

UNIVERSIDADE DE PASSO FUNDO
FACULDADE DE DIREITO

Ana Paula Fernandes Guimarães

A APLICABILIDADE DO CONTRADITÓRIO E DA
AMPLA DEFESA PREVIAMENTE À DESPEDIDA POR
JUSTA CAUSA

Passo Fundo

2016

Ana Paula Fernandes Guimarães

A APLICABILIDADE DO CONTRADITÓRIO E DA
AMPLA DEFESA PREVIAMENTE À DESPEDIDA POR
JUSTA CAUSA

Monografia Jurídica apresentada ao curso de Direito, da Faculdade de Direito da Universidade de Passo Fundo, como requisito para a obtenção do grau de bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais sob orientação do Professor Mestre Ipojucan Demétrius Vecchi.

Passo Fundo

2016

Ana Paula Fernandes Guimarães

A aplicabilidade do contraditório e da ampla defesa previamente à
despedida por justa causa

Aprovada em ____ de _____ de _____.

BANCA EXAMINADORA

Professor Mestre Ipojucan Demétrius Vecchi - UPF

Professor _____ - UPF

Professor _____ - UPF

AGRADECIMENTOS

Sou grata em primeiro lugar a Deus, que me iluminou e me deu forças para que nunca desistisse do meu sonho. Pelo aprendizado e superação nos momentos difíceis, assim como pelas vitórias ao longo da minha vida acadêmica.

Meus agradecimentos ao Professor Mestre Ipojucan Demétrius Vecchi pela paciência, compreensão e por todo conhecimento compartilhado.

Aos meus pais João Batista e Maria Aparecida, que apesar da distância física nunca deixaram de me apoiar, lembrando sempre de me apresentar em suas orações.

À minha irmã Ana Cristina, por todo carinho, pela amizade e pelas palavras de incentivo quando minhas forças precisaram ser renovadas.

Ao meu esposo Guilherme, por toda paciência, carinho e pelo amor.

À empresa Italac Alimentos, nas pessoas do Sr. Alexandre, Sr. Márcio, Sr. Uelton e Sra. Sandra, pelo incentivo, pela confiança e pela oportunidade de aprendizado.

RESUMO

Sendo a extinção do contrato do trabalho na modalidade “justa causa”, a maior pena que o empregador poderá aplicar na relação laboral, ainda assim, esse tipo de término do contrato é admitido pela doutrina e jurisprudência tradicionais, sem a obrigatoriedade do devido processo legal (contraditório e ampla defesa). Somente nos casos em que o empregador se obrigou através de regulamento que preveja tal procedimento (Súmula 77 TST), é que se exige oportunizar o direito do devido processo legal, previamente à despedida por justa causa. O Direito do Trabalho surgiu da necessidade de estabelecer uma relação laboral mais justa, pois nesse contrato jurídico, uma das partes (empregado) é subordinada e na maioria das vezes dependente economicamente da outra, enquanto o empregador é hierarquicamente superior e dotado do poder empregatício. Diante dessa realidade, surge o questionamento acerca da possibilidade da aplicabilidade do princípio do devido processo legal (contraditório e ampla defesa) na relação laboral, principalmente na despedida por justa causa. A presente pesquisa demonstrou que a aplicação da justa causa, sem oportunizar ao empregado o direito de se defender e rebater as acusações que lhe são imputadas, ferem princípios e direitos constitucionais. O método de abordagem caracteriza-se como dedutivo, sendo que parte do geral para o particular, utilizando uma cadeia de raciocínios em conexão.

Palavras-chave: Contrato de trabalho. Devido Processo Legal. Justa causa. Princípios. Poder empregatício.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	6
2 CONTRATO DE TRABALHO E A RESCISÃO POR JUSTA CAUSA.....	8
2.1 Noções.....	8
2.2 Natureza jurídica do contrato de trabalho.....	9
2.3 Caracterização do contrato de trabalho.....	11
2.4 Rescisão do contrato por justa causa e seus impactos.....	14
2.5 Requisitos para admissão da justa causa.....	19
3 DIREITOS FUNDAMENTAIS E A EFICÁCIA NA ESFERA PRIVADA.....	22
3.1 Noções gerais direitos fundamentais	22
3.2 Gerações de direitos fundamentais	25
3.3 Aplicabilidade dos direitos fundamentais nas relações privadas.....	28
3.4 Princípios do contraditório e da ampla defesa.....	34
4 O PODER EMPREGATÍCIO E SUAS LIMITAÇÕES.....	39
4.1 Fundamentos do poder empregatício.....	39
4.2 Facetas do poder empregatício e limites tradicionais.....	41
4.3 Devido processo legal como limitador da despedida por justa causa.....	45
5 CONCLUSÃO.....	53
REFERÊNCIAS.....	55

1 INTRODUÇÃO

É nítido atualmente que o poder das empresas privadas sofreu uma forte intensificação - devido à globalização. Poder intensificado com o objetivo de obtenção de lucro a qualquer preço, tendo como meio para alcançar ao seu objetivo o empregado (subordinado). O Direito do Trabalho surgiu com o objetivo de proteger o trabalhador nessa relação desigual, dotada de subordinação e poder.

O trabalho ocupa a maior parte da vida do homem. É através dele que o empregado alcança a sua subsistência e da sua família, o bom ou mau desempenho na relação laboral reflete em todas as esferas da vida do trabalhador (social, familiar, emocional, econômica e física).

A presente pesquisa monográfica analisa o contrato de trabalho, a rescisão por justa causa, os direitos fundamentais e posteriormente o poder empregatício e os seus limites tradicionais, com o objetivo de analisar a aplicabilidade do devido processo legal, previamente a despedida por justa causa, como requisito de legitimação da despedida.

Apesar da obrigatoriedade da observância dos princípios constitucionais na relação de emprego, a doutrina e jurisprudências tradicionais são pacíficas com relação a admissão da despedida por justa causa sem oportunizar ao obreiro o devido processo legal, salvo se o próprio empregador tenha se obrigado, através de regulamento interno (Súmula 77 TST). Surge assim o questionamento quanto à legitimidade da maior pena no âmbito laboral, a despedida por justa causa, com relação a sua admissibilidade sem oportunizar ao empregado o direito do contraditório e da ampla defesa. O método de abordagem da presente pesquisa caracteriza-se como dedutivo, sendo que se parte do geral para o particular, utilizando de uma cadeia de raciocínios em conexão. Partindo da ideia geral de trabalho até adentrar no tema - extinção do contrato de trabalho na modalidade justa causa - demonstrando assim os prejuízos causados na vida do obreiro, também os fundamentos que justificam a aplicabilidade do devido processo legal como limitador da despedida por justa causa.

O presente trabalho tem como objetivo responder o problema jurídico: A demissão na modalidade justa causa, fere princípios constitucionais? Para responder esse problema jurídico e social, a presente monografia estrutura-se em três capítulos. O primeiro capítulo trata do contrato de trabalho, seus objetivos e principais obrigações que decorrem do mesmo. Abordando as características que diferenciam o contrato de trabalho, dos demais contratos na esfera cível. Posteriormente, analisa a rescisão do contrato de trabalho na modalidade “justa

causa”, assim como as faltas que podem ensejar a demissão. Por fim, destaca os impactos da extinção do contrato por justa causa, na vida do trabalhador.

No segundo capítulo, faz uma abordagem das noções gerais dos direitos fundamentais, as gerações de direitos, a aplicabilidade dos direitos fundamentais na esfera privada, o contraditório e ampla defesa como subprincípios do devido processo legal.

O terceiro capítulo finalmente adentra o tema do poder empregatício em suas três facetas (regulamentadora, fiscalizadora e disciplinar), dando ênfase ao poder disciplinar, verificando teorias com relação a sua validade jurídica, assim como a extensão da sua aplicabilidade e limites tradicionais reconhecidos pela doutrina pátria. Por fim, analisa-se o princípio constitucional, o devido processo legal, e subprincípios o contraditório e da ampla defesa, como limitadores da despedida por justa causa.

2 CONTRATO DE TRABALHO E A RESCISÃO POR JUSTA CAUSA

Para se compreender a rescisão do contrato de trabalho na modalidade “justa causa” e os impactos provocados na vida do empregado, é necessário conhecer as bases que alicerçam o contrato de trabalho.

Pretende-se nesse primeiro capítulo, analisar o contrato de trabalho, seus objetivos e principais obrigações, que decorrem do mesmo. Serão abordadas as características que diferenciam o contrato de trabalho dos demais contratos na esfera cível.

Na sequência, analisa-se a rescisão do contrato de trabalho na modalidade “justa causa”, e as faltas que podem ensejar a demissão.

Por fim, destacará os impactos da demissão por “justa causa” na vida social e econômica do empregado. Abordará os requisitos objetivos e subjetivos, para admissão da rescisão do contrato de trabalho na modalidade “justa causa”.

2.1 Noções

Atualmente o Direito do Trabalho é composto de medidas jurídicas que protegem o trabalhador. O objetivo é atenuar as desigualdades sociais, que advêm da diversidade econômica na sociedade. As medidas de proteção jurídicas não protegem do mesmo modo a todos os trabalhadores, destinam-se de preferência aos que prestam serviços sob o vínculo de um contrato específico: o contrato de trabalho (GOMES, Orlando; GOTTSCHALK, Elson, 2012, p. 139).

No entanto, o trabalho humano pode ser objeto de outros contratos, onde uma das partes não necessariamente terá a condição de empregado. Como por exemplo, a empreitada, a sociedade, a parceria, a comissão mercantil. Embora tenham como objeto a atividade do homem, diferenciam-se nitidamente pela natureza do vínculo obrigacional que criam (GOMES, Orlando; GOTTSCHALK, Elson, 2012, p. 139).

O contrato de trabalho é o ato jurídico que provoca uma série de direitos e obrigações entre as partes pactuantes. Esses efeitos obrigacionais incidem tanto sobre a figura do empregador, como também no empregado (DELGADO, 2011, p. 591).

É necessário distinguir o contrato de trabalho dos demais contratos, pois o Direito do Trabalho somente protege os empregados, ou seja, os contratos cujo vínculo seja obrigacional (GOMES, Orlando; GOTTSCHALK, Elson, 2012, p. 139).

O foco do Direito do Trabalho não é todo trabalhador, mas um tipo específico, o empregado. Há diversos tipos de trabalhadores que não estão incluídos no âmbito da proteção do Direito do Trabalho. O entendimento majoritário é que o trabalho que deve receber a proteção jurídica é o trabalho subordinado (NASCIMENTO, Amauri Mascaro; NASCIMENTO, Sônia Mascaro, 2014, p. 157).

Em suma, o contrato de trabalho se diferencia dos demais contratos, por nele incidir direitos dos trabalhadores, que estão expressamente positivados na Constituição Federal. Por esse motivo, é importante diferenciar o contrato de trabalho dos demais contratos.

2.2 Natureza jurídica do contrato de trabalho

Há dois grupos de teorias sobre a natureza da relação jurídica entre empregado e empregador: o contratualismo e o anticontratualismo (NASCIMENTO, Amauri Mascaro; NASCIMENTO, Sônia Mascaro, 2014, p. 159).

O contratualismo considera a relação entre o empregado e o empregador como um contrato, tem como fundamento a vontade das partes, é através da faculdade dos contratantes que se constitui o vínculo jurídico. Autores mais recentes, como por exemplo, Barassi, Ramirez, sustentam a natureza contratual com forte interferência estatal, pois as leis trabalhistas inserem-se automaticamente no contrato, restringindo a autonomia da vontade das partes (NASCIMENTO, Amauri Mascaro; NASCIMENTO, Sônia Mascaro, 2014, p. 159).

A teoria anticontratualismo reúne correntes que negam a natureza contratual do vínculo. A primeira corrente sustenta que a empresa é é um ambiente de trabalho o qual o trabalhador entra para cumprir os objetivos de produção, não existe nesse ambiente margem para a autonomia da vontade, sendo constituído pela simples ocupação do trabalho humano pelo empregador (NASCIMENTO, Amauri Mascaro; NASCIMENTO, Sônia Mascaro, 2014, p. 159-160).

A segunda, sustenta que o vínculo jurídico inicia-se pela admissão do trabalhador na empresa, e não por livre negociação de cláusulas contratuais. A empresa é uma instituição na qual há uma situação estatutária e não contratual, ou seja, o estatuto prevê as condições de trabalho, as quais são dirigidas pelo empregador (NASCIMENTO, Amauri Mascaro; NASCIMENTO, Sônia Mascaro, 2014, p. 160).

A lei brasileira situa-se numa posição intermediária, pois define a relação entre empregado e empregador como um contrato, mas também afirma que o contrato corresponde a

uma relação de emprego (NASCIMENTO, Amauri Mascaro; NASCIMENTO, Sônia Mascaro, 2014, p. 161).

Através do contrato de trabalho surge o vínculo pessoal obrigacional, o envolvimento de uma pessoa em uma organização alheia, ou seja, o trabalho pessoal para atender às necessidades do empregador e da organização, o que justifica o princípio protetor como salvaguarda da defesa dos bens e valores principais do empregado (NASCIMENTO, Amauri Mascaro; NASCIMENTO, Sônia Mascaro, 2014, p. 161).

A pessoalidade não se caracteriza somente pela relação *intuitu personae*, exercida sem delegações para terceiros - pelo próprio empregado, mas também pela proteção da personalidade, da vida, saúde, integridade física e segurança do trabalhador, além das vantagens advindas do contrato de trabalho, como por exemplo, a licença maternidade. Proteção que para o empregado é um direito, e para o empregador é um dever de respeito a esses bens jurídicos (NASCIMENTO, Amauri Mascaro; NASCIMENTO, Sônia Mascaro, 2014, p. 161).

Ainda que se trate de um vínculo no qual o sujeito prestador de serviço tenha necessidades alimentares, que devem ser atendidas pelo salário, não só como contraprestação do trabalho, mas também pela disponibilidade em que se coloca perante a organização. Há uma geração de dever de obediência às ordens do empregador, que não existe nos negócios jurídicos do direito civil, nos quais não há o mesmo poder de uma sobre outra parte do contrato (NASCIMENTO, Amauri Mascaro; NASCIMENTO, Sônia Mascaro, 2014, p. 161).

Em razão de se tratar de um vínculo que se desenvolve em uma organização, diante da inafastabilidade do trabalho e da pessoa que trabalha, surge a necessidade de proteção ao trabalhador, na defesa patrimonial do salário e moral da sua dignidade. Assim como a necessidade da organização em zelar por esses mesmos valores (NASCIMENTO, Amauri Mascaro; NASCIMENTO, Sônia Mascaro, 2014, p. 162).

