

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO LATO SENSU
DIREITO MATERIAL E PROCESSUAL DO TRABALHO

ROBERTO MELO BROLAZO

RESPONSABILIDADE DA EMPRESA SOBRE OS DIREITOS SOCIAIS
DO ARTIGO 6º DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

SÃO PAULO

2014

ROBERTO MELO BROLAZO

**RESPONSABILIDADE DA EMPRESA SOBRE OS DIREITOS SOCIAIS
DO ARTIGO 6º DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL**

Monografia apresentada no curso de pós-graduação *lato sensu*, Especialização em Direito Material e Processual do Trabalho, da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, sob orientação da Prof. Dra. Célia Mara Peres.

SÃO PAULO

2014

ROBERTO MELO BROLAZO

**RESPONSABILIDADE DA EMPRESA SOBRE OS DIREITOS SOCIAIS
DO ARTIGO 6º DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL**

Monografia apresentada no curso de pós-graduação *lato sensu*, Especialização em Direito Material e Processual do Trabalho, da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.

Data da aprovação: __/__/____

Resultado: _____

BANCA EXAMINADORA:

Orientadora: Prof. Dra. Célia Mara Peres

DEDICATÓRIA

À minha filha a eterna pequena Laura Brandini Brolazo.

Aos meus pais Roberto e Regina, pelo apoio e crença.

À professora Célia Mara Peres, pela dedicação, apoio, sabedoria e parceria.

“O direito social não é apenas uma normatividade específica. Trata-se de regra transcendental, que impõe os valores de solidariedade, justiça social e da proteção à dignidade humana à sociedade, e conseqüentemente, a todo ordenamento jurídico.” Jorge Luiz Souto Maior.

RESUMO

O presente trabalho tem como escopo o estudo da efetiva aplicação dos direitos sociais estabelecidos no artigo 6º da Constituição Federal na relação entre a empresa e o trabalhador, diante do princípio da função social da empresa, esculpido no direito fundamental da função social da propriedade estabelecido no artigo 170 da Constituição. Apresenta a conceituação e diferenciação dos direitos humanos e direitos fundamentais, demonstrando seus princípios basilares, sua eficácia e dimensões. Após, conceituaremos a responsabilidade social com base no valor social do trabalho, na livre iniciativa e na função social da propriedade, apontando finalmente a real responsabilidade social da empresa conforme artigo 6º da Constituição apontando dentre os direitos sociais ali apresentados, dois que atualmente assumiram maior importância face, tanto o posicionamento jurisprudencial do Tribunal Superior do Trabalho através das Súmulas 440 e 443, no que tange ao direito à saúde, quanto às atuais teses doutrinárias relevantes sobre o direito ao lazer, no que tange ao direito à desconexão e ao dano existencial, no intuito de demonstrar que a responsabilidade social hoje utilizada como propaganda pelas empresas não é somente a preocupação com o meio ambiente e a ecologia, mas também e principalmente deve ser a preocupação com direitos basilares sociais de seus trabalhadores enquanto cidadãos.

Palavras-chave: responsabilidade social, constituição, relações de trabalho, direitos fundamentais sociais, direito à saúde, direito ao lazer, manutenção plano de saúde, dispensa arbitrária, doença grave, desconexão, dano existencial.

ABSTRACT

This work is scoped to the study of effective application of social rights set out in Article 6 of the Federal Constitution in the relationship between the company and the worker , on the principle of the social function of the company , carved on the fundamental right of the social function of property established in Article 170 of the Constitution . Presents the conceptualization and differentiation of human and fundamental rights , demonstrating their basic principles , their effectiveness and dimensions . After , conceptualize social responsibility based on the social value of work , free enterprise and the social function of property , finally pointing to real corporate social responsibility according to article 6 of the Constitution pointing among social rights presented there , two that currently assumed greater importance in view of both the judicial placement of the Superior Labor Court Precedents through 440 and 443 , regarding the right to health , as relevant to current doctrinal theses on the right to leisure , with respect to the right to disconnect and existential damage in order to demonstrate that CSR today used as propaganda by companies is not only a concern for the environment and ecology , but also and especially be a concern with basic social rights of their workers as citizens.

Keywords: social responsibility, constitution, labor relations, fundamental social rights, right to health, right to leisure, health maintenance plan, arbitrary dismissal, serious illness, disconnection, existential damage

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS UTILIZADAS

CF- Constituição Federal.

ADCT - Atos das Disposições Constitucionais Transitórias.

CLT – Consolidação dos Direitos do Trabalho.

CC/02 - Código Civil de 2002.

ONU - Organização das Nações Unidas.

OIT – Organização Internacional do Trabalho.

E. TST – Egrégio Tribunal Superior do Trabalho.

STF – Superior Tribunal Federal.

ANS - Agencia de Saúde Suplementar.

RN - Resolução Normativa.

ADI – Ação Direta de Constitucionalidade.

RR – Recurso de Revista.

E-RR – Embargos em Recurso de Revista.

RE – Recurso Extraordinário.

RMS – Recurso em Mandado de Segurança.

Rel. – Relator.

Min.- Ministro.

art. – Artigo.

§ - Parágrafo.

ss – Seguintes.

DSR – Descanso Semanal Remunerado.

HIV - Human Immunodeficiency Virus (Vírus da Imunodeficiência Humana).

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
CAPÍTULO 1 DIREITOS FUNDAMENTAIS	14
1.1 Direitos Humanos e Direitos Fundamentais	14
1.1.1 Direitos Fundamentais	15
1.1.1.1 Dignidade da Pessoa Humana	19
1.1.1.2 O Estado Democrático de Direito	21
1.2 Direitos Sociais – Artigo 6º da Constituição	23
1.3 Direitos do Trabalhador– Artigo 7º da Constituição	24
1.4 Teorias da Eficácia: Vertical, Horizontal e Diagonal	27
1.5. Teorias da Eficácia Mediata ou Imediata	31
1.5.1 Teoria da Eficácia Mediata (Indireta)	31
1.5.2 Teoria da Eficácia Imediata (Direta)	32
1.6 Dimensões Objetiva e Subjetiva dos Direitos Fundamentais	35
1.7 Relativização dos Direitos Fundamentais	37
1.8 Vedação ao não Retrocesso Social	40
CAPÍTULO 2 VALOR SOCIAL DO TRABALHO, LIVRE INICIATIVA E A FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE	45
2.1 Do Valor Social do Trabalho	45
2.2 Livre Iniciativa	47
2.3 Direito a Propriedade e sua Função Social	51

2.3.1 Direito à Propriedade.....	51
2.3.2 Função Social da Propriedade.....	54
2.3.3 Poder Diretivo da Empresa.....	62
CAPÍTULO 3 RESPONSABILIDADE SOCIAL DA EMPRESA.....	64
3.1 Aspecto histórico da responsabilidade social.....	64
3.2 Conceituação de responsabilidade social.....	65
3.3 Responsabilidade social da empresa e os direitos à saúde e lazer.....	67
3.3.1 Direito à saúde.....	71
3.3.1.1 Plano de saúde - manutenção – Súmula 440.....	72
3.3.1.2 Dispensa discriminatória doença grave – Súmula 443.....	77
3.3.2 Direito ao lazer.....	82
3.3.2.1 Direito à desconexão.....	88
3.3.2.1 Dano existencial.....	91
CONCLUSÃO.....	96
REFERÊNCIAS BIBLIOGRAFICAS.....	98

INTRODUÇÃO

As últimas décadas do século XX evidenciaram grandes transformações sociais, econômicas, políticas e culturais.

A globalização econômica introduziu novos parâmetros em relação ao mundo do trabalho e nas relações entre Estado e sociedade trazendo as inovações tecnológicas, o desenvolvimento dos meios de comunicação, bem como a ampliação de novos direitos.

As desigualdades sociais, a degradação ambiental e o desemprego marcam a sociedade contemporânea, a' o passo que a concorrência desmedida, o individualismo e a busca pelo lucro marcam as relações sociais e econômicas dos sistemas capitalistas desta época.

Historicamente vivemos em uma sociedade num contexto global de capitalismo e Direito Liberal, com uma tendência de privilegiar a iniciativa privada com a busca incessante das empresas pelo crescimento dos lucros.

O Brasil assumiu, constitucionalmente, também esse risco ao conceder, à iniciativa privada, a exploração dos mais diversos campos econômicos, porém, mesmo garantindo às empresas, liberdades de gestão e atuação, também regrou o uso da propriedade dentro de parâmetros que indicam a preocupação do Estado com o cidadão e com a sociedade, mitigando o direito de propriedade, antes inatacável, atrelando-o à necessidade de se atender a uma função social.

Podemos dizer então que no Brasil vivemos um Direito Liberal Social, com uma tendência cada vez mais forte de se tornar um Direito Social, com base no constitucionalismo social.

Quando a Constituição Federal traça os princípios gerais da atividade econômica, o faz garantindo a livre iniciativa, mas a concedendo mediante uma contraprestação da própria empresa de que ela deverá participar da integração do cidadão à coletividade, garantindo-lhe um bem estar e uma vivência digna.

Nessa esteira, o texto constitucional quando trata de liberdade de iniciativa, valorização do trabalho, existência digna e justiça social, claramente reforça a ideia de garantir a exploração econômica por todos aqueles que se lançarem no mercado

da produção de bens e serviços por sua conta e risco com a certeza de que será amparado em seus direitos pelo Estado.

O exercício da atividade econômica pelo particular, deverá sempre ter como norte, a satisfação das necessidades fundamentais do cidadão, sob pena de verem seus direitos serem cerceados em função de que a propriedade deve visar.

Assim a empresa deve, além de visar os lucros na produção de bens, atender sua função de tornar melhor a sociedade como um todo, surgindo assim uma nova estrutura organizacional, não mais capitalista liberal, mas sim capitalista social com o fito de se obter a “Justiça Social”.

Tanto a Constituição, quanto o Código Civil de 2002, e até principalmente a atual legislação e jurisprudência trabalhista, devem ser consideradas como uma estrutura normativa que regula a organização da sociedade capitalista, com um viés de se tornar possível a Justiça Social, elevando assim a condição do ser humano.

Para o presente estudo a Constituição nos servirá como referencial, no que diz respeito à noção de responsabilidade social da empresa que se encontra expressamente inserida como objetivo a ser alcançado no âmbito da ordem econômica, em seus artigos 6º e 170, de acordo com concepção amplamente consagrada dos direitos fundamentais.

Certo é que o Poder Constituinte de 1988 reconheceu, sob o título de direitos sociais, um conjunto heterogêneo e abrangente de direitos fundamentais, que acaba por gerar conseqüências relevantes para a compreensão do que são, afinal de contas, os direitos sociais como direitos fundamentais.

Neste sentido, verifica-se, desde logo e na esteira do que já tem sido afirmado há algum tempo, que os direitos sociais abrangem tanto direitos prestacionais (positivos) quanto defensivos (negativos).

Os direitos negativos são aqueles direitos de não intervenção na liberdade pessoal e nos bens fundamentais tutelados pela Constituição apresentam uma dimensão “positiva”, tendo em vista que sua efetivação reclama uma atuação positiva do Estado e da sociedade.

Já os direitos positivos (de prestações), fundamentam também posições subjetivas “negativas”, notadamente quando se cuida de sua proteção contra

ingerências indevidas por parte dos órgãos estatais, mas também por parte de organizações sociais e de particulares.

Enfim, a Justiça Social somente é efetivamente alcançada, quando os direitos sociais são cumpridos e atendidos de forma completa.

Desde o advento da Constituição de 1998, vem se apontando a responsabilidade social da empresa, como, uma preocupação indireta com a sociedade e com o meio ambiente e isso não está totalmente incorreto.

Porém a responsabilidade social se tornou uma “peça” de marketing causando o esquecimento pela grande maioria, do ponto essencial, da pedra fundamental da responsabilidade social, pois ela deve sim ser ampla para atender a sociedade, mas também deve atender aquele que está diretamente ligado à empresa, o cidadão que nela trabalha e dela depende diretamente.

Inegável que a empresa possui deveres e responsabilidades sociais que por diversas vezes não são seguidos ou respeitados.

Buscaremos demonstrar quais são algumas das responsabilidades sociais da empresa em relação ao cidadão que nela labora, ressaltando que a menção do termo cidadão se faz necessária, pois a responsabilidade social aqui debatida, não estará diretamente relacionada aos direitos sociais do trabalhador estabelecidos no artigo 7º da Constituição Federal, mas sim aos direitos fundamentais sociais de todos os cidadãos que se encontram no artigo 6º da Magna Carta.

Para demonstrarmos a responsabilidade social da empresa devemos, antes, estabelecer os princípios sociais constitucionais que embasam essa responsabilidade, assim como a eficácia desses princípios fundamentais, e a razoabilidade e proporcionalidade na aplicação dos direitos fundamentais sociais.

Esse estudo busca esclarecer como esses direitos fundamentais sociais são implementados na atualidade na relação capital *versus* trabalho e também o porquê dessa obrigação, mesmo que tais princípios sejam aparentemente obrigações do Estado.

Para tanto, devemos delinear os referidos direitos fundamentais sociais e o mecanismo técnico jurídico de interpretação para demonstrar que eles são obrigações empresariais nas relações de trabalho.

Nesse estudo, dentre todos os direitos sociais constantes no art.6º, iremos abordar dois deles, quais sejam, o direito à saúde e o direito ao lazer, que são objetos de novos posicionamentos jurisprudenciais do TST, bem como de novas teses doutrinárias, demonstrando assim a responsabilidade da empresa em relação à referidos direitos dos cidadãos que nela trabalha.

Diante dessa breve apresentação, se faz necessário para o presente debate, pontuar o que são os direitos fundamentais, para após discorrermos sobre os direitos sociais sua eficácia, os princípios constitucionais que o cercam para então demonstrarmos a responsabilidade da empresa sobre esses direitos.

CAPITULO 1 - DIREITOS FUNDAMENTAIS

1.1 Direitos humanos e direitos fundamentais

Muitos confundem direitos fundamentais com direitos humanos.

Os "direitos do homem" ou "direitos da pessoa humana" são, ao mesmo tempo, excessivamente genéricos e indefinidos.

Realmente, direitos humanos, são direitos atribuídos à humanidade em geral, por meio de tratados internacionais tendo como seu marco primordial a Declaração Universal dos Direitos Humanos, da ONU, de 1948.

A "Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948" reconhece como núcleo básico dos direitos fundamentais da pessoa humana o do direito à vida (III e VI), à liberdade (IV, IX, XIII, XVIII, XIX, XX e XXVII), à igualdade (I, II e VII), à justiça (VIII, X, XI e XXVIII) à segurança (V, XII, XIV, XXII, XXIX e XXX), à família (XVI), à propriedade (XVII), ao trabalho (XXIII e XXIV), à saúde (XXV), à educação (XXVI) e à cidadania (XV e XXI).¹

Já os direitos fundamentais são aqueles positivados em um determinado ordenamento jurídico (Constituição Federal).

Essa tese é corroborada pela nossa CF, pois quando trata de assuntos internos, se refere a "direitos e garantias fundamentais", ao passo que, quando trata de tratados internacionais, se refere a direitos humanos.

Em verdade, o conteúdo de ambos é bastante semelhante. São conjuntos diferentes que possuem grande área de intersecção. A diferença é mais de fonte normativa que de conteúdo.

Assim, a terminologia "direitos humanos", parece mais adequada quando utilizada na esfera internacional, como na realidade para a grande maioria já o é, e no direito interno, a nomenclatura mais adequada é "direitos fundamentais".

¹ Declaração Universal dos Direitos do Homem. Disponível em http://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/por.pdf

E sobre os direitos fundamentais iremos delinear alguns pontos, importantes para o fim desse estudo.

1.1.1 Direitos fundamentais

Há até hoje uma grande dificuldade em se apontar qual a teoria do direito que justifica os direitos fundamentais.

Na verdade, esse problema deriva do fato de que, hoje, quase todas as teorias jurídicas defendem a existência de direitos básicos do ser humano.

Para o jusnaturalismo, os direitos fundamentais são direitos pré-positivos, isto é, direitos anteriores mesmo à própria Constituição; direitos que decorrem da própria natureza humana, e que existem antes do seu reconhecimento pelo Estado.

Já o positivismo jurídico considera que direitos fundamentais são aqueles considerados como básicos na norma positiva, isto é, na Constituição. Isso não impede que se reconheça a existência de direitos implícitos, em face do que dispõe, por exemplo, o art. 5º, § 2º, da CF.

Para o presente estudo vamos nos basear na definição de Arion Sayão Romita, que dispõe de forma bastante didática o que é “Direito Fundamental”:

“(…) podem-se definir direitos fundamentais como os que, em dado momento histórico, fundado no reconhecimento da dignidade da pessoa humana, asseguram a cada homem as garantias de liberdade, igualdade, solidariedade, cidadania e justiça. Este é o núcleo essencial da noção de direitos fundamentais, aquilo que identifica a fundamentalidade dos direitos².

Importante ressaltar, algo que é pouco mencionado na doutrina, que a noção de direito vem sempre acompanhada de dever.

² ROMITA, Arion Sayão. Direitos Fundamentais nas Relações de Trabalho, p.51, 4 Ed. LTR, 2012.

Não podemos deixar de considerar que todos: o Estado, a pessoa natural e a pessoa jurídica e mesmo a sociedade como um todo, carregam uma grupo grande de deveres que são sistematicamente deixados de lado em varias oportunidades, por todos eles, cada qual de uma forma.

Os deveres fazem parte dos direitos, inclusive fundamentais, pois todos têm direito ao trabalho, à educação, à saúde entre outros, mas também possuem os deveres de trabalhar, de se instruir e se educar, e os deveres não são só consigo próprio, mas com terceiros, com a Sociedade e inclusive com o Estado.

Assim, apesar de pouco mencionando, todos os direitos são acompanhados de deveres, que sumariamente não são levados em consideração, sendo certo que os deveres com os direitos constituem a expressão de uma dignidade pessoal, com responsabilidades, solidariedade e harmonia social.

Uma nota que nos chama a atenção em relação aos deveres é que o próprio Estado obscurece a palavra, “é que a CF/88 menciona 76 (setenta e seis) vezes a palavra direito (do cidadão), mas apenas 4 (quatro) vezes a palavra dever.”³

A doutrina costuma classificar os direitos fundamentais em gerações ou dimensões, numa divisão de 5 (cinco) gerações ou dimensões:

Os direitos fundamentais de primeira geração são os chamados de direitos civis e políticos, que englobam os direitos à vida, à liberdade, a propriedade, à igualdade formal as liberdades de expressão coletiva, os direitos de participação política e ainda, algumas garantias processuais.

