

Eficácia dos direitos fundamentais nas relações de trabalho

RENATO RUA DE ALMEIDA, advogado trabalhista, professor de Direito do Trabalho da Faculdade de Direito da PUC-SP, doutor em Direito do Trabalho pela Universidade de Paris I (Pantheon-Sorbonne) e membro da Academia Nacional de Direito do Trabalho e do Instituto Brasileiro de Direito Social Cesarino Junior.

INTRODUÇÃO

I-CONTEXTUALIZAÇÃO HISTÓRICA E CONCEITUAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

II-EFICÁCIA VERTICAL E HORIZONTAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

III-EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES DE TRABALHO

CONCLUSÃO

INTRODUÇÃO

O estudo da eficácia dos direitos fundamentais nas relações de trabalho exige, primeiramente, a sua contextualização histórica e conceitual.

Para tanto, é preciso distinguir o fenômeno da constitucionalização dos direitos sociais -interpretado como princípio do positivismo jurídico -, do fenômeno da constitucionalização dos direitos humanos como direitos fundamentais, cuja eficácia é assegurada, já no contexto do pós-positivismo jurídico, pela força normativa das constituições e pelos princípios normativos, com aplicação direta e vinculante às entidades públicas e privadas.

Essa aplicação direta e vinculante dos direitos fundamentais às entidades públicas e privadas remete-nos à reflexão da eficácia vertical e horizontal, quando, numa segunda parte, será examinada a dimensão objetiva dos direitos fundamentais e as teorias sobre a eficácia horizontal, isto é, as teorias sobre a *Drittwirkung der Grundrechte* – expressão utilizada pela doutrina em homenagem ao direito alemão que primeiramente a consagrou -, o que significa a vinculação das entidades privadas aos direitos fundamentais.

Na terceira parte, será então examinada a eficácia dos direitos fundamentais nas relações de trabalho, se direta ou indireta, em razão sobretudo do poder de direção do empregador, ou se indireta ou mediata, quando então o fenômeno da constitucionalização do direito privado, as cláusulas gerais e os conceitos legais indeterminados, e, ainda, a teoria da empresa do direito civil serão sobretudo utilizadas na efetividade dos direitos fundamentais nas relações de trabalho.

Mas, como os direitos fundamentais, compreendendo não apenas os direitos trabalhistas específicos, mas também os direitos dos trabalhadores inespecíficos,

relacionados à sua cidadania, como os direitos de personalidade, de informação, de participação na vida da empresa, expressados constitucionalmente como princípios normativos, vivenciados no contexto da empresa, colidem muitas vezes, na sua aplicação, com o chamado “interesse da empresa”, representado pelo “jus variandi” do empregador, conforme denominação utilizada, dentre outros autores portugueses e europeus, por Maria do Rosário Palma Ramalho, em sua obra Direito do Trabalho Parte I-Dogmática Geral, editada pela Edições Almedina, expressando também os valores constitucionais da livre iniciativa e da livre concorrência, será o método da ponderação que resolverá o conflito dos princípios normativos em cada caso concreto, quando então valer-se-á do princípio da proporcionalidade e de seus subprincípios da necessidade, da adequação e da proporcionalidade em sentido estrito, também conhecido como princípio da razoabilidade.

Pode-se aferir do acima exposto o protagonismo do Poder Judiciário como um todo na consecução da eficácia dos direitos fundamentais, e, em especial do Poder Judiciário trabalhista na consecução dos direitos fundamentais nas relações de trabalho, sobretudo em razão da inércia crônica e estrutural do poder legislativo na regulamentação infraconstitucional dos direitos fundamentais, em especial no que concerne à busca de sua eficácia horizontal.

É a configuração do que se convencionou chamar de “ativismo judicial” ou “judicialização da política”.

I-CONTEXTUALIZAÇÃO HISTÓRICA E CONCEITUAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

É Miguel Reale quem, em sua obra “Nova Fase do Direito Moderno”, editada Editora Saraiva, ao examinar as três fases do direito moderno, e, depois de tratar da primeira fase do direito moderno, a fase do liberalismo jurídico e do Estado Liberal, descreve a segunda fase representada pelo direito social e o Estado do Bem Estar Social, que nos interessa nesse momento.

