



A RELATIVIZAÇÃO DE DIREITOS TRABALHISTAS E A SAÚDE E SEGURANÇA DO TRABALHADOR: a fronteira moral entre a livre iniciativa e os direitos fundamentais dos trabalhadores

Flávio de Almeida Vale¹

RESUMO

Esse artigo visa estabelecer a relação existente entre a relativização de direitos trabalhistas, mediante uma contraprestação, seja financeira ou através de outros benefícios, e os direitos fundamentais dos trabalhadores e empregadores, mais precisamente a saúde e segurança dos trabalhadores e a livre iniciativa dos empregadores. Porém, para tanto, é necessário que seja traçado um conceito de livre iniciativa e que se apresentem os limites impostos por ela e também a ela, para então demonstrar os possíveis conflitos decorrentes dessa relação. Pretende-se mostrar que, o que, *prima facie*, possa parecer bom para o trabalhador, após uma análise mais minuciosa, pode ser bastante prejudicial à sua saúde e segurança. Deste modo, mostra-se necessária a atuação estatal para salvaguardar os direitos fundamentais dos trabalhadores, conquistados após uma longa luta contra a imposição do poder de uma minoria detentora do capital.

PALAVRAS-CHAVE: LIVRE INICIATIVA. PODER EMPREGATÍCIO. DIREITOS FUNDAMENTAIS. TRABALHADORES.

¹ Bacharel em Direito pelo Instituto Vianna Júnior (jan/2012); Mestrando em Direito pela Universidade Presidente Antônio Carlos.



INTRODUÇÃO

A relação criada com a celebração de um contrato de trabalho é muito mais complexa que aparentemente possa parecer ser.

Ao celebrar um contrato de trabalho o trabalhador leva consigo vários direitos conquistados ao longo de anos, através de lutas para o reconhecimento de sua importância e valor. Porém, de outro lado, se depara com direitos do empregador. Direitos estes que igualmente foram conquistados através de batalhas pela emancipação do poder estatal. Como pretende se mostrar ao longo deste trabalho, tais direitos envolvidos são direitos fundamentais, ou decorrentes destes, que limitam e são limitados entre si.

Essa limitação concomitante pode gerar questões complexas que exigem análises mais profundas a depender do caso, o que, em nosso ordenamento jurídico, acaba por desaguar na mais alta corte trabalhista de nosso país, o Superior Tribunal do Trabalho.

Uma dessas questões complexas que abordaremos neste trabalho é a relativização de direitos ligados à saúde e segurança do trabalhador mediante a contraprestação financeira, o que, ao nosso entender, como será demonstrado, é mais maléfico do que salutar.

Porém, para abordar tais questões é necessário que se trace alguns conceitos, como o de livre iniciativa, ponto este que servirá de início para nosso trabalho.

1 O CONCEITO DE LIVRE INICIATIVA NOS CONTEXTOS HISTÓRICOS

A delimitação do conceito de livre iniciativa deve ser analisada dentro de um contexto histórico específico, pois, a depender do modelo de Estado, tal conceito será mais ou menos abrangente.

Segundo Grau (2010, p. 205), a livre iniciativa pôde ser primeiramente observada, plenamente, no decreto d'Allarde, em 1791, o qual determinava que



qualquer pessoa seria livre para realização de qualquer negócio ou para exercer qualquer profissão, arte ou ofício, mediante ao cumprimento de alguns requisitos, como pagamento de taxas². Assim, levando-se em consideração o ano do citado decreto, nota-se que a livre iniciativa nasceu em período marcado pelas revoluções liberais, e suas consequentes declarações de direitos, na luta contra os privilégios dos detentores do poder no antigo regime.

Porém, é preciso ter a noção tais revoluções liberais não visavam garantir a proteção de uma maioria desfavorecida economicamente, mas sim a garantia da ingerência do Estado na vida de todos os cidadãos, garantindo uma ampla liberdade individual³.

A Independência Americana e a Revolução Francesa, ainda de acordo com Comparato (2010, p. 65), “representaram a emancipação histórica do indivíduo perante os grupos sociais aos quais ele sempre se submeteu”. Os cidadãos passam a deixar de submeterem às imposições estatais e religiosas e passam gerir suas próprias vontades.

Em uma concepção liberal de Estado, cuja consequência é a ingerência do Estado nas questões individuais, a livre iniciativa, em sua concepção primária, significa a ampla garantia de desenvolvimento da liberdade econômica, negando-se sujeição a quaisquer restrições estatais, salvo àquelas advindas da lei. A livre iniciativa sujeitava-se apenas ao princípio da legalidade⁴.

² Neste sentido também leciona Barros (2009, p. 61): “em 1776, promulgou-se o Edito de Turgot, extinguindo as corporações. Algumas foram mantidas, dada a pressão exercida por certos mestres, mas com limitações. Finalmente, a lei Chapelier, de 1791, extinguiu-as definitivamente, como se infere de seu art. 7º, que dispõe: ‘a partir de 1º de abril, todo homem é livre para dedicar-se ao trabalho, profissão, arte ou ofício que achar conveniente, porém estará obrigado a prover-se de uma licença, a pagar os impostos de acordo com as tarifas seguintes e a conformar-se com os regulamentos da polícia que existam ou que se expeçam no futuro”.

³ Neste sentido, Comparato (2010, p. 63 e 64) afirma que “(...) a democracia moderna, (...) foi a fórmula política encontrada pela burguesia para extinguir os antigos privilégios dos dois principais estamentos do ancien régime – o clero e a nobreza – e tornar o governo responsável perante a classe burguesa. O espírito original da democracia moderna não foi, portanto, a defesa do povo pobre contra a minoria rica, mas sim a defesa dos proprietários ricos contra um regime de privilégios estamentais e de governo irresponsável”.

⁴ Neste sentido, Grau (2010, p. 207) afirma que “é certo que postulação primária da liberdade de iniciativa econômica, como acima anotei, é a garantia da liberdade: liberdade de iniciativa econômica é liberdade pública precisamente ao expressar não sujeição a qualquer restrição estatal senão em



Neste sentido, também leciona Silva (1998, p. 793), que afirma que a livre iniciativa

é certamente o princípio básico do liberalismo econômico. Surgiu como um aspecto da luta dos agentes econômicos para libertar-se dos vínculos que sobre eles recaiam por herança, seja do período feudal, seja dos princípios do mercantilismo.

