

A EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS: O CASO DA RELAÇÃO DE EMPREGO

Ipojucan Demétrius Vecchi*

1 – INTRODUÇÃO

No presente texto, far-se-á uma breve abordagem sobre um tema de grande relevância na atualidade, que é o da eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas, em especial nas relações de emprego.

Para isso, analisar-se-á o assunto tendo por pano de fundo uma concepção hermenêutica do Direito, na qual interpretação e aplicação estão intimamente ligadas, fazendo parte do processo de concretização do Direito e somente sendo possíveis diante do caso concreto e de seu contexto.

Far-se-á, num primeiro momento, uma abordagem geral do tema para, então, logo após, adentrar-se na análise da eficácia dos direitos fundamentais “inespecíficos” nas relações de emprego, finalizando com a análise da aplicação do devido processo legal nas relações de emprego.

2 – A EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS – UMA BREVE NOÇÃO

Para que se possa adentrar na análise do tema, cumpre que seja precisada em que sentido se emprega a expressão “eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas”. Esta expressão significa, aqui, a afirmação de que esses direitos vinculam também os sujeitos privados; que esses direitos são passíveis de serem invocados e aplicados em determinada situação em que não esteja presente o poder estatal. Portanto, que esses direitos geram posições passivas (obrigações, deveres) frente a determinados entes, que estão obrigados, vincu-

* Mestre em Direito Público; professor de Direito do Trabalho da Faculdade de Direito da Universidade de Passo Fundo; advogado.

lados, por esses direitos. Significa a ampliação do espectro de proteção destes direitos, vinculando sujeitos públicos e privados¹.

Dentro desta ótica, necessário ainda esclarecer que o problema da eficácia dos direitos fundamentais em relações privadas não se apresenta sempre. Ele só surge realmente como tema em algumas circunstâncias, pois, em outras, estes direitos são aplicados nas relações privadas sem maiores questionamentos. Por outro lado, também em certas circunstâncias, cumpre salientar que sequer é cabível falar de uma eficácia desses direitos em relações privadas.

Com efeito, existem determinados direitos fundamentais que, sem a menor sombra de dúvida, são aplicáveis nas relações privadas. Como exemplos, podem ser citados: a indenização por dano moral e o direito de resposta (inciso V do art. 5º da CF de 1988); a maior parte dos direitos fundamentais dos trabalhadores, como o gozo de férias anuais remuneradas (inciso XVII do art. 7º da CF de 1988). Por outro lado, existem direitos fundamentais que somente são dirigidos ao Estado, pois não há qualquer possibilidade de um privado violar tais direitos. Como exemplos podem ser citados: a proibição de juízo ou tribunais de exceção e o direito do brasileiro nato de não ser extraditado (previstos respectivamente nos incisos XXXVII e LI do art. 5º da CF de 1988).

Feitos estes esclarecimentos é necessário contextualizar qual é a realidade atual de violações dos direitos fundamentais e quem pode as patrocinar.

2.1 – O fenômeno do poder e os direitos fundamentais

Entende-se que a pergunta que coloca em foco os direitos fundamentais é a seguinte: *como proteger a pessoa humana frente ao poder, à violência, à arbitrariedade, à opressão?*

Ora, se os direitos fundamentais são verdadeiros “trunfos frente ao poder”, a resposta à pergunta só pode ser dada levando-se em conta o seu caráter histórico. A violência, a arbitrariedade, a opressão, o poder apresentam-se de forma diferenciada ao longo do processo histórico e, portanto, a maneira de se proteger a pessoa humana também terá que levar em conta esta variabilidade histórica.

1 Nesse sentido, ver: ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 2001, p. 507 e ss.; SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais e direito privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais. In: *A constituição concretizada – construindo pontes com o público e o privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p. 109, 112 e 115; FACCHINI NETO, Eugênio. “Reflexões histórico-evolutivas sobre a constitucionalização do direito privado”. In: *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. Ingo Wolfgang Sarlet. Porto Alegre: Livraria do Advogado, p. 44 e ss.

Assim, faz-se necessário que os intérpretes-aplicadores do Direito tomem consciência das mudanças contextuais que mostram que o fenômeno do poder não se restringe à esfera estatal, cabendo, assim, a abertura de novos sentidos para os direitos fundamentais, como verdadeiros “trunfos frente ao poder”. Os intérpretes não podem ficar atrelados a uma concepção liberal dos direitos fundamentais, que congelou o sentido desses direitos impedindo-os de fundar não só as relações indivíduo-Estado, mas, também, as relações entre privados.

Ora, a doutrina e a jurisprudência têm constatado que, não raras vezes, não é o Estado o “grande vilão” frente aos direitos fundamentais, mas, sim, sujeitos privados, especialmente quando dotados de poder (social ou econômico) que se apresentam como “inimigos” desses direitos. Aliás, nas sociedades e Estados Democráticos de Direito com cunho social², o Estado deve atuar como “amigo e protetor” dos direitos fundamentais, até porque muitos deles somente podem ser concretizados com a intervenção estatal.

A constatação de que sujeitos privados podem ser efetivos e poderosos inimigos dos direitos fundamentais ganha em importância quando o fenômeno da globalização, sob o viés neoliberal, impõe graves restrições ao poder estatal e aumenta, de forma geométrica, o poder de grandes grupos privados.

Cabe lembrar, de acordo com Steinmetz, que o poder, nas sociedades capitalistas, pode ser delineado como a capacidade que um sujeito tem de condicionar, restringir ou eliminar a liberdade de outra pessoa³, não se encontra concentrado apenas no Estado, mas sim está espreado nas diversas relações sociais.

É de se ter presente a advertência que Roberto Machado⁴ nos faz na introdução à obra “Microfísica do Poder”, de Michel Foucault, um dos grandes estudiosos do fenômeno do poder. Com efeito, afirma o autor que Foucault, com sua genealogia do poder, demonstrou a insuficiência da ciência política ao limitar ao Estado sua investigação sobre o poder. Foucault evidenciou uma relação de não sinonímia entre Estado e poder, demonstrando toda uma rede de relações de poder (poder é relacional) que não são absorvidas ou criadas pelo Estado, mas que subjazem nas relações sociais. Como uma das formas mais características de aparecimento do fenômeno do poder nas relações sociais,

2 O cunho democrático e social da sociedade e do Estado Brasileiro é inegável diante do que se encontra no preâmbulo da CF de 1988; pelo que é previsto no art. 1º, *caput* e incisos III e IV, da CF de 1988; pelo rol de direitos fundamentais de primeira e segunda dimensão, conforme arts. 5º, 6º, 7º, todos das CF de 1988, bem como pelo que dispõem os arts. 170 e 193 da CF de 1988.

3 STEINMETZ, Wilson. *A vinculação dos particulares a direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 86-87.

4 MACHADO, Roberto na introdução da obra de FOUCAULT, Michel. *Microfísica do poder*. 22. ed. São Paulo: Graal, 2006, p. IX-XVII.

Focault indicava o chamado poder disciplinar, sempre presente na estrutura empresarial e no controle dos comportamentos dos trabalhadores.

Não é à toa que foi justamente diante de relações assimétricas de poder que a doutrina e a jurisprudência alemãs, nos idos da década de 1950, começaram a trabalhar a chamada “*Drittwirkung* – eficácia perante terceiros ou eficácia horizontal” dos direitos fundamentais. E foi exatamente no campo do direito do trabalho que teve grande expressão por intermédio de Hans Carl Nipperdey, que além de reconhecido jurista foi Presidente do Tribunal Federal do Trabalho alemão. Com efeito, em 03.12.54, o Tribunal aplicou a um contrato de trabalho o direito fundamental de liberdade de expressão de um trabalhador, afirmando que a liberdade individual é garantida não somente contra o poder estatal, mas também diretamente nas relações entre os cidadãos⁵.

Com efeito, o poder nunca deixou de estar presente nas relações privadas do capitalismo, muito embora, com as recentes mudanças econômicas e sociais esse poder privado tenha se expandido e acentuado sua capacidade de condicionar condutas públicas e privadas.