A relação de trabalho deve ser o mais informal possível, levando-se em conta as suas peculiaridades e diversidade de situações em que se apresentam nas empresas. Portanto, está-se diante de um vínculo informal, não há necessidade de um documento solene para que o empregado seja judicialmente reconhecido como tal. A CLT em seus artigos 442 e 443 admite diversas formas de reconhecimento do vínculo (NASCIMENTO, Amauri Mascaro; NASCIMENTO, Sônia Mascaro, 2014, p. 162).

Ensina Delgado:

Pelo ajuste tácito o contrato revela-se em faze de um conjunto de atos (e certas omissões) coordenados pelas partes, indicativos da presença de uma pactuação empregatícia entre elas, sem que exista um instrumento expreso enunciador dessa pactuação (2011, p. 505).

Assim, dentre os grupos de teorias, o contratualismo que considera a relação de emprego um contrato, e anticontratualismo que sustenta que o vínculo é estatutário e não contratual, nesta questão a lei brasileira situa-se numa posição intermediária. A relação de emprego é informal, portanto, não há necessidade de um documento solene para que a relação laboral seja judicialmente reconhecida.

2.3 Caracterização do contrato de trabalho

Afirma-se que o alicerce do contrato de trabalho é a existência de uma dependência de uma das partes, o que não se encontra, pelo menos tão evidente, nos demais contratos de atividade. Essa dependência seria inerente do contrato de trabalho, seu traço característico. Se um contrato tem como objetivo a atividade de uma pessoa, tendo uma situação de dependência de um sujeito para com o outro, o contrato será de trabalho (GOMES, Orlando; GOTTSCHALK, Elson, 2012, p. 140).

A subordinação é evidente na administração da empresa é facilmente percebida nos operários de um fábrica trabalhando nas máquinas sob a fiscalização de um gestor, marcando os seus horários de trabalho e recebendo seus salários. A subordinação se torna mais tênue nos cargos mais elevados, há diretores que têm subordinação leve, quase imperceptível, porém, a subordinação segue presente, menos visível mas ainda existente (NASCIMENTO, Amauri Mascaro; NASCIMENTO, Sônia Mascaro, 2014, p. 176).

Mesmo que haja uniformidade de pensamento quanto a dependência como caracterização da relação de trabalho, há divergências que se manifestam entre os doutrinadores, quanto a qualificação dessa dependência. Surgiu de tais divergências diversidades de critérios sugeridos, para qualificar a subordinação do trabalhador. Os critérios são: a) **subordinação jurídica ou dependência hierárquica**; b) **dependência econômica**; c)

dependência técnica; d) dependência social (GOMES, Orlando; GOTTSCHALK, Elson, 2012, p. 141).

A subordinação jurídica: no âmbito de suas atividades, o empregado deve se deixar guiar e dirigir de modo que as suas energias sejam conduzidas segundo os fins desejados pelo empregador. Ao poder de comando do empregador, corresponde o dever específico do empregado de obedecer. Nesse sentido o poder de comando seria o aspecto ativo, e o dever de obediência o passivo da subordinação jurídica (GOMES, Orlando; GOTTSCHALK, Elson, 2012, p. 142).

Nesse sentido:

Desse modo, o empregado não é, como o empreiteiro, por exemplo, um trabalhador autônomo; não trabalha o tempo que quer, não executa o serviço como lhe convém; toda a sua atividade profissional está condicionada às determinações daquele que a remunera. Esta subordinação é de natureza jurídica. A relação de trabalho subordinado encontra a sua causa determinante no acordo inicial das partes, isto é, no encontro de duas vontades: a do empregador e a do empregado. O encontro dessas vontades particulares determina o nascimento da relação, na qual são aceitas, desde o início, as previsíveis consequências: a mais importante e onerosa é a situação de subordinação. O pressuposto do acordo de vontades está normalmente, à base da relação de trabalho (GOMES, Orlando; GOTTSCHALK, Elson, 2012, p. 142).

A dependência econômica: para outros, o traço que caracteriza o contrato de trabalho seria a dependência econômica que o trabalhador têm com relação ao empregador. Condição de que alguém, para poder subsistir, está dependendo exclusivamente da remuneração que recebe da pessoa para quem trabalha. Portanto, quem vive unicamente da remuneração do trabalho que presta a outrem, está em estado de dependência econômica (GOMES, Orlando; GOTTSCHALK, Elson, 2012, p. 143).

O critério da dependência econômica é inaceitável, em razão de basear-se na análise da situação socioeconômica em que se encontra uma das partes. Tanto pode haver dependência econômica sem contrato de trabalho, como também pode existir contrato de trabalho sem dependência econômica. O critério falha à sua finalidade, pois não pode ser elemento característico de um contrato de trabalho (GOMES, Orlando; GOTTSCHALK, Elson, 2012, p. 144).

A dependência técnica: o contrato de trabalho contempla no ponto de vista social, imperfeições que a lei tende a remediar. Essa imperfeição advém principalmente da dependência técnica do trabalhador. Em razão dessa circunstância, a noção de dependência econômica passa para um segundo lugar, desempenhando um papel acessório que vem reforçar o estado de dependência técnica (GOMES, Orlando; GOTTSCHALK, Elson, 2012, p. 146).

O empregado não tem liberdade para exercer a sua atividade profissional, é um trabalhador subordinado aos critérios técnicos estipulados pelo empregador. A dependência técnica não é essencial para a caracterização da relação de emprego, é uma das formas de dependência hierárquica ou subordinação jurídica do empregado, portanto, não é um critério autônomo. Por isso, não se pode falar de dependência técnica, como um critério para caracterizar o contrato de trabalho (GOMES, Orlando; GOTTSCHALK, Elson, 2012, p. 146-147).

A dependência social: esse critério foi uma formula criada para fundir os critérios de subordinação jurídica e dependência econômica, em um critério mais amplo. Defensores do critério dependência econômica reconheceram a sua insuficiência para caracterizar todas as situações jurídicas oriundas do contrato de trabalho, verificaram que a dependência econômica implica a subordinação. Por esse motivo, combinaram as duas modalidades de dependência nesse critério vago, denominado de dependência social (GOMES, Orlando; GOTTSCHALK, Elson, 2012, p. 147).

A dependência econômica do trabalhador existe em termos gerais, por isso a dependência social, não pode ser considerada um critério autônomo para reconhecimento do contrato de trabalho. Um dos efeitos da inferioridade econômica do trabalhador é a subordinação jurídica (GOMES, Orlando; GOTTSCHALK, Elson, 2012, p. 147).

A noção de dependência social não é autônoma, pois, funde a dependência econômica e jurídica, portanto, não satisfaz como critério (GOMES, Orlando; GOTTSCHALK, Elson, 2012, p. 148).

De todos os critérios analisados, nenhum se avanteja da subordinação jurídica, ou hierárquica. Os demais critérios têm o objetivo de caracterizar o contrato de trabalho, com elementos que não são dependentes, mas provem da própria subordinação hierárquica. Além de examinar a condição social e econômica do trabalhador; indivíduos que trabalham não têm necessariamente a mesma situação econômica e social. É possível que também sejam celebrados contratos distintos, como por exemplo, o empreiteiro, ainda que economicamente

esteja em situação igual ou inferior ao operário, nem por isto é sujeito de um contrato de trabalho (GOMES, Orlando; GOTTSCHALK, Elson, 2012, p. 149).

Concluí-se que a caracterização do contrato de trabalho se dá através da subordinação do empregado, combinada com o poder empregatício do empregador. O Direito do Trabalho nasceu com o objetivo de balancear essa relação.

O próximo tópico passe-se a analisar a rescisão do contrato, através da modalidade justa causa, e seus impactos na vida do trabalhador.

2.4 A rescisão do contrato por justa causa e seus impactos

O contrato de trabalho, assim como toda a modalidade contratual, pode ser extinto por várias razões. No caso do contrato do trabalho, as consequências dessa possibilidade não se restringem ao âmbito econômico, mas têm um relevante aspecto social. Se o empregador na contratação de um empregado faz parte dos planos de ampliação do seu patrimônio, para o empregado na maioria das vezes, a relação de trabalho representa a sua capacidade de sustentar a si próprio, e aqueles que dele dependem (HINZ, 2006, p. 138).

Sendo o trabalho um modo de inserção do indivíduo na sociedade, o emprego acaba tendo efeitos nefastos também face à família do empregado. Diante dessa realidade, vige no direito individual do trabalho o princípio da continuidade da relação de emprego, previsto no art. 7º da CF, estabelece as seguintes presunções: o contrato de trabalho foi celebrado por prazo indeterminado; o contrato se encontra vigente; eventual dispensa do empregado se deu sem justa causa. Portanto, em face destas presunções deverá o empregador dispor de provas em contrário, art. 818 da CLT, Súmula 212 TST (HINZ, 2006, p. 139).

A rescisão do contrato de trabalho é o modo de dissolução em que cessa a eficácia pelo consentimento, de ambas as partes, independentemente de intervenção judicial. Pode ser bilateral ou unilateral, em comum acordo, ou contra a vontade de uma das partes (NASCIMENTO, Amauri Mascaro; NASCIMENTO, Sônia Mascaro, 2014, p. 382).

A previsão ou não da duração do tempo tem relevante importância no contrato de trabalho. Prazo indeterminado, é a regra geral a ser seguida, sendo o prazo determinado a modalidade de contrato excepcional. Essa divisão entre os contratos por prazo indeterminado e prazo determinado é a mais importante, pois a configuração de uma ou outra modalidade, afetará os efeitos do contrato no que tange a interrupção e suspensão do contrato, como aos

direitos que possam vir a ser adquiridos, ou das parcelas que devam ser pagas no término do contrato (VECCHI, 2009, p.501, 502).

Cada uma das causas de ruptura do pacto laboral corresponde a uma modalidade de extinção contratual, tendo efeitos rescisórios distintos. Efeitos que estendem-se desde o leque mais largo de parcelas rescisórias devidas ao empregado, até leque mais exíguo possível, em que o empregador apenas tem obrigação de quitar as parcelas contratuais já vencidas, comunicar a ruptura do contrato e conferir a “baixa” na CPTS caso de dispensa por justa causa operária (DELGADO, 2011, p. 514).

Quando a despedida se dá por justa causa nenhuma indenização é devida, persiste ao empregado o saldo existente na conta vinculada do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço, no entanto, indisponível para movimentação (GOMES; GOTTSCHALK, 2012, p. 383).

A extinção do contrato de trabalho por justa causa do empregado, tem como pressuposto que o empregado não tenha nenhuma estabilidade, que imponha ao empregador o ajuizamento de ação para o rompimento contratual. Quando o empregado tem estabilidade, existe necessidade de ajuizamento de uma ação judicial (VECCHI, 2009, p.265).

Nesse sentido ensina Nascimento:

A justa causa atua de dois modos em função da dispensa. Em se tratando de empregado estável, é o fator autorizante da ruptura contratual. Em se tratando de empregado sem estabilidade, prejudicará o direito de reparações econômicas e que tem direito o empregado despedido imotivadamente (2014, p. 404).

A justa causa pode ser definida como todo ato faltoso grave, praticado por uma das partes que legítima a outra a rescindir o contrato, sem ônus para o denunciante. Vamos deter a atenção ao sentido restrito de “justa causa” para extinção do contrato, ou seja, analisar os motivos disciplinares que podem levar o empregador a despedir o empregado, sem ter de arcar com vários ônus incidentes, no caso de despedida sem justa causa (VECCHI, 2009, p.266).

A justa causa se constitui, portanto, pela prática de uma infração. Mas nem toda infração ou ato faltoso configura justa causa, para a rescisão, é necessário que esse ato se revista de gravidade como será analisado (GIGLIO, 2000, p. 12).

A doutrina aponta três requisitos para que a infração venha a configurar justa causa: **gravidade, atualidade e nexó etiológico** (ou relação causa-efeito) (GIGLIO, 2000, p. 47).

O legislador trabalhista brasileiro enumerou os motivos que podem levar a despedida por justa causa, nesse sentido só podem ser invocados os motivos relacionados em lei, e nenhum outro, para justificar a rescisão. Portanto, um princípio semelhante ao vigente no Direito Penal: não há justa causa sem previsão legal expressa (GIGLIO, 2000, p. 13).

O poder disciplinar atribuído ao empregador, autoriza-o a punir o empregado que comete uma falta, contudo este poder é limitado pela noções de justiça, pressupõe seu uso moderado. Por essa razão, o empregador poderá ser responsabilizado pelo abuso do poder de comando que causar injustiças e prejuízos ao trabalhador (GIGLIO, 2000, p. 15).

O art. 482 da CLT lista situações que podem levar a dispensa por justa causa, conforme Henrique Macedo Hinz, 2006, p. 153:

- a) Ato de improbidade. É a conduta que provoque dano ao empregador ou terceiro, tendo o empregado por objetivo obter vantagem pessoal.
- b) Incontinência de conduta ou mau procedimento. Na primeira, há conduta culposa do empregado, a qual atinge a ordem moral, do ponto de vista sexual, e vem a prejudicar o ambiente de trabalho; o mau procedimento também é conduta culposa do empregado, a qual atinge a moral, mas não tem conotação sexual.
- c) Negociação habitual. É a hipótese em que o empregado faz concorrência desleal com o empregador, ou que, sem essa concorrência, acaba afetando o desenvolvimento da atividade na empresa.
- d) Condenação criminal. Para justificar a extinção contratual, deverá ser cumprida pelo empregado, afastando a possibilidade física de ele cumprir suas obrigações contratuais. Não há necessidade que a condenação penal tenha origem em ato praticado no local de trabalho.
- e) Desídia no desempenho das funções. Ocorrerá quando o empregado se mostrar negligente ou relapso nas suas atividades junto ao empregador.
- f) Embriaguez habitual. Pode decorrer do consumo de álcool ou de outras substâncias, mas precisa afetar o ambiente de trabalho ou o cumprimento das obrigações pelo empregado.
- g) Violação de segredo de empresa. Ocorre quando o empregado transmite a terceiros informações de seu empregador, independentemente de serem concorrentes deste.
- h) Ato de indisciplina ou insubordinação. A indisciplina significa o descumprimento de regras oriundas do empregador, que devem ser obedecidas por todos os empregados; a insubordinação se dá quando o empregado descumpra ordens pessoais que lhe foram dadas pelo empregador.
- i) Abandono de emprego. É causa de extinção do contrato de trabalho por manifestação tácita de vontade do empregado.

- j) Ato lesivo da honra ou da boa fama, ou agressão física, praticados contra qualquer pessoa, que se dá com a ocorrência de injúria, calúnia ou difamação, praticados pelo empregado contra colegas ou terceiros; não se tipifica se tratar de legítima defesa.
- k) Ato lesivo da honra ou da boa fama, ou agressão física, praticados contra o empregador ou superiores hierárquicos; não se tipifica se tratar de legítima defesa.
- l) Prática constante de jogos de azar, praticada no próprio local de trabalho.