Essa liberdade conquistada pelos indivíduos frente aos estamentos trouxe consigo algumas importantes consequências. Se, de um lado, foi consagrada, legalmente, a igualdade e a liberdade dos cidadãos, de outro, os deixaram mais sujeitos às vicissitudes mundanas⁵. Uma dessas é a questão da detenção do capital e da disponibilização da mão de obra.

Mesmo com a liberdade de iniciativa econômica, é preciso ter a noção que nem todos possuíam, como ainda não possuem, a possibilidade de empreender. Assim, uma minoria detentora do capital passa a captar a mão de obra daqueles que não possuem condição de empreender.

Com uma minoria detentora do capital e com a maioria desprovida deste, forma-se um quadro de extrema atomização social, que, com o passar do tempo, somente se agravou. Isso em decorrência do liberalismo, que dispensava o mesmo tratamento a todos os indivíduos, os considerando livres para contratar como bem entendessem, sem a interferência estatal⁶.

Nesse contexto, aquele que detinha o capital tendia a abusar do seu poder de barganha na hora de contratar, haja vista a grande disponibilidade de mão de obra,

virtude de lei. O que esse preceito pretende introduzir no plano constitucional é tão-somente a sujeição ao princípio da legalidade em termos absolutos – e não, meramente, ao princípio da legalidade em termos relativos (art. 5º, II) – da imposição, pelo Estado, de autorização para o exercício de qualquer atividade econômica”.

⁵ Nesse sentido, ensina Comparato (2010, p. 65): “em contrapartida a essa ascensão do indivíduo na História, a perda da proteção familiar, estamental ou religiosa, tornou-o muito mais vulnerável às vicissitudes da vida. A sociedade liberal ofereceu-lhe, em troca, a segurança da legalidade, com a garantia da igualdade de todos perante a lei. Mas essa isonomia cedo revelou-se uma pomposa inutilidade para a legião crescente de trabalhadores, compelidos a se empregarem nas empresas capitalizadas”.

⁶ Segundo Cairo Júnior (2009, p. 34), “a Revolução Francesa consagrou os princípios de liberdade, igualdade e fraternidade, dando origem ao liberalismo jurídico e econômico, em que o Estado se abstinha de regulamentar as relações entre particulares, ficando adstrito a coibir os pactos que contrariassem a ordem pública”.



o que, como citado, aumentava a discrepância no quadro social⁷. Para Ferreira Filho (2011, p. 59), na medida em que avançava o liberalismo político e econômico, o período posterior às revoluções liberais assistia cada vez mais uma deterioração desse quadro.

Com isso, foi necessária a intervenção estatal nas relações interindividuais para que fossem garantidos os direitos fundamentais às partes mais fracas da relação, surgindo a segunda dimensão das igualdades, que não só garantia a igualdade formal, mas como também a igualdade material, chamada também de igualdade de redistribuições, que se estabelecem principalmente através dos direitos econômicos sociais. Surge então um outro modelo de Estado, o Estado Social, que se desenvolveu durante o Século XX.

Para assegurar essa igualdade material, o Estado sai de sua postura negativa, tal como ocorre no âmbito do Estado Liberal e passa atuar através de uma postura positiva, possibilitando assim que as pessoas possam, de fato, gozar das liberdades e igualdade garantidas nas Revoluções Liberais⁸.

Nesse contexto histórico, no qual o Estado passa a tomar medidas para garantir uma maior igualdade a todos indivíduos, é inevitável que a livre iniciativa passe a sofrer uma limitação maior daquela existente no Estado Liberal. Passando o Estado a intervir nas relações privadas para garantir uma maior efetividade dos direitos fundamentais das partes contratantes, a livre iniciativa não irá mais somente

⁷ Comparato (2010, p. 66) afirma que “patrões e operários eram considerados, pela majestade da lei, como contratantes perfeitamente iguais em direitos, com inteira liberdade para estipular o salário e as demais condições de trabalho. Fora da relação de emprego assalariado, a lei assegurava imparcialmente a todos, ricos e pobres, jovens e anciãos, homens e mulheres, a possibilidade jurídica de prover livremente à sua subsistência e enfrentar as adversidades da vida (...). O resultado dessa atomização social, como não poderia deixar de ser, foi a brutal pauperização das massas proletariadas”.

⁸ Nesse sentido, dita o Ministro do Supremo Tribunal Federal, Ricardo Lewandowski, em seu voto na ADPF 186/DF: “Para possibilitar que a igualdade material entre as pessoas seja levada a efeito, o Estado pode lançar mão seja de políticas de cunho universalista, que abrangem um número indeterminado de indivíduos, mediante ações de natureza estrutural, seja de ações afirmativas, que atingem grupos sociais determinados, de maneira pontual, atribuindo a estes certas vantagens, por um tempo limitado, de modo a permitir-lhes a superação de desigualdades decorrentes de situações históricas particulares”. (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2012).



sofrer a limitação pelo princípio da legalidade, mas como também dos direitos que visem uma justiça social⁹.

Na Constituição Federal de 1988, a livre iniciativa é encontrada em 2 momentos: como fundamento da República, no art. 1º, IV e, como direito fundamental¹⁰, no art. 170, o qual também trás os limites desta e também seu conceito, em seu parágrafo único¹¹.

2 OS LIMITES DA LIVRE INICIATIVA

Superado o modelo de Estado Liberal, mostrando-se importante a intervenção do Estado nas relações particulares para a garantia de maior efetivação dos direitos fundamentais, sobretudo do proletariado, sujeita ao poderio dos empregadores detentores do capital, a livre iniciativa passa a sofrer limitações¹². Tais limitações estão descritas em nossa Constituição, em seu artigo 170.

