

LIMITES À AUTONOMIA PRIVADA DO EMPREGADO EM ACORDOS INDIVIDUAIS RESTRITIVOS A DIREITOS FUNDAMENTAIS NO AMBIENTE DE TRABALHO

Ricardo José das Mercês Carneiro¹

Sumário: 1 Introdução. 2 Sobre a liberdade de exercício de um direito fundamental. 3 A distinção entre renúncia e não exercício de um direito fundamental. 4 Breve reflexão sobre a inalienabilidade dos direitos fundamentais. 5 Possibilidade de o particular consentir na autorrestrrição ao exercício de faculdades dos direitos fundamentais. 6 Critérios para a validade do ato jurídico através do qual se consente na limitação do exercício de faculdades dos direitos fundamentais. 7 Algumas conclusões sobre o consentimento do empregado em limitações ao exercício de direitos fundamentais na relação de trabalho.

1 · INTRODUÇÃO

A recente reforma trabalhista e as medidas provisórias, especialmente as que foram editadas no curso da pandemia de Covid-19, reforçam uma intenção nada disfarçada de redução do papel dos sindicatos como anteparo de proteção aos trabalhadores.

Para ficar em apenas alguns exemplos, desde então o marco normativo autoriza ao empregado ajustar individualmente o banco de horas (art. 59, § 5º, da CLT) e a jornada de doze por trinta e seis (art. 59-A da CLT); ele também poderá firmar sozinho o ajuste de contas da terminação do trabalho, independentemente do tempo de serviço na empresa (revogação do § 1º do art. 477 da CLT). E, mais recentemente, já no contexto do estado de calamidade pública e emergência de saúde pública, a Lei n. 14.020/2020, resultado da conversão, com alguns acréscimos, da MP n. 936/2020, autoriza que empregadores e empregados, por acordo individual, possam firmar a redução salarial e de jornada e (ou) a suspensão do contrato de trabalho, ainda que, quanto a esta última, seja forçoso salientar que foi inserida na norma disposição sobre a possibilidade de um acordo coletivo ou uma convenção coletiva serem firmados posteriormente a acordos individuais já vigentes, prevalecendo as regras resultantes da negociação coletiva, após a sua celebração, desde que sejam mais favoráveis ao trabalhador.

E tudo isto, vale dizer, em um contexto em que o trabalho paulatinamente tem o seu ambiente deslocado para o âmbito das residências de cada trabalhador, onde, na maioria das vezes, é desenvolvido o teletrabalho, construindo um verdadeiro amálgama entre o espaço pessoal e o de trabalho, entre a zona de retiro e segredo do direito à intimidade e as facetas que se pretende apresentar ao mundo externo.

1 Procurador do Trabalho. Coordenador de Ensino da Escola Superior do Ministério Público da União (ESMPU). Professor Assistente I e integrante do NDE da Universidade Tiradentes (UNIT). Doutor em Direito pela Universidade de Sevilha (revalidado pela UFPE).

Esse movimento que tenta emprestar protagonismo aos atores diretamente relacionados à cena trabalhista, empregado e empregador, não raro vem sendo contemplado também em demandas deduzidas perante o Poder Judiciário,² nas quais, até muito antes da pandemia, não raras vezes, o pactuado no contrato tem prevalecido sobre o catálogo de direitos fundamentais do trabalhador, específicos e inespecíficos, sob o fundamento de respeito às regras de equilíbrio contratual e de segurança jurídica, entre outros fundamentos generalizantes.

Nesse contexto, até em razão de um certo esvaziamento conjuntural do papel dos sindicatos e dos seus instrumentos de autonomia privada coletiva, raros são os estudos que se dispõem a enfrentar os limites da ação restritiva aos direitos do trabalhador nessa quadra, em particular no que diz respeito àqueles alçados à condição de direitos fundamentais específicos e inespecíficos, porém exercitáveis no curso da relação de trabalho, cujo ambiente cada vez mais se confunde com a esfera privada. E, nesse sentido, é que se torna tão importante aferir qual o limite negocial do trabalhador para o exercício de sua autonomia privada.

2 · SOBRE A LIBERDADE DE EXERCÍCIO DE UM DIREITO FUNDAMENTAL

Uma questão preliminar à análise da validade dos limites impostos pelo contrato de trabalho aos direitos fundamentais consiste em verificar se a liberdade do seu titular envolve também a possibilidade de ele renunciar ao seu direito ou se essa autonomia se limita ao poder do titular de exercer o seu direito conforme as suas preferências, sem que haja de fato renúncia ao direito fundamental.

E tal se justifica na medida em que, sob o argumento de ampliar a proteção aos indivíduos nas relações mantidas com os detentores de poder privado, passa-se muitas vezes ao largo quanto a levar em consideração o seu direito de autodeterminação. As principais consequências dessa concepção tendem a ser a assunção de todos os direitos fundamentais como deveres e a adoção de uma teoria geral que vise a proteger o indivíduo dele próprio.

Se é certo que há múltiplas situações nas quais o indivíduo não possui autonomia real, sujeitando-se aos diversos poderes de fato existentes, também é verdade que ainda há inúmeras situações em que o indivíduo busca exercer a sua autonomia de forma consciente, com o objetivo de realizar o seu projeto de vida.

