

EFICÁCIA HORIZONTAL DE DIREITOS, GARANTIAS E DEVERES FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES DE TRABALHO E A INDÚSTRIA 4.0

José Carlos Francisco*

João Pedro Inácio Marsillac**

RECEBIDO EM:	12.11.2019
APROVADO EM:	1º.12.2019

- * Professor da Faculdade de Direito da Universidade Presbiteriana Mackenzie/SP, Líder do Grupo de Pesquisa - CNPq Cidadania, Constituição e Estado Democrático de Direito, Diretor do Instituto Brasileiro de Estudos Constitucionais - IBEC, Mestre e Doutor em Direito Constitucional pela Universidade de São Paulo - USP, Pós-Doutor em Direito Constitucional pela Université de Paris 1 (Panthéon-Sorbonne) e Juiz Federal na 3ª Região. *E-mail:* jcarlosfrancisco@hotmail.com
- ** Mestrando em Direito Político e Econômico da Universidade Presbiteriana Mackenzie (UPM) e especialista em Direito Público (Instituto de Desenvolvimento Cultural) e em Direito e Processo do Trabalho (Ibmec). Monitor acadêmico do Programa de Pós-Graduação *Lato Sensu* em Direito do Trabalho da Fundação Getúlio Vargas (FGV Law) e coordenador técnico do grupo de estudos da Mascaro e Nascimento Advocacia Trabalhista/SP. Advogado. *E-mail:* joaomarsillac@yahoo.com.br

• JOSÉ CARLOS FRANCISCO
• JOÃO PEDRO INÁCIO MARSILLAC

- **RESUMO:** Partindo da premissa de que o trabalho representa fonte de renda e realização da completude humana (com reflexos em sua integridade moral e de pertencimento a determinada comunidade), este artigo tem como problema as dificuldades da horizontalização dos direitos, das garantias e dos deveres fundamentais em temas trabalhistas, apresentando como hipótese a exigência de máxima eficácia das medidas protetivas da Ordem Social da Constituição de 1988, potencializada no ambiente da Quarta Revolução Industrial e da Indústria 4.0. Essa horizontalização deve ser desempenhada pelo legislador e pelo titular da função regulamentar (subsidiariamente pelo Poder Judiciário), de modo a ser feita por visão necessariamente ampla ou global (não podendo ser unilateral, míope ou parcial) para proteger o trabalhador e o legítimo direito à liberdade e autonomia da vontade do empregador, atento às exigências do consumidor e aos traços competitivos dos mercados nacional e internacional, com os impactos da Quarta Revolução Industrial e da Indústria 4.0.
- **PALAVRAS-CHAVE:** horizontalização; direitos, garantias e deveres fundamentais; direito do trabalho; Indústria 4.0; Quarta Revolução Industrial.

HORIZONTAL EFFECTIVENESS OF FUNDAMENTAL RIGHTS GUARANTEES AND DUTIES IN LABOR RELATIONS AND INDUSTRY 4.0

- **ABSTRACT:** Based on the premise that work represents a source of income and the fulfillment of human completeness (reflecting its moral integrity and belonging to a particular community), this article has as its problem the difficulties of the horizontalization of fundamental rights, guarantees and duties in labor issues, presenting as hypothesis the demand of maximum effectiveness of the protective measures of the Social Order of the Constitution of 1988, potentiated in the environment of the Fourth Industrial Revolution and Industry 4.0. This horizontalization must be performed by the Legislator and the holder of the regulatory function (subsidiarity by the Judiciary) and must be made by a necessarily broad or global view (not being unilateral, short-sighted or partial), and should protect the worker and the legitimate right to liberty, and autonomy of the will of the employer, mindful of consumer demands and the competitive traits of

the national and international markets, with the impacts of the Fourth Industrial Revolution and Industry 4.0.

- **KEYWORDS:** horizontalization; fundamental rights, guarantees and duties; labor law; Industry 4.0; Fourth Industrial Revolution.

1. Introdução

A Constituição de 1988 trouxe o mais amplo e sistematizado rol de positizações de direitos, deveres e garantias fundamentais de nossa histórica constitucional, com o claro propósito de fortalecer a eficácia jurídica de seus conteúdos vocacionais à efetivação concreta. Ainda que essa opção seja criticável pela ambição transformadora exclusivamente por parâmetros jurídicos (a despeito de déficits ou atrasos apresentados na realidade socioeconômica brasileira), essa determinação da Constituinte de 1988 é fonte de conflitos sobre ações e omissões no que concerne a assuntos trabalhistas, indicados no art. 7º e seguintes da Constituição brasileira vigente.

Tendo como premissa o fato de o trabalho não representar apenas fonte de renda, mas também de realização da completude do ser humano, com reflexos em sua integridade moral a partir de seu pertencimento a determinada comunidade, este estudo tem como problema as dificuldades da horizontalização dos direitos, das garantias e dos deveres fundamentais em temas trabalhistas, apresentando como hipótese a exigência de máxima eficácia das medidas protetivas calçadas no art. 7º e em demais preceitos da Ordem Social da Constituição de 1988, potencializada no ambiente da Quarta Revolução Industrial e da Indústria 4.0, em vista de desafios ainda maiores, tarefa que deve ser desempenhada pelo legislador e pelo titular da função regulamentar (apenas subsidiariamente pelo Poder Judiciário).