Ubillos⁶, por exemplo, chama a atenção para a expansão do fenômeno do poder, o que torna uma ficção o entendimento de que nas relações privadas há o desfrute da liberdade pela simples proclamação do princípio da igualdade formal. Afirma o autor que:

“Hoy, como ayer, la realidad desmiente la existencia de una paridad jurídica en buena parte de los vínculos entablados entre sujetos privados. El derecho privado conoce también el fenómeno de la autoridad, del poder, como capacidad de determinar o condicionar jurídicamente o de facto las decisiones de otros, de influir eficazmente en el comportamiento de otros, de imponer la propia voluntad. Basta con mirar alrededor y observar atentamente la realidad que nos rodea. Es un hecho fácilmente constatable la progresiva multiplicación de centros de poder privados y la enorme magnitud que han adquirido algunos de ellos.”

Aliás, é tal o agigantamento do poder privado no contexto neoliberal que Juan Ramón Capella⁷ chega a falar de um “soberano privado supraestatal

5 ABRANTES, José João. *Contrato de trabalho e direitos fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2005, p. 80-85.

6 UBILLOS, Juan María Bilbao. “¿En que medida vinculan a los particulares los derechos fundamentales?”. In: *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. Ingo Wolfgang Sarlet. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 301.

7 CAPELLA, Juan Ramón. *Fruto prohibido – Uma aproximação histórico-teórica ao estudo do direito e do estado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 257-258.

difuso”. Afirma o autor que a denominação de *soberano privado supraestatal difuso* se atribui ao titular “privado” de um poder supraestatal que produz efeitos de natureza pública ou política. Há, efetivamente, um novo poder que impõe aos estados determinadas políticas, sobretudo na configuração do âmbito econômico; esse poder possui um caráter supraestatal. Ao favorecer o monetarismo, a desregulação, o livre câmbio comercial, o fluxo de capitais sem travas e as privatizações massivas, os responsáveis políticos possibilitaram o traspasso de decisões capitais da esfera pública à esfera privada. A transferência de financiamento aos entes da esfera privada da etapa anterior já havia feito intensamente poderosos a estes entes.

Portanto, na sociedade atual, não é possível desconhecer que o fenômeno do poder alcança não só as relações entre indivíduos e Estado, mas que também perpassa as relações travadas na chamada “sociedade civil”, onde poderes privados atuam com desenvoltura e colocam em xeque, muitas vezes, as próprias estruturas e políticas estatais (sobre estas, basta lembrar a possibilidade do *dumping social* praticado cotidianamente pelas megacorporações privadas).

É nesse contexto que Pérez Luño defende que a necessidade de se estender a aplicação dos direitos fundamentais às relações privadas é fruto de dois argumentos básicos. Um deles no plano teórico e outro no plano prático. O teórico é corolário da exigência de coerência interna do ordenamento jurídico e do princípio da segurança jurídica. Afirma o autor que não admitir a eficácia desses direitos em relações privadas, suporia reconhecer uma dupla ética no seio da sociedade, uma aplicável entre os sujeitos frente ao Estado e outra nas relações interindividuais, totalmente divergentes entre si e com valores diversos, o que é um absurdo. Já o argumento prático, segundo o autor obedece a um imperativo político contemporâneo e está ligado ao fato da existência de poderes privados (econômicos, sociais, fáticos) muitas vezes mais implacáveis que o Estado na violação desses direitos⁸.

Diante da ocupação dos espaços públicos por entes privados, implicando no crescimento dos chamados “poderes privados”, a preocupação na busca de proteção dos direitos humanos e dos direitos fundamentais começa a se fazer presente também no chamado Direito Internacional dos Direitos Humanos. Ora, a proteção dos direitos humanos, diante do agigantamento dos poderes privados, não pode mais se restringir ao campo estatal, pois, de outros centros de poder, podem provir atentados e violações a estes direitos.

8 PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. Derechos humanos, estado de derecho y constitución, op. cit., p. 314. Ver, também a posição de CAMPOS, Germán J. Bidart. *Teoría general de los derechos humanos*. Buenos Aires: Astrea, 1991, p. 12-14, 25 e 397.

Nesse sentido, afirma Cançado Trindade⁹ que as fontes de violação dos direitos humanos se diversificam, havendo a necessidade de superação da rígida distinção entre Direito Público e Direito Privado para a proteção da pessoa humana. Essa distinção rígida não resiste ao imperativo de proteção dos direitos humanos, seja nas relações interindividuais ou nos atentados praticados por agentes não identificados, conglomerados econômicos, órgãos de comunicação ou outros entes não estatais. Afirma, ainda, que os Estados têm o dever de proteção dos direitos humanos de acordo com a normativa internacional, através de medidas positivas, cabendo a responsabilização do Estado no caso de omissão dessas medidas. Aliás, lembra que mesmo o pretenso enfraquecimento do Estado e a erosão de seu poder na atualidade não podem servir de escusas e não eximem a responsabilização do Estado nos casos de não proteção dos direitos humanos. Esta responsabilidade subsiste mesmo no caso de violação dos direitos humanos praticados por agentes não estatais, mesmo que de forma residual, por omissão.

Com efeito, o aumento do poder dos grandes grupos empresariais, bem como a fragilização da soberania estatal, faz com que sejam demandadas novas estratégias para a proteção dos direitos humanos e fundamentais. Isso não afasta o dever de proteção dos Estados, mas, por outro lado, não vincula somente o Estado, mas também os privados, principalmente os mais poderosos.

Cabe, todavia, uma advertência. A importância que se dá ao fenômeno do poder privado para a defesa dos direitos fundamentais nas relações privadas não significa dizer que estes direitos se apliquem apenas nas relações assimétricas¹⁰, mas, sim, que a existência de uma relação assimétrica, pela presença

9 CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *Tratado de Direito internacional dos direitos humanos*. v. I. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997, p. 24 e 442, nota 71. Também Canotilho fala da *Drittwerking* da Convenção Europeia dos Direitos do Homem. CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, p. 1.290. Cabe referir, ainda, a posição adotada pela Corte Interamericana de Direitos Humanos na Opinião Consultiva nº OC-18/03, onde a Corte afirma a vinculação dos privados aos direitos humanos. O texto da opinião consultiva pode ser conferido no site www.corteidh.or.cr. Sobre essa Opinião Consultiva e outros temas ligados à eficácia horizontal dos direitos humanos, ver COURTIS, Christian. “La eficacia de los derechos humanos en las relaciones entre particulares”. In: *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. Ingo Wolfgang Sarlet. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 405 e ss.

10 Sobre esta questão, cabe lembrar Sarmento, que afirma: “De qualquer forma, é importante destacar que os direitos fundamentais não vinculam diretamente apenas os chamados “poderes sociais”, mas também os demais particulares, mesmo em casos de relações paritárias. De fato, mesmo em relações de tendencial igualdade, impõe-se uma proteção direta dos direitos fundamentais, sob pena de se proporcionar uma garantia incompleta à dignidade humana. (...) Todavia, nestes casos, a proteção à autonomia privada há de ser mais intensa no momento da ponderação de interesses, já que não mais prevalecerá aquela presunção de que a parte mais fraca não agiu livremente, no momento em que “consentiu” com determinada restrição ao exercício de certo direito fundamental de que era titular.” SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 306-307.

de um poder privado, é um dado a ser levado em conta e que pesa a favor da aplicação destes direitos de forma mais intensa nas relações privadas.

Com efeito, Ubillos¹¹ indica dois critérios que podem ser de grande valia, e que auxiliam o juiz na ponderação dos interesses em jogo diante do caso concreto, quando da concreção dos direitos fundamentais em relações jurídico-privadas. Afirma o autor:

“De los criterios que pueden ayudar al juez a decidir, por ejemplo, en qué medida el consentimiento del afectado excluye la inconstitucionalidad de la autorregulación privada. En primer lugar, la capacidad de penetración de estos derechos en la esfera privada debería ser mayor cuando se detectase una relación asimétrica, análoga a la que se establece entre ciudadanos y poderes públicos. Es decir, cuando en la relación entre particulares una de las partes ostenta una posición de clara superioridad fáctica frente a la otra o cuando la propia relación jurídico-privada constituya en sí misma un ‘bien escaso’ (Alfaro), dadas las dificultades objetivas que encuentra el particular para satisfacer los objetivos que persigue a través de una relación alternativa. Cuanto mayor sea la desigualdad de facto entre los sujetos de la relación, mayor será el margen de autonomía privada cuyo sacrificio es admisible, porque falla entonces el presupuesto o fundamento de la protección de esa autonomía. (...) En segundo lugar, la incidencia de los derechos en el tráfico privado será más intensa cuando es la propia dignidad de la persona humana la que se ve directamente afectada.”

