade de uma das partes, como explica Demétrius Vecchi,

---

<sup>157</sup> DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 14ª ed. São Paulo: LTr Editora, 2015, p. 715.

trata-se de “uma relação de poder, na qual o empregado se encontra vulnerável/subordinado frente ao poder empregatício.”<sup>158</sup>

Desse modo, as relações de emprego, onde há uma predominância do caráter econômico, são relações que se presume uma menor proteção de direitos fundamentais. Desta forma, é recorrente a violação desses direitos do empregado, considerado o seu grau de fragilidade e hipossuficiência em face do empregador.

Entretanto, existem empresas que vêm adotando medidas de apoio à conciliação entre o emprego e a vida familiar e têm gerado benefícios mútuos para elas e para seus empregados. Essas medidas por um lado promovem os direitos de seus empregados e, por outro, promovem a eficácia organizacional. Diversas medidas podem ser realizadas, principalmente porque muitas não exigem grandes investimentos, e mesmo as que apresentam certos custos, trazem benefícios em longo prazo.

Esses tipos de empresas são as chamadas empresas family-friendly. Elas reconhecem que seus empregados têm responsabilidades familiares e aceitam o fato de que essas responsabilidades podem ter um impacto sobre a vida laboral. Estas empresas criam mecanismos para facilitar a conciliação entre o emprego e a vida familiar/pessoal, bem como apoiam seus empregados no momento em que estes necessitem equilibrar compromissos assumidos nas duas esferas.<sup>159</sup>

No Brasil há diversas empresas preocupadas com o direito dos seus empregados ao convívio familiar e conseqüentemente com o rendimento deles no seu emprego. É o caso da Ericsson que possui filial em São Paulo e conta com um clube para os seus funcionários e suas famílias. De acordo com Janaína Khatchikian, diretora de recursos humanos da Ericsson no Brasil, muitos funcionários moram perto da empresa e por isso aproveitam para usar o clube, seja antes ou depois do expediente, aos finais de semana ou durante as férias de seus filhos. A diretora explica que o clube e as atividades sociais "melhoram a percepção do funcionário

---

<sup>158</sup> VECCHI, Ipojucan Demétrius. A eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas: o caso da relação de emprego. **Rev. TST**. Brasília. Vol. 77, no 3, jul/set 2011. Disponível em < [https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/1939/26998/006\\_vecchi.pdf?sequence=4](https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/1939/26998/006_vecchi.pdf?sequence=4) > Acesso em abr. 2017, p. 119.

<sup>159</sup> Organização Internacional do Trabalho. Escritório no Brasil. **Melhores empresas: locais de trabalho que apoiam a conciliação trabalho-família**. Disponível em < [http://www.oit.org.br/sites/default/files/topic/gender/doc/br\\_nota\\_1\\_695.pdf](http://www.oit.org.br/sites/default/files/topic/gender/doc/br_nota_1_695.pdf) > Acesso em abr. 2017, p. 1.

em relação a empresa, resultando em altos níveis de engajamento", dessa forma há um maior comprometimento com a empresa.<sup>160</sup>

Outro exemplo é a Embraco, que é uma empresa fabricante de compressores para refrigeração, e mantém um berçário dentro da fábrica em Joinville, SC. Este espaço foi idealizado para crianças de até um ano e permite a funcionária começar a trabalhar 30 minutos mais tarde para amamentar o filho. Segundo Tatiane Cristina da Silva, líder de RH da Embraco, "a ideia foi criada para evitar pedidos de demissão na volta da licença maternidade, pois muitas mulheres colocavam a carreira em segundo plano para poder cuidar do filho." A líder de RH explica ainda que apesar de trabalharem menos tempo, "a produtividade das mulheres que usa o benefício é bem maior. Além da facilidade para as mães, o benefício também traz vantagens para a companhia, como melhora da imagem da empresa na comunidade e a retenção de talentos."<sup>161</sup>

Percebe-se, portanto, que a empresa que se preocupa com o direito do empregado ao convívio familiar, garante vantagens para si e para seus funcionários, além de estar atuando em consonância com princípios constitucionais.

Em nota sobre trabalho e família, a OIT elenca alguns benefícios tanto para o empregado quanto para a empresa quando esta prioriza o equilíbrio entre emprego e família:

**BENEFÍCIOS PARA OS/AS FUNCIONÁRIOS:** Menos estresse em decorrência de menos conflitos entre o trabalho e as responsabilidades familiares; Um melhor ambiente de trabalho, no qual cada pessoa se sente apoiada, valorizada e necessária. Isso contribui para facilitar o trabalho em equipe e o torna mais eficiente; Moral mais alto e mais satisfação no trabalho, que se traduzem em um maior senso de compromisso, lealdade, produtividade e inovação por parte dos/das funcionários/as.

**BENEFÍCIOS PARA AS EMPRESAS:** Melhorias na capacidade das empresas de atrair e reter os melhores trabalhadores e trabalhadoras em um mercado cada vez mais competitivo; Menos rotatividade de pessoal, reduzindo custos de recrutamento e de cursos de indução e capacitação associados à substituição de trabalhadores/as; Menos absenteísmo e atrasos; Mais motivação e melhor desempenho e produtividade; Criação e manutenção de uma posição de vanguarda e inovação, que contribui para uma maior competitividade.<sup>162</sup>

---

<sup>160</sup> Salomão, Karin. **11 empresas com benefícios incríveis para seus funcionários**. Exame.com. 2016, p. 1. Disponível em < <http://exame.abril.com.br/negocios/10-empresas-com-beneficios-incriveis-para-seus-funcionarios/>> Acesso em abr. 2017.

<sup>161</sup> *Ibidem, loc.cit.*

<sup>162</sup> Organização Internacional do Trabalho. Escritório no Brasil. **Melhores empresas: locais de trabalho que apoiam a conciliação trabalho-família**. Disponível em <

Para que uma empresa promova a harmonia emprego/família é necessário mais do que medidas definidas em um regulamento interno. Desta maneira, é importante que seja firmado um compromisso na empresa a fim de valorizar o direito dos seus empregados. Além disso, é necessário que exista uma boa comunicação entre empregado e empregador, bem como das organizações que os representam.

O processo de implantação de medidas que promovam equilíbrio entre as esferas da vida do empregado deve ser contínuo e buscar sempre sua evolução dentro da empresa. É imprescindível o monitoramento e a avaliação constante tanto do ambiente de trabalho quanto das medidas a serem aplicadas.

#### 4.2 DAS MEDIDAS DE CONCILIAÇÃO ENTRE EMPREGO E CONVIÊNCIA FAMILIAR

Evidenciou-se durante esta pesquisa que o direito a convivência familiar configura-se como um direito fundamental do empregado, entretanto, até os dias de hoje não tem o devido reconhecimento que lhe é cabível. É correto dizer que ao longo do tempo houve uma melhora na percepção da família pela sociedade, esta, porém, ainda não se faz suficiente.

Constitui um grande desafio encontrar o equilíbrio entre o trabalho e as responsabilidades familiares. Emprego e família são duas esferas aparentemente regidas por lógicas diferentes – uma pública e outra privada – mas que, no entanto, se afetam mutuamente. O ser humano precisa trabalhar e adquirir capital para satisfazer suas necessidades econômicas (pessoais e familiares) e, ao mesmo tempo, cuidar da família e realizar tarefas domésticas não remuneradas.<sup>163</sup>

O direito do empregado ao convívio com a família acaba tendo o seu resultado condicionado às prestações dos responsáveis pela sua promoção, e isso se torna mais um elemento desafiador da efetivação do direito a convivência familiar na sociedade.

---

[http://www.oit.org.br/sites/default/files/topic/gender/doc/br\\_nota\\_1\\_695.pdf](http://www.oit.org.br/sites/default/files/topic/gender/doc/br_nota_1_695.pdf)> Acesso em abr. 2017, p.1.

<sup>163</sup> Organização Internacional do Trabalho. Escritório no Brasil. **Equilíbrio entre trabalho e família**. Disponível em <<http://www.oitbrasil.org.br/content/equil%C3%ADbrio-entre-trabalho-e-fam%C3%ADlia>> Acesso em abr. 2017, p. 1.

O estudo feito pela presente pesquisa revela que tal realidade não deve prevalecer na sociedade, pois o ordenamento jurídico brasileiro tem como princípio basilar a dignidade da pessoa humana, dessa maneira, ressalta-se a importância do direito e sua efetiva regulamentação para a concretização desse fundamento base.

A seguir será feita uma análise sobre alguns tipos de medidas promovidas pelo empregador que serão cabíveis para garantir a efetivação do direito ao convívio familiar do empregado, bem como, os possíveis danos que poderão vir a ocorrer caso esse direito seja violado.

#### 4.2.1 Das medidas proibitivas

As medidas de harmonização entre vida familiar e emprego se subdividem em duas categorias: preventivas e repressivas. As medidas repressivas por sua vez se subdividem em positivas e negativas. As medidas negativas, ou seja, de caráter proibitivo, são aquelas que impõem certos limites ou vedações ao poder diretivo do empregador para garantir a concretização dos seus direitos fundamentais assegurados constitucionalmente ao empregado.

Uma das formas de conciliação entre a vida profissional e familiar do empregado é o seu direito ao tempo livre, sendo vedadas para tanto, as horas extras desnecessárias, os BIPS, celular e outros meios eletrônicos nos períodos de descanso. O tempo livre do trabalhador permite mais possibilidades de interação com os outros membros da família, além de configurar-se como outra forma de preservação do ser humano e como política de inclusão social e familiar: o não-trabalho<sup>164</sup> ou à desconexão ao trabalho.<sup>165</sup>

---

<sup>164</sup> Cabe esclarecer que quando se fala em direito a se desconectar do trabalho, “está diante do direito do trabalhador (teletrabalhador ou não) de permanecer desligado ou desconectado do pólo patronal e da exigência de serviços em seus períodos de repouso, notadamente em virtude da possibilidade de interferências do tomador de serviços nesses lapsos de tempo diante da existência das novas tecnologias.” FRANZESE, Eraldo Aurélio Rodrigues. **O direito a desconexão do trabalho**. A Tribuna. 2013, p. 1. Disponível em <<http://blogs.tribuna.com.br/direitodotrabalho/2013/12/o-direito-a-desconexao-do-trabalho/>> Acesso em mai. 2017.