Foi nessa segunda fase do direito moderno que surge, portanto, o direito social, a partir da segunda metade do século XIX, e com ele o fenômeno do constitucionalismo social, em que as constituições contemplaram capítulo específico sobre os direitos trabalhistas.

De fato, a partir da Constituição francesa de 1848 surge o fenômeno do constitucionalismo social, seguida, por exemplo, pela Constituição mexicana de 1917, pela Constituição de Weimar de 1919, e, mais tarde, pela Constituição brasileira de 1934, consagrando os direitos trabalhistas como princípios programáticos, isto é, sem eficácia imediata e vinculante às entidades públicas e privadas.

No contexto do positivismo jurídico, esses princípios programáticos são idéias fundantes na hermenêutica do sistema jurídico, conforme entendimento, por exemplo, de José Afonso da Silva (cf. Curso de Direito Constitucional Anotado, Malheiros Editores), e de Celso Antonio Bandeira de Melo (cf. Curso de Direito Administrativo, Malheiros Editores), sem a força normativa constitucional da fase pós-positivista.

Com o advento do fenômeno da universalização dos direitos humanos em tratados internacionais, tendo como ápice a Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948, ocorre a seguir outro fenômeno jurídico conhecido como o da internalização desses direitos humanos nos textos constitucionais como direitos fundamentais.

As Constituições alemã de 1949, a portuguesa de 1976, a espanhola de 1978 e a brasileira de 1988, são exemplos de consagração dos direitos humanos como direitos fundamentais.

Esses direitos fundamentais de primeira geração ou dimensão (direitos da cidadania), de segunda geração (direitos econômicos, sociais, trabalhistas), de terceira geração (direitos da solidariedade e da fraternidade) são formulados constitucionalmente como princípios normativos, na visão pós-positivista de Alexy (cf. Robert Alexy, Teoria dos direitos fundamentais, Malheiros Editores) e Dworkin (cf. Ronald Dworkin, Levando o direito a sério, Martins Fontes), com força normativa, segundo lição de Konrad Hesse (cf. Konrad Hesse, A força normativa da constituição, Sergio Antonio Fabris Editor), a serem aplicados diretamente vinculando as entidades públicas e privadas, conforme previsto pelos artigos 18, I da Constituição da República Portuguesa e 5º, parágrafo 1º da Constituição da República Federativa do Brasil.

A seguir, serão examinadas a eficácia vertical e horizontal dos direitos fundamentais.

II-EFICÁCIA VERTICAL E HORIZONTAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Primeiramente, temos a chamada eficácia vertical dos direitos fundamentais, isto é, em relação às entidades públicas, isto é, o Estado, compreendendo os órgãos do executivo, legislativo e judiciário.

A princípio, tínhamos apenas a dimensão subjetiva dos direitos fundamentais, em relação às entidades públicas, isto é, uma vinculação negativa dos poderes públicos, vale dizer, as entidades públicas deveriam respeitar os direitos da cidadania.

Posteriormente, passou-se ao entendimento de que as atividades públicas deveriam assumir uma vinculação positiva em relação aos direitos fundamentais dos cidadãos, isto é, a defesa e promoção dos direitos fundamentais, como, por exemplo, em relação aos direitos sociais na cobertura de prestações sociais na área da saúde, da habitação, da segurança pública, etc.

A seguir, em 1954, no caso da igualdade salarial entre mulheres e homens que exercessem a mesma função, o Tribunal Federal do Trabalho alemão, tendo como relator o jus-laboralista Hans Carl Nipperdey, adotou a *Drittwirkung*, isto é, a vinculação dos particulares aos direitos fundamentais.

Em 1958, outro julgamento antológico agora do Tribunal Constitucional alemão, no famoso caso *Lüth*, sobre liberdade de expressão, foi consagrada a dimensão objetiva dos direitos fundamentais, isto é, eles constituem valores a serem garantidos em todas as dimensões da vida social, irradiando-se por todo o ordenamento jurídico.

A grande questão surgida em relação à eficácia horizontal dos direitos fundamentais é saber se ela dá-se de forma imediata e direta ou mediata e indireta.

