

# Direitos fundamentais, relações de trabalho e capitalismo tardio

**Vinicius Cardona Franca**

*Advogado da Caixa na Bahia*

*Mestrando em Direito Público pela Universidade*

*Federal da Bahia, junto à linha de pesquisa*

*“cidadania e efetividade dos direitos”*

*Especialista em Direito do Estado pelo curso*

*JusPodivm/Unyahna*

## RESUMO

O presente artigo tem como objeto a análise de problemas relativos à aplicabilidade dos direitos fundamentais nas relações de trabalho, à luz do contexto socioeconômico brasileiro. São discutidas as principais repercussões da eficácia jusfundamental nas relações de trabalho. Apresenta-se a crise do primado do trabalho no modelo econômico global hegemônico, que tende a vulnerar a proteção dos direitos fundamentais laborais. Os poderes empresariais são abordados como possível fonte de lesões aos direitos fundamentais laborais, com suporte no contrato de trabalho, à vista dos poderes diretivos e disciplinares do empregador. O contrato de trabalho, nesse contexto, sofre uma recomposição à luz dos princípios constitucionais para proteger o indivíduo também na sua condição de cidadão na empresa. É apresentada uma abordagem tópica acerca de problemas concernentes à aplicação de alguns direitos fundamentais nas relações juslaborais, presentes nos catálogos constitucionais pátrios e estrangeiros. A questão da eficácia jusfundamental nas relações de trabalho é apresentada sob o prisma da colisão de direitos fundamentais. Ao fim, a teoria dos princípios e as técnicas de ponderação são apresentadas como possível viés de solução.

Palavras-chave: Direitos fundamentais. Relações de trabalho. Teoria dos princípios. Ponderação.

## ABSTRACT

The present article proposes to analyse some of the problems related to the applicability of fundamental rights in the labor relations, in the light of the socioeconomic context in Brazil. The main impact of the horizontal effectiveness in labor relations is discussed. It is presented the crisis of the primacy of work in the hegemonical global economic model, which seems oriented to violate the protection of fundamental rights. The employers

powers are discussed as a possible source of injuries to labor fundamental rights, with support on the contract of employment and the directive and discipline powers of the employer. The contract of employment, in that context, goes through a reconfigured conception in order to protect the subject also in his condition of citizen in the company. It is presented an approach on topical issues concerning to the application of certain fundamental rights in labor relations. The matter of the fundamental rights effectiveness in the relations of work is presented in the light of the collision of fundamental rights. At the end, the theory of principles and the balancing techniques are presented for consideration as a possible solution.

Keywords: Fundamental rights. Labor relations. Theory of principles. Balancing.

## Introdução

Dentre os palpitantes problemas fornecidos pela dogmática dos direitos fundamentais, destaca-se, por seu especial relevo, aquele que acena com a possibilidade de efeitos jusfundamentais nas relações entre particulares, também denominado eficácia externa dos direitos fundamentais, ou sua eficácia contra terceiros (*Drittwirkung*), ou ainda efeitos horizontais dos direitos fundamentais (*Horizontalwirkung*).<sup>1</sup>

O tema está longe de poder ser predicado como alguma novidade. Seu desenvolvimento iniciou-se pelo esforço jurisprudencial alemão no final da década de 50, já sob a vigência da Lei Fundamental de Bonn. As construções teutônicas, por sua vez, refletiram-se com vigor nas doutrinas espanhola e portuguesa, para só recentemente aportarem nos trópicos, fato que só surpreende quem olvida ser o Brasil, ainda, uma colônia, ao menos no plano das idéias.

A eficácia horizontal, isto é, a possibilidade de os direitos fundamentais vincularem também os particulares em suas relações jurídicas privadas, contratuais ou não, tem sido tratada por constitucionalistas brasileiros de destacada produção acadêmica, tais como Ingo Wolfgang Sarlet, Luís Roberto Barroso, Daniel Sarmento, Wilson Steinmetz, Virgílio Afonso da Silva, entre outros. Contudo, é de se notar que as investigações levadas a cabo, entre nós, praticamente circunscrevem-se à eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas em geral. Passa-se ao largo dos efeitos jusfundamentais numa específica espécie de relação privada,

<sup>1</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7.ed. Coimbra: Almedina, 2004, p.1286.

quicá a mais propícia à incidência de direitos fundamentais. Trata-se das relações de trabalho.

A esse respeito, tome-se, como exemplo, a investigação de Daniel Sarmento,<sup>2</sup> levada a público em obra de destacada repercussão. Ao demarcar os limites de sua abordagem, Sarmento exclui os direitos fundamentais trabalhistas previstos no art. 7º da Constituição brasileira em vigor, direitos fundamentais positivados precisamente para vincular particulares, uma vez que o citado autor pretendeu cingir-se àqueles direitos fundamentais cujo destinatário era tradicionalmente o Estado, mas que, em razão na novel concepção horizontal, passaram a ter também particulares como sujeitos passivos.

Sem embargo, mesmo os direitos fundamentais sociais do art. 7º - concebidos para serem exercidos por particulares em face de particulares – abrem amplo leque de problemas que merecem a devida atenção, se não por sua inquestionável eficácia jurídica nas relações privadas, ao menos por sua eficácia social (efetividade), isto é, pelo seu grau de real concretização no plano fático. Não é este, contudo, o enfoque do presente trabalho. De especial vulto são as questões que dizem com a eficácia, nas relações de trabalho, de certos direitos fundamentais histórica e tradicionalmente oponíveis em face do Estado, tais como o direito à igualdade; direitos à intimidade, vida privada, honra e imagem; liberdade de expressão e opinião; direito à informação; liberdade de crença religiosa e de convicção política e filosófica; sigilo de correspondência e de comunicações em geral; acesso ao Judiciário; ao devido processo legal, contraditório e ampla defesa,<sup>3</sup> entre outros.

Esse rol de direitos fundamentais, em boa parte integrantes da primeira geração ou dimensão, ao tempo em que encontram vasto campo de aplicação nas relações privadas laborais, também provocam tormentosas dificuldades que precisam ser transpostas. Sucede que, no Brasil, desde as reformas getulistas até o presente momento, em que uma segunda grande reforma mostra-se inevitável, as relações entre trabalhadores e empregadores têm sido reguladas pela CLT e por leis trabalhistas esparsas, havendo, em 1988, alcançado grau máximo de jurisdicização, com a constitucionalização de diversos direitos trabalhistas, alçados ao *status* de direitos fundamentais sociais. No entanto, em que pese essa ampla proteção, as relações de trabalho, a sabendas, albergam no seu âmago um fosso abissal de desigualdade fática e jurídica entre tra-

<sup>2</sup> SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p.08.

<sup>3</sup> SIMM, Zeno. Os direitos fundamentais nas relações de trabalho. **Revista LTr**, n.11, v.69, nov. 2005, p.1296.

balhador e o dador de trabalho. Fática, pois o empregador, proprietário dos meios de produção, impõe-se pelo poder econômico; e jurídica, pois o empregador é titular de certos poderes (jurídicos) que lhe habilitam a organizar o empreendimento, controlar o trabalho prestado e disciplinar o trabalhador nas hipóteses de lei.

Em países de modernidade e capitalismo tardios, como o Brasil, com baixos índices de crescimento econômico, vergonhosos indicadores sociais, alta concentração de renda e legiões de trabalhadores desqualificados, desempregados ou subempregados, a relação de dependência e subordinação entre empregador e empregado amiúde dá ensejo a abusos e violações diuturnas dos direitos fundamentais mais básicos. O inadimplemento do contrato de trabalho pelo empregador quase sempre se resolve pecuniariamente, ante o direito potestativo do empregador de resilir o contrato, o que mina qualquer expectativa do empregado a um posto de trabalho, na contramão da Constituição econômica, que tem por princípio a busca do pleno emprego. Nesse ambiente macroeconômico e diante de um arcabouço juslaboral protetor, mas incompleto, “da porta da fábrica para dentro vale tudo”, até que um juiz do trabalho determine o contrário.

O Direito Constitucional do Trabalho europeu – continental, todavia, tem desenvolvido, na esteira da eficácia horizontal, a tendência de buscar a constitucionalização das relações de trabalho em todos os seus aspectos. Conforme será desenvolvido neste excurso, busca-se a condição de “cidadania na empresa”, isto é, ao reconhecimento e garantia não de direitos fundamentais especificamente laborais, mas de direitos de cidadão que se exercem, enquanto trabalhador, na empresa.<sup>4</sup>

Como seria de se esperar, idêntica tendência chega ao Direito Constitucional do Trabalho brasileiro. Sua aplicação entre nós, contudo, suscita questionamentos e perplexidades. É hoje, no Brasil, alcançável essa condição de cidadão na empresa? A participação do trabalhador na gestão do empreendimento, a rescisão contratual mediante contraditório e ampla defesa, a não violação à intimidade e vida privada, a liberdade de expressão e opinião na empresa, liberdade de crença, entre outros direitos, seriam realizáveis em nossa realidade social e econômica, na qual mesmo os direitos trabalhistas clássicos, reconhecidos juridicamente desde final do século XIX e início do século XX, ainda são amiúde vilipendiados por muitos empregadores? O Brasil - e o mundo - ainda está sob forte influxo do neoliberalismo enquanto discurso econômico, so-

<sup>4</sup> ABRANTES, José João. **Contrato de trabalho e direitos fundamentais**. Coimbra: Coimbra Editora, 2005, p.60.

cial e jurídico dominante, em razão do qual a estrutura capitalista opõe forte resistência à manutenção de direitos trabalhistas, buscando sua flexibilização e não sua ampliação. Nos países “em desenvolvimento”, como China, Índia e Brasil, a situação se agrava, pois, na busca pela competitividade no mercado externo, o trabalhador, muitas vezes, é tomado pela empresa como mais um insumo, e não como ser humano através de quem o empreendimento é realizado.