<sup>165</sup> OLIVEIRA, Márcio Batista de. **O direito ao lazer na formação do homem social**. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, XIII, n. 76, maio 2010, p. 1. Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=7406](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7406)>. Acesso em maio 2017.

Percebe-se que os avanços vistos nas áreas de telecomunicações e de tecnologia da informação nos últimos anos provocam, em diversas situações, aumento na disponibilidade de trabalho, ao invés de possibilitar maior oportunidade de tempo livre.

De acordo com uma pesquisa feita pelo professor Amauri Cesar Alves<sup>166</sup>, o trabalhador acredita que o seu tempo livre vem diminuindo. As principais justificativas dos entrevistados foi o excesso de atividades no trabalho, o fato de levar trabalho para casa e estar de prontidão para situações emergenciais. Além disso, a pesquisa apontou que os empregados acham que a grande quantidade de trabalho afeta diretamente sua relação com seus familiares.

Outra importante medida negativa de equilíbrio entre convívio familiar e emprego é a redução da jornada de trabalho. Longas jornadas de trabalho reduzem o tempo disponível para o convívio familiar, pois normalmente exigem que se trabalhe à noite ou em fins de semana. Vale ressaltar, que muitos trabalhadores trabalham horas extras para aumentar sua renda familiar.<sup>167</sup>

Diversas empresas efetuam mudanças no tipo e na duração da jornada de trabalho para ajudar seus funcionários a conciliar às responsabilidades familiares e profissionais. A OIT traz alguns exemplos:

O setor do comércio e das lojas de departamentos, por exemplo, adotou sistemas de turnos nos quais dias de descanso e trabalho se alternam e os horários de entrada e saída são imprevisíveis. Operadoras de telefonia adotaram turnos móveis cujo objetivo é acomodar as necessidades da empresa e as de seus clientes. No comércio, adotou-se a chamada “jornada interrompida”, que implica a extensão do horário de almoço (que não é computado como tempo de trabalho) para garantir a presença de trabalhadores/as nas horas de maior atividade, evitando o pagamento de horas extras. Dessa forma, a jornada real é muito mais longa, porque o tempo de descanso não é suficiente para se ir até o domicílio e retornar. Consequentemente, quem trabalha nesses setores tem menos controle sobre o tempo de trabalho<sup>1</sup>. Há empresas, por outro lado, que possuem atividades ininterruptas, como as do setor eletroenergético e de telecomunicações, que implicam arranjos de jornadas e horários de trabalho que envolvem trabalho noturno e nos fins de semana.<sup>168</sup>

---

<sup>166</sup> ALVES, Amauri Cesar. **Teletrabalho e Tempo livre**. Direito do Trabalho Essencial. P. 1. Disponível em < <http://www.direitodotrabalhoessencial.com.br/artigos/teletrabalho-e-tempo-livre/>> Acesso em mai. 2017.

<sup>167</sup> Organização Internacional do Trabalho. Escritório no Brasil. **Alternativas que podem facilitar a conciliação entre o trabalho e família**. Disponível em < [http://www.oit.org.br/sites/default/files/topic/gender/doc/br\\_nota\\_5\\_699.pdf](http://www.oit.org.br/sites/default/files/topic/gender/doc/br_nota_5_699.pdf)> Acesso em abr. 2017, p. 1.

<sup>168</sup> *Ibidem, loc.cit.*

Apesar de representar uma ajuda nas situações de emergência, horários ampliados não representam necessariamente uma boa opção. O cansaço diminui a produtividade, especialmente se as situações se repetirem com frequência. O labor por muitas horas pode significar um aumento na taxa de erros e diminuir o ritmo de trabalho. Por outro lado, há indícios de que a redução de horários pode ser um fator de aumento da produtividade. Por essa razão, algumas empresas começam a adotar a redução nas jornadas de trabalho.<sup>169</sup>

Entretanto essa não é a realidade vislumbrada pela maioria das empresas brasileiras. O que se vê são empresas que aumentam arbitrariamente as jornadas de trabalho, muitas horas extras sendo devidas aos empregados, troca de turnos imprevisíveis.

A jornada de trabalho não deve gerar prejuízos ao empregado. Apesar de existirem situações excepcionais, decorrentes das próprias necessidades da empresa, deve-se levar em consideração se as modificações no horário ou turno do labor causam prejuízos à rotina familiar do trabalhador. A legislação veda a alteração posterior do turno de trabalho, com exceção dos casos em que a alteração seja benéfica ao obreiro e promova a convivência familiar do mesmo.<sup>170</sup>

O limite na carga horária de trabalho é um direito fundamental do empregado, previsto constitucionalmente. Ademais, a convivência familiar é um direito fundamental do trabalhador, enquanto ser humano, e a falta de limitações à jornada de labor configuraria um abuso aos direitos do empregado.

#### 4.2.2 Das medidas positivas

As medidas positivas, ao contrário das negativas, consistem em atos que os empregadores devem privilegiar e promover nas relações empregatícias, com o

---

<sup>169</sup> GUERREIRO. Maria das Dores; LOURENÇO. Vanda; PEREIRA. Inês. **Boas Práticas de Conciliação entre Vida Profissional e Vida Familiar: Manual para as Empresas**. 4.<sup>a</sup> edição revista e atualizada. Lisboa, 2006; p. 5. Disponível em <[http://www.cite.gov.pt/imgs/downloads/Boas\\_Praticas\\_de\\_Conciliac.pdf](http://www.cite.gov.pt/imgs/downloads/Boas_Praticas_de_Conciliac.pdf)> Acesso em abr. 2017.

<sup>170</sup> Organização Internacional do Trabalho. Escritório no Brasil. **Alternativas que podem facilitar a conciliação entre o trabalho e família**. Disponível em <[http://www.oit.org.br/sites/default/files/topic/gender/doc/br\\_nota\\_5\\_699.pdf](http://www.oit.org.br/sites/default/files/topic/gender/doc/br_nota_5_699.pdf)> Acesso em abr. 2017, p. 3.

intuito de propiciar o equilíbrio entre a vida profissional e familiar de seus empregados e consequentemente garantir o bem de toda a sociedade.

O ambiente de trabalho, a duração da jornada e as licenças são importantes fatores de compatibilidade entre as responsabilidades familiares e profissionais e por isso devem ser objeto de análises frequentes dentro das empresas que se preocupam com a qualidade de vida de seus funcionários. A organização do trabalho de maneira que favoreça a convivência familiar dos empregados assegura não só benefícios para os empregados e seus familiares, mas, a longo prazo garante para a empresa uma maior produtividade.

Há diversas medidas que podem ser adotadas pelas empresas com o intuito de facilitar a conciliação entre emprego e família. O primeiro exemplo, é a adoção pelos empregadores de serviços de cuidado a crianças, adultos e familiares doentes ou com deficiência, como a implementação de creches dentro do ambiente laboral ou caso não seja possível, sejam concedidos subsídios para contratar serviços externos.<sup>171</sup> Além disso, é possível a criação de locais adequados para o aleitamento materno e apoio da empresa aos funcionários que necessitam cuidar de um dependente familiar.

Uma medida simples, mas importante, é a notificação previa nos casos em que seja necessário trabalhar horas extras, pois esse procedimento facilita muito a organização de cuidados com filhos e filhas e outras pessoas dependentes. Algumas legislações nacionais e diversos acordos coletivos já reconhecem a importância desse procedimento e estabeleceram a obrigatoriedade de notificar com antecedência horas extras.<sup>172</sup>

Outro mecanismo relevante é o trabalho em tempo parcial. O trabalho em tempo parcial pode facilitar o equilíbrio entre responsabilidades profissionais e familiares por demandar menos horas de trabalho remunerado. A legislação brasileira considera o trabalho em tempo parcial aquele cuja duração não exceda a vinte e cinco horas

---

<sup>171</sup> GUERREIRO. Maria das Dores; LOURENÇO. Vanda; PEREIRA. Inês. **Boas Práticas de Conciliação entre Vida Profissional e Vida Familiar: Manual para as Empresas**. 4.<sup>a</sup> edição revista e atualizada. Lisboa, 2006; p. 5. Disponível em <[http://www.cite.gov.pt/imgs/downloads/Boas\\_Praticas\\_de\\_Conciliac.pdf](http://www.cite.gov.pt/imgs/downloads/Boas_Praticas_de_Conciliac.pdf)> Acesso em abr. 2017.

<sup>172</sup> Organização Internacional do Trabalho. Escritório no Brasil. **Alternativas que podem facilitar a conciliação entre o trabalho e família**. Disponível em <[http://www.oit.org.br/sites/default/files/topic/gender/doc/br\\_nota\\_5\\_699.pdf](http://www.oit.org.br/sites/default/files/topic/gender/doc/br_nota_5_699.pdf)> Acesso em abr. 2017, p.2.

semanais, e o salário dos empregados deve ser proporcional à sua jornada. Entretanto, o artigo 58-A da CLT só permite a adoção do trabalho em tempo parcial por meio de negociação coletiva.<sup>173</sup>

O Teletrabalho é outra ferramenta passível de ser utilizada para facilitar a conciliação entre os deveres laborais e familiares. Teletrabalho significa a possibilidade de trabalhar fora do local de trabalho por um determinado período. As hipóteses em que acontece são diversas: “enquanto algumas pessoas trabalham sempre em suas residências, outras alternam, regularmente, o trabalho em casa e na empresa ou adotam esse esquema quando ocorrem emergências familiares ou outras situações extraordinárias.”<sup>174</sup>

Ademais, o teletrabalho possibilita a organização entre os horários de labor e as obrigações familiares.<sup>175</sup> Dessa forma, se conduzido corretamente, o teletrabalho pode ser uma alternativa muito eficaz para que as demandas familiares possam ser atendidas sem prejudicar as atividades profissionais.