O art. 482 parágrafo único, consta ainda como justificadora da extinção contratual por justa causa, a prática de atos atentatórios à segurança nacional, figura revogada pela Constituição Federal, pois, não admite prisão administrativa, exceto nos casos que elenca. Outras condutas que podem ensejar a despedida por justa são previstas na mesma Consolidação, como a recusa injustificada de observação das normas de segurança e saúde no trabalho, prevista no art. 158, parágrafo único, da CLT, a recusa à execução de serviço de ferroviário nos casos de acidente ou urgência (CLT, art. 240, parágrafo único), desempenho insuficiente do aprendiz (CLT, art. 433, I e III) e abstenção contumaz do bancário ao pagamento de dívidas (CLT, art. 508) (HINZ, 2006, p. 153).

Na análise concreta dos atos que ensejam justa causa, devem ser avaliados os aspectos subjetivos ligados à pessoa do empregado, que podem influenciar diretamente na caracterização ou não, do ato faltoso (VECCHI, 2009, p. 267).

A justa causa consubstancia basicamente razão suficiente para que o empregador possa romper o vínculo contratual, sem quaisquer ônus. Assim exercita o poder disciplinar, em grau máximo. E a maior punição do empregado faltoso, como reflexo do ato praticado ou da omissão, perde o emprego, além de vários outros direitos oriundos da relação de emprego (CAMINO, apud VECCHI, 2009, p.266).

O emprego é, em regra geral, o único meio de subsistência do trabalhador, a extinção dessa fonte de rendimentos pode causar danos ao obreiro. Não apenas danos materiais, mas também danos imateriais, tais como o abatimento moral, a dificuldade de adaptação em outra empresa, frustração, a desorganização da vida familiar, o rompimento de amizades, a insegurança psicológica e a perda de crédito, além de um dano especificamente trabalhista (GIGLIO, 2000, p. 2).

Em razão da despedida por “justa causa” ser a maior pena que o empregador poderá fazer uso, o poder disciplinar deve ser limitado pelo bom-senso e o ideal de justiça, deve existir uma proporcionalidade entre o ato faltoso e a punição, aplicando o empregador as penas menos

severas para as infrações mais leves, reservando assim a despedida para faltas mais graves (GIGLIO, 2000, p. 16).

O empregado, por definição, presta serviços subordinados a um empregador, que por sua vez tem a obrigação de remunerá-los. Há uma equivocada aparência de equivalência entre os serviços e a contraprestação salarial. Os descansos assegurados pela legislação ao trabalhador (dentro da jornada, entre duas jornadas, semanal e anual), tem como objetivo possibilitar-lhe a recuperação das energias despendidas no trabalho. De fato há recuperação, mas não total. O potencial de trabalho diminui com o decurso do tempo, e se esgota ao atingir a idade propecta. A diminuição da capacidade laboral sofre efeitos diretos do tempo de serviço, e não é ressarcida pela remuneração. Surge deste motivo o cabimento de uma indenização por tempo de serviço, para compensar a perda do emprego (GIGLIO, 2000, p. 2,3).

No entanto, as consequências da aplicação da dispensa por justa causa têm efeitos mediatos nos direitos adquiridos, em razão do tempo da relação de emprego. Conforme explica Aristeu de Oliveira, p. 633, o empregado deixará de ter direito a receber:

1. Aviso-prévio (art. 487 da CLT). 2. Férias proporcionais (art. 147 da CLT e Súmula 171 do TST). 3. **Acréscimo** sobre férias (mínimo de 1/3) (art. 7º, inciso XVII da CF). 4. 13º salário (art. 3º da Lei no 4.090/62). 5. **40%/50%*** do FGTS, art. 18, § 1º da Lei no 8.036/90.

A doutrina é unânime em atribuir ao desligamento do empregado um direito potestativo do empregador, no sentido a pôr fim à relação de emprego, independente da manifestação volitiva do empregado. Este apenas toma conhecimento da rescisão para que esta produza seus efeitos. O emprego, em regra geral, é único meio de subsistência do trabalhador, a extinção dessa fonte de rendimentos poderá acarretar-lhe danos (GIGLIO, 2000, p. 3).

Por fim, concluí-se que através da dispensa por justa causa, o empregador pode se exonerar do pagamento de parcelas oriundas da relação de emprego, evidentemente causando um impacto negativo imensurável ao trabalhador e conseqüentemente a sua família. No próximo item serão abordados os requisitos para a admissão da despedida por justa causa.

2.5 Requisitos para admissão da justa causa

A estrutura da justa causa é composta por alguns elementos subjetivos e objetivos. O elemento subjetivo é a culpa do empregado, não será admissível a responsabilização se ele não agiu com dolo (NASCIMENTO, Amauri Mascaro; NASCIMENTO, Sônia Mascaro, 2014, p. 416).

Somente se ficar configurada a efetiva participação do trabalhador, na ação ou emissão positivada, surge a possibilidade de exercício do poder punitivo. O requisito dolo ou culpa, é de grande relevância. Só será legal o exercício do poder punitivo, se a conduta do empregado não tiver sido intencional, ou ao menos oriunda de imprudência, negligência ou imperícia (DELGADO, 2011, p. 1132).

A intenção e a culpa têm de ser examinadas no caso concreto, considerando o nível de escolaridade, seu segmento de atuação profissional, seu nível socioeconômico, assim como outros aspectos subjetivos relevantes. Pois, a intenção dolosa ou conduta culposa podem variar em função da maior simplicidade na formação pessoal, escolar e profissional (DELGADO, 2011, p. 1132).

Dessa forma,

[...] Nem sempre a imperícia pode ser causa ensejadora do exercício do poder disciplinar. Na verdade, raramente o será. É que vigoram no Direito do Trabalho tanto o princípio da direção empresarial sobre o contrato e seu cumprimento, como o da assunção dos riscos contratuais pelo empresário. Ora, o primeiro coloca sob a responsabilidade do empregador a análise da efetiva aptidão obreira para a execução do objeto do contrato (inclusive valendo-se do contrato de experiência), ao passo que o segundo não permite ao trabalhador assumir os riscos do próprios trabalho prestado (DELGADO, 2011, p. 1.132).

A doutrina reconhece alguns requisitos objetivos como condições para caracterização da justa causa: a **atualidade**, a **gravidade** e a **causalidade**. São requisitos que dizem respeito à atuação disciplinar do empregador, motivada por um ato faltoso cometido pelo obreiro.

Atualidade: a justa causa deve ser aplicada imediatamente após a prática da falta, acarretando o seu desligamento de imediato. A rescisão contratual deve ser realizada logo após o conhecimento do ato que tipifica a justa causa, se o empregado cometeu uma falta grave e não foi punido logo após o conhecimento do empregador, entende-se que foi perdoada (OLIVEIRA, 2009, p. 295).

Caracteriza-se por imediato, o exato momento em que a pessoa a qual tem poderes para aplicar punições, toma conhecimento da existência do ato. Mesmo sendo antiga a infração, torna-se atual a partir do momento em que venha a ser conhecida (OLIVEIRA, 2009, p. 295 - 296).

O prazo tido como razoável entre a falta e a punição, não consta expressamente na legislação. No entanto, algumas regras devem ser observadas; primeiro, o prazo não se conta a partir do fato ocorrido, mas do instante do seu conhecimento pelo empregador; segundo, esse prazo pode ampliar-se ou reduzir-se em função da existência, ou não, de algum processo administrativo prévio à efetiva consumação da punição; e finalmente, embora não exista prazo legal prefixado, há um parâmetro máximo fornecido pela CLT; trata-se do lapso temporal de 30 dias (prazo decadencial: Súmula 403, STF) imposto ao empregador para ajuizamento de ação de inquérito para apuração de falta grave, de empregado estável (DELGADO, 2011, p. 1134).

A figura do perdão tácito surge quando ações mais ou menos graves cometidas pelo empregado, o empregador se apresenta omissivo, mesmo ciente da ação. O silêncio prolongado do empregador gera presunção de que a conduta foi implicitamente perdoada. A presunção de incidência do perdão tácito é gerada pela falta de imediaticidade (DELGADO, 2011, p. 1134).

Gravidade: a falta para ensejar a despedida por justa causa deve ser grave, não sendo grave não será juridicamente reconhecida. Uma falta leve não pode configurar como justa causa. Falta grave é aquela cometida pelo empregado que ultrapasse os limites máximos de tolerância, chegando ao extremo de não ter mais condições de permanecer com a relação de empregado. Um ato grave é apto a produzir o desligamento por justa causa, com o efeito, o não pagamento de valores discriminados nos itens da rescisão do contrato de trabalho (OLIVEIRA, 2009, p. 296).

A falta e a penalidade devem ter correspondência substantiva, ou seja, conduta infratora e punição aplicada devem ser adequadas, proporcionalidade entre a falta e a punição. Deverão ser analisadas em conjunto pelo operador jurídico, a adequação e a proporcionalidade (DELGADO, 2011, p.1133).

Causalidade: o motivo ou a causa da justa causa deve preceder o desligamento, e ser determinada com muita precisão. Não é aceitável que o empregador puna um ato faltoso duplamente. Exemplo, um empregado é punido disciplinarmente com suspensão, e posteriormente é proibido de reiniciar suas atividades em razão do mesmo fato. Se o empregado reiterar as faltas no trabalho sem justificativa sendo suspenso, e ao voltar da suspensão, continua

faltando ao serviço sem justificativa, não há no caso dupla punição, mas continuidade de atos faltosos (OLIVEIRA, 2009, p. 296).

Não se pode fazer uso de uma falta recém ocorrida para punir-se infração anterior não punida, a vinculação entre a infração e a pena deverá ser direta. Se não houver efetivo nexo causal, entre a falta e a punição, como por exemplo, empregador deixa acumular infrações para então aplicar punição mais grave, tenderá a ficar comprometido o nexo causal (DELGADO, 2011, p.1133).

Conforme afirma Nascimento, os requisitos objetivos são a gravidade no ato do empregado, não há justa causa se a ação ou omissão for insignificante; o imediatismo da rescisão, sob ônus de poder desaparecer a justa causa, comprometida pelo perdão tácito em razão da falta de atualidade da dispensa, com relação ao conhecimento do fato pelo empregador; o nexo de causa e efeito, ou seja, a causalidade entre a justa causa e a dispensa (2014, p. 416).

Assim a atualidade, a gravidade e a causalidade, são requisitos para reconhecimento da caracterização da justa causa. No entanto somente é legal a justa causa, se ficar configurada a efetiva participação do empregado na ação.

Após a análise do contrato de trabalho e a rescisão por justa causa, concluí-se que a relação laboral é caracterizada pela subordinação do empregado, contrapondo-se a superioridade hierárquica do empregador. Usando do seu poder empregatício na faceta disciplinar, o empregador poderá rescindir o contrato de trabalho alegando justa causa. Uma vez caracterizada a justa causa, o empregado será privado de diversos direitos adquiridos ao longo da relação laboral.

No próximo capítulo passa-se ao estudo dos Direitos Fundamentais, e a aplicabilidade nas relações privadas.

3 DIREITOS FUNDAMENTAIS E A EFICÁCIA NA ESFERA PRIVADA

Não se pode negar que o trabalho ocupa uma parcela relevante na vida das pessoas humanas. A realização ou o fracasso profissional, têm seus efeitos refletidos diretamente na vida privada do trabalhador.

É através do trabalho que o homem satisfaz suas necessidades básicas, como alimentação, saúde, bem estar social e emocional, é a ponte pelo qual o homem consegue alcançar sua dignidade humana.

Por ocupar um espaço tão importante na vida do indivíduo, não podemos deixar de questionar: a relação de emprego em todos os seus aspectos, principalmente com relação à chamada despedida por justa causa, vem sendo vivenciada sob a ótica dos direitos fundamentais?

O Direito do Trabalho se traduz como produto cultural, reflexo das transformações econômicas e sociais. Pretende-se chegar a uma resposta ao questionamento, abordando neste capítulo, ainda que sucintamente, as noções gerais dos direitos fundamentais, as gerações de direitos, a aplicabilidade dos direitos fundamentais na esfera privada, o devido processo legal como direito fundamental, e por fim, os princípios constitucionais o contraditório e a ampla defesa.

3.1 Noções gerais direitos fundamentais

A expressão “fundamental”, utilizada pelo constituinte traduz a idéia de essencialidade, direitos sem os quais o homem não conviveria, viveria ou sobreviveria, é o rol de princípios informadores de todo o ordenamento jurídico (VASCONCELOS, 2014, p. 121). O entendimento dos direitos fundamentais como normas obrigatórias é reflexo de maturação histórica, assim os direitos fundamentais não são os mesmos em todas as épocas (MENDES; BRANCO, 2011, p.153).

A importância dos direitos fundamentais no direito pátrio pode ser sentida pela leitura do Preâmbulo da Constituição atual, ali deixa claro que a Assembléia Constituinte inspirou seus trabalhos no objetivo de “instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança”. Sendo a Constituição reconhecida como norma suprema do ordenamento jurídico, os valores mais preciosos para a humanidade merecem estar resguardados no documento jurídico com força vinculativa máxima (MENDES; BRANCO, 2011, p. 153).

Por esse motivo, as cartas magnas de diversos Estados passaram a positivardiversas hipóteses de intervenção estatal na sociedade; conjunto de normas que além da proteção do indivíduo, visam a ordem social, cultural e econômica, com o objetivo de redução das

desigualdades sociais, como também o incentivo ao desenvolvimento nacional (DANTAS, 2012, p. 267).

Ensina George Marmelstein:

Direitos fundamentais são normas jurídicas, intimamente ligadas à idéia de dignidade da pessoa humana e de limitação do poder, positivadas no plano constitucional de determinado Estado Democrático de Direito, que, por sua importância axiológica, fundamentam e legitimam todo o ordenamento jurídico (MARMELSTEI, 2008 apud DANTAS, 2012, p. 268).

Em busca de compreender uma justificativa para os direitos fundamentais, verifica-se uma disputa de várias correntes filosóficas-jurídicas: para os *jusnaturalistas*, os direitos do homem são inerentes do direito natural, antecedentes e superiores ao Estado; para os *positivistas*, são faculdades outorgadas pela lei; para os *idealistas* são idéias, princípios abstratos que são transmitidos e acolhidos ao longo do tempo; já para os *realistas* os direitos fundamentais são resultados diretamente ligados as lutas sociais e políticas (MENDES; BRANCO, 2011, p.157).

No entanto,

A consciência da dificuldade de harmonizar as muitas concepções leva alguns a recusar utilidade ao estudo do embasamento filosófico dos direitos fundamentais, entendendo que o problema mais premente está na necessidade de encontrar fórmulas para os proteger (MENDES; BRANCO, 2011, p.157).