A hipótese da horizontalização do âmbito laboral é apresentada a partir de uma visão necessariamente ampla ou global (daí por que não pode ser unilateral, míope ou parcial), exigindo que, além da proteção do trabalhador, seja considerado o legítimo direito de liberdade e de autonomia da vontade de o empregador melhor gerir seu negócio (atento às exigências do consumidor e aos traços competitivos do mercado nacional e internacional). Logo, o ponto de equilíbrio para horizontalizar direitos, garantias e deveres fundamentais nas relações trabalhistas envolve não apenas a autonomia da vontade e os limites às liberdades, mas também mercado de trabalho, tecnologias de

• JOSÉ CARLOS FRANCISCO
• JOÃO PEDRO INÁCIO MARSILLAC

processo produtivo, insumos empregados, custos de produção, parâmetros competitivos (nacionais e internacionais) do bem ou serviço econômico produtivo, tudo no contexto da Quarta Revolução Industrial e da Indústria 4.0.

Reconhecendo que há um vasto de campo de pesquisa para delimitar os marcos materiais dessa horizontalização (temas que deverão ser analisados com profundidade caso a caso, em outros estudos para os quais nos dispomos a contribuir), comprovamos nossa hipótese com pesquisa bibliográfica e por pesquisa quantitativa, bem como por análise reflexiva de fatos notórios da realidade contemporânea.

2. **Marcha histórica: fundamentos, conceito, Quarta Revolução Industrial e Indústria 4.0**

Sobre as causas ou os fundamentos dos direitos fundamentais, jusnaturalistas, segundo Moraes (2003, p. 34), justificam a origem em uma ordem superior universal, imutável e inderrogável. Prevalece a ideia de que os direitos fundamentais não estão ligados à ideia de vontade de legisladores, juízes ou juristas, mas a desígnios de Deus ou ordem da natureza (KANT, 1973, p. 223), cabendo lembrar que, para Rousseau (1973, p. 59), “Toda a justiça vem de Deus, que é a sua única fonte; se soubéssemos, porém, recebê-la de tão alto, não teríamos necessidade nem de governo, nem de leis”. Logo, segundo os jusnaturalistas, existem direitos que são preexistentes ou pré-positivos, não podendo ser negados independentemente de estarem escritos nos ordenamentos jurídicos, servindo como referência a célebre frase da Declaração de Independência dos Estados Unidos, assinada em 4 de julho de 1776, alicerce de sua filosofia política: “Consideramos estas verdades como autoevidentes, que todos os homens são criados iguais, que são dotados pelo Criador de certos direitos inalienáveis, que entre estes são vida, liberdade e busca da felicidade”.

Já para os juspositivistas, direitos fundamentais se baseiam em ato de vontade calçado pela soberania, sendo expressos em ordenamentos jurídicos positivados. Logo, somente podem ser considerados direitos fundamentais aqueles expressamente previstos nas constituições (MORAES, 2003, p. 34), daí por que estão vinculados a um Estado Nacional.

Para Alexandre de Moraes (2003) (posição que adotamos neste estudo), não se deve focar a análise da lei natural ou da lei universal irradiada por Deus para tentar encontrar no ordenamento jurídico escrito o elemento cerne para a proteção dos direitos

fundamentais. Apesar do valor histórico das duas teorias, elas não conseguem, sozinhas, fundamentar a existência desses direitos, na medida em que estes são estruturas complexas e inseparáveis da civilização de hoje. Contudo, a existência comum destas informam que “somente a partir de uma consciência social baseada em valores supremos, universais e imutáveis encontram substrato político e social para determinados direitos fundamentais passarem a integrar o ordenamento jurídico” (MORAES, 2003, p. 35).

Sobre o momento do surgimento do constitucionalismo e dos direitos fundamentais, para Karl Loewenstein (1970, p. 154), os hebreus se utilizavam da Torá como uma espécie de lei soberana do Estado; tão vinculativo que era esse texto que os “juízes” (na verdade, governantes) usavam os ensinamentos desse documento religioso para decidir as “lides”. André Ramos Tavares (2012, p. 26) também lembra que, no século V a.C., Atenas apresentou o primeiro caso real de democracia constitucional, pois essa cidade-Estado representou o início de uma racionalização do poder e, até hoje, é o único exemplo concreto de regime constitucional de identidade plena entre governantes e governados, uma vez que se tratava de uma democracia direta, embora interrompida por longo período de concentração e abuso de poder, que tomou conta de todo o mundo.

Durante a Idade Média, há antecedentes das constituições modernas e de direitos fundamentais, merecendo destaque, em 1215, na Inglaterra, a *Magna Charta Libertatum seu Concordiam inter regem Johannem at barones pro concessione libertatum ecclesiae et regni angliae* (Grande Carta das liberdades, ou Concórdia entre o rei João e os barões para a outorga das liberdades da Igreja e do rei inglês). Nesse documento já estavam previstos alguns direitos fundamentais, como no caso dos arts. 39 e 40, que trazem, apesar de forma tímida, um esboço da ideia atual de devido processo legal.

Para Carl Schmitt (1996, p. 164), a Carta Magna não pode ser considerada a primeira constituição, na medida em que ela apenas traz direitos aos nobres e não à coletividade. Segundo Schmitt (1996, p. 164) e Canotilho (1999, p. 356), o marco histórico do nascimento da primeira constituição e, por via de consequência, dos direitos fundamentais foi a *Virginia Bill of Rights*, nos Estados Unidos, de 1776. Segundo Carl Schmitt (1996, p. 164):

La historia de los derechos fundamentales comienza propiamente con las declaraciones formuladas por los Estados americanos en el siglo XVIII, al fundar su independencia respecto de Inglaterra. Aquí, en

• JOSÉ CARLOS FRANCISCO
• JOÃO PEDRO INÁCIO MARSILLAC

verdad, se indica el comienzo – según una frase de Ranke – de la Era democrática – más exacto: liberal – y del moderno Estado de Derecho liberal-burgués, si bien aquellas declaraciones americanas estaban, como “Bill of Rights”, en la línea de la tradición inglesa. La primera declaración (modelo, según G. Jellinek, “La declaración de derechos del hombre y del ciudadano”, ed. Alemana, pág. 18) fue emitida por el Estado de Virginia e 12 de junio de 1776.