#### 4.2.2.1 Licenças

As licenças possuem papel fundamental na harmonia entre as responsabilidades profissionais e familiares dos trabalhadores, pois permitem a ausência do labor por um motivo relevante, mas ainda assim são devidos os valores equivalentes a seu salário. As licenças são importantes para garantir ao empregado a convivência com

---

<sup>173</sup> MAGALHÃES, Maria Lúcia Cardoso de. Um novo olhar sobre o ttp - trabalho a tempo parcial. **Rev. Trib. Reg. Trab. 3ª Reg.**, Belo Horizonte, v.46, n.76, p.247-257, jul./dez.2007. Disponível em < [http://www.trt3.jus.br/escola/download/revista/rev\\_76/Maria\\_Magalhaes.pdf](http://www.trt3.jus.br/escola/download/revista/rev_76/Maria_Magalhaes.pdf)> Acesso em mai. 2017.

<sup>174</sup> ALVES, Amauri Cesar. **Teletrabalho e Tempo livre**. Direito do Trabalho Essencial. P. 1. Disponível em < <http://www.direitodotrabalhoessencial.com.br/artigos/teletrabalho-e-tempo-livre/>> Acesso em mai. 2017.

<sup>175</sup> Algumas empresas estão preocupadas com o direito do empregado ao convívio familiar: “A implementação de um conjunto de medidas conciliatórias entre trabalho e família em uma multinacional do setor químico no Brasil gerou resultados relevantes para a igualdade de oportunidades na ascensão profissional de seus/suas funcionários/as. A empresa, além de promover debates e a criação de grupos temáticos, adota práticas de horário flexível e teletrabalho que auxiliam tanto as mulheres como os homens com relação à conciliação entre o trabalho e a vida familiar – pessoal. Como resultado positivo dessas ações, verificou-se que o número de mulheres em posições de supervisão dobrou no intervalo de quatro anos”. ROSEMBERG, J. e Leuzinger, B. **Ações dos Empregadores Brasileiros na Promoção da Igualdade de Gênero e Raça no Trabalho. Igualdade de Gênero e Raça no Trabalho: avanços e desafios**. Brasília: OIT, 2010. Disponível em <[http://www.oit.org.br/sites/default/files/topic/gender/doc/br\\_nota\\_5\\_699.pdf](http://www.oit.org.br/sites/default/files/topic/gender/doc/br_nota_5_699.pdf)> Acesso em abr. 2017.

os outros membros da família, desse modo, devem ser vistas como aliadas tanto do empregado quanto do empregador.

As licenças mais importantes numa relação de emprego, além da licença-maternidade, a licença-paternidade e a licença parental, bem como a licença por motivo de emergência ou doença em membro da família.

A licença maternidade configura-se como o direito de todas as mães que trabalham e contribuem para a Previdência Social (INSS) a ter um período de descanso após o nascimento de um filho, portanto, é importante para a proteção da saúde de ambos. Esta licença é válida para empregos com carteira assinada, do serviço público, temporários, trabalhos terceirizados e autônomos ou ainda trabalhos domésticos. A mãe adotante também tem direito a licença-maternidade.<sup>176</sup> Conforme o disposto no art. 392-A, da CLT, em caso de adoção ou guarda judicial para fins de adoção de crianças, a mulher fará jus a um período de licença.

O art. 6º, caput da Constituição Federal Brasileira dispõe acerca da garantia de proteção à maternidade e à infância, bem como o previsto no art. 10, II, b, do ADCT que dispõe no mesmo sentido, além disso, tem-se a redação do Capítulo dos Direitos Sociais, disposta no art. 7º da CF, que asseguram a vedação à dispensa arbitrária ou sem justa causa da empregada gestante, desde a confirmação da gravidez até cinco meses do parto. Entretanto, apesar de tais disposições constitucionais, a redação anterior da súmula 244 do TST era expressa ao dizer que a estabilidade gravídica não abrangia os contratos de experiência.<sup>177</sup>

Por tais razões, ocorreu uma mudança no que tange a licença-maternidade no âmbito jurídico, e diante desse novo posicionamento acerca da proteção da mulher gestante, o TST modificou o seu entendimento, alterando o disposto na Súmula 244, em decorrência de reiteradas decisões em sentido contrário ao que previa anteriormente tal sumula.

Assim, dispõe a atual redação:

---

<sup>176</sup> NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de direito do trabalho: história e teoria geral do direito do trabalho**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 821.

<sup>177</sup> DAHER SOCIEDADE DE ADVOGADOS, Gomes &. **Nova redação da Súmula nº 244 do TST: Direito novo ou reconhecimento tardio**. Disponível em: <<http://gomes-edaher.jusbrasil.com.br/noticias/100367585/nova-redacao-da-sumula-n-244-do-tst-direito-novo-ou-reconhecimento-tardio>>. Acesso em: abr. 2017, p. 01.

Súmula 244 do TST. GESTANTE ESTABILIDADE PROVISÓRIA. GESTANTE. ESTABILIDADE PROVISÓRIA (redação do item III alterada na sessão do Tribunal Pleno realizada em 14.09.2012) - Res. 185/2012, DEJT divulgado em 25, 26 e 27.09.2012 I - O desconhecimento do estado gravídico pelo empregador não afasta o direito ao pagamento da indenização decorrente da estabilidade (art. 10, II, "b" do ADCT). II - A garantia de emprego à gestante só autoriza a reintegração se esta se der durante o período de estabilidade. Do contrário, a garantia restringe-se aos salários e demais direitos correspondentes ao período de estabilidade. III - A empregada gestante tem direito à estabilidade provisória prevista no art. 10, inciso II, alínea "b", do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, mesmo na hipótese de admissão mediante contrato por tempo determinado.

178

Importante ressaltar que, tal posicionamento pode ser visto em diversos julgados do TST, como por exemplo, o RR: 204-96.2011.5.02.0351 que reconhece a estabilidade gravídica em contratos de experiência.<sup>179</sup>

Dessa maneira, pode-se perceber que o novo texto da Súmula 244 prevê o direito da empregada de estabilidade em todos os tipos de contrato, ou seja, até mesmo nos casos de contratos com prazo final estabelecido. Então, esse entendimento só corrobora com a importância da licença-maternidade para a proteção dos direitos tanto da mãe quanto do filho independentemente da espécie de contrato de emprego.

A licença-paternidade está prevista no art. 7º, XIX da Constituição e possui sua dimensão definida no §1º do art. 10 do ADCT que prevê: "até que a lei venha a disciplinar o disposto no art. 7º, XIX, da Constituição, o prazo da licença-paternidade a que se refere o inciso é de 5 dias."<sup>180</sup>

A licença-paternidade é um importante fator de inserção dos homens quanto as responsabilidades familiares que antes eram somente atribuídas as mulheres, ou

<sup>178</sup> BRASIL. Súmulas do Tribunal Superior do Trabalho. Brasília, DF. Disponível em: <[http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas\\_com\\_indice/Sumulas\\_Ind\\_201\\_250.html#SUM-244](http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_201_250.html#SUM-244)>. Acesso em: abr. 2017.

<sup>179</sup> RECURSO DE REVISTA. ESTABILIDADE DA GESTANTE. CONTRATO DE EXPERIÊNCIA. A Jurisprudência desta Corte, na esteira do entendimento do Supremo Tribunal Federal, inclinou-se no sentido de reconhecer estabilidade provisória decorrente de gestação no curso dos contratos por prazo determinado, fato que culminou na nova redação do item III da Súmula nº 244 do TST, verbis : - III - A empregada gestante tem direito à estabilidade provisória prevista no art. 10, inciso II, alínea b, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, mesmo na hipótese de admissão mediante contrato por tempo determinado-. Recurso de revista não conhecido. BRASÍLIA. Tribunal Superior do Trabalho. Recurso de Revista No 204-96.2011.5.02.0351.

Terceira Turma. Relator: Alexandre de Souza Agra Belmonte, Data de Julgamento: 04 set. 2013. Data de Publicação: DEJT 06 set. 2013. Disponível em: <<http://tst.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24148054/recurso-de-revista-rr-2049620115020351-204-9620115020351-tst>>. Acesso em: abr. 2017.

<sup>180</sup> MARTINEZ, Luciano. **Curso de direito do trabalho: relações individuais, sindicais e coletivas do trabalho**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 563.

seja, permite aos pais participar mais efetivamente do desenvolvimento e adaptação da criança. Nesse sentido, a OIT descreve e incentiva a licença-paternidade:

A licença-paternidade é fundamental para que o papel dos homens em relação às responsabilidades familiares e à prestação de cuidados seja promovido e reconhecido. Apesar de não haver normativas internacionais específicas com relação à licença-paternidade, ela está sendo cada vez mais reconhecida em legislações nacionais e em práticas empresariais, por meio de uma licença curta aos pais após o nascimento de seu filho ou filha. A adoção dessas licenças, particularmente em acordos coletivos, também é um indicador da importância atribuída à presença e participação do pai nos dias que se seguem ao nascimento do seu filho ou filha. Além disso, sinaliza um reconhecimento dos homens como sujeitos de direitos no exercício das responsabilidades familiares e na possibilidade de conciliar trabalho e família. Além da licença paternidade, existem, atualmente, no Brasil, algumas poucas legislações específicas que asseguram benefícios aos homens com responsabilidades familiares. Dessa forma, a imensa maioria dos homens trabalhadores que necessitam de apoio específico para o exercício de responsabilidades familiares precisa recorrer a um processo administrativo ou judicial. Contudo, é crescente o número de acordos, convenções coletivas e decisões judiciais que prevêem direitos iguais a homens e mulheres em relação a alguns benefícios, como o auxílio creche. É necessário, portanto, alinhar esforços para incluir os homens nas medidas de apoio a responsabilidades familiares, a partir do reconhecimento da importância da paternidade e do seu exercício como um direito dos homens, considerando, também, a diversidade de arranjos familiares atualmente existentes.<sup>181</sup>

Percebe-se que a licença-paternidade foi pensada para diminuir as desigualdades em relação às responsabilidades familiares entre o homem e a mulher. O ordenamento jurídico garante ao pai da criança, em geral, tem direito a licença-paternidade remunerada de cinco dias corridos, a partir da data de nascimento do bebê. Servidores públicos federais têm direito a uma licença-paternidade de 20 dias. A licença para o funcionário de empresa privada pode ser ampliada para 20 dias se ela fizer parte do Programa Empresa Cidadã, de acordo com a Lei nº 13.257.<sup>182</sup>

Há empresas que estão preocupadas com o relacionamento dos seus empregados com sua família e incentivam as licenças maternidade e paternidade. Um exemplo é a Netflix, que permite aos novos pais e novas mães tirarem licenças de um ano. A política implantada pela empresa permite que "os pais retornem ao trabalho durante

---

<sup>181</sup> Organização Internacional do Trabalho. Escritório no Brasil. **Licenças e responsabilidades familiares.** Disponível em <[http://www.oit.org.br/sites/default/files/topic/gender/doc/br\\_nota\\_6\\_700.pdf](http://www.oit.org.br/sites/default/files/topic/gender/doc/br_nota_6_700.pdf)> Acesso em abr. 2017, p. 3.