Conceituar os direitos fundamentais é uma tarefa difícil, Bobbio lembra que a expressão direito do homem é muito ampla, o que conduz a conceitos abertos, que pouco dizem por si mesmos. Para Vieira de Andrade, em última análise, o ponto característico para definir um direito fundamental seria a intenção de explicitar o princípio da dignidade da pessoa humana. De maneira geral, os direitos fundamentais podem ser considerados como meio de efetivação do princípio da dignidade da pessoa humana (inspira fórmulas para limitação do poder, prevenindo injustiças e arbitrariedade) (MENDES; BRANCO, 2011, p. 158-159).

Assim os princípios fundamentais refletem o princípio da dignidade humana, portanto, o indivíduo deve ser tratado como um fim em si mesmo, o ser humano como a razão de ser do próprio ordenamento, impondo não só ao Estado, mas também a esfera privada o respeito aos

direitos fundamentais, evitando qualquer conduta que degrade a condição humana (DANTAS, 2012, p. 268).

Em análise dos direitos fundamentais consagrados na Constituição, fica evidenciado que a base antropológica se conduz ao homem como pessoa, cidadão, trabalhador, portanto a afirmação da integridade física e espiritual irrenunciável; a integridade do livre desenvolvimento da personalidade, a defesa à autonomia individual e finalmente expressa à dignidade social, e igualdade de tratamento normativo (CANOTILHO, 2003, p. 248-249).

A história aponta o Poder Público como destinatário das obrigações decorrentes dos direitos fundamentais. Os direitos fundamentais surgiram com o objetivo de colocar limites às arbitrariedades e injustiças cometidas pelo Estado, no entanto, tornou-se claro que as forças sociais, como grupos econômicos, poderiam da mesma forma trazer para o homem vários constrangimentos, que se objetiva prevenir contra o Estado. Os motivos que conduziram no passado à programação dos direitos fundamentais, podem agora fundamentar que eles sejam também invocados na esfera privada (MENDES; BRANCO, 2011, p. 199).

O art. 5º, § 2º da Constituição Federal de 1988, estabelece: “os direitos e garantias expressos nesta Constituição, não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”. No âmbito das classificações dos direitos fundamentais, estão os direitos que têm como objeto imediato um bem jurídico específico da pessoa, por exemplo, a vida, a honra, a liberdade física, já as garantias asseguram ao indivíduo a possibilidade de exigir dos Poderes Públicos o respeito aos direitos reconhecidos pela Constituição Federal. Ou seja, as garantias institucionais têm como função, a proteção de bens indispensáveis (MENDES; BRANCO, 2011, p. 192).

Os direitos fundamentais são universais e absolutos, todas as pessoas são titulares, a condição de ser humano é requisito suficiente para a titularidade desses direitos. Além disso, são absolutos no sentido de se situarem no patamar máximo da ordem jurídica, não tolera restrição, no entanto tornou-se pacífico que os direitos fundamentais podem sofrer limitações, quando colidirem com outros valores de ordem constitucional, inclusive outros direitos fundamentais (MENDES; BRANCO, 2011, p. 161-162).

Em suma os direitos fundamentais caracterizam-se como um “manto” de proteção, dos direitos inerentes ao homem. Direitos sem os quais o homem não se desenvolve em sua plenitude. Surgiram de um processo histórico, inicialmente para conter o poder Estatal, se estendendo para o âmbito privado. Esses direitos estão em constante movimento, ampliando-se com a evolução da sociedade.

3.2 Gerações de direitos fundamentais

É imperioso destacar que o termo “gerações” é utilizado para determinar as fases históricas dos direitos fundamentais, não há substituição de direitos. Ou seja, os direitos da segunda geração não substituem e nem são inferiores aos da primeira geração (VASCONCELOS, 2014, p. 125). Os direitos e garantias fundamentais, são pretensões em cada período histórico, nascem a partir da perspectiva do valor da dignidade humana; o rol de direitos fundamentais vem se ampliando conforme as exigências específicas de cada fase histórica (MENDES; BRANCO, 2011, p. 158-159).

Nesse sentido, é importante destacar, tornou-se claro que outras forças sociais, como grupos econômicos, poderiam como o Estado se posicionar como “inimigos” dos direitos fundamentais, causando constrangimentos que se buscavam prevenir contra o Estado. As razões as quais levaram o surgimento no passado, dos direitos fundamentais, atualmente justificam que sejam invocados na esfera privada (MENDES; BRANCO, 2011, p. 199).

Assim, ainda que inicialmente os direitos fundamentais tenham se originado do objetivo de limitar o poder estatal, no decorrer da história tornou-se claro a necessidade de ampliar sua eficácia nas relações entre particulares. Feito essa observação, passe-se a uma breve análise das gerações de direitos.

a) **Primeira Geração:**

Os direitos fundamentais da **primeira geração** são aqueles ligados as liberdades civil e política, protegendo os cidadãos e impondo limites ao Estado. Tiveram início no fim do século XVII, a obrigação do Estado seria a proteção desses direitos, sem interferência arbitrária nas relações sociais, consagrou as liberdades públicas negativas (VASCONCELOS, 2014, p. 128).

Também chamados de liberdades clássicas, ou liberdades negativas, têm como pilar a necessidade de proteger o homem do Estado. Impõem ao Estado um conjunto de prestações negativas, e o dever de abster-se, de respeitar os direitos fundamentais inerentes a própria condição de pessoa humana, como o direito à vida, à liberdade, à propriedade e outros (DANTAS, 2012, p. 276).

Traduzem-se em abstenção dos governantes, originando obrigações de não fazer, não intervir sobre aspectos da vida pessoal do homem. São as liberdades individuais, como a de

consciência, de culto, à inviolabilidade de domicílio, à liberdade de reunião. Contudo o descaso para com os problemas sociais, associado às pressões decorrentes da industrialização, gerou novas reivindicações, impondo ao Estado um papel ativo na realização da justiça social; o ideal de Estado absentéista do Estado liberal não respondia satisfatoriamente às exigências do momento. Assim, surgem os direitos de segunda geração (MENDES; BRANCO, 2011, p. 155).

a) **Segunda Geração:**

Os direitos de **segunda geração** são os relacionados aos direitos sociais, econômicos e culturais. Diferente dos direitos de primeira geração tem como base a idéia de uma prestação positiva do Estado. Se originaram em decorrência da Primeira Guerra Mundial, pois nesse período houve uma estagnação social e econômica, majorando a desigualdade social. O Estado passou a ter obrigação de implementar políticas sociais, de saúde, assistência, e educação. Os cidadãos poderiam exigir prestações sociais no caso de omissão (VASCONCELOS, 2014, p. 128).

Os direitos de segunda geração são fundamentados no princípio da igualdade, o Estado deve agir com o objetivo à obtenção da igualdade substancial, de fato, e não apenas a formal. O reconhecimento de direitos fundamentais nem sempre é suficiente para efetivação destes na prática (DANTAS, 2012, p. 277).

Nessa segunda fase, o princípio da igualdade ganha realce, são os chamados de direitos sociais, por se ligarem a reivindicações de justiça social, dizem a respeito à assistência social, saúde, educação, trabalho, lazer etc. Os direitos sociais de segunda geração estabelecem uma liberdade real e igual para todos, através de medidas corretivas dos Poderes Públicos (MENDES; BRANCO, 2011, p. 156).

b) **Terceira Geração:**

Os direitos de **terceira geração** reforçam a necessidade de proteção a direitos inatos do homem, com o objetivo de proteger a sociedade como um todo. Por esse motivo a necessidade de defesa do meio ambiente, do patrimônio público, do consumidor, trata-se da proteção do corpo social (VASCONCELOS, 2014, p. 128).

Fundamentados no princípio da fraternidade, o dever de respeito aos direitos fundamentais da pessoa como espécie, gênero, não mais como indivíduo. Direitos difusos, cuja

titularidade é de toda a sociedade humana (DANTAS, 2012, p. 277). São concebidos para proteção não só do homem, mas da coletividade, tem-se como exemplo, o direito à paz, ao desenvolvimento, à qualidade do meio ambiente (MENDES; BRANCO, 2011, p. 156).

Importante destacar, que alguns autores mencionam a existência de novas gerações de direitos fundamentais, como por exemplo Paulo Bonavides que defende a existência de direitos fundamentais de quarta geração. Direitos ligados à democracia, à informação e ao pluralismo (DANTAS, 2012, p. 277).

Percebe-se que as fases históricas dos direitos fundamentais são divididas pela doutrina em gerações, uma geração completa a outra. As gerações de direitos fundamentais são frutos da necessidade de proteção de um determinado direito, o qual sofreu maior agressão da sociedade em determinado período da história, ficando assim, nítida a necessidade de proteção, por exemplo os direitos de segunda geração, surgiram após a Primeira Guerra Mundial, nesse período houve uma estagnação social e econômica majorando a desigualdade social.

Além da complementaridade, outro traço marcante é a universalidade, ou seja, a condição de ser humano constitui requisito suficiente para a titularidade dos direitos fundamentais.

Após a análise das gerações de direitos fundamentais passa-se ao estudo da aplicabilidade dos direitos fundamentais nas relações privadas.

3.3 Aplicabilidades dos direitos fundamentais nas relações privadas

Ao logo da história, percebe-se que o Estado não é o único que oprime a capacidade de desenvolvimento do homem, não é o único Ente que impõe relações coativas no cotidiano, as mesmas liberdades estão condicionadas em situações de poderes na esfera privada. Estes poderes poderão ser de índoles diversas, como por exemplo, raciais, eclesíásticos, são variáveis conforme o país, no entanto de um modo geral é comum ter como destaque os poderes econômicos (PELAYO, apud STEINMETZ, 2004, p. 87).

Em abril de 1862, Ferdinand Lassalle, considerado um precursor da social democracia Alemã, proferiu em uma associação liberal-progressista de Berlim, sua conferência sobre a essência da Constituição. Conforme sua tese fundamental, as questões constitucionais não são questões jurídicas, mas sim políticas. Defendeu que a Constituição de um país é o reflexo das

relações de poder nele predominante: 1) poder militar; 2) poder social; 3) poder econômico, representado pela grande indústria e capital; 4) poder intelectual, representado pela consciência e cultura (HESSE, 2009, p. 123).

Wilson Steinmetz, define poder como a capacidade de um sujeito de induzir, determinar ou obrigar o outro a fazer algo, ou ainda, impedir que o faça, em determinado âmbito da sua vida, que por livre arbítrio não o faria, ou não deixaria de fazer; portanto, capacidade de condicionar, restringir, ou eliminar a liberdade de outrem (2004, p. 86-87).

Constantemente a doutrina e a jurisprudência constatam que não é somente o Estado o Ente que causa a maior violação dos direitos fundamentais, mas sim Entes privados, dotados de poder social e econômico. A globalização vem reforçar o poder destes Entes privados, pois impõe restrições ao poder estatal e aumenta o poder privado (VECCHI, 2014, p. 235).

Portanto, poder não é somente fenômeno político e sentido estrito, cuja manifestação se dá nas relações intra-estatais e entre Estado e particulares. O poder é fenômeno social em sentido amplo, porque se manifesta nas múltiplas relações sociais, sejam elas verticais, sejam elas horizontais (STEINMETZ, 2004, p. 89).

O poder sempre esteve presente nas relações privadas do capitalismo, no Direito do Trabalho o poder privado apresenta-se na relação de subordinação em que o trabalhador está diante do empregador (VECCHI, 2014, p. 235). Por esse motivo, os direitos fundamentais não se limitam a aplicabilidade nas relações infra-estatais, e entre o indivíduo e Estado, também tem o objetivo de adentrar nas relações privadas, a fim de preservar os direitos fundamentais do homem (STEINMETZ, 2004, p. 90).

Ferrajoli explica que o direito moderno é uma “técnica de limitação do poder”, poderes públicos e privados devem estar submetidos ao direito, sendo aplicada a proteção dos direitos fundamentais em todas as esferas da vida do ser humano. A maximização do poder seja ele político, econômico, social, ou de qualquer outra espécie, justifica a extensão da proteção (FERRAJOLI apud VECCHI, 2014, p. 239).

Importante mencionar que o problema da eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas, surge como tema somente em algumas situações, pois em outras, existe a aplicação sem questionamentos. Enquanto em algumas circunstâncias não é cabível falar de uma eficácia de determinados direitos nas relações privadas, pois são dirigidos somente em face ao Estado,

como por exemplo, proibição de tribunal de exceção, art. 5º, inciso XXXVII da CF(VECCHI, 2014, p. 239).

Ao abordar a eficácia extrema dos direitos fundamentais, surge o questionamento: de qual forma e intensidade? Tradicionalmente existem duas correntes: a *teoria da eficácia mediata* e a *teoria da eficácia imediata*. Ambas as teorias (eficácia imediata ou mediata), defendem a aplicabilidade dos direitos fundamentais na esfera privada, embora de forma e com intensidade diversas (VECCHI, 2014, p. 241).

A teoria da eficácia mediata, indireta ou horizontal dos direitos fundamentais foi desenvolvida originalmente na doutrina alemã por Guinter Durig em 1956, tornou-se concepção dominante no direito germânico. Para a teoria, os direitos fundamentais não ingressam no cenário privado, é possível nas relações privadas os sujeitos renunciarem a direitos fundamentais. Assim, certos atos contrários aos direitos fundamentais, que seriam inválidos se praticados pelo Estado, podem ser lícitos na esfera do direito privado (SARMENTO, 2004, p. 238).

O fundamento da teoria da eficácia mediata esta baseada no enfraquecimento da autonomia da vontade, segundo seus adeptos a incidência direta dos direitos fundamentais desfigura o Direito Privado ao convertê-lo numa mera concretização do Direito Constitucional. Importaria na outorga de um poder imenso ao Judiciário, pois há um grau elevado de indeterminação das normas constitucionais que consagram os direitos fundamentais (SARMENTO, 2004, p. 239).

Para Canotilho os direitos fundamentais não podem ser usados como uma força controladora das relações privadas, sob pena de representar um confisco substancial da autonomia pessoal (não pode se contrapor ao direito subjetivo público ou privado). O autor adota a linha da teoria da eficácia mediata dos direitos fundamentais, fundamenta que é complexo proibir aos cidadãos aquilo que também é vedado ao Estado. Exemplifica que é difícil argumentar com o princípio da igualdade, no caso de um pai que favorece um filho em relação ao outro através da concessão da quota disponível (2003, p. 1293-1294).

Canotilho salienta que as agressões aos direitos, liberdades e garantias, podem resultar dos poderes privados, trata-se no fundo, de uma problemática geral do “domínio de grupos”, mediante “poder de grupos”, contundo essa problemática vem sendo regulamentada por legislação específica, como a legislação do trabalho (2003, p. 1293-1294).