Os que defendem a eficácia imediata e direta ressaltam a necessidade da proteção do princípio da dignidade da pessoa humana na base dos direitos fundamentais consagrado no texto constitucional brasileiro no artigo 1º, inciso III, como princípio fundamental da República Federativa do Brasil, mas, reconhecendo, ao mesmo tempo, que não constituem princípios de aplicação absoluta, mas que devem ser sopesados face à uma possível colisão com outros valores constitucionais pela aplicação do princípio da proporcionalidade e de seus sub-princípios da necessidade, da adequação e da proporcionalidade propriamente dita, ou da razoabilidade.

Os que defendem a eficácia mediata e indireta dos direitos fundamentais entendem que deve ser preservada a liberdade nas relações privadas, além de ressaltarem a importância da intermediação do poder legislativo na regulamentação dos direitos constitucionais, evitando-se o risco de uma exacerbação de poderes do Judiciário.

No entanto, admitem que, com a constitucionalização do direito privado, devem ser utilizadas as cláusulas gerais da boa-fé objetiva e seus direitos anexos, da

função social do contrato, e, mesmo da teoria da empresa, para a interpretação e aplicação dos direitos fundamentais nas relações privadas.

Essas cláusulas gerais são preceitos de ordem pública (parágrafo único do artigo 2035 do Código Civil), dando liberdade ao juiz de aplicá-las ao caso concreto, inclusive como exceção ao princípio da congruência, sem que a decisão seja tida como *extra* ou *ultra petita*.

A seguir, será examinada a eficácia dos direitos fundamentais nas relações de trabalho.

III-EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES DE TRABALHO

José João Abrantes, autor português, em sua obra “Contrato de trabalho e direitos fundamentais”, editada pela Coimbra Editora, ressalta a naturalidade da aplicação dos direitos fundamentais nas relações de trabalho, em razão do poder de direção exercido pelo empregador que coloca em risco a eficácia dos direitos fundamentais dos trabalhadores, razão pela qual há uma dimensão negativa, isto é, limitadora do poder de direção do empregador para respeitar o exercício dos direitos fundamentais dos trabalhadores.

Não apenas dos direitos trabalhistas específicos, seja dos direitos individuais, seja dos direitos coletivos, mas também os direitos de cidadania dos trabalhadores, como os direitos de personalidade.

Os direitos de personalidade estão relacionados à inviolabilidade da vida privada dos trabalhadores, hoje traduzida pela liberdade de expressão e opinião, da integridade física e moral, reserva da intimidade da vida privada (a questão da revista), proteção de dados pessoais, controle do uso pelo empregador dos meios de vigilância à distância, com finalidade de controlar o desempenho profissional do trabalhador, direito à confidencialidade de mensagens e de acesso à informação, com a garantia da utilização do correio eletrônico (Internet), embora possa o empregado estabelecer regras de utilização desses meios.

Esses direitos de personalidade cuja regulação no Brasil vem sendo construída pela doutrina e pela jurisprudência, em Portugal está regulamentada pelo Código do Trabalho desde 2003, e, agora, pelo Código de 2009, de forma atual e democrática.

Quanto aos direitos trabalhistas específicos, consagrados constitucionalmente como direitos fundamentais, a sua eficácia deve ser assegurada pela aplicação imediata e direta ou pela aplicação indireta e mediata, numa análise tópico-sistemática, com soluções diferenciadas, conforme ensina Ingo Wolfgang Sarlet (cf. A eficácia dos direitos fundamentais, Livraria do Advogado Editora).

No que concerne à proteção da relação de emprego contra a despedida arbitrária e sem justa causa, tanto na sua dimensão individual como coletiva, como poderia ser assegurada a eficácia desse direito fundamental ?

Em relação à despedida individual, a proteção da relação de emprego contra a despedida arbitrária ou sem justa causa (artigo 7º, inciso I, da CF/88) não poderia ser assegurada pelo controle prévio da despedida sob alegação de justa causa, com sindicância interna na empresa, implicando a procedimentalização do poder disciplinar do empregador, em razão do princípio constitucional da presunção da inocência, previsto pelo artigo 5º, inciso LVII, da CF/88, extensivo ao trabalhador, com direito ao contraditório e ampla defesa, sob pena de a empresa ser condenada no pagamento de indenização a ser arbitrada por abuso de direito e por dano moral (cf. artigo publicado na Revista Ltr., de agosto de 2009, sob o título “Direitos fundamentais e poderes do empregador- O poder disciplinar e a presunção de inocência do trabalhador”, da autoria de Cláudio Armando Couce de Meneses e outros) ?