<sup>182</sup> BRASIL. **LEI 13.257**, de 8 de março de 2016. Brasília, DF, 8 mar. 2016. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2016/lei/l13257.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/l13257.htm)> Acesso em mai. 2017.

meio período, período integral ou voltar ao trabalho e se afastar conforme suas necessidades".<sup>183</sup>

Há ainda, no tocante as licenças para promover a conciliação entre as atividades profissionais e familiares dos empregados, as licenças para uma situação de emergência e licença por motivo de doença em algum familiar, conforme recomendação da OIT. As licenças por motivo de calamidade familiar são as mais comuns na maioria dos países: a morte de um filho, cônjuge ou pai/mãe.<sup>184</sup> No Brasil, o direito de licença aos trabalhadores/as por motivo de doença em pessoa da família é assegurado em leis e decretos, e também acordado em cláusulas de negociação coletiva.

Conclui-se que, à medida que as empresas implementam soluções favoráveis à convivência familiar como por exemplo, serviços de cuidado dentro do local de trabalho ou horários mais flexíveis, a necessidade de se recorrer a licenças dessa natureza diminui.

#### 4.2.2.2 Férias anuais remuneradas

Analisou-se até aqui a importância da existência e eficácia dos direitos fundamentais para a sociedade, em particular, no presente estudo, para o empregado. As férias é um direito do empregado que possibilita a sua reinserção familiar, além de garantir a proteção de sua saúde física e psicológica.

Mauricio Godinho Delgado define férias como:

O lapso temporal remunerado, de frequência anual, constituído de diversos dias sequenciais, em que o empregado pode sustar a prestação de serviços e sua disponibilidade perante o empregador, com o objetivo de recuperação e implementação de suas energias e de sua inserção familiar, comunitária e política.<sup>185</sup>

---

<sup>183</sup> Salomão, Karin. **11 empresas com benefícios incríveis para seus funcionários**. Exame.com. 2016, p. 1. Disponível em < <http://exame.abril.com.br/negocios/10-empresas-com-beneficios-incriveis-para-seus-funcionarios/>> Acesso em abr. 2017.

<sup>184</sup> Organização Internacional do Trabalho. Escritório no Brasil. **Licenças e responsabilidades familiares**. Disponível em < [http://www.oit.org.br/sites/default/files/topic/gender/doc/br\\_nota\\_6\\_700.pdf](http://www.oit.org.br/sites/default/files/topic/gender/doc/br_nota_6_700.pdf)> Acesso em abr. 2017, p. 3.

<sup>185</sup> DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 14ª ed. São Paulo: LTr Editora, 2015, p. 1049.

Por determinação legal, as férias devem ser anuais, e não pode o empregado ser lesado no recebimento dos seus pagamentos regulares. Amauri Mascaro Nascimento as define como “[...] certo número de dias durante os quais, cada ano, o trabalhador que cumpriu certas condições de serviço suspende o trabalho sem prejuízo da remuneração habitual”.<sup>186</sup>

Hoje, as férias dos empregados configura-se como um direito reconhecido em lei, e constante no próprio texto constitucional, representando não apenas um simples tempo para descanso, como também o reflexo de uma preocupação com o bem estar do obreiro, além de trazer benefícios para a empresa, já que o trabalho rende mais quando o trabalhador tem assegurado seus direitos.

A importância das férias é tamanha para a integração familiar, que o art. 136, § 1º da CLT<sup>187</sup> determina que os componentes de uma família que trabalharem no mesmo estabelecimento ou empresa, deverão usufruir das férias no mesmo período se desejarem e não ocasionar prejuízos ao serviço, sendo que este prejuízo deverá ser comprovado pelo empregador para evitar abusos.

Entretanto, apesar de ser titular de direito, que por lei, lhe garante um período de descanso, e, portanto quando adquirido deve ser gozado e remunerado, o empregado em muitas situações tem seu direito violado por parte do empregador no que tange as suas férias anuais, desde a sua não concessão no período destinado, ou a diminuição ilegal desses dias de descanso, ou até mesmo à sua completa supressão.

A compreensão de que a concessão das férias é importante tanto para o empregado quanto para o empregador se faz necessária nas relações trabalhistas. Percebe-se que as férias tem duplo caráter: é um direito negativo, pois naquele lapso temporal o empregado não pode exercer suas atividades laborais e também o empregador não pode exigir que ele trabalhe; por outro lado, é um direito positivo do empregado, visto que o empregador tem o dever legal de conceder tal descanso sem afetar a remuneração do trabalhador.

---

<sup>186</sup> NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de direito do trabalho: história e teoria geral do direito do trabalho**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 821.

<sup>187</sup> BRASIL. **Consolidação das leis do trabalho**. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/De15452.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/De15452.htm)> Acesso em abr. 2017.

Sabe-se que as relações de emprego são regidas pela ótica capitalista, ou seja, as atividades laborais são, por vezes, exaustivas, desgastantes, os trabalhos têm se tornado repetitivos, para promover, assim, o aumento da produção. Isso tudo tem um preço, e a ausência do descanso pode trazer, entre outros fatores, prejuízos à saúde do empregado.

Nesse sentido Sérgio Pinto Martins alerta que “[...] Os estudos da medicina do trabalho revelam que o trabalho contínuo sem férias é prejudicial ao organismo”. E completa, afirmando que “[...] após o quinto mês de trabalho sem férias, o empregado já não tem o mesmo rendimento, principalmente em serviço intelectual.”<sup>188</sup>

Dessa maneira, não permitir que o empregado desfrute de férias traz, ainda, prejuízos econômicos, uma vez que a carga de trabalho provoca cansaço, fadiga, o que leva, invariavelmente, à diminuição da sua produtividade, como explica José Augusto Rodrigues Pinto: “O desligamento prolongado do trabalho e, sobretudo, de sua rotina executiva e ambiental afasta a possibilidade do stress, elemento reconhecidamente provocador da diminuição de capacidade e até de inapetência para o labor”.<sup>189</sup>

Percebe-se por fim, a importância de um período destinado ao descanso para o obreiro, pois além de renovar suas energias, melhora sua qualidade de vida, e ele retorna às atividades laborais com maior disposição, o que deve refletir positivamente na sua produtividade, trazendo benefícios para os dois polos do contrato trabalhista. Ademais, as férias é um elemento essencial na conciliação entre as responsabilidades profissionais e familiares, pois permite ao empregado um tempo disponível para descansar junto com seu grupo familiar.

#### 4.2.2.3 Períodos de descanso: intervalos, repouso semanal e em feriados

Os períodos de descanso podem ser classificados em intervalos interjornadas e intrajornadas, bem como o repouso semanal e em feriados. Assim como as férias,

---

<sup>188</sup> MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito do trabalho**. 31. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 643.

<sup>189</sup> PINTO, José Augusto Rodrigues. **Tratado de direito material do trabalho**. São Paulo: LTr, 2007. p. 455.

esses períodos são importantes métodos para facilitar ao empregado o convívio familiar.

De acordo com a definição de Mauricio Godinho, os períodos de descanso conceituam-se como:

(...) lapsos temporais regulares, remunerados ou não, situados intra ou intermódulos diários, semanais ou anuais do período de labor, em que o empregado pode sustar a prestação de serviços e sua disponibilidade perante o empregador, com o objetivo de recuperação e implementação de suas energias ou de sua inserção familiar, comunitária e política.<sup>190</sup>

O Direito do Trabalho sempre buscou controlar a jornada de trabalho evitando que esta fosse excessiva, causando diversos danos à saúde do trabalhador. Desse modo, é obrigatória a concessão de intervalos dentro da jornada, entre as jornadas e o repouso semanal e em feriados.

Os intervalos ou períodos de descanso tem a finalidade de permitir a reposição de energias gastas durante o período de labor, além de proporcionar ao obreiro um maior convívio com a família e cumprimento de suas responsabilidades perante esta.

No Brasil, foram editados diversos decretos regulamentando a jornada de trabalho, porém a partir de 1943 com a promulgação da Consolidação das Leis Trabalhistas - CLT, seu artigo 71, passou a regular o assunto:

Art. 71 – Em qualquer trabalho contínuo, cuja duração exceda de 6 (seis) horas, é obrigatória a concessão de um intervalo para repouso ou alimentação, o qual será, no mínimo, de 1 (uma) hora e, salvo acordo escrito ou contrato coletivo em contrário, não poderá exceder de 2 (duas) horas.<sup>191</sup>

Observa-se que o art. 71 prevê que o empregado que trabalha menos de quatro horas, não faz jus a usufruir o intervalo para repouso e alimentação. Diferentemente o empregado que trabalha entre quatro e seis horas terá direito a um intervalo de 15 minutos. Entretanto, se a jornada de trabalho for superior a seis horas, será concedido intervalo de no mínimo uma hora.

Ressalta-se que o intervalo de uma hora somente pode ser reduzido através de um ato do Ministério do Trabalho, desde que atenda as exigências trazidas pelo § do artigo 71 da CLT. Além disso, o descumprimento por parte do empregador quanto a

---

<sup>190</sup> DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 14ª ed. São Paulo: LTr Editora, 2015, p. 1015.

<sup>191</sup> BRASIL. **Consolidação das leis do trabalho**. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del5452.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm)> Acesso em abr. 2017.

concessão de intervalo de uma hora, gera penalidades ao mesmo, conforme o disposto no §4º do referido artigo.<sup>192</sup>

Ademais, em 2012 o Tribunal Superior do Trabalho editou a Súmula nº. 437<sup>193</sup> que prevê o direito a uma hora extra caso não seja concedido uma hora de intervalo para refeição e repouso, dessa maneira garante o direito do empregado a convivência familiar.