Hesse fundamenta:

É de se levar em conta que superpor o Direito Constitucional ao Direito Privado pode comportar sensível restrição da autonomia privada e, por isso, uma considerável limitação da liberdade responsável, modificando de forma essencial, portanto, a natureza e o significado do Direito Privado. A vantagem de uma ampla validade e efetividade dos direitos fundamentais paga o preço de uma certa insegurança jurídica e a perda de autonomia do Direito Privado (HESSE, 2009, p. 61-62).

Os princípios são diretrizes do ordenamento jurídico em seu conjunto, os direitos fundamentais, apesar de serem determinantes para a configuração das relações jurídicas privadas, não fundam direito subjetivo algum nessas relações, capaz de exigir uma conduta da outra parte - conforme os direitos fundamentais (HESSE, 2009, p. 60).

A Teoria da eficácia imediata, ou direta, defendida no início na Alemanha por Hans Carl Nipperdey a partir do início da década de 50, nessa teoria embora alguns direitos fundamentais previstos na Constituição Federal vinculem apenas o Estado, outros, podem ser invocados no âmbito das relações privadas, sua oponibilidade seria erga omnes. A justificativa está na constatação de que não é somente o Estado o Ente capaz de aniquilar os direitos fundamentais, mas também Entes revestidos de poderes sociais e terceiros em geral (SARMENTO, 2004, p. 238).

Walter Leisner retomou e desenvolveu a doutrina de Nipperdey, para ele não é admissível que o Direito Privado fique à margem da Constituição e dos direitos fundamentais. A Jurisprudência do Tribunal Federal do Trabalho Alemão adotou a teoria imediata em algumas decisões, cita-se o caso célebre julgado em 1957, quando foi reconhecida a invalidade de uma cláusula contratual que previa a extinção do contrato de trabalho de enfermeiras de um hospital privado, caso estas viessem a contrair matrimônio (SARMENTO, 2004, p. 246).

Bilbao Uribillos autor da obra mais longa e completa sobre a matéria, reconhece a necessidade de se ponderar, caso a caso, o direito fundamental com a autonomia privada, originando uma proteção diferenciada dos direitos fundamentais nas relações privadas. Por outro lado, Pedro de Vegas Garcia, professor de Direito Constitucional da Universidade Complutense de Direito de Madri, defende que a eficácia direta é um instrumento essencial para correção de desigualdades sociais. A teoria mediata é equivocada em confundir liberdade constitucional, com autonomia privada contratual, nesse sentido não existe efetiva liberdade em uma situação de desigualdade entre as partes (SARMENTO, 2004, p. 246).

Na doutrina italiana vários autores se manifestam em favor a teoria imediata ou direta. O primeiro artigo publicado em 1954 destacou que restringir os direitos fundamentais nas relações entre cidadão e Estado, não protege adequadamente a pessoa humana, que esta sujeita a perigos decorrentes da desigualdade e dos poderes sociais (SARMENTO, 2004, p. 246).

Importante abordar, ainda que brevemente, a teoria da convergência estatista (Alemanha) e a teoria stateaction (EUA). A teoria Alemã nega a validade da eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas, fundamentando que atuação dos particulares se dá por uma permissão estatal, se houver violação dos direitos fundamentais, o responsável é o Estado. Já a teoria stateaction, defende a impossibilidade de aplicação dos direitos fundamentais nas relações puramente privadas, sendo permitida a aplicação nas relações somente se os particulares exercerem funções estatais, ou quando é possível imputar ao estado a conduta de um particular ao violar os direitos fundamentais (VECCHI, 2014, p. 240).

Por fim, pode ser citada a posição de alguns autores que negam totalmente o interesse da discussão, pois afirmam que a questão dos direitos fundamentais nas relações privadas deveria ser resolvida pelas leis civis e penais e não pelas leis de patamar constitucional (VECCHI, 2014, p. 240).

Pode se destacar como adepto da teoria da negação da eficácia dos direitos fundamentais nas relações privada, Ernst Forsthoff, ele afirmou que a teoria levaria ao abandono dos métodos clássicos da hermenêutica no Direito Constitucional, com efeitos devastadores para a segurança jurídica. A corrente que negava a eficácia horizontal dos direitos fundamentais na Alemanha praticamente desapareceu, depois de reiteradas decisões do Tribunal Constitucional Federal, reconhecendo a aplicabilidade a partir da década de 50 (SARMENTO, 2004, p. 227).

Após as análises das principais teorias a propósito da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais, finaliza-se com uma breve abordagem da eficácia imediata no direito brasileiro.

Não há dúvida que a Constituição Federal de 1988 é intervencionista e social, tal aspecto fica evidente em seu generoso elenco de direitos sociais e econômicos (art. 6º e 7º CF). É uma Constituição que indica como o primeiro objetivo fundamental, “construir uma sociedade livre, justa e solidária” (art. 3º, I, CF), é convicta que o Estado não é o único adversário dos direitos fundamentais. Nela é consagrado um modelo de Estado Social, portanto, não se baseia, nos mesmos pressupostos ideológicos que sustentaram a separação rígida entre Estado e sociedade

civil, os quais serviram para fundamentar a exclusão dos direitos fundamentais no âmbito das relações privadas (SARMENTO, 2004, p. 279).

A Constituição brasileira é incompatível com a tese adotada nos Estados Unidos, que exclui a eficácia dos direitos fundamentais na esfera privada, também nos parece incompatível com a teoria conservadora da eficácia indireta ou mediata, predominante na Alemanha, na qual a incidência dos direitos fundamentais vai depender da vontade do legislador ordinário. A lei fundamental que embasa a teoria mediata (Alemanha), foi adotada em 1949 após o fim da traumática experiência do nacional-socialismo, neste cenário é de se pressupor que houve grande preocupação do constituinte em edificar um sistema de direitos fundamentais em face de relação do arbítrio estatal (SARMENTO, 2004, p. 279-280).

Ademais, existe um dado fático relevantíssimo, que não pode ser menosprezado: a sociedade brasileira é muito mais injusta e assimétrica do que a da Alemanha, dos Estados Unidos, ou de qualquer outro país do Primeiro Mundo. Segundo estatísticas oficiais, que muitos consideram excessivamente otimistas, o Brasil tem 54 milhões de habitantes vivendo abaixo da linha da pobreza e 15 milhões abaixo da linha da miséria. Tragicamente, somos campeões no quesito da desigualdade social. A elite brasileira é uma das mais atrasadas do mundo, e nossas instituições sociais ainda preservam um ranço do passado escravocrata do país (SARMENTO, 2004, p. 281).

Por si só essas tristes características da sociedade brasileira justificam um reforço na proteção dos direitos fundamentais, no âmbito privado. Não hesitamos em afirmar, a eficácia dos direitos fundamentais na esfera privada é direta e imediata, no ordenamento jurídico brasileiro (SARMENTO, 2004, p. 281).

Aos que possa mencionar sobre alguma perda de segurança jurídica ligada a eficácia direta, cumpre lembrar que a segurança não é o único valor almejado pelo Direito, ao lado ou até acima dela, está a Justiça. Com relação à perda da autonomia privada, o argumento também não é convincente, nenhum ramo do Direito, público ou privado, existe hoje às margens da normatividade Constitucional. Ao contrário, há uma supremacia hierárquica formal e material da Carta Magna, através do reconhecimento da força normativa de toda lei Maior, essas forças são alicerces de todos os ramos do direito pelos valores, princípios e diretrizes (SARMENTO, 2004, p. 286).

Conclui-se que no atual cenário mundial, sobre forte influência da globalização, o poder econômico representado pela grande indústria e capital, se torna cada vez mais forte,

influenciando diretamente a vida e a liberdade dos indivíduos. O poder estatal, já não é único Ente poderoso o qual os direitos fundamentais devem incidir.

Fica evidente que o constituinte da Carta de 1988 busca a proteção dos direitos fundamentais, em face também dos sujeitos privados, tal afirmativa tem como base sua característica intervencionista e social. A extrema desigualdade social e o atraso com relação aos países de primeiro mundo, justificam a aplicação da teoria direta ou imediata, no ordenamento jurídico pátrio.

Em busca de equilíbrio entre a realidade fática e os mandamentos constitucionais, o direito pátrio tem a difícil missão de ponderar as grandes diferenças sociais, aplicando a norma ao caso concreto. Os esforços são ainda maiores, quando se trata dos direitos fundamentais.

No próximo tópico passa-se abordar o devido processo legal, dando ênfase aos princípios o contraditório e da ampla defesa, como direitos fundamentais.

3.4 Princípios do contraditório e da ampla defesa

Após analisar a eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas, passe-se a abordar os princípios o contraditório e da ampla defesa, como elementos chaves do devido processo legal.

O devido processo legal teve origem conforme entendimento majoritário na Inglaterra medieval, no ano de 1215, com a assinatura da Magna Carta, alguns autores lhe atribuem ascendência germânica, um edito do Imperador Corado III do ano de 1037 (YOSHIKAWA, 2010, p. 42).

A Carta magna é um documento escrito em latim com mais de sessenta artigos, dispunha de diversos assuntos, tais como administração da Justiça, liberdades pessoais, tributação, separação entre Estado e Igreja e outros que hoje têm apenas interesse histórico. Esse documento foi muito importante, estabeleceu princípios que subsistem até os dias de hoje (YOSHIKAWA, 2010, p. 46).

Dentre seus vários artigos um dos que se tornaram mais conhecidos foi: “Nenhum homem livre será detido ou sujeito a prisão, ou privado dos seus bens, ou colocado fora da lei, ou exilado, ou de qualquer modo molestado, e nós não procederemos nem mandaremos proceder contra ele senão mediante um julgamento regular pelos seus pares, ou de harmonia com a lei do país.” (YOSHIKAWA, 2010, p. 46).

No direito pátrio o devido processo legal foi introduzido apenas na Constituição Federal de 1988, por iniciativa do Deputado VIVALDO BARBOSA e sugestão do Prof. CARLOS ROBERTO SIQUEIRA CASTRO. O devido processo legal está ligado ao Estado Democrático de Direito, no entanto, a falta de previsão expressa nas Constituições anteriores atrasou o seu desenvolvimento e efetiva aplicação em nosso país. A assimilação do devido processo legal no Brasil foi notável, hoje ele é invocado e aplicado como se sempre tivesse existido (YOSHIKAWA, 2010, p. 74).

Não podem ser promulgadas leis que impeçam as partes de defender seus direitos em juízo, ou aos juízes de reconhecer suas razões, pois estaria desnaturando o processo como instrumento de justiça. O processo também deve ser razoável (OLIVEIRA, apud YOSHIKAWA, 2010, p. 76).

O devido processo legal processual tem o objetivo de assegurar um julgamento justo, não um julgamento qualquer, além do mais, busca garantir resultado formal e substancialmente justo. A ideia do processo justo apoia-se na constatação de que dificilmente se produzirá resultado substancialmente justo, se o processo for realizado sem levar em consideração as diretrizes emanadas das garantias constitucionais (OLIVEIRA, apud YOSHIKAWA, 2010, p. 77).

Coke, um dos mais célebres comentadores ingleses, definiu o processo devido, sendo aquele que consagra a acusação feita por homens de bem e justos, conseqüentemente é necessário um juízo e prova de culpabilidade do acusado. Em síntese, o processo devido em direito significa a obrigação da observância de um tipo de procedimento legal, previsto antes de alguém ser privado da vida, da liberdade, e da propriedade. Em outras palavras o processo equivale ao processo justo definido por lei, para aplicação de sanções (CANOTILHO, 2003, p. 493).

Assim há necessidade não de um procedimento, mas de um processo. O processo é um meio inseparável da própria justiça, portanto, privar um indivíduo das garantias de defesa em juízo seria o mesmo de privá-lo do próprio direito (COUTURE, apud YOSHIKAWA, 2010, p. 78).

O devido processo legal tem como foco verificar em quais circunstâncias alguém pode ser privado da sua vida, liberdade ou propriedade, também determina que um processo seja empregado para que ocorra a privação. Na verificação das circunstâncias, como na privação, são vedados atos arbitrários por parte do legislador (YOSHIKAWA, 2010, p. 79).

No direito brasileiro integram a noção de devido processo legal, entre outros: 1) ampla defesa e o contraditório (art. 5º, LV, CF), o que significa direito a um processo em que as partes tenham efetiva condição de influir no resultado final; 2) o duplo grau de jurisdição, ainda que não integre o rol das garantias constitucionais do processo (corrente majoritária), integra a idéia do devido processo legal; 3) a igualdade dos sujeitos parciais do processo e a paridade de armas (art. 5º, caput, CF), quer dizer tratamento paritário das partes no processo; 4) a imparcialidade do julgador, o processo deve se desenvolver perante um juiz imparcial e independente; 5) a inafastabilidade da jurisdição (art. 5º, XXXV, CF), assegura o direito de ação e defesa, portanto, a aplicação da lei mediante a um processo; 6) o juiz natural (art. 5º, XXXVII e LIII, CF), um juízo com competência previamente ao fato, não um juiz eleito para determinado litígio; 7) a motivação das decisões (art. 93, IX, CF), a exigência de motivação adequada, é uma garantia constitucional muito relevante, impõem ao juízo limite à sua liberdade de atuação; 8) a publicidade (art. 93, IX, CF), vem assegurar o conhecimento de todos os atos, não apenas das partes, mas também dos demais membros da sociedade; 9) a vedação de provas obtidas por meios ilícitos (art. 5º, LVI, CF) (YOSHIKAWA, 2010, p. 81 a 84).

Traçadas essas diretrizes iniciais, passa-se a análise do contraditório e da ampla defesa.

A Constituição de 1988 (art. 5º, LV da CF/88) ampliou o direito de defesa, assegurando aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes. As dúvidas porventura existentes na doutrina e na jurisprudência sobre a dimensão do direito de defesa foram afastadas de plano, sendo inequívoco que essa garantia contempla, no seu âmbito de proteção, os processos judiciais ou administrativos (MENDES; BRANCO, 2011, p. 493).

O contraditório se traduz na necessidade de ouvir a pessoa a qual está sendo acusada, é lhe garantir o pleno direito de defesa e de pronunciamento durante o andamento do processo. O contraditório é absoluto e deve ser observado sob pena da nulidade do processo. Do princípio decorrem as principais consequências: 1) a sentença só afeta as pessoas que foram partes no processo; 2) a relação processual somente esta completa após a regular citação do mandado; 3)

toda decisão só é proferida depois de ouvidas as partes figurantes no processo. Além de oportunizar o litigante de falar sobre as alegações da outra parte, também deverá oportunizar chances de fazer prova contrária. (JÚNIOR, apud SLAIBI 2009, p. 331).