Hesse (1995, p. 61), a respeito do tema, expõe que a proteção aos direitos fundamentais nas relações privadas deve-se dar com prudência, já que a função dos direitos fundamentais é garantir um mínimo de liberdade individual e não reduzir as possibilidades de liberdade. Nessa medida, a incidência direta dos direitos

2 Ainda que não seja um perfeito exemplo do que se busca mencionar em matéria de restrição a direitos dos trabalhadores em razão de acordos individuais chancelada pelo Poder Judiciário, na medida em que o exame se deu em um contexto que pode ser tido como jurisprudência de crise, fruto de uma situação de crise de saúde pública e excepcionalidade financeira, a expressão “segurança jurídica” foi algumas vezes citada na apreciação pelo Pleno no julgamento da medida cautelar proposta na ADI 6363, em que foi vencedora, por 7 votos a 3, a interpretação de que seria aparentemente constitucional (tratava-se de uma medida cautelar) o conteúdo dos artigos 11 e 12 da MP 936, que abordam os acordos individuais restritivos de direitos trabalhistas.

fundamentais nas relações privadas deverá ser graduada para não sacrificar o princípio da liberdade contratual, que compreende a liberdade de contratar ou não, a de eleger o outro contratante e a de determinar o conteúdo do contrato.

O desafio, portanto, reside em determinar quando deve o indivíduo ser protegido e quando deve prevalecer a sua autonomia, inclusive ao se tratar de ato volitivo unilateral capaz de limitar certos direitos fundamentais.

Ainda que a questão da renúncia a direitos fundamentais exista tanto no âmbito das relações entre Estado e indivíduo quanto no âmbito das relações entre particulares, ao objeto deste estudo interessa particularmente esta última hipótese, em que há uma gama variada de transações econômicas entre particulares nas quais se pode negociar em torno dos direitos fundamentais em prol de benefícios (econômicos ou não), aspecto que se converteu, ao longo do tempo, em um dos principais argumentos de defesa na esfera privada para a admissão do consentimento do obreiro na restrição ao exercício dos seus direitos fundamentais no seio empresarial.

A maior dificuldade consiste, entretanto, na prática, em equilibrar a maior proteção aos indivíduos, oriunda da aplicação dos direitos fundamentais, com a autonomia privada deste, isto é, proporcionar o máximo de proteção e o máximo de autonomia, já que o respeito a esta é essencial para que a incidência dos direitos fundamentais nas relações privadas não se torne um instrumento excessivamente protetor, que imponha uma determinada visão de mundo e suponha serem os particulares incapazes de agir e contratar autonomamente.

3 - A DISTINÇÃO ENTRE RENÚNCIA E NÃO EXERCÍCIO DE UM DIREITO FUNDAMENTAL

No exame a respeito da possibilidade de o titular de um direito fundamental pactuar a limitação do seu exercício, uma primeira diferença que precisa restar clara é a que existe entre renúncia e falta de exercício de um direito.

Forçoso reconhecer que ambos os conceitos expressam a ideia de que o indivíduo, diante de uma posição jurídica subjetiva, tutelada por uma norma de direito fundamental, consente em enfraquecer essa posição em face do Estado, de entidades públicas ou de particulares. Contudo, a despeito deste elemento comum, há diferenças entre os dois institutos. A renúncia ocorre quando o titular do direito se vincula juridicamente a não invocar o direito fundamental perante outros. É um compromisso que o titular assume de não se valer de certa posição jurídica. Por sua vez, o não exercício do direito fundamental ocorre quando o indivíduo opta por não exercer uma posição jurídica que o ordenamento lhe permite. Exercer ou não exercer está dentro da esfera mais ampla considerada como exercício do direito fundamental. Isso quer dizer que o fato de não agir conforme a posição jurídica lhe assegura não significa que o particular abdicou desse direito, mas apenas que o está exercendo conforme a sua vontade. A diferença entre o não exercício e a renúncia é que, nesta última, o particular se obriga a não exercer, enquanto no não exercício não há qualquer vinculação.³

3 Há casos que são meros exercícios negativos dos direitos fundamentais, mas que são confundidos com a renúncia, como, por exemplo, quando o policial entra na casa de alguém a seu pedido para verificar se nela há assaltantes.

Sendo pacífica na doutrina e na jurisprudência a aceitação da possibilidade de não exercício de um direito fundamental, é exatamente sobre a obrigação assumida de não exercer o direito em uma de suas faculdades ou em sua totalidade que repousa a cizânia que será detalhada no tópico seguinte.

4 · BREVE REFLEXÃO SOBRE A INALIENABILIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

A ideia da inalienabilidade dos direitos fundamentais se relaciona à própria origem desses direitos. Na formulação de Locke acerca da origem da sociedade, os direitos humanos seriam inatos e inalienáveis, o que impediria os indivíduos de renunciarem a eles em favor do Estado (*apud* ZIPPELIUS, 1997, p. 436). Afinal, ninguém poderia transferir para outro um poder maior que aquele que tem sobre si mesmo. No mesmo sentido, também as clássicas declarações de direitos consideraram a indisponibilidade dos direitos fundamentais, sob o argumento de eles serem pré-estatais e inatos. Há até mesmo Constituições modernas, como a alemã (artigo 1º),⁴ que se referem ao caráter inalienável desses direitos.

A doutrina mais contemporânea que sustenta a irrenunciabilidade dos direitos fundamentais não argumenta em termos jusnaturalistas, todavia se apoia na concepção da dupla dimensão dos direitos fundamentais, segundo a qual os direitos fundamentais constituem, além de direitos subjetivos, também elementos de uma ordem objetiva, sob uma perspectiva funcional. A partir dessa ideia de que os direitos fundamentais possuem uma dimensão objetiva e desempenham uma função institucional, há autores que entendem serem eles indisponíveis, pois não estariam à livre disposição do indivíduo, a exemplo do direito ao voto secreto e dos demais direitos que envolvam participação política.