São direitos relacionados à questão do próprio indivíduo como tal (direitos à vida e a liberdade), ou seja, direitos que limitam a atuação do Estado na liberdade individual e são considerados negativos porque tendem a evitar a intervenção do Estado na liberdade individual, caracterizando-se como uma atitude negativa por parte dos poderes públicos.

Os direitos fundamentais de segunda geração são constituídos pelos direitos econômicos, sociais e culturais com a finalidade de obrigar o Estado a satisfazer as necessidades da coletividade, compreendendo o direito ao trabalho, à habitação, à saúde, educação e inclusive o lazer.

³ PASTORE, José, Carta de Deveres, Jornal da Tarde, 4 jun.2007 *in* ROMITA, Arion Sayão. Op. cit. p.51

Ao contrário dos direitos fundamentais de primeira geração, os de segunda geração, caracterizam-se por sua dimensão positiva, de fazer do Estado, de atuar de forma a propiciar um direito de participar do bem-estar-social, tendo o dever de intervir nas relações onde há uma relação de hipossuficiência, para que os maiores não se agigantem perante os menos favorecidos, e assim haja uma relação de equilíbrio.

Direitos fundamentais de terceira geração são denominados de direitos de solidariedade ou de fraternidade e pertencem a todos os indivíduos, constituindo um interesse difuso e comum, transcendendo a titularidade coletiva ou difusa, ou seja, tendem a proteger os grupos humanos.

A terceira dimensão de direitos tem por finalidade básica a coletividade, ou seja, proporcionar o bem-estar dos grandes grupos, que muitas vezes são indefinidos e indeterminados, como por exemplo, o direito ao meio ambiente e a qualidade de vida, direito esses reconhecidos atualmente como difusos.

Nos direitos de terceira dimensão ocorre ainda a internacionalização dos direitos fundamentais, recebendo uma proteção que ultrapassa as fronteiras dos Estados, sendo exigências propostas pela comunidade internacional, como anseios, desejos e finalidades na coexistência pacífica dos seres humanos.

Direitos fundamentais de quarta e quinta geração são aqueles que surgiram dentro da última década, devido ao grau avançado de desenvolvimento tecnológico da humanidade, sendo estes ainda apenas pretensões de direitos.

No caso da quarta geração, pode-se colocar que seriam os direitos ligados à pesquisa genética, surgida da necessidade de se impor uns controles a manipulação do genótipo dos seres, em especial o do ser humano.

E no que se refere aos direitos da quinta geração, pode-se ligá-los aos direitos que surgem com o avanço da cibernética.

Os direitos fundamentais são positivados no ordenamento jurídico através de normas com estrutura de princípio, situando-se no ápice da pirâmide normativa.

Os direitos fundamentais na nossa Constituição Federal estão previstos precipuamente, mas não exclusivamente, no Título II (Dos Direitos e Garantias Fundamentais), através dos artigos 5º (Direitos e Deveres Individuais e Coletivos);

6º; 7º; 8º; 9º, 10 e 11 (Direitos Sociais); 12 e 13 (Direitos de Nacionalidade); 14; 15 e 16 (Direitos Políticos); e 17 (Partidos Políticos). Porém não podemos deixar de lembrar que outros direitos fundamentais também estão espalhados no texto Constitucional que não neste título, como o princípio da anterioridade tributária, o direito ao meio ambiente saudável, entre outros.

O § 1º do art. 5º conferiu às normas definidoras de direitos fundamentais a aplicabilidade imediata, potencializando a eficácia dos direitos fundamentais, alçados também à condição de cláusula pétrea, nos termos do art. 60, § 4º.

Assim os direitos fundamentais individuais, coletivos, sociais, de nacionalidade e políticos possuem eficácia plena, são normas de vigência automática e de autoaplicabilidade.

Na ordem normativa constitucional os direitos fundamentais são, ao mesmo tempo, valores subjetivos e objetivos.

Em outras palavras, no plano subjetivo os direitos fundamentais atuam como garantias da liberdade individual e são concebidos, originariamente, como direitos subjetivos públicos, ou seja, são direitos do cidadão em face do Estado.

Já no plano objetivo, os direitos fundamentais assumem uma dimensão institucional, a partir da qual se verifica que o seu conteúdo deve ser observado para a consecução dos fins e valores constitucionalmente proclamados.

Ponto principal é discutir a intensidade com que esses direitos e garantias fundamentais interferem nas relações privadas, e, bem assim, sua eficácia, amplitude e profundidade na ordem jurídica infraconstitucional.

Os direitos fundamentais vinculam os órgãos estatais como um todo, cabendo ao poder executivo propor e realizar as políticas públicas necessárias à satisfação dos direitos prestacionais; ao poder legislativo, fiscalizar e preservar esses valores, protegendo legalmente os direitos fundamentais, através da produção de leis que visem colocar em prática tais direitos, que abstratamente integram a base constitucional do país; e ao poder judiciário, que por intermédio da hermenêutica, cabe interpretar e decidir conforme os mandamentos constitucionais.

De forma clara, José Joaquim Gomes Canotilho e Vital Moreira elucidam:

"A individualização de uma categoria de direitos e garantias dos trabalhadores, ao lado dos de caráter pessoal e político, reveste um particular significado constitucional, do ponto em que ela traduz o abandono de uma concepção tradicional dos direitos, liberdades e garantias como direitos do homem e ou do cidadão genéricos e abstratos, fazendo intervir também o trabalhador (exatamente: o trabalhador subordinado) como titular de direitos de igual dignidade".⁴

É preciso apontar quais os princípios jurídicos básicos que justificam logicamente a existência dos direitos fundamentais.

Podemos apontar, basicamente, dois princípios que servem de esteio lógico à ideia de direitos fundamentais: a Dignidade Humana e o Estado de Direito.

1.1.1.1 Dignidade da pessoa humana

Trata-se, como se sabe, de um princípio aberto, mas que, em uma apertada síntese, podemos dizer tratar-se de reconhecer a todos os seres humanos, pelo simples fato de serem humanos, alguns direitos básicos - justamente os direitos fundamentais.

A dignidade congloba em si, todos os direitos fundamentais, quer sejam os individuais clássicos, quer sejam os de fundo econômico e social.

Em última análise, a dignidade tem uma dimensão também moral. São as próprias pessoas que conferem ou não dignidade às suas vidas.

O Princípio da Dignidade Humana situa o homem como ponto central de todo o ordenamento jurídico, em suma, do próprio Estado.

⁴ CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital, apud MORAES, Alexandre. Direito Constitucional. São Paulo: Ed. Atlas. 5ª ed. 1999. p. 285.

Assim o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana no Estado Democrático de Direito decorre de:

“Todos os homens nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotados de razão e consciência e devem agir em relação uns aos outros com espírito de fraternidade.”⁵

Desta forma o conceito de dignidade humana abriga um conjunto de valores que não está restrito, unicamente, à defesa dos direitos individuais do homem, mas abarca toda uma gama de direitos, de liberdades e de garantias, de interesses que dizem respeito à vida humana, sejam esses direitos pessoais, sociais, políticos, culturais, ou econômicos.

O Ministro do E. TST, João Oreste Dalazen, em acórdão proferido nos autos dos Embargos de Recurso de Revista, nº TST-E-RR-439041/1998, cita Alexandre de Moraes para a definição de Dignidade da Pessoa Humana:

“(...) Nesse sentido é a lição de ALEXANDRE DE MORAES, que, em seus comentários à Constituição Federal de 1988, define a dignidade da pessoa humana como um valor espiritual e moral inerente a pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se em um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, de modo que apenas excepcionalmente possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais, mas sempre sem menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos (Constituição do Brasil Interpretada e Legislação Constitucional, Ed. Atlas S.A., São Paulo, 2ªed., 2003, p. 128-129)(...)”.⁶

⁵ Art. I da Declaração Universal dos Direitos do Homem.

⁶ TST-E-RR-439041/1998, Relator Ministro João Oreste Dalazen, DJU de 23/05/2003.

Por isso o princípio da dignidade da pessoa humana está na base de todos os direitos constitucionais consagrados, tais como, direitos e liberdades tradicionais (art. 5º); direitos de participação política (art. 14); direitos sociais (art. 6º); direitos dos trabalhadores (art. 7º) e direitos às prestações sociais (art. 203).

Nesse sentido temos que o princípio da dignidade humana como fundamento do Estado Democrático de Direito coloca o homem como centro de toda a organização política e do próprio Direito.

Em suma o princípio da dignidade da pessoa humana é o núcleo essencial dos direitos fundamentais e a premissa fundamental do Estado Democrático de Direito, sendo a fonte ética que confere unidade de sentido, de valor e de concordância prática ao sistema dos direitos fundamentais. Não tem apenas a função de estabelecer direitos e deveres que assegurem uma vida saudável e justa.

Muito mais do que isso, tem o dever de proporcionar situações em que o ser humano se desenvolva em um meio capaz de promover a sua integração e a evolução de sua dignidade.

Por isso que no estudo dos direitos fundamentais, há uma íntima vinculação entre a dignidade da pessoa e o Estado Democrático de Direito.

1.1.1.2 O Estado democrático de direito

O conceito de Estado Democrático de Direito (CF, art. 1º, caput) pode ser entendido, em poucas palavras, como o Estado de poderes limitados, por oposição ao chamado Estado Absoluto (em que o poder do soberano era ilimitado).

Nesse sentido, o conceito clássico de Estado Democrático de Direito abrange três características: a) submissão dos governantes e dos cidadãos às leis; b) separação de poderes; c) garantia dos direitos fundamentais.

É certo que, hoje, fala-se mais em submissão à Constituição, antes mesmo da submissão à lei, com o que ganha corpo o conceito de Estado Constitucional de Direito. Mesmo assim, logo se vê que o conceito de Estado de Direito traz como consequência lógica a existência e garantia dos direitos fundamentais.

O Estado deve estar a serviço da pessoa humana, para suprir as suas necessidades, entre elas a de viver em liberdade e em condições que possam facilitar o seu desenvolvimento e a sua personalidade.

Assim, significa dizer que cabe ao Estado e, portanto, também ao Direito, propiciar o pleno acesso às condições necessárias para a promoção dessa realização.

É evidente que mesmo sob o manto do Estado Democrático de Direito esses conflitos que afligem a humanidade (especificamente entre trabalho e capital) também não se mostram superados, mas ao menos se apontam caminhos que conduzem a sua mitigação.

A relação entre princípio da dignidade humana e Estado implica na efetivação de tratamento humanitário, igualitário para todos e na erradicação das desigualdades sociais.

Significa dizer, ainda, que se trata do cumprimento de princípio constitucional fundamental e que deve embasar todas as relações sociais, jurídicas e a atuação do Estado como garantidor da Justiça Social.

Temos, pois, que a concepção liberal do Estado de Direito serve de apoio aos direitos dos fundamentais sociais do cidadão.

Com base nisso, poderíamos definir os direitos fundamentais como os direitos considerados básicos para qualquer ser humano, independentemente de condições pessoais específicas. São direitos que compõem um núcleo intangível de direitos dos seres humanos submetidos a uma determinada ordem jurídica.

É necessário salientar que, sendo os direitos fundamentais exteriorizações do princípio da dignidade da pessoa humana, este, por sua vez, o centro de gravidade da ordem jurídica, é preciso expandir para todas as esferas da vida humana, a incidência desse princípio, pois, do contrário, sua concretização estará totalmente comprometida.

Dentre os direitos fundamentais, temos os direitos sociais do cidadão estabelecido no art.6º, que são amplos e por assim dizer subjetivos e temos também entre outros os direitos dos trabalhadores no art.7º, que são mais objetivos e

específicos, mas bastante extensos e sem dúvida alguma fundados nos direitos sociais do cidadão.

Apresentada a conceituação e características dos direitos fundamentais, cumpre-nos delinear os direitos sociais estatuídos no artigo 6º e após os direitos sociais do trabalhador estabelecidos no artigo 7º ambos da CF.

1.3 Direitos sociais – artigo 6º da Constituição

Assim declina o art.6º

Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

Os direitos sociais são aqueles que visam a garantir aos indivíduos o exercício e usufruto de direitos fundamentais, em condições de igualdade, para que tenham uma vida digna, por meio da proteção e garantias dadas pelo Estado Democrático de Direito.

Os direitos fundamentais sociais encontram-se delineados na Constituição Federal nos artigos 6º a 11 de forma geral, sendo que a base de todos os direitos sociais, são aqueles dispostos no art. 6º, que se encontram ligados diretamente aos direitos humanos e aos princípios da dignidade da pessoa humana e ao Estado Democrático de Direito.

Os direitos sociais são conhecidos como fundamentais, de segunda dimensão e visam melhores condições de vida aos mais fracos, através da previsão do direito à igualdade.

Sob o ângulo do positivismo jurídico, constata-se que o direito social atinge várias esferas da vida em sociedade, como a infância; a educação; a alimentação; a saúde; o trabalho; o meio ambiente; a assistência aos necessitados; a habitação e o lazer, como forma de fazer valer a vida na sua concepção mais abrangente.

E como veremos no decorrer desse estudo eles são direitos, mas são deveres também, deveres de todos, é um dever do Estado, da sociedade, dos cidadãos e também da empresa, nesse caso, como umas bases fundantes da responsabilidade social, como iremos expor.

A grande questão gira em torno da aplicação desses direitos fundamentais nas relações privadas, como por exemplo, empresa e funcionário, para a garantia de seus direitos fundamentais sociais.

Para isso importante delinear os direitos básicos do trabalhador, conforme estabelecido na Constituição em seu art.7º.

1.2 Direitos do trabalhador – artigo 7º da Constituição

Cumpre-nos antes de adentrarmos aos direitos sociais do cidadão, base desse trabalho, delinear os direitos sociais do trabalhador, inclusive para se constatar que estes decorrem daqueles direitos estabelecidos no artigo 6º da CF.

Especificamente quanto aos direitos dos trabalhadores, a Constituição de 1988 dedica também alguns artigos do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias e todo o Capítulo II, intitulado "Dos Direitos Sociais", empregando grande ênfase não só aos direitos individuais, mas também aos direitos coletivos, alterando, inclusive, o exercício da autonomia privada coletiva.

Compreende extenso rol de direitos fundamentais, demandando uma intervenção estatal comprometida com a progressão de sua eficácia, já que a Constituição vigente traça a ideia de máxima eficiência de suas normas.

Apesar da falta de rigor sistemático da Constituição de 1988, pode-se afirmar que o art. 7º consagra a igualdade entre os trabalhadores rurais e urbanos, sendo sede do direito individual e tutelar do trabalho, contendo trinta e quatro incisos e um parágrafo, todos voltados à proteção de uma série de direitos laborais, pela primeira vez, previstos no plano constitucional.

O direito individual do trabalho se configura como modelo constitucional prescritivo, analítico, relacionando o art. 7º inúmeros direitos trabalhistas,

distanciando-se do modelo constitucional de tipo sintético, caracterizado pela apresentação resumida das regras que devem ter estatura constitucional.

À luz de tal concepção, o constituinte brasileiro abandonou a técnica de Direito Constitucional de agasalhar apenas princípios, e transformou a Constituição vigente num verdadeiro estatuto dos trabalhadores, optando pelo constitucionalismo laboral difuso.

A Constituição, em seu art. 7º, IV, conferiu tratamento extenso no sentido positivo da ampliação dos direitos do trabalhador, através dos critérios de fixação do salário mínimo definidos em um amplo quadro, capaz de satisfazer as necessidades vitais e básicas do trabalhador e sua família, com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social.

Tais previsões, entretanto, deixaram evidente a distância entre a norma jurídica e a realidade fática, demonstrando que nem sempre a eficácia jurídica acompanha a vontade do legislador constituinte.

Da leitura dos incisos do art. 7º, observa-se a garantia constitucional da relação de emprego protegida contra despedida arbitrária ou sem justa causa, nos termos de lei complementar, que preverá indenização compensatória, dentre outros direitos, preceito esse não regulamentado até os dias de hoje; salário nunca inferior ao mínimo para os que perceberem remuneração variável; adicional noturno; décimo terceiro salário; adicional de remuneração para as atividades insalubres, penosas ou perigosas; piso salarial proporcional à extensão e complexidade do trabalho; proteção do salário na forma da lei, constituindo crime sua retenção dolosa.

A constitucionalização de direitos trabalhistas, como se comprova, é demasiadamente extensa, incluindo também, o repouso semanal remunerado preferencialmente aos domingos, nos moldes do art. 7º, XV; gozo de férias anuais remuneradas, acrescidas no mínimo de um terço do salário normal, como reza o art. 7º, XVII; estabilidade à gestante, desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto, disposta no art. 10, II, b, ADCT; licença à gestante sem prejuízo do emprego e do salário, com a duração de cento e vinte dias; licença paternidade, nos termos fixados em lei.

Quanto ao trabalho do adolescente, a Constituição de 1988 foi substancialmente alterada pela Emenda nº. 20/98, que proibiu qualquer trabalho ao menor de 16 anos de idade, salvo na condição de aprendiz, a partir de 14 anos.

Com relação à extinção do contrato de trabalho, a Constituição extinguiu a alternativa entre a estabilidade e o FGTS, generalizando, no art. 7º, III, o regime do FGTS para todo empregado, estimulando a rotatividade do trabalhador no emprego.

Estipula, ainda, a Carta Magna, a garantia de seguro contra acidentes de trabalho a cargo do empregador, acrescido de indenização a que este está obrigado quando incorrer dolo ou culpa.

Estabelece ainda o seguro desemprego e salário-família; proteção do mercado de trabalho da mulher; aviso prévio proporcional ao tempo de serviço; redução dos riscos inerentes ao trabalho; aposentadoria; proteção em face de automação; prazo prescricional; proibição de discriminação entre trabalhadores, e igualdade de direitos entre trabalhadores com vínculo de emprego e os avulsos; a participação nos lucros ou resultados desvinculada da remuneração.

Dispõe, ainda sobre o módulo semanal de 44 horas, reduzindo para 6 horas a jornada nos sistemas de turnos ininterruptos de revezamento e facultando a compensação de horas, além de prever o adicional mínimo de 50% sobre as horas extraordinárias, permitindo a final, a redução da jornada mediante negociação coletiva.

Quanto à negociação coletiva, não apenas foi reconhecida no art. 7º, XXVI, mas valorizada acima de tudo, enquanto instrumento de administração de crises da empresa, autorizando-se a redução salarial no inciso VI, e nos incisos XIII e XIV, a redução da jornada, mediante acordo ou convenção coletiva.

Como se pode notar, a Constituição prevê não apenas direitos irrenunciáveis, mas também a possibilidade de renúncia de alguns deles, consagrando-se, neste particular, que a diminuição destes direitos somente é possível com a assistência e participação sindical.