A bem da verdade, os ideais norte-americanos foram ao encontro de revoluções liberais europeias contra o Estado absolutista, especialmente na Inglaterra, onde o Parlamento se impôs à monarquia, trazendo o *Bill of Rights* em 1688, segundo o qual “O rei reina, mas não governa” (ou seja, ele era o chefe do Estado, mas não era mais o chefe do governo, indicado pelo Parlamento). Portanto, sob influência dos valores liberais europeus, as 13 colônias norte-americanas se tornaram formalmente independentes em 1776, com a declaração de direitos da Virgínia, mesmo ano em que Thomas Jefferson redigiu a carta de independência norte-americana, seguida da Constituição de 1787 (com suas emendas que serviram para a crescente positivação e proteção de direitos fundamentais). Em paralelo, a conturbada experiência francesa levou à revolução de 1789 com o fim da monarquia em favor de valores republicanos e liberais (com restauração até sua afirmação no século XIX), com grande importância e influência cultural e jurídica para todos os países ocidentalizados.

As crises socioeconômicas do final do século XIX, do XX e também do XXI (por exemplo, a onda mundializada desde 2008, com início nos Estados Unidos) exibem uma relevante dependência da sociedade em relação ao Estado Nacional, contra o qual ainda é forte a luta pela limitação de seus poderes. Nessa aparente contradição interna ou nacional, houve um processo de “transnacionalização” das constituições, com padrões normativos que se repetem em vários países do mundo, como texto escrito, com lastro democrático, desenvolvimento econômico, proteção ao meio ambiente e, evidentemente, proteção a direitos, garantias e deveres fundamentais. Subsidiariamente, essas prerrogativas indispensáveis são atendidas por organizações multigovernamentais internacionais, defendendo cidadãos mediante sistema em rede perante as vicissitudes de seu próprio Estado Nacional, contando com tratados internacionais multilaterais que consolidam a transnacionalidade do sistema de proteção a direitos essenciais ao ser humano e à vida em sociedade¹.

¹ Sobre sistema normativo em rede, ver Losano (2005).

Ainda que existam vários conceitos convergentes, sobrepostos e paralelos (tais como direitos humanos, direitos humanitários, direitos da humanidade e liberdades públicas), conforme José Carlos Francisco e Daniel Menezes (2018, p. 44), o significado de direitos fundamentais pode ser suficientemente compreendido como direitos subjetivos indispensáveis à realização da natureza humana ou à vida em sociedade, aplicáveis às relações entre seres humanos (individualmente ou em grupo) e Estado (incidência vertical) ou entre seres humanos em suas relações interpessoais individuais ou em grupo (incidência horizontal), sendo assegurados por atos do próprio indivíduo quando capaz, e se incapaz, providos por medidas primeiro de sua família, e depois da sociedade-Estado Nacional (observadas atribuições federativas ou de outras formas de Estado) e, subsidiariamente, da ordem internacional global e regional. A expressão “direitos fundamentais” é usual e reflete direitos mínimos, cuja inexistência tornaria insustentável a vivência em sociedade, razão pela qual devem ser reconhecidos e concretizados (SILVA, 2004, p. 178).

Para José Afonso da Silva (2004, p. 178), “não é fácil concretizar a riqueza multifacetária da expressão direitos fundamentais do homem”. No entanto, segundo esse autor, quem chegou mais próximo disso foi o escritor Pérez Luño (1995, p. 48, grifo nosso), que diz:

[...] como conjunto de facultades e instituciones que, en cada momento histórico, concretan las exigencias de la dignidad, la libertad y la igualdad humanas, las cuales deben ser reconocidas positivamente por los ordenamientos jurídicos a nivel nacional e internacional.

Refletindo valores que moldaram o início da Idade Moderna, existem três “dimensões”² de direitos fundamentais que nasceram do lema da Revolução Francesa (liberdade, igualdade e fraternidade): a primeira, composta dos direitos individuais, civis e político, representando a liberdade (ARAÚJO E NUNES JÚNIOR, 2006, p. 116); a segunda, composta dos direitos econômicos, sociais e culturais (por exemplo, direito à educação, ao trabalho, à saúde, direitos previdenciários e trabalhistas), representan-

2 O termo está entre aspas eis que até sua terminologia é contraditória. Enquanto alguns autores preferem chamar de “gerações de direitos” (Bonavides), outros acham mais adequados os termos “categorias/espécies” (Dimoulis e Martins) ou ainda “naipes/família” (Romita). Acabamos adotando a terminologia usada por Ingo Sarlet (2006), eis que a expressão “geração” dá uma ideia de descontinuidade, como se novos direitos sublimassem outros, o que não é o que ocorre. Os direitos de terceira geração têm que existir em conjunto com os de segunda e primeira. Diferentemente de “dimensões”, que dá uma ideia de cumulação de direitos.

• JOSÉ CARLOS FRANCISCO
• JOÃO PEDRO INÁCIO MARSILLAC

do a igualdade (FERREIRA FILHO, 2005, p. 52-54); a terceira, composta dos direitos afetos à evolução do patrimônio comum da população, como o meio ambiente, representando a fraternidade (COMPARATO, 1995, p. 251-259).