Após o exposto, percebe-se a importância que foi dada pelo ordenamento jurídico brasileiro aos períodos de descanso do empregado. No que tange ao direito do obreiro a convivência familiar, os descansos assegurados pela legislação são importantes aliados para garantir os momentos de relação do trabalhador com os outros membros da família. Além disso, conforme já demonstrado, as vantagens de assegurar tal direito são recebidas pelos dois polos da relação trabalhista.

Por fim, há que se destacar que a cooperação entre os empregados, os empregadores e o Estado é fundamental para preservar a unidade familiar e a proteção de seus componentes, bem como, assegurar o direito do cidadão ao trabalho, garantindo assim, benefícios para toda a sociedade.

---

<sup>192</sup> § 4º – Quando o intervalo para repouso e alimentação, previsto neste artigo, não for concedido pelo empregador, este ficará obrigado a remunerar o período correspondente com um acréscimo de no mínimo 50% (cinquenta por cento) sobre o valor da remuneração da hora normal de trabalho. BRASIL. **Consolidação das leis do trabalho.** Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del5452.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm)> Acesso em abr. 2017.

<sup>193</sup> S. 437. INTERVALO INTRAJORNADA PARA REPOUSO E ALIMENTAÇÃO. APLICAÇÃO DO ART. 71 DA CLT.

I – Após a edição da Lei nº 8.923/94, a não concessão total ou a concessão parcial do intervalo intrajornada mínimo, para repouso e alimentação a empregados urbanos e rurais, implica o pagamento total do período correspondente, e não apenas daquele suprimido, com acréscimo de, no mínimo, 50% sobre o valor da remuneração da hora normal de trabalho (art. 71 da CLT), sem prejuízo do cômputo da efetiva jornada de labor para efeito de remuneração.

II - É inválida cláusula de acordo ou convenção coletiva de trabalho contemplando a supressão ou redução do intervalo intrajornada porque este constitui medida de higiene, saúde e segurança do trabalho, garantida por norma de ordem pública (art. 71 da CLT e art. 7º, XXII, da CF/1988), infensa à negociação coletiva.

III – Possui natureza salarial a parcela prevista no art. 71, § 4º, da CLT, com redação introduzida pela Lei nº 8.923, de 27 de julho de 1994, quando não concedido ou reduzido pelo empregador o intervalo mínimo intrajornada para repouso e alimentação, repercutindo, assim, no cálculo de outras parcelas salariais.

IV – Ultrapassada habitualmente a jornada de seis horas de trabalho, é devido o gozo do intervalo intrajornada mínimo de uma hora, obrigando o empregador a remunerar o período para descanso e alimentação não usufruído como extra, acrescido do respectivo adicional, na forma prevista no art. 71, caput e § 4º, da CLT. BRASIL. Súmulas do Tribunal Superior do Trabalho. Brasília, DF. Disponível em:< <http://www.tst.jus.br/documents/10157/63003/Livro-Internet.pdf>> Acesso em: abr. 2017.

### 4.2.3 Das medidas repressivas

Diante da exposição feita acima sobre as medidas preventivas que buscam compatibilizar a vida familiar e profissional do empregado, não restam dúvidas que as instituições e institutos de direito do trabalho tem uma função importante nesse processo, já que, são responsáveis por tutelar a relação entre empregado e empregador nos países capitalistas.

Os institutos de direito do trabalho destinados a viabilizar a plena busca de equilíbrio entre vida e trabalho, como já explicitado nos tópicos 4.2.1 e 4.2.2, em especial as férias, os períodos de descanso e as licenças, nem sempre são respeitados por aqueles que detêm o poder econômico, causando aos empregados prejuízos de diversas categorias.

É possível identificar diversos descumprimentos das normas trabalhistas pelas empresas. Em alguns, há um descumprimento pontual, ocasionado por alguma demanda urgente. Porém há casos de violação corriqueira da legislação, onde existe uma expectativa de vantagem com o desrespeito aos direitos do empregado. Somado a isso, o frágil sistema de fiscalização governamental brasileiro das relações de emprego acaba por facilitar essas situações, pois possui poucos funcionários destinados a realizar a fiscalização diante de uma quantidade imensa de empresas espalhadas por todo o país.

Nesse sentido, Jorge Cavalcanti e Rúbia Zanotelli esclarecem:

O descumprimento estratégico das normas trabalhistas por determinadas empresas que se sujeitam às sanções legais por constatarem que a eventual aplicação delas acaba sendo menos onerosa do que o fiel cumprimento do ordenamento jurídico (política conhecida pela expressão "risco calculado") é facilmente visualizado no exemplo da instituição financeira que exige o labor em sobre jornada e não o remunera corretamente. Se em determinada agência com trabalhadores estiverem nessa situação e apenas cinquenta ajuizarem a ação, a empresa auferiu um lucro significativo.<sup>194</sup>

Percebe-se então, que as situações de violação da legislação trabalhista são praticadas com regularidade no Brasil. Muitos empregadores lucram com a

---

<sup>194</sup> BOUCINHAS FILHO, Jorge Cavalcanti; ALVARENGA, Rúbia Zanotelli de. **O Dano Existencial e o Direito do Trabalho**. P. 1. Disponível em <[http://www.lex.com.br/doutrina\\_24160224\\_O\\_DANO\\_EXISTENCIAL\\_E\\_O\\_DIREITO\\_DO\\_TRABALH](http://www.lex.com.br/doutrina_24160224_O_DANO_EXISTENCIAL_E_O_DIREITO_DO_TRABALH) O.aspx> Acesso em abr. 2017.

exploração da mão de obra dos seus funcionários e conseqüentemente, prejudicam sua convivência com familiares.

É necessário, entretanto, destacar que não é apenas a inadimplência das parcelas correspondentes ao excesso de jornada que são prejudiciais ao empregado. Mesmo com a quitação das horas extras, o empregado ainda é lesado de desfrutar do convívio com sua família e amigos.

Ao verificar que a exploração da mão de obra ocorre muitas vezes contra a vontade do empregado torna a situação ainda mais grave. Seja por precisar do acréscimo salarial correspondente, seja por temer sua demissão o empregado se vê obrigado a contribuir com as circunstâncias que violam seus próprios direitos. Cavalcanti e Zanotelli explicam que essa “hiperexploração da mão de obra humana, acompanhada ou não de contraprestação em pecúnia, causa ao trabalhador um tipo de prejuízo que vem sendo doutrinariamente chamado de dano existencial.”<sup>195</sup>

É possível notar que o Brasil privilegia nas relações de emprego, os mecanismos de tutela repressiva em detrimento da tutela preventiva. Esse fato justifica-se principalmente pelo orçamento da Justiça do Trabalho, que somente é acionada após o fim do vínculo empregatício (controle repressivo), ser superior ao orçamento do Ministério do Trabalho e Emprego que possui a função de autorizar a instalação e início de atividades e fiscalizar periodicamente o seu funcionamento, atuando, portanto, de forma preventiva.<sup>196</sup>

Dessa maneira, é necessário analisar de que forma a legislação trabalhista pode ser utilizada para reprimir as violações aos direitos do empregado, levando-se em consideração que vem ocorrendo danos diariamente ao direito à convivência familiar do trabalhador.

O dano é o pressuposto mais importante da responsabilidade civil. Não havendo o dano, não há o que se falar em responsabilidade civil, pois se estaria falando em

---

<sup>195</sup> BOUCINHAS FILHO, Jorge Cavalcanti; ALVARENGA, Rúbia Zanotelli de. **O Dano Existencial e o Direito do Trabalho**. P. 1. Disponível em <[http://www.lex.com.br/doutrina\\_24160224\\_O\\_DANO\\_EXISTENCIAL\\_E\\_O\\_DIREITO\\_DO\\_TRABALHO.aspx](http://www.lex.com.br/doutrina_24160224_O_DANO_EXISTENCIAL_E_O_DIREITO_DO_TRABALHO.aspx)> Acesso em abr. 2017.

<sup>196</sup> COSTA, Karina A Monteiro da. **O dano existencial no direito do trabalho: desafios ao seu adequado reconhecimento ante a individualidade e a liberdade do empregado**. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XIX, n. 152, set 2016. Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=17828](http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=17828)>. Acesso em maio 2017.

enriquecimento ilícito e prejuízo ao ofensor. O dano nas relações de emprego pode ocorrer tanto da forma material quanto extrapatrimonial, devendo sempre ser ressarcido, excetuando-se as causas de exclusão da responsabilidade.<sup>197</sup>

Não apenas a doutrina, como também a jurisprudência brasileira vêm admitindo a presença de danos existenciais nas relações de emprego. A justificativa para tanto, é que o empregado em muitas situações tem que dedicar-se ao seu trabalho quase que exclusivamente, com excessos de trabalho que atingem diretamente suas relações e atividades extralaborais e que o fazem abrir mão de projetos pessoais, projetos de vida e de conviver com familiares e amigos, sendo vítima mesmo sem perceber, de um dano à sua existência: o dano existencial.<sup>198</sup>

Desse modo, o dano existencial que na seara trabalhista é chamado de dano à existência do trabalhador, e pode aparecer quando o empregador, utilizando seu poder diretivo, impede o empregado de se relacionar com seus familiares, interferindo diretamente em seus direitos fundamentais.<sup>199</sup> Esse dano pode configurar-se quando a empresa impõe ao empregado excesso de jornada, horas extras desnecessárias ou quando não respeita seu tempo livre.

Entretanto, Sônia Mascaró Nascimento afirma que para que o dano existencial seja configurado, não basta o empregado estar submetido a excesso de jornada de trabalho ou não ter gozado férias por longos períodos, pois, nesses casos, já existe punição imposta ao empregador pelo ordenamento jurídico – como o pagamento de multa administrativa, o pagamento de horas extraordinárias, pagamento em dobro de férias.<sup>200</sup> Para haver o dano existencial na relação de emprego, deve ser comprovado o prejuízo à convivência familiar do empregado e o nexo de causalidade com a conduta.<sup>201</sup>

---

<sup>197</sup> NASCIMENTO, Sônia Mascaró. **Dano existencial nas relações de trabalho**. Revista LTR – Legislação do Trabalho, São Paulo, ano 78, n. 8, agosto 2014, p. 971.