Ainda dentro de uma análise geral do tema, mesmo que incipiente, cabe citar o paradigmático acórdão proferido pelo STF no RE nº 201819-8 (julgado em 11.10.05), tendo como relator para o acórdão o Ministro Gilmar Mendes, pois nele a questão da eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas foi enfrentada de frente pela mais alta corte do país¹². No referido acórdão, o STF entendeu ser aplicável o disposto no inciso LV do art. 5º da CF de 1988 (direitos de ampla defesa e do contraditório) no âmbito de uma associação civil para ser legítima a punição de um associado (expulsão).

O acórdão é paradigmático porque rompe com um silêncio de anos da jurisprudência brasileira sobre o tema relativo à eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas. Este silêncio não se dá porque esses direitos não tenham sido tantas vezes aplicados, mas, sim, porque o tema nunca foi

11 UBILLOS, op. cit., p. 334.

12 Este acórdão pode ser conferido no site www.stf.gov.br.

substancialmente discutido e fundamentado como tal. Dessa forma, o acórdão é paradigmático por buscar uma motivação consistente na aplicação desses direitos nas relações privadas, estendendo a aplicação do devido processo legal para casos nos quais, mesmo no interior de relações privadas, uma das partes, em virtude da “cogência” e “autoexecutividade” de seus atos, possa atingir a esfera jurídica de outrem.

Para o campo do Direito do Trabalho, por seu turno, o acórdão tem importância ainda maior, especialmente em virtude do fato de que mesmo os Ministros do STF que votaram contra a aplicação dos direitos fundamentais na relação privada objeto do caso se posicionaram no sentido de que aplicariam esses direitos se o caso envolvesse uma relação trabalhista, onde a subordinação é sempre presente. Com efeito, tanto a Ministra Ellen Gracie como o Ministro Carlos Velloso dão a entender, explicitamente, em seus votos, que aplicariam o devido processo legal e seus consectários (ampla defesa/contraditório), se no caso se tratasse de uma relação empregatícia, onde a assimetria de poder entre os sujeitos está sempre presente.

Cabe ainda salientar que os fundamentos constitucionais para a eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas no ordenamento jurídico brasileiro são vários: a força normativa da Constituição; o reconhecimento do patamar hierárquico superior às normas constitucionais; o caráter unitário do ordenamento jurídico; o caráter objetivo (normativo) dos direitos fundamentais; a eficácia imediata dos direitos fundamentais (art. 5º, 1º, da CF de 1988); o reconhecimento da dignidade humana como fundamento da ordem jurídica e a consequente necessidade de proteção integral da pessoa humana (art. 1º, III, da CF de 1988); a função social da propriedade, do contrato, da empresa e da livre iniciativa (arts. 5º, XXIII; 170, *caput*, 186 e 1º, IV, da CF de 1988) e o valor social do trabalho (art. 1º, IV, da CF de 1988).

Feitas essas considerações, cabe a análise da questão da eficácia dos direitos fundamentais nas relações de emprego.

3 – A EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES DE EMPREGO

Após a abordagem do tema da eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas sob um prisma geral, faz-se necessário analisar esta eficácia nas relações de emprego. Para isso, em primeira mão, cabe fazer uma distinção entre os direitos fundamentais que são “específicos dos trabalhadores” daqueles que podem ser chamados, na trilha da doutrina espanhola, de “inespecíficos”.

Os direitos fundamentais específicos dos trabalhadores (direitos fundamentais sociais) são aqueles direitos expressamente destinados aos trabalhadores e que têm, em regra, como sujeito passivo os empregadores, públicos ou privados. Como exemplo, pode ser citado a quase totalidade dos direitos fundamentais previstos no art. 7º da CF de 1988 (limitação da jornada de trabalho, férias acrescidas de 1/3, proteção contra a despedida arbitrária ou sem justa causa, décimo terceiro salário), cuja aplicação nas relações privadas sequer é questionada. Por outro lado, os direitos fundamentais inespecíficos são aqueles direitos não destinados de forma especial aos trabalhadores nas relações de trabalho ou de emprego, mas, sim, os direitos fundamentais que são destinados a qualquer pessoa humana, a qualquer cidadão. Como exemplos, podem ser citados os direitos à intimidade e vida privada, direito de expressão, liberdade religiosa, devido processo legal e direito à honra.

É para estes últimos (direitos fundamentais inespecíficos) que deve ser dirigida a atenção. É claro que não é rara a aplicação desses direitos nas relações de emprego, o que pode facilmente ser constatado pela análise da jurisprudência. Ocorre que essa aplicação tem sido feita sem uma fundamentação consistente, o que acaba por acarretar sua incidência, ou não, ao arrepio de fundamentos dogmáticos (não dogmatistas) sólidos, dando margem para o arbítrio, o qual é incompatível com um ordenamento jurídico democrático.

Dito isso, é preciso ter presente que uma das questões mais importantes para a análise do tema em foco é a configuração da relação de emprego como uma relação assimétrica, uma relação de poder, na qual o empregado se encontra vulnerável/subordinado frente ao poder empregatício. Não se deve esquecer, conforme demonstrado na análise do tema sob um aspecto geral, que é justamente o fenômeno do poder privado um dos fundamentos para a defesa da aplicação dos direitos fundamentais nas relações privadas.

Com efeito, nas relações de emprego de um regime capitalista é inegável que o empregado se encontra em posição de subordinação/vulnerabilidade frente ao empregador, configurando uma relação assimétrica, na qual ao empregador é reconhecido o que pode ser chamado de “poder empregatício ou poder de direção”. Aliás, a subordinação do empregado ao empregador é nota primacial, entre outras, para a existência ou não de relação de emprego.

Basta lembrar, o que sequer seria necessário, que o art. 2º, *caput*, da CLT, ao definir o empregador, dispõe que ele dirige a prestação de serviços. Por outro lado, não podemos fechar os olhos ao fato de que num regime capitalista, de livre iniciativa, mesmo que pautada pelo seu valor social (art. 1º, inciso IV, e art.

170, *caput* e incisos, ambos da CF de 1988) o poder de comando da atividade econômica cabe ao proprietário ou controlador dos bens (meios) de produção.

Portanto, o fenômeno do poder privado é uma realidade que atinge toda a sociedade, todos os ramos do direito e, em especial, o Direito do Trabalho. Tanto é assim que nas relações de emprego não só as megacorporações têm poder, mas empregadores individuais, micro, pequenas e médias empresas também são dotados de poder empregatício, devido ao fato de que essas relações serem sempre marcadas pela assimetria.

Em razão disso, a eficácia dos direitos fundamentais nas relações de emprego deveria surgir como algo absolutamente “natural”, como sustenta Abrantes¹³, devido justamente ao fato de que nelas existe a desigual distribuição de poder econômico e social, entre empregadores e empregados, o que representa riscos potenciais para a liberdade e direitos dos empregados.

É diante do poder empregatício, assim, que a questão da eficácia dos direitos fundamentais nas relações de emprego ganha relevo, pois revelado o caráter de sujeição em que se encontra o empregado, resta evidenciada a necessidade de proteção desses direitos frente ao poder do empregador¹⁴.

Feitos estes delineamentos, cabe analisar a eficácia dos direitos fundamentais “inespecíficos” na relação de emprego, como são os direitos à liberdade de expressão, intimidade, vida privada, liberdade religiosa, imagem e devido processo legal, como exemplos. Diante deste problema, surgem questionamentos sobre se esses direitos incidem nas relações de emprego, em que medida e de que maneira podem ser exercidos frente ao empregador e no local de trabalho¹⁵.

As perguntas fundamentais a serem feitas aqui, ao que se entende são: o trabalhador pode ser despedido de seus direitos fundamentais que lhe são reconhecidos como pessoa humana, como cidadão, enquanto figura na posição de empregado? Esses direitos, configurados como de primeira dimensão, se aplicam ou não dentro da relação de emprego?