Cumpram ressaltar ainda que em última análise muitas normas constantes na Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), buscam a efetividade dos direitos sociais do trabalhador enumerado no art. 7º da CF.

Mas para o presente estudo, iremos nos aprofundar nos direitos sociais do cidadão dispostos no artigo 6º da CF.

E quando analisarmos esse artigo e a responsabilidade da empresa, teremos a clara noção que muitos dos subsídios foram obtidos no art.7º da Constituição.

Como já exposto muitos dos incisos do art.7º tem sua natureza os direitos fundamentais sociais do art. 6º, sendo na realidade, o art. 7º um desdobramento, mais específico dos direitos sociais do cidadão, como estatui o próprio caput parte final do citado artigo.

Ou seja, os direitos do art.7º, são as espécies (direito dos trabalhadores) do gênero (direitos sociais) do art.6º, ambos da CF/88.

Os direitos sociais, como já exposto, são alguns dos direitos fundamentais e para a análise da sua efetiva aplicação e concretização, devemos entender a sua eficácia nas relações jurídico-sociais.

Para isso a doutrina e jurisprudência declinam sobre a existência de três teorias de eficácia dos direitos fundamentais no que tange a aplicação dos direitos fundamentais entre Estado e sociedade e entre particulares, quais sejam eficácia vertical, horizontal e diagonal.

Há também outras duas linhas doutrinárias sobre a eficácia legal dos direitos fundamentais, eficácia mediata ou imediata, dentro das relações acima mencionadas,

E finalmente apontaremos as dimensões objetivas e subjetivas dos direitos fundamentais para embasar as teorias das eficácias.

1.4. Teorias da eficácia: vertical, horizontal e diagonal

Existem atualmente três teorias da eficácia dos direitos fundamentais, a horizontal, a vertical e a diagonal, como veremos a seguir.

Antigamente se pensava que os direitos fundamentais incidiam apenas na relação entre o cidadão e o Estado.

Trata-se da chamada "eficácia vertical", ou seja, a eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre um poder "superior" (o Estado) e um "inferior" (o cidadão).

Em meados do século XX, porém, surgiu na Alemanha a teoria da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, que defendia a incidência destes também nas relações privadas (particular-particular).

É chamada eficácia horizontal ou efeito externo dos direitos fundamentais, também conhecida como eficácia dos direitos fundamentais contra terceiros.

Em suma: pode-se que dizer que os direitos fundamentais se aplicam não só nas relações entre o Estado e o cidadão (eficácia vertical), mas também nas relações entre os particulares-cidadãos (eficácia horizontal).

De maneira didática, pode-se definir a eficácia vertical dos direitos fundamentais como aquela que vincula o legislador, o juiz, e os entes estatais em geral.

A eficácia horizontal diz respeito à incidência das normas jusfundamentais às relações privadas, havendo discussão se tal eficácia seria mediata ou imediata, isto é, se as normas de direito fundamental atingiriam os particulares, seja nos casos em que uma das partes ostenta poder econômico ou social, seja nas relações jurídicas entre iguais.

A doutrina estabelece como caso-líder dessa teoria, o "Caso Lüth", julgado pelo Tribunal Constitucional Federal Alemão em 1958.

Lüth foi condenado nas instâncias ordinárias, mas recorreu à Corte Constitucional. Ao fim, a queixa constitucional foi julgada procedente, pois o Tribunal entendeu que o direito fundamental à liberdade de expressão deveria prevalecer sobre a regra geral do Código Civil que protegia a ordem pública.⁷

Esse foi o primeiro caso em que se decidiu pela aplicação dos direitos fundamentais também nas relações entre os particulares (eficácia horizontal).

As violações aos direitos fundamentais podem partir tanto do Estado soberano como, também, dos agentes privados.

⁷ Cf. narrativa completa do caso, inclusive com a ementa do julgado, em DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. Teoria Geral dos Direitos Fundamentais, pp. 264 e ss. São Paulo: RT, 2007

Essa tendência de aplicação horizontal dos direitos fundamentais não visa, se sobrepôr à relação anterior, uma vez que o primordial nessa questão é nos atentarmos para que a aplicação dos direitos fundamentais, no caso concreto, esteja sempre ponderada com os demais princípios.

Alguns casos consagrados na doutrina e na jurisprudência que questionaram a eficácia horizontal dos direitos fundamentais, o judiciário entendeu como razoável a aplicação dos direitos fundamentais às relações privadas podem ser citados, como por exemplo, a revista íntima em mulheres em fábrica de lingerie (RE 160.222-8); a exclusão de associado de cooperativa sem direito de defesa (RE 158.215-4); a discriminação de empregado brasileiro em relação ao francês na empresa "Air France", mesmo realizando atividades idênticas (RE 161.243-6).

Apesar de a grande maioria da doutrina atual não estabelecer diferença entre a eficácia horizontal e a chamada eficácia diagonal dos direitos fundamentais, cumpre-nos aqui apresentá-la.

Tal teoria foi concebida pelo chileno Sergio Gamonal Contreras, em sua obra: *Cidadania na Empresa e Eficácia Diagonal dos Direitos Fundamentais*.⁸, na qual ele defende a necessidade de proteger os particulares em relações que envolvam, por si só, desequilíbrio ou desproporcionalidade, ou seja, a própria relação já traz consigo as diferenças entre os particulares envolvidos.

De acordo com referida teoria umas das partes já inicia a relação em desvantagem e, por isso, merece uma proteção diferente.

Essa teoria inclusive, se enquadra perfeitamente na esfera trabalhista, melhor dizendo, nas relações de trabalho, já diante da natureza jurídica do contrato de trabalho e suas particularidades é nítido que o relacionamento do empregado com o seu empregador não é propriamente uma relação entre iguais, uma vez que a empresa, muitas vezes, demonstra poderes desproporcionais aos dos trabalhadores no contrato de trabalho.

⁸ CONTRERAS, Sergio Gamonal, *Cidadania na Empresa e Eficácia Diagonal dos Direitos Fundamentais*, Ed. LTR, 2011 São Paulo.

Cumpramos ressaltar que referida teoria já começa a ser citada pelo E. TST, como concepção moderna da eficácia horizontal, tal como podemos observar em um julgado de agosto de 2013:

“(...)Embora a supracitada norma legal não especifique a proibição de prática discriminatória em razão de doença grave, a partir de uma interpretação sistemática com a Constituição Federal, conclui-se que o referido rol é meramente exemplificativo, abrindo-se margem para incluir a vedação de qualquer discriminação do trabalhador portador de doença grave, em consonância com o art. 7º, XXX, da Lei Maior. **Os direitos fundamentais, em sua eficácia horizontal, ou, usando a moderna concepção de Sérgio Gamonal, em sua eficácia diagonal (Gamonal Contreras, Sergio. Cidadania na empresa e eficácia diagonal dos direitos fundamentais. São Paulo: LTr, 2011), vinculam não apenas o Estado, mas também os particulares.** No caso, o direito fundamental de acesso ao Judiciário precisa ser garantido não apenas pelo Estado-Juiz como também pelos empregadores, que dispõem de meio eficiente (a dispensa) para frustrar o exercício desse direito pelo trabalhador...”**(negritei)**⁹

Diante do apresentado, temos que aos direitos fundamentais aplica-se a teoria da eficácia horizontal, ou seja, os direitos fundamentais se aplicam entre os particulares nas suas relações privadas, mas essa eficácia entre particulares (eficácia horizontal) pode ser mediata (indireta) ou imediata (direita).

Enfim, a dúvida surge na direção de se saber se os direitos fundamentais sociais se aplicam diretamente ou há necessidade de intervenção estatal, no sentido de legislar ordinariamente para a eficácia horizontal se implementar?

Para responder a este questionamento, devemos esclarecer essas duas teorias.

⁹ TST - RR - 7894-78.2010.5.12.0014 7ª Turma Relator: Ministro Luiz Philippe Vieira de Mello Filho, deram Provimento. v.u., Julgamento em 28/08/2013, publicado no D.E. em 06/09/2013

1.5. Teorias da eficácia mediata ou imediata

Como exposto, além das teorias da eficácia vertical, horizontal e diagonal, decorrem da interpretação da aplicação dos direitos fundamentais, duas outras teorias, que buscam esclarecer a forma de aplicação dos direitos fundamentais nas relações privadas.

A teoria da eficácia indireta (mediata) ensina que os direitos fundamentais são aplicados de maneira reflexa, tanto em uma dimensão proibitiva e voltada para o legislador, que não poderá editar lei que viole direitos fundamentais, como, ainda, positiva, voltada para que o legislador implemente os direitos fundamentais, ponderando quais devam aplicar-se às relações privadas.

Por sua vez a teoria da eficácia direta (imediata) defende a possibilidade de aplicação de alguns direitos fundamentais nas relações privadas sem que haja a necessidade de “intermediação legislativa” para a sua concretização.

Delinearemos então, de forma mais detalhada as duas teorias aqui mencionadas, para que possamos concluir quais delas se efetivam no ordenamento jurídico trabalhista atual e via de consequência nas relações empresa e cidadão.

1.5.1 Teoria da eficácia mediata (indireta)

Para os partidários dessa teoria, os direitos fundamentais aplicam-se nas relações jurídicas entre os particulares, mas apenas de forma indireta (mediata), por meio das chamadas cláusulas gerais do Direito Privado.

Em outras palavras: a regra geral, no Direito Privado (relações entre os particulares), seria a autonomia privada; os direitos fundamentais incidiriam apenas por meio de cláusulas gerais existentes no próprio Direito Privado, como ordem pública, liberdade contratual, boa-fé, etc.

Exemplificando: se alguém aderir ao estatuto de uma associação, e essa norma prever a possibilidade de exclusão sumária, tal regra seria admissível, pois derivou da autonomia privada do associado em aceitá-la.

O direito à ampla defesa não incidiria diretamente na relação entre o associado e a associação, mas apenas de forma indireta (mediata), quando a associação tomasse uma posição contrária à boa-fé objetiva, induzindo o associado a crer que tal norma não seria aplicada: nessa situação, a cláusula geral da boa-fé autorizaria a incidência (indireta) dos direitos fundamentais.

Sendo assim, pode se sustentar a incompatibilidade dessa teoria com o ordenamento brasileiro, já que o artigo 5º, §1º, prevê que as normas definidoras de direitos fundamentais possuem aplicabilidade imediata.

1.5.2 Teoria da eficácia imediata (direta)

Segundo o que preconiza essa corrente, os direitos fundamentais se aplicam diretamente às relações entre os particulares. É dizer: os particulares são tão obrigados a cumprir os ditames dos direitos fundamentais quanto o poder público o é, e essa é a tese que prevalece no Brasil,

As obrigações decorrentes das normas constitucionais definidoras dos direitos básicos têm por sujeito passivo o Estado (eficácia vertical) e os particulares, nas relações entre si (eficácia horizontal direta ou imediata)

A constitucionalização do direito é um fenômeno inegável, e, com isso, qualquer aplicador do Direito tem que, antes de aplicar as leis, verificar-lhes a compatibilidade.

Como já dissemos, essa teoria é aceita no Brasil, diante do posicionamento do STF e do TST.

Um exemplo de aplicação prática da eficácia horizontal imediata foi a decisão do STF que impôs à Air France (empresa privada) igualdade de tratamento entre trabalhadores franceses e brasileiros. (STF, RE 161.243, Relator Ministro Carlos Velloso, DJ de 19.12.1997.)¹⁰

¹⁰ RE nº 161.243-DF - 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

Assim temos que no Brasil, aplica-se a **teoria da eficácia horizontal e imediata dos direitos fundamentais**.

O art. 5º, §1º, da CF, determina que as normas definidoras de direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.

Logo, cabe aos poderes públicos (Judiciário, Legislativo e Executivo) desenvolver esses direitos.

Isso, porém, não quer dizer, como ressaltam José Afonso da Silva e Gilmar Mendes em suas obras, que todos os direitos e garantias fundamentais venham sempre expressas em normas de eficácia plena ou contida.¹¹¹²

Não é essa a regra, mas há normas definidoras de direitos que são claramente de eficácia limitada, como o art. 5º, XXXII, o qual prevê que "o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor".

Adverte Gilmar Mendes:

"Essas circunstâncias levam a doutrina a entrever no art. 5º, §1º, da Constituição Federal uma norma-princípio, estabelecendo uma ordem de otimização, uma determinação para que se confira a maior eficácia possível aos direitos fundamentais. O princípio em tela valeria como indicador de aplicabilidade imediata na norma constitucional, devendo-se presumir a sua perfeição, quando possível".¹³

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, 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.

¹¹ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de direito constitucional. São Paulo: Saraiva, 2007.

¹² SILVA, José Afonso da., Curso de direito constitucional positivo. 29. ed. Malheiros, São Paulo, 2007

¹³ MENDES, Gilmar Ferreira, et al. Ob.cit., p 243.

Dessa forma, para possibilitar a utilização da teoria da eficácia imediata dos direitos fundamentais individuais nas relações privadas são necessários parâmetros que possibilitem ao intérprete aplicá-la com base em fundamentos sólidos.

A relação jurídica de emprego, por exemplo, é uma relação privada em que existem dois sujeitos em situações desiguais: o empregador que em geral é a parte mais forte economicamente e, por definição, dirige a prestação pessoal dos serviços dos trabalhadores, e o empregado, que necessita alienar seu poder de dispor de sua própria força de trabalho para receber o salário como contraprestação. Não obstante, devido à desigualdade entre as partes contratantes, a autonomia da vontade da parte mais fraca muitas vezes é mero pretexto para legitimar imposições ditadas pela parte mais forte.

As relações privadas podem envolver uma enorme gama de situações em que há possibilidade de lesões a direitos fundamentais individuais, como por exemplo: os conflitos entre as liberdades religiosas, de residência, de associação ou direitos personalíssimos, como integridade física, intimidade, imagem, entre outros.

Assim, os ramos jurídicos se utilizam de “discriminações positivas” de forma a criar mecanismos para equilibrar a relação jurídica, tais como a presunção a favor do hipossuficiente ou a inversão do ônus da prova em desfavor do empregador, por exemplo.

Nesse sentido, a Constituição apresenta em diversos artigos a inclinação do legislador para a garantia de direitos dos hipossuficientes, tais como, os empregados na relação de emprego e o consumidor na relação de consumo, de forma a propiciar o exercício da democracia nas relações privadas entre desiguais.

É importante lembrar que embora incidam sobre as relações de emprego normas cogentes, de ordem pública, na realidade tratam-se de relações jurídicas privadas em que é ainda mais necessária a aplicação direta e imediata dos direitos individuais fundamentais, diante da desigualdade fática entre as partes.

Cumprir observar que não se está aqui a se defender a aplicação absoluta e irrestrita dos direitos fundamentais nas relações privadas, o que não ocorre nem mesmo quando se trata da eficácia destes em face do Estado.

A autonomia da vontade, na realidade, é um direito fundamental estando no mesmo plano dos direitos à intimidade, à privacidade, à liberdade de crença e religião.

Portanto, diante de uma relação jurídica desigual, em que estejam em aparente colisão a autonomia privada de uma das partes e outros direitos fundamentais, deverá ser utilizado o princípio da proporcionalidade, com base na fórmula da ponderação de interesses, para que seja possível chegar à solução do impasse.

1.6 Dimensões objetiva e subjetiva dos direitos fundamentais

O movimento de construção de constituições esculpidas em valores que irão orientar a ordem jurídica estatal e a sociedade determina que as escolhas valorativas imprimidas nos direitos fundamentais devem orientar a ação, não somente do Estado, mas também de toda a sociedade.

A partir desse processo, reconhece-se aos direitos fundamentais uma dupla dimensão, ou seja, ao mesmo tempo em que asseguram posições subjetivas dos indivíduos em face do Estado, veiculam uma ordem objetiva de valores, que deverá comandar a vida social e as ações dos poderes públicos.

A dimensão subjetiva dos direitos fundamentais corresponderia à sua compreensão como fonte de posições subjetivas de vantagens, enquanto faculdades e poderes atribuídos aos seus titulares.

Já a dimensão objetiva consiste nos efeitos jurídicos resultantes do reconhecimento de tais direitos como valores fundamentais e constitutivos da ordem jurídica.

As normas consagradoras de direitos fundamentais afirmam valores, os quais incidem sobre a totalidade do ordenamento jurídico e servem para iluminar as tarefas dos órgãos judiciários, legislativos e executivos, apresentando uma eficácia irradiante sobre toda a ordem jurídica.

A Constituição Federal de 1988 dispõe que a República Federativa do Brasil tem como um dos seus fundamentos a busca da redução das desigualdades sociais e da construção de uma sociedade justa e solidária.

Assim, só existirá efetivamente autonomia privada quando o agente tiver mínimas condições materiais de liberdade, o que não ocorre na maioria dos casos, em que a manifesta desigualdade entre as partes obsta, de fato, o exercício dessa autonomia.

Pois bem, o fato dos juízes aplicarem normas instituídas pelo legislador infraconstitucional não significa que, quando inexistir regra ordinária específica tratando da matéria, o juiz não possa se valer diretamente das normas constitucionais para solucionar o caso concreto posto a seu exame.

A aplicação imediata dos direitos fundamentais individuais nas relações privadas, sobretudo as assimétricas, faticamente desiguais, é extremamente necessária, pois sem dúvida, o sujeito hipossuficiente de uma relação privada possui direitos fundamentais que devem ser preservados em maior ou menor grau, em observância ao princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, que pode ser de fato limitado ou ameaçado pelo maior poder e pelo abuso do exercício da autonomia privada da outra parte.

Como visto, a Constituição possui normas objetivas, cujo efeito de irradiação atinge as leis infraconstitucionais pelos valores consubstanciados nos direitos fundamentais.

Assim, a força jurídica dos preceitos constitucionais se afirma, perante os particulares, por meio de princípios e regras de direito privado.

Os princípios constitucionais servem para auxiliar e mediar a interpretação das cláusulas gerais e conceitos indeterminados suscetíveis de concretização, desde que sempre dentro das linhas do direito privado.

Assim a eficácia direta dos direitos fundamentais visa assegurar o respeito ao núcleo desses direitos.

A proteção dispensada à autonomia privada e a incidência das normas jusfundamentais nas relações privadas impõe o equacionamento do caso através de

uma ponderação de interesses, na qual um dos fatores que deverá ser necessariamente considerado é a maior ou menor desigualdade entre as partes.

Quanto maior o desequilíbrio, mais intensa será a eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares.

E para ajustar essa relação desequilibrada, aplicando a eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas, principalmente quando há o conflito entre direitos fundamentais, o judiciário é acionado para equacionar de forma adequada ponderando os direitos em litígio, tendo como uma das principais e mais importante ferramenta a relativização desses direitos.