<sup>198</sup> *Ibidem*, *loc.cit.*

<sup>199</sup> COSTA, Karina A Monteiro da. **O dano existencial no direito do trabalho: desafios ao seu adequado reconhecimento ante a individualidade e a liberdade do empregado**. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, XIX, n. 152, set 2016. Disponível em: <  
[http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=17828](http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=17828)

<sup>200</sup> NASCIMENTO, Sônia Mascaró. *Op. cit.* Revista LTR – Legislação do Trabalho, São Paulo, ano 78, n. 8, agosto 2014, p. 971.

<sup>201</sup> Sônia Mascaró esclarece ainda que para caracterizar o dano existencial com o dever de ressarcir ao empregado os prejuízos causados com a violação do seu direito, é necessário preencher os pressupostos da responsabilidade civil: dano, nexo causal e a conduta do agente. NASCIMENTO,

No Brasil a jurisprudência caminha no sentido de configurar o dano existencial nas relações de emprego quando presentes os seus requisitos de configuração, como é o caso do Recurso Extraordinário 0002125-29.2010.5.04.0203.<sup>202</sup>

Por fim, é possível compreender que a responsabilidade civil garante que nas relações de emprego sejam resguardados os direitos do obreiro, que é hipossuficiente, visando reprová-lo através de sanções, todo dano causado a convivência familiar do empregado.

---

Sônia Mascaro. **Dano existencial nas relações de trabalho**. Revista LTR – Legislação do Trabalho, São Paulo, ano 78, n. 8, agosto 2014, p. 971.

<sup>202</sup> DANO EXISTENCIAL. JORNADA EXTRA EXCEDENTE DO LIMITE LEGAL DE TOLERÂNCIA. DIREITOS FUNDAMENTAIS. O dano existencial é uma espécie de dano imaterial, mediante o qual, no caso das relações de trabalho, o trabalhador sofre danos/limitações em relação à sua vida fora do ambiente de trabalho em razão de condutas ilícitas praticadas pelo tomador do trabalho. Havendo a prestação habitual de trabalho em jornadas extras excedentes do limite legal relativo à quantidade de horas extras, resta configurado dano à existência, dada a violação de direitos fundamentais do trabalho que traduzem decisão jurídico-objetiva de valor de nossa 93 Constituição. Do princípio fundamental da dignidade da pessoa humana decorre o direito ao livre desenvolvimento da personalidade do trabalhador, do qual constitui projeção o direito ao desenvolvimento profissional, situação que exige condições dignas de trabalho e observância dos direitos fundamentais também pelos empregadores (eficácia horizontal dos direitos fundamentais). Recurso do reclamante provido. TRT da 4ª Região, 1ª Turma, 0002125-29.2010.5.04.0203 RO, em 20/03/2013, Desembargador José Felipe Ledur - Relator.

## 5 CONCLUSÃO

O presente trabalho dedicou-se ao estudo de alguns questionamentos acerca do tratamento jurídico do direito fundamental a convivência familiar e suas implicações nas relações empregatícias.

Percebe-se ao decorrer da pesquisa, que o empregado não deve ser visto apenas como empregado nas relações de emprego, mas também como pessoa. Dessa forma, o empregado, sendo em essência homem, é sujeito de direitos inerentes à sua condição humana. Esses direitos são assegurados pela Constituição Federal brasileira, e entre eles, temos os direitos fundamentais.

Os direitos fundamentais passaram por diversas transformações ao longo de sua história, foram evoluindo e como consequência disso percebeu-se a existência de dimensões desses direitos, que, por sua vez, são: os direitos de primeira geração, entendida como os direitos civis e políticos, marcados pela ausência de intervenção estatal no que se referia a questões individuais. Os direitos fundamentais de segunda geração são os direitos sociais ou à prestação, tais como o direito ao trabalho, à seguridade, à saúde, lazer e moradia. A terceira geração de direitos compreende os de interesse difuso que tem por destinatários indivíduos indeterminados, ou seja, protegem não o homem isoladamente, mas sim a coletividade como ocorre com o meio ambiente ecologicamente equilibrado. Por fim, o direito das minorias que visam atender às demandas da coletividade em prol do respeito das minorias, que são o direito de quarta geração.

A Constituição Federal de 1988 prevê os direitos fundamentais e é através deles que se tem a possibilidade de garantir a efetividade do estado democrático de direito, uma vez que, esses direitos são a base do estado. A tutela dada aos direitos fundamentais é ampla e, além disso, vislumbra-se, a dignidade da pessoa humana como grande alicerce do ordenamento jurídico brasileiro, já que a pessoa é vista como fundamento e fim da sociedade e do estado.

Ressalta-se, entretanto, que os direitos fundamentais só se satisfaziam perante o Estado, tendo em vista que o seu surgimento se deu como forma de limitação à atuação deste, porém, no decorrer do tempo percebeu-se que não era somente o Estado capaz de violar os direitos fundamentais, como também terceiros. Diante

disso houve a constitucionalização do direito, momento em que o direito constitucional passou a incidir em todo o ordenamento jurídico, isto restou fundamentado pela dimensão objetiva dos direitos fundamentais e a sua eficácia irradiante.

A partir das discussões sobre a possibilidade de violação dos direitos fundamentais por outros atores que não o Estado, a doutrina começou a se questionar acerca da possibilidade ou não da vinculação dos direitos fundamentais aos particulares.

Nota-se então, a compreensão de que as normas constitucionais possuem aplicabilidade imediata, pois, entendimento diverso deste poderia trazer como consequência a supressão de certos direitos, diante da sua impossibilidade de satisfação do direito de forma direta. Assim, independentemente do grau de eficácia atribuída a norma constitucional, não se pode permitir que esta não incida de forma imediata e corra o risco de um impedimento na fruição.

Diante das teorias abordadas no presente estudo sobre a eficácia horizontal dos direitos fundamentais, restou o entendimento de que a teoria da eficácia imediata é a mais adequada no cenário brasileiro, pois esta possibilita de maneira mais direta a concretização desses direitos fundamentais, tendo em vista que se recorre ao judiciário para a satisfação do direito que não estava sendo concretizado. Reitera-se que não deixa de ser observado o juízo de proporcionalidade diante do caso concreto, este se faz importante, porque se pode constatar que a particularidade revelada pela relatividade, possibilita que diante de um conflito entre esses direitos possa ocorrer uma ponderação, para viabilizar a concretização de um deles.

Por fim, buscou-se compreender o direito ao convívio familiar, para identificar a sua natureza jurídica, a sua relevância na vida do indivíduo e a sua aplicação nas relações de emprego como mecanismo de proteção da dignidade da pessoa humana.

Através do aprofundamento no estudo da convivência familiar, foi possível conferir que esta se configura como elemento essencial ao ser humano, mas que não possui o devido reconhecimento nem pela sociedade, nem na esfera jurídica, tendo em vista que não se busca disciplinar tal direito de forma mais específica no tocante a sua relevância também nas relações particulares.

O direito ao convívio com a família tem a natureza jurídica de um direito fundamental social, que necessita de uma atuação positiva para sua concretização. Essa efetivação transcende à ideia de uma proteção no âmbito do direito do trabalho, a repercussão existente em todas as esferas do direito faz com que se busque a satisfação desse direito, com o objetivo de construir uma sociedade melhor, mais leve, sadia, e conseqüentemente todos sejam beneficiados.

Diante desse cenário de importância do direito a convivência familiar, é necessária uma tutela mais específica por parte do ordenamento jurídico brasileiro, para garantir ao empregado mais equilíbrio entre suas responsabilidades familiares e profissionais.

Nesse contexto, o empregador também exerce papel fundamental de agente transformador da sociedade e de efetivação dos direitos fundamentais dos seus empregados. Não restam dúvidas que, diante da análise e interpretação sistêmica da Constituição Federal e do ordenamento jurídico infraconstitucional, o direito ao equilíbrio entre trabalho e vida familiar constitui um verdadeiro direito fundamental social do trabalhador, com todas as características inerentes à espécie e dotado de aplicabilidade imediata ante a força constitucional.

Por fim, identifica-se a convivência familiar como instrumento extremamente necessário para a promoção da dignidade humana, por argumentos que vão além de justificativas previstas constitucionalmente. Trata-se de um direito que precisa ser respeitado, tanto pela vertente jurídica, tanto pela vertente social. Nesta senda, ressalta-se que as empresas e a sociedade são instituições interdependentes e não distintas. A corresponsabilidade social entre empregados, Estado e empregadores é imprescindível para a preservação, em igual medida, da unidade familiar e da proteção aos seus membros.

## REFERÊNCIAS

ABREU, Neide Maria Carvalho. **Os direitos fundamentais na constituição federal de 1988**. Disponível em <<http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/XIVCongresso/055.pdf>> Acesso em fev. 2017.

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad: Virgílio Afonso da Silva. 2ª ed. 4ª tiragem. São Paulo: Malheiros.

ALVES, Amauri Cesar. **Teletrabalho e Tempo livre**. Direito do Trabalho Essencial. Disponível em < <http://www.direitodotrabalhoessencial.com.br/artigos/teletrabalho-e-tempo-livre/>> Acesso em mai. 2017.

BARROSO, Luis Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. São Paulo: Saraiva, 2009.

BERTRAMELLO, Rafael. **Direitos humanos fundamentais: conceito, terminologia e perspectiva histórica**. 2014. Disponível em: < <https://rafaelbertramello.jusbrasil.com.br/artigos/121943100/direitos-humanos-fundamentais-conceito-terminologia-e-perspectiva-historica>> Acesso em jan. 2017.

BIANCHI, Joe Nunes. **Empresa, Direitos Fundamentais e Função Social**. 2007. Dissertação. Orientadora: Profa. Doutora. Marta Marília Tonin. (Mestrado em Direito) – Faculdades Integradas Curitiba, Curitiba. Disponível em < <http://tede.unicuritiba.edu.br/dissertacoes/JoeNunesBianchi.pdf>> Acesso em fev. 2017.