⁹ Neste sentido, leciona Silva (1998, p. 794): “A livre iniciativa, ‘num contexto de uma Constituição preocupada com a realização da justiça social (o fim condiciona os meios), não pode significar mais do que ‘liberdade de desenvolvimento da empresa no quadro estabelecido pelo poder público, e, portanto, possibilidade de gozar das facilidades e necessidade de submeter-se às limitações postas pelo mesmo’. É legítima, enquanto exercida no interesse da justiça social. Será ilegítima, quando exercida com objetivo de puro lucro e realização pessoal do empresário”.

¹⁰ É pacífico o entendimento de que os direitos fundamentais não são somente aqueles descritos no Título II, da Constituição Federal, mais precisamente entre os artigos 5º e 17. Exemplo disto é o próprio art. 170 e o art. 225, ambos da Constituição Federal.

O art. 170, que descreve a livre iniciativa é um direito fundamental enquanto corolário da liberdade individual consagrada nas Revoluções Liberais, como ensina Eros Grau: “dela – da livre iniciativa – se deve dizer, inicialmente, que expressa desdobramento da liberdade”. (GRAU, 2010, p. 203).

Já o art. 225, com a 3ª geração de direitos fundamentais, os direitos de solidariedade ou fraternidade, consagrou-se como direito fundamental o direito de um meio ambiente ecologicamente equilibrado, como ensina Alexandre de Moraes: “modernamente, protege-se, constitucionalmente, como *direitos de terceira geração* os chamados direitos de solidariedade ou fraternidade, que englobam o direito a um meio ambiente equilibrado, uma saudável qualidade de vida, (...)”. (MORAES, 2008, p. 31, 32).

¹¹ “É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei”.

¹² Neste sentido, ensina Silva (1998, p. 794): “a evolução das relações de produção e a necessidade de propiciar melhores condições de vida aos trabalhadores, bem como o mau uso dessa liberdade e a falácia da ‘harmonia natural dos interesses’ do Estado Liberal, fizeram surgir mecanismos de condicionamento da iniciativa privada, em busca da realização da justiça social”.



A primeira limitação imposta pelo citado dispositivo é encontrada logo no *caput*, quando se prevê que a ordem econômica funda-se, primeiro, na valorização do trabalho humano, com a finalidade de assegurar a todos uma existência digna¹³. Outras importantes limitações, dentro do contexto deste trabalho, encontram-se nos incisos VI (defesa do meio ambiente do trabalho), VII (redução das desigualdades) e VIII (busca do pleno emprego).

Assim, de acordo com a Constituição Federal de 1988, a livre iniciativa encontra os seus limites, basicamente, para os fins aqui propostos, na dignidade da pessoa humana, nos valores sociais do trabalho e no meio ambiente do trabalho.

A dignidade da pessoa humana, assim como a livre iniciativa, figura como fundamento da República (artigo 1º, III, CF) e também como fim da ordem econômica (*caput*, artigo 170, CF¹⁴). Segundo Grau (2010, p. 198, 199):

nesta segunda consagração constitucional, a *dignidade da pessoa humana* assume a mais pronunciada relevância, visto comprometer todo o exercício da atividade econômica, em sentido amplo – e em especial, o exercício da atividade econômica em sentido estrito – com o programa de promoção da existência digna, de que, repito, todos devem gozar. (...). Logo, o exercício de qualquer parcela da atividade econômica de modo não adequado àquela promoção expressará violação do princípio duplamente contemplado na Constituição.

Nesta segunda concepção, a dignidade da pessoa humana¹⁵ representa “os valores morais que singularizam todas as pessoas, tornando-as merecedoras de

¹³ Neste sentido, Grau (2010, p. 202) ensina que “já no art. 170, *caput*, afirma-se que a ordem econômica deve ser fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa. Note-se, assim, que esta é então tomada singelamente e aquele – o trabalho humano – é considerado como objeto a ser valorizado”.

¹⁴ “a dignidade da pessoa humana é adotada pelo texto constitucional concomitantemente como fundamento da República Federativa do Brasil (art. 1º, III) e como fim da ordem econômica (mundo do ser) (art. 170, *caput* – ‘a ordem econômica... tem por fim assegurar a todos existência digna’”. (GRAU, 2010, p. 197).

¹⁵ Segundo Machado (2002, p. 258, 259), “a dignidade da pessoa humana representa uma síntese, dotada de um elevado grau de generalidade e abstração, dos principais desenvolvimentos teológicos, filosóficos, ideológicos e teórico-políticos resultantes da reflexão multi-secular em torno da pessoa e do significado que as suas capacidades, exigências e objetivos espirituais, morais, racionais, intelectuais, emocionais, físicos e sociais, juntamente com as suas limitações e necessidades, devem assumir na conformação da comunidade política. Mais especificamente, ela tem em vista, acima de



igual respeito e consideração” (BARROSO, 2010, p. 21). Assim, a livre iniciativa esbarrará no respeito aos direitos fundamentais do trabalhador¹⁶, tendo em vista que estes possuem seus fundamentos morais na dignidade da pessoa humana¹⁷ e visam o maior desenvolvimento destes como pessoas dotadas de racionalidade e merecedoras de respeito e consideração. As relações laborais não escapam desse limite, uma vez que “o valor da dignidade da pessoa humana estende-se a todos os ramos do Direito, sem limitações. O ser humano é colocado no centro de toda ordem jurídica” (MACHADO, 2002, p. 358).

Visto o limite imposto à livre iniciativa pelo valor da dignidade humana, ainda nos resta tratar das limitações decorrentes do meio ambiente do trabalho e nos valores sociais do trabalho.

Como mencionado acima, o meio ambiente equilibrado é um direito fundamental garantido no art. 225, da Constituição da República e, dentro do conceito de meio ambiente, encontra-se o meio ambiente laboral.

Segundo Barros (2009, p. 1078), entende-se como meio ambiente do trabalho aquele local onde o trabalhador se depara com os meios necessários para o provento de sua subsistência, “podendo ser o estabelecimento empresarial, o ambiente urbano, no caso dos que executam atividades externas e até o domicílio do trabalhador, no caso do empregado a domicílio, por exemplo” (BARROS, 2009, p. 1078).