É este, pois, o problema proposto neste pequeno excursus: investigar as possibilidades de eficácia jurídica e eficácia social de certos direitos fundamentais nas relações de trabalho, o que se fará através da abordagem da eficácia horizontal geral, da eficácia horizontal especificamente nas relações de labor e, por fim, através da teoria dos princípios como viés de solução.

## **1 A eficácia horizontal dos direitos fundamentais**

### **1.1 Gênese e desenvolvimento**

Muitos autores atribuem a origem da eficácia horizontal à passagem do Estado Liberal para o Estado Social e, conseqüentemente, ao advento dos direitos fundamentais de segunda geração ou dimensão.

É dito que os direitos fundamentais de primeira geração, chamados negativos, de defesa, etc, foram concebidos para ser exercidos pelo particular somente contra o Estado que, em razão deles, devia se abster de violar sua vida, liberdades, propriedade e assim por diante. Essa foi, de fato, a função precípua dos direitos fundamentais no calor das revoluções liberais em fins do século XVIII. Todavia, como bem observou Sarmento,<sup>5</sup> tal acepção não foi de todo fiel ao jusnaturalismo contratualista legado pelo Iluminismo, pois, na ótica do Direito Natural, os direitos do homem eram realidades pré-políticas, anteriores à fundação do Estado e, por conseguinte, plenamente eficazes nas relações interprivadas e em qualquer relação de poder, a bem da verdade.

É também uma idéia comum a assertiva de que o movimento do Estado Liberal para o Estado Social e o advento dos direitos sociais, econômicos e culturais ampliaram a significação dos direitos fundamentais e, como efeito, ensejaram sua extensão às relações privadas. É o que se percebe, por exemplo, no quanto afirmado por Simm:

<sup>5</sup> SARMENTO, 2004, p.27.

Por isso as transformações sofridas pelo Estado e a evolução dos direitos fundamentais fizeram com que estes se tornassem também aplicáveis às relações privadas, entre particulares, especialmente para eliminar os reduzir as desigualdades entre as pessoas, na busca de uma igualdade material e não meramente formal, até porque os direitos fundamentais alicerçam-se nos princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade substancial.<sup>6</sup>

Idéia similar está presente em Abrantes:

O Estado Social traz também, no que representa, sem dúvida alguma, o aspecto mais importante da nova concepção de direitos fundamentais, a *modificação do próprio sentido dos direitos e liberdades clássicas*, a que passa a ser reconhecida uma nova dimensão e uma nova função. Ao lado de uma dimensão subjectiva, tende agora a reconhecer-se a esses direitos uma dimensão objectiva, passando os mesmos a ser vistos como contendo (também) *normas de valor*, que devem valer para toda a ordem jurídica, isto é, não só para o direito público, mas também para o direito privado.<sup>7</sup>

Contudo, sugerir que há uma relação direta de causalidade entre advento do Estado Social e eficácia horizontal dos direitos fundamentais não é exato. É uma aceção que merece reservas, por sua imprecisão histórica.

De fato, o movimento do Estado Liberal para o Estado Providência deu azo a profundas transformações na concepção do papel dos direitos fundamentais, ampliando seu significado. Todavia, a idéia de eficácia horizontal não pode ter surgido automaticamente dos direitos fundamentais prestacionais, simplesmente pelo fato de que tais direitos também foram precipuamente designados para ser exercitados contra o Estado. Embora alguns direitos fundamentais de segunda geração tivessem (e tenham) os detentores do poder econômico como sujeitos passivos, a exemplo dos direitos trabalhistas, o fato é que, na viragem do século XIX para o século XX, o Estado era (como ainda é) o grande gerente da realização de direitos fundamentais, e dele que se esperava (como ainda se espera) a intervenção no jogo das forças econômicas para assegurar trabalho, previdência social, saúde, educação, etc.

A idéia de eficácia horizontal dos direitos fundamentais só se cogita a partir da construção, pela jurisprudência alemã, nos anos 50, das idéias de "ordem objetiva de valores" e "efeitos irradiantes" dos direitos fundamentais, sobretudo com os desdobramentos do caso Lüth. Desde então, admitindo-se que os direitos fundamen-

<sup>6</sup> SIMM, 2005, p.1293.

<sup>7</sup> ABRANTES, 2005, p.29.

tais irradiam seus efeitos por todo o ordenamento jurídico, inclusive vinculando o direito privado, começou-se a falar em eficácia horizontal. Na sua origem, início do século XX, entretanto, o projeto do Estado Social contava com sérios problemas de eficácia para vincular o Estado, e *a fortiori* os particulares. Ao discorrer sobre os percalços para a efetiva implementação de Weimar, Alexy aduz:

O problema principal dos direitos fundamentais de Weimar era o de sua força de validade. [...] Na literatura bramia um litígio sobre isso, se e em qual proporção as normas de direitos fundamentais, do título de direitos fundamentais, eram meras proposições programáticas sem força vinculativa jurídica.<sup>8</sup>

Não obstante, impende reconhecer que, embora não se possa falar em relação direta de causa e efeito entre Estado Social e eficácia horizontal, pode-se vislumbrar uma causalidade mediata, pois a própria construção das idéias de ordem objetiva de valores e efeitos irradiantes pela Corte Constitucional alemã tem Weimar em sua gênese. Afirma Alexy:

O balanço positivo deve estar no início. Dele faz parte a teoria do ordenamento de valores dos direitos fundamentais, que nos anos 50 foi acolhida pela jurisprudência e, naturalmente, tem raízes de Weimar. Ela é – sem prejuízo de algumas irritações – a base para a irradiação dos direitos fundamentais sobre todos os âmbitos, portanto também sobre o direito privado.<sup>9</sup>

Fique, pois, bem firmado que a doutrina da eficácia horizontal não surgiu automaticamente (e nem assim poderia ser) do advento do Estado Social. Somente com os avanços e retrocessos, enfim, com a gradativa e dialética afirmação dos direitos fundamentais sociais, desde Weimar até o pós-segunda guerra, puderam a jurisprudência e doutrina alemãs amadurecer a concepção de direitos fundamentais sociais, para só então desenvolver a idéia de eficácia horizontal. É esse um aspecto que, embora sutil e aparentemente despidendo, passa ao largo da percepção de boa parte dos doutrinadores, segundo cremos.

Outra idéia, assaz repetida de forma não crítica, consiste na suposição de que o Estado Social teria acentuado os poderes privados e sua virtual ameaça à dignidade humana e aos direitos fundamentais, razão porque, a partir dele, a eficácia horizontal se faria imprescindível. Todavia, dentro dessa perspectiva moderna de se-

<sup>8</sup> ALEXY, Robert. **Constitucionalismo discursivo**. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p.101.

<sup>9</sup> ALEXY, 2007, p.101.

paração entre Estado e sociedade civil, os poderes privados, quer empresariais, corporativos, religiosos ou partidários, sempre constituíram, a um tempo, sinônimo de liberdade individual – burguesa e potencial ameaça aos hipossuficientes, quer no Estado Liberal, quer no Estado Social, e *a fortiori* nos dias presentes, quando se cogita da fluidez e incerteza pós-modernas.

Não há nexos entre advento do Estado Social e recrudescimento dos poderes privados. Há, sim, ao longo do desenvolvimento do capitalismo, uma linha ascendente de fortalecimento de poderes privados, sobretudo corporações multinacionais, megagrupos empresariais, em detrimento do poder do Estado e sua capacidade de dirigir os rumos da vida econômica e social, o que provocou, à época em que vigorava o Estado Social, a necessidade de estender o raio de alcance dos direitos fundamentais às relações privadas.

### 1.1.1 A importância do caso Lüth

O caso Lüth foi objeto de pronunciamento pelo Tribunal Constitucional Federal alemão em 1958.<sup>10</sup> A seguir, um pequeno excerto do julgado, segundo a tradução livre de Virgílio Afonso da Silva:

A Constituição que não pretende ser uma ordenação axiologicamente neutra, funda, no título dos direitos fundamentais, uma ordem objetiva de valores, por meio da qual se expressa um [...] fortalecimento da validade [...] dos direitos fundamentais. Esse sistema de valores que tem seu ponto central no livre desenvolvimento da personalidade e na dignidade humana no seio da comunidade social, deve valer como decisão fundamental para todos os ramos do direito; legislação, administração e jurisprudência recebem dele diretrizes e impulsos.<sup>11</sup>

O Tribunal Constitucional entendeu que o chamamento ao boicote levado a cabo por Lüth estava *prima facie* protegido pela

<sup>10</sup> Erich Lüth, presidente do clube de imprensa de Hamburgo, durante um festival de cinema em 1950, concitou o público, os produtores e os exibidores de cinema a boicotarem os filmes de Veit Harlan, a quem acusava de propagar a ideologia nacional – socialista durante o Terceiro Reich, especialmente através da película “Judeu doce”, principal filme da propaganda nazista anti-semita. O tribunal de segunda instância de Hamburgo condenou Lüth à obrigação de não-fazer, isto é, de omitir-se de cada chamamento ao boicote do novo filme de Harlan, “Amante imortal”, sob fundamento de que o chamado ao boicote violaria o § 826 do código civil, que proíbe ocasionar, “em um modo que infringe os bons costumes, um dano doloso a outrem”. Lüth interpôs recurso de apelação perante o Tribunal Superior do *Land*, bem como reclamação constitucional diante do Tribunal Constitucional Federal (ALEXY, 2007, p.106).