A inalienabilidade dos direitos fundamentais também é sustentada por parte da doutrina sob o argumento da dignidade da pessoa humana. Dentro dessa ótica, a toda pessoa corresponde uma dignidade, a qual ele não pode renunciar. Não seriam permitidos atos de renúncia e de disposição de direitos que ferissem a dignidade humana, sendo o consentimento do titular incapaz de validar o ato.

A impossibilidade de haver renúncia do titular aos direitos fundamentais é defendida, entre outros, por Ferrajoli (2001, p. 32) e reforçada a partir da divisão dogmática que o autor realiza entre direitos patrimoniais e direitos fundamentais. Para ele, esses direitos possuem contrastes tão radicais que jamais poderiam ser acolhidos dentro de uma mesma classificação. Enquanto os direitos fundamentais seriam direitos universais, reconhecidos a todas as pessoas de forma igualitária, os direitos patrimoniais seriam direitos singulares, no sentido de que pertencem a cada um de forma diversa. Além disso, seriam os direitos fundamentais inalienáveis, indisponíveis, invioláveis e

4 “Artigo 1º. Dignidade da pessoa humana – Direitos humanos – Vinculação jurídica dos direitos fundamentais. (1) A dignidade da pessoa humana é intangível. Respeitá-la e protegê-la é obrigação de todo o poder público. (2) O povo alemão reconhece, por isto, os direitos invioláveis e inalienáveis da pessoa humana como fundamento de toda comunidade humana, da paz e da justiça no mundo. (3) Os direitos fundamentais, discriminados a seguir, constituem direitos diretamente aplicáveis e vinculam os poderes Legislativo, Executivo e Judiciário”. Disponível em: http://www.brasil.diplo.de/contentblob/3254212/Daten/1330556/ConstituicaoPortugues_PDF.pdf. Acesso em: set. 2020.

personalíssimos, enquanto os direitos patrimoniais, como o direito à propriedade e o direito de crédito, seriam, por sua natureza, passíveis de disposição.

Ferrajoli entende que é a impossibilidade de alienação que transforma os direitos em direitos fundamentais. Isto é, o que caracterizaria os direitos fundamentais seria exatamente o fato de não serem disponíveis por seus titulares. Textualmente, registra que

a vida, a liberdade pessoal, o direito de voto são fundamentais não tanto porque correspondem a valores ou interesses vitais, mas porque são universais e indisponíveis. É algo tão sério que ali onde se permitisse a sua disposição – por exemplo, admitindo a escravidão ou de qualquer a alienação das liberdades, da vida, do voto – esses se rebaixariam a direitos patrimoniais. (FERRAJOLI, 2001, p. 32).

Dessa forma, na visão do autor, os direitos fundamentais não constituem limites apenas aos poderes públicos, mas à própria autonomia privada, uma vez que o consentimento e a vontade não são suficientes para possibilitar a alienação da própria vida ou da liberdade. Nessa linha de pensamento, a inalienabilidade dos direitos fundamentais é um custo que se deve suportar, ainda que se considere esse limite excessivamente protecionista. Do contrário, se se admitisse essa alienação, imediatamente cessaria a universalidade desses direitos, predominaria a lei do mais forte e haveria a regressão ao estado de natureza.

Porém esta visão não é despida de firme crítica, como se vê adiante.

5 · POSSIBILIDADE DE O PARTICULAR CONSENTIR NA AUTORRESTRICÇÃO AO EXERCÍCIO DE FACULDADES DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Ainda que a absoluta irrenunciabilidade dos direitos fundamentais seja um “mantra” reiterado em julgados e em diversos estudos, não é uma ideia que possa ser aceita sem que seja antecedida de alguma reflexão.

Inicialmente, é importante ressaltar que a consideração da dimensão objetiva dos direitos fundamentais não implica logicamente a conclusão acerca da impossibilidade de sua renúncia. Isso se dá porque, não obstante o seu caráter objetivo, os direitos fundamentais continuam a ser direitos subjetivos e, portanto, quando o particular renuncia a um direito, o faz somente em relação a sua concreta conformação enquanto garantia subjetiva, não prejudicando o âmbito objetivo do direito fundamental. Além disso, a liberdade, que está intrinsecamente relacionada ao sistema de direitos fundamentais, não é liberdade para atingir fins públicos ou objetivos estatais, mas simplesmente liberdade (para todos os fins).

Também é passível de crítica a noção de indisponibilidade absoluta sob o fundamento de proteção à dignidade humana, uma vez que, em relação a esta, pode-se argumentar também de forma contrária, já que a irrenunciabilidade de todos os direitos fundamentais significaria a eliminação da capacidade de autodeterminação do indivíduo e, por conseguinte, ameaçaria a própria dignidade humana.