BOUCINHAS FILHO, Jorge Cavalcanti; ALVARENGA, Rúbia Zanotelli de. **O Dano Existencial e o Direito do Trabalho**. Disponível em < [http://www.lex.com.br/doutrina\\_24160224\\_O\\_DANO\\_EXISTENCIAL\\_E\\_O\\_DIREITO\\_DO\\_TRABALHO.aspx](http://www.lex.com.br/doutrina_24160224_O_DANO_EXISTENCIAL_E_O_DIREITO_DO_TRABALHO.aspx)> Acesso em abr. 2017.

BRASIL. **Consolidação das leis do trabalho**. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del5452.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm)> Acesso em abr. 2017.

\_\_\_\_\_. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)> Acesso em 12 nov. 2016

\_\_\_\_\_. **Constituição da Republica Federativa do Brasil**. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao34.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao34.htm)> Acesso em 12 nov. 2016

\_\_\_\_\_. **LEI 10.406**, de 10 de janeiro de 2002. Código Civil. Brasília, DF 10 de janeiro de 2002 Disponível em<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm)> Acesso em fev. 2016

\_\_\_\_\_. **LEI 13.257**, de 8 de março de 2016. Brasília, DF, 8 mar. 2016. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2016/lei/l13257.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/l13257.htm)> Acesso em mai. 2017.

\_\_\_\_\_. **LEI 4.121**, de 27 de agosto de 1962. Estatuto da Mulher casada. Brasília, 27 ago. 1962 <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/1950-1969/L4121.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/L4121.htm)> Acesso em 12 nov. 2016

\_\_\_\_\_. **Lei 8.069**, de 13 de JULHO de 1990. Estatuto da Criança e do Adolescente. Brasília, DF 13 de julho de 1990. Disponível em <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8069.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm)> Acesso em 12 nov. 2016

\_\_\_\_\_. Súmulas do Tribunal Superior do Trabalho. Brasília, DF. Disponível em:<[http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas\\_com\\_indice/Sumulas\\_Ind\\_201\\_250.html#SUM-244](http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_201_250.html#SUM-244)> Acesso em: abr. 2017.

BRASÍLIA. Tribunal Superior do Trabalho. Recurso de Revista No 204-96.2011.5.02.0351. Terceira Turma. Relator: Alexandre de Souza Agra Belmonte, Data de Julgamento: 04 set. 2013. Data de Publicação: DEJT 06 set. 2013. Disponível em: <<http://tst.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24148054/recurso-de-revista-rr-2049620115020351-204-9620115020351-tst>>. Acesso em: abr. 2017.

BRONZATTI, Carla Cargnelutti; LOUZADA, Marcelle Cardoso. **O direito à convivência familiar e comunitária do idoso: como fica o idoso abandonado?** 2015. Disponível em < [http://sites.fadisma.com.br/entrementes/anais/wp-content/uploads/2015/08/o-direito-a-convivencia-familiar-e-comunitaria-do-idoso\\_-como-fica-o-idoso-abandonado\\_.pdf](http://sites.fadisma.com.br/entrementes/anais/wp-content/uploads/2015/08/o-direito-a-convivencia-familiar-e-comunitaria-do-idoso_-como-fica-o-idoso-abandonado_.pdf)> Acesso em jan. 2017.

CABRAL, Érico de Pina. A “autonomia” no direito privado. In: **Revista de Direito Privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 19(5)83-129, jul/set 2004.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 5ª Ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Direito Constitucional – Teoria do estado e da Constituição – Direito Constitucional Positivo**. 15ª ed. Rev., atual. E ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

COMPARATO, Fabio Konder. **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos**. 7ª ed. Rev. E atual. São Paulo: Saraiva, 2010.

COSTA, Karina A Monteiro da. **O dano existencial no direito do trabalho: desafios ao seu adequado reconhecimento ante a individualidade e a liberdade do empregado**. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XIX, n. 152, set 2016. Disponível em:  
<[http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=17828](http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=17828)>

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. 5.ed. rev. ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2011.

DABUS. Adriana Caldas do Rego Freitas. **Novas modalidades de família na pós-modernidade**. 2010. Tese. Prof. Orientador: Associado Roberto João Elias. (Doutorado em direito). Faculdade de Direito da USP, São Paulo. Disponível em <[file:///C:/Users/Josu%C3%A9/Downloads/TESE\\_COMPLETA\\_PDF\\_ADRIANA.pdf](file:///C:/Users/Josu%C3%A9/Downloads/TESE_COMPLETA_PDF_ADRIANA.pdf)> Acesso em jan. 2017.

DAHER SOCIEDADE DE ADVOGADOS, Gomes &. **Nova redação da Súmula nº 244 do TST: Direito novo ou reconhecimento tardio**. Disponível em:  
<<http://gomes-edaher.jusbrasil.com.br/noticias/100367585/nova-redacao-da-sumula-n-244-do-tst-direito-novo-ou-reconhecimento-tardio>> Acesso em: abr. 2017.

DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 14ª ed. São Paulo: LTr Editora, 2015.

\_\_\_\_\_. **O Poder Empregatício**. São Paulo: LTr, 1996.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 9ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. 5ª ed. Ver., atual. E ampl. São Paulo: Atlas, 2014.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil brasileiro: Direito de Família**. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

FABRO, Roni Edson; RECKZIEGEL, Janaína. **Autonomia da vontade e autonomia privada no sistema jurídico brasileiro**. 2014. Disponível em: <file:///C:/Users/Josu%C3%A9/Downloads/4402-21050-1-PB.pdf> Acesso em fev. 2017.

FACHINETTO, Neidemar José. **Convivência familiar e cidadania**. Rio Grande do Sul, 2007. Disponível em <http://www.desenvolvimentosocial.pr.gov.br/arquivos/File/Convivencia\_familiar\_Neidemar\_Fachinetto.pdf> Acesso em jan. 2017.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito das Famílias**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 34ª ed. Rev. E atual. São Paulo: Saraiva, 2008

FILHO, João Trindade Cavalcante. **Eficácia horizontal dos direitos fundamentais**. 2011. Disponível em <http://direitoconstitucionaleconcursos.blogspot.com.br/2011/09/eficacia-horizontal-dos-direitos.html> Acesso em fev. 2017.

FONSECA, Maria Hemília. **Direito ao Trabalho: um direito fundamental no ordenamento jurídico brasileiro**. São Paulo. 2006. Disponível em: <http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp011774.pdf> Acesso em jan. 2017.

FRANZ, Camila Victor. **A eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas: o contrato em uma perspectiva civil-constitucional**. 2008. Disponível em: <http://www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/trabalhos2008\_2/camila\_victor.pdf> Acesso em fev. 2017.

FRANZESE, Eraldo Aurélio Rodrigues. **O direito a desconexão do trabalho**. A Tribuna. 2013. Disponível em <http://blogs.atribuna.com.br/direitodotrabalho/2013/12/o-direito-a-desconexao-do-trabalho/> Acesso em mai. 2017.

GALERA Sueli; MARGARITA Luis. **Principais Conceitos da Abordagem Sistêmica em Cuidados de Enfermagem ao Indivíduo e sua Família, 2002**. Disponível em: <file:///C:/Users/BIANCACRAMOS/Downloads/41284-49304-1-PB.pdf> Acesso em: 13 set. 2016.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da; ANDRIOTTI, Caroline Dias. **Breves notas históricas da função social no Direito Civil**. In: GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da (Coord.). *Função social no Direito Civil*. São Paulo: Atlas, 2007.

GARCIA, Luciyellen Roberta Dias. Aplicabilidade Direta Das Normas De Direito Fundamental Às Relações Privadas. **Revista FANORPI de Divulgação Científica**. n. 2. ano 2013. Disponível em <<http://www.fanorpi.edu.br/universitas/downloads/numero2/artigo02.pdf>>. Acesso em: fev. 2016

GEMIGNANI, Tereza Aparecida Asta; GEMIGNANI, Daniel. **A eficácia dos direitos fundamentais nas relações de trabalho**. 2012. Disponível em: <[http://www.trt3.jus.br/escola/download/revista/rev\\_80/tereza\\_aparecida\\_gemignani\\_e\\_daniel\\_gemignani.pdf](http://www.trt3.jus.br/escola/download/revista/rev_80/tereza_aparecida_gemignani_e_daniel_gemignani.pdf)> Acesso em fev. 2017.

GOMES, Roseane dos Santos. **Evolução do Direito de Família e a Mudança de Paradigma das Entidades Familiares**. Disponível em <<http://www.viajus.com.br/viajus.php?pagina=artigos&id=1006>> Acesso em 30 out. 2016

GUERREIRO. Maria das Dores; LOURENÇO. Vanda; PEREIRA. Inês. **Boas Práticas de Conciliação entre Vida Profissional e Vida Familiar: Manual para as Empresas**. 4.<sup>a</sup> edição revista e atualizada. Lisboa, 2006. Disponível em <[http://www.cite.gov.pt/imgs/downloads/Boas\\_Praticas\\_de\\_Conciliac.pdf](http://www.cite.gov.pt/imgs/downloads/Boas_Praticas_de_Conciliac.pdf)> Acesso em abr. 2017.

KLOSTER, Ângelo Márcio. **A eficácia horizontal dos direitos fundamentais**. Disponível em <[file:///C:/Users/Josu%C3%A9/Downloads/a\\_eficacia\\_horizontal%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/Josu%C3%A9/Downloads/a_eficacia_horizontal%20(1).pdf)> Acesso em fev. 2017.

KREUZ, Sergio Luiz. **Direito à convivência familiar da criança e dos adolescente: direitos fundamentais, princípios constitucionais e alternativas ao acolhimento institucional**. Curitiba: Juruá, 2012 <Disponível em <http://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/29218/R%20-%20D%20-%20SERGIO%20LUIZ%20KREUZ.pdf?sequence=1>> Acesso em> 15 nov. 2016

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Direito Civil: Famílias**. 3<sup>a</sup> ed. São Paulo: Saraiva. 2010.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MAGALHÃES, Maria Lúcia Cardoso de. Um novo olhar sobre o ttp - trabalho a tempo parcial. **Rev. Trib. Reg. Trab. 3ª Reg.**, Belo Horizonte, v.46, n.76 jul./dez.2007. Disponível em <[http://www.trt3.jus.br/escola/download/revista/rev\\_76/Maria\\_Magalhaes.pdf](http://www.trt3.jus.br/escola/download/revista/rev_76/Maria_Magalhaes.pdf)> Acesso em mai. 2017.