<sup>11</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. **A constitucionalização do Direito**: os direitos fundamentais nas relações entre particulares. São Paulo: Malheiros, 2005, p.42.

liberdade de manifestação de opinião (artigo 5, alínea 1, da Lei Fundamental). Argumentou que, sempre que a aplicação de normas do direito civil conduz à limitação de um direito fundamental, deve haver uma ponderação dos princípios constitucionais colidentes. O resultado da ponderação efetuada pelo Tribunal foi que ao princípio da liberdade de opinião deve ser dada a primazia diante de princípios em sentido contrário. Lüth, então, venceu.<sup>12</sup>

Alexy<sup>13</sup> esclarece que, através do caso Lüth, pela primeira vez, a Corte Constitucional alemã pôde desenvolver uma perspectiva mais ampla ou holística dos direitos fundamentais, qual seja a de essa categoria não se esgotar apenas na proteção de determinadas posições do cidadão frente ao Estado.

Prossegue a afirmar que a sentença Lüth reúne três idéias que formaram fundamentalmente o direito constitucional alemão. A primeira reside em que a proteção dos direitos individuais não se subsume apenas à garantia de direitos clássicos de defesa do cidadão contra o Estado. Por isso os direitos fundamentais personificam uma “ordem objetiva de valores”, idéia que foi amadurecida e desenvolvida *a posteriori* pela Corte. Depois o Tribunal referiu-se aos “princípios [...] que se expressam nos direitos fundamentais”. Assim, a primeira idéia fundamental lançada pela sentença Lüth pode resumir-se em que os direitos fundamentais detêm caráter não apenas de regras, como também de princípios. A segunda idéia, intimamente imbricada com a primeira, consiste em que os valores ou princípios jurídico-fundamentais valem não apenas para as relações cidadão-Estado, mas, além, “para todos os âmbitos do Direito”. Assim é que surge a idéia de efeito de irradiação dos direitos fundamentais sobre todo o ordenamento jurídico. A terceira idéia repousa em que tanto valores como princípios, dadas suas estruturas, tendem a colidir. Diante da colisão de princípios, diz o Tribunal alemão: “Torna-se necessária, por conseguinte, uma ponderação de bens.”<sup>14</sup>

Destarte, foi a partir das noções de ordem objetiva de valores, eficácia irradiante dos direitos fundamentais (*Ausstrahlungswirkung*) e dos deveres de proteção do Estado que se preparou terreno fértil para que germinasse a idéia da eficácia horizontal. Na sua dimensão objetiva, os direitos fundamentais funcionariam como regentes de todos os âmbitos do Direito, já que corresponderiam à decisão constitucional básica, ou ainda às bases da ordem jurídica.<sup>15</sup> Nessa perspectiva, o raio de incidência dos direitos fundamentais

<sup>12</sup> ALEXY, 2007, p.107.

<sup>13</sup> ALEXY, 2007, p.106.

<sup>14</sup> ALEXY, 2007, p.108.

<sup>15</sup> STEINMETZ, Wilson. **A vinculação dos particulares a direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2004. p.107.

transcenderia a relação indivíduo-Estado para proteger a pessoa humana em toda e qualquer situação de perigo ou ameaça de aviltamento de suas posições jurídicas fundamentais, inclusive nas relações mantidas com outros particulares, que a um só tempo figurariam como titulares e destinatários de direitos fundamentais.

## 1.2 Teorias sobre a relação entre direitos fundamentais e direito privado

Muito embora não seja este o espaço idôneo para apresentar e criticar a contento as teorias que procuram explicar o fenômeno da eficácia horizontal, não se pode fugir a uma explanação, ainda que superficial, dos principais elementos de tais modelos teóricos, sem os quais qualquer abordagem do presente tema fatalmente se mostrará incompleta.

O primeiro deles, em verdade um não-modelo,<sup>16</sup> consiste na negação dos efeitos dos direitos fundamentais nas relações privadas. Trata-se de uma doutrina minoritária, que sustenta a inaplicabilidade horizontal dos direitos fundamentais baseada, sobretudo, em razões históricas ou na dita função “clássica” que os direitos fundamentais desempenham ou deveriam desempenhar no ordenamento jurídico: funcionar exclusivamente como direitos de defesa do cidadão perante o Estado. Nessa linha, destaca-se o pensamento de Uwe Diederichsen.<sup>17</sup>

Outro grupo minoritário no direito estrangeiro envolve os modelos chamados de equiparação e de imputação. O modelo conhecido como equiparação corresponde à construção pretoriana da *State Action Doctrine*, concebida nos Estados Unidos, onde a doutrina e a jurisprudência se mantiveram fiéis a uma acepção liberal dos direitos fundamentais.<sup>18</sup> Nessa ótica, a constituição e os direitos fundamentais nela insculpidos só vinculam, *prima facie*, o próprio Estado. Para a *Supreme Court*, admitir-se-á a incidência de direitos fundamentais na esfera privada se, e tão-somente, o particular encontrar-se investido do desempenho delegado de alguma função pública típica (*public function theory*) ou se, em sua conduta, puder ser vislumbrada, substancialmente, alguma implicação imputável aos poderes públicos.<sup>19</sup>

Já o modelo da imputação corresponde à teoria de Jürgen Schwabe, para quem, ao contrário da *state action*, em que ações privadas são equiparadas a ações estatais para vincular os particu-

<sup>16</sup> SILVA, 2005, p.68.

<sup>17</sup> *Apud* SILVA, 2005, p.74.

<sup>18</sup> SILVA, 2005, p.99.

<sup>19</sup> SARMENTO, 2004, p.299.

lares aos direitos fundamentais, o particular é “liberado” dessa vinculação e seus atos são imputados diretamente ao Estado. O fundamento de Schwabe consiste em que, se um particular viola o direito fundamental de outro, e tal ação violadora não é disciplinada por norma infraconstitucional, essa conduta deve ser encarada como que permitida pelo Estado, a quem a responsabilidade da violação deve ser imputada diretamente, em razão de sua omissão na esfera legislativa para reputar ilegal a conduta do particular.<sup>20</sup>

Foi na Alemanha, entretanto, que se desenharam os dois modelos que recebem em maior grau a vinculação dos particulares aos direitos fundamentais, a saber, o modelo de efeitos indiretos e o modelo de efeitos diretos dos direitos fundamentais nas relações entre particulares.

O modelo de efeitos indiretos, também conhecido como teoria da eficácia indireta ou mediata, foi desenvolvido especialmente pela doutrina de Günter Dürig.<sup>21</sup> O ponto de partida desse modelo é o reconhecimento de um direito geral de liberdade, ou um direito fundamental à autonomia privada e à responsabilidade individual. A fim de conciliar os direitos fundamentais e o direito privado sem que haja um domínio dos primeiros sobre o segundo, propõe-se a influência dos direitos fundamentais nas relações privadas por intermédio do material normativo próprio do direito privado. Exige-se a intermediação do legislador, que deverá elaborar lei infraconstitucional contemplando e imprimindo maior concreção à previsão constitucional. O juiz, por sua vez, em caso de ausência de norma ordinária reguladora, deverá, no máximo, invocar cláusulas gerais e “conceitos indeterminados” presentes no sistema privado ou, ainda, invocar princípios constitucionais apenas como vetores hermenêuticos para interpretação e aplicação do direito privado, mas jamais aplicar diretamente os direitos fundamentais para solucionar lides entre particulares.

O modelo de efeitos diretos ou teoria da eficácia direta ou imediata foi pioneiramente defendido por Hans Carl Nipperdey, quando na presidência do Tribunal Federal do Trabalho alemão, a partir de uma decisão sobre igualdade de salários entre homens e mulheres, em 1957. Para Nipperdey, os direitos fundamentais têm “efeitos absolutos” e, portanto, prescindem de mediação legislativa para lograr eficácia nas relações privadas. Nisso repousa a diferença fundamental entre o modelo de efeitos indiretos e o de efeitos diretos, posto que, nesse último, mesmo sem o material normativo do direito privado e, sobretudo, a despeito desse material, os direi-

<sup>20</sup> *Apud* SILVA, 2005, p.104.

<sup>21</sup> *Apud* SILVA, 2005, p.80.

tos fundamentais conferem diretamente direitos subjetivos aos particulares nas relações que travam entre si. Demais disso, Nipperdey sustentava que a aplicação horizontal dispensa o uso de “artimanhas interpretativas”, vale dizer, os direitos fundamentais não precisam de qualquer “porta de entrada”, ou dos “pontos de infiltração” das cláusulas gerais, para surtir efeitos nas relações interprivadas.<sup>22</sup>

Cabe alertar, contudo, que a complexidade dos problemas que envolvem a eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas vai muito além da mera adesão irrefletida a um dos modelos citados. Sucede que muitas análises acerca da eficácia horizontal limitam-se à exposição dos modelos consagrados doutrinariamente e à opção por um deles, ainda que acompanhadas por algumas poucas proposições originais. A mera descrição formal de modelos, bem como a adesão a um deles, não é suficiente para uma teorização coerente sobre a constitucionalização do Direito e, mais especificamente, sobre os efeitos de direitos fundamentais nas relações privadas.

Com efeito, a pretensa dicotomia entre eficácia direta e eficácia indireta já não se justifica teoricamente, assim como a visão que põe necessariamente em campos opostos os direitos fundamentais e autonomia da vontade. Como se verá ao fim deste excurso, o viés de solução dos problemas que envolvem a ampla aplicação de posições jusfundamentais nas relações privadas, inclusive trabalhistas, passa pela teoria dos princípios e pela técnica da ponderação. Por ora, debrucemo-nos sobre o tema principal aqui versado: a eficácia dos direitos fundamentais nas relações de trabalho.