No Estado Democrático de Direito, o custo da ausência de autonomia do indivíduo é muito alto para ser tolerado, sem que haja sequer a busca pela conciliação entre o máximo de liberdade com o máximo de proteção à pessoa. O não reconhecimento de que os direitos fundamentais se relacionam de forma estrita com a autodeterminação

dos indivíduos poderia sacrificar o ideário democrático, bem como o próprio sistema de direitos fundamentais, cuja função primordial é a de proteger as liberdades, tanto privadas como públicas. Tem-se, nesse diapasão, como muito criticável a tese de Ferrajoli, segundo a qual o elemento caracterizador dos direitos fundamentais é a sua inalienabilidade, pois isso implicaria a conclusão de que não haveria nenhuma situação em que seria possível a disposição desses direitos ou a renúncia a eles ou a faculdades que lhes sejam inerentes. No que diz respeito à aplicação dos direitos fundamentais às relações privadas, é essencial que a proteção propiciada por esses direitos não elimine a autonomia privada dos indivíduos, sob o risco de o Estado assumir o papel paternalista de proteger os indivíduos contra eles próprios.

De fato, a nosso juízo, o problema da renúncia a direitos fundamentais é por demais complexo para ser resolvido a partir das clássicas teorias jusnaturalistas que sustentam que os direitos fundamentais, por serem inatos, não são passíveis de disposição por parte de seu titular. Além disso, em razão da grande abrangência do tema, que envolve desde a eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre Estado e indivíduo e, nas relações privadas, os limites do poder de autodeterminação do indivíduo, até a existência de desigualdades fáticas que impedem a real manifestação da autonomia dos indivíduos, é fundamental que não se busquem soluções simplificadas generalizantes, que não levem em consideração distintas situações fáticas e as peculiaridades dos diferentes direitos fundamentais.

Isso posto, diante da profundidade da questão, entende-se que a saída para a equação, em que se busca o máximo de proteção jurídica por meio dos direitos fundamentais e, ao mesmo tempo, o máximo de autodeterminação individual, pode-se dar a partir da distinção entre a titularidade e a capacidade de exercício desses direitos. Partindo dessa premissa, seria viável admitir como legítimo o consentimento do particular em negócio jurídico que implicasse restrição ao exercício de certas faculdades dos direitos fundamentais e considerar-se ilegítima a renúncia à sua titularidade.

Segundo Novais (1996, p. 282), a maioria dos estudos vai de encontro a essa distinção, por entender que um direito fundamental, sem a possibilidade de seu exercício, seria o mesmo que um direito sem conteúdo essencial. Contrariamente a esse argumento, o autor afirma que, quanto à possibilidade dogmática de distinção entre titularidade e capacidade de exercício de direitos fundamentais, uma coisa é ter a titularidade de uma posição jurídica de direito fundamental e outra, absolutamente distinta, é ter a capacidade de concretamente invocar essa posição no exercício concreto das faculdades ou poderes que a integram.

A consideração acerca da possibilidade de o particular consentir na limitação ao exercício dos seus direitos fundamentais é essencial para que se retire desses direitos o seu caráter paternalista-protetor, responsável por tornar todos os direitos fundamentais análogos a deveres. Se for verdade que no Estado Democrático de Direito há direitos obrigatórios, como é o direito e o dever de educar os filhos, por exemplo, seria inviável e indesejável estender essa obrigatoriedade a todos os direitos fundamentais.

Ademais, um argumento interessante a favor da possibilidade de consentimento que autorize a limitação ao exercício de faculdades inerentes aos direitos fundamentais é o seguinte: se o não exercício dos direitos fundamentais pelo seu titular

é admissível, por que não seria legítimo o compromisso assumido pelo titular de que não exercerá o seu direito ou uma parte das faculdades que lhe são inerentes?⁵

A afirmação de que há um âmbito de liberdade relacionado aos direitos fundamentais pode ser baseada na ideia de que a titularidade de uma posição jurídica de direito fundamental envolve o poder de disposição sobre as possibilidades de ação decorrentes dessa posição, principalmente no que diz respeito à decisão sobre “se”, “quando” e “como” se dará o exercício fático do direito. Sob essa ótica, resta claro que o consentimento na restrição ao exercício de uma liberdade é também um modo de o titular do direito fundamental exercê-la.

A concepção de Novais, segundo a qual é possível renunciar ao exercício de certos direitos fundamentais, como bem salienta Mendes (2006, p. 130), assemelha-se, em boa medida, à concepção de outros autores, que refutam a hipótese de renúncia, mas aceitam a ideia de que o titular de um direito fundamental tem um espaço de liberdade para exercer o seu direito. É o caso de Canotilho (2003, p. 107), que, embora rejeite expressamente a noção de renúncia, afirma que, no que concerne aos direitos, às liberdades e às garantias encontra-se a ideia de que “os mesmos se caracterizam pela sua densidade subjetiva autônoma, no sentido de que cabe ao seu titular a tomada de decisões fundamentais nesse domínio”. Deve-se ressaltar que o reconhecimento de que o titular do direito fundamental tem autonomia para exercê-lo conforme os seus planos de vida e a sua vontade decorre da própria ideia de dignidade humana e do princípio da autodeterminação, que integram e moldam o cerne de todos e de cada um dos direitos fundamentais. Ao mesmo tempo, encontra neste princípio o seu próprio limite.

Nesse sentido, a afirmação sobre a possibilidade de o particular consentir na limitação ao exercício de direitos fundamentais exige que se estabeleça em que situações este consentimento será possível, bem como os pressupostos para sua validade.

6 · CRITÉRIOS PARA A VALIDADE DO ATO JURÍDICO ATRAVÉS DO QUAL SE CONSENTE NA LIMITAÇÃO DO EXERCÍCIO DE FACULDADES DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Admitida neste estudo a possibilidade de consentir o obreiro na intromissão do empregador no exercício de um direito fundamental no marco de uma relação de trabalho (em relação ao exercício desse direito ou de algumas de suas faculdades durante o liame laboral), desde que observados certos pressupostos para a validade do ato restritivo, torna-se necessário analisar a viabilidade concreta de que esta seja perpetrada em relação a um direito fundamental do trabalhador na empresa.