1.7 Relativização dos direitos fundamentais

O último ponto relevante que deverá servir de parâmetro para a aplicação dos direitos fundamentais é o eventual conflito de direitos fundamentais.

No caso em tela diante do tema em estudo e apenas a título de exemplo poderia haver um conflito entre o direito à propriedade e o direito ao trabalho correlacionado ao princípio da função social da propriedade.

O exemplo é dado apenas para teorizar, pois o objetivo do presente tópico é apenas demonstrar qual o mecanismo deve ser utilizado para solucionar ou amenizar um conflito entre os direitos fundamentais.

Ao contrário do que muitos pensam, nenhum direito é absoluto, assim denominar um direito absoluto é uma contradição em seus próprios termos.

Isso ocorre também com os direitos fundamentais, mesmo sendo básicos, não são absolutos, na medida em que podem entrar em conflito entre si e, nesse caso, não se pode estabelecer a priori qual direito “vale mais” no conflito, podendo pois, ser relativizados.

“OS DIREITOS E GARANTIAS INDIVIDUAIS NÃO TÊM CARÁTER ABSOLUTO. Não há, no sistema constitucional brasileiro, direitos ou garantias que se revistam de caráter absoluto, mesmo porque razões de relevante interesse público ou exigências derivadas do princípio de

convivência das liberdades legitimam, ainda que excepcionalmente, a adoção, por parte dos órgãos estatais, de medidas restritivas das prerrogativas individuais ou coletivas, desde que respeitados os termos estabelecidos pela própria Constituição. O estatuto constitucional das liberdades públicas, ao delinear o regime jurídico a que estas estão sujeitas - e considerado o substrato ético que as informa - permite que sobre elas incidam limitações de ordem jurídica, destinadas, de um lado, a proteger a integridade do interesse social e, de outro, a assegurar a coexistência harmoniosa das liberdades, pois nenhum direito ou garantia pode ser exercido em detrimento da ordem pública ou com desrespeito aos direitos e garantias de terceiros.”¹⁴

Insta salientar que as limitações que os direitos fundamentais podem eventualmente sofrer não são ilimitadas, ou seja, não se pode limitar, os direitos fundamentais além do estritamente necessário.

A restrição aos direitos fundamentais só é admitida quando compatível com os ditames constitucionais e quando respeitados os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.

Em resumo, a limitação de direitos fundamentais deve ser adequada à produzir a proteção do bem jurídico, por cujo motivo ela é efetuada, salvo se um meio mais ameno bastar, devendo pois, ser proporcional em sentido restrito, guardando a relação adequada com o peso e o significado do direito fundamental.

Apenas a título de esclarecimento, o princípio da proporcionalidade que se subdivide nos subprincípios da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito e esses subprincípios são os parâmetros de controle das restrições levadas a cabo pelo Estado em relação aos direitos fundamentais dos cidadãos.

Como exposto os direitos fundamentais podem entrar em conflito uns com outros e nesses conflitos, não se pode estabelecer abstratamente qual o direito que deve prevalecer, deve ser analisado o caso concreto e assim é que será possível, com base no critério da proporcionalidade, definir qual direito deve prevalecer, mas

¹⁴ STF, Pleno, RMS 23.452/RJ, Relator Ministro Celso de Mello, DJ de 12.05.2000.

com base na ponderação, para que se dê a máxima efetividade possível aos dois direitos em conflito, não devendo se sacrificar totalmente nenhum dos direitos.

Devem ser utilizados critérios de gradação e não de exclusão de possibilidades, posto que, ainda que em relações privadas onde os entes sejam iguais em termos de poder, a presença ou não de determinados elementos que conferem maior ou menor peso ao princípio da autonomia poderá implicar ou não a eficácia direta e imediata de direitos fundamentais.

A liberdade de um indivíduo em uma relação jurídica até determinado ponto, não poderá ser restringida pelos direitos fundamentais de outros indivíduos, ou vice e versa.

O último ponto relevante que deverá servir de parâmetro para a aplicação dos direitos fundamentais é a maior ou menor proximidade da esfera pública da relação jurídica entre os particulares.

Quanto menor essa distância, maior a possibilidade de um direito fundamental vir a prevalecer sobre a autonomia privada.

E nesses conflitos de direitos sociais demandam o estudo de parâmetros como a “reserva do possível” e o “mínimo razoável”.

A expressão reserva do possível surgiu na Alemanha, mas é muito utilizada no Brasil.

A expressão significa que cabe o legislador decidir se será ou não possível a efetivação de determinados direitos.

Devemos ver que quando se fala em direitos sociais, entra-se muito em questões ideológicas, ninguém é contrário a que os mais necessitados tenham acesso aos direitos.

A questão é que no que diz respeito ao direito social não adianta simplesmente dizer que porque o direito está na Constituição ele tem que ser implementado, porque se não se estabelecer os critérios, ao invés de garantir que os direitos sejam fruídos na prática, eles acabariam sendo inviabilizados, já que o Estado não tem como fornecer todos os direitos a todos na sua plenitude, em razão das limitações orçamentárias existentes.

Mínimo existencial também surgiu na Alemanha, como sendo o conjunto de bens e utilidades indispensáveis a uma vida digna.

Não é o máximo desejado, é o mínimo existencial. O mínimo de existência nada mais é do que um subgrupo menor dentro dos direitos sociais, sempre objetivando a justiça social esculpida no *caput* do art. 170 da CF.¹⁵

Enfim, como veremos mais adiante, o direito ao lazer é um direito fundamental social e o dever de proporcionar e garantir tal direito é a *priori* do Estado.

Mas não é só dele, é um dever também da empresa, diante de sua função social, assim diante da ausência do Estado, não pode a empresa confrontar seu direito a propriedade (como direito fundamental) para se eximir desse dever de garantir o direito ao lazer (outro direito fundamental) ao seu funcionário.

Assim num conflito desses direitos num eventual litígio, caberá ao judiciário ponderar pelos princípios acima expostos e relativizar os direitos fundamentais no sentido de que sejam ambos os direitos garantidos, mas sem causar o prejuízo ao direito social, pois os direitos sociais não podem ser reduzidos ou diminuídos, diante do princípio da vedação ao não retrocesso social.

1.8 Vedação ao não retrocesso social

Importante se fazer menção ao princípio da vedação ao não retrocesso social, pois, como o próprio nome declina, está diretamente ligado aos direitos fundamentais sociais.

Como já explorado, os direitos sociais concretizam-se no indivíduo em dimensão objetiva, envolvendo o concurso do Estado e da Sociedade, e não interpretar dessa forma, significaria ferir de morte os fundamentos e princípios do

¹⁵ Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

Estado Democrático de Direito, relegando o princípio da dignidade humana à condição de mera abstração.¹⁶

A ideia principiológica dos direitos fundamentais notadamente dos direitos sociais, diante do Estado Democrático de Direito nos leva a dizer que no que se refere aos direitos sociais, que apesar de não ser absoluto e poder ser relativizado, uma vez obtido um determinado grau de realização, passam a constituir, simultaneamente, uma garantia institucional e um direito subjetivo.

E o princípio em análise limita a reversão, a redução e a diminuição dos direitos adquiridos pela clara violação do princípio da proteção da confiança e da segurança jurídica dos cidadãos no âmbito social e ainda a violação ao núcleo essencial ao respeito pela dignidade da pessoa humana.

A preservação dos direitos fundamentais sociais deve certamente preservar as conquistas existentes, tanto pela concretização normativa como pelos novos posicionamentos jurisprudenciais.

Desta maneira, a vedação ao não retrocesso é um direito subjetivo negativo, no sentido de que é possível impugnar judicialmente toda e qualquer medida que se encontre em conflito com os direitos fundamentais sociais e que venha subtrair o grau de concretização anterior que lhe foi outorgado pelo legislador.

“A vedação do retrocesso, por fim, é uma derivação da eficácia negativa, particularmente ligada aos princípios que envolvem os direitos fundamentais. Ela pressupõe que esses princípios sejam concretizados através de normas infraconstitucionais e que, com base no direito constitucional em vigor, um dos efeitos gerais pretendidos por tais princípios é a progressiva ampliação dos direitos fundamentais. Partindo desses pressupostos, o que a vedação do retrocesso propõe se possa exigir do Judiciário é a invalidade da revogação de normas que, regulamentando o princípio, concedem ou ampliam direitos fundamentais, sem que a revogação em questão seja acompanhada de uma política substitutiva ou equivalente. Isto é: a invalidade, por inconstitucionalidade, ocorre quando se revoga uma

¹⁶ BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Ed. Malheiros. 2013 28 edição. p.642.

norma infraconstitucional concessiva de um direito, deixando um vazio em seu lugar. Não se trata, é bom observar, da substituição de uma forma de atingir o fim constitucional por outra, que se entenda mais apropriada. A questão que se põe é a da revogação pura e simples da norma infraconstitucional, pela qual o legislador esvazia o comando constitucional, exatamente como se dispusesse contra ele diretamente.”¹⁷

Essas conquistas realizadas tanto através de normas constitucionais como pela via infraconstitucional, fazem com que os direitos fundamentais sejam concretizados, e que sempre avancem, não seja admitido o seu retrocesso.

A inclusão de tal proibição na ordem jurídica deu-se para impedir a violação do núcleo essencial da Constituição, e, por conseqüência, a supressão de normas de justiça social.

A vedação de retrocesso social na ordem democrática, especialmente em matéria de direitos fundamentais sociais, pretende evitar que o legislador infraconstitucional venha a negar (no todo ou em parte) a essência da norma constitucional que buscou tutelar e concretizar um direito social resguardado em seu texto.

Sobre o princípio da vedação ao não retrocesso social, podemos dispor em poucas linhas que os direitos sociais, em razão de sua textura aberta, precisam ser concretizados e quando o direito social o é, essa concretização, por ser necessária para a definição do próprio conteúdo do direito, passa a fazer parte do conteúdo do próprio direito.

Essa vedação é abstraída dos princípios da segurança jurídica, da dignidade da pessoa humana, da máxima efetividade (art. 5º, §1º, CF), e do Estado Democrático e Social de Direito.

¹⁷ .BARCELLOS, Ana Paula de. A Nova Interpretação Constitucional. Ponderação, Direitos Fundamentais e Relações Privadas. 3 ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p.370

Assim, pontua Paulo Bonavides:

"Só a hermenêutica constitucional dos direitos fundamentais em harmonia com os postulados do Estado Social e democrático de direito pode iluminar e guiar a reflexão do jurista para a resposta alternativa acima esboçada, que tem por si a base de legitimidade haurida na tábua dos princípios gravados na própria Constituição (arts. 1º, 3º e 170) e que, conforme vimos, fazem irrecusavelmente inconstitucional toda inteligência restritiva da locução jurídica 'direitos e garantias individuais' (art. 60, 4º, IV), a qual não pode, assim, servir de argumento, nem de esteio à exclusão dos direitos sociais." ¹⁸

Importante salientar que o Brasil também se comprometeu em sede de normas internacionais, a não retroceder em relação a direitos sociais.

Este princípio foi expressamente acolhido pelo ordenamento jurídico brasileiro através do Pacto de São José da Costa Rica e caracteriza-se pela impossibilidade de redução dos direitos sociais amparados na Constituição, garantindo ao cidadão o acúmulo de patrimônio jurídico.

É o que dispõe também o art. 26 da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica), aprovada no Brasil pelo Decreto Legislativo n. 27, de 25.9.92, e promulgada pelo Decreto n. 678, de 6.11.92 e nos mesmos moldes, segue o art. 1º do Protocolo Adicional à Convenção Americana de Direitos Humanos (Protocolo de San Salvador). ¹⁹

Assim temos que o Brasil está adstrito ao princípio do não retrocesso social, consubstanciando o direito do cidadão frente ações contrárias às garantias sociais já estipuladas.

Imperativo, portanto, reconhecer que os direitos fundamentais sociais são protegidos contra qualquer forma de abolição.

¹⁸ BONAVIDES, Paulo. Op. cit. p 641.

¹⁹ NETO, Silvio Beltram Elli. A flexibilização do Direito do Trabalho sob o enfoque constitucional. Revista LTr. 71-11/1325-1333. São Paulo: Ed. Ltr. 2007. p. 1326.

O mesmo se aplica com relação à redução das desigualdades sociais, princípio da Ordem Econômica e fundamento da República, como dispõe o art. 3º da CF.²⁰

Mesmo que se relegue ao Estado o papel de distribuidor de riquezas nacionais, este, por si só, não consegue mais atingir, a contento, todos os direitos sociais e, dessa forma, imprescindível a participação da livre iniciativa para a busca do crescimento da sociedade, mas com a exigência de que, no exercício da atividade, a utilidade comum se sobreponha à utilidade individual e a empresa se dirija para o atendimento do valor da ordem econômica social, ou seja, a responsabilidade sobre os direitos sociais é de todos, não só do Estado.

Porém a responsabilidade social da empresa fez embasada em outros princípios constitucionais, assim para entendermos exatamente a responsabilidade social da empresa frente os direitos fundamentais sociais, importante apontarmos os fatores principiológicos dessa responsabilidade.

²⁰ Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;

II - garantir o desenvolvimento nacional;

III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;

IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Capítulo 2 VALOR SOCIAL DO TRABALHO, LIVRE INICIATIVA E A FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE.

Para tratarmos efetivamente da responsabilidade social da empresa, necessário se faz esmiuçar esses quatro princípios, Valor Social do Trabalho, A Livre Iniciativa e a Função Social da Propriedade, que se encontram estabelecidos na nossa Constituição em seu artigo 1º, inciso IV²¹, artigo 5º, XXIII, XXIII ²²e artigo 170,III²³.

2.1 Do valor social do trabalho

O valor social do trabalho está em destaque em vários artigos do texto Constitucional, diante da constitucionalização dos direitos do trabalhador, bem como pela sua inserção como mola propulsora da economia e assim como a dignidade da pessoa humana, possui valor fundamental da ordem constitucional, nos levando à conclusão de que a dignidade do trabalhador deverá sempre ser respeitada.

O princípio do valor social do trabalho, visa assegurar a todos, a valorização do trabalho humano tanto no âmbito da realização individual, quanto na formação dos valores sociais através da construção de uma sociedade mais livre, justa, e solidária, com o intuito de se obter o desenvolvimento nacional; a erradicação da pobreza e da marginalização, bem como a redução das desigualdades sociais e regionais e, por óbvio, a dignidade dos homens.

²¹ Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: (...) IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;(…)

²² Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...) XXII - é garantido o direito de propriedade; XXIII - a propriedade atenderá a sua função social; (…)

²³ Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: I- (...) III - função social da propriedade; (…)"

O termo “valor” em seu aspecto jurídico constitucional é aquilo que é “bom”, “justo”, “ideal”, ou seja, aquilo que deve ser, que se busca alcançar.

Insta salientar que o princípio da dignidade da pessoa humana, que é um dos valores fundamentais da República, como já exposto, está intimamente ligado ao princípio da valorização do trabalho.

Temos pois, que o valor social do trabalho é em sua essência, a busca do pleno emprego e do livre exercício de qualquer trabalho de forma digna, para o ser humano, em ultima análise, alcance a cidadania em sua plenitude .

Os preceitos sociais foram expandidos nas legislações nacionais e se constitucionalizaram, com fulcro na real e efetiva justiça social, relacionando os direitos trabalhistas à justiça distributiva.

Pelo trabalho o homem realiza a sua própria existência e é por meio do trabalho que o homem garante seu sustento, protege personalidade.

A CF/88 prima pela valorização e proteção do trabalho, tanto que coloca o valor social do trabalho como já exposto, como um dos princípios fundantes da República Federativa do Brasil (art. 1º, inciso IV), da sua Ordem Econômica (art. 170) e da Ordem Social (art. 193).²⁴

Não se trata da opção do constituinte pelo socialismo, uma vez que ao lado do trabalho elegeu como princípio o valor da livre iniciativa, mas de uma opção por um capitalismo que dá prioridade aos valores do trabalho humano sobre todos os demais valores da economia de mercado.

Tratam-se, na realidade, de normas programáticas direcionadas para orientar a intervenção do Estado na economia, na ordem social e em todas as outras esferas a fim de fazer vingar os valores sociais do trabalho.

Busca, com isso, reconhecer o direito social ao trabalho como condição da efetividade da existência digna (fim da ordem econômica) e, pois, da dignidade da pessoa humana, fundamento, também, da República Federativa do Brasil.

²⁴ Art. 193. A ordem social tem como base o primado do trabalho, e como objetivo o bem-estar e a justiça sociais.

2.2 Livre iniciativa

A Constituição Federal garante através da livre iniciativa o exercício de qualquer atividade econômica, assim nenhum brasileiro deve ser impedido ou dificultado a instituir os negócios que pretendem empreender, a menos que estes violem as normas constitucionais.

O termo livre iniciativa possui conceito extremamente amplo, tanto que expressa, inicialmente a ideia de liberdade, mas não se trata de simples interpretação de liberdade, pois a livre iniciativa enseja uma compreensão de busca de melhores condições de vida (liberdade individual e liberdade social e econômica).

Daí surge, a ideia de livre iniciativa como qualificação da liberdade individual na esfera econômica, e é considerada como fundamento da República e como fundamento da Ordem Econômica, como se verifica no artigo 5º, incisos II, XIII, XXII e XXIII da CF.²⁵

Insta salientar ainda que a livre iniciativa não pode ser interpretada como princípio do capitalismo, pois se encontra intimamente ligado ao valor social do trabalho tendo-se a livre iniciativa como mais um meio de busca de dignidade humana.