Ora, ao adentrar numa relação de emprego, o empregado não perde sua condição de pessoa humana, de cidadão. Nas relações de emprego, o empregado necessita que os vários aspectos de sua personalidade, como emanções/

13 ABRANTES, op. cit., p. 17.

14 Tanto é assim que a STC 292/1993 do Tribunal Constitucional Espanhol assim dispôs: “el poder de dirección y gestión de la empresa tiene como limite infranqueable el respecto a los derechos fundamentales de los trabajadores”. Ver esta sentença em ESCARTÍN, Ignacio García-Perrote. “Ley, convenio colectivo, contrato de trabajo y derechos fundamentales del trabajador”. *Revista de Derecho Social*. Espanha: Editorial Bomarzo, 1998, p. 40, nota 96.

15 Ver sobre o assunto ESCARTÍN, op. cit., p. 37 e ss.

projeções de sua dignidade, sejam respeitados. Não basta receber salário e ter assegurados os direitos sociais, mas é impostergável ser tratado com dignidade e respeito¹⁶. Ora, num ordenamento jurídico democrático de direito fundado na dignidade da pessoa humana o que se requer é a proteção integral da pessoa humana, visto a unidade e indivisibilidade de todas as dimensões dos direitos fundamentais.

É claro que essa temática impensada nos primórdios do Direito do Trabalho, mas já embrionariamente presente¹⁷, deve provocar uma reestruturação da própria dogmática trabalhista, com a reformulação da própria teoria contratual trabalhista. Nesse sentido, afirma Abrantes que:

A progressiva tomada de consciência da necessidade de proteger os direitos e valores constitucionais, como sendo inerentes à dignidade do ser humano, obriga, porém, a reconsiderar a dogmática do contrato de trabalho à luz desses princípios. A dignidade do trabalhador faz aderir à sua posição contratual um conjunto de direitos e interesses que podem condicionar profundamente a mera lógica contratualista.

Aceitar a eficácia dos direitos fundamentais no âmbito da relação de trabalho tem consequências importantes. O reconhecimento do direito como a reserva da intimidade da vida privada, a liberdade de expressão, a proibição de discriminação, a liberdade ideológica, a proibição de assédio sexual, etc., não pode deixar inalterada uma relação jurídica que foi concebida sem os ter em conta ou, pelo menos, sem os colocar em plano de destaque.

Portanto, os direitos fundamentais inespecíficos são, sim, aplicáveis nas relações de emprego, o que não significa afirmar que sempre devam prevalecer,

16 Cabe citar aqui o estudo de Barbara Ehrenreich, jornalista e escritora norte-americana, que realizou uma experiência pessoal ao trabalhar nos empregos ocupados pelas classes mais baixas nos EUA. A autora descreve a rotina torturante de testes de personalidade, testes de uso de drogas, vigilância, revistas no emprego e pressão psicológica, além dos baixos salários, vividos por grande camada da população americana. Ver EHRENREICH, Barbara. *Miséria à americana – Vivendo de subempregos nos Estados Unidos*. Tradução de Maria Beatriz de Medina. Rio de Janeiro/São Paulo: Record, 2004.

17 Ora, apesar do caráter paradoxal do Direito do Trabalho num regime capitalista, este ramo sempre teve como norte a melhoria das condições de vida dos trabalhadores. Aliás, Häberle lembra que foi o movimento trabalhista que incorporou, trazendo para o campo da prática jurídica, as especulações filosóficas sobre a ideia de dignidade humana, fonte e fundamento dos direitos fundamentais. Com efeito, afirma o autor que: “Na metade do século XIX a dignidade humana se tornou ‘ideia-motriz política do movimento trabalhista’: Lassalle exige a melhoria das condições materiais das classes trabalhadoras e que se lhes proporcione uma existência verdadeiramente digna; Proudhon dá um passo adiante, ao incluir a dignidade da pessoa na ideia de justiça. Com isso, o pensamento da dignidade humana abriu-se a uma nova dimensão, a do Direito e da justiça, transitando do reino do ‘pensamento puro’ para a prática jurídica”. HÄBERLE, Peter. A dignidade humana como fundamento da comunidade estatal. In: *Dimensões da dignidade – Ensaios de filosofia do Direito e Direito Constitucional*. Ingo Wolfgang Sarlet. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 117-118.

pois há que se reconhecer que o problema de aplicação desses direitos no âmbito laboral é um problema de conflito de direitos, de concordância prática¹⁸, de estabelecer um equilíbrio entre esses direitos e os interesses patronais que sejam dignos de proteção. Isto impõe a defesa de uma “eficácia ponderada dos direitos fundamentais nas relações de emprego”¹⁹.

Com efeito, quando da eficácia dos direitos fundamentais nas relações de emprego, não raro ter-se-á que enfrentar problemas de colisão entre os direitos fundamentais do empregado e interesses patronais que também são protegidos pelo ordenamento jurídico. Apesar disso, não se pode perder de vista que muitas vezes, quando se debate a questão da liberdade, são confundidas as liberdades pessoais e as chamadas “liberdades econômicas” (liberdades contratual e de empresa), colocando-as no mesmo patamar, o que é um erro.

Ferrajoli²⁰ sustenta o equívoco tanto dos liberais que, equivocadamente, valorizam o direito de propriedade como direito do mesmo tipo que as liberdades, como dos marxistas que, por seu turno, desvalorizam as liberdades por considerarem as mesmas desacreditadas como direitos “burgueses” do mesmo plano que a propriedade. O autor afirma que os únicos direitos essenciais para o capitalismo e que não podem ser separados da economia de mercado é o direito de propriedade e a liberdade de contratar, ou seja, os direitos ligados à autonomia negocial. Assim, sustenta:

“(...) derechos de libertad, autonomía contractual y derecho de propiedad son derechos diferentes no sólo desde el punto de vista estructural, sino también porque corresponden a sistemas sociales y políticos diferentes y en todo o caso independientes. Para empezar, los derechos de libertad no tienen nada que ver con el mercado, que puede tranquilamente prescindir de ellos, tal como se ha comprobado durante los diversos fascismos y en las diversas involuciones autoritarias de las democracias de nuestro siglo. Además estos derechos se encuentran virtualmente en conflicto no solamente con el Estado sino incluso con el mercado: no es posible alienar la propia libertad personal, al igual que no es posible vender el propio voto. Los derechos de libertad, como todos los demás derechos fundamentales, incluidos los derechos de autonomía privada, son, en efecto, inatacables e indisponibles y representan un límite no

18 Ver, neste sentido, ABRANTES, op. cit., p. 210-211.

19 Para mais considerações sobre o assunto seja permitido remeter para VECCHI, Ipojucan Demétrius. *Noções de Direito do Trabalho* – Um enfoque constitucional. 3. ed. Passo Fundo: UPF, 2009, p. 189 e ss.

20 FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías*. La ley del más débil. Madrid: Editorial Trotta, 1999, p. 45, 101 e 103.

sólo frente a la política y a los poderes públicos, sino también frente al mercado y a los poderes privados.”

O estabelecimento destas diferenças é importante, pois ao mesmo tempo em que afasta pré-compreensões falsas sobre a equivalência das liberdades pessoais e liberdades econômicas, abre espaço para que seja percebida a importância da imprescindibilidade da defesa de uma eficácia integral dos direitos fundamentais de todas as dimensões em todas as relações, públicas e privadas, como estratégia para enfrentar as graves questões postas por um mundo que tem se apresentado hostil aos mais vulneráveis.

Escartín²¹, analisando a posição do Tribunal Constitucional Espanhol sobre a matéria, chega a algumas conclusões. Segundo o autor, os chamados direitos inespecíficos são aplicáveis dentro da relação laboral, em virtude da chamada eficácia horizontal dos direitos fundamentais. Assim, estes direitos não ficam na “porta da fábrica” esperando o trabalhador quando sai. Estes direitos são exercidos dentro da relação laboral, embora sujeitos a limitações, modulações. Essas limitações aos direitos fundamentais, todavia, somente tornam-se aceitáveis se passarem por um juízo de proporcionalidade.