Inicialmente, é primordial que a declaração de vontade dirigida a produzir o enfraquecimento de uma posição jurídica seja dada pelo próprio titular do direito

5 Exemplo claro de consentimento na restrição ao exercício de direitos fundamentais se dá quando um homem ou uma mulher entram para o seminário, renunciando ao direito de constituir família. Da mesma forma, é pacificamente válido o consentimento não viciado daquele que, aprovado em concurso público para os cargos de juiz ou de membro do Ministério Público, consente expressamente, durante o período em que está no cargo, em não exercer uma série de atividades vedadas aos titulares daqueles cargos, em manifesta restrição ao direito de livre exercício de qualquer trabalho.

fundamental, sendo inadmissível que outros o façam pelo titular. Andrade (2001, p. 320), a esse respeito, consigna que

as condições de validade jurídica da disposição limitadora do exercício de direitos, liberdades e garantias respeitam essencialmente à garantia de autenticidade e da genuinidade da manifestação de vontade do titular que justifica a restrição ou a ofensa; a renúncia, o acordo, o consentimento autorizante ou aquiescente só podem admitir-se como fundamento legítimo de uma auto-limitação dos direitos fundamentais se forem o produto inequívoco de uma vontade livre e esclarecida.

Além disso, e esse talvez seja o pressuposto de existência mais importante, a restrição ao direito somente ocorrerá se a declaração tiver um caráter eminentemente voluntário. Isso significa que não serão considerados existentes os atos de disposição que decorrerem de declaração feita de forma não consciente, não voluntária ou sob coerção, pois é necessário que o indivíduo tenha a possibilidade real de escolher entre diversas situações. Por isso, tornou-se usual na doutrina a consideração de que dificilmente poder-se-ia considerar legítimo o consentimento em restrições ao exercício dos direitos fundamentais emitido em situações de desigualdade fática ou de desigualdade de poder social.

Devem ser consideradas, conforme escólio de Andrade (2001, p. 323), as diferentes situações relacionais em que se pode produzir a autolimitação, visto que a diferença mais relevante é a que atende à existência, ou não, de uma relação de sujeição ou de dependência do titular do direito autolimitado perante outrem, que pretende ou acorda a limitação ou dela se beneficia. Assim, sob esta visão, já não estarão sujeitos às mesmas condições e limites o acordo ou o consentimento firmado, respectivamente, entre cidadão e autoridade dotada de poder jurídico ou de fato, ou numa relação entre iguais.

Nessa linha de pensamento, Ubillos (1997, p. 233) aponta como um dos critérios que podem ajudar na análise da licitude do consentimento na restrição ao exercício de direitos fundamentais no caso concreto o fato de que a eficácia dos direitos fundamentais diante de particulares será mais intensa quando se esteja diante de relações jurídicas assimétricas, não igualitárias, ou seja, o grau de autonomia real das partes pode ser um critério válido e útil para resolver os conflitos. De modo que, quanto menor seja a liberdade da parte débil da relação jurídica, maior será a necessidade de proteção.

Com a menor liberdade real de autodeterminação, maior será a justificativa para a incidência do direito fundamental. Porém, mesmo nesses casos, não estaríamos diante de uma incidência absoluta, persistindo a necessidade de ponderar os interesses colidentes. Assim, a título de exemplo, na seara laboral, a operatividade dos direitos fundamentais implica limitação ao poder de direção do empregador, que constitui parte inerente da liberdade de empresa com a qual deverá ser ponderado o direito do trabalhador.

Nesse mesmo diapasão, dando ênfase às assimetrias das relações jurídicas, são os ensinamentos de Prata (1982, p. 138), que indica que haveria a nulidade dos negócios (jurídicos) contrários aos direitos fundamentais sempre que uma das partes se encontre em situação de poder relativamente à outra parte, de modo que isso lhe permita estabelecer unilateralmente os termos do regulamento negocial a que a

outra parte tenha de se submeter, visto que neste caso patente restaria a ausência de igualdade real entre os sujeitos contraentes.

Não é distinta a posição de Canaris (2003, p. 71-73). Para ele, o argumento de que a proteção aos direitos fundamentais não se compatibiliza com a concepção liberal dos direitos fundamentais não convence porque a vinculação contratual, embora tenha o seu fundamento primário na autonomia privada das partes, somente adquire vigência no plano jurídico-positivo mediante um “reconhecimento” por parte do Estado e da ordem jurídica, sendo, além disso, garantida por estes com sanções, que vão até a execução forçada. E, ainda, acrescenta que uma segunda incumbência de proteção consiste em assegurar, tão amplamente quanto possível, que o ato de autonomia privada pelo qual se restringe um direito fundamental se baseia não apenas sob o aspecto formal, mas também materialmente, ou seja, no plano fático, numa decisão livre da parte contratual afetada. Em seguida, conclui que a autonomia privada não pode ser entendida apenas em um plano formal, mas antes também materialmente e que, portanto, uma concreta parte pode necessitar de proteção diante da vinculação a um contrato que lhe é desvantajoso, na medida em que, por ocasião da sua conclusão, estivesse consideravelmente afetada a sua possibilidade fática de autodeterminação no exercício da autonomia privada.