## **2 Direitos fundamentais nas relações de trabalho: o *drittwirkung* laboral**

A adequada compreensão da relevância da aplicabilidade dos direitos fundamentais nas relações de trabalho passa necessariamente por três eixos temáticos, a saber: o quadro macroeconômico global e sua repercussão nas políticas de emprego; a questão dos poderes empresariais e a posição jurídica e econômica subordinada do empregado como potenciais ameaças aos direitos fundamentais, na perspectiva do contrato de trabalho; e a abordagem tópica de alguns direitos fundamentais presentes no catálogo brasileiro e da maioria das constituições ocidentais, à luz de uma adequada interpretação da Constituição do Trabalho e da luta pela afirmação do Direito do Trabalho na vigência do modelo econômico hegemônico.

---

<sup>22</sup> *Apud* SILVA, 2004, p.87.

## 2.1 O primado do trabalho e o modelo capitalista em vigor

A crise geral do modelo econômico liberal, que teve seu auge e marco no episódio do *crack* da Bolsa de Nova Iorque, em 1929, deu lugar ao advento de meio século de hegemonia da chamada teoria econômica neoclássica intervencionista, capitaneada especialmente por John Maynard Keynes, cuja obra mais marcante foi “A teoria geral do emprego, do juro e da moeda”, publicada em 1936. Triunfava um modelo de Estado intervencionista nas relações econômicas e promotor dos direitos sociais. O domínio do pensamento reformista, desde os anos 30 do século XX, conferiu aos países ocidentais industrializados, a partir de 1945, três décadas de elevado crescimento econômico, de generalizada distribuição de serviços públicos e de relevante participação da renda-trabalho nas riquezas nacionais.<sup>23</sup>

De acordo com o economista francês Dominique Plihon, citado por Delgado,<sup>24</sup> os três pilares da sociedade e economia capitalistas durante o Estado Social eram:

a) relação salarial fordista, baseada num compromisso capital-trabalho apto a organizar a distribuição dos ganhos da produtividade oriunda da organização científica do trabalho, ensejando uma rápida e regular evolução salarial;

b) políticas públicas de estabilização macroeconômica, com o escopo de garantir uma progressão regular da demanda direcionada às empresas;

c) a administração e controle sobre os sistemas financeiros, viabilizando o financiamento bancário competitivo e eficiente das forças econômicas, através de taxas de juros baixas, submetidas às autoridades monetárias.

No entanto, novas crises econômicas, como o choque do petróleo nos anos 70, ensejaram o retorno das concepções econômicas liberais, representadas pela escola austríaca de Frederick Hayek e pela escola de Chicago, de Milton Friedman, proponentes de um conservadorismo extremo e defensores intransigentes do capitalismo *laissez-faire*. O novo liberalismo, neoliberalismo, ultraliberalismo, enfim, o pensamento liberal readaptado à globalização e às demandas do fim do século XX, retornou com um receituário que se propunha a debelar as crises, contornar as ineficiências das prestações sociais pelo Estado e promover crescimento econômico.

<sup>23</sup> DELGADO, Maurício Godinho. Capitalismo sem reciprocidade: a política pública de destruição do emprego. **Revista LTr**, n.08, vol.69, ago, 2005, p.918.

<sup>24</sup> DELGADO, 2005, p.919.

Esse receituário envolveu uma profunda reorientação das políticas econômicas por parte dos principais países capitalistas, em favor de rigorosas medidas de natureza liberal-monetarista; uma atuação generalizada de distintos organismos internacionais ou multilaterais de estruturação da economia e de políticas públicas ao redor do globo; controle da inflação como prioridade absoluta; mudança profunda no sistema cambial, com o fim da até então prevaiente sistemática de conversibilidade do dólar e da regra orientadora de câmbios nacionais fixos, iniciando-se a era das taxas flutuantes de câmbio; busca da liberalização das fronteiras nacionais à livre circulação de mercadorias e ao capital financeiro, especialmente o especulativo; elevação dos juros, com rentabilidade desproporcional para aplicações financeiras; contratação do crédito para os agentes econômicos ou, quando inexistente tal crédito, sua oneração com juros elevados para empresas e consumidores; diminuição ou eliminação da atuação econômica direta do Estado, com privatização das empresas estatais; restrição do próprio investimento público na economia e na sociedade, seja aquele realizado diretamente, seja o contratado por entidades privadas.<sup>25</sup>

As mudanças são justificadas pelo novo pensamento liberal em razão de três grandes fatores, que teriam sido a causa de um suposto desemprego estrutural e de um suposto processo de perda de relevância da relação de emprego e do próprio trabalho. São eles: as mudanças provocadas pela terceira onda de revolução tecnológica do capitalismo; as mudanças vinculadas à reestruturação empresarial nas últimas décadas, seja pela descentralização do empreendimento, seja pelas alterações nos métodos e sistemas de gestão das empresas e de sua força de trabalho, a exemplo da passagem do fordismo-taylorismo para o toyotismo; a acentuação da concorrência no mercado mundial.<sup>26</sup>

Esta suma descrição do modelo capitalista em vigor tem um objetivo: constatar que, enquanto o Direito do Trabalho conserva em seu âmago o primado do trabalho e do emprego, assim como a ordem econômica estabelecida na maior parte das constituições, o modelo econômico hegemônico trabalha em sentido oposto, a fim de desvalorizar e desprestigiar a importância do emprego formal e mesmo do trabalho como o conhecemos. É à vista dessa tensão que devem ser pensados os problemas envolvidos na eficácia dos direitos fundamentais nas relações de trabalho.

<sup>25</sup> DELGADO, 2005, p.920-1.

<sup>26</sup> DELGADO, 2005, p.915.

## 2.2 Poderes empresariais versus direitos fundamentais no contrato de trabalho

A natureza da relação que se instaura entre trabalhador e dador de trabalho, a partir da celebração do contrato de trabalho, está bem ilustrada nos seguintes dizeres de Pérez:

Por lo demás, la situación de dependencia del trabajador constituye típicamente una relación de poder entre particulares: el empresario ostenta un poder (de naturaleza económica y jurídica) de dirección y organización del trabajo ajeno. Esta relación de supremacía especial, cualificada como “subordinación”, condiciona no sólo su autonomía “productiva”, sino también su propia libertad de acción y concepción.<sup>27</sup>

De fato, ao longo da história humana, as relações de trabalho sempre estiveram albergadas num quadro mais amplo de relações de força e dominação, quase sempre caracterizadas pelo aviltamento da condição humana. Não é diverso no modo de produção capitalista, que de maneira inédita conseguiu reduzir ao *status* de insumos do processo produtivo atividades humanas lúdicas, religiosas ou fortemente arraigadas na tradição, o que levou Marx e Engels<sup>28</sup> a afirmarem que “a burguesia [...] transformou em seus trabalhadores assalariados o médico, o jurista, o padre, o poeta, o homem de ciência”.

Ao obrigar-se através do contrato de trabalho, o obreiro aliena e disponibiliza suas forças e aptidões psicofísicas, colocando-se numa situação de subordinação e dependência jurídica perante o dador de trabalho, que com supedâneo no contrato exercerá as prerrogativas de direção, controle e organização do serviço, bem assim de disciplina do próprio empregado porventura faltoso. Se, por um lado, o condicionamento da vontade do trabalhador constitui elemento estrutural de qualquer vínculo obrigacional de trabalho subordinado, por outro lado a “heterodisponibilidade” do obreiro abre margem para amplas restrições de sua liberdade pessoal, restrições estas suscetíveis de ultrapassar de forma desmedida os limites da mera execução da atividade contratada.<sup>29</sup>

A relação de trabalho subordinado, mais do que qualquer outra, alberga um plexo de direitos e obrigações com especial aptidão para condicionar, limitar ou restringir os direitos fundamen-

<sup>27</sup> MONEREO PÉREZ, Jose Luis. **Derechos sociales de la ciudadanía y ordenamiento laboral**. Madrid: CES, 1996, p.53.

<sup>28</sup> MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. **Manifesto do Partido Comunista**. São Paulo: Martin Claret, 2001, p.48.

<sup>29</sup> ABRANTES, 2005, p.44.

tais do trabalhador. A restrição de direitos fundamentais pode advir diretamente das cláusulas do contrato, ou ainda, do poder disciplinar legal do empregador, do regulamento de empresa ou mesmo das decisões patronais cotidianas suscetíveis de atingir as posições jusfundamentais do trabalhador.

Mas não é somente no âmbito da execução das obrigações principais, na prestação do trabalho contratado, que o empregado está sujeito a restrições às suas posições jurídicas fundamentais. Sucede que, mesmo fora da empresa, em sua vida privada, o trabalhador pode ver-se adstrito a certos deveres acessórios de conduta, baseados na cláusula geral de boa-fé.<sup>30</sup> Ora, decerto que o empregador espera do empregado uma conduta social proba, honesta segundo a moralidade média, isto é, que se comporte segundo os padrões do *bonus pater familias*. Contudo, muito além disso, atualmente grassa nos Estados Unidos, por exemplo, uma tendência empresarial em exigir do trabalhador a ação ou abstenção de certas condutas que extrapolam de forma irrazoável os deveres acessórios de conduta, chegando a violentar a própria personalidade do trabalhador. Nessa linha, algumas empresas naquele país têm exigido que seus empregados se abstenham de fumar, mesmo fora do estabelecimento, enquanto outras exigem que seus funcionários se abstenham de praticar esportes radicais, tudo a bem da imagem da empresa. Cuida-se do chamado *lifestyle discrimination*.

Quer-se afirmar, com isto, que a organização empresarial é uma verdadeira estrutura de poder, que subordina seus trabalhadores através das prerrogativas contratuais e legais do dador de trabalho, prerrogativas essas da maior relevância para o funcionamento da organização produtiva enquanto estrutura hierarquizada e voltada à persecução do lucro empresarial. No preciso dizer de Abrantes,<sup>31</sup> cuida-se de “um verdadeiro poder de julgar e punir, sem paralelo no domínio privado”. Não por outro motivo, o contrato de trabalho é, quiçá, mais do que qualquer outro, condicionado constitucionalmente por princípios e regras cujo escopo é assegurar a liberdade e o livre desenvolvimento da personalidade da pessoa humana do trabalhador, bem assim mitigar o exercício sem peias, desproporcional, dos poderes empresariais.