Aliás, ao compulsar as diretrizes, os parâmetros de duas decisões do Tribunal Constitucional Espanhol, fica clara a necessidade de ponderação dos interesses em jogo em casos de eficácia dos direitos fundamentais “inespecíficos” nas relações laborais, sempre preservando o núcleo essencial em dignidade desses direitos. Trata das sentenças STC 98/2000, de 10 de abril de 2000 e STC 196/2004, de 15 de novembro de 2004²².

Na primeira delas (STC 98/2000), se tratava do caso de instalação de microfones em determinados locais de uma empresa (Cassino), onde já havia câmeras de vídeo. Neste caso, a discussão se plantou em torno do direito à intimidade dos trabalhadores em confronto com o poder de comando do empregador. O Tribunal assentou certas premissas que serviram para a decisão do caso:

– a celebração de um contrato de trabalho não implica, de modo algum, a privação para uma das partes, o trabalhador, dos direitos que a Constituição reconhece aos cidadãos (doutrina já assentada na STC 88/1985);

– o contrato de trabalho não pode considerar-se com um título legitimador de recortes no exercício dos direitos fundamentais que cabem ao trabalhador como cidadão, que não perde essa condição ao se inserir no âmbito de uma or-

21 ESCARTÍN, op. cit., p. 45 e ss.

22 Estas sentenças podem ser conferidas no endereço eletrônico www.tribunalconstitucional.es.

ganização privada (doutrina já assentada na STC 99/1994), sendo inaceitáveis as manifestações de “feudalismo industrial” (doutrina assentada na STC 88/1985);

– o direito à intimidade decorre da dignidade da pessoa humana, implicando a existência de um âmbito próprio e reservado frente à ação e conhecimento dos demais, de acordo com a cultura de uma determinada comunidade, tendo como objetivo manter uma qualidade mínima de vida humana (doutrina assentada já em várias sentenças, como exemplo, a STC 209/1988). O direito à intimidade, embora não seja absoluto, pois pode ceder frente a outros bens constitucionalmente protegidos e desde que para alcançar fins legítimos, só pode sofrer restrições se respeitado um juízo de proporcionalidade, bem como preservado o seu núcleo essencial (doutrina assentada em várias sentenças, como exemplo, a STC 57/1994);

– a limitação dos direitos fundamentais só é admissível na medida necessária para a tutela de outros interesses constitucionalmente previstos, como as faculdades organizativas empresariais (poder empregatício), cabendo um juízo de ponderação no qual o princípio da proporcionalidade se faz presente;

– não basta a mera utilidade para a empresa a fim de justificar a restrição a um direito fundamental, pois para a restrição se mostrar legítima, ela deve se mostrar imprescindível para a tutela dos interesses empresariais constitucionalmente legítimos.

Na segunda das decisões (STC 196/2004), tratou-se do caso da despedida de uma trabalhadora, considerada não apta ao trabalho pelo setor médico da empresa, visto ter sido flagrada em exame de urina por uso de maconha (*cannabis sativa*). Também entrou em conflito, no caso, a discussão sobre o direito à intimidade e os interesses organizativos da empresa (poder empregatício). Nesta decisão, as premissas já referidas, acima, quando da análise da STC 98/2000 foram ratificadas, razão pela qual não voltaremos a demonstrá-las, e foram assentados mais alguns parâmetros:

– o uso de exames médicos na relação laboral não pode ser um instrumento empresarial para o controle dispositivo da saúde dos trabalhadores; também não pode ser uma faculdade que se reconheça ao empregador para verificar a capacidade profissional ou a aptidão psicofísica de seus empregados, com o propósito de seleção de pessoal ou similar, mas, sim, tem por fim a própria proteção da saúde dos trabalhadores;

– não há necessidade de intencionalidade para que a lesão a um direito fundamental possa produzir-se, pois o Tribunal entende que a vulneração dos direitos fundamentais não está condicionada à ocorrência de dolo ou culpa na

conduta do sujeito ativo, ou à indagação de fatores psicológicos e subjetivos de árduo controle. O elemento intencional é irrelevante, bastando constatar um nexo de causalidade adequado entre o comportamento antijurídico e o resultado lesivo proibido pela norma (doutrina já assentada, entre outras, pela STC 225/2001);

– o ato de livre determinação que autoriza uma intervenção sobre o âmbito pessoal da intimidade do trabalhador requer que o trabalhador seja expressamente informado das provas médicas. Somente um conhecimento informado do trabalhador, com a ampla garantia de sua liberdade real de manifestação da vontade, poderia justificar a utilização dos exames pela empresa e, ainda, exclusivamente para os fins constitucionalmente legítimos e consentidos pelo trabalhador.

Entende-se que as linhas mestras das decisões acima são plenamente aplicáveis ao direito brasileiro, e seria enriquecedor se fossem seguidas. Como se percebe, o Tribunal faz uma análise complexa dos interesses em jogo, ponderando os interesses dignos de tutela segundo um juízo de proporcionalidade e preservando o núcleo essencial dos direitos fundamentais. Só então passa a decidir sobre o grau de eficácia dos direitos fundamentais e de suas restrições no caso concreto, o que é acertado, pois somente diante do caso concreto e de todas as suas circunstâncias é que se pode aferir a correção da resposta dada.

Pode-se afirmar, então, na linha sustentada por Abrantes²³, que existe uma “presunção” de amplo direito às liberdades do trabalhador no âmbito das relações de emprego, gerando a incidência dos direitos fundamentais inespecíficos nestas relações. Estes direitos somente podem ser comprimidos quando em conflito com interesses empresariais dignos de tutela, como são os casos de limitações por motivos de segurança; funções contratuais exercidas pelo empregado, bem como aqueles que decorrem do poder de comando para a organização e direcionamento do processo produtivo. Todavia, mesmo nesses casos, os direitos fundamentais só poderão ser restringidos se observados os critérios de proporcionalidade (necessidade, adequação e proporcionalidade em sentido estrito) e de preservação do núcleo essencial em dignidade.

Por fim, cabe lembrar, ainda, que, como se está diante de uma relação contratual, embora assimétrica, como é a relação de emprego, pode comparecer e estar envolvida para a ponderação e para o juízo de proporcionalidade a própria concordância do afetado na restrição de seus direitos fundamentais. O empregado pode ter dado o seu assentimento para a restrição ou menoscabo

23 ABRANTES, op. cit., p. 196-197.

aos seus direitos fundamentais. Essa é uma questão crucial, pois não raro pode surgir este tipo de problema, ou seja: pode o trabalhador abrir mão de seus direitos fundamentais pela manifestação de sua autonomia privada?

Sobre o assunto, cabe citar Sarmento²⁴, que lembra que a concordância do afetado a uma lesão aos seus direitos fundamentais é uma questão a ser levada em conta. Para o autor, nas relações privadas deve ser observada se a lesão a um direito fundamental tem base em uma decisão heterônoma do outro agente privado presente na relação, ou se está presente a concordância do afetado no ato de lesão. Assim, quando o atingido em seus direitos fundamentais não participa com sua concordância para o ato de lesão, está em jogo apenas a autonomia privada da outra parte; já quando participa, principalmente nos contratos, torna-se necessário apreciar a autonomia privada de ambas as partes. Estas são questões a serem apreciadas na ponderação, questões que se apresentam, principalmente, nas relações paritárias, em que se presume a liberdade real das partes. Assim, segundo o autor, surge o problema da validade da renúncia aos direitos fundamentais. Então continua:

“Sem embargo, nesta matéria, é incontroversa a existência de, no mínimo, dois limites muito claros que têm de ser respeitados: a vontade do titular do direito deve ser autenticamente livre, o que quase nunca ocorre nas relações privadas assimétricas, em que o consentimento do ofendido decorre em regra de condicionamentos heterônomos. Além disso, a renúncia ao exercício não pode importar em lesão ao princípio da dignidade da pessoa humana, nem ao núcleo essencial dos direitos fundamentais do indivíduo. Por mais livre que seja o agente, a ordem jurídica não admite que ele se submeta voluntariamente a situações que atendem contra a sua humanidade. Assim, mesmo em relações privadas paritárias e equilibradas, o livre consentimento da pessoa não legitima lesões ao