Abordando o tema e fazendo detida análise sobre a liberdade de iniciativa como atributo inalienável do ser humano, Eros Grau, cita texto de Tércio Sampaio Ferraz Jr, elaborado em 1989, que se mantêm atual:

“Nestes termos, o art. 170, ao proclamar a livre iniciativa e a valorização do trabalho humano como fundamentos da ordem econômica está nelas reconhecendo a sua base, aquilo sobre o que ela se constrói, ao mesmo tempo sua *conditio per quam* e *conditio sine qua non*, os fatores sem os quais a ordem reconhecida deixa de sê-lo,

²⁵ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...) II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei; (...) XIII - é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer; (...) XXII - é garantido o direito de propriedade; XXIII - a propriedade atenderá a sua função social;(...)

passa a ser outra, diferente, constitucionalmente inaceitável. Particularmente a afirmação da livre iniciativa, que mais de perto nos interessa neste passo, ao ser estabelecida como fundamento, aponta para uma ordem econômica reconhecida então como contingente. Afirmar a livre iniciativa como base é reconhecer na liberdade um dos fatores estruturais da ordem, é afirmar a autonomia empreendedora do homem na conformação da atividade econômica, aceitando a sua intrínseca contingência e fragilidade; é preferir, assim, uma ordem aberta ao fracasso a uma 'estabilidade' supostamente certa e eficiente. Afirma-se, pois, que a estrutura da ordem está centrada na atividade das pessoas e dos grupos e não na atividade do Estado. Isto não significa, porém, uma ordem do '*laissez faire*', posto que a livre iniciativa se conjuga com a valorização do trabalho humano, mas a liberdade, como fundamento, pertence a ambos. Na iniciativa, em termos de liberdade negativa, da ausência de impedimentos e da expansão da própria criatividade. Na valorização do trabalho humano, em termos de liberdade positiva, de participação sem alienações na construção da riqueza econômica. Não há, pois, propriamente, um sentido absoluto e ilimitado na livre iniciativa, que por isso não exclui a atividade normativa e reguladora do Estado. Mas há ilimitação no sentido de principiar a atividade econômica, de espontaneidade humana na produção de algo novo, de começar algo que não estava antes. Esta espontaneidade, base da produção da riqueza, é o fator estrutural que não pode ser negado pelo Estado. Se, ao fazê-lo, o Estado a bloqueia e impede, não está intervindo, no sentido de normatizar e regular, mas está dirigindo e, com isso, substituindo-se a ela na estrutura fundamental do mercado."²⁶

Temos assim que a livre iniciativa deve permitir ao particular uma atuação livre e criativa, mas o Estado sempre poderá regular a atividade decorrente da livre iniciativa do particular.

²⁶ Ferraz Junior, Tércio Sampaio. A economia e o controle do Estado, parecer publicado no jornal O Estado de S. Paulo, p. 50, em 04.06.1989, Apud. Grau, Eros Roberto. A Ordem Econômica na Constituição de 1988, Ed, Malheiros, 5ª Ed., São Paulo, 2000, p.212

Contudo, referida liberdade na sua feição econômica e inserida no regime capitalista, recebe alguns contornos próprios do Estado Democrático de Direito a fim de permitir a existência digna de todos os integrantes da nação e promover o bem comum, com nítida preocupação com o bem-estar social, a busca do pleno emprego e a dignidade da pessoa humana.

Assim a liberdade de escolher o que fazer, ou não fazer, com a propriedade, encontra limites nos interesses sociais que norteiam a organização de todo o Estado Brasileiro, pois a livre iniciativa é permitida, porém de forma a atender o interesse social, prezando o trabalho e assegurando a justiça social.

ADI 1.950 (STF): "É certo que a ordem econômica na Constituição de 1.988 define opção por um sistema no qual joga um papel primordial a livre iniciativa. Essa circunstância não legitima, no entanto, a assertiva de que o Estado só intervirá na economia em situações excepcionais. Mais do que simples instrumento de governo, a nossa Constituição enuncia diretrizes, programas e fins a serem realizados pelo Estado e pela sociedade. Postula um plano de ação global normativo para o Estado e para a sociedade, informado pelos preceitos veiculados pelos seus artigos 1º, 3º e 170. A livre iniciativa é expressão de liberdade titulada não apenas pela empresa, mas também pelo trabalho. Por isso a Constituição, ao contemplá-la, cogita também da 'iniciativa do Estado'; não a privilegia, portanto, como bem pertinente apenas à empresa. Se de um lado a Constituição assegura a livre iniciativa, de outro determina ao Estado a adoção de todas as providências tendentes a garantir o efetivo exercício do direito à educação, à cultura e ao desporto [artigos 23, inciso V, 205, 208, 215 e 217, § 3º, da Constituição]. Na composição entre esses princípios e regras há de ser preservado o interesse da coletividade, interesse público primário. O direito ao acesso à cultura, ao esporte e ao lazer, são meios de complementar a formação dos estudantes."²⁷

²⁷ STF ADI 1.950, Rel. Min. Eros Grau, DJ 02/06/06.

Desse modo, o artigo 1º, inciso IV da Carta Magna, que aponta como um de seus fundamentos o valor social do trabalho e da livre iniciativa deve ser conjugado com o princípio da Ordem Econômica, previsto no já citado artigo 170 do texto constitucional.

Quando a Constituição, no mencionado artigo, aborda a propriedade privada, não está se referindo ao direito subjetivo de propriedade, mas da propriedade dos meios de produção, atrelada à noção de livre iniciativa, que significa a liberdade de escolher o que, quando, como, aonde e se produzir ou não.

Os ideais dos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, que são fundamentos da ordem econômica do país indicados pelo artigo 170 da Constituição Federal, constituem um fundamento social, como diz o artigo 193; sucinta que o Brasil adota o sistema capitalista, calcado na liberdade de empreendimento e propriedade, e atribui ao Estado dois papéis primordiais, quais sejam: a regulamentação do sistema econômico em concomitância com a valoração do trabalho, promovendo, portanto, a sua proteção, quer em relação ao empregador, quer em relação a mudanças econômico-sociais. Sabe-se que o trabalho confere ao homem a sua subsistência e o crescimento do país, prevendo a Constituição Federal, em diversas passagens, a liberdade, o respeito e a dignidade ao trabalhador.

Os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa interligam relações com diversos setores, como o Direito do Trabalho, Civil, Comercial, Econômico e Penal, uma vez que tais relações de trabalho são altamente complexas, estabelecidas entre o capital e o trabalho, mas de interesse público, especialmente quando se trata de uma norma de proteção ao trabalhador.

Em um Estado Democrático de Direito a liberdade de atividade empresarial e a propriedade não são direitos autônomos e absolutos, pois há presença da função social da empresa que é promover a igualdade e a justiça social.

No caso dos valores sociais e da livre iniciativa percebe-se claramente a democracia social, embora o nosso texto constitucional seja um texto com abertura capitalista como sistema de produção, ele não se esquece de valorar o lado social, mormente do trabalhador, trabalhador subordinado e o autônomo porque o trabalho

dignifica a pessoa e a insere no conceito de cidadão, participativo do crescimento do Estado e da sociedade.

Importante frisar finalmente a questão relativa a um conflito desses princípios, posto que em tese, o valor do trabalho poderia ser colidente com o valor da livre iniciativa.

No entanto, cabe ao intérprete e ao aplicador do direito conciliar e em casos concretos buscar aquele valor que melhor se adapta ao bem comum e atende ao princípio da dignidade da pessoa humana.

2.3 Direito a propriedade e sua função social

Ainda em seu art.170, quando trata da ordem econômica e elege seus princípios, a CF, destaca a propriedade privada e, sucessivamente, a função social da propriedade como princípios da ordem econômica.

Mais claramente temos que o texto constitucional positivou a união indissociável entre a propriedade e a sua função social, ao arrolar o direito de propriedade dentre os direitos e garantias individuais fundamentais, logo em seguida agrega a função social (art. 5º, inc. XXII e XXIII):

2.3.1 Direito à propriedade

O ordenamento jurídico brasileiro assegura a todos o direito de propriedade, é um direito individual, conforme preceitua o art. 5º, XXII, que é garantido o direito de propriedade.

Mas é feita uma ressalva, que esta deve atender a função social, possuindo esta o caráter de dever coletivo, estando assim o direito de propriedade garantido se sua função social for cumprida, conforme o próprio art.5º,XXIII - a propriedade atenderá a sua função social.

Em duas oportunidades o constituinte de 1988 dispôs sobre ele: como garantia fundamental e inviolável do indivíduo (art. 5º, caput, in fine, e incisos XXII e XXIII) e como princípio geral da ordem econômica (art. 170, II e III).

O regime da propriedade, aliás, denota a própria natureza do sistema econômico.

Ou seja, ao se reconhecer o direito de propriedade privada, se ela é um princípio da ordem econômica, disso decorre, só por si, que se adotou um sistema econômico fundado na iniciativa privada.

A Constituição ao declarar a propriedade privada e a sua função social como princípios da ordem econômica pretendeu demonstrar que, embora também prevista entre os direitos individuais, esse princípio não poderá ser considerado puro direito individual, nem como mera instituição de direito privado, relativizando-se seu conceito e significado, especialmente porque os princípios da ordem econômica são preordenados à realização de seu fim: assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social.

Importante salientar que a função social da propriedade não se confunde com os sistemas de limitação da propriedade. Estes dizem respeito ao exercício do direito ao proprietário; aquela, à estrutura do direito mesmo, à propriedade.

Limitações, obrigações e ônus são externos ao direito de propriedade, vinculando simplesmente a atividade do proprietário, interferindo tão somente com o exercício do direito, e se explicam pela simples atuação do poder de polícia.

A propriedade deverá, de acordo com os ditames constitucionais, ser exercida observando-se para tanto um feixe de deveres que desencadeiam em uma preocupação social no exercício da atividade: a soberania nacional, a própria ou a de outrem propriedade privada, a função social da propriedade, a livre concorrência, a defesa do consumidor, a defesa do meio ambiente, a redução das desigualdades sociais e regionais e ainda a busca de propiciarem o pleno emprego.

Dessa forma, a todo poder emana um dever e assim, ao poder emanado constitucionalmente ao empreendedor de exercer livremente sua atividade emana o dever de utilizá-la em prol da Justiça Social, consubstanciada no sentido de assegurar a todos uma existência digna, moral e paritária.

A propriedade vista pelo ângulo do Direito Civil não é senão um direito subjetivo, consistente em assegurar a uma pessoa o monopólio de exploração de um determinado bem e de fazer valer esta faculdade contra todos que eventualmente queiram a ela se opor.

É, portanto, um bem inatacável, que autoriza o proprietário a usar, gozar, dispor, fluir e, ainda, negativamente, não a utilizar, se quiser.

Mas ainda assim em uma interpretação expansiva o artigo 1228 do Código Civil em seu parágrafo 1º²⁸, remete ao texto constitucional da função social, ao declinar sobre as finalidades econômicas e sociais e ainda em seu parágrafo segundo dispõe sobre a impossibilidade de prejudicar outrem (podendo ser aí entendido como, por exemplo, os trabalhadores e seus direitos constitucionais).

Mas sem dúvida o conceito constitucional de propriedade, é mais lato, que aquele que se serve o direito privado e o direito inatacável sobre a disposição e uso da propriedade foi mitigado, passando o proprietário a não mais ter, soberanamente, direito sobre seus bens.

A propriedade e o direito de usá-la e fluí-la, com o advento da Constituição, tornou-se um dever de uso, posto que não há, legalmente, como prevalecer o capricho e o egoísmo quando é perfeitamente possível compatibilizar a fruição individual ou não utilização da propriedade com o atendimento dos fins sociais.

Fica claro, portanto, que no uso da propriedade, o texto constitucional visou assegurar a propriedade privada propiciadora de gozo e fruição pelo seu titular mas que ela também seja geradora de utilidade coletivamente fruível e não somente para atendimento dos desejos dos proprietários, devendo ser, a propriedade privada, elo de bem estar e contribuição para o atendimento das necessidades básicas da coletividade.

A empresa hoje constitui um núcleo de múltiplas manifestações do direito de propriedade, produz bens, gera riqueza e estabelece, por meio dos negócios

²⁸ Art. 1.228. O proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha. § 1º O direito de propriedade deve ser exercido em consonância com as suas finalidades econômicas e sociais e de modo que sejam preservados, de conformidade com o estabelecido em lei especial, a flora, a fauna, as belezas naturais, o equilíbrio ecológico e o patrimônio histórico e artístico, bem como evitada a poluição do ar e das águas.

jurídicos, diversas relações de alienação da propriedade. Constrói, desse modo, um conjunto de obrigações jurídicas, interagindo com fornecedores, trabalhadores, consumidores e Estado e irradiando relações jurídicas de naturezas diversas pela sociedade.

Atualmente se reconhece a necessidade de mudanças significativas nesse quadro alarmante do ponto de vista econômico e social das sociedades, de modo que o alcance dos direitos fundamentais depende de ações não somente do Estado, mas, sobretudo, das organizações empresariais e dos indivíduos que, com mais autonomia, exercem sua responsabilidade social promovendo o desenvolvimento das sociedades onde estão inseridos.

É importante destacar que essa nova concepção não servirá para substituir o dever do Estado que é o investimento público, de modo que este não seja responsável pelo cumprimento de sua missão constitucional, porém introduzir novos parâmetros e recursos de práticas sociais, reconhecendo que esse Estado, embora necessário, não é suficiente para promover o desenvolvimento social de uma nação na contemporaneidade.

Desta forma, a propriedade exercerá sua função social quando bem explorada, quando não trouxer prejuízos ao bem estar social e à saúde dos confrontantes, dos trabalhadores dela, proprietários, e enfim, todos aqueles que dela dependam ou necessitam.

2.3.2 Função social da propriedade

De acordo com Nelson Rosendal²⁹, a expressão função social procede do latim “*functio*”, cujo significado é de cumprir algo ou desempenhar um dever ou uma atividade. Informa que:

“utilizamos o termo função pra exprimir a finalidade de um modelo jurídico, certo modo de operar um instituto, ou seja, o papel a ser cumprido por determinado ordenamento jurídico”³⁰

²⁹ ROSENVALD, Nelson, Direitos Reais. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007, 4ª ed. p.132

³⁰ ROSENVALD, Nelson, ob. Cit. p.132

Ele expõe ainda que a função social é um princípio inerente todo direito subjetivo:

“(…) no receituário liberal definia-se o direito subjetivo como o poder concedido pelo ordenamento ao indivíduo para a satisfação de seu interesse próprio”. “É um princípio que opera um corte vertical em todo sistema de direito privado. Ela se insere na própria estrutura de qualquer direito subjetivo para justificar a razão pela qual ele serve e qual papel desempenha”.³¹

E complementa:

“(…) a locução função social traduz o comportamento regular do proprietário, exigindo que ele atue numa dimensão na qual realize interesses sociais, sem a eliminação do direito privado do bem que lhe assegure as faculdades de uso, gozo e disposição”.³²

Enfim a função social penetra na própria estrutura e substancia direito subjetivo, traduzindo-se em uma necessidade de atuação promocional por parte do proprietário, pautada no estímulo na obrigação de fazer, com a finalidade de satisfazer, seus anseios econômicos sem aviltar as demandas coletivas, promovendo o desenvolvimento econômico social, para alcançar a justiça.

Em outras palavras, nos dizeres de Francisco Eduardo Loureiro, temos que:

“A função social é um poder-dever do proprietário de dar ao objeto da propriedade determinado destino, de vinculá-lo a certo objetivo de interesse coletivo. Não pode ser encarada como algo exterior à

³¹ ROSENVALD, Nelson, Ob.cit.p.133.

³² ROSENVALD, Nelson, ob cit. P.132

propriedade, mas como elemento integrante de sua própria estrutura.”³³

De forma mais sintética, para Bulos, “função social da propriedade é a destinação economicamente útil da mesma, em nome do interesse público.”³⁴

Parece-nos mais razoável e coerente adotar a posição majoritária para a qual a propriedade continua a ser um dos direitos individuais, limitado, contudo, a alguns condicionamentos de cunho social, igualmente previstos da Carta Magna e na legislação infraconstitucional. Desta feita, é indispensável considerar que ao lado dos direitos de usar, gozar, dispor e reivindicar estão diversos deveres que visam à proteção da coletividade.

Por fim, não se pode furtar o vínculo indissociável entre a propriedade e a coletividade, uma vez que, como dito anteriormente, é em razão desta última que se dá a existência da primeira.

Levando-se em consideração que a função social também impõe limites negativos e positivos, limitadores e impulsionadores em atenção ao direito de propriedade, que consiste em uma serie de encargos, ônus e estímulos que formam um complexo de recursos que remetem o proprietário a direcionar o bem as finalidades comuns sendo que qualquer atuação inferior ao patamar da função social será interpretada como abuso do direito de propriedade.

Temos então que, a função social é o princípio básico que incide no próprio conteúdo do direito de propriedade, somando-se a as faculdades de usar, gozar, dispor e reivindicar.

Pode-se dizer que a função social traduz o comportamento do proprietário, buscando deste uma atuação para realização de interesses sociais, não eliminando o direito privado e os direitos garantidos ao proprietário por este.

³³ LOUREIRO, Francisco Eduardo. Código Civil Comentado: doutrina e jurisprudência. 4ª ed. Barueri, SP: Manole, 2010

³⁴ BULOS, Uadi Lammêgo. Curso de Direito Constitucional. 3ª ed. São Paulo – Saraiva, 2009. p.472

Assim para que seja atingida a função social da propriedade, o proprietário tem que observar o papel produtivo a ser desempenhado pela propriedade, até o cumprimento da legislação social e trabalhista.

Acredita-se que o papel da função social da propriedade privada é fazer submeter o interesse social ao interesse coletivo, para o bem estar geral. E quando uma determinada propriedade não atende à função social, ela não pode ser tutelada pelo ordenamento jurídico.

A função social representa um freio na conduta antissocial em relação à propriedade, mas não retira todo o seu exercício, em outros termos, é uma reação contra os desperdícios de potencialidade.

O proprietário continua com as prerrogativas de usar, gozar, fruir, dispor e reivindicar a coisa. Ainda é o dono, embora esteja permanentemente submetido ao controle social sobre o seu comportamento enquanto detentor do senhorio sobre a coisa.

A propriedade, como já afirmado, continua sendo privada, sendo a função social, que não pode ser contrária ao direito mínimo, um instrumento de garantia dela.

“O princípio da função social nos leva a crer que a propriedade, para atender aos atuais anseios sociais, deve ser mais abrigo e menos exclusão, mais produção e menos especulação. O caráter estritamente patrimonialista com o qual ela foi historicamente encarada não se justifica mais, visto que a pessoa humana deve prevalecer sobre qualquer outro valor”³⁵

Com o reconhecimento expresso pela Constituição da República de 1988, no seu artigo 5º, inciso XXIII, do Princípio da Função Social da Propriedade, trouxe consigo também, uma nova visão com relação aos contratos, que passaram a ser regidos pelo Princípio da Função Social dos Contratos.

³⁵ MOESCH, Frederico Fernandes. O princípio da função social da propriedade e sua eficácia. Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 880, 30 nov. 2005. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/7645>>. Acesso em: 13 fev. 2014.

O caráter social da Constituição de 1988 mudou, assim, a visão do direito, do capital, da propriedade, consignando que todos deveriam trabalhar para o bem comum da sociedade.

Os estudiosos passaram a concentrar maior atenção nas funções sociais do contrato, do tributo, da cidade, da propriedade, da empresa, dentre outras, e do próprio Direito. Isso se deve ao fato de que todo Direito tem uma função social, porque sobre ele são sedimentados os objetivos e os anseios da sociedade.