O segundo limite que a doutrina impõe para genericamente tratar do exercício da autonomia privada (para restrição de direitos fundamentais) se alicerça no argumento de que a eficácia vinculante será mais intensa quando seja a própria dignidade da pessoa humana que esteja sendo afetada, por se tratar de valor intangível e indisponível que deve ser preservado diante de qualquer agressão.

Ademais, devem ser consideradas as diferenças entre os vários tipos de direitos fundamentais, já que o problema da disponibilidade em geral dos direitos fundamentais se põe especialmente no que respeita aos direitos sobre bens pessoais, cujo conteúdo, âmbito ou grau de proteção constitucional são estabelecidos primordialmente em virtude da vontade do titular (inviolabilidade do domicílio, intimidade, imagem, propriedade). Nesse ponto, seu tratamento há de ser diferenciado em relação àqueles outros direitos relativos a bens que, ainda que sendo pessoais, constituem simultaneamente valores comunitários ou a estes estão intimamente associados, a exemplo dos direitos à vida, à cidadania e ao sigilo de voto.

Por fim, ressalta-se, ainda, que há de se admitir a livre revogabilidade da limitação voluntariamente assumida em relação aos direitos fundamentais, de forma que, em se tratando de limitação válida, esta há de ser adstrita a um lapso temporal. Assim, o consentimento na restrição ao exercício do direito fundamental deverá ser sempre limitado no tempo, uma vez que não se admite que o titular do direito fundamental renuncie a certa posição jurídica protegida constitucionalmente por tempo indeterminado. Do contrário, estar-se-ia admitindo a renúncia à própria titularidade do direito e não apenas a possibilidade de se externar o consentimento para restrição ao seu exercício durante a relação de trabalho.

O Tribunal Constitucional espanhol, em sua jurisprudência sobre o assunto, tem admitido a possibilidade de renúncia voluntária ao exercício de um direito fundamental por um tempo determinado (STC 11/1981, de 8 de abril). Na sentença, tratando de cláusula de convênio coletivo em que se abria mão, durante seu prazo de

vigência, do direito a greve, restou expressamente consignado que a irrenunciabilidade dos direitos fundamentais seria algo indiscutível, porque a renúncia é sempre um ato definitivo e irrevogável, ao passo que aquela que se discutia no processo era apenas durante a vigência da norma coletiva e não afetava o direito em si mesmo, mas apenas o seu exercício. Ao final do voto, firmou posição no sentido de que a renúncia ao exercício seria plausível em especial quando o compromisso de não exercitar o direito se estabelece obtendo em troca determinadas compensações.

Como se vê, o Tribunal Constitucional da Espanha não admite a renúncia à titularidade do direito, mas admite limitações ao seu exercício, em especial quanto se dê a autorrestrrição em troca de outras vantagens, com exceção feita pelo próprio Tribunal Constitucional aos casos em que a limitação ao exercício dos direitos fundamentais seja imprescindível ao desenvolvimento da atividade laboral, hipótese em que esta já estaria implícita no contrato de trabalho, sendo inexigíveis compensações extras além daquelas já incluídas na contraprestação, bem como cláusula que expressamente indicasse o consentimento do obreiro autorizando a restrição (por todas, cita-se a STC 99/1994, de 11 de abril).

No Brasil, diante de um histórico de poucos julgados em que se sistematize a eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, uma controvérsia que ajuda a encontrar a verdadeira posição do STF acerca da possibilidade de renúncia aos direitos fundamentais, ainda que não verse sobre direitos trabalhistas inseridos na constituição ou sobre direitos da personalidade, ocorreu no julgamento da constitucionalidade de alguns artigos da Lei de Arbitragem. À época da publicação do referido texto legal, muitos sustentaram a sua inconstitucionalidade, por entenderem que a inafastabilidade do controle jurisdicional e o amplo acesso à justiça (estatal) constituíam direitos fundamentais, que não poderiam ser afastados pela vontade das partes, ainda que através de uma renúncia parcial. De pronto, entendeu-se que a disponibilidade era vista como a possibilidade de abrir mão ou abdicar de algum direito fundamental mediante o consentimento do titular. E foi esta a tônica do julgado do STF – seria o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional passível de *disposição* em prol do sistema arbitral? Seria válido o consentimento emitido?

Esclarecedoras as considerações de Martel (2010, p. 345) a respeito desse julgado quando afirma:

Em tema de disponibilidade dos direitos fundamentais, esse longo julgado é fulcral. Primeiro, porque a indisponibilidade foi compreendida, de modo uníssono, como a impossibilidade de abdicação, sob a forma de renúncia parcial, de um direito fundamental. Segundo, porque a indisponibilidade foi relacionada à limitação de liberdades constitucionalmente protegidas. Terceiro, porque foram discutidos os limites e o alcance da disposição de um direito fundamental. Quarto, porque, não obstante uma afirmação de que “[...] a questão da renúncia de direito fundamental, que, em princípio, são irrenunciáveis por sua própria natureza”, foi admitida a disposição do direito fundamental de acesso à justiça estatal conforme delineada pela Lei de Arbitragem. Para obter a conclusão, entraram em jogo a dicção do dispositivo constitucional, que consagra a inafastabilidade do controle jurisdicional, o histórico do enunciado normativo, além de outros fatores, como as necessidades sociais.