24 SARMENTO, Daniel, ob. cit., p. 311-312. Interessante lembrar a necessidade contemporânea de retomar a noção de inalienabilidade dos direitos fundamentais no sentido expresso por Martínez-Pujalte, que afirma: “En efecto, ahora de lo que se trata no es tanto de defender los derechos frente al Estado, como en el caso de la “libertad de los modernos”, o derechos de la primera generación, sino de defenderlos frente al mercado, e incluso frente a la propia voluntad individual del sujeto de los mismos. A mi juicio, la reivindicación de la inalienabilidad como nota esencial de los derechos humanos resulta de una radical importancia. Se trata en definitiva de, frente a la escisión entre derecho y deber característica de la tradición moderna, recuperar nuevamente la dimensión del deber como íntimamente ligada a la titularidad del derecho; de sustituir la noción puramente voluntarista y “judicialista” de los derechos humanos que predomina en el positivismo jurídico – para el que los derechos humanos aparecen ante todo como títulos de acción judicial o pretensiones ejercitables ante los Tribunales por el sujeto de los mismos: como *claims* – por una noción más completa, que permita contemplar la auténtica dimensión moral de los derechos: bienes de la persona que ésta se ve obligado a respetar, y no sólo facultado a exigir su respeto.” MARTÍNEZ-PUJALTE. Antonio-Luis. “Los derechos humanos como derechos inalienables”. In: *Derechos humanos*. Jesús Ballesteros – Editor. Madrid: Tecnos, 1992, p. 86.

núcleo essencial dos seus direitos fundamentais, nem tampouco à sua dignidade como pessoa humana, que são considerados irrenunciáveis.”

Portanto, a simples concordância do afetado, em muitos casos, não torna legítima a restrição ou o afastamento dos direitos fundamentais em um caso concreto. Aliás, isso se dá até porque qualquer restrição a um direito fundamental só pode ser levada a cabo para assegurar outros interesses constitucionalmente legítimos e, ainda assim, deve passar por um juízo de proporcionalidade, tendo em conta, ainda, o núcleo essencial dos direitos fundamentais. Cabe lembrar, também, que os efeitos (direitos, prerrogativas, interesses) ligados à dignidade humana são irrenunciáveis e indisponíveis, não podendo ser afastados mesmo pela vontade de seu titular.

Com efeito, o princípio da dignidade da pessoa humana, fonte da grande parte dos direitos fundamentais, estabelece o limite absoluto às restrições a esses direitos, pois é indisponível. Além disso, se irradia por toda a sociedade, ou seja, esse princípio atua não só nas relações entre Estado e indivíduo, mas também nas relações interindividuais²⁵.

4 – O DEVIDO PROCESSO LEGAL NAS RELAÇÕES DE EMPREGO

Para finalizar esse breve ensaio, cabe ainda centrar a atenção num caso exemplar do que significa a eficácia dos direitos fundamentais inespecíficos nas relações de emprego. Trata-se da questão da eficácia do direito fundamental ao devido processo legal na relação de emprego.

Para a doutrina e jurisprudência dominantes no campo do direito do trabalho existe a possibilidade de punição do empregado pelo empregador sem qualquer procedimento interno na empresa que garanta o devido processo legal

25 Ver HÄBERLE, Peter, op. cit., p. 94, 100, 106, 115, 119, 130. Na p. 113, ao analisar a jurisprudência dos Tribunais alemães sobre a dignidade humana, afirma Haberle: “A jurisprudência federal trabalhista prevalentemente trata de modo mais específico a irradiação do art. 1º da LF sobre as relações de emprego. Na verdade, trata-se aqui da proteção da esfera íntima e privada no sentido do direito geral de personalidade, embora fique, apesar disso, em primeiro plano uma configuração humanamente digna da relação de emprego, na qual também o empregador encontra-se obrigado por um dever de cuidado e assistência (*Fürsorgepflicht*). Trata-se como que de um direito da personalidade específico da esfera trabalhista. A configuração dessa relação de emprego, bem como o direito coletivo do trabalho, encontra seus limites no art. 1º. da LF; ainda na negação de uma violação da dignidade humana à luz da vinculação comunitária do cidadão repousa também uma determinação de conteúdo específica do direito do trabalho.” Sobre a eficácia da dignidade humana frente a todos, ver, também, GARCÍA, Eusebio Fernández. *Dignidade humana y ciudadanía cosmopolita*. Madrid: Dykinson, 2001, p. 25. Ver, ainda, a análise feita por Barbosa Gomes do “caso do arremesso de anão” na jurisprudência francesa, em GOMES, Joaquim B. Barbosa. *O poder de polícia e o princípio da dignidade da pessoa humana na jurisprudência francesa*. Disponível em: <<http://www2.uerj.br/~direito/publicacoes>>.

e os direitos de ampla defesa e ao contraditório, a menos que a própria empresa a isso se tenha voluntariamente obrigado por meio de regulamento (Súmula nº 77 do TST²⁶). Assim, essa obrigação não se concretiza a partir da previsão constitucional do devido processo legal (art. 5º, LIV e LV, da CF de 1988).

Aliás, sequer é considerada necessária a comunicação ao empregado dos fatos concretos que lhe estão sendo imputados pelo empregador (informação sobre o conteúdo das acusações). O empregado pode ser despedido por justa causa sem tomar conhecimento dos fatos que fundamentam as acusações que estejam lhe sendo imputadas.²⁷

Diante do tema proposto, cabe, então, um olhar crítico dessa posição, tendo em vista o princípio do devido processo legal e seus corolários que são o contraditório e a ampla defesa.

A CF de 1988 expressamente consagrou o devido processo legal, bem como os princípios (ou subprincípios) do contraditório e da ampla defesa²⁸ como direitos fundamentais, expressamente reconhecendo a fundamentalidade formal e material desses princípios para o alcance de uma sociedade pluralista e democrática num Estado Democrático de Direito, que tem como um de seus princípios fundamentais a dignidade da pessoa humana (art. 1º, inciso III, da CF de 1988).

O devido processo legal, conforme afirma Canotilho, lembrando a construção da doutrina jurisprudência americanas, não pode ser entendido apenas

26 A Súmula nº 77 do TST prevê que: “Nula é a punição de empregado se não precedida de inquérito ou sindicância internos a que se obrigou a empresa por norma regulamentar.”

27 Esta postura atenta, a nosso ver, não só contra o devido processo legal, conforme abaixo será sustentado, mas atinge diretamente a dignidade da pessoa humana. Para isso, e com as devidas ponderações, visto estar direcionada para o âmbito penal, basta lembrar a posição adotada pelo STF no HC nº 84.409, decisão que pode ser conferida no site www.stf.jus.br, julgado em 19.08.05, Rel. Min. Gilmar Mendes, em que o Tribunal diz que acusações genéricas que não descrevem os fatos, além de ferir o direito de defesa ofendem, também, a própria dignidade humana. Esta decisão pode ser conferida no site www.stf.gov.br. Aliás, sobre a ligação do devido processo legal e a dignidade humana, Streck cita o pensamento de Tribe, quando esse autor afirma que o direito ao devido processo legal tem na sua base a dignidade pessoal, pois *ser ouvido é parte do que significa ser pessoa*. STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso* – Constituição, hermenêutica e teorias discursivas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 20. Cabe lembrar, ainda, como nota histórica, que o Anteprojeto de Código de Trabalho de Evaristo de Moraes Filho, apresentado em 31 de março de 1963, previa toda uma sistemática para a utilização do poder disciplinar. No art. 544, por exemplo, estabelecia a obrigatoriedade de especificação dos motivos que fundamentaram a demissão por justa causa, permitindo ao empregado a ampla defesa quanto à falta imputada.