Assiste-se hoje, portanto, a uma segunda fase de constitucionalização dos direitos trabalhistas, que busca a chamada “cidadania na empresa”, isto é, a garantia de direitos não especificamente ou tradicionalmente trabalhistas, mas direitos de cidadão comum que o trabalhador exerce no âmbito da empresa.<sup>32</sup> Lá,

<sup>30</sup> ABRANTES, 2005, p.46.

<sup>31</sup> ABRANTES, 2005, p.49.

<sup>32</sup> ABRANTES, 2005, p.60.

afinal, o trabalhador não deve abrir mão dos direitos de que são titulares todas as pessoas, e de que ele próprio é titular “da porta da fábrica para fora”, diante dos seus concidadãos e do próprio Estado. Antes, também no seio da execução do contrato, o trabalhador faz jus a ser tratado com isonomia, a expressar livremente sua opinião, inclusive em desacordo com a opinião patronal, a exercer seu culto e professar livremente seu credo, a ter resguardada a sua intimidade e a não ser disciplinado ou mesmo despedido sem ser devidamente ouvido e ter suas razões consideradas antes da tomada de decisão pelo empregador.

Nos países de capitalismo mais avançado, quer-se hoje uma recomposição constitucional do contrato de trabalho, com vistas à valorização da pessoa humana em todos os seus aspectos no âmbito da execução contratual.<sup>33</sup> Busca-se “despolitizar” a empresa, a fim de superar a antiga concepção fascista de empresa autoritária que vigorou em países como Itália, Espanha, Portugal e Brasil, entre outros, em que o poder patronal tinha fundo político e decorrida da autoridade do Estado,<sup>34</sup> o qual procurava, então, patrocinar a pacificação social pela imposição de uma falsa idéia de comunhão de interesses entre capital e trabalho, que malograva mascarar a conflituosidade inerente a essa relação.

Tal como se democratizou o Estado, busca-se democratizar a empresa e *procedimentalizar* o poder de direção empresarial, através de mecanismos de proteção das posições jusfundamentais dos trabalhadores, mediante instrumentos de informação e consulta anteriores à tomada de certas decisões empresariais de grande impacto e repercussão social. Observa Simm<sup>35</sup> que, como se afirma na Itália, “a Constituição entrou na fábrica”.

### **2.3 Eficácia jusfundamental nas relações de trabalho e capitalismo tardio brasileiro**

Uma vez amplamente reconhecida a necessidade de aplicar os direitos fundamentais às relações laborais, de recompor o contrato de trabalho à luz da Constituição e de garantir ao trabalhador a condição plena de cidadão na empresa, impende agora analisar topicamente os problemas ensejados pela eficácia horizontal de alguns direitos fundamentais, diante da realidade socioeconômica brasileira e das limitações de nosso capitalismo “emergente”.

<sup>33</sup> ABRANTES, 2005, p.62.

<sup>34</sup> SIMM, 2005, p.1295.

<sup>35</sup> SIMM, 2005, p.1207.

Como transpor as idéias européias para um contexto de baixo crescimento econômico e desemprego crônico, no qual há uma reserva de mão-de-obra desproporcionalmente superior à oferta, e no qual o dador de trabalho ainda pode dispor livremente do posto de trabalho, compensando pecuniariamente o obreiro pela resilição do contrato, com supedâneo no seu direito potestativo? É um desafio que precisa ser tratado com parcimônia e equilíbrio.

As dificuldades de implementação da eficácia horizontal não param por aí. A doutrina em geral tem colocado em campos necessariamente opostos os direitos fundamentais e o princípio da autonomia da vontade, de igual cariz constitucional. Dentro dessa perspectiva – passível de crítica – o problema reconduz-se ao fato de que, num conflito de interesses entre particulares, todos os envolvidos são titulares de direitos fundamentais. Portanto, segundo Sarmiento,<sup>36</sup> o espaço de autodeterminação individual poderia ser excessivamente comprimido de forma liberticida se todos os direitos fundamentais fossem simplesmente transportados sem quaisquer adaptações para o campo das relações privadas, uma vez que o indivíduo, se considerado devedor de direitos fundamentais, é também credor deles. Antes, porém, de enfrentar esse problema, importa observar como certos direitos fundamentais, presentes no catálogo da Constituição Federal de 1988 e na maior parte das constituições, operam seus efeitos nas relações privadas trabalhistas.

### 2.3.1 Direito fundamental à igualdade

Afirmar, sem mais, que o empregador tem o dever geral de observar o princípio da isonomia no trato dos trabalhadores, não consegue responder à complexidade de certos conflitos laborais que desafiam o intérprete e aplicador do Direito. No que toca ao direito fundamental à igualdade nas relações de trabalho, é oportuno considerar o pensamento de Gil y Gil, ao qual nos alinhamos.<sup>37</sup>

Para Gil y Gil, não há um dever absoluto de trato igual de todos os empregados por parte do dador de trabalho. Tomando o exemplo de uma pluralidade de trabalhadores que abusa do direito de greve, seria inadequado sustentar que o empregador só dispõe de duas opções: ou bem sancionar todos ou bem não sancionar ninguém. Afirma Gil y Gil:

La convivencia humana se basa em la diferencia de trato. ¿Cómo habría de tratarse igual a los amigos

<sup>36</sup> SARMENTO, 2004, p.175.

<sup>37</sup> GIL y GIL, Jose Luis. **Autotutela privada y poder disciplinario em la empresa**. Madrid: Secretaria General Tecnica (Centro de Publicaciones), 1993, p.125.

que a los enemigos, a los conocidos que a los extraños, a los propios que a los ajenos? El derecho no puede imponer a los particulares la igualdad de trato em sus relaciones jurídicas de índole privada, porque ello supondría una constricción insoportable de la libertad personal. El derecho debe condenar, tan sólo, las diferencias de trato que se basen en una discriminación, o que resulten irrazonables.<sup>38</sup>

Ainda consoante aquele autor, não há um dever geral e absoluto de igualdade no domínio privado laboral.<sup>39</sup> Ao empregador é dado, portanto, fazer certas diferenças entre seus empregados, como conferir a alguns melhores salários como recompensa por maiores resultados e produtividade. Não lhe é lícito, sem embargo, estabelecer discriminações irrazoáveis, arbitrárias, apenas para satisfazer um capricho. É repulsivo ao Direito, portanto, discriminar um trabalhador por se encontrar sindicalizado, ou pela cor da sua pele, ou fazer diferença salarial entre homens e mulheres de mesma posição hierárquica na organização.

Conclui, dessarte, que o juiz há de determinar se a diferença de trato é justificável ou se se trata de um puro e simples ajuste de contas.<sup>40</sup> A perspectiva desse juslaborista, portanto, toma o princípio da igualdade como relativo e, assim, sujeito a um juízo de ponderação.

### 2.3.2 Direito fundamental ao devido processo legal

Avulta de maneira especial a cizânia em torno da eficácia do direito fundamental ao devido processo legal no âmbito do “processo negocial”, expressão de que se valem alguns processualistas para designar as relações privadas em geral sob um prisma eminentemente processual.

Essa é talvez uma das mais revolucionárias conseqüências da doutrina da eficácia horizontal, pois propõe que os direitos fundamentais ao *due process of law*, ao contraditório e à ampla defesa vinculem não somente o Estado, como também os particulares. A idéia é que os particulares vinculados entre si por relações jurídicas não se valham de prerrogativas contratuais ou legais para modificar a situação jurídica da outra parte sem a sua prévia oitiva e oportunidade de defesa. Exemplos comuns são: a aplicação de pena ao condômino que violou a convenção condominial; a organização religiosa que excomunga um membro; o clube que aplica pena de

<sup>38</sup> GIL y GIL, 1993, p.126.

<sup>39</sup> GIL y GIL, 1993, p.129.

<sup>40</sup> GIL y GIL, 1993, p.130.

exclusão a um associado, etc. Nessas situações, sustenta-se que ao sujeito deve ser dada a oportunidade de se defender amplamente e de ser ouvido efetivamente, na busca de convencer em seu favor a instância decisória privada.

O mesmo se cogita para as relações trabalhistas, ao menos pela doutrina européia mais vanguardista. Fala-se em direito de defesa do trabalhador, nas hipóteses de despedida por justa causa. Gil y Gil apresenta a controvérsia no Direito Espanhol em termos da aplicabilidade imediata ou apenas indireta do art. 7 da Convenção 158, da OIT, o qual dispõe:

No deberá darse por terminada la relación de trabajo de un trabajador por motivos relacionados con su conducta o su rendimiento antes que se le haya ofrecido la posibilidad de defenderse de los cargos formulados contra él, a menos que no pueda pedirse razonablemente al empleador que le conceda esta posibilidad.<sup>41</sup>

Referido juslaborista coloca o direito de defesa na relação de trabalho como um princípio elementar de justiça, ao partir da noção de despedida como a máxima das sanções, que não pode prescindir de prévio diálogo entre as partes. A observância do devido processo, aduz ainda o citado autor, permite que um sistema de relações trabalhistas possa ser qualificado como minimamente civilizado.<sup>42</sup> Ainda que não se admita a aplicabilidade direta do princípio desde a constituição ou da convenção da OIT, sustenta-se a aplicabilidade do direito de defesa através do princípio da boa-fé objetiva como fonte de integração do contrato, solução que consubstancia a teoria da eficácia indireta.