Ensina Humberto Theodoro Júnior:

Ninguém pode ser afetado em sua esfera jurídica sem ter sido ouvido e vencido em juízo, em procedimento que, ainda, respeite sua dignidade pessoal. Na verdade, o princípio do contraditório, sem o que não se pode admitir o processo como democrático, não é senão um simples aspecto do direito fundamental e genérico da igualdade dos governados perante a lei que, no campo da justiça, se traduz na igualdade das partes no processo (JÚNIOR, apud SLAIBI 2009, p. 331).

A defesa é o exercício da pretensão na esfera jurídica exercida pelo acusado, definição de Pontes de Miranda (PONTES, apud SLAIBI 2009, p. 331). A defesa é essencial no Estado Democrático de Direito também na esfera privada, tanto com relação à liberdade, como aos bens, pois na Constituição não há distinção de natureza de interesse (SLAIBI, 2009, p. 334).

Canotilho explica que o direito a um processo equitativo deve abranger o direito a um processo contraditório, ou seja, na faculdade dos sujeitos de um processo (penal, civil ou administrativo), tomarem conhecimento e defender seus elementos apresentados ao juiz, com a finalidade de influenciar a decisão (2003, p. 501).

O princípio da ampla defesa garante à parte um processo, é a possibilidade de trazer aos autos todas suas alegações e provas para defesa de seus direitos. Diferente das Constituições anteriores - as quais referiam o contraditório e a ampla defesa somente à instrução criminal - a Carta Magna de 1988 tem sentido amplo, a doutrina sempre atribuiu aos princípios abrangência também nos processos administrativos (DANTAS, 2012, p. 389).

No âmbito nacional, recentemente o Supremo Tribunal Federal fixou entendimento de que os princípios do contraditório e da ampla defesa são assegurados nos processos administrativos, como também nas punições disciplinares e restrições de direitos em geral. No RE 199.733/MG, que teve como relator o Ministro Marco Aurélio, asseverou que o contraditório e a ampla defesa são assegurados pela Constituição Federal, a eficácia destes não está restrita apenas em processos de natureza administrativa, que se mostrem próprios ao campo disciplinar. Pois, o dispositivo constitucional não enfatiza especificidade (MENDES; BRANCO, 2011, p. 510-511).

Nessa decisão asseverou-se que:

[...] A presunção de legitimidade dos atos administrativos milita não só em favor da pessoa jurídica de direito privado, como também do cidadão que se mostre, de alguma forma, por ele alcançado. Logo, o desfazimento, ainda que sob o ângulo da anulação, deve ocorrer cumprindo-se de maneira irrestrita, o que se estende como devido processo legal (*lato sensu*), a que o inciso LV do artigo 5º objetiva preservar. O contraditório e a ampla defesa, assegurados constitucionalmente, não estão restritos apenas àqueles processos de natureza administrativa que se mostrem próprios ao campo disciplinar. O dispositivo constitucional não contempla especificidade.

Ainda a posição do Plenário no julgamento do MS 23.550/DF de relatoria originária do Ministro Marco Aurélio, em processo que envolvia a anulação de licitação por parte do Tribunal de Contas da União, se extrai da passagem do voto condutor do acórdão (MENDES; BRANCO, 2011, p. 510-511):

[...] De todo irrelevante a circunstância – a que se apegam as informações– de não haver previsão expressa da audiência dos interessados na Lei Orgânica do TCU, salvo nos processos de tomada ou prestação de contas, dada a incidência direta, na hipótese, das garantias constitucionais do devido processo. De qualquer modo, se pretende insistir no mau vezo das autoridades brasileiras de inversão da pirâmide normativa do ordenamento, de modo a acreditar menos na Constituição do que na lei ordinária, nem aí teria salvação o processo: nada excluí os procedimentos do Tribunal de Contas da União da aplicação subsidiária da lei geral do processo administrativo federal, a L. 9.789/99, já em vigor ao tempo dos fatos [...]

Na fundamentação do voto do relator fica evidenciada a característica universal do princípio constitucional do devido processo legal, em razão da força vinculante e hierárquica da Constituição. Assim, mesmo que uma lei ordinária não faça referência a um princípio constitucional, este terá eficácia no âmbito da lei.

Verificou-se no presente capítulo, a importância histórica das gerações dos direitos fundamentais. Cada geração consagrou e protegeu bens jurídicos que sofreram maior agressão em determinada fase da história.

Salientou-se que embora os direitos fundamentais tenham surgido com o objetivo de proteger o cidadão do Estado, na atualidade faz-se necessário que sua proteção seja estendida nas relações privadas. Pois, o Estado deixou de ser o único Ente que viola os direitos fundamentais, o poder econômico representado pelas grandes empresas cada vez se torna mais potente.

Analisando as correntes teóricas sobre a aplicabilidade dos direitos fundamentais nas relações privadas, conclui-se que há grande necessidade dos direitos fundamentais se estenderem de forma direta ou imediata na esfera das relações privadas. Tal afirmação se justifica, pelo motivo da Constituição de 1988 ter como foco a proteção dos direitos fundamentais, essa pretensão é refletida na sua característica intervencionista e social. A triste realidade brasileira (pobreza, extrema desigualdade social e cultural) é outro fator expressivo de justificação.

Abordando os princípios constitucionais o contraditório e a ampla defesa, como elementos chaves do devido processo legal, conclui-se que uma sanção ainda que administrativa, somente será legítima se observado o direito de defesa e manifestação sobre a acusação, assim como oportunidade para produção de provas. Não podemos deixar de mencionar, recentemente o STF fixou entendimento de que os princípios do contraditório e da ampla defesa são garantidos também nas punições disciplinares e restrições de direitos em geral (RE 199.733/MG).

No próximo capítulo discorre-se sobre o poder empregatício e suas limitações, com o objetivo de analisar, se há ou não, a violação dos princípios constitucionais o contraditório e a ampla defesa - quando ocorre a despedida por justa causa sem o devido processo legal.

4 O PODER EMPREGATÍCIO E SUAS LIMITAÇÕES

A subordinação é a situação jurídica que deriva do contrato de trabalho, mediante a qual o empregado se obriga a acolher a direção do empregador - com relação ao modo da realização do serviço. Se contrapondo a subordinação, temos o poder empregatício do empregador - outra face da relação laboral.

Pretende-se neste capítulo, analisar o poder empregatício em suas três facetas (regulamentadora, fiscalizadora e disciplinar), dando ênfase ao poder disciplinar, verificando teorias com relação a sua validade jurídica, assim como a extensão da sua aplicabilidade e limites tradicionais reconhecidos pela doutrina pátria, como limitadores desse poder.

Por fim, faz-se uma análise do princípio constitucional devido processo legal, e subprincípios o contraditório e da ampla defesa, como limitadores da despedida por justa causa.

4.1 Fundamentos do poder empregatício

Conjunto de prerrogativas asseguradas pela ordem jurídica, concentrada na figura do empregador, conceitua-se como Poder Empregatício. Como aponta Arion Sayão Romita, a hierarquia, representa um poder de senhoria do superior para o inferior, que não pode unilateralmente esquivar-se (DELGADO, 2011, p. 616-617).

Etimologicamente, a palavra poder está vinculada à idéia de chefia, consiste em fazer os outros agirem da forma pretendida pelo emissor da vontade. Para que ocorra a aceitação desse poder e a concretização da ordem, será necessária a aceitação do comando, ou seja, o poder emanado por uma pessoa vincula-se à sujeição e obediência de outra (JÚNIOR, 2009, p. 62).

No vínculo de trabalho a subordinação é uma face da moeda, do outro lado esta o poder de direção do empregador, sendo o empregado um trabalhador subordinado, está sujeito ao poder de direção. O poder de direção é definido como faculdade atribuída ao empregador, para determinar na relação de emprego como a atividade do trabalhador deverá ser desenvolvida (NASCIMENTO, 2014, p. 230).

Não podemos deixar de questionar o fundamento e origem de tal poder atribuído ao empregador. Para *Nascimento* há o fundamento legal alicerçado no art. 2º da CLT, que ao definir o empregador, qualifica-o como aquele que dirige o trabalho pessoal dos seus empregados. De outro lado há os fundamentos doutrinários, baseados na *teoria da propriedade privada*, originada da idéia que o empregador deve dirigir a prestação de serviço, pelo simples fato de ser dono (esta teoria atualmente está afastada). A segunda teoria, chamada de *teoria contratualista*, nesta o poder de direção é fundamentado no contrato de trabalho, através deste o empregado usa seu livre arbítrio colocando-se em posição de subordinação, aceitando a direção da sua rotina de trabalho pelo empregador (é a teoria dominante). Terceiro, a *teoria institucionalista*, defende que a empresa é uma instituição, assim o empregador tem o direito de exercer a autoridade e o governo, condições necessárias, e características de todo grupo institucionalizado. Por fim, a *teoria do interesse*, o poder empregatício, fundamenta-se no

interesse que o empregador tem em organizar, controlar e disciplinar o trabalho que remunera (2014, p. 239)

Além do mais, *Nascimento* explica que a natureza jurídica apresenta-se como um direito do empregador. Para uma corrente um *direito potestativo*, significa que contra o seu exercício nada poderá se opor (essa teoria não se justifica pela amplitude do poder do empregador). Para outros *direito função*, é a imposição do exercício de uma função através da norma jurídica, o titular do direito passa a ter obrigações. Nesse sentido o poder de direção vem sendo atenuado pelo Direito do Trabalho, pela razão da empresa naturalmente estar em posição de superioridade em face dos empregados (2014, p. 240).

Após analisar o poder empregatício e os seus fundamentos, o próximo item abordará o poder empregatício em suas facetas, assim como limites reconhecidos pela doutrina tradicional.

4.2 Facetas do poder empregatício e limites tradicionais

As três principais formas de exteriorização do poder de direção são: poder de organização (coordenação dos fatores de produção da empresa, através de normas de organização ou do regulamento interno), poder de controle (fiscalizar as ordens sobre o trabalho) e poder disciplinar (possibilidade de impor sanções disciplinares ao empregado) (JÚNIOR, 2009, p. 66).

As *facetas regulamentadora* e fiscalizadora serão abordadas de maneira sucinta, dedicando à *faceta disciplinar* uma maior atenção, em razão do seu caráter punitivo (VECCHI, 2009, p.448).

a) Facetas regulamentadora e fiscalizadora:

O entendimento de que o poder regulamentar e poder disciplinar são corolários de um poder geral de direção é sustentado por Orlando Gomes e Élson Gottschalk. Revelam que o poder geral de direção é um direito reconhecido pela ordem constituída, que permite ao empregador utilizar a força de trabalho do empregado no melhor interesse da empresa. Isso porque o contrato de trabalho limita-se a colocar o empregado à disposição do empregador, o

qual adquire um direito de direção contínua sobre a atividade do trabalhador no curso da relação de emprego (GOMES;GOTTSCHALK, 2005 apud JÚNIOR, 2009, p.68).

A *faceta regulamentar* é o conjunto de prerrogativas concentradas no sentido de fixação de regras gerais, estas deverão ser observadas no âmbito da empresa (DELGADO, 2011, p. 618). Cabe ao empregador organizar a atividade, o empregador é um organizador, por esse motivo, que o conceito de empresa é organização do capital e trabalho, fatores imprescindíveis para produção de bens e prestação de serviço (NASCIMENTO, 2014, p. 240).

O poder de organização tem a importante função regulamentar, ou seja, o seu direito de elaborar um regulamento da empresa, contendo normas, especialmente disciplinares (NASCIMENTO, 2014, P. 241).

Assim a *faceta regulamentadora* constitui a faculdade que empregador tem de prever e determinar o modo e as condições em que o trabalho será prestado. Todavia, o empregador não poderá ter no regulamento da empresa, situações de discriminação, ou quebra do princípio da isonomia, fatores de desconsideração da pessoa humana, ou comandos que não considerem os interesses sociais e comunitários. Seria plenamente nulo o regulamento de uma empresa, que determine a supremacia dos interesses a produção, acima das condições de saúde e segurança decorrentes do princípio da dignidade da pessoa humana; assim como determine a supremacia da produção em total desconsideração pela preservação ambiental (VECCHI, 2009, p.447).

O poder de controle, exteriorizado através da *faceta fiscalizadora*, se caracteriza através do direito do empregador de fiscalizar as atividades profissionais dos seus empregados, poder este fundamentado na justificativa de que sem o controle, o empregador não pode ter ciência da contrapartida do salário que paga. Assim por exemplo, referente às revistas dos empregados pela empresa, ao final do expediente, os Tribunais vem considerando como um direito de fiscalização do empregador, no entanto, se praticada com abuso e ferir a dignidade do trabalhador não será acolhida nas decisões judiciais. Outro aspecto do poder de fiscalização esta no direito do empregador em exigir dos empregados a marcação de cartão de ponto, exigência contra a qual nada se poderá objetivar (NASCIMENTO, 2014, p. 242).

Portanto, a *faceta fiscalizadora*, caracteriza-se pela possibilidade que tem o empregador de fiscalizar o trabalho e as atitudes praticadas pelo empregado na prestação de serviços. Também aqui além dos limites tradicionais, ou seja, os limites do contrato de trabalho e das leis infraconstitucionais, devem ser acrescentados os princípios e valores fundamentais, conforme a Carta Magna. Tornam-se impraticáveis atos de fiscalização que atentem contra a intimidade dos empregados (VECCHI, 2009, p.449).

b) Faceta disciplinar:

O poder *disciplinar* caracteriza-se pelo direito do empregador de aplicar sanções disciplinares aos seus empregados (NASCIMENTO, 2014, p. 242). O empregador tem a faculdade de aplicar verdadeiras penas, ao empregado que descumprir com seus deveres ou obrigações. Assim é justamente nesta faceta que o “poder empregatício” do empregador se mostra mais eficaz e danoso, em razão destas medidas disciplinares aplicadas, estarem muito próximas às medidas penais (VECCHI, 2009, p.450).

No tocante ao poder disciplinar a doutrina já se envolveu em um debate, sobre a validade jurídica ou não, desse poder, assim como a extensão de sua configuração no plano do Direito do Trabalho; surgiram duas posições doutrinárias, de um lado a *teoria negativista*, contrapondo-se a *teoria autonomista* (DELGADO, 2011, p. 643).

A *teoria negativista contesta* fundamentação jurídica para o poder disciplinar, alicerça essa posição no argumento de que o poder de punir é uma prerrogativa estatal, o que seria inconcebível tal prerrogativa no âmbito das relações privadas (DELGADO, 2011, p. 643). O fundamento está no monopólio estatal do direito de punir, portanto, não é admissível a existência de um direito disciplinar privado, somente o Poder Público está investido da prerrogativa de punir (NASCIMENTO, 2014, p. 242).

Delgado contrapõe-se a *teoria negativista*, sobre o argumento de que o poder disciplinar, assim como o poder empregatício em geral tem seu respaldo no Direito Trabalhista. Segundo o autor, o poder disciplinar está vinculado à aplicação de penas legalmente previstas (2014, p. 644).