28 Entende-se que os princípios da ampla defesa e do contraditório são verdadeiras concretizações, princípios ou subprincípios que servem de apoio ao princípio do devido processo legal. São, assim, cooriginários ao princípio do devido processo legal, atuando como concretizações daquele, dando maior densidade em sua aplicação. Nesse sentido, ver LIMA, Maria Rosynete Oliveira. *Devido processo legal*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999, p. 181.

em um sentido formal, mas também num sentido substancial. Assim, além de o princípio implicar a existência de um procedimento legal para que a vida, os bens, a liberdade das pessoas sejam restringidos, implica que esse processo deve ser justo, ou seja, deve haver um processo justo de criação das normas legais²⁹. Assim, conforme o autor, surgem as teorias processual e substancial do devido processo legal: a primeira enfocando a ideia de que, para que uma pessoa seja privada de seus direitos, ela tem o direito de exigir que isso se faça de acordo com o processo especificado em lei; já a segunda se consubstancia na busca da ideia material de processo justo, não bastando ser apenas legal, mas legal, justo e adequado, ou seja, as autoridades legiferantes não podem, nem têm o direito de dispor arbitrariamente dos direitos das pessoas. Passa, então, o devido processo legal a ser utilizado como critério de apreciação da constitucionalidade das leis. Por fim, ambas as teorias se unificam servindo de critério de proteção dos direitos humanos fundamentais, através do *judicial review*³⁰.

A doutrina brasileira pós CF de 1988 tem explorado as várias facetas do devido processo legal, visto já segundo um prisma constitucional, tanto no seu aspecto processual como no seu aspecto substancial. Dessa forma, o devido processo legal surge como parâmetro material e aberto de controle da constitucionalidade dos atos normativos, tendo como diretrizes condutoras os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade³¹.

O Supremo Tribunal Federal tem aplicado o *due process of law* como critério de aferição de legitimidade de atos normativos, por meio do qual se aferem a razoabilidade e a proporcionalidade de medidas adotadas pelo poder público. Por esse teste busca-se apurar a compatibilidade, a adequação ou não desses atos à Constituição Federal de 1988³².

A evolução da cláusula do devido processo legal levou à consagração de uma dupla exigência para o atendimento desse princípio: além dum processo legalmente previsto (devido processo legal processual), também se faz necessário que esse processo seja justo, razoável e proporcional (devido processo legal substancial).

29 CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 493.

30 CANOTILHO, op. cit., p. 494-495.

31 OLIVEIRA LIMA, op. cit., p. 227 e 228; BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 228.

32 Nesse sentido, podem ser citadas como exemplos as decisões proferidas nas ADIn nº 1.407-2-DF, DJ de 24.11.00 e ADIn nº 1.511-MC, DJ 06.06.03, que podem ser consultadas no site www.stf.gov.br.

Essas duas faces se integram numa unidade de sentido, as quais se concretizam através de vários pontos de apoio, sendo básicos os direitos ao contraditório e à ampla defesa (de onde se concretizam uma série de direitos como: direito de ser citado e direito de tomar conhecimento da acusação; direito a um julgamento público em um prazo razoável; direito ao juiz natural; direito de produção de provas; direito à igualdade entre acusação e defesa; direito a não ser condenado em virtude de provas ilegítimas; direito de acesso ao processo, etc.), bem como da atuação dos princípios da proporcionalidade e razoabilidade³³.

Tendo presentes essas pré-compreensões, cabe, agora, analisar o devido processo legal no campo da relação de emprego e sua pertinência ou não no controle do poder disciplinar do empregador.

Não se pode deixar de ter em conta que as punições eventualmente aplicadas pelo empregador no âmbito da relação de emprego acarretam a perda de direitos do empregado, muitos deles previstos como direitos fundamentais sociais, e podem afetar, ainda, a esfera moral do empregado. Assim, o exercício do poder empregatício no âmbito disciplinar tem autoexecutoriedade, cogência e imperatividade semelhante aos atos da Administração Pública. O empregador pode imputar uma conduta, julgar e impor uma decisão com uma série de consequências jurídicas que são imediatamente desencadeadas.

Em virtude da aplicação de uma penalidade, vários direitos fundamentais sociais podem deixar de ser adimplidos, acarretando perdas patrimoniais ao empregado. Como exemplo disso, podem ser citados os efeitos de uma suspensão disciplinar ou de uma despedida por justa causa. Uma suspensão disciplinar implica a perda de salário dos dias não trabalhados, além de afetar o repouso semanal remunerado e a contagem de tempo de serviço. Já uma despedida por justa causa priva o empregado do aviso-prévio, do 13º salário proporcional, das férias proporcionais acrescidas de 1/3 (segundo a posição dominante), do FGTS, da multa de 40% sobre o FGTS e do seguro-desemprego. Além disso, os danos morais podem ser relevantes, inclusive numa simples advertência (sem efeitos patrimoniais), quanto mais numa suspensão ou despedida por justa causa (despedida por improbidade – art. 482, letra *a*, da CLT –, por exemplo).

Ao que parece, portanto, cabe formular duas perguntas: a) num Estado Democrático de Direito, fundado na dignidade da pessoa humana e no valor social do trabalho, entre outros valores, é legítimo o exercício de um poder sem a observância dos direitos fundamentais?; b) o devido processo legal, o contraditório e a ampla defesa, como direitos e garantias fundamentais apenas

33 OLIVEIRA LIMA, op. cit., p. 263, 273-274 e 289.

se aplicam em processos onde houver a presença estatal ou se aplicam também perante poderes privados que em sua atuação possam afetar direitos?

Diante disso, é necessário investigar se o devido processo legal se constitui em direito fundamental diretamente aplicável no interior do contrato de trabalho, quando do exercício do poder disciplinar pelo empregador no contexto de um Estado Democrático de Direito, tal qual conformado no ordenamento jurídico brasileiro.

Ora, o fato de nossa sociedade ter assumido a conformação de um Estado que tem um regime político estruturado como Democrático e de Direito deve ocasionar uma reavaliação de toda a dogmática anterior, tendo em vista a mudança da base sobre a qual se ergue o contrato social constitucional³⁴. Os operadores do Direito devem concretizar as normas constitucionais na prática, levando em conta a realidade da vida, mas buscando alterá-la no sentido das normas constitucionais, efetivando a “força normativa da Constituição”, como bem ensinou Hesse³⁵.

Necessário se faz uma “filtragem constitucional” das noções antes tidas e “consagradas” sobre o poder empregatício, a fim de que esse poder se exerça não como um poder arbitrário e isolado dentro do contrato de trabalho, mas que se submeta aos ditames da ordem jurídica vigente. Afirmar que os direitos fundamentais e os princípios constitucionais são limites e condicionamentos ao exercício do poder disciplinar do empregador é afirmar que o ser humano é um fim em si, não um meio, sendo dotado de dignidade, bem como que o empregado não deixa de ser cidadão ao adentrar no “chão da fábrica”.

Ora, as posturas que simplesmente negam ou aplicam *ad hoc* os princípios constitucionais e os direitos fundamentais, inerentes ao paradigma do Estado Democrático de Direito fundado pela CF de 1988, explicitam compromissos ético-jurídicos estranhos ao novo paradigma constitucional e humanitário. Essas posturas acabam por impor sua subjetividade, que não raras vezes se apresenta prenhe de ideários ligados ao positivismo liberal e a uma concepção do Estado e da ordem jurídica que não têm qualquer compromisso com a transformação social, em clara oposição à concepção do Estado Democrático de Direito.

34 Como afirma Perlingieri, o “estudo do direito – e, portanto, também do direito tradicionalmente definido ‘privado’ – não pode prescindir da análise da sociedade na sua historicidade local e universal, de maneira a permitir a individualização do papel e do significado da juridicidade na unidade e na complexidade do fenômeno social. O Direito é ciência social que precisa de cada vez maiores aberturas; necessariamente sensível a qualquer modificação da realidade, entendida na sua mais ampla acepção.” PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do Direito Civil – Introdução ao Direito Civil constitucional*. 2. ed. Tradução de Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro/São Paulo: Renovar, 2002, p. 1.

35 HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991, p. 24.

Assim, como resposta à primeira pergunta, entende-se que não é possível que o poder empregatício continue a ser exercido sem se submeter aos ditames constitucionais de um Estado Democrático de Direito pautado pela dignidade da pessoa humana, pelos direitos fundamentais, pelo valor social do trabalho, bem como pela função social que deve presidir a livre empresa, a propriedade e o contrato.

Com relação à segunda pergunta, basta pensar que o STF já se manifestou sobre a questão no âmbito de relações privadas marcadas pela igualdade³⁶, o que justifica ainda mais o questionamento aqui feito no tocante às relações marcadas pela assimetria, como ocorre nas relações de emprego. Assim, se mesmo em relações marcadas por um maior patamar de igualdade entre as partes houve a aplicação do devido processo legal, no campo do poder disciplinar do empregador, por ser a relação assimétrica, essa aplicação se torna ainda mais cogente.