Sem embargo, a própria Convenção 158 da OIT estabelece o princípio da razoabilidade como critério de limitação do direito de defesa. Ora, na qualidade de norma-princípio, o direito fundamental de defesa é relativo e está sujeito à ponderação na sua aplicação ao fato. O próprio Gil y Gil sustenta que o direito de defesa na relação de trabalho não deve se converter numa prerrogativa aos moldes do Direito Administrativo.<sup>43</sup> A normatização de um procedimento rígido no âmbito da CLT, por exemplo, se mostraria incompatível com a dinâmica necessária à gestão empresarial.

Ideal seria, à satisfação do princípio sem comprometimento da autonomia da vontade empresarial, o estabelecimento em acordo ou convenção coletiva ou mesmo em regulamento de empre-

<sup>41</sup> *Apud* GIL y GIL, 1993, p.102.

<sup>42</sup> GIL y GIL, 1993, p.105.

<sup>43</sup> GIL y GIL, 1993, p.113.

sa, de procedimento que albergasse minimamente a notificação regular e escrita do trabalhador, prazo para defesa, com possibilidade de apresentação de documentos, ouvida de pessoas, etc, assistência facultativa pelo sindicato ou advogado, enfim, um procedimento que impedisse a aplicação da despedida como pena, sem a possibilidade de o empregado influir na decisão em seu próprio favor.

Para muitos, a aplicação dessa doutrina no Brasil soaria quase herética. De pronto, argumentar-se-ia que a possibilidade de restringir, dificultar, burocratizar ou engessar a livre despedida do empregado não se coaduna com as necessidades do livre mercado e comprometeria a competitividade das empresas no mercado global, especialmente de países emergentes como o Brasil cujas possibilidades de competição já se mostram assaz prejudicadas por fatores diversos. O argumento, porém, só é válido para quem enxerga o trabalhador como mais um insumo do processo produtivo, de que se quer dispor livremente, e não como um ser humano e cidadão, portador de valor e dignidade e merecedor de cuidados, como elemento central e imprescindível de qualquer organização.

Verifica-se no ordenamento juslaboral francês dispositivo que consagra o direito de defesa do empregado diante da iminência de sanção disciplinar ou mesmo a despedida. Dispõe o art. L 122-14, parágrafo primeiro, do *Code du Travail*, que o trabalhador faz jus a uma “entrevista prévia”, na qual o empregador deverá expor os motivos da decisão e ouvir as razões do obreiro.<sup>44</sup>

A questão de fundo que subjaz a essa celeuma conduz a perguntar se o empregador dispõe livremente ou não do posto de trabalho do empregado. Ainda se justifica aceitar, entre nós, um direito potestativo do empregador de resilir o contrato de trabalho? A questão deve ser respondida à luz da função histórica e ideológica do Direito do Trabalho e, sobretudo, ao lume da ordem econômica instituída pela Constituição Federal de 1988.

Palomeque Lopez<sup>45</sup> apresenta o conflito laboral como “conflito matriz ou arquétipo da sociedade capitalista”, que ensejou o surgimento do Direito do Trabalho como uma resposta defensiva do Estado a fim de conter e institucionalizar o conflito entre capital e trabalho em termos compatíveis com o sistema econômico estabelecido, de modo a impor a esse conflito um canal de desenvolvimento compatível com a permanência e o progresso do capitalismo das vigas mestras da sociedade burguesa. A função histórica e ideológica do Direito do Trabalho se insere no quadro mais amplo

<sup>44</sup> GIL y GIL, 1993, p.112.

<sup>45</sup> PALOMEQUE LOPEZ, Manuel Carlos. **Direito do trabalho e ideologia**. Tradução de António Moreira. Coimbra: Almedina, 2001, p.19.

do Estado Social, que representa, ao fim e ao cabo, uma tentativa de solução de compromisso entre o interesse do capital e os interesses econômicos, sociais, culturais e políticos de legiões de vitimados pelo capitalismo industrial inconseqüente do século XIX.

O Estado Social como solução compromissória é visto por muitos como fracassado e hoje superado pela pós-modernidade. Fala-se da incompatibilidade de princípios e projetos que o Estado-Providência procurou harmonizar. Maestro Buelga procura apresentar o espírito de Weimar nos seguintes termos:

La existencia de principios contradictorios en la Constitución expresa la naturaleza pacticia Del nuevo Estado, resultado de la confluencia de intereses de clase antagonicos em el proceso constituyente. [...] Así, Weimar es una constitución sin decisión, en la medida en que su contenido no expresa proyecto político alternativo. Weimar es la impotencia o la inexistencia de compromiso que permitiera desplegar efectos a los principios socialistas incorporados a la constitución.<sup>46</sup>

O fato, porém, é que essa tentativa conciliatória está ainda juridicizada em boa parte das constituições ocidentais, inclusive na Constituição Federal brasileira de 1988, que tem como um dos princípios fundamentais internos “os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa” (art.1º, IV); como objetivo “erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais” (art. 2º, III); como princípios da Ordem Econômica a propriedade privada (art.170, II), a função social da propriedade (art.170,III), a livre concorrência (art.170, IV), a busca do pleno emprego (art.170, VIII); e como base e objetivo da Ordem Social, respectivamente, o primado do trabalho e o bem-estar e justiça sociais (art.193).

Parece que, se por um lado, a livre iniciativa é garantida ao empresário, permitindo-o decidir sobre os rumos que deve dar ao seu empreendimento, por outro lado, a incidência de direitos fundamentais, como o devido processo legal, nas relações trabalho, homenageia os objetivos constitucionais de cada vez mais aproximar a economia nacional duma situação de pleno emprego. Assim, por mais que haja imperativos macro ou microeconômicos, crises, necessidade de reestruturação empresarial acompanhada de despedidas em massa, nada disso deveria passar ao largo da plena fiscalização e acompanhamento sindical, cujo papel é exigir do dador de trabalho, nesses casos, a exposição clara dos motivos econômicos ou simplesmente estratégicos que conduziram à decisão

<sup>46</sup> MAESTRO BUELGA, Gonzalo. **La constitución del trabajo en el Estado Social**. Granada: Comares, 2002, p.25-6.

e, além, a negociação como forma de contenção dos efeitos colaterais das decisões empresariais sobre os trabalhadores. Tudo isso consagra um amplo processo coletivo de diálogo, que amiúde tem acontecido, mas que também deve ocorrer no plano individual, através da jurisdicização de um *due process of law*.

Baylos, considerando o direito ao trabalho na Ordem Social da Constituição de Espanha, afirma que:

As políticas públicas de emprego devem continuar centradas no fomento do emprego indefinido e na transformação do trabalho temporário em trabalho por tempo indefinido, pressionando, assim de maneira modesta certamente, para limitar os processos de precarização e de destruição do emprego.

[...]

A todas essas esferas de regulamentação, deve unificar o princípio do pleno emprego, entendido num sentido forte como emprego com qualidade, base do exercício da cidadania.<sup>47</sup>

É possível e necessário, mesmo num contexto de economia emergente, como o contexto brasileiro, a aplicação do devido processo às relações de trabalho, quer se trate de despedida enquanto sanção disciplinar, quer se trate de despedida por razões financeiras, de gestão estratégica, etc. Na segunda hipótese, que suscitaria mais controvérsias, ainda que não se possa falar, entre nós, no direito subjetivo a um posto de trabalho, é possível conter e controlar despedidas absolutamente arbitrárias através da exigência de um processo que envolva diálogo, possibilidade de convencimento em contrário, fiscalização sindical e plena, exaustiva e satisfatória motivação da decisão empresarial, inclusive com o fito de desestimular a possibilidade do empregador de sempre solucionar pecuniariamente a resilição do contrato.

### 2.3.3 Objeção de consciência

Um dos mais caros direitos fundamentais de primeira dimensão é a liberdade de crença religiosa e de convicção política ou filosófica, presentes direta ou indiretamente em quase todos os catálogos de direitos fundamentais, nas constituições e nas declarações de direitos, que prevêm a possibilidade de objeção de consciência para a proteção dessa importante expressão da democracia e da dignidade humana.

<sup>47</sup> BAYLOS, Antonio. Proteção de direitos fundamentais na ordem social – o direito ao trabalho como direito constitucional. Revista trabalhista – direito e processo, 2004, p.50.

Em princípio, não é dado ao trabalhador invocar a objeção de consciência para imiscuir-se da prestação laboral à qual se obrigou. Sem embargo, há casos em que a obrigação contratada deverá sucumbir diante da possibilidade de objeção.

A Lei Fundamental de Bonn garante em seu art. 4 a liberdade de crença, consciência e religião. Na Alemanha, já se reconheceu a um tipógrafo do direito de se recusar à composição de textos belicistas; a um médico, o direito de não colaborar em experiências para síntese de um novo medicamento, a ser utilizado com fins militares; e ainda a dois trabalhadores judeus de uma fábrica de armamentos, o direito de não tratar de encomendas destinadas ao Iraque, então em guerra com Israel, dentre outros casos.<sup>48</sup>

### 2.3.4 Liberdade de expressão

No que concerne à liberdade de expressão nas relações de trabalho, a jurisprudência dos tribunais alemães já não tem se mostrado tão generosa. Interpretações restritivas desse direito fundamental no âmbito empresarial alemão têm sido construídas com supedâneo nos deveres de lealdade do trabalhador, em valores contratuais como os da “paz na empresa” ou da “mútua colaboração baseada na confiança”. As violações desses deveres têm servido para configurar justa causa de despedimento, como a panfletagem comercial frente à empresa, uso de emblemas de propaganda política no interior do estabelecimento e mesmo discussões sobre futebol.<sup>49</sup>

Trata-se de um direito fundamental essencial à condição de cidadania, que também deve acompanhar a pessoa humana na sua condição de trabalhador. Não se admite um ambiente de trabalho em que impera a mais absoluta censura, pois ao trabalhador deve ser garantida a possibilidade de se manifestar individualmente, especialmente acerca das condições de trabalho e remuneração. Entretanto, cuida-se de princípio que sofre forte influxo contrário do dever de lealdade, pelo que se conclui que a liberdade de expressão na empresa abre vasto campo de problemas a ser solucionados pela ponderação.