Assim, é possível concluir que a posição do STF não discrepa quanto à aceitação do consentimento na restrição aos direitos fundamentais, já que a Corte Constitucional brasileira expressamente assinala que os direitos fundamentais são irrenunciáveis por sua natureza; todavia, em certos casos, admite, quando cotejado com outros valores constitucionais, o consentimento tácito ou expresso na limitação temporal e transitória de um direito fundamental.

7 · ALGUMAS CONCLUSÕES SOBRE O CONSENTIMENTO DO EMPREGADO EM LIMITAÇÕES AO EXERCÍCIO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS NA RELAÇÃO DE TRABALHO

As mudanças conceituais no mundo do trabalho têm levado o trabalhador a certo isolamento, o que foi bastante reforçado em tempos de pandemia. Assim, cada posto de trabalho, cada especialidade, já não são igualmente vistos como parte de um “todo”, apresentando pesos diferenciados na medida em que as atividades realizadas em um setor tendem a ser cada vez mais independentes umas das outras.

Nesse contexto de cada vez maior individualização do trabalho, discute-se uma revalorização do contrato de trabalho como instrumento normativo dos direitos fundamentais inespecíficos. Em grande medida, entretanto, o que tem justificado o reforço rumo a uma maior personificação das relações laborais tem sido uma tentativa de recuperação dos espaços de liberdade do próprio trabalhador, ou seja, um reforço na autonomia privada com a finalidade de enfatizar os direitos fundamentais, reconhecendo cada trabalhador como um núcleo individualizado em relação aos demais empregados, motivado pela maior qualificação da classe trabalhadora e pelos valores individualistas que impregnam as atividades produtivas na atualidade e que terminaram por minimizar a “consciência de classe” e esvaziar o “pátio da empresa”.

Assim, é comum afirmar-se que o contrato de trabalho servirá para expressar e atender nem tanto a desigualdade e oposição de interesses entre as partes contratantes, mas principalmente a desigualdade e diferença de interesses entre os distintos trabalhadores, que perdem sua feição molecular, passando a ser vistos como partes individualizadas.

Se é certo que esse processo transformador está em andamento como decorrência da maior personalização da relação de trabalho, por outro lado não são poucas as vozes que vêm considerando que o incremento da autonomia individual nada mais é que um processo artificial que supõe, em última instância, um incremento das faculdades unilaterais das empresas, de forma que, na prática, este reforço das construções jurisprudenciais à autonomia individual seria um dos motivos da falta de proteção dos direitos fundamentais, em particular os inespecíficos, no ambiente laboral.

Nesse sentido, como afirma Baylos Grau (2009, p. 126), a revalorização da autonomia individual e a maior maleabilidade dos sistemas de determinação das condições de trabalho são exigências que podem até vir a atender à pretensão de alguns empregados em determinadas circunstâncias, mas apenas na medida em que estas coincidam com as necessidades de maior adaptabilidade específicas da empresa, de modo que o determinante não é o indivíduo/trabalhador, tampouco uma lógica de interesses contrapostos como a que simboliza o contrato, mas apenas uma coincidência entre os interesses dos obreiros com os fins organizativos da empresa e sua estrutura de atuação.

O que há de concreto nesta questão é que um dos maiores problemas terminam sendo as tentativas de apresentá-la como de fácil, generalizante e simplificada solução. Nesse sentido, tem sido tentador, por um lado, a partir do que é patológico no contrato de trabalho, rotular como “amaldiçoada” toda a liberdade no negócio jurídico, que deveria para o bem do trabalhador estar colonizado pelas fontes normativas estatais (em especial as leis), ou no máximo pelas normas coletivas, de forma que os contratantes, empresários e empregados, adeririam a estas cláusulas impostas pelo Estado; ou, talvez, por outro lado, com apoio no formalismo clássico exacerbado, em viés diametralmente oposto, haja a tendência de dar verniz de legitimidade a toda cláusula pactuada, fazendo coro entre os que sustentam ser esta sempre fruto de uma manifestação de vontade livre, raciocínio que levaria à aceitação de toda cláusula em que o trabalhador renunciasse ao exercício de um direito fundamental.

É seguro que a percepção da legitimidade da autonomia individual do trabalhador, inclusive como instrumental idôneo para a restrição ao exercício de direitos fundamentais, há de ter como base a força ou a debilidade contratual do indivíduo trabalhador isoladamente considerado. Assim, essa independência deverá ser vista como idônea ao seu fim quando se refira a trabalhador que, por suas singulares características ou outras circunstâncias relevantes para o contrato de trabalho, possua força negociadora suficiente para pactuar suas condições de emprego da melhor maneira possível para o atendimento de seus interesses. Entretanto, esta não pode ser a visão da autonomia individual do trabalhador quando em relação àquele outro que, pela precariedade de seu emprego ou modalidade do contrato de trabalho, carece de poder negociador por si mesmo. Neste último caso, a autonomia individual servirá de máscara e apenas dará cobertura formal à determinação pejorativa das condições de exercício dos direitos fundamentais do trabalhador, impostas de maneira unilateral pelo empregador.

Assim, a análise há de ser feita caso a caso, apreciando se a cláusula figura expressamente no contrato, com redação clara, sem vícios de consentimento, fixada com tempo definido, preferencialmente para atos concretos (o que, na prática, entretanto, causaria graves empecilhos em um contrato de trabalho por prazo indeterminado), hipóteses em que, ainda assim, deverá ser interpretada restritivamente. Por seu turno, as cláusulas devem ser vistas com reticências quando impostas genericamente nos contratos (para todos os empregados), fixadas em abstrato ou *pro futuro* ou, ainda, quando manifestamente não haja uma contrapartida em favor do trabalhador, situação que equivalerá a uma imposição pelo empregador, quando será tratada da forma como são vistas as restrições impostas por este, tornando, neste caso, irrelevante o consentimento específico do obreiro.