Ainda de acordo com os ensinamentos da citada autora, a tutela do meio ambiente do trabalho visa garantir a proteção à saúde e a segurança do trabalhador, com a finalidade de garantir que este possa usufruir de uma qualidade de vida

tudo, a afirmação da autonomia racional e moral-prática de cada indivíduo, como valor a realizar em concreto”.

¹⁶ Segundo Belmonte (2007, p. 86), os “direitos fundamentais na dimensão juslaborativa são valores de que os trabalhadores necessitam para a garantia de uma existência igualitária, livre, valorizada e justa na ordem econômica e social, tendo por substrato a dignidade da pessoa humana”.

¹⁷ Neste sentido, Barroso (2010) ensina que a dignidade da pessoa humana é “Compreendida como fundamento moral dos direitos fundamentais e também como parte do conceito desses direitos fundamentais”. BARROSO, Luis Roberto Barroso.



saudável, digna (BARROS, 2009, p. 1079). Assim, é de fundamental importância a adoção de meios para neutralizar os riscos à saúde e segurança do trabalhador.

Visando tal fim, a convenção 148, da OIT, ratificada pelo Brasil, define que o Estado é o responsável pela elaboração de leis que visem medidas de prevenção, sendo os trabalhadores responsáveis pela aplicação destas medidas definidas e, por fim, os empregadores, sendo responsáveis pela observância dessas normas, devendo também apresentar propostas com medidas protetivas¹⁸.

Quanto às obrigações do Estado na elaboração de leis que visem garantir medidas de proteção à saúde e segurança do trabalhador, o cumprimento destas pode ser observado com as disposições estabelecidas pela Consolidação das Leis do Trabalho, em especial os contidos no Capítulo V (da segurança e da medicina do trabalho), além das Normas Regulamentadoras¹⁹, que cumprem importante papel para essa finalidade.

No tangente às obrigações do empregador, além, claro, de possuírem o dever de observância das normas editadas pelo Estado, é de fundamental importância a noção de que estes devem tomar medidas que visem minorar os danos à saúde do

¹⁸ “Convenção nº 148 – Meio ambiente de trabalho (contaminação do ar, ruído e vibrações):

1. Responsabilidade da autoridade competente de estabelecer critérios periodicamente revisados que permitam definir os riscos de exposição à contaminação do ar, ao ruído e às vibrações nos locais de trabalho, fixando limites de exposição, após consulta com pessoas tecnicamente qualificadas designadas pelas organizações interessadas representativas de empregadores e trabalhadores.

2. Responsabilidade dos empregadores, na vigência de riscos profissionais devidos a contaminação do ar, ruído ou vibrações, de: Eliminar tais riscos, na medida do possível, mediante medidas técnicas ou de organização do trabalho, ou, em último caso, pelo fornecimento de equipamentos de proteção individual; acompanhar a saúde dos trabalhadores expostos ou potencialmente expostos, por meio de exames admissional e periódicos; adotar medidas para mudança de função ou recebimento de prestações da seguridade social para o trabalhador que por razões médicas não possa permanecer em seu posto de trabalho; notificar e submeter à apreciação da autoridade competente a utilização de procedimentos, substâncias, máquinas ou materiais que levem à exposição de trabalhadores a esses agentes; designar pessoa competente ou serviço especializado para tratar das questões relativas à prevenção e limitação dos riscos existentes; assegurar a todos os trabalhadores e pessoas interessadas todas as informações a esse respeito; obrigar a todos os trabalhadores a observação das normas de segurança para prevenção e limitação desses riscos.

3. Dever de adotar medidas de promoção da investigação no campo da prevenção e limitação dos riscos devidos à contaminação do ar, ruído e vibrações nos locais de trabalho”. (MTE, SIT, 2002).

¹⁹ As Normas Regulamentadoras (conhecidas como NRs) são normas relativas à segurança e medicina do trabalho, sendo obrigatório o respeito destas por parte dos empregadores que possuam empregados regidos pela CLT.



trabalhador, comunicando às autoridades competentes a necessidade de utilização de meios ou substâncias que coloquem em risco a saúde e segurança do trabalhador²⁰. Neste ponto, o disposto no item 2, da Convenção 148 da OIT (já citado – ver nota de rodapé número 25) é o suficiente para compreender as obrigações do empregador.

Segundo Barros (2009, p. 1065), quando o empregador contrata o empregado ele contrai para si o dever de proteção, através de medidas de higiene e segurança, a uma série de bens jurídicos que o empregado leva consigo, como a vida, a saúde, a capacidade de trabalho, entre outros.

Tendo por base os ensinamentos da citada professora, o empregado, ao ser contratado, normalmente goza de uma saúde boa, que lhe permite o gozo de uma vida saudável e digna. Deste modo, é dever do empregador o devolver “ao mundo” exterior com, na maior e melhor medida possível, as mesmas condições em que este ingressou “no mundo” laboral. Daí a importância de se observar a legislação vigente quanto a proteção da saúde e segurança do trabalhador, haja vista que as condições de trabalho em desacordo com esta, podem causar danos ao trabalhador (saúde) e também ao próprio empregador, que pode sofrer na perda da produção²¹ e também com a reparação dos danos causados aos trabalhadores²². Isso porque, se, de um lado, o empregador possui o poder de cobrar de seus empregados (poder

²⁰ Neste sentido, Barros (2009, p. 1068) afirma que “a utilização de procedimentos, substâncias ou materiais que exponham os trabalhadores a esses riscos deverá ser comunicada à autoridade competente, que poderá autorizá-las com cautela ou proibi-las, fixando limites de exposição. O estado de saúde dos trabalhadores, nesses locais, deverá ser objeto de uma vigilância médica gratuita com intervalos apropriados e exame médico prévio e periódico”.

²¹ Neste sentido, Barros (2009, p. 1063) ensina que “além do acidente de trabalho e enfermidades profissionais, as deficiências nas condições em que ele executa as atividades geram tensão, fadiga e a insatisfação, fatores prejudiciais à saúde. Se não bastasse, elas provocam, ainda, o absenteísmo, instabilidade no emprego e queda de produtividade”.