Os redesenhos exigidos pela mundialização e novos fatores dessa nova era da modernidade colocam os direitos fundamentais em novas perspectivas. Um dos maiores desafios da atualidade é desenvolver mecanismos estatais de governança e medidas normativas capazes de proporcionar estabilidade e de abrigar a confiança legítima dos indivíduos em relação às atividades estatais³.

A veloz passagem da Terceira para a Quarta Revolução Industrial, com os impactos da inteligência artificial em diversos segmentos, torna incerta a compreensão do ambiente contemporâneo e duvidosa qualquer projeção de futuro. As modificações serão cada vez mais rápidas, intensas e profundas na marcha da história, com efeitos negativos (ao menos em curto prazo) no mercado de trabalho, em razão de novas tecnologias empregadas em diversos setores e ocupações, exigindo a realocação de pessoas de todos os setores e de níveis de qualificação⁴. O uso de novas tecnologias (de informação, de processamento e de comunicação) invadiu espaços profissionais e privados (mesmo íntimos), causando encantamento com facilidades e sugerindo redesenhos de modos de vida e de trabalho.

A Indústria 4.0 envolve algumas tecnologias para automação e troca de dados, compreendendo internet das coisas, inteligência artificial e computação em nuvem, com reais possibilidades de redução de custos pelo uso da robotização, com ganhos de qualidade, produtividade e rapidez. Esses produtos e serviços mais personalizados e customizáveis para os consumidores, produzidos por “fábricas inteligentes” em sistemas ciberfísicos, modificam agentes, locais, instrumentos de produção e o próprio produto final, com óbvios efeitos nas relações de emprego em diversos níveis de qualificação.

3. Da verticalização à horizontalização

Os séculos nos quais direitos, garantias e deveres fundamentais foram construídos proporcionam compreensão analítica de suas titularidades, dimensões, limites e características. Tomando como parâmetro as transformações quanto aos propósitos e ao âmbito de aplicação, esses regramentos não servem mais apenas à proteção das liber-

³ Sobre problemas de governança, ver Francisco (2014) e Chevallier (2008).

⁴ A respeito, ver Schwab (2016).

dades civis em face do Estado (parâmetro do liberalismo dos séculos XVII e XVIII), mas também alcançam eficácia nas relações entre particulares, especialmente aqueles que exercem alguma atividade de interesse social, limitando malefícios do poder econômico em relações contratuais e trabalhistas. No ambiente da Quarta Revolução Industrial e da Indústria 4.0, ainda é maior o papel de proteção de direitos e garantias fundamentais, em vista de o trabalho não representar apenas fonte de renda, mas também de realização da completude do ser humano, com reflexos em sua integridade moral a partir de seu pertencimento a determinada comunidade.

Logo, com o avanço da proteção pretendida pelo ordenamento jurídico, a eficácia das positvações constitucionais e legais sobre direitos, garantias e deveres fundamentais não atende apenas aos propósitos verticais (nas relações “de cima para baixo”, ou seja, do Estado em face do indivíduo), mas também deve compreender as relações horizontais (entre os pares da sociedade, ou seja, entre particulares). A consequência mais óbvia da horizontalização é a mitigação da autonomia da vontade nas relações entre partes em favor da harmonização de suas condutas a regramentos de direitos, garantias e deveres fundamentais, de forma que o Estado deve intervir nas relações privadas para proteger a eficácia jurídica desses regramentos e para assegurar o mínimo existencial limitando a atuação do particular.

A horizontalização é ainda mais relevante nas relações laborais em decorrência da hipossuficiência econômica do trabalhador, exigindo máxima eficácia das medidas protetivas calçadas no art. 7º e em demais preceitos da Ordem Social da Constituição de 1988. Mas a compreensão do sistema constitucional não pode ser unilateral, míope ou parcial, de modo que a horizontalização deve considerar o legítimo direito de liberdade e de autonomia da vontade de o empregador melhor gerir seu negócio (atento às exigências do consumidor e aos traços competitivos dos mercados nacional e internacional). Essa harmonização entre direitos e garantias em colisão deve ser buscada pela ponderação, servindo-se da técnica da proporcionalidade para encontrar a posição final de equilíbrio e de respeito mútuo entre os interesses colidentes.

4. Horizontalização dos direitos fundamentais nas relações laborais

É notório que a matéria trabalhista tem expressivo potencial para gerar controvérsias sobre direitos, garantias e deveres fundamentais, justamente pelo risco inerente de

• JOSÉ CARLOS FRANCISCO
• JOÃO PEDRO INÁCIO MARSILLAC

conflito na relação entre empregador e empregado. É necessário elevado grau de amadurecimento civilizatório para que essas posições tradicionalmente sejam vistas como convergentes, grau aparentemente distante para a realidade brasileira, que, em 2018, contava com 1.587 varas trabalhistas, 24 tribunais regionais, e 1 tribunal superior para enfrentar 4.861.352 ações judiciais pendentes (com entrada naquele ano de 3.460.785 casos novos) (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2019, págs. 20 e 36).

Logo, a aplicação horizontal dos direitos fundamentais assume maior relevância em temas trabalhistas, marcados por desigualdade entre as partes envolvidas, fato marcante nos contratos de trabalho. E o Estado (particularmente a União Federal) tem papel fundamental na manutenção da ordem e do equilíbrio das relações laborais, não permitindo a desigualdade em favor de abusos por parte do empregador.