### 2.3.5 Empresas de tendência

Trata-se de organizações cujas finalidades vinculam a prestação laboral dos empregados aos seus objetivos e ideais. A especial posição do trabalhador e o conteúdo ideológico de suas atividades

<sup>48</sup> ABRANTES, 2005, p.155.

<sup>49</sup> ABRANTES, 2005, p.157.

des determinam e agravam os deveres pessoais e éticos decorrentes de sua fidelidade à organização, motivo pelo qual esse trabalhador deverá proteger e promover com zelo redobrado o interesse do empregador, por muitas vezes mesmo fora do local de trabalho e longe das atividades contratadas, na sua intimidade e vida privada.<sup>50</sup>

Exemplos são as instituições de ensino confessionais. Uma escola católica certamente terá graves reservas quanto a um professor que se divorcia, ou comete algum ato que se mostre contrário à fé cristã. Nesses casos a tendência jurisprudencial na Europa é admitir uma ampla restrição dos direitos fundamentais do trabalhador, inclusive no que tange aos seus direitos à vida privada, à liberdade de expressão, etc.

### 2.3.6 Direitos fundamentais à intimidade e à vida privada

Sob esta rubrica, coloca-se um amplo leque de problemas relacionados à intimidade, à vida privada, à autodeterminação da própria imagem e ao sigilo das comunicações enquanto direitos fundamentais do trabalhador.

Com respeito à intimidade do trabalhador, é dizer, fatos de sua vida pessoal que mesmo seus familiares e íntimos podem desconhecer, como preferências sexuais, hábitos, vícios, etc.<sup>51</sup> há inúmeros casos de sistemática violação de tal direito fundamental por parte do empregador, como o uso indevido de câmeras de vigilância; testes psicológicos no curso de processos de admissão sem o conhecimento dos candidatos; buscas e revistas íntimas em pessoas e coisas, entre outros.

No que toca à vida privada do trabalhador, a saber, suas relações familiares e sociais, estranhas ao desempenho dos serviços contratados, bem como ao direito de autodeterminação da própria imagem, destacam-se problemas relacionados com o controle patronal indevido sobre o estilo de vida do trabalhador, sua aparência física no que diz com o cabelo, vestuário e acessórios, hábitos sociais, *hobbies*, etc. Nos Estados Unidos há forte tendência de algumas empresas em praticar o chamado *lifestyle discrimination*, mediante o qual deixam de contratar ou sancionam trabalhadores que praticam certos hábitos reputados indesejados pela companhia, como o hábito de fumar, mesmo na própria residência; prática de esportes radicais, em alguns casos até discriminando-se trabalhadores motociclistas.

<sup>50</sup> ABRANTES, 2005, p.158.

<sup>51</sup> SILVA, Leda Maria Messias da. Monitoramento de e-mails e sites, a intimidade do empregado e o poder de controle do empregador – abrangência e limitações. *Revista LTr*, n.01, v.70, p.65-71, jan, 2006, p.68.

Outro problema a ser enfrentado é a questão do sigilo das comunicações, diante da prática de muitas empresas de monitorar o computador usado pelo empregado, rastrear o envio de *e-mails* e fiscalizar e até proibir a navegação em certos sítios na *Internet*. Muitas restrições ao uso desses equipamentos são plenamente justificáveis. Pesquisas nos Estados Unidos demonstram que trabalhadores gastam até 40% do tempo à disposição da empresa em sites de relacionamento, bate-papo, ou fazendo *download* de músicas, o que decerto compromete sua produtividade e dá ensejo a vazamento de dados sigilosos e estratégicos da empresa.<sup>52</sup> Não por outro motivo, a doutrina em geral tem-se mostrado simpática ao monitoramento quando há proibição regulamentar expressa quanto ao uso do equipamento empresarial para fins pessoais.

Silva,<sup>53</sup> em alentado artigo sobre o tema, apresenta duas razoáveis soluções para essa cizânia, a saber:

a) o empregador não estará violando a intimidade do empregado, ao monitorar o uso do seu e-mail pessoal e uso de sítios diversos dos necessários à execução do trabalho, caso constitua regulamento sobre o assunto e dê ciência a todos empregados do seu conteúdo, onde esteja expresso que as ferramentas não poderão ser utilizadas para fins estranhos aos objetivos da empresa. Se o empregado, conquanto ciente das restrições, fizer uso do equipamento em desconformidade ao regulamento, estará abrindo mão de sua intimidade e até incorrendo em justa causa, ensejando sua despedida;

b) se o empregador autorizar o uso do equipamento para fins particulares, ou havendo omissão, por parte do empregador, quanto ao assunto, na hipótese de suspeita de mau uso do equipamento, como compartilhamento de informações privativas da empresa através de e-mail, o empregador deverá requerer a intervenção judicial, a fim de não violar indevidamente a intimidade do trabalhador. Caso assim não proceda, poderá arcar com a rescisão indireta e indenização por danos materiais e morais, ou até mesmo eventual responsabilização penal.

### **3 Teoria dos princípios, colisão de direitos fundamentais e ponderação**

Conforme afirmado alhures, boa parte da doutrina tem buscado enfrentar a questão da eficácia horizontal colocando necessariamente em campos opostos os direitos fundamentais e o princípio da autonomia da vontade. Não se trata de uma necessária rela-

<sup>52</sup> SILVA, 2006, p.69.

<sup>53</sup> SILVA, 2006, p.70.

ção de oposição, mas de gênero e espécie, visto que a autonomia privada é ela mesma um direito fundamental. Sucede que, em certas situações, ela poderá colidir com outros direitos fundamentais, pois é esperado que assim aconteça. Segundo cremos, pois, eventuais problemas relacionados à aplicação de direitos fundamentais nas relações privadas em geral, inclusive trabalhistas, devem ser examinados e tratados como colisão de direitos fundamentais.

Para Alexy,<sup>54</sup> “não existe catálogo de direitos fundamentais sem colisão de direitos fundamentais e também um tal não pode existir”. Essa afirmação peremptória repousa em que a interpretação dos catálogos de direitos fundamentais, como tarefa primeira da ciência dos direitos fundamentais, encontra claros limites na própria estrutura dessa categoria normativa. É a estrutura dos direitos fundamentais que enseja sua inexorável colisão uns com os outros, o que, por seu turno, impõe limites às regras usuais de interpretação jurídica.

A solução reclamada pelo problema das colisões de direitos fundamentais reside em que se admitam limitações e sacrifícios a serem efetuados de um lado ou mesmo de ambos. A questão, assim, é como tais limitações e sacrifícios devem ocorrer. Para tanto é preciso responder se direitos fundamentais têm caráter de princípios ou de regras. Trata-se da distinção teórico-estrutural da norma em princípios e regras. Segundo Alexy, para muito além de uma diferença gradual – abstração e generalidade – há, sobretudo, uma diferença qualitativa: princípios são mandamentos de otimização, enquanto regras têm o caráter de mandamentos definitivos. Os princípios, enquanto mandamentos de otimização, são comandos que exigem que algo seja realizado na maior medida possível diante das possibilidades fáticas e jurídicas existentes. Estas últimas são, além de outras regras, determinadas essencialmente por princípios em sentido contrário. Portanto os princípios admitem graus diferentes de realização e a ponderação é a forma de aplicação do Direito que os caracteriza.<sup>55</sup> Já as regras, como mandamentos definitivos, consistem em normas que ou são satisfeitas ou não são. Se válidas e aplicáveis, as regras estão a exigir o cumprimento do seu conteúdo *in totum*. Sua aplicação é uma questão de tudo ou nada. Não são suscetíveis de ponderação: a subsunção é sua forma característica de aplicação. As regras contêm, portanto, fixações no espaço do fática e juridicamente possível.<sup>56</sup>

<sup>54</sup> ALEXY, 2007, p.56-7.

<sup>55</sup> ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Tradução de Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002, p.86.

<sup>56</sup> ALEXY, 2007, p.87.

É com fulcro nas circunstâncias relevantes do caso concreto que um princípio terá de ceder diante do outro, pois são as circunstâncias que determinam o peso relativo de cada princípio no caso concreto. Contudo, ao contrário do que sucede com as regras, um princípio que preferiu a outro num dado caso não necessariamente terá a mesma precedência diante de outras circunstâncias fáticas. Alexy, citado por Steinmetz,<sup>57</sup> afirma que, nos casos concretos, os princípios têm diferentes pesos, prevalecendo o princípio de maior peso. Esse procedimento racional de identificar e valorar as condições sob as quais, no caso concreto, um princípio precede ao outro e de fundamentar por que, sob certas condições, ocorre essa precedência, consiste no método de ponderação de bens, o que remete àquilo que comumente se chama de princípio da proporcionalidade.

Adequação ou idoneidade, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito são os elementos constitutivos daquilo que, na doutrina e jurisprudência constitucionais contemporâneas, de matriz germânica, chama-se princípio da proporcionalidade. O princípio da idoneidade exige que se verifique, no caso concreto, se a decisão normativa restritiva – o meio, a medida – do direito fundamental enseja o alcance da finalidade perseguida. Deve-se excluir o emprego de meios que prejudiquem a realização de um princípio sem ao menos fomentar o princípio colidente, cuja realização eles pretendem servir. O princípio da necessidade ordena que se examine se, entre os meios de restrição disponíveis e igualmente eficazes para atingir o fim pretendido, o escolhido é o menos gravoso ao direito fundamental em questão.<sup>58</sup>

Já o princípio da proporcionalidade, em sentido estrito, demonstra o que significa a otimização relativamente às possibilidades jurídicas. Ordena-se que os meios eleitos devem se manter em uma relação razoável com o resultado perseguido. Este princípio tem por objeto a ponderação propriamente dita, e é sintetizado por Alexy no que por ele foi chamado de “lei de ponderação”, que reza: “quanto mais alto é o grau do não-cumprimento ou prejuízo de um princípio, tanto maior deve ser a importância do cumprimento do outro”. Essa ponderação é realizada em três passos ou graus. O primeiro passo reside em aferir o grau de prejuízo ou não cumprimento de um princípio. O passo seguinte consiste em verificar a importância do cumprimento ou realização do princípio em sentido contrário. No derradeiro passo, requer-se atestar se a importância do cumprimento do princípio em sentido contrário

<sup>57</sup> ALEXY, *apud* STEINMETZ, p.206.