²² Neste sentido, leciona Cairo Júnior (2009, p. 36): “a atividade humana cria risco em função do seu interesse em produzir mais com menor custo. Cabe àquele que produz e controla o risco, portanto, adotar medidas desnecessárias para reduzi-los ou eliminá-los, sob pena de suportar suas consequências. Deste modo, quem deve suportar o ônus respectivo são aquelas pessoas que obtêm proveito da sua própria atividade, segundo o brocardo *ubi emolumentum, ibi onus*, ou seja, quem se beneficia do proveito deve suportar os encargos”.



empregatício – como será estudado adiante), ele, de outro, possui obrigações acessórias²³.

A garantia de direitos mínimos aos trabalhadores evita que o labor prejudique sua vida e saúde. Neste ponto é que se mostram importantes não só as normas acima citadas, mas como também os direitos fundamentais do trabalhador²⁴, principalmente aqueles descritos nos artigos 6º ao 11 da Constituição da República, os direitos sociais.

Esses direitos e garantias fundamentais dos trabalhadores são fruto de longas e árduas lutas para o devido reconhecimento da dignidade do trabalhador, salvaguardando o mínimo necessário para que o homem se realize no trabalho sem ser explorado pela minoria detentora do capital, garantindo assim os ideais que lastreiam o constitucionalismo²⁵.

Se, por um lado, a livre iniciativa foi uma grande conquista individual, no sentido de não sujeição do indivíduo aos mandamentos e vontades estatais, por outro lado, esta deve ser limitada para que a liberdade frente ao Estado não “escravize” aqueles que não detêm o capital, se sujeitando a minoria rica. O Estado deve manter uma posição que, ao mesmo tempo, garanta a liberdade de iniciativa econômica e não permita que esta imponha o poder do capital sobre a massa

²³ Neste sentido ensina Belmonte (2007, p. 74): “quanto ao empregador, que tem a obrigação básica de pagar o salário, dele exige-se a observância de prestações acessórias e correlatas ao direito de cobrar do empregado a prestação do serviço. Assim, tem o empregador deveres de proteção, de informação e de lealdade em relação ao empregado. (...). São deveres de proteção física, moral e intelectual, o respeito aos direitos personalíssimos do empregado (honra, imagem, intimidade, vida privada, integridade física, saúde, incluindo o cumprimento das normas de garantia da higiene e segurança do trabalho, não discriminação, liberdade etc.)”.

²⁴ É importante ter a noção de que os direitos fundamentais dos trabalhadores não são somente aqueles descritos entre os artigos 7º e 11 da Constituição Federal. Muitos direitos fundamentais dos trabalhadores estão esparsos na Constituição. Um exemplo é o já citado direito ao meio ambiente de trabalho equilibrado, com previsão no art. 225 da Constituição da República. Outro exemplo é o direito ao tratamento isonômico, previsto no *caput* do art. 5º, dentre outros.

²⁵ Neste sentido, Daniel Sarmiento (2011, p. 8) dita que “A positivação e tutela dos direitos sociais e econômicos partiram de uma premissa que nos parece inquestionável: diante da desigualdade de fato existente no meio social, se o Estado não agir para proteger o mais fraco do mais forte, os ideais éticos de liberdade, igualdade e solidariedade em que se lastreia o constitucionalismo seguramente vão se frustrar”.



proletariada, haja vista que é um dos objetivos do Estado garantir o bem de todos, como previsto na Constituição Federal (art. 3º, IV)²⁶.

3 O PODER EMPREGATÍCIO E OS DIREITOS DOS TRABALHADORES

Através da relação empregatícia estabelecida com a celebração de um contrato de trabalho nasce para o empregador o poder empregatício e, conseqüentemente, ao empregado nascem deveres de obediência, devido a sua subordinação jurídica (ALVARENGA, 2010). Esse poder empregatício do empregador é decorrente da livre iniciativa.

O poder empregatício é um fator limitador dos direitos dos trabalhadores, sendo pautado nos princípios de lealdade e boa-fé, haja vista a necessária subordinação jurídica para uma boa execução do contrato de trabalho. Segundo Rúbia Zanotelli de Alvarenga, a subordinação jurídica compreende a sujeição do empregado às vontades do empregador. Sendo que esta subordinação se instrumentaliza no poder empregatício, através da detenção dos os poderes de direção, regulamentação, fiscalização e punição (ALVARENGA, 2010).

Esse poder empregatício garantido ao empregador é encontrado no artigo 2º da CLT, que assim dispõe: “Considera-se empregador a empresa, individual ou coletiva, que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviço”. Note-se que o citado dispositivo trás o conceito de empregador, porém, nas palavras de Alvarenga,

desse conceito, extrai-se o fundamento do poder empregatício, que consiste no conjunto de prerrogativas que são deferidas às partes, e que atribuem aos mesmos, direitos e obrigações oriundas do contrato de trabalho. De um lado da relação jurídica de emprego, temos o empregador, que tem a prerrogativa de planejar ou organizar, dirigir, regulamentar e controlar o seu negócio no âmbito do espaço empresarial e do outro lado, o empregado, que se

²⁶ Neste sentido, ver Barros (2009, p. 1065): “um dos objetivos da República Federativa do Brasil consiste em promover o bem de todos (art. 3º da Constituição vigente), garantindo-se, no art. 6º, no Capítulo Dos Direitos Sociais, o direito à saúde de todos, o qual corresponde a um dever do Estado. Daí se infere tratar-se a saúde de um direito subjetivo público, que se exige do Estado”.



compromete a executar a sua atividade laboral de acordo com as disposições do contrato. O dispositivo considera o empregador o detentor exclusivo do poder empregatício e, ao mesmo tempo, o único com titularidade para admitir, assalariar e dirigir a prestação pessoal de serviços no contexto da relação jurídica de emprego. Do artigo supramencionado, pode-se observar que o empregador, ao admitir o empregado, estará assumindo para si todos os riscos inerentes à sua atividade econômica de produção. Por intermédio da subordinação jurídica e da sua ingerência no contrato de trabalho, o empregado fica submetido às ordens do empregador. (ALVARENGA, 2010).