Mas a compensação jurídica necessária para o equilíbrio igualitário de forças não pode levar ao pressuposto de vilania do empregador, tomando o empregado como parte sempre vulnerável e presumidamente correta em conflitos, apenas por vender sua força de trabalho para garantir a subsistência sua e de sua família. Quanto ao empregador, ele possui legítimo poder gerencial e titularidade do patrimônio investido na atividade que necessita do trabalhador, daí por que deve se valer da prerrogativa do poder diretivo que detém para auferir lucros necessários à manutenção da fonte produtora de bens e serviços e geradora do emprego. Porém, a busca pela subsistência não pode comprometer a manifestação livre da vontade dos trabalhadores, razão pela qual a horizontalização de direitos, garantias e deveres fundamentais serve para evitar situações graves de desequilíbrio no âmbito das relações privadas laborais.

Portanto, por ser relação jurídica no âmbito privado, os acertos trabalhistas entre empregadores e empregados devem se orientar pela eficácia direta e imediata dos direitos fundamentais, em especial para assegurar a igualdade entre as partes envolvidas. Por isso, o ordenamento jurídico brasileiro conferiu direitos, garantias e deveres ao trabalhador, com marcos iniciais no título II, capítulo II, art. 7º a art. 11, da Constituição Federal de 1988, os quais devem ser concretizados não somente pelo Estado, mas também por toda a sociedade. No âmbito infraconstitucional, há vários outros diplomas normativos para reger a relação empregado e empregador, sempre com o marcante propósito de equilíbrio nessa relação naturalmente conflitiva (por exemplo, na Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), o art. 462 protege o salário de certos descontos, e o art. 468 proíbe as alterações contratuais que lesem direitos do empregado).

Mas há problemas complexos próprios da relação trabalhista, tal como a possibilidade de o empregador usar seu poder de direção com efeito imediato desfavorável às prerrogativas dos empregados, porém com efeito mediato de proteção dos mesmos trabalhadores (por exemplo, a revista íntima para entrada e saída no estabelecimento onde o trabalho é executado). Existem diversas decisões em vários sentidos sobre o limite do poder diretivo do empregador e a segurança dos empregados, confrontados com intimidade e privacidade, todos igualmente assegurados pela ordem jurídica constitucional e infraconstitucional (SILVEIRA, 2010, p. 6).

Carlos Henrique Bezerra Leite (2011, p. 40) aponta exemplos em que a eficácia horizontal dos direitos fundamentais agiu na defesa dos interesses dos trabalhadores que tiveram certos bens jurídicos violados, como o

[...] direito do empregado à reintegração ou indenização por motivo de discriminação de raça, sexo, idade, religião etc. praticado diretamente pelo empregador no ambiente de trabalho (CF, art. 1º, 3º, IV, 5º, X); o direito dos trabalhadores à sadia qualidade de vida no meio ambiente do trabalho (CF, arts. 1º, III e IV; 5º, XXIII; 7º, XXII; 200, VIII; 225).

O Supremo Tribunal Federal (STF) já teve interessante oportunidade de se manifestar sobre o tema em debate na esfera trabalhista. É o caso do Recurso Extraordinário n. 161243/DF, cuja publicação se deu em 29 de outubro de 1996, sob a relatoria do ministro Carlos Velloso, em que a 2ª Turma do STF decidiu por unanimidade em um caso no qual foi discutida a possibilidade de empresa francesa com instalações no Brasil conceder vantagens para trabalhadores franceses em detrimento dos trabalhadores brasileiros lá empregados, resultando na seguinte ementa:

CONSTITUCIONAL. TRABALHO. PRINCÍPIO DA IGUALDADE. TRABALHADOR BRASILEIRO EMPREGADO DE EMPRESA ESTRANGEIRA: ESTATUTOS DO PESSOAL DESTA: APLICABILIDADE AO TRABALHADOR ESTRANGEIRO E AO TRABALHADOR BRASILEIRO. C.F., 1967, art. 153, § 1º; C.F., 1988, art. 5º, caput. I - Ao recorrente, por não ser francês, não obstante trabalhar para a empresa francesa, no Brasil, não foi aplicado o Estatuto do Pessoal da Empresa, que concede vantagens aos empregados, cuja aplicabilidade seria restrita ao empregado de nacionalidade francesa. Ofensa ao princípio da igualdade: C.F., 1967, art. 153, § 1º; C.F., 1988, art. 5º, caput). II - A discriminação que se baseia em atributo, qualidade, nota intrínseca ou extrínseca do indivíduo, como o sexo, a raça, a nacionalidade, o credo religioso

• JOSÉ CARLOS FRANCISCO
• JOÃO PEDRO INÁCIO MARSILLAC

etc., é inconstitucional. Precedente do STF: Ag 110.846(AgRg)-PR, Célio Borja, RTJ 119/465. III. - Fatores que autorizariam a desigualização não ocorrentes no caso. IV. - R.E. conhecido e provido. (grifamos)

Esse julgamento do STF evidencia a necessidade legítima de horizontalização de direitos, garantias e deveres fundamentais nas relações de trabalho. Mesmo sendo empresa privada, a empregadora não poderia optar pela concessão de um benefício para uma parcela de seus empregados em desfavor de outros, tão somente pelo critério de nacionalidade, sem conjugá-lo a uma razão que justifique a discriminação. Por isso, o STF, escorado na isonomia do art. 5º da Constituição Federal, afirmou a aplicação imediata nas relações de trabalho, denotando a horizontalização de direitos, garantias e deveres fundamentais.

Em outro caso emblemático, o Tribunal Superior do Trabalho (TST), no Recurso de Revista n. 462888, 5ª Turma, julgado em 26 de setembro de 2003, cujo relator foi o juiz convocado André Luís Moraes de Oliveira, assim decidiu:

EMENTA

RECURSO DE REVISTA. DISPENSA DISCRIMINATÓRIA POR IDADE. NULIDADE. ABUSO DE DIREITO. REINTEGRAÇÃO.