MALUF, A. C. do R. F. D. **Novas modalidades de família na pós-modernidade**. São Paulo: Atlas, 2010.

MARMELSTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais**. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2014.

MARTINEZ, Luciano. **Curso de direito do trabalho: relações individuais, sindicais e coletivas do trabalho**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito do trabalho**. 31. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

MENDES, Gilmar; COELHO, Inocêncio; BRANCO, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Editora Saraiva, 2007, p. 274.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Apelação Cível Nº 10439130008659001. Sexta Câmara Cível. Relatora: Selma Marques. Julgado em 30 abr. 2013. Disponível em: <<https://tj-mg.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/115495013/apelacao-civel-ac-10439130008659001-mg>>. Acesso em: jan. 2017.

MIRANDA, Daniel Gomes de. **Constitucionalização do direito privado e a função social do contrato e da propriedade na empresa**. 2010. Dissertação. Orientador: Prof. Dr. João Luis Nogueira Matias. Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará, Fortaleza.

MONTEIRO, Washington de Barros; SILVA, Regina Beatriz Tavares da. **Curso de Direito Civil**. 39ª ed., São Paulo: Saraiva, 2009, v.2.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 24ª ed. São Paulo: Atlas, 2009.

MOTTA FILHO, Sylvio Clemente da. **Curso de Direito Constitucional**. Edição atualizada até a EC nº. 53/06. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007.

NADER, Paulo. **Curso de direito civil**. V. 5. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense Jurídica, 2010.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de direito do trabalho: história e teoria geral do direito do trabalho**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

NASCIMENTO, Nilson de Oliveira. **O poder diretivo do empregador e os direitos fundamentais do trabalhador nas relações de emprego**. 2008. Tese. Orientadora: Dra. Carla Teresa Martins. (Doutorado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo. Disponível em <<https://sapientia.pucsp.br/bitstream/handle/8224/1/Nilson%20de%20Oliveira%20Nascimento.pdf>> Acesso em abr. 2017.

NASCIMENTO, Sônia Mascaro. **Dano existencial nas relações de trabalho**. Revista LTR – Legislação do Trabalho, São Paulo, ano 78, n. 8, agosto 2014.

NETO, José Mario Porto. **Diretos fundamentais e sua aplicação às relações privadas**. 2014. Dissertação. Orientador: Doutor Fernando Alves Correia. Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra. Disponível em <<https://estudogeral.sib.uc.pt/bitstream/10316/34817/1/Direitos%20Fundamentais%20e%20sua%20Aplicacao%20as%20Relacoes%20Privadas.pdf>> Acesso em fev. 2017.

NOVELINO, Marcelo. **Direito Constitucional**. 5 ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2011.

OLIVEIRA, Márcio Batista de. **O direito ao lazer na formação do homem social**. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, XIII, n. 76, maio 2010. Disponível em: <[http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=7406](http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7406)>. Acesso em maio 2017.

OLIVEIRA, Nayara Hakime Dutra de. **Recomeçar: família, filhos e desafios**. São Paulo: Editora UNESP; São Paulo: Cultura Acadêmica, 2009. Disponível em <<http://books.scielo.org/id/965tk/pdf/oliveira-9788579830365-03.pdf>> Acesso em jan. 2017.

OLSEN, Ana Carolina Lopes. **A eficácia dos Direitos Fundamentais frente à reserva do possível**. 2006. Dissertação. Profa. Orientadora: Regina Maria Macedo Neri Ferrari. (Pós Graduação em Direito) - Universidade Federal do Paraná, Curitiba. Disponível em <<http://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/3084/Disserta%20%20o++Ana+Carolina+Lopes+Olsen.pdf?sequence=1>> Acesso em jan. 2017

Organização Internacional do Trabalho. Escritório no Brasil. **Alternativas que podem facilitar a conciliação entre o trabalho e família.** Disponível em <[http://www.oit.org.br/sites/default/files/topic/gender/doc/br\\_nota\\_5\\_699.pdf](http://www.oit.org.br/sites/default/files/topic/gender/doc/br_nota_5_699.pdf)> Acesso em abr. 2017.

\_\_\_\_\_. Escritório no Brasil. **Equilíbrio entre trabalho e família.** Disponível em <<http://www.oitbrasil.org.br/content/equil%C3%ADbrio-entre-trabalho-e-fam%C3%ADlia>> Acesso em abr. 2017.

\_\_\_\_\_. Escritório no Brasil. **Licenças e responsabilidades familiares.** Disponível em <[http://www.oit.org.br/sites/default/files/topic/gender/doc/br\\_nota\\_6\\_700.pdf](http://www.oit.org.br/sites/default/files/topic/gender/doc/br_nota_6_700.pdf)> Acesso em abr. 2017.

\_\_\_\_\_. Escritório no Brasil. **Melhores empresas: locais de trabalho que apoiam a conciliação trabalho-família.** Disponível em <[http://www.oit.org.br/sites/default/files/topic/gender/doc/br\\_nota\\_1\\_695.pdf](http://www.oit.org.br/sites/default/files/topic/gender/doc/br_nota_1_695.pdf)> Acesso em abr. 2017.

\_\_\_\_\_. Escritório no Brasil. **Trabalho e responsabilidades familiares: novos enfoques.** Disponível em <[http://www.oit.org.br/sites/default/files/topic/gender/doc/br\\_nota\\_1\\_695.pdf](http://www.oit.org.br/sites/default/files/topic/gender/doc/br_nota_1_695.pdf)> Acesso em abr. 2017.

PEIXOTO, Geovane de Mori. **Direitos Fundamentais, Hermenêutica e Jurisdição Constitucional.** Salvador: Editora Juspodivm, 2013.

PEREIRA, Luciano Meneguetti. **As dimensões de direitos fundamentais e necessidade de sua permanente reconstrução enquanto patrimônio de todas as gerações.** Disponível em <<http://www.aems.edu.br/conexao/edicaoanterior/Sumario/2013/downloads/2013/3/33.pdf>> Acesso em jan. 2017.

PEREIRA, Tânia da Silva. **O melhor interesse da criança.** In PEREIRA, Tânia da Silva. O melhor interesse da criança: um debate interdisciplinar. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 14.

PINTO, José Augusto Rodrigues. **Tratado de direito material do trabalho.** São Paulo: LTr, 2007.

RATTI, Fernanda Cadavid. Autonomia da vontade e/ou autonomia privada?. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XVIII, n. 136, maio 2015. Disponível em: <<http://www.ambito->

juridico.com.br/site/?n\_link=revista\_artigos\_leitura&artigo\_id=16040&revista\_caderno=7>. Acesso em fev 2017.

RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil**. V. 6. São Paulo: Saraiva, 2002.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. v.4 – Responsabilidade Civil. 20.ed.rev. e atual. de acordo com o novo Código Civil (Lei n. 10.406, de 10-1-2.002)- São Paulo: Saraiva, 2003.

ROMITA, Arion Sayão. **Direitos Fundamentais nas Relações de Trabalho**. 5 ed. São Paulo : LTr, 2005.

Salomão, Karin. **11 empresas com benefícios incríveis para seus funcionários**. Exame.com. 2016. Disponível em < <http://exame.abril.com.br/negocios/10-empresas-com-beneficios-incriveis-para-seus-funcionarios/>> Acesso em abr. 2017

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 12ª ed. Rev. Atual. E ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015.

SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. 2 ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008.

\_\_\_\_\_; GOMES, Fábio Rodrigues. A Eficácia Dos Direitos Fundamentais Nas Relações Entre Particulares: O Caso Das Relações De Trabalho. **Rev. TST**. Brasília. Vol. 77, no 4, out/dez 2011. Disponível em < <http://www.tst.jus.br/documents/1295387/ba6d2078-7c20-49ab-b5c6-e08d2d9cd0e8> >. Acesso em: fev. 2017.

SCHREIBER, Elisabeth. **Os Direitos Fundamentais da Criança na Violência Intrafamiliar**. Porto Alegre: Ricardo Lenz, 2001.

SILVA NETO, Manoel Jorge e. **Curso de Direito Constitucional: atualizado até a EC nº 67, de 22 de dezembro de 2010 e Sumula Vinculante nº 31, de 17/02/2010**. 7ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 32ª ed. Rev. Atual. Até a Emenda Constitucional n. 57, de 18.12.2008. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

SILVA, Virgílio Afonso Da. **A constitucionalização do direito: Os direitos fundamentais nas relações entre particulares**. São Paulo: Ed. Malheiros, 2008.

SIQUEIRA, Dirceu Pereira; PICCIRILLO, Miguel Belinati. **Direitos fundamentais: a evolução histórica dos direitos humanos, um longo caminho**. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XII, n. 61, fev 2009. Disponível em: <[http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=5414](http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=5414)>. Acesso em jan. 2017.

STF, Pleno, MS 22164/SP, rel. Min. Celso de Mello, DJ1, de 17.11.1995, p.39206. Disponível em < <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/745049/mandado-de-seguranca-ms-22164-sp>> Acesso em jan. 2017.

VECCHI, Ipojucan Demétrius. A eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas: o caso da relação de emprego. **Rev. TST**. Brasília. Vol. 77, no 3, jul/set 2011. Disponível em < [https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/1939/26998/006\\_vecchi.pdf?sequence=4](https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/1939/26998/006_vecchi.pdf?sequence=4) > Acesso em abr. 2017.

WYZYKOWSKI, Adriana Brasil Vieira. Autonomia privada na relação de emprego. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 21, n. 4649, 24 mar. 2016. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/47411>>. Acesso em: fev. 2017.

\_\_\_\_\_. **A Concretização Do Direito Fundamental Ao Lazer Nas Relações De Emprego**. 2012. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade Federal do Estado da Bahia, Salvador.