Assim, é possível dizer que a relação de emprego, por si só, é um fator limitador aos direitos do trabalhador, sobretudo os direitos de liberdade²⁷, ao passo que ao se subordinar juridicamente ao empregador, inegavelmente haverá uma limitação de sua liberdade. O trabalhador passa a não poder fazer mais tudo aquilo que bem entender²⁸.

Dessa relação podem surgir conflitos complexos entre direitos fundamentais. Isso porque, como já estudado, se por um lado os direitos fundamentais dos trabalhadores limitam a livre iniciativa, por outro lado, o poder empregatício, decorrente da livre iniciativa, direito fundamental, também limita os direitos fundamentais dos trabalhadores. Nestes casos, não podemos simplesmente sobrepor um direito fundamental ao outro. Há de se fazer uma análise, por vezes

²⁷ Neste sentido, leciona Delgado (1994, p. 105): “A liberdade na relação de emprego é sabidamente limitada. Ultrapassada a manifestação de vontade em aderir ao contrato empregatício, o trabalhador tem restringida, substantivamente, a margem de atuação de sua vontade ao longo do vínculo de emprego. Ao ingressar no emprego, adere a um conjunto de cláusulas previamente estabelecidas, consubstanciadoras de típico contrato de adesão. É verdade que este contrato de adesão emerge, hoje, não somente a partir da exclusiva vontade empresarial, mas também do universo de normas justralhistas obrigatórias que incidem sobre o conteúdo do contrato. Essa última circunstância, inquestionavelmente, confere clara atenuação à preponderância da vontade empresarial no âmbito da pactuação empregatícia, embora não seja hábil a eliminar, por certo, essa preponderância”.

²⁸ É importante ter a noção de que liberdade não é fazer aquilo que bem entender. A expressão utilizada é servível para ressaltar a limitação imposta pelo contrato de trabalho. Ao nosso sentir, a concepção mais correta de liberdade seria a de um direito subjetivo que está intimamente ligado a autodeterminação do sujeito, porém uma autodeterminação inserida na universalidade em que vive esse sujeito, onde o livre desenvolvimento de sua personalidade, ou seja, da sua condição como pessoa, deve permitir o livre desenvolvimento da personalidade de seus pares e, para tanto, a liberdade deve ser limitada.



mais profunda, para fazer os ajustes necessários ao caso concreto²⁹. Neste ponto, mostra-se de fundamental importância a atuação do judiciário.

4 RELATIVIZAÇÃO DE DIREITOS TRABALHISTAS E SEUS MALEFÍCIOS

Os direitos fundamentais do trabalhador limitam e são, ao mesmo tempo, limitados pela livre iniciativa, direito fundamental do empreendedor. Deste modo, torna-se inevitável o conflito entre direitos fundamentais, necessitando assim de uma análise mais aprofundada das circunstâncias do caso concreto.

Um exemplo desses conflitos pode ser encontrado no tangente à contraprestação financeira para relativização de direitos dos trabalhadores, como, por exemplo, a supressão da redução ficta da hora noturna, a permissão de realização de mais de duas horas extras mediante pagamento de adicional em alto percentual, entre outros.

Tem-se aí, nestes casos, ainda que indiretamente, uma relativização de direitos fundamentais do trabalhador, uma vez que as normas relativizadas mediante a contraprestação financeira visam garantir direitos fundamentais do trabalhador, sobretudo à saúde e segurança do trabalhador.

Deve ser feita uma análise mais profunda dessas situações, pois, há claramente um conflito de direitos fundamentais nestes casos. De um lado, a livre iniciativa, que permite ao empreendedor utilizar de meios para aumentar sua produção, a liberdade, que permite às partes negociarem estas relativizações de direitos, e, de outro lado, a saúde e segurança do trabalhador.

Muitas dessas situações se tornam objeto de apreciação pelo Tribunal Superior do Trabalho e, também, pelos Tribunais Regionais do Trabalho de nosso

²⁹ Neste sentido, dita Belmonte (2012), em entrevista concedida ao site do TST: “o poder empregatício decorre da livre iniciativa, que é um direito fundamental, previsto na Constituição. Por outro lado, o direito fundamental do trabalhador de ter a sua liberdade também está previsto na Constituição. Então, não podemos negar a vigência da Constituição para dizer que o direito que vale é do empregador, ou o do empregado. O problema é fazer esses ajustes na situação concreta, quando estamos diante de um caso de possível abuso. (...). O problema é encontrar no caso concreto o ajuste. E esse ajuste tentamos atingir a partir dos critérios da proporcionalidade e da razoabilidade”.



país. Assim, para ilustrar nosso ponto de vista, abordaremos algumas destas situações e demonstraremos a decisão apresentada pelos nossos Tribunais.

Em 2011 o TST, no julgamento do Recurso de Revista 86500-06.2008.5.03.0091³⁰, entendeu que a adoção de jornada 12x36 por convenção coletiva não desobriga a empresa a considerar a redução ficta da hora noturna. Segundo o Ministro Relator, Horácio Raymundo de Senna Pires, “a redução ficta da hora noturna para 52 minutos e 30 segundos constitui medida de higiene, saúde e segurança do empregado, garantida por dispositivo de lei (artigo 73, § 1º, da CLT) e tutelada pela Constituição Federal (art. 7º, XXII)” (TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO, 2011).

Note-se que o entendimento do Ministro visa salvaguardar direitos fundamentais, ainda que, livremente, o sindicato patronal e o sindicato da categoria acordassem em permitir o labor em jornada 12x36. É importante notar também que o Ministro não anula a possibilidade da jornada 12x36, mantendo-se assim a postura negativa do Estado quanto à relação entre as partes contratantes. Assim, ao mesmo tempo há o respeito à livre iniciativa e a liberdade dos contratantes e também há a proteção a direitos fundamentais do trabalhador.

Recentemente, a Subseção I Especializada em Dissídios Individuais do Tribunal Superior do Trabalho, analisou situação parecida com a mencionada à cima. No julgamento dos Embargos Declaratórios em Recurso de Revista nº 31600-45.2007.5.04.0232, os Ministros consideraram válida cláusula de norma coletiva que suprimiu a redução ficta da hora noturna, tendo em vista que houve o aumento do valor do adicional noturno.