Se das premissas fáticas emergiu que a empresa se utiliza da prática de dispensar seus funcionários quando estes completam 60 anos, imperioso se impõe ao julgador coibir tais procedimentos irregulares, efetivados sob o manto do “poder potestativo”, para que as dispensas não se efetivem sob a pecha discriminatória da maior idade. Embora o caso vertente não tivesse à época de sua ocorrência previsão legal especial (a Lei 9.029 que trata da proibição de práticas discriminatórias foi editada em 13.04.1995 e a dispensa do reclamante ocorreu anteriormente), cabe ao prolator da decisão o dever de valer-se dos princípios gerais do direito, da analogia e dos costumes, para solucionar os conflitos a ele impostos, sendo esse, aliás, o entendimento consagrado pelo art. 8º, da CLT, que admite que a aplicação da norma jurídica em cada caso concreto, não desenvolve apenas o dispositivo imediatamente específico para o caso, ou o vazio de que se ressente, mas sim, todo o universo de normas vigentes, os precedentes, a evolução da sociedade, os princípios, ainda que não haja omissão na norma. Se a realidade do ordenamento jurídico trabalhista contempla o direito potestativo da rescisão unilateral do contrato de trabalho, é verdade que o exercício deste direito guarda parâmetros éticos e sociais como forma de preservar a dignidade do cidadão trabalhador. A despedida levada a efeito pela reclamada, embora cunhada

no seu direito potestativo de rescisão contratual, estava prenhe de mácula pelo seu conteúdo discriminatório, sendo nula de pleno direito, em face da expressa disposição do art. 9º da CLT, não gerando qualquer efeito, tendo como consequência jurídica a continuidade da relação de emprego, que se efetiva através da reintegração. Efetivamente, é a aplicação da regra do § 1º do art. 5º da Constituição Federal, que impõe a aplicação imediata das normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais, pois, como apontando pelo v. acórdão, a prática da dispensa discriminatória por idade confrontou o princípio da igualdade contemplado no “caput” do art. 5º da Constituição Federal. Inocorrência de vulneração ao princípio da legalidade e não configurada divergência jurisprudencial. Recurso de Revista não conhecido relativamente ao tema.

Nessa referida decisão, o TST afirmou que é discriminatória a dispensa em razão da idade avançada, mesmo que o ordenamento jurídico dispense o empregador de motivar o ato de despedida. Por violação a direito fundamental do empregado, a empresa abusará de prerrogativa (exercendo-a) de forma desproporcional se não motivar a dispensa nessas condições, tendo sido declarada abusiva a dispensa e determinada a reintegração de empregado que ajuizara reclamação trabalhista.

5. Desafios para a horizontalização em temas trabalhistas no ambiente contemporâneo

A exemplo de outras relações privadas, a horizontalização dos direitos, das garantias e dos deveres fundamentais às relações privadas não pode ser feita de modo abrupto, irrestrito ou indiscriminado. É insita à ponderação a qualidade da prudência, da reflexão, da revisitação aos legítimos interesses que estão em conflito na posição inicial e que devem preferencialmente estar em convergência após as restrições a direitos e garantias para definir a posição final nesses *hardcases*. Mais do que isso, a aplicação da ponderação e da proporcionalidade como postulados para solução desses casos difíceis deve ser pautada pela segurança jurídica que estrutura o ordenamento jurídico.

Cuidando de aspectos gerais sobre a horizontalização, Daniel Sarmento (2003) sugere cinco critérios que devem ser observados: existência de grau de desigualdade fática, natureza da questão controversa, essencialidade do bem, efetiva participação do atingido e identidade cultural.

Deve-se considerar o grau de desigualdade material existente entre os indivíduos que participam da relação visando à proteção da parte mais fraca, como pode ser obser-

• JOSÉ CARLOS FRANCISCO
• JOÃO PEDRO INÁCIO MARSILLAC

vado em diversos ramos do direito nos quais o ordenamento jurídico expressamente positivou cláusulas de preferência em casos de conflito, tais como interpretação das cláusulas pró-consumidor, *in dubio pro reo* na esfera penal, da preservação do melhor interesse da criança em direito de família. Dessa forma, direitos, garantias e deveres fundamentais funcionam como peso para reequilibrar a balança, trazendo equidade na relação.

Quanto à natureza da questão controversa, o que se procura privilegiar são as questões existenciais de cada pessoa e não as meramente econômicas e patrimoniais. Esse aspecto deve ser observado em conjunto com a essencialidade do bem, aqueles relativos à existência e à dignidade da pessoa são mais importantes de serem defendidos comparados aos meramente patrimoniais e econômicos.

A participação do atingido está associada à “vitimologia”, devendo ser sopesado o quanto a pessoa que teve violado determinado direito ou garantia fundamental participou do fato ou permitiu que isso acontecesse. Ou seja, se o indivíduo consentiu que fosse atingido o seu direito ou garantia fundamental, deve prevalecer a autonomia da vontade (por exemplo, no caso dos contratos de cessão da imagem - muito comum em algumas relações laborais), mas, se o particular não aprovou a ocorrência dessa violação, deve ser mitigada a autonomia da vontade. No entanto, em decorrência da irrenunciabilidade dos direitos fundamentais, dois limites devem ser observados: 1. a manifestação de vontade do indivíduo deve ser inteiramente livre e 2. essa renúncia não pode implicar o esvaziamento da dignidade da pessoa humana, núcleo essencial dos direitos fundamentais.