Nesse contexto, o princípio da função social da empresa, deve ser entendido como decorrente do princípio constitucional da função social da propriedade, estando a ele intimamente ligado.

Assim, a função social da empresa deve ser entendida como o respeito aos direitos e interesses dos que se situam em torno das empresas.

Ressalte-se que, empresa deve ser entendida como atividade econômica organizada para a produção ou circulação de bens ou serviços. Portanto, não se confunde com o empresário, pessoa física ou jurídica que exerce a empresa, no primeiro caso como empresário individual; no segundo, organizado sob a forma de sociedade empresária.

Ademais, registre-se que, apesar de decorrente do princípio da função social da propriedade, o princípio da função social da empresa surgiu na legislação brasileira desde 1976, com a Lei das Sociedades Anônimas, a Lei. 6.404/76, encontrando-se expresso em seu artigo 154³⁶:

Com o advento do Código Civil em 2002, o princípio da função social da empresa também foi reforçado, pela aplicação ao direito empresarial dos princípios orientadores do aludido código.

A aplicação sistemática das regras do Código Civil permite, sem dúvida, estender o valor da função social para o exercício da atividade econômica, de maneira que o exercício da empresa, a liberdade de iniciativa e a livre concorrência

³⁶ “Art. 154: O administrador deve exercer as atribuições que a lei e o estatuto lhe conferem para lograr os fins e no interesse da companhia, satisfeitas as exigências do bem público e da função social da empresa”.

se conformem com os valores fundamentais do trabalho e da livre iniciativa, com base na função social do contrato, conforme art. 421 do CC/02³⁷.

A função social do contrato acentua a diretriz de sociabilidade do direito, e por identidade dialética guarda intimidade com o princípio da função social da propriedade previsto na Constituição Federal.

A moldura limitante do contrato tem o escopo de acautelar as desigualdades substanciais entre os contraentes, pois o negócio jurídico haverá de ser fixado em seu conteúdo, segundo a vontade das partes.

Mas esta vontade, todavia, apresenta-se auto-regrada em razão e nos limites da função social, princípio determinante e fundamental que, tendo origem na valoração da dignidade humana (Art. 1º da CF).

E da mesma forma estabelece o próprio Código Civil, em seu art. 187³⁸, ao declinar que comete ilícito e é responsável por tal ato, aquele que ultrapassa os limites do fim social.

Por sua função social, o contrato fica em condições de prestar relevantes serviços ao progresso social, desde que sobre as vontades individuais em confronto se assente o interesse coletivo, através de regras de ordem pública, inafastáveis por qualquer dos contratantes, com o propósito maior de evitar o predomínio do economicamente forte sobre o economicamente fraco.

Inclusive ao assegurar a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, garantindo assim o exercício da empresa, a Constituição Federal impõe o dever de observar a função social da propriedade, que quando ligada à livre iniciativa, se refere tanto aos bens e meios de produção, quanto aos bens, produtos e serviços resultantes da atividade econômica dirigida para o mercado.

Essa concepção transborda do texto constitucional, estende-se pelo Direito Civil e demais ramos do Direito do Trabalho e vai inspirar o legislador ordinário na construção do direito contemporâneo.

³⁷ Art. 421. A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato.

³⁸ Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

Um exemplo desses esforços é a Lei nº. 11.101/05, (Lei de Recuperação Judicial), que fundada nos princípios da preservação e da sociabilidade, prestigia principalmente, no regime de recuperação judicial, a manutenção do empreendimento, sempre que possível, visando assegurar o desenvolvimento econômico, reduzir o custo do crédito e, acima de tudo, proteger os postos de trabalho.

No direito do trabalho, o compromisso da empresa com a sociedade e com os trabalhadores encontra-se ainda mais acentuado, servindo como instrumento de política social.

O instituto da função social da empresa procura zelar no exercício da atividade empresarial, pela manutenção e geração de empregos e movimentação do mercado econômico, entre outros fatores.

A preservação da empresa, diante da sua função social, assumiu relevância tão grande no âmbito jurídico e empresarial, que está acima inclusive dos interesses dos sócios, os quais, conforme autorização trazida pelo Código Civil, podem ser afastados da sociedade, caso não estejam regendo suas atividades para a consecução da mencionada função social.

Assim, as empresas se constituem nas grandes impulsionadoras da economia de um país, em cujo processo se relaciona com seus trabalhadores, credores, consumidores, meio ambiente, comunidade, e Estado.

Partindo-se então do ponto de que quem tem poder, tem também responsabilidade na mesma proporção, não se pode olvidar que as empresas sejam também responsáveis, nas relações de trabalho, pela qualidade de vida, pela valorização da dignidade da pessoa humana, em ação conjunta com o Estado.

Logo, não se pode deixar de ponderar que toda empresa tem função social, tendo responsabilidade e deveres com seus trabalhadores com base dos princípios fundamentais sociais.

Ou seja, o empregado e o empregador são engrenagens da mesma máquina, e se uma delas, não possuir condições de “funcionar”, a máquina toda não funcionará, seja a engrenagem mais frágil (empregado) que não tem seus direitos garantidos pelo empregador, seja a engrenagem mais robusta (empresa), que não pode ser destruída, pois, sem ela a máquina social também não funcionará.

Afinal, se em algum momento não existir mais empregadores, também, não existirão empregados, e se não houverem empregados o empregador também não subsistirá.

Importante salientar que há uma conscientização, cada vez maior, de que os problemas sociais não são de responsabilidade única do Estado, ou de grupos isolados de pessoas ou instituições filantrópicas e que as dificuldades sociais, somente serão superadas ou efetivamente amenizadas, se forem constituídas, por exemplo, parcerias eficazes entre a atividade privada, o Estado.

Em resumo, a propriedade desempenhará sua função social quando, simultaneamente, favorecer o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores que nela exercem suas atividades laborais; mantiver níveis satisfatórios de produtividade; assegurar a conservação de recursos naturais; observar as justas relações de trabalho entre os que a possuem e os que trabalham; entre outros.

Isso significa que a função social da propriedade atua como fonte de imposição de comportamentos positivos, prestação de fazer, portanto, não é meramente de não fazer.

Então, como já exposto, quando falamos em função social pensamos em responsabilidade.

Desta forma, devem as empresas criar estratégias para orientação de suas ações não mais para a simples obtenção de lucros com o exercício de sua atividade ou uso de sua propriedade, mas sim, agir em consonância com as necessidades sociais, de modo que a empresa garanta, além do lucro e a satisfação do seu cliente, o bem estar da sociedade onde está inserida e essa é a essência e o espírito da Norma Constitucional vigente.

De forma clara Rogério Orrutea, citado por André Ramos Tavares declina:

“(...) em face do princípio da função social fica o proprietário jungido a observar desde o papel produtivo que deve ser desempenhado pela propriedade – passando pelo respeito à ecologia – até o cumprimento

da legislação social e trabalhista pertinente aos contratos de trabalho³⁹.”

Desta forma, a responsabilidade social resgata a função social da empresa, tendo por objetivo maior a promoção da qualidade nas relações de trabalho com práticas que respeitem as pessoas, a comunidade e o meio ambiente, para a construção de uma sociedade mais justa e qualitativamente melhor para o ser humano, com atividade mais condizente com os ditames sociais e legais hoje estabelecidos em nossa comunidade.

2.3.3 Poder diretivo da empresa

O papel desempenhado pelo empregador, se encontra claramente descrito no art. 2º da CLT⁴⁰.

Esta direção corresponde ao poder diretivo do empregador que não pode ser confundido com o direito potestativo, porque neste caso, temos a necessidade do empregador direcionar os trabalhos dentro da empresa e não, tão somente, o poder de mandar e desmandar no empregado.

Assim temos que *a priori*, a vontade da empresa é determinante, podendo servir-se da força de trabalho colocada à disposição por força do contrato.

Há três teorias que fundamentam a existência do poder diretivo do empregador, são elas: a teoria da propriedade privada, a teoria institucional e a teoria contratual.

A primeira teoria sustenta que o poder diretivo do empregador advém da sua condição de proprietário da empresa, tendo o poder de comandar porque é dono.

A segunda teoria, a institucional, atribui a existência do poder diretivo do empregador ao caráter político e social da empresa.

³⁹ TAVARES, André Ramos. Curso de Direito Constitucional. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 612

⁴⁰ Art. 2º. Considera-se empregador a empresa, individual ou coletiva que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviços.

A última teoria fundamenta a existência do poder diretivo do empregador no contrato de trabalho, donde emana a responsabilidade deste em organizar e disciplinar o trabalho prestado. Esta última é a teoria mais aceita nos dias atuais.

O poder diretivo embora inerente à atividade empresarial, não é ilimitado e absoluto, pois se o poder diretivo, conforme entende a doutrina dominante, emana do contrato de trabalho, ele deve atender à função social do contrato prevista no já mencionado art. 421 do Código Civil de 2002.

Ou seja, o empregado está protegido pelos direitos fundamentais, não só os de conteúdo trabalhista, como também os gerais que alcança todo e qualquer cidadão, garantindo o direito à intimidade, à imagem, à liberdade de crença, de expressão e de informação, constituindo-se, portanto, os direitos fundamentais, no limite ao exercício do poder diretivo pelo empregador.

E assim é inaceitável a exacerbação do poder diretivo e conseqüente, violação aos direitos fundamentais amparados pela Constituição Federal.

O contrato de trabalho não poderá constituir um título legitimador de recortes no exercício dos direitos fundamentais assegurados ao empregado como cidadão; essa condição não deverá ser afetada quando o empregado se insere no organismo empresarial, admitindo-se, apenas, que sejam modulados os direitos fundamentais na medida imprescindível do correto desenvolvimento da atividade produtiva.

Como visto a finalidade da empresa deve ser vista para além da obtenção de lucros, gerar empregos e fomentar a economia (finalidade econômica), pois como um ente social que desempenha importante papel na sociedade constitui-se em meio de inserção social e identificação pessoal do trabalhador, exercendo uma inegável função social.

Assim o poder diretivo é cercado por alguns limites, advindos basicamente do princípio da função social do contrato, sendo esse princípio decorrente de outro princípio, qual seja a função social da propriedade, restando claro que esse segundo princípio mencionado advém do princípio mor que é a dignidade da pessoa humana.

Ou seja, essa é basicamente a cadeia de princípios que levam à empresa a ter responsabilidades sociais.

CAPITULO 3 RESPONSABILIDADE SOCIAL DA EMPRESA

3.1 Aspecto histórico da responsabilidade social

A ideia de responsabilidade social nasceu no início do século XX, ganhando popularidade nos anos 70, na Europa, particularmente na França, Alemanha e Inglaterra.

No continente Americano os Estados Unidos foi o primeiro, no Brasil as primeiras manifestações neste sentido aconteceram ainda no final da década de 70.

A noção de responsabilidade social iniciou-se através de ações filantrópicas

Cumpra nos aqui fazer uma menção sobre o porquê de os milionários norte-americanos a praticar a filantropia.

Infelizmente não foi por um motivo tão nobre quanto se imagina.

Nos Estados Unidos há um imposto sobre patrimônio que pode alcançar uma taxa marginal de 55% acima de determinado valor deixado como herança para os seus descendentes.

Ou seja, quanto mais rico, maior será o percentual do tributo, porém as regras tributárias de lá, permitem deduções desse imposto, mediante doações.

No entanto, as doações que esses milionários fazem em vida para fundações são na verdade é uma promessa de doação futura chamada “Lifetime Legacies” e podem ser abatidas da parte tributável da herança e o ganho de capital que incide sobre essa parcela do patrimônio também terá deduções de imposto.

Ou seja, até a sua morte, o milionário doa, mas continua usufruindo de seu patrimônio “doador” e obtêm a isenção tributária em relação à herança.

Mas não devemos entender como imoral tal postura, muito pelo contrário, pois, assim se desenvolveu a cultura da filantropia empresarial, que hoje é tão preconizada.

A filantropia trata de um conjunto de ações de benemerência da empresa por meio de participações em campanhas isoladas ou doações aleatórias que faz a instituições sociais, enquanto o conceito de responsabilidade social possui uma

amplitude muito maior, tornando a empresa corresponsável, juntamente com o poder público, por seu desenvolvimento.

E foi assim, que diante do marketing que se desenvolveu sobre as ações filantrópicas das grandes empresas americanas e multinacionais, que se adotou aqui no Brasil, de forma um pouco deturpada em seu conceito, a chamada responsabilidade social.

Ela realmente tem auxiliado em muitos aspectos a sociedade brasileira, mas a utilização dessa responsabilidade social forma comercial fez com que se fugisse de sua verdadeira natureza jurídica.

No atual contexto econômico, com vistas mais ao social que à obtenção do lucro, igualmente com as mudanças dos paradigmas da sociedade e o aumento da preocupação das pessoas com o bem estar pessoal e da coletividade, as empresas tem que se preocupar não só com a filantropia, mas com a função social que possui de atender que são atingidos em vida social diretamente por ela, principalmente seus funcionários.

A responsabilidade social exige da empresa uma gestão efetiva da sua força de trabalho, do ambiente de trabalho, da qualidade de vida da sociedade e dos trabalhadores.

3.2 Conceituação de responsabilidade social.

Existem várias conceituações de Responsabilidade Social Empresarial, e a grande maioria foge por completo de sua essência e do campo jurídico normativo, utilizando-se de termos apenas mercadológicos.

Aqui se faz uma crítica, pois muitas empresas hoje buscam a responsabilidade social com um objetivo equivocado, de aumentar seus lucros, e por conta disso se dizem responsáveis socialmente como uma decisão própria e filantrópica, quando na realidade se trata de uma obrigação legal.

Falam do meio ambiente do eco sistema e de filantropia, como se fosse uma escolha delas de assim proceder, quando na verdade o texto constitucional

determina essa responsabilidade a qual inclusive é muito mais ampla do que a hoje em dia propagada.

Souto Maior, conceitua de forma magistral a responsabilidade social:

“A responsabilidade social, tão em moda, não pode ser vista apenas como uma “jogada” de marketing, como se a solidariedade fosse um favor, um ato benevolência. Na ordem jurídica do Estado Social as empresas têm obrigações de natureza social em razão de o próprio sistema lhes permitir a busca de lucros mediante a exploração do trabalho alheio. Os limites dessa exploração, para preservação da dignidade humana do trabalhador, respeito a outros valores humanos da vida em sociedade e favorecimento da melhoria da condição econômica do trabalhador, com os custos sociais consequentes, fixam a essência do modelo de sociedade que a humanidade pós-guerra resolveu seguir e do qual a Constituição brasileira de 1988 não se desvinculou, como visto.”⁴¹

Assim, o conceito de responsabilidade social empresarial associa-se ao fato de que uma organização é responsável pelos impactos que suas práticas e ações produzem, tanto externamente quanto e principalmente internamente.

Responsabilidade Social diz respeito ao cumprimento dos deveres e obrigações dos indivíduos e empresas para com a sociedade em geral.

Este conceito se fundamenta como já visto, no princípio constitucional da função social da empresa que decorre da interpretação da função social da propriedade, no esteio do art. 170 da Constituição Federal.

“O art. 170 da Constituição brasileira é claro ao estipular que “a ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social”, observados, dentre outros, os princípios da

⁴¹ MAIOR, Jorge Luiz Souto. ob cit.p.1317.

função social da propriedade (inciso III) e da busca do pleno emprego (inciso VIII)⁴²

Desta forma temos que a empresa possui responsabilidade social, que é baseada em princípios e fundamentos constitucionais.

Dessa forma, a responsabilidade social deve ir além de uma campanha filantrópica ou de apoio, mas deve transparecer seus valores, seus princípios em prol do bem estar da sociedade e a possibilidade de crescer para proporcionar a todos a que se relaciona a existência digna.

3.3 Responsabilidade social da empresa e os direitos à saúde e lazer

Como anteriormente exposto os direitos fundamentais possuem eficácia horizontal e imediata.

A Constituição Federal dispõe do artigo 6º ao artigo 11 os direitos sociais fundamentais, sendo que no artigo 7º expressamente apresenta os direitos fundamentais sociais individuais do trabalhador e do artigo 8º ao 11, os direitos coletivos.

O artigo 6º declina os direitos sociais de todos os cidadãos sem qualquer distinção e esses direitos serão o foco de nosso estudo a partir desse momento, sob a ótica da relação de trabalho.

O citado artigo 6º se refere de maneira bastante genérica aos direitos sociais por excelência, como o direito a saúde, ao trabalho, ao lazer entre outros.

Partindo desse pressuposto os direitos sociais buscam a qualidade de vida dos indivíduos, no entanto apesar de estarem interligados faz-se necessário, ressaltar e distinguir as diferenças entre direitos sociais e direitos individuais.

Portando os direitos sociais, como dimensão dos direitos fundamentais do homem, são prestações positivas proporcionadas pelo Estado direta ou indiretamente, enunciadas em normas constitucionais, que possibilitam melhores

⁴² MAIOR, Jorge Luiz Souto. ob cit..p.1316.

condições de vida aos mais fracos, direitos que tendem a realizar a equalização de situações sociais desiguais, são, portanto, direitos que se ligam ao direito de igualdade.

Na sua grande maioria, os direitos sociais dependem de uma atuação do Estado, razão pela qual grande parte dessas normas é de eficácia limitada. Ainda, valem como pressupostos do gozo dos direitos individuais na medida em que cria condições materiais mais propícias ao aferimento da igualdade real, o que, por sua vez, proporciona condição mais compatível com o exercício efetivo da liberdade.

Os direitos individuais do trabalhados estão apresentados nos artigos 7º e seguintes e sua implementação pelas empresas é obrigatória diante da relação de trabalho e emprego.

Lógico que não estamos aqui falando de uma responsabilidade social filantrópica unicamente, mas sim de situações da relação de emprego, nas quais tais direitos devem ser cumpridos e obedecidos.

Não se trata também de responsabilidade civil por danos causados pelo não cumprimento dos direitos fundamentais, essa é a consequência judicial da “irresponsabilidade social” da empresa.

Como podemos observar os direitos declinados no artigo 6º são apresentados também no artigo 7º em alguns de seus incisos.

Para uma melhor visualização vejamos alguns incisos do art. 7º que partem dos direitos sociais do art.6º⁴³.