³⁰ RECURSO DE REVISTA. HORA NOTURNA. REDUÇÃO FICTA. FLEXIBILIZAÇÃO. CONVENÇÃO COLETIVA. IMPOSSIBILIDADE. A hora noturna reduzida constitui medida de higiene, saúde e segurança do empregado, garantida por norma legal (artigo 73 da CLT) e tutelada pela Constituição Federal (art. 7º, XXII). O acordo com vista à adoção do sistema laborativo de 12x36, ainda que decorrente de negociação coletiva, não priva o empregado do direito ao labor em horário noturno reduzido, com o pagamento do respectivo adicional, nos termos dos artigos 73, § 1º, da CLT e 7º, IX, da CF. Precedentes. Recurso de revista não conhecido. CONCLUSÃO: RECURSO DE REVISTA INTEGRALMENTE NÃO CONHECIDO. (865000620085030091 86500-06.2008.5.03.0091, Relator: Horácio Raymundo de Senna Pires, Data de Julgamento: 14/12/2011, 3ª Turma, Data de Publicação: DEJT 19/12/2011)



Note-se que neste segundo caso há uma peculiaridade que não há no primeiro caso citado: não há somente a supressão da redução ficta da hora noturna. Há também uma contraprestação financeira para compensar a supressão. Segundo a maioria dos Ministros, a fixação de um adicional noturno mais elevado compensa a supressão, mantendo o equilíbrio entre as partes contratantes.

Porém, a questão da supressão da redução ficta da hora noturna mediante o aumento do adicional noturno trazida acima somente ilustra o ponto que queremos analisar aqui, que é a supressão de direitos fundamentais mediante contraprestação financeira. Essas questões trazem consigo outras questões importantes que devem ser analisadas, como, quais são os benefícios e os malefícios em curto e em longo prazo? Até que ponto é salutar a relativização de direitos fundamentais mediante a contraprestação financeira?³¹ Quais são os limites morais dessa relativização?

Os trabalhadores, depois das Revoluções Liberais, se encontraram reféns do poder do capital. A grande massa proletariada, recém “emancipada” das garras estatais, necessitando de dinheiro para sobreviver, se submetia a condições precárias de trabalho mediante a contraprestação financeira, sendo necessários vários anos para o reconhecimento dos direitos fundamentais dos trabalhadores, que passaram a impor limites à livre iniciativa. Essa constatação nos leva a uma reflexão: essa relativização de direitos fundamentais dos trabalhadores, mediante a contraprestação financeira, não estaria sujeitando novamente a maioria necessitada ao poderio da minoria detentora do capital?

Além do mais, ao nosso sentir, a redução ficta da hora noturna, por exemplo, não só protege a saúde do trabalhador como também ajuda a diminuir um problema social, o desemprego. Na medida em que o trabalhador fica menos tempo na

³¹ Michael Sandel (2012) aponta dois motivos para se preocupar com a possibilidade de compra e venda de quase tudo na nossa sociedade. Acreditamos que a reflexão trazida pelo professor americano se enquadra no que estamos discutindo no presente trabalho, pois o que tratamos aqui é a compra e venda de direitos fundamentais. Em sua obra, Michael Sandel (2012, p. 14) assim expõe: “por que ficar preocupado com o fato de estarmos caminhando para uma sociedade em que tudo está à venda? Por dois motivos: um tem a ver com desigualdade; o outro, com corrupção. Veja-se a questão da desigualdade. Numa sociedade em que tudo está à venda, a vida fica mais difícil para os que dispõem de recursos modestos. Quanto mais o dinheiro pode comprar, mais importante é a afluência (ou a sua falta)”.



empresa, esta necessita aumentar o número de trabalhadores, colocando mais pessoas no mercado de trabalho.

De início, o aumento do adicional noturno, o pagamento de horas extraordinárias em percentuais elevados ou o pagamento de adicional de insalubridade, podem ser bastante benéficos ao trabalhador. Principalmente no tangente àqueles que possuem um salário menor, pois estas verbas podem representar um alívio nas contas mensais. Porém, em longo prazo podem representar um grande transtorno na vida do trabalhador, podendo surgir doenças relacionadas ao excesso de trabalho e à exposição a agentes nocivos, gerando um problema social também, uma vez que pode onerar os cofres do Estado devido a benefícios previdenciários³². Isso sem contar a ocorrência de acidentes de trabalho.

Em uma análise mais profunda, em nosso sentir, a relativização de direitos trabalhistas diretamente ligados à saúde e segurança do trabalhador traz mais malefícios do que benefícios e devem ser afastadas. Neste ponto, os direitos fundamentais dos trabalhadores devem sobressair à livre iniciativa e a liberdade de negociação. Isso porque, em longo prazo, podem ser causados danos à saúde dos trabalhadores, além de poder causar danos à coletividade, com um grande gasto com benefícios previdenciários decorrentes de doenças ocupacionais ou acidentes de trabalho.

Por fim, é importante abordar outro fator que, em nosso ver, é impeditivo à comercialização de direitos ligados à saúde e segurança do trabalhador. Os direitos fundamentais do trabalhador visam garantir o mínimo para que os trabalhadores sejam tratados com o respeito e consideração que merecem como seres humanos, ou seja, visam o respeito à suas dignidades. A compra e venda de direitos relacionados à saúde e segurança do trabalhador relega ao status de coisa bens

³² De acordo com informações da Fazenda Nacional, “a Previdência Social poderá ter uma despesa adicional superior a R\$ 1 bilhão por ano se o pagamento de auxílio-doença continuar aumentando no ritmo acelerado observado nos últimos meses”. No ano de 2010, o gasto com pagamento de auxílios-doença foi de R\$ 13 bilhões. (FRAGA; ROLLI, 2011).



importantes da vida do ser humano, indo de encontro com o valor da dignidade deste³³.

CONCLUSÃO

Vimos que a livre iniciativa, sem dúvidas, é um direito fundamental que decorre da liberdade clássica atingida após as Revoluções Liberais, quando o sujeito passa a ser livre para desenvolver o seu trabalho para seu próprio proveito, não mais para sustentar as regalias do Clero e da Nobreza.