Por fim, a identidade cultural diz respeito à aplicação de direitos, garantias e deveres fundamentais às minorias, em relação às quais deve ser levada em conta suas peculiaridades, em atenção às diversidades que marcam o pluralismo do Estado Democrático de Direito brasileiro (por exemplo, índios).

Ingo Wolfgang Sarlet (2006, p. 392-400) introduz dois tópicos sobre a horizontalização dos direitos, das garantias e dos deveres fundamentais na relação entre particulares. Inicialmente, na hipótese de haver igualdade entre as partes que estão na relação jurídica, deve ser preponderante a autonomia de vontade (na linha de Daniel Sarmento, 2003), quando trata da existência de grau de desigualdade fática na ponderação para aplicação dos direitos fundamentais nas relações privadas), de modo que somente será juridicamente possível aplicar prerrogativas fundamentais se houver frontal ofensa à dignidade da pessoa humana ou aos direitos de personalidade. O segundo tópico rele-

vante é a hipótese de um indivíduo (ou uma coletividade de indivíduos) se relacionar juridicamente com aqueles que detêm poder econômico ou social, caso em que estes entes se assemelham ao Poder Público, viabilizando a horizontalização de direitos, garantias e deveres fundamentais. Os dois tópicos dialogam entre si, pois ambos estão pautados pela ideia de disparidade entre as partes, de forma que a simples existência do primeiro tópico responderia positivamente à possibilidade da eficácia horizontal dos direitos, das garantias e dos deveres fundamentais às relações entre particulares.

Porém, o ponto de equilíbrio para horizontalizar direitos, garantias e deveres fundamentais nas relações trabalhistas envolve análise ampla que considere, além da autonomia da vontade e dos limites às liberdades, aspectos como mercado de trabalho, tecnologias de processo produtivo, insumos empregados, custos de produção, parâmetros competitivos (nacionais e internacionais) do bem ou serviço econômico produtivo.

Mas a Quarta Revolução Industrial e a Indústria 4.0 representam novos e expressivos componentes a serem considerados, porque modificam estruturalmente as relações de trabalho, em pontos como: a introdução de inteligência artificial que impacta todas as etapas da cadeia produtiva de bens e de serviços, repercutindo em trabalhos com diversos níveis de qualificação; é provável que grandes corporações deixem países que ofereçam mão de obra “barata” em vista da robotização da produção (que pode ser deslocada para qualquer país), impactando a arrecadação tributária que custeia múltiplas atividades estatais; empregos formais podem ser substituídos pela “uberização” do trabalho, de tal modo que cada operador estará vinculado a uma plataforma digital localizada em um ou mais países distantes daqueles nos quais as atividades econômicas são desenvolvidas; meios de controle de trabalho são muitíssimo mais invasivos, pois permitem o monitoramento dos trabalhadores a tempo real não só em ambiente de trabalho, mas também em espaços privados ou íntimos.

Esse mundo novíssimo não é uma possibilidade, porque já é uma realidade desconcertante, que a humildade intelectual exige aceitar como um fato relevante a ser considerado. As tradicionais concepções que afirmam a necessidade de proteger o empregado em face do poder econômico e regulamentar, direcionar e disciplinar/sancionar o empregador precisam ser redesenhadas, criando novos modelos de governança estatal que possam ir além da discussão sobre motivação na rescisão do contrato de forma unilateral e sem motivação.

Caberá ao Legislador e ao titular da função regulamentar estatal definir os parâmetros da horizontalização dos direitos fundamentais e temas trabalhistas, porque a

• JOSÉ CARLOS FRANCISCO
• JOÃO PEDRO INÁCIO MARSILLAC

qualidade de pesquisa e de abrangência do processo normativo estatal é notoriamente superior às construções normativas pontuais feitas pela judicialização. Por mais dinâmica que seja a realidade concreta e por mais desafios que a complexidade de temas imponham ao legislador, ainda assim vemos com clareza que a produção normativa estatal é a via competente e adequada para a normatização da horizontalização de direitos, garantias e deveres fundamentais laborais, sob pena do já sobrecarregado Poder Judiciário se ver diante de litígios em quantitativas muito superiores ao exequível, para os quais a robotização e a inteligência artificial em matéria judiciária dificilmente estará preparada.

6. Conclusão

Colocado o problema das dificuldades da horizontalização dos direitos, das garantias e dos deveres fundamentais em temas trabalhistas, acreditamos ter sido comprovada a hipótese quanto à exigência de máxima eficácia das medidas protetivas calçadas no art. 7º e em demais preceitos da Ordem Social da Constituição de 1988, potencializada no ambiente da Quarta Revolução Industrial e da Indústria 4.0, por apresentar desafios ainda maiores, tendo como premissa o fato de o trabalho não representar apenas fonte de renda, mas também de realização da completude do ser humano, com reflexos em sua integridade moral a partir de seu pertencimento a determinada comunidade.

Mas a horizontalização do âmbito laboral não pode ser unilateral, míope ou parcial, porque deve considerar o legítimo direito de liberdade e de autonomia da vontade de o empregador melhor gerir seu negócio (atento às exigências do consumidor e aos traços competitivos do mercado nacional e internacional). Encontrar o ponto de equilíbrio para horizontalizar direitos, garantias e deveres fundamentais nas relações trabalhistas envolve análise ampla que considere, além da autonomia da vontade e dos limites às liberdades, aspectos como mercado de trabalho, tecnologias de processo produtivo, insumos empregados, custos de produção, parâmetros competitivos (nacionais e internacionais) do bem ou serviço econômico produtivo.