De forma mais ampla o inciso IV do art. 7º atende quase todos os direitos sociais do art.6º:

“IV - salário mínimo, fixado em lei, nacionalmente unificado, capaz de atender a suas necessidades vitais básicas e às de sua família com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social, com reajustes periódicos que lhe

⁴³ Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

preservem o poder aquisitivo, sendo vedada sua vinculação para qualquer fim;”

O inciso I do art. 7º, embarca o direito social do “trabalho” mencionado no art. 6º:

“I - relação de emprego protegida contra despedida arbitrária ou sem justa causa, nos termos de lei complementar, que preverá indenização compensatória, dentre outros direitos;”

Já os incisos XIII, XV, XVII do art.7º, dizem respeito aos direitos sociais do “lazer” e da “saúde” do art. 6º:

XIII - duração do trabalho normal não superior a oito horas diárias e quarenta e quatro semanais, facultada a compensação de horários e a redução da jornada, mediante acordo ou convenção coletiva de trabalho;

XV - repouso semanal remunerado, preferencialmente aos domingos;

XVII - gozo de férias anuais remuneradas com, pelo menos, um terço a mais do que o salário normal;

Os incisos XVIII, XXV e XXXIII do art.7º fazem relação aos direitos sociais do art. 6º da “proteção à maternidade e à infância”:

XVIII - licença à gestante, sem prejuízo do emprego e do salário, com a duração de cento e vinte dias;

XXV - assistência gratuita aos filhos e dependentes desde o nascimento até 5 (cinco) anos de idade em creches e pré-escolas;

XXXIII - proibição de trabalho noturno, perigoso ou insalubre a menores de dezoito e de qualquer trabalho a menores de dezesseis anos, salvo na condição de aprendiz, a partir de quatorze anos.

Os incisos XXII e XXIII do art.7º dizem respeito ao direito social da “saúde”, podendo inclusive em uma análise interpretativa, se entender que os referidos incisos abarcam conjuntamente com o direito social da “saúde”, também o direito social da “segurança” essa entendida como segurança no ambiente de trabalho:

XXII - redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança;

XXIII - adicional de remuneração para as atividades penosas, insalubres ou perigosas, na forma da lei;

Finalmente os incisos XXX e XXXi dizem respeito ao direito social de a assistência aos desamparados, no que tange à preocupação existente em relação ao desamparado seja pela cor, idade, seja por portar alguma deficiência.

XXX - proibição de diferença de salários, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil;

XXXI - proibição de qualquer discriminação no tocante a salário e critérios de admissão do trabalhador portador de deficiência;

Pois bem, como podemos observar por esses exemplos a implementação dos direitos apresentados no artigo 6º a princípio seria de responsabilidade do Estado, mas a empresa diante de sua função social, também deve implementá-los, conforme disposto no próprio art. 7º.

A partir deste tópico iremos apontar a responsabilidade empresarial em relação a alguns dos direitos fundamentais declinados no artigo 6º da Constituição e sua efetiva aplicação, além de sua abrangência.

Debateremos três dos direitos sociais apontados no art.6º, correlacionando-os com questões e posicionamentos judiciais atuais, demonstrando na essência a responsabilidade da empresa que é de cunho estritamente social ao cidadão.

O direito à saúde, num aspecto crítico em relação à manutenção do plano de saúde durante a suspensão do contrato de trabalho conforme Súmula 440 do TST e à demissão arbitrária do portador de doença Grave ou HIV e a Súmula 443 do TST.

O direito ao lazer no que se refere ao não cumprimento do DSR e do Intervalo interjornadas e o direito à desconexão, bem como sobre o dano existencial que acarreta.

3.3.1 Direito à saúde

Antes de adentrar ao debate sobre o direito à saúde e a responsabilidade social da empresa sobre esse direito, cumpre- nos estabelecer alguns parâmetros.

Não iremos aqui debater as normas de saúde, higiene e segurança do trabalho, ou questões relativas às doenças e/ou acidentes de trabalho e seus desdobramentos ou sobre a seguridade social e todas as demais normas correlatas.

O foco do debate será muito claro e específico, mas antes devemos apresentar algumas questões relativas ao direito à saúde,

O direito à saúde é uma obrigação estatal, cuja notória falência levou às empresas oferecer a preocupação com a saúde como “benefício”, no intuito de captar novos trabalhadores cuja qualificação técnica lhe interessava.

Porém esse “benefício” se tornou uma obrigação, exatamente pela responsabilidade social, como veremos a seguir.

Importante salientar que corroboro integralmente com a obrigatoriedade diante da realidade vivida por todos, mas à uma crítica a ser feita no sentido de que a situação criada se tornou um subterfúgio, uma justificativa ao Estado que se mantém inerte em relação à sua obrigação, tendo transpassado tal dever à empresa.

Com o surgimento da Organização Mundial de Saúde, é que foi definido a Saúde como o complexo do bem-estar físico, mental e social e não somente a ausência de doenças ou agravo, bem como o reconhecida como um dos direitos fundamentais de todo o ser humano, seja qual for sua condição social ou econômica, crença religiosa ou política.

O direito a saúde está previsto em diversos dispositivos legais da CF tais como os artigos 5º e 6º.

Outro dispositivo legal que merece destaque é a Lei 8.080/90, que em seu artigo 2º *caput*, faz valiosa menção à saúde com sendo um direito básico a todo o cidadão.

Insta ressaltar que o artigo 196 da CF, trata a saúde é um direito de todos e dever do Estado, de prestar assistência ao cidadão de qualidade e com eficiência.

Contudo, apesar do disposto no art. 196 da CF, a não atuação do Estado na prestação eficaz a esse direito, não cumprindo com a sua obrigação, destruindo a qualidade de vida dos cidadãos, ferindo a dignidade da pessoa humana de todos.

Pois bem, em que pese se tratar de um dever do Estado, a saúde como direito social fundamental, também é uma responsabilidade da empresa, pois atrelado à função social da propriedade e para corroborar essa tese temos o disposto no § 2º do art. 2º da Lei 8080/90⁴⁴.

Como dito, muitos entendiam que a responsabilidade da empresa com a saúde de seus funcionários restringia-se ao ambiente laboral e ao cumprimento das normas de segurança, higiene e saúde do trabalho, surgindo a ideia de oferecer a saúde como um benefício, oferecendo assim planos de saúde.

Porém diante da não prestação do Estado, diante ainda das necessidades da sociedade, esse distorcido e restrito entendimento apontado no parágrafo anterior o empresariado, caiu por terra, face a responsabilidade social inerente à empresa.

3.3.1.1 Plano de saúde – manutenção – Súmula 440.

Desde os primórdios da administração que as empresas percebem que a sua produtividade está diretamente relacionada com o bem estar de seus funcionários, comumente chamados de colaboradores.

⁴⁴ Art. 2º A saúde é um direito fundamental do ser humano, devendo o Estado prover as condições indispensáveis ao seu pleno exercício. § 1º (...) § 2º O dever do Estado não exclui o das pessoas, da família, das empresas e da sociedade.(...)

E para tornar os funcionários mais produtivos, não basta apenas adotar medidas pontuais.

Para isso criaram alguns benefícios e esses benefícios constituem meios de que a organização dispõe para satisfazer necessidades humanas dos funcionários.

Inclusive muitos mencionam que tais benefícios são espontâneos, pois o benefício é uma forma de remuneração indireta que visa oferecer aos funcionários uma base para satisfação de suas necessidades profissionais e sociais.

Realmente a concessão de plano de saúde pode ser considerada, como benefício, mas como exposto, em que pese a ideia geral ser essa, vem se modificando, por alguns fatores.

Muitos podem ainda declinar que as empresas auxiliam e cumprem com seu dever com relação à saúde, diante dos recolhimentos e tributos devidos que a priori são destinados ao sistema de saúde fornecido pelo Estado, porém essa responsabilidade é mais ampla, em decorrência do princípio da função social.

Ademais o chamado benefício de “fornecimento de plano de saúde” pela empresa vem se tornando regra geral diante das negociações coletivas de trabalho.

Como é sabido, a Constituição Federal, reconhece as convenções e acordos coletivos de trabalho, nos artigos 7º, inciso XXVI⁴⁵, 8º, inciso VI⁴⁶. e também o art. 114, § 2º⁴⁷.

Já a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) dispõe em seu art. 611⁴⁸, sobre as convenções coletivas de trabalho e sua força no mundo jurídico.

Assim temos que poder normativo corresponde à capacidade para o exercício da criação de normas. E evidencia-se, pois, que do poder normativo

⁴⁵ Art.7º(...) XXVI - reconhecimento das convenções e acordos coletivos de trabalho;

⁴⁶ Art.8º (...) VI - é obrigatória a participação dos sindicatos nas negociações coletivas de trabalho;

⁴⁷ Art. 114. (...) § 2º Recusando-se qualquer das partes à negociação coletiva ou à arbitragem, é facultado às mesmas, de comum acordo, ajuizar dissídio coletivo de natureza econômica, podendo a Justiça do Trabalho decidir o conflito, respeitadas as disposições mínimas legais de proteção ao trabalho, bem como as convencionadas anteriormente.

⁴⁸ Art. 611 - Convenção Coletiva de Trabalho é o acordo de caráter normativo, pelo qual dois ou mais Sindicatos representativos de categorias econômicas e profissionais estipulam condições de trabalho aplicáveis, no âmbito das respectivas representações, às relações individuais de trabalho.

nascer novas regras de direito, não de forma incidental, mas de forma originária como se produz na via legislativa. E não podem ser suprimidos ou cancelados unilateralmente, a teor da Súmula 277⁴⁹ e do precedente normativo 120⁵⁰ ambos do TST.

Assim temos que, diante do estabelecimento em normas coletivas o fornecimento de Plano de saúde deixa de ser um benefício em seu sentido literal, mas uma obrigação da empresa.

Da mesma forma ocorrerá, caso a empresa forneça plano de saúde, sem que inclusive tal questão esteja estabelecida em norma coletiva, sua situação se enquadraria no disposto na Súmula 51 do TST⁵¹ e do art. 468 *caput* da CLT⁵² integrando-se assim ao contrato de trabalho.

E outras situações surgem em relação a tal questão, tal como a alteração do plano de saúde no decorrer do contrato de trabalho.

MUDANÇA DE PLANO DE SAÚDE – RESPONSABILIDADE DO EMPREGADOR EM COMUNICAR AOS EMPREGADOS Entendo, no entanto, que se foi o empregador que efetuou a troca de Plano de Saúde, deveria garantir aos usuários-empregados o comunicado

⁴⁹ Súmula nº 277 -CONVENÇÃO COLETIVA DE TRABALHO OU ACORDO COLETIVO DE TRABALHO. EFICÁCIA. ULTRATIVIDADE - As cláusulas normativas dos acordos coletivos ou convenções coletivas integram os contratos individuais de trabalho e somente poderão ser modificados ou suprimidos mediante negociação coletiva de trabalho.

⁵⁰ Precedente nº 120 SENTENÇA NORMATIVA. DURAÇÃO. POSSIBILIDADE E LIMITES (positivo) - A sentença normativa vigora, desde seu termo inicial até que sentença normativa, convenção coletiva de trabalho ou acordo coletivo de trabalho superveniente produza sua revogação, expressa ou tácita, respeitado, porém, o prazo máximo legal de quatro anos de vigência.

⁵¹ Súmula nº 51 do TST NORMA REGULAMENTAR. VANTAGENS E OPÇÃO PELO NOVO REGULAMENTO. ART. 468 DA CLT I - As cláusulas regulamentares, que revoguem ou alterem vantagens deferidas anteriormente, só atingirão os trabalhadores admitidos após a revogação ou alteração do regulamento. II - Havendo a coexistência de dois regulamentos da empresa, a opção do empregado por um deles tem efeito jurídico de renúncia às regras do sistema do outro.

⁵² Art. 468 - Nos contratos individuais de trabalho só é lícita a alteração das respectivas condições por mútuo consentimento, e ainda assim desde que não resultem, direta ou indiretamente, prejuízos ao empregado, sob pena de nulidade da cláusula infringente desta garantia.

direto, para o efetivo gozo do direito. Não pode o empregado adivinhar as ações do empregador⁵³.

ALTERAÇÃO DO PLANO DE SAÚDE FORNECIDO AOS EMPREGADOS. A substituição do plano de saúde, por si só, não configura alteração lesiva do contrato de trabalho, pois se trata de decisão administrativa da empresa que, com certeza, se insere no seu poder diretivo. Evidentemente, o novo plano contratado deve oferecer aos empregados cobertura equivalente à que era fornecida pelo plano anterior, sob pena de configuração de alteração lesiva do contrato.⁵⁴

A questão é de tamanha proporção que até mesmo a Agência de Saúde Suplementar (ANS), apresentou a Resolução Normativa - RN nº 279, de 24/11/11, que dispõe sobre a regulamentação dos artigos 30 e 31 da Lei nº 9.656, de 3 de junho de 1998, que tratam do direito de manutenção da condição de beneficiário para ex-empregados demitidos ou exonerados sem justa causa e aposentados.

E cada vez mais toma contornos de obrigação o fornecimento do plano de saúde, sempre com base nos princípios constitucionais já apontados.

E referida interpretação, está começando a se desenvolver, tanto é que o Egrégio Tribunal Superior do Trabalho editou a Súmula 440:

Súmula nº 440 do TST - AUXÍLIO-DOENÇA ACIDENTÁRIO. APOSENTADORIA POR INVALIDEZ. SUSPENSÃO DO CONTRATO DE TRABALHO. RECONHECIMENTO DO DIREITO À MANUTENÇÃO DE PLANO DE SAÚDE OU DE ASSISTÊNCIA MÉDICA - Res. 185/2012, DEJT divulgado em 25, 26 e 27.09.2012
Assegura-se o direito à manutenção de plano de saúde ou de assistência médica, oferecido pela empresa ao empregado, não

⁵³ . TRT 1ª REGIÃO RO 0137900-88.2009.5.01.0282 - 5ª turma, Juiz Relator Ivan da Costa Alemão Ferreira, Rio de Janeiro, DJE 15/05/12.

⁵⁴ TRT 17ª R.; RO 68800-02.2010.5.17.0012; Relª Desª Wanda Lúcia Costa Leite França Decuzzi; DOES 18/10/2012;

obstante suspenso o contrato de trabalho em virtude de auxílio-doença acidentário ou de aposentadoria por invalidez.

Durante a suspensão contratual o empregado deixa de prestar serviços temporariamente ao empregador e este, por sua vez, susta o pagamento dos salários ou qualquer outra contraprestação ou vantagem ao trabalhador.

O cancelamento do plano de saúde quando o empregado está incapacitado para exercer atividades laborais, viola o princípio da dignidade humana e do direito fundamental à saúde, pois é neste momento em que mais necessita de acompanhamento médico e, é um fato inconteste que o atendimento médico público é bastante deficiente.

Assim o ministro Horácio Raymundo de Senna expõe sua posição:

“RECURSO DE REVISTA. ACORDO COLETIVO DE TRABALHO. ASSISTÊNCIA MÉDICA E ODONTOLÓGICA. MANUTENÇÃO A EMPREGADO APOSENTADO POR INVALIDEZ. POSSIBILIDADE

(...) Acrescente-se, por fim, que o Direito não pode abdicar de seu substrato ético e o Direito do Trabalho em particular encontra-se vinculado aos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana como fundamento da própria República (art. 1.º, III), da valorização do trabalho como alicerce da ordem econômica (art. 170), de uma ordem social baseada no primado do trabalho, tendo por objetivo o bem-estar e a justiça sociais (art. 193). Toda essa principiologia leva à consideração da pessoa do trabalhador, que não pode ser descartado como qualquer engrenagem inútil quando, doente ou acidentado no trabalho, vem a ser aposentado por invalidez, período em que se mantém hígido, embora hibernado, o contrato de emprego.”⁵⁵

Temos claro que a discussão não gira em torno somente sobre a natureza jurídica da suspensão do contrato de trabalho, mas também da justiça social, do

⁵⁵ TST- RR - 1801/2005-115-15-00.0, Rel. Min. Horácio Raymundo de Senna Pires, 6.ª Turma, DJ 20/2/2009.

direito à saúde do trabalhador e da responsabilidade social da empresa para com esse cidadão.

Ademais, pelos fundamentos acima esposados, a suspensão do contrato de trabalho, sobretudo em razão da concessão de auxílio doença ou aposentadoria por invalidez, não acarreta o cancelamento do plano de saúde concedido pelo empregador sendo, portanto, um direito já incorporado ao patrimônio jurídico do empregado que fará jus a este benefício até a rescisão do contrato de trabalho.

Diante de todo o exposto é de se fazer crer que tal questão em seu cerne, decorre de uma das responsabilidades sociais da empresa, conforme os princípios constitucionais, nos termos do art. 6º, e art.170 da Constituição Federal, diante da função social da empresa. Ferindo ainda o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana.

3.3.1.2 Dispensa discriminatória doença grave – Súmula 443.

O TST através da Súmula 443 consagrou que a dispensa de trabalhador portador de doença grave que suscite estigma ou preconceito é discriminatória, como abaixo transcrito:

Súmula nº 443 do TST - DISPENSA DISCRIMINATÓRIA. PRESUNÇÃO. EMPREGADO PORTADOR DE DOENÇA GRAVE. ESTIGMA OU PRECONCEITO. DIREITO À REINTEGRAÇÃO - Res. 185/2012, DEJT divulgado em 25, 26 e 27.09.2012 - Presume-se discriminatória a despedida de empregado portador do vírus HIV ou de outra doença grave que suscite estigma ou preconceito. Inválido o ato, o empregado tem direito à reintegração no emprego.

A configuração da dispensa discriminatória vinha sendo bastante discutida nos processos judiciais trabalhistas.

Com a edição da nova Súmula, o Tribunal Superior do Trabalho sinaliza que toda dispensa de empregado portador de “doença grave que suscite estigma ou

preconceito” “presume-se discriminatória”, reputando-se, portanto, “inválido o ato”, cabendo ao empregado o “direito à reintegração no emprego”.

Numa análise detida dos diversos precedentes que calcaram a edição da Súmula nº 443 revela que foram variados os tipos de doença grave que deram azo à invalidação da despedida.

Percebe-se, assim, que o Tribunal Superior do Trabalho vem adotando corrente interpretativa bastante ampla, considerando como fundamento para invalidação do ato da despedida o acometimento de uma grande variedade de doenças graves.

Analisando os precedentes da mencionada Súmula, todos sem exceção tratam com bastante veemência a demissão discriminatória e o princípio da dignidade humana, com base no art.3º, inciso IV e art. 5º caput da Constituição Federal, com pequenas variações, tais como as menções às Convenções nº 111⁵⁶ e 177⁵⁷ da Organização Internacional do Trabalho (OIT), ou ainda a aplicação analógica do art. 1º da Lei 9.029/95⁵⁸, com base no art. 8º da CLT⁵⁹.