<sup>58</sup> ALEXY, 2007, p.110.

justifica o prejuízo do outro.<sup>59</sup> Este último passo ou grau do princípio da proporcionalidade em sentido estrito é o que Alexy chama de “ponderação no sentido restrito e verdadeiro.”<sup>60</sup>

O objetivo deste passeio pelas linhas elementares do pensamento de Alexy foi afirmar que os direitos fundamentais, na qualidade de princípios constitucionais, são relativos e requerem ponderação, seja nas relações dos particulares entre si, seja nas relações destes com o próprio Estado. Como bem observou Freitas:

Resulta imperiosa a conclusão no sentido da inexistência, ao menos no atual estágio de desenvolvimento do Direito, de alternativa plausível ao método da ponderação de bens quando se cuida de apor limites e restrições a direitos fundamentais sem reserva legal e de se efetivar o controle de constitucionalidade acerca destas afetações desvantajosas.<sup>61</sup>

Decerto que o Direito do Trabalho, em razão de seu componente ideológico e objetivo histórico, buscará sempre expandir, fazer evoluir e maximizar as condições laborais em favor dos trabalhadores. É natural e esperado que assim seja, e a eficácia horizontal dos direitos fundamentais é um imprescindível instrumento nesse sentido. Sucede que, diante do atual estágio da ciência jurídica, já não se pode falar em princípios e direitos fundamentais caso não se esteja efetivamente disposto a ponderar. E ponderar requer, amiúde, em frente de determinadas situações, fazer concessões, restringir garantias e conquistas, dar um passo atrás, assim como, diante de outras condições fáticas, se faz possível avançar. Mesmo quem enxerga na Constituição a existência do princípio da proibição do retrocesso social há de admitir que, na qualidade de princípio, tal norma é relativa e sujeita à ponderação, o que equivale a dizer que, diante de certas circunstâncias fáticas e jurídicas, algum retrocesso é imperioso.<sup>62</sup>

Acerca das potencialidades dos direitos fundamentais, com acerto observou Robert Alexy<sup>63</sup> que “o que os direitos fundamentais realmente são, de nenhum modo, decide somente o texto constitucional. Decisivos são a vontade política do povo, a situação econômica e a prática jurídica e a ciência do direito”. E no mesmo

<sup>59</sup> ALEXY, 2007, p.111.

<sup>60</sup> ALEXY, 2007, p.68.

<sup>61</sup> FREITAS, Luiz Fernando Calil de. **Direitos fundamentais** – Limites e restrições. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p.162-3.

<sup>62</sup> DERBLI, Felipe. **O princípio da proibição do retrocesso social na Constituição de 1988**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p.277-9.

<sup>63</sup> ALEXY, 2007, p.100.

lugar, agora a pensar no problema do desemprego e nas limitações do Estado para dispor sobre postos de trabalho, prossegue:

O verdadeiro déficit não reside nisto, que o catálogo de direitos fundamentais não contém nenhum direito ao trabalho, mas nisto, que ele não pode conter nenhum, se direitos fundamentais devem permanecer reclamáveis judicialmente. Isso, porém, eles devem ser incondicionalmente. Isso mostra mais do que um defeito pontual. Mostra um limite geral dos direitos fundamentais. Direitos fundamentais podem assegurar muita coisa, mas não tudo. Eles não são nenhum remédio universal. Existem numerosos problemas que não são solucionáveis por direitos fundamentais, portanto, por direitos, mas somente por política ou moral.<sup>64</sup>

É preciso, de fato, mesmo no que tange às relações de trabalho, lançar fora todo o fundamentalismo dos direitos fundamentais.

## Conclusão

Procurou-se, neste trabalho, explorar os principais problemas concernentes à eficácia dos direitos fundamentais nas relações de trabalho, mediante a exposição e análise da evolução jurisprudencial e doutrinária européia em redor do tema. Além, buscou-se proceder a uma crítica acerca das potencialidades dessa doutrina no contexto socioeconômico brasileiro, marcado por um capitalismo tardio e fortemente refratário à manutenção de direitos sociais, especialmente trabalhistas.

A idéia da eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas teve sua gênese nas construções da jurisprudência alemã, que desenvolveu as noções de ordem objetivas de valores, irradiação de direitos fundamentais por todo ordenamento jurídico e ponderação de interesses. Apenas de forma mediata a idéia da eficácia horizontal surgiu como consectário do Estado Social.

Enquanto a maior parte das constituições mantêm em suas ordens econômica e social o primado do trabalho como princípio, o modelo econômico global em vigor trabalha em sentido contrário, para desprestigiar o emprego e flexibilizar conquistas sociais. É no contexto dessa tensão que devem ser pensados os problemas atinentes à eficácia horizontal.

O poder empresarial e seus corolários, a saber, poderes organizacional, diretivo e disciplinar, consistem em prerrogativas jurídicas que, a bem do desenvolvimento do empreendimento, submetem os trabalhadores à subordinação e dependência diante

<sup>64</sup> ALEXY, 2007, p.102.

do dador de trabalho, cuja consequência natural é a limitação e a restrição de direitos fundamentais, fato que reclama e justifica uma intensa eficácia jusfundamental nas relações laborais.

A razão de ser da eficácia de direitos fundamentais nas relações trabalhistas é a perseguição da plena condição de “cidadania na empresa”, através da qual o trabalhador não precise abrir mão de posições jusfundamentais em razão do contrato de trabalho e de sua subordinação jurídica diante do empregador. Avultam aí os direitos à igualdade, à liberdade de expressão, à liberdade de crença e consciência, à intimidade e à vida privada, e especialmente o direito ao devido processo legal, cuja aplicação tem dimensão revolucionária na civilização das relações de trabalho.

Os direitos fundamentais, contudo, na qualidade de princípios, são relativos e sujeitos à ponderação, quando em colisão com outros princípios, o que se espera num catálogo amplo como o brasileiro. A busca de soluções para os problemas que envolvem colisões de direitos fundamentais, segundo a teoria dos princípios hegemônica, requer se aceite a ponderação como procedimento racional compatibilizador dos conflitos, que por vezes reclama restrições e sacrifícios de certos interesses.

Mesmo à vista do papel histórico libertário do Direito do Trabalho e, apesar dele, é preciso reconhecer os limites das potencialidades do Direito em geral e dos direitos fundamentais em particular. Assim sendo, a eficácia jusfundamental nas relações de trabalho não consiste em panacéia para todos os problemas sociais, que, além da força do discurso jurídico, sofrem o influxo das forças econômicas e políticas. De fato, parafraseando Alexy, os direitos trabalhistas fundamentais podem muito, mas não podem tudo. Com razão observou o mesmo Alexy que “quem carrega tudo nos direitos fundamentais os destrói”.<sup>65</sup>

## Referências

ABRANTES, José João. **Contrato de trabalho e direitos fundamentais**. Coimbra: Coimbra Editora, 2005.

ALEXY, Robert. **Constitucionalismo discursivo**. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

\_\_\_\_\_. **Teoria de los derechos fundamentales**. Tradução de Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.

BAYLOS, Antonio. Proteção de direitos fundamentais na ordem social – o direito ao trabalho como direito constitucional. **Revista trabalhista** – direito e processo, v.10, p.21-51, 2004.

<sup>65</sup> ALEXY, 2007, p.102.

- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7.ed. Coimbra: Almedina, 2004.
- DELGADO, Maurício Godinho. Capitalismo sem reciprocidade: a política pública de destruição do emprego. **Revista LTr**, n.08, v.69, p.915-937, ago. 2005.
- DERBLI, Felipe. **O princípio da proibição do retrocesso social na Constituição de 1988**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.
- FREITAS, Luiz Fernadando Calil de. **Direitos fundamentais – Limites e restrições**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.
- GIL Y GIL, Jose Luis. **Autotutela privada y poder disciplinario em la empresa**. Madrid: Secretaria General Tecnica (Centro de Publicaciones), 1993.
- MAESTRO BUELGA, Gonzalo. **La constitución del trabajo en el Estado Social**. Granada: Comares, 2002.
- MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. **Manifesto do Partido Comunista**. São Paulo: Martin Claret, 2001.
- MONEREO PÉREZ, Jose Luis. **Derechos sociales de la ciudadanía y ordenamiento laboral**. Madrid: CES, 1996.
- PALOMEQUE LOPEZ, Manuel Carlos. **Direito do trabalho e ideologia**. Tradução de António Moreira. Coimbra: Almedina, 2001.
- SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 8.ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.
- SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.
- SILVA, Leda Maria Messias da. Monitoramento de e-mails e sites, a intimidade do empregado e o poder de controle do empregador – abrangência e limitações. **Revista LTr**, n.01, v.70, p.65-71, jan. 2006.
- SILVA, Virgílio Afonso da. **A constitucionalização do Direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares**. São Paulo: Malheiros, 2005.
- SIMM, Zeno. Os direitos fundamentais nas relações de trabalho. **Revista LTr**, n.11, v.69, p.1287-303, Nov. 2005.
- STEINMETZ, Wilson. **A vinculação dos particulares a direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2004.