Nesse contexto, a Quarta Revolução Industrial e a Indústria 4.0 representam novos e expressivos componentes a serem considerados, porque modificam estruturalmente as relações de trabalho, em pontos como: a introdução de inteligência artificial que impacta todas as etapas da cadeia produtiva de bens e de serviços, repercutindo em tarefas laborais com diversos níveis de qualificação; grandes corporações não de-

pendem mais de países que oferecem mão de obra “barata”, porque a robotização da produção pode ser deslocada para qualquer país, impactando também a arrecadação tributária que custeia múltiplas atividades estatais; empregos formais já estão sendo substituídos pela “uberização” do trabalho, com operadores vinculados a uma plataforma digital localizada em um ou mais países distantes daqueles nos quais as atividades econômicas são desenvolvidas; meios de controle de trabalho por meio eletrônico são muitíssimo mais invasivos, permitindo o monitoramento a tempo real não só em ambiente de trabalho, mas também em espaços privados ou íntimos.

Sabemos que esse mundo novíssimo não é uma possibilidade ou uma hipótese remota, porque já é uma realidade desconcertante no Brasil e em outros países, fato que a humildade intelectual deve aceitar e refletir. Caberá ao legislador e ao titular da função regulamentar estatal definir os parâmetros da horizontalização dos direitos fundamentais e temas trabalhistas, dadas suas qualidades de pesquisa e de abrangência do processo normativo estatal, não devendo ser estruturalmente confiada à judicialização (mesmo por decisões por sistemas de precedentes) por não deter essas mesmas qualificações e também em razão de sua notória sobrecarga (ainda que auxiliada por robotização e por inteligência artificial), embora a atuação do Poder Judiciário possa ser subsidiária (conforme a lógica sistêmica da separação de poderes positivada na Constituição de 1988).

É claro que há um vasto de campo de pesquisa para delimitar os marcos materiais dessa horizontalização, estabelecendo os pontos de equilíbrios em múltiplas relações no âmbito laboral, temas que deverão ser analisados com profundidade caso a caso. Este estudo é nosso ponto de partida para essa relevante reflexão da qual nos propomos a participar.

REFERÊNCIAS

- ARAÚJO, L. A. D.; NUNES JÚNIOR, V. S. *Curso de direito constitucional*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.
- BARROSO, L. R. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- CANOTILHO, J. J. G. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 1999.
- CHEVALLIER, J. *L'État post-moderne*. 3. éd. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 2008. (Série Politique).
- COMPARATO, F. K. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

· JOSÉ CARLOS FRANCISCO
· JOÃO PEDRO INÁCIO MARSILLAC

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Justiça em números 2019*. Brasília: CNJ, 2019. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/conteudo/arquivo/2019/08/justica_em_numeros20190919.pdf. Acesso em: 25 set. 2019.

FERREIRA FILHO, M. G. *Direitos humanos fundamentais*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

FRANCISCO, J. C. Estado pós-moderno, confiança legítima e anterioridade tributária. In: MARTIN, I. G. da S.; PASIN, J. B. C. (org.). *Direito financeiro e tributário comparado: estudos em homenagem a Eusebio González García*. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 24-46.

FRANCISCO, J. C.; MENEZES, D. F. N. *Evolução da força normativa de tratados internacionais tributários*. Saarbrücken: Nova Edições Acadêmicas, 2018.

KANT, I. *Crítica da razão pura e outros textos filosóficos*. Tradução Valério Rohden et al. In. São Paulo: Abril, 1973. (Coleção Os pensadores, v. 25).

LEITE, C. H. B. Eficácia horizontal dos direitos fundamentais na relação de emprego. *Revista Brasileira de Direito Constitucional*, n. 17, jan./jun. 2011. Disponível em: [http://www.esdc.com.br/RBDC/RBDC-17/RBDC-17-033-Artigo_Carlos_Henrique_Bezerra_Leite_\(Eficacia_Horizontal_dos_Direitos_Fundamentais_na_relacao_de_Emprego\).pdf](http://www.esdc.com.br/RBDC/RBDC-17/RBDC-17-033-Artigo_Carlos_Henrique_Bezerra_Leite_(Eficacia_Horizontal_dos_Direitos_Fundamentais_na_relacao_de_Emprego).pdf). Acesso em: 13 set. 2019.

LOEWENSTEIN, K. *Teoría de la Constitución*. 2. ed. Barcelona: Ariel, 1970.

LOSANO, M. Modelos teóricos, inclusive na prática: da pirâmide à rede. *Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo*, São Paulo, ano 8, n. 16, p. 246/284, jul./dez. 2005.

LUÑO, A. E. P. *Derechos humanos, Estado de derecho y Constitución*. 5. ed. Madri: Tecnos, 1995.

MORAES, A. de. *Direitos humanos fundamentais: teoria geral, comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

ROUSSEAU, J.-J. *Do contrato social*. Tradução Lourdes Santos Machado. São Paulo: Abril, 1973. (Coleção Os pensadores, v. 24).

SARLET, I. W. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SARMENTO, D. *A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais no direito comparado e no Brasil*. In: BARROSO, L. R. (org.). *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 193-284.

SCHMITT, C. *Teoría de la Constitución*. Madrid: Alianza Universidad Textos, 1996.

SCHWAB, K. *A Quarta Revolução Industrial*. São Paulo: Edipro, 2016.

SILVA, J. A. da. *Curso de direito constitucional positivo*. São Paulo: Malheiros, 2004.

SILVEIRA, B. F. A eficácia dos direitos fundamentais nas relações laborais. *Caderno Virtual*, v. 1, n. 21, p. 1-13, 2010. Disponível em: <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/cadernovirtual/article/viewFile/326/262>. Acesso em: 13 set. 2019.

TAVARES, A. R. *Curso de direito constitucional*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.