A *teoria autonomista*, essa teoria em vez de contestar a validade do poder disciplinar, afirma extrema validade ao poder disciplinar, enxergando em torno do fenômeno do poder disciplinar um verdadeiro Direito Disciplinar do Trabalho. O empregado estaria submetido a uma situação estatutária, consumada, nada criando ou constituindo no seu ingresso na empresa, enquanto, o empregador é o agente principal dessa situação estatutária hierarquizada (DELGADO, 2014, p. 644).

Parece-nos que Júnior é adepto a *teoria autonomista*, ao afirmar que o poder disciplinar que o empregador assume na relação de emprego, vem da consequência da assunção dos riscos da atividade econômica, o que lhe permite ditar normas regulamentares, coordenar, organizar, fiscalizar, impor sanções de natureza disciplinar e educativa ao empregado (2009, p.71).

Vertente intermediária, em meio às duas posições teóricas, firmou-se a compreensão do poder disciplinar como segmento fático-jurídico reconhecido pelo direito, sendo assim lícito, no entanto trata-se de um poder absolutamente subordinado às regras, princípios e institutos que regem o Direito do Trabalho, tirando assim qualquer traço de autonomia. Está linha não nega a validade da faceta disciplinar, mas também não reconhece tamanha amplitude nas prerrogativas (DELGADO, 2011, p. 645).

Prevalece, desse modo, uma linha intermediária entre a posição negativa do poder disciplinar e a posição ampliativa desse poder; esta linha equidistante não nega, assim, a válida existência desse poder, mas também não lhe defere tamanha amplitude de estruturação e prerrogativas (DELGADO, 2011, p. 645).

Portanto, a limitação da aplicabilidade da punição, está no fato de que as penas deverão ser analisadas sob a ótica dos princípios constitucionais, como a dignidade da pessoa humana, o valor social do trabalho, a solidariedade e outros. Importante ressaltar que não é possível a invasão do empregador, no âmbito pessoal do empregado (intimidade/privacidade art. 5º, X da CF de 88). Ainda como limitação da punição, pode citar-se, a proibição de aplicação de multa em razão a proteção constitucional dada ao salário (art. 7º, e X da CF de 88); a proibição de rebaixamento ou transferência, deverão ser conduzidas de forma a não se transformar em uma punição degradante a pessoa humana (letra d); o entendimento de que infrações não penalizadas imediatamente (letra E), presume-se perdoada (VECCHI, 2009, p.480).

Com relação à proibição de modificação da pena pelo juiz (letra G), deve ser afastada, a não ser que se traduza em aumento de penalidade (caracterização de *reformatio in pejus*), não se pode vedação à apreciação judicial, em um Estado democrático de direito. Por fim, cabe ressaltar que a doutrina e jurisprudência trabalhistas tradicionais são pacíficas na possibilidade da punição ser aplicada ao empregado, sem qualquer procedimento interno na empresa que garanta o devido processo legal, através dos direitos de ampla defesa e do contraditório, salvo se o próprio empregador se obrigar voluntariamente por meio de um regulamento interno - Súmula 77 do TST (VECCHI, 2009, p.480).

Finalizando a análise sobre o poder empregatício e suas facetas, regulamentadora, fiscalizadora e disciplinar, conclui-se que os limites tradicionais de tal poder, resumem-se no dever de observância dos princípios constitucionais. O empregador não poderá usufruir deste poder de maneira “egoísta”, somente com o objetivo de beneficiar o empreendimento. É dever do empregador zelar pelo bem estar de seus empregados, todas as condutas da empresa deverão

passar pelo filtro dos princípios constitucionais, focando no princípio máximo que é a dignidade da pessoa humana.

Apesar da obrigação da observância dos princípios constitucionais, é pacífico na doutrina, ser permitido ao empregador a aplicação de medidas disciplinares, sem qualquer procedimento interno na empresa, visando o devido processo legal. Tal permissão não fere o princípio do devido processo legal e os sub-princípios do contraditório e da ampla defesa? A resposta a esse questionamento nos parece ser afirmativa, principalmente quando se trata da despedida por justa causa, quando o empregado é privado de vários direitos adquiridos ao longo da relação de emprego.

O próximo item passa-se a analisar o devido processo legal, como limitador da despedida por justa causa.

4.3 Devido processo legal como limitador da despedida por justa causa

Nas últimas décadas, com o mundo pós-moderno e globalizado, acentuou-se a exclusão social, como afirmou Ralph Dahrendorf, a globalização esta associada à exclusão social, pois uma parte da sociedade parece ter perdido o contato com a cidadania, são os chamados de “marginalizados sociais”, em razão da economia poder crescer mesmo sem a sua contribuição, não constituem para o restante da sociedade, um benefício, mas um custo (SARLET, 2006, p. 26).

Conforme José Eduardo Faria, devido a ampliação das desigualdades sociais, setoriais, regionais, da grande miséria, da criminalidade na sociedade, associados à propensão à desobediência coletiva, as instituições judiciais do Estado, antes voltadas ao desafio de proteger os direitos civis e políticos e de conferir eficácia dos direitos sociais e econômicos, passaram a assumir funções eminentemente punitivas e repressivas. Essa mudança tem por objetivo tornar o Direito Penal mais abrangente, rigoroso e severo, espalhando assim o medo e o conformismo ao seu público alvo, os excluídos. Por esse motivo, enquanto na esfera dos direitos sociais e econômicos, vive-se hoje um período de “flexibilização”, por outro lado o Direito penal, é intensificado (SARLET, 2006, p. 26).

A realidade fática é o reflexo dos poderes predominante no país (poder militar; 2) poder social; 3) poder econômico representado pela grande indústria e capital; 4) poder intelectual, representando pela consciência e cultura), a realidade fática é o reflexo desses fatores que constituem força determinante das leis e instituições, esses fatores reais de poder formam a

Constituição real de um país. A capacidade de regular e de motivar a Constituição real, está na compatibilidade das Constituições, escrita e real, do contrário surgem inevitáveis conflitos, cuja solução há de se verificar contra a Constituição escrita, que terá de sucumbir diante do poder dominante no país. (HESSE, 2009, p. 123 e 124).

Sendo o Direito uma ciência social, é imprescindível cada vez mais aberturas, sensível a qualquer modificação da realidade. O Direito tem como ponto de referência o homem na sua evolução existencial. Os princípios e regras formam um conjunto com o objetivo de ordenar a coexistência do aspecto normativo do fenômeno social (PERLINGIERI, 1997, p. 1-2).

Não há dúvidas que a intervenção estatal nas relações econômicas e sociais, deixou marcas no mundo jurídico, afetando inclusive o direito civil, “fenômeno conhecido como constitucionalização do direito privado”, perceptível através da intensificação das formas do intervencionismo estatal, em momentos históricos diversos. Esse fenômeno passou ter grande importância, pois elevou a dignidade Constitucional, temos então a constitucionalização de certos princípios e institutos fundamentais do direito privado, como é o caso da família, da propriedade, da atividade econômica, pois passaram a ser tratados pela Constituição (SARLET, 2006, p. 31).

O respeito aos valores e aos princípios fundamentais da República representa a passagem essencial para estabelecer uma correta e rigorosa relação entre poder do Estado e poder dos grupos, entre maioria e minoria, entre poder econômico e os direitos dos marginalizados, dos mais desfavorecidos (PERLINGIERI, 1997, p. 6).

O direito como instrumento de regulamentação de instituições e relações humanas, para atender fins preestabelecidos em determinado contexto histórico. O Direito do Trabalho não está isolado dessa configuração, a que se submete todo fenômeno jurídico (DELGADO, 2011, p. 57 – 58). Pelo contrário, o Direito do Trabalho “nasceu” de um contexto histórico, com o objetivo, de amenizar desigualdades na esfera laboral, veio dosar o poder empregatício, em face de empregados subordinados a mercê de arbitrariedades do empregador.

O princípio do devido processo legal, assim com os subprincípios do contraditório e da ampla defesa, foram consagrados expressamente na Constituição Federal de 1988 (art. 5º, LIV e LV), reconhecem a fundamentalidade formal e material desses princípios para o alcance de uma sociedade pluralista e democrática, em um Estado democrático de Direito, cujo um dos seus princípios fundamentais é a dignidade da pessoa humana (VECCHI, 2014, p. 482).

No entanto:

[...] Para a doutrina e a jurisprudência trabalhista tradicionais, é pacífica a possibilidade de punição ser aplicada pelo empregador ao empregado sem qualquer procedimento interno na empresa que garanta o devido processo legal e os direitos de ampla defesa e do contraditório, a menos que o próprio empregador a isso voluntariamente se tenha obrigado por meio de regulamento que preveja tal procedimento (Súmula 77 do TST), ou seja, essa obrigação não se concretiza a partir da previsão constitucional do devido processo legal (VECCHI, 2014, p. 480).

Ainda segundo a visão tradicional, não é necessário que o empregador comunique expressamente formalmente ao empregado os fatos concretos que estão sendo lhe atribuídos. Ou seja, o empregado poderá ser despedido por justa causa sem estar ciente dos fatos que levaram a justa causa (VECCHI, 2014, p. 482).

As punições aplicadas pelo empregador refletem em perdas de direitos do empregado, direitos estes previstos como humanos fundamentais sociais, diante dessa realidade fática, é necessário analisar outros âmbitos da aplicabilidade do devido processo legal (VECCHI, 2014, p. 484).

Apesar do princípio do devido processo legal, e os subprincípios da ampla defesa e do contraditório, estar positivados na Constituição pátria, uma parte da doutrina tradicional, vem ignorando-os, no âmbito laboral.

Pois bem, o Direito do Trabalho foi concebido com o objetivo de reger relações desiguais, a qual o empregado está em uma situação de subordinação, por outro lado, o empregador tem ao seu favor o poder empregatício, que fiscaliza, regula e disciplina a relação de emprego. Parece-nos um atraso, que o princípio do devido processo legal e seus subprincípios da ampla defesa e contraditório não sejam observados, no âmbito laboral, principalmente no que tange a rescisão do contrato na modalidade justa causa. O princípio do devido processo legal insere-se no Estado Democrático de Direito, como um veículo da justiça e dos direitos fundamentais. Assim inerente do Estado de Direito, além de atuar como instrumento de defesa do cidadão no âmbito estatal, contribui para o estabelecimento do Estado Democrático de Direto (LIMA, 1999, p. 187-189).

No ordenamento jurídico pátrio, o devido processo legal tem como objetivo resguardar os interesses relacionados à liberdade, e aos demais bens jurídicos que são indispensáveis para

preservação da dignidade da pessoa humana, princípio base de todo o ordenamento jurídico, explicito no art. 1º, inciso III, da Constituição Federal (LIMA, 1999, p. 187-189).

O empregado em uma relação de subordinação em face ao empregador poderá sofrer medidas disciplinares, que se assemelham a sanções penais, pois haverá restrições de direitos (reconhecidos como fundamentais sociais pela Carta Magna).

Como explica Hely Lopes Meirelles:

O discricionarismo do poder disciplinar não vai ao ponto de permitir que o superior hierárquico puna arbitrariamente o subordinado. Deverá, em primeiro lugar, apurar a falta, pelos meios legais compatíveis com a gravidade da pena a ser imposta, dando-se oportunidade de defesa do acusado. Sem o atendimento desses requisitos a punição será arbitrária (e não discricionária), e, como tal, ilegítima e inválida pelo judiciário, por não seguir o processo legal – due process law – de prática universal nos procedimentos punitivos acolhidos pela nossa Constituição (art. 5º, LIV e LV) e pela nossa doutrina (LIMA, 1999, p. 217-218).

Cabe lembrar que os fundamentos bases do princípio do devido processo legal, conforme Canotilho, é um processo justo de criação legal de normas jurídicas, em outras palavras, o processo legalmente previsto para aplicação de penas, um processo devido, deve obedecer a trâmites procedimentais formalmente estabelecidos na Constituição. Dizer o direito segundo um processo justo, é imprescindível que justo seja o procedimento de criação legal dos mesmos processos (2003, p. 493).

Assim, o devido processo legal é a garantia que se insere para servir de um canal para valores e interesses não protegidos pelo legislador, possam penetrar no sistema jurídico (ZAGREBELSKI, apud LIMA, 1999, p.236). Portanto, a dimensão procedimental do princípio do devido processo legal reflete em várias garantias, que facilitam a proteção e a participação de grupos, marginalizados do processo político (LIMA, 1999, p. 236).

Bramante entende que o inciso LV do art. 5º da Constituição de 1988, ao tratar do direito à defesa, deixa evidente que há dois destinatários desse direito, o primeiro os litigantes em processo judicial e administrativo, e também os “acusados em geral”, ou seja, o direito de defesa dos acusados em geral não vinculado ao “processo” é referido de modo indeterminado (VECCHI, 2014, p. 486).

Assim a Carta Magna positivou o direito à defesa com o objetivo de socorrer além dos litigantes judiciais ou em processos administrativos, também o cidadão quando se depara com

arbítrio de outras instâncias de poder, dotados o suficiente para submetê-lo unilateralmente a seus desígnios (VECCHI, 2014, p. 486).

No texto constitucional o devido processo legal tem sob aos seus cuidados, a “liberdade e os bens” presume-se que estarão sob a tutela da cláusula todos os bens imprescindíveis para a preservação da dignidade humana, que é a base do nosso Estado de Direito e necessário ao pleno desenvolvimento da sociedade. O devido processo legal impõe ao titular do poder o dever de desenvolvê-lo sem afetar arbitrariamente os direitos fundamentais do indivíduo (LIMA, 1999, p. 291).

Na esfera da relação laboral, é oportuno lembrar a decisão do STF (ADIMC 1.480-3 – DF, em 25/09/1996), relator Ministro Celso Mello, tratou do julgamento relativo à constitucionalidade da Convenção 158 da OIT, aprovada no Brasil. Na matéria o Tribunal entendeu como plenamente aplicável e constitucional o disposto no art. 7º da Convenção, o qual dispõe (VECCHI, 2015, p. 488):

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 essa possibilidade.

Como destaca Vecchi, O Ministro relator Celso de Mello, no julgado da ADIMC 1.480-3 DF, comentou alguns pontos de extrema importância (2014, p.488):

[...] A Convenção 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 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 [...]

Nesse mesmo sentido o Ministro Sepúlveda Pertence, e Carlos Velloso, em seus votos, também reconheceram o direito do empregado à ampla defesa e ao contraditório previamente à

despedida por justa causa, fundamentaram que o art. 7º da Convenção veio reforçar o princípio Constitucional do devido processo legal art. 5º, LV (VECCHI, 2014, p. 489).