Na doutrina, cabe lembrar o posicionamento de Bramante. A autora, destinando sua atenção mais especificamente aos subprincípios do contraditório e da ampla defesa, entende que o inciso LV do art. 5º da CF de 1988, ao tratar do direito à defesa, sugere que há dois destinatários desse direito, ou seja, aos litigantes em processo judicial e administrativo e aos “acusados em geral”. Assim, o direito de defesa dos litigantes está vinculado ao processo judicial e administrativo, e o direito de defesa dos acusados em geral não está associado ao processo e é referido de modo indeterminado. Conclui a autora que a Constituição estabeleceu que o direito à defesa não socorre o cidadão apenas quando litiga com o Estado ou perante o Estado em processo judicial ou administrativo, mas também que a Constituição pôs o cidadão a recato quando confrontado com o arbítrio de outras instâncias de poder, cujos atos sejam dotados de cogência suficiente para submetê-lo unilateralmente a seus desígnios, sem que haja a necessidade de interposição do legislador infraconstitucional para tanto³⁷.

Ora, não é razoável nem proporcional que direitos fundamentais possam ser atingidos por uma decisão unilateral do empregador sem um procedimento prévio justo. A falta de qualquer procedimento para a aplicação de penalidades importa em desconsiderar totalmente aspectos processuais do devido proces-

36 Ver o RE nº 201.819-8 citado acima. Cabe lembrar, ainda, o disposto no art. 1.085, parágrafo único, do CCB, que prevê o devido processo legal, o contraditório e a ampla defesa em relações privadas marcadas por relativa posição de igualdade das partes, e não de subordinação como no contrato de trabalho, onde se contempla a informação sobre a acusação como fundamental para o exercício desses direitos.

37 BRAMANTE, Ivani Contini. “Eficácia do contraditório e da ampla defesa nas relações interprivadas”. *Revista LTr*, v. 64, n. 08. São Paulo: LTr, agosto de 2000, p. 1.009-1.016.

so legal, como seja, o contraditório, a ampla defesa e a informação dos fatos imputados.

Com relação ao devido processo legal no âmbito da relação de emprego, é oportuno recordar, ainda, a decisão do STF no julgamento da ADIMC nº 1.480-3/DF, em 25.09.96, tendo como relator o Ministro Celso de Mello³⁸. Tratou-se do julgamento relativo à constitucionalidade da Convenção nº 158 da OIT, aprovada pelo Brasil através do Decreto Legislativo nº 68, de 16.09.92, promulgada pelo Decreto nº 1.855, de 10.04.96 e denunciada pelo Decreto de nº 2.100, de 20.12.96.

Nessa ação, o STF considerou inconstitucional a referida Convenção na parte em que previa estabilidade no emprego de forma geral aos empregados, pois entendeu, na época, que essa parte da Convenção contrariava o art. 7º, I, da CF de 1988. O que importa para o presente estudo, todavia, é a posição adotada no tocante à interpretação do art. 7º da Convenção, o qual foi considerado constitucional. Referido dispositivo prevê:

“Art. 7º Não deverá ser terminada a relação de trabalho de um trabalhador por motivos relacionados com seu comportamento ou seu desempenho antes de se dar ao mesmo a possibilidade de se defender das acusações feitas contra ele, a menos que não seja possível pedir ao empregador, razoavelmente, que lhe conceda esta possibilidade.”

Como é perceptível, o artigo dispõe sobre o devido processo legal em casos relacionados ao comportamento ou desempenho do empregado que possam levar à extinção do contrato de trabalho. Ao analisar o dispositivo, o Ministro-Relator Celso de Mello salientou alguns pontos que nos parecem cruciais:

(...) A Convenção nº 158/OIT, de outro lado, enuncia em seu art. 7º um princípio de fundamental importância, destinado a permitir que o empregado tenha ciência das causas que lhe são imputadas pelo empregador e de cuja comprovação poderá resultar ulterior ruptura do contrato individual de trabalho (...). O reconhecimento, em favor do empregado, da possibilidade de pronunciar-se, previamente, sobre a falta que lhe é imputada – e de cuja prática pode derivar a ruptura unilateral do contrato de trabalho – impõe-se, enquanto providência compatível com os princípios gerais de Direito, como medida indispensável à formalização desse ato revestido de gravíssimas consequências no plano jurídico e social.”

38 Esta decisão pode ser conferida no site www.stf.gov.br.

O Ministro Sepúlveda Pertence, em seu voto, concordou com o relator e afirmou que os “(...) arts. 7º, 8º e 9º da Convenção são garantias processuais, o primeiro extrajudicial e os dois últimos judiciais, plenamente harmônicos com as múltiplas garantias do *due process of law*, da Constituição Federal (...)”. Por seu turno, o Ministro Carlos Velloso afirmou em seu voto: “(...) O art. 7º consagra medida salutar, que se relaciona com o devido processo legal inscrito no art. 5º, LV, da CF. É dizer, ao empregado é concedido o direito de defesa, ou a possibilidade de se defender”.

Como é perceptível, o STF não anteviu nada de novo no dispositivo da Convenção nº 158 da OIT, pois entendeu que esse já fazia parte de nosso ordenamento jurídico de base constitucional. Portanto, parece correto concluir que é obrigatória a observância do devido processo legal para que o empregador possa punir um empregado no interior do contrato de trabalho, mesmo sem legislação infraconstitucional que regule a matéria.

Todavia, a aplicação desse direito não pode ser de tal forma que não leve em conta os aspectos ligados à situação e aos sujeitos envolvidos, o que envolve um juízo de proporcionalidade/ponderação dos interesses e das circunstâncias do caso, como se denota da própria redação dada ao art. 7º da Convenção nº 158 da OIT (proibição de excesso – faceta controladora do princípio da proporcionalidade), bem como não pode deixar de proteger o empregado (proibição de proteção deficiente – faceta promotora do princípio da proporcionalidade).

Não é possível, por exemplo, exigir de um empresário individual, que tenha apenas um empregado, que no exercício de seu poder punitivo viabilize um procedimento complexo, com uma ampla possibilidade de recursos processuais e probatórios para o empregado. Por outro lado, nada impede que se exija, numa situação dessas, que seja o empregador obrigado a comunicar ao empregado os motivos da punição e ouvi-lo sobre a mesma. Por outro lado, no caso de uma grande empresa, não se vê motivo para que não se exija um procedimento mais complexo, com direito a ser informado sobre a acusação, de manifestar-se sobre a mesma, de produzir provas e de ter a decisão proferida por uma comissão, por exemplo.

Com isso, se desvela mais uma aplicação para o devido processo legal, aliás, já entreaberta pela doutrina e pela jurisprudência, ou seja, estender seus efeitos para dentro do contrato de trabalho. Com efeito, diante da posição de superioridade em que se encontra o empregador e pela possibilidade que tem de aplicar punições ao empregado, não se justifica, salvo em hipóteses extremas (sumiço do empregado, por exemplo), que as punições sejam aplicadas

sem a observância de um procedimento mínimo que garanta ao empregado as concretizações básicas do devido processo legal.

É claro que seria salutar a edição de medidas legais infraconstitucionais que estabelecessem um procedimento adequado para a aplicação de punições no contrato de trabalho. Todavia, isso não impede que o juiz concretize nos casos concretos, a partir do princípio, da cláusula, do direito humano fundamental ao *due process of law*, certos mecanismos que garantam ao empregado a efetiva concretização desse direito, sob pena nulidade da punição aplicada.

Portanto, há a necessidade de uma revisão crítica da estrutura da relação de emprego, que deve passar por uma filtragem constitucional, adequando os seus mecanismos de poder aos contornos dos postulados do Estado Democrático de Direito e dos direitos fundamentais.

5 – CONSIDERAÇÕES FINAIS

Portanto, espera-se que, mesmo de forma sumária, tenha sido demonstrado que o tema da eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas é tema em voga e que merece atenção especial da doutrina e jurisprudência brasileiras, em especial no campo do Direito do Trabalho, tendo em conta a necessidade de proteção integral da dignidade da pessoa humana em todas as suas relações e dimensões.