Na despedida em massa ou coletiva, assegurando-se o direito prévio à informação e à negociação coletiva, como princípios catalogados constitucionalmente, bem como por outros princípios não catalogados, mas assegurados pela ratificação pelo Brasil de convenções pertinentes da OIT, conforme prevê o artigo 5º, parágrafo 2º do texto constitucional, como pode examinar em artigo publicado pela Revista LTr., em abril de 2009, sob o título “Subsiste no Brasil o direito potestativo do empregador nas despedidas em massa?”.

A despedida em massa sem a prévia informação e negociação implicaria ilicitude por abuso de direito e por violação da boa-fé objetiva e seus deveres anexos, previstos pelos artigos 187 e 422 do Código Civil, resultando a obrigação de pagar indenização complementar à indenização compensatória já prevista no ordenamento jurídico.

Assim decidiu o Tribunal da 15ª Região, em decisão paradigmática no caso Embraer (processo de dissídio coletivo jurídico nº 00309200900015004-DC), o que levou o TST (processo de dissídio coletivo jurídico nº. TST-ES-207660/2009-000-00-7) a decidir que as despedidas coletivas doravante devem ser precedidas de negociação entre a empresa e os trabalhadores e seus representantes.

Outro direito fundamental, cuja eficácia é reclamada, é a participação dos trabalhadores na gestão da empresa, conforme previsão do artigo 7º, XI, da CF/88.

Em que medida a teoria da empresa, consagrada pelo artigo 966 do Código Civil poderia assegurar a participação dos trabalhadores na gestão da empresa, por meio da via judicial trabalhista, quando o exercício profissional da atividade econômica organizada implica a articulação dos fatores de produção, entre eles a mão-de-obra a exigir a participação dos trabalhadores na sua gestão, conforme pode desenvolver em artigo publicado em maio de 2005 na Revista LTr, sob o título “A teoria da empresa e a regulação da relação de emprego no contexto da empresa” ?

CONCLUSÃO

A eficácia dos direitos fundamentais específicos e inespecíficos dos trabalhadores nas relações de trabalho é exigência de uma nova dogmática do Direito do Trabalho, justamente quando se vive uma certa relativização do princípio protetor ou do “favor laboratoris”, num momento em que os pressupostos tradicionais do Direito do Trabalho modificaram-se com a mudança dos fatos sócio-econômicos, sobretudo a figura da hipossuficiência do trabalhador, hoje compreendendo tipos variados como o alto empregado e o diretor empregado, e também em razão do porte econômico das empresas, que no Brasil 99,3% é representado por micro e pequenas empresas, reclamando uma legislação trabalhista diferenciada.

Mais se justifica, portanto, assegurar a eficácia dos direitos fundamentais nas relações de trabalho, a ser efetivada no Brasil sobretudo pelo Poder Judiciário trabalhista, a ser exercido, é verdade, dentro de uma ponderação em razão do valor constitucional da atividade empresarial, na medida em que representa a livre iniciativa, como princípio fundamental da República Federativa do Brasil, como previsto pelo artigo 1º, IV, e da Ordem Econômica, como previsto pelo artigo 170 da CF/88.

Essa responsabilidade constitucional e política da Justiça do Trabalho na efetividade dos direitos fundamentais nas relações do trabalho a enobrece, dando-lhe novo protagonismo na sociedade brasileira, sobretudo em razão da inércia legislativa estruturalmente resultante de um sistema eleitoral proporcional das eleições legislativas superado no tempo.

O protagonismo do Poder Judiciário, como um todo, na busca da eficácia dos direitos fundamentais, constitui o que Boaventura de Souza Santos denomina de judicialização da política, em sua obra “Para uma revolução democrática da justiça”, editada pela Cortez Editora, constituindo um dos sinais dos tempos modernos na construção democrática.