De qualquer sorte, vale registrar que, ainda que todos os critérios/requisitos antes enumerados restem atendidos, sempre será inadmitido na relação de trabalho o consentimento em limitações impostas aos direitos fundamentais que não tenham relação direta com a atividade objeto da relação laboral. Assim, há que se verificar o próprio objeto do contrato e em que medida este, de acordo com parâmetros de boa-fé, exige ou pode exigir, implícita ou explicitamente, a limitação de determinado direito fundamental para a satisfação do interesse que levou as partes a contratar. Neste caso, o consentimento ou teria efeitos meramente declaratórios – se se trata

de uma limitação necessária para o desenvolvimento da atividade laboral, situação em que, ainda que falte o consentimento expresso, a limitação seria legítima –, ou poderia ter o efeito de concretizar uma restrição que, sem ser necessária, fosse, contudo, exigível no marco daquela específica atividade.

Ademais, entendemos igualmente que não deve ser admitido o consentimento nas restrições àqueles outros direitos, relativos a bens que, como já visto, ainda que pessoais, constituem simultaneamente valores comunitários ou a estes estão intimamente associados, a exemplo dos direitos à vida, cidadania e sigilo de voto, salvo quando, em relação aos dois primeiros, as restrições sejam inerentes à própria atividade laboral pactuada, de modo que, entre os limites específicos e adicionais a que os direitos fundamentais dos trabalhadores estão sujeitos, se encontra a natureza da relação de trabalho. Assim, está implícita no desempenho de certas atividades a restrição ao exercício de determinadas faculdades de alguns direitos fundamentais.

É o que se dá com a integridade física de policiais ou a liberdade religiosa dos padres da Igreja Católica, a liberdade ideológica dos empregados de empresas de tendência (v.g. ONGs voltadas ao tratamento de questões raciais, escolas religiosas), empregados contratados para experimentar drogas farmacêuticas em fase de teste, entre outros que são restritos pela própria natureza da atividade.

Vale ressaltar, entretanto, que, mesmo em se tratando deste tipo de limitação, inerente à própria natureza da atividade laboral pactuada, temos que a interpretação restritiva que se exige em relação ao ato de disposição de faculdades próprias ao exercício de um direito fundamental deve ser mantida, ainda quando, frise-se, estes limites estejam implícitos na própria relação de emprego.

REFERÊNCIAS

ALEMANHA. *Constituição da Alemanha, de 23 de maio de 1949*. Disponível em: <https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80206000.pdf>. Acesso em: 25 ago. 2020.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2001.

BRASIL. *Decreto-Lei n. 5.452, de 1º de maio de 1943*. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm. Acesso em: set. 2020.

BRASIL. *Lei n. 9.307, de 23 de setembro de 1996*. Dispõe sobre a arbitragem. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19307.htm. Acesso em: 21 ago. 2020.

BRASIL. *Lei n. 14.020, de 6 de julho de 2020*. Dispõe sobre o Programa Emergencial de Manutenção do Emprego e da Renda; dispõe sobre medidas complementares para enfrentamento do estado de calamidade pública reconhecido pelo Decreto Legislativo n. 6, de 20 de março de 2020, e da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/L14020.htm. Acesso em: 21 ago. 2020.

CANARIS, Claus Wilhelm. *Direitos fundamentais e direito privado*. Traduzido por Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo Mota Pinto. Coimbra: Almedina, 2003.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MACHADO, Jónatas. *Reality shows e liberdade de programação*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003.

- CLAPHAM, Andrew. *Human rights in the private sphere*. Oxford: Clarendon Press/New York: Oxford University Press, 1993.
- FERRAJOLI, Luigi. *Los fundamentos de los derechos fundamentales*. Madri: Editorial Trotta, 2001.
- GRAU, Antonio Baylos. *Derecho del trabajo*. Contrato individual. Albacete: Editorial Bomarzo, 2009.
- HESSE, Konrad. *Derecho constitucional y derecho privado*. Trad. e introd. de Ignacio Gutiérrez Gutiérrez. Madrid: Civitas, 1995.
- MARTEL, Leticia de Campos Velho. Indisponibilidade de direitos fundamentais: conceito lacônico, consequências duvidosas. *Revista Espaço Jurídico*, Joaçaba, v. 11, n. 2, p. 334-373, jul.-dez. 2010.
- MENDES, Laura Schertel Ferreira. Um debate acerca da renúncia aos direitos fundamentais: para um discurso dos direitos fundamentais como um discurso de liberdade. *Direito Público*, Porto Alegre, v. 4, n. 13, p. 121-133, jul.-ago.-set. 2006.
- NOVAIS, Jorge Reis. *Renúncia a direitos fundamentais*. In: *Perspectivas constitucionais nos 20 anos da constituição portuguesa de 1976*. Organização de Jorge Miranda. v. I. Coimbra: Coimbra Editora, 1996. p. 263-335.
- PRATA, Ana. *A tutela constitucional da autonomia privada*. Coimbra: Almedina, 1982.
- UBILLOS, Juan María Bilbao. *La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares*. Análisis de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997.
- ZIPPELIUS, Reinhold. *Teoria geral do Estado*. 3. ed. Trad. Karin Praefke-Aires Coutinho. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.