Dessas Revoluções Liberais resultou também a igualdade formal entre os indivíduos, colocando todos em posição de isonomia e que, juntamente com a liberdade clássica, fez com que a minoria detentora do capital impusesse seu poderio econômico à maioria desprovida de recursos, que se submetiam a condições precárias de trabalho. Deste modo, o Estado precisou sair de sua postura negativa para garantir aos trabalhadores condições dignas de trabalho, permitindo que estes se desenvolvessem como seres humanos, merecedores de respeito e consideração.

Tendo em vista essa necessidade, a livre iniciativa e liberdade no contrato de trabalho devem sofrer restrições para garantir o mínimo necessário para que os trabalhadores desenvolvam suas atividades sem causar maiores danos à saúde, evitando também a comercialização de direitos ligados a saúde e segurança do trabalhador, pois além de desvirtuar o propósito destes, pode resultar em outros problemas, como o alto gasto com benefícios previdenciários.

³³ Neste sentido, cita Sandel (2012, p. 15): “quando decidimos que determinados bens podem ser comprados e vendidos, estamos decidindo, pelo menos implicitamente, que podem ser tratados como mercadorias, como instrumentos de lucro e uso. Mas nem todos os bens podem ser avaliados dessa maneira. O exemplo mais óbvio são os seres humanos. A escravidão era ultrajante, por tratar os seres humanos como mercadorias, postas à venda em leilão. Esse tratamento não leva em conta os seres humanos de forma adequada – como pessoas que merecem respeito e tratamento condigno, e não como instrumentos de lucro e objetos de uso”.



THE RELATIVIZATION OF LABOR RIGHTS AND LABORERS' HEALTH AND SAFETY: the moral boundary between free enterprise and laborers' fundamental rights

ABSTRACT

This article is aimed to establish the existing relationship between the labor rights relativization, through a consideration charged, be it financial or through other benefits, and the fundamental rights of employees and employers, more precisely the workers' health and safety together with their free enterprise. Although, for this, it's needed to be outlined a free enterprise concept, presenting its limits imposed by it, as well as to it, to only then show the possible conflicts risen from this relationship. It is intended to demonstrate that, what may at first glance look good for workers, after a thorough analysis, it may be interpreted as truly harmful to their health and safety. Thus, it becomes evident the need of a state intervention to protect the workers fundamental rights, conquered after a long fight against the power imposed by a minority who held the capital.

KEY-WORDS: FREE ENTERPRISE. EMPLOYMENT POWER. FUNDAMENTAL RIGHTS.WORKERS.



REFERÊNCIAS

ALVARENGA, Rúbia Zanotelli de. O poder empregatício no contrato de trabalho. **Jus Navigandi**. Teresina, ano 15, n. 2639, 22 set. 2010. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/17462>>. Acesso em: 07/2013.

BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de Direito do Trabalho**. 5. ed. rev. e ampl. São Paulo: LTr, 2009.

BARROSO, Luís Roberto. **A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo**: natureza jurídica, conteúdos mínimos e critérios de aplicação. Versão provisória para debate público. Mimeografado, dezembro de 2010. Disponível em <http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2010/12/Dignidade_texto-base_11dez2010.pdf>. Acesso em 11/12.

_____, Luis Roberto Barroso. “Direito à Igualdade e Ações Afirmativas”. In: **XXIV Congresso Brasileiro de Direito Administrativo**, 2010, Belo Horizonte. Disponível em: <http://www.luisrobertobarroso.com.br/?page_id=42>. Acesso em 11/2012.

BELMONTE, Alexandre Agra. **Danos Morais no direito do trabalho. Identificação e composição dos danos morais trabalhistas**. 3. ed. rev. e atual. Conforme a EC nº 45/2004. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADPF 186/DF. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski**. Brasília, DF, 25 de abril de 2012. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF186RL.pdf>>. Acesso em 07/2013.

_____. Superior Tribunal do Trabalho. **RR 86500-06.2008.5.03.0091, Relator: Horácio Raymundo de Senna Pires**. Brasília, DF, 14 de dezembro de 2011. Disponível em <<https://aplicacao5.tst.jus.br/consultaProcessual/resumoForm.do?consulta=1&numeroInt=783231&anoInt=2009>>. Acesso em 07/2013.

CAIRO JÚNIOR, José. **O acidente de trabalho e a responsabilidade civil do empregador**. 5. ed. São Paulo: LTr, 2009.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010.

Convenção da OIT. – Brasília: MTE, SIT, 2002. Disponível em <http://www.mte.gov.br/seg_sau/pub_cne_convencoes_oit.pdf>. Acesso em 07/2013.



FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos humanos fundamentais**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

FRAGA, Érica; ROLLI, Cláudia. Auxílio-doença cria pressão para o caixa da Previdência Social. **Folha de São Paulo**, São Paulo, 14/06/2011. Disponível em <<http://www1.folha.uol.com.br/fsp/poder/po1406201111.htm>>. Acesso em 07/2013.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 14. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2010.

MACHADO, Jonatas E. M. **Liberdade de expressão. Dimensões constitucionais da esfera pública no sistema social**. Coimbra: Coimbra Editora, 2002.

Ministro Alexandre Agra Belmonte fala sobre a liberdade de expressão no trabalho. **Tribunal Superior do Trabalho**, Brasília, 18 nov. 2012 disponível em <http://www.tst.jus.br/materias-especiais/-/asset_publisher/89Dk/content/id/3253513>. Acesso em 07/2013

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 25. ed. revisada e atualizada nos termos da Reforma Constitucional, até a Emenda Constitucional n. 48 de 10.08.2005. Malheiros: São Paulo, 1998.

SANDEL, Michael J. **O que o dinheiro não compra: os limites morais do mercado**. Tradução Clóvis Marques. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2012

SARMENTO, Daniel. **Direito sociais e globalização: limites ético-jurídicos ao realinhamento constitucional**. Disponível em <http://www.cej11deagosto.com.br/arquivo3_daniel_sarmento.htm>. Acesso em 07/2013.