Recentemente julgado em 29/10/2015 o Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região, por sua Sétima Turma, proferiu o acórdão no processo 02021-2014-148-03-00-5, tendo como relatora Cristiana M.Valadares Fenelon, no sentido de reconhecer o direito de defesa do empregado, a decisão fundamenta que mesmo sendo denunciada a Convenção de 158 OIT, o art. 5º, LVII, da Constituição Federal está previsto a presunção de inocência do acusado. O empregador não poderá usufruir do seu poder empregatício, como meio de inviabilizar o controle do poder disciplinar.

Ementa: Justa Causa. Descrição dos desvios de conduta. Controle de legalidade do poder disciplinar. A ausência de informações sobre as circunstâncias que configuraram a insubordinação ou o abandono do posto de trabalho inviabiliza o direito de defesa do empregado. Mesmo sendo denunciada a Convenção 158 da OIT, que em seu artigo 7º enuncia a oportunidade de defesa no término das relações de trabalho, o artigo 5º, LVII, da Constituição Federal prevê o princípio da presunção de inocência ou da não culpabilidade. Assim, o poder disciplinar não é absoluto. No caso, sem descrever as circunstâncias fáticas do comportamento do obreiro, como as tarefas negadas, eventuais motivos de negativa ou exigências infundadas do empregado, a reclamada inviabilizou o controle sobre o potestativo poder disciplinar exercido unilateralmente, além de não possibilitar a aferição da proporcionalidade da medida aplicada, elemento indispensável à legitimidade da penalidade máxima

Conforme Pietro Perlingieri, o direito contemporâneo é um instrumento de transformação social, na solução da controvérsia deve se levar em conta a luz do ordenamento jurídico, e dos seus princípios fundamentais. O papel unificador do sistema em seus aspectos cívicos, quanto no aspecto público é desempenhado de maneira cada vez mais intensa pelo Texto Constitucional (PERLINGIERI, 1997, p. 3-6).

A constitucionalização das garantias processuais tem como objetivo a realização do princípio da justiça, reconhecido pela nossa Constituição de 1988, como um valor superior (Preâmbulo). Eduardo J. Couture entende que o processo é um meio para a realização da justiça. Nesse sentido, garante uma participação efetiva do indivíduo na tomada da decisão que o afeta (LIMA, 1999, p. 243-246).

Portanto, há necessidade da aplicação (já entreaberta pela doutrina e jurisprudência) do devido processo legal e seus reflexos na relação laboral. Diante da posição de superioridade

que se encontra o empregador, e das possibilidades de aplicação de punições disciplinares (VECCHI, 2015, p. 489).

Em razão de toda análise realizada, conclui-se que há necessidade de proporcionar ao empregado o direito do devido processo legal, ou seja, a oportunidade de defesa e do contraditório, previamente a despedida por justa causa. Tal posicionamento se fundamenta no motivo, que esse direito está expressamente garantido na Constituição Federal, no art. 5º, LV, o qual assegura aos acusados em geral o contraditório e ampla defesa.

Importante citar também a Convenção 158 da OIT que dispõem sobre o término da relação do trabalho por iniciativa do empregador, adotada em Genebra, em 1982. No seu art. 7º assegura o direito de defesa, mediante acusação a qual levará a rescisão do contrato de trabalho, o STF reconheceu no ano de 1996 a constitucionalidade deste dispositivo. Ainda que não existisse reconhecimento da constitucionalidade do dispositivo em questão, o nosso ordenamento jurídico é regido pelo princípio da presunção da inocência, nesse sentido, acredita-se que deve ser assegurado ao empregado o devido processo legal.

No entanto, apesar de estar expressamente garantido pela Constituição pátria a todo empregado o direito ao devido processo legal, previamente a despedida por justa causa, recentemente um disposto na Súmula nº 77 do TST, assim dispõe: “nula é a punição de empregado se não precedida de inquérito ou sindicância internos a que se obrigou a empresa por norma regulamentar.” Nos parece um equívoco a utilização desta Súmula a qual fundamenta que o devido processo legal na relação laboral é uma faculdade do empregador, ora trata-se de um direito fundamental expressamente garantido pela Constituição.

Na contramão da doutrina e jurisprudências tradicionais, felizmente alguns Tribunais vem reconhecendo que o princípio do devido processo legal abrange a relação laboral. Nessa linha cabe citar a decisão proferida pela TRT da 15ª Região no processo RO 00938-2006-107-15-00-4, julgado em 19 de junho de 2009, pela terceira turma, tendo como relator o juiz Francisco Alberto da Motta Peixoto Giordani, nos seguintes termos:

E M E N T A: dano moral. Justa causa não comprovada. Sindicância. Não participação do obreiro. Ofensa aos princípios do devido processo legal. Contraditório e ampla defesa. Risco assumido. Condenação devida. Optando o empregadora por promover uma sindicância interna, escolhendo a bel-prazer quem a comporia, ouvindo quem quis ouvir, sem qualquer participação do obreiro, não ensejando a este pudesse participar, colaborando, até para produzir suas provas e/ou contraprovas, de modo a permitir a ampla defesa e o contraditório -princípios

constitucionais esses que, juntamente com o do devido processo legal, restaram então magoados-, o que daria um retrato mais amplo do que efetivamente se deu, e ainda ouvindo pessoas envolvidas com a que acusou o seu empregado, aumenta o risco de chegar a resultado que não pinta a realidade, e com base em tudo isso –ou à falta de tudo isso-, numa cidade de modesto contingente populacional, promove a resolução contratual de um obreiro que para ela labutou por mais de 25 anos, não pode, pura e simplesmente, se escudar no entendimento de que a descaracterização da justa causa, por si só, não gera reparação por dano moral, porquanto, para beneficiar de um tal sentir, necessário que houvesse, com incensuráveis cuidados e responsabilidade, diligenciado no estabelecer a prática do reprovável ato pelo seu empregado, do que descurou, o que leva à que seja confirmada a condenação ao pagamento de indenização por dano moral.

Na fundamentação consta:

Assim, os direitos fundamentais constitucionais passam a ser vinculantes com relação a terceiros, com transcendência imediata e direta para o Direito Privado e, por corolário, mercedores de proteção seja frente às intervenções do Poder Público ou do particular” (negritei), in “Eficácia do Contraditório e Ampla Defesa nas Relações Interprivadas”, Ivani Contini Bramante, Revista LTr, 64-08/1015. Daí porque, de maneira percuciente, observa o preclaro juslaborista Ipojuca Demétrius Vecchi, verbis: “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 processo legal, como seja, o contraditório, a ampla defesa e a informação dos fatos imputados”, in “A Eficácia dos Direitos Fundamentais nas Relações Privadas: o Caso da Relação de emprego”, Ipojuca Demétrius Vecchi, artigo inserto na “Revista da Associação dos Magistrados da Justiça do Trabalho da 15ª Região – Amatra XV”, n. 02, ano 2009, LTr, página 114.

A relação laboral constitui em duas faces de uma moeda, de um lado o empregado subordinado, que quase sempre tem o emprego como a única fonte de subsistência; do outro lado, o empregador, hierarquicamente superior, detentor do poder empregatício. Ora, em um Estado Democrático de Direito o qual é regido pelo princípio da Dignidade de Pessoa Humana, negar tal direito constitucional ao empregado tem como consequência negar-lhe à própria dignidade, pois através da despedida por justa causa há um grande abalo em todas as esferas da sua vida (econômica, social, familiar e emocional).

Conclui-se assim, que o princípio do devido processo legal é plenamente aplicável na extinção do trabalho na modalidade justa causa. Não oportunizar esse direito ao empregado viola o princípio da dignidade da pessoa humana, base de todo ordenamento jurídico.

CONCLUSÃO

A presente pesquisa monográfica foi desenvolvida com o objetivo de responder ao questionamento acerca da possibilidade da aplicabilidade do devido processo legal (o contraditório e a ampla defesa), previamente a despedida por justa causa, por se tratar de um princípio constitucional, expressamente previsto na Constituição de 1988 (art. 5º, LIV e LV).

O Direito do Trabalho se originou da ideia e do objetivo de balancear a relação de trabalho, esta regida pela subordinação e pelo poder empregatício. Desta relação laboral, surgem direitos e obrigações para o empregado, como também para o empregador. Do contrato de trabalho surge o vínculo pessoal obrigacional, ou seja, o envolvimento de uma pessoa em uma organização alheia, o trabalho pessoal para atender a necessidades do empregador. O empregador deverá administrar os interesses da empresa, levando em consideração as leis trabalhistas que rege o contrato e trabalho, assim como a condição de pessoa humana inerente ao empregado.

Através do poder empregatício, o empregador regulamenta, fiscaliza e disciplina a relação laboral. No entanto, é necessário que analise sua postura com relação à aplicabilidade deste poder, sobre a ótica dos princípios constitucionais; é pacífico que qualquer ação do empregador que descaracterize os princípios constitucionais não é legítima. Ou seja, o poder empregatício é permitido e legítimo, desde que não impeça o trabalhador de usufruir direitos constitucionalmente previstos.

Na faceta disciplinar é que fica mais evidente o poder empregatício do empregador, pois através deste o empregador poderá aplicar verdadeiras penas ao trabalhador. A pena mais severa é a rescisão do contrato do trabalho por justa causa, o empregador deixa de receber vários direitos adquiridos ao longo da relação laboral. Apesar dessa realidade, a doutrina e jurisprudência tradicionais são pacíficas que o devido processo legal, especificamente relacionado ao contraditório e a ampla defesa, somente é obrigatório, quando o empregador se obrigou através de normas internas da empresa (Súmula 77 TST).

No entanto, é importante lembrar que o direito pátrio é regido pelo princípio da Dignidade da Pessoa Humana, privar o empregador de direitos previstos como fundamentais,

sem ao menos garantir um processo pelo qual possa se defender, não é legítimo. Ora a ideia de direitos fundamentais se originou do objetivo de proteção do ser humano, das arbitrariedades do Estado e posteriormente veio adentrar as relações privadas - o Estado não é o único que restringe os direitos fundamentais.

Além disso o nosso ordenamento jurídico também é regido pelo princípio da Presunção da Inocência (artigo 5º, inciso LVII), e não pela presunção da culpa. Ao privar o trabalhador de se defender o empregador está aplicando uma sentença, ou seja, presumindo a sua culpa.

Assim há necessidade da aplicação do devido processo legal na relação laboral – especificamente na despedida por justa causa, diante da posição de subordinação do empregado e as possibilidades de restrições de direitos adquiridos ao logo do contrato de trabalho. Esse direito está expressamente garantido na Constituição Federal, no art. 5º, LV, o qual assegura aos acusados em geral o contraditório e ampla defesa. Importante mencionar ainda, a Convenção 158 da OIT em seu art. 7ª - considerado constitucional pelo STF - o Tribunal entendeu ser plenamente aplicável esse dispositivo, veio reforçar o direito do contraditório e ampla defesa na relação laboral previamente a despedida por justa causa.

Vislumbrou-se que é requisito de uma sanção justa e legítima, o consentimento do direito do devido processo legal. Esse princípio se originou na Inglaterra medieval, no ano de 1215, com a assinatura da Magna Carta, e foi expressamente positivado na Constituição de 1988. É um atraso que nos dias atuais ainda exista aplicação de penalidades sem oportunizar o acusado a garantia de um procedimento, antes da aplicação da sanção.

O empregado ao adentrar na empresa para sua jornada de trabalho não deixa na porta sua condição de pessoa humana, condição esta, revertida de dever, mas também de direitos, é assegurado constitucionalmente o seu direito ao contraditório e a ampla defesa. Restringir esse direito e ao mesmo tempo confiscar diversos direitos fundamentais, decorrentes da relação laboral, é desconsiderar o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana.

Verificou-se ainda que é assegurado aos litigantes em processo judicial ou administrativo, como também aos acusados em geral o direito ao contraditório e a ampla defesa.

Assim, conclui-se que o devido processo legal - especificamente nos subprincípios do contraditório e da ampla defesa - é plenamente aplicável na relação laboral previamente a despedida por justa causa. Ao privar o empregado deste direito constitucionalmente garantido, tem como consequência a desconsideração do princípio base de todo o ordenamento jurídico, a Dignidade da Pessoa Humana, através da despedida por justa causa há um grande abalo em todas as esferas da sua vida do empregado (econômica, social, familiar e emocional).

REFERÊNCIAS

- ANDRADE, Everaldo Gaspar Lopes de. **O Mercosul e as relações de trabalho: relações individuais, relações coletivas, relações internacionais de trabalho**. São Paulo: LTr, 1993.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional: e teoria da constituição**. 7. ed. Portugal: Almedina, 2003.
- DANTAS, Paulo Roberto de Figueiredo. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Atlas, 2012.
- DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 10. ed. São Paulo: LTr, 2011.
- GIGLIO, Wagner D. **Justa causa**. 7.ed. São Paulo: Saraiva, 2000.
- GOMES, Orlando; GOTTSCHALK, Elson. **Curso de direito do trabalho**. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.
- HINZ, Henrique Macedo. **Direito individual do trabalho**. São Paulo: Saraiva, 2006.
- HESSE, Konrad. **Temas fundamentais do direito constitucional. O devido processo legal como direito fundamental**. São Paulo: Saraiva, 2009.
- JÚNIOR, EugênioHainzenreder. **Direito à intimidade e poder diretivo do empregador**. São Paulo: Atlas, 2009.

LIMA, Maria Rosynete Oliveira. **Devido processo legal**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1999.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo G.G. **Curso de direito constitucional**. 6.ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro; NASCIMENTO, Sônia Mascaro. **Iniciação ao direito do trabalho**. 39. ed. São Paulo: LTr, 2014.

OLIVEIRA, Aristeu de. **Rescisão do contrato de trabalho : manual prático**. 10.ed. São Paulo: Atlas, 2009.

OLIVEIRA, Aristeu de. **Manual de prática trabalhista**. 48. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil: introdução ao Direito Civil Constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

SARLET, Ingo Wolfgang; COUTINHO, Aldacy Rachid (Orgs.). **Constituição, direitos fundamentais e direito privado**. 2.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SLAIBI FILHO, Nagib. **Direito constitucional**. 3.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

STEINMETZ, Wilson. **A vinculação dos particulares a direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2004.

VECCHI, Ipojucan Demétrius. **Noções de direito do trabalho um enfoque constitucional.** Passo fundo: UPF, 2009.

VECCHI, Ipojucan Demétrius. **Direito material do trabalho.** Curitiba: Juruá, 2014.

VASCONCELOS, Clever. **Curso de direito constitucional : atualizado até a EC n. 77/2014.** 2. São Paulo: Saraiva, 2014.

YOSHIKAWA, Eduardo Henrique de Oliveira. **Execução extrajudicial e devido processo legal.** São Paulo: Atlas, 2010.