Sem dúvida, corretíssimos tais fundamentos, mas o que nos chama a atenção e tem relação direta ao presente estudo, é fundamentação também utilizada em alguns dos precedentes, como por exemplo, E-ED-RR - 76089/2003-900-02-00 Relatora Min. Rosa Maria Weber Candiota da Rosa, 3ª Turma, DJ 30.11.2007/J-06.08.2007; RR - 721340-83.2006.5.12.0035, Relatora Ministra: Rosa Maria Weber Candiota da Rosa, 3ª Turma, DEJT 22/10/2010; RR - 317800-64.2008.5.12.0054 Relator Ministro: Mauricio Godinho Delgado, 6ª Turma, DEJT 10/06/2011; RR

⁵⁶ Convenção 111 da OIT- Discriminação em Matéria de Emprego e Ocupação.

⁵⁷ Convenção nº 177 da OIT Trabalho no Domicílio.

⁵⁸ Art. 1º Fica proibida a adoção de qualquer prática discriminatória e limitativa para efeito de acesso a relação de emprego, ou sua manutenção, por motivo de sexo, origem, raça, cor, estado civil, situação familiar ou idade, ressalvadas, neste caso, as hipóteses de proteção ao menor previstas no inciso XXXIII do art. 7º da Constituição Federal.

⁵⁹ Art. 8º - As autoridades administrativas e a Justiça do Trabalho, na falta de disposições legais ou contratuais, decidirão, conforme o caso, pela jurisprudência, por analogia, por equidade e outros princípios e normas gerais de direito, principalmente do direito do trabalho, e, ainda, de acordo com os usos e costumes, o direito comparado, mas sempre de maneira que nenhum interesse de classe ou particular prevaleça sobre o interesse público.

221500-10.2008.5.02.0057 Relator Min. Aloysio Corrêa da Veiga 6ª Turma DEJT 24.02.2012/J-08.02.2012.

Nos precedentes acima mencionados, utilizam de fundamentação relacionada à função social da empresa, que a nosso ver, é exatamente o vetor da responsabilidade social como já explanado.

“RECURSO DE EMBARGOS EM RECURSO DE REVISTA. EMPREGADO PORTADOR DO HIV. DESPEDIDA DISCRIMINATÓRIA. PRESUNÇÃO RELATIVA. REINTEGRAÇÃO (...) Como já enfatizado, e bem colocou a própria embargante, o exercício do direito potestativo de denúncia vazia do contrato de trabalho encontra, pois, limites em hipóteses tais como as de ato discriminatório ou fraudulento, assim também em função do princípio da função social da propriedade, insculpido no art. 170, III, da Lei Maior.(...)”⁶⁰

“EMPREGADO PORTADOR DO VÍRUS HIV. DISPENSA IMOTIVADA. PRESUNÇÃO RELATIVA DE DISCRIMINAÇÃO. REINTEGRAÇÃO (...) Como enfatizado, o exercício do direito potestativo de denúncia vazia do contrato de trabalho sofre limites em não só em função do princípio da função social da propriedade, insculpido no art. 170, III, da Lei Maior, como também da dignidade da pessoa humana e dos valores sociais do trabalho, erigidos como pilares da República Federativa do Brasil, consoante os incisos III e IV do art. 1º da Carta Política, e com eles de todo incompatível a despedida discriminatória.(...)”⁶¹

“RECURSO DE REVISTA. REINTEGRAÇÃO. EMPREGADO PORTADOR DO VIRUS HIV. PRESUNÇÃO DE DISPENSA DISCRIMINATÓRIA. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA (...) Nesse contexto, a matéria deve ser analisada à luz dos princípios

⁶⁰ E-ED-RR - 76089/2003-900-02-00) Min. Rosa Maria Weber Candiota da Rosa DJ 30.11.2007/J-06.08.2007 - Decisão por maioria

⁶¹ Processo: RR - 721340-83.2006.5.12.0035, data de julgamento: 26/05/2010, Relatora Ministra: Rosa Maria Weber, 3ª Turma, data de publicação: DEJT 22/10/2010

constitucionais relativos à dignidade da pessoa humana, à não-discriminação e à função social do trabalho e da propriedade (art. 1º, III, IV, 3º IV, e 170 da CF/88). (...)”⁶²

Mas sem dúvida, dos fundamentos apresentados, o que mais se perfila ao princípio da responsabilidade social é o exposto no voto do Min. Aloysio Corrêa da Veiga, no RR 221500-10.2008.5.02.0057:

“RECURSO DE REVISTA. REINTEGRAÇÃO. EMPREGADA ACOMETIDA DE CÂNCER. DISPENSA DISCRIMINATÓRIA. EXTINÇÃO DO CONTRATO UM DIA APÓS A CESSAÇÃO DO AUXÍLIO-DOENÇA COM NOVA PERÍCIA MARCADA. NOVA CONCESSÃO DA LICENÇA DOIS MESES APÓS A RESCISÃO. (...)Com efeito, a Carta Magna valoriza a livre iniciativa, colocando-a como um dos fundamentos da República, assegurada em seu primeiro artigo, no inciso IV, que traz no mesmo dispositivo, como numa via de mão dupla, os valores sociais do trabalho. Assim, aquele que se propõe a exercer uma atividade econômica, assume uma responsabilidade perante a sociedade que retribuirá os benefícios prestados.

Essa responsabilidade abrange o desenvolvimento ambiental, econômico e social sustentável, assumida pelo empregador que ingressa na ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, com o de fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, fundamentada no pleno emprego (art. 170 da CF/88).

O ingresso na ordem econômica vincula-se à entrada na ordem social, que tem como base o primado do trabalho, e como objetivo o bem-estar e a justiça sociais (art. 193 da CF/88), que não exime o empregador de sua participação, como por exemplo ao dispor que a seguridade social compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a

⁶² Processo: RR - 317800-64.2008.5.12.0054, data de julgamento: 01/06/2011, Relator Ministro: Mauricio Godinho Delgado, 6ª Turma, data de publicação: DEJT 10/06/2011

assegurar direitos relativos inclusive à saúde, reiterando os direitos sociais previstos no art. 6º da Carta Constitucional.(...)”⁶³

De forma magistral, em texto científico, intitulado: “A função social do contrato e nova redação do item III da Súmula nº. 244, a inserção do item III, na súmula nº. 378 e a edição das súmulas nºs. 440 e 443, do TST”, Renato Rua pontua sobre as Súmulas 440 e 443 do TST, objetos do presente estudo.

“(...) o direito à manutenção de plano de saúde ou de assistência médica oferecido pela empresa ao empregado, não obstante suspenso o contrato de trabalho em virtude de auxílio doença acidentário ou de aposentadoria por invalidez, conforme a nova Súmula 440, do TST, e a presunção discriminatória de despedida de empregado portador do vírus HIV ou de doença grave que suscite estigma ou preconceito, resultando a invalidade do ato e o direito do empregado à reintegração no emprego, conforme a nova Súmula 443, do TST, são todas hipóteses de aplicação da cláusula geral da função social do contrato.

Vê-se que o princípio da função social do contrato, consubstanciado nos artigos 421 e 187 do Código Civil de 2002 constitucionalizado pela dimensão objetiva e pela força irradiante dos direitos fundamentais, prevalece na redação das novas súmulas do TST sobre os princípios da liberdade contratual e do *pacta sunt servanda*, que, numa visão positivista, encontram-se subjacentes no artigo 444 da CLT, mas que uma visão pós positivista da força normativa dos princípios constitucionais sobre os direitos fundamentais impõe uma releitura do mencionado dispositivo consolidado a partir das cláusulas gerais do Código Civil de 2002.(...)”⁶⁴

⁶³ RR 221500-10.2008.5.02.0057, 6ªT - Min. Aloysio Corrêa da Veiga DEJT 24.02.2012/J-08.02.2012 - Decisão unânime

⁶⁴ ALMEIDA, Renato Rua de. A função social do contrato e nova redação do item III da súmula n. 244, a inserção do item III, na súmula n. 378 e a edição das súmulas ns. 440 e 443, do TST. LTr Suplemento Trabalhista. São Paulo , v. 49, n. 137, p. 741-744, nov. 2013.

Temos então, que a Súmula 443, baseia-se no direito social fundamental da saúde conforme o artigo 6º, sendo clara ainda a responsabilidade social da empresa, face a função social da propriedade art. 170 da CF/88.

Na mesma linha segue o direito social do lazer, como veremos a seguir, se trata de uma responsabilidade da empresa não meramente contratual ou um direito do trabalhador, mas sim uma questão e um direito social e sendo uma função da empresa em seu aspecto social, o pleno gozo pelo trabalhador de referido direito.

3.3.2 O direito ao lazer

A sociedade capitalista que atualmente vivemos, impõe um ritmo de produção diferenciada, exigindo o trabalho nos tempo livre do trabalhador, como turnos aos finais de semana, feriados ou mesmo de madrugada e até mesmo em suas casas sem qualquer respeito à horários, jornadas e a vida privada do cidadão trabalhador, tudo para aumento da produção com a finalidade de atender ao mercado consumidor.

Os períodos de descanso, DRS's, intervalos interjornadas ou férias, tem como fundamento a proteção da saúde física e mental do trabalhador, com uma separação maior do espaço casa trabalho e proporcionar uma liberdade de disposição do tempo junto a família e sociedade, o chamado direito ao lazer.

O art. 6º estatui o lazer como um direito social.

O lazer é mencionado em mais três oportunidades na Constituição, em seu art.7º, IV e nos art. 217 § 3º⁶⁵ e 227⁶⁶.

⁶⁵ Art. 217. É dever do Estado fomentar práticas desportivas formais e não-formais, como direito de cada um, observados: (...)§ 3º - O Poder Público incentivará o lazer, como forma de promoção social.

⁶⁶ Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

O art. 227 dispõe, entre outros direitos, sobre o direito ao lazer relacionando-os à criança e ao adolescente, sendo um dever da família e da sociedade assegurar à dignidade, e à convivência familiar e comunitária.

E o citado dever da família e da sociedade, está também intimamente ligado ao cidadão é a responsabilidade social da empresa diante de sua função social, pois a família é constituída pelos pais e filhos e esses pais são cidadãos trabalhadores.

Assim a empresa que não cumpre com sua função social e atende o disposto no art.6º da CF, não permitindo que seu funcionário tenha seus períodos legais de descanso, o priva do lazer e do convívio família, privando via de consequência o lazer do filho desse funcionário, que fica impedido de conviver com seus pais.

Em várias normas internacionais há a expressa menção do direito ao lazer

Na Declaração referente aos fins e objetivos da Organização Internacional do Trabalho, aprovada em Filadélfia de 1944, resta estabelecido em seu item III, letra i: “um nível adequado de alimentação, de alojamento, de recreação e de cultura.”⁶⁷

A Declaração Universal dos Direitos Humanos da ONU, assinada em 1948 em seu artigo XXIV, dispõe: “Todo ser humano tem direito a repouso e lazer, inclusive a limitação razoável das horas de trabalho e a férias remuneradas periódicas”.

No Pacto Internacional Relativo aos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, de 1966 (ratificado pelo Brasil) consta em seu Artigo 7º: “Os Estados integrantes do presente Pacto reconhecem o direito de toda pessoa de desfrutar condições de trabalho justas e favoráveis, que garantam sobretudo: (...) d) O repouso, os lazeres, a limitação razoável da duração do trabalho e férias remuneradas periódicas, assim como remuneração dos feriados.”

Sendo assim, é importante declinar que, para ter uma vida saudável e digna, é necessário que o indivíduo tenha seu tempo destinado ao lazer para a prática de atividades de escolha pessoal, com gratuidade e desinteresse senão na própria satisfação, prazerosa e liberatória de obrigações.

⁶⁷ Declaração de Filadélfia - Declaração relativa aos fins e objetivos da Organização Internacional do Trabalho

Em entrevista concedida em 02 de Maio de 2008 ao jornalista Jonas Furtado da Revista “ISTOÉ” intitulada "O Acesso ao Lazer é um Direito Social", o americano Christopher Edginton, então secretário-geral da World Leisure Organization, órgão não-governamental que presta consultoria à Organização das Nações Unidas (ONU) em questões relativas ao lazer e ao desenvolvimento pessoal e social, disse que: “o descanso e o prazer são meios para medir a felicidade de uma pessoa e o grau de democracia de uma sociedade.”⁶⁸

Trata-se de uma entrevista muito interessante e esclarecedora sobre como devemos considerar efetivamente o direito ao lazer.

Ao ser questionado sobre qual a melhor definição para lazer, Christopher, apontou três maneiras de defini-lo:

“(...)A primeira é que ele representa o tempo livre, no qual não se tem que trabalhar para garantir a subsistência. A segunda é que ele é a série de atividades em que um indivíduo está envolvido. Futebol pode ser uma atividade de lazer para uma criança, mas é um trabalho para jogadores profissionais. Mais recentemente surgiu uma nova definição considerando- o como um estado da mente(...)”⁶⁹

E fugindo totalmente no mundo jurídico, ele apresenta um aspecto histórico do surgimento do tempo para o lazer:

“(..) A estratificação do trabalho, sua organização social, criou uma espécie de dinâmica do lazer. As pessoas nas sociedades agrícolas tinham muito mais tempo do que nós. O tempo deles era regulado pelas estações e havia mais feriados, especialmente religiosos. Com a industrialização, os indivíduos passaram a ficar acorrentados a um esquema, a uma agenda, a uma máquina. Foram criados, então, o

⁶⁸http://www.istoe.com.br/assuntos/entrevista/detalhe/3305_O+ACESSO+AO+LAZER+E+UM+DIREITO+SOCIAL
+) Revista Istoé Edição nº 2009 data 02.Mai.08- acessado em 19.Fev.14

⁶⁹http://www.istoe.com.br/assuntos/entrevista/detalhe/3305_O+ACESSO+AO+LAZER+E+UM+DIREITO+SOCIAL
+) ibidem 54.

conceito de tempo de trabalho e tempo livre. O uso errado desse segundo se tornou um problema nos negócios e aí o governo começou a intervir. Basicamente, pelo menos nos Estados Unidos, os trabalhadores começaram a ir para tavernas, bebiam à noite e não conseguiam se apresentar para o trabalho no dia seguinte. Algo tinha que ser feito para tirar as pessoas dos bares. O lazer foi introduzido como um instrumento de controle social – e assim é utilizado em algumas sociedades até hoje.(...)”⁷⁰

E continua, fazendo uma correlação do lazer à saúde:

“(...) As pessoas cada vez mais vêm o lazer ligado à saúde e ao bem estar físico e mental. Nas grandes sociedades, um dos maiores desafios enfrentados é a epidemia de obesidade que está por vir. Muito disso pode ser creditado à falta de atividades físicas durante o período de lazer das pessoas, associada a um hábito alimentar pouco nutritivo. E isso se torna um problema ainda mais sério quando começa a elevar os custos com saúde e assistência médica. Em 2006, ouvi de membros do governo chinês que, nos próximos 50 anos, um quarto da economia na China será focada em lazer e produção cultural.(...)”⁷¹

Importante opinião colocada sobre como modificar a cultura do trabalho para o foco ao lazer:

“(...) Qual é o objetivo de quem trabalha muito? Com certeza não é trabalhar sempre mais, mas alcançar, de alguma maneira, a prosperidade, seja ela financeira, intelectual ou espiritual. Trabalhamos muito para nos posicionarmos, para que nossos esforços sejam

⁷⁰http://www.istoe.com.br/assuntos/entrevista/detalhe/3305_O+ACESSO+AO+LAZER+E+UM+DIREITO+SOCIAL
+) ibidem 54.

⁷¹http://www.istoe.com.br/assuntos/entrevista/detalhe/3305_O+ACESSO+AO+LAZER+E+UM+DIREITO+SOCIAL
+) ibidem 54.

recompensados com lazer. Veja quanto o trabalho é importante em nossa vida. Se eu perguntar o que você é, você me dirá: jornalista. O lazer ganha importância quando as pessoas começam a se definir a partir dele, como “eu jogo golfe” ou “eu danço” – e isso acontece cada vez mais (..)”⁷²

E finalmente conclui sobre a importância do lazer na vidas das pessoas:

“(...)Todos precisam de equilíbrio em suas vidas. É necessário um tempo para reflexão, para se comprometer com os outros, para ter a oportunidade de aprender novas habilidades. Há muitas razões pelas quais o lazer é essencial. Mas a principal delas é porque ele é o meio pelo qual as pessoas medem a satisfação em suas vidas. Ele cria espaço e tempo para você aprender uma nova habilidade, adquirir sabedoria, rever valores, refletir sobre o relacionamento com outras pessoas – enfim, possibilita a transformação pessoal. Vivemos num mundo que se modifica tão drasticamente que precisamos de tempo para podermos mudar – e, se lazer é liberdade, ele propicia isso. (...)”⁷³

O lazer tem papel de motivador social, é um tempo fora do ambiente que limita o homem, o ambiente laboral cheio de regras.

É o direito ao lazer que define a liberdade e a vontade do trabalhador e como cidadão de direitos, deve ter a possibilidade de usufruí-lo para satisfação de sua condição humana.

O lazer requer tempo disponível livre de obrigações cotidianas e das condições necessárias à realização de suas experiências.

⁷²http://www.istoe.com.br/assuntos/entrevista/detalhe/3305_O+ACESSO+AO+LAZER+E+UM+DIREITO+SOCIAL
+) ibidem 54.

⁷³http://www.istoe.com.br/assuntos/entrevista/detalhe/3305_O+ACESSO+AO+LAZER+E+UM+DIREITO+SOCIAL
+) ibidem 54.

Todo homem precisa relacionar-se com o meio onde vive e ocupar seu devido lugar de cidadão e não de simples objeto do processo de produção.

Em resumo podemos concluir que o lazer atende as seguintes necessidades humanas: de libertação, opondo-se à angústia e ao peso que acompanham as atividades não escolhidas livremente; de compensação do silêncio, da calma, para a contraposição das conseqüências da vida diária do trabalho; de recreação como meio de restauração biopsíquica e de dedicação social, pois é membro de uma família, de outras comunidades de natureza religiosa, esportiva, cultural.

O reconhecimento do direito social do lazer contribui para a expansão do ser humano na sua essencialidade, com a liberação para o convívio familiar, a confraternização com os amigos, a prática de atividades lúdica, esportivas, culturais, ao desfrute das artes, ao estudo, o que o condiciona a um crescimento pessoal, familiar e social.

A empresa diante de sua função social e como parte integrante da sociedade, com a conduta de não concessão dos regulares e legais períodos de descanso, tais como férias anuais (art. 130 da CLT) intervalo intrajornada (art. 71 da CLT), descanso semanal remunerado (art.67 da CLT) e intervalo interjornada (art. 66 CLT), fere de morte o direito social do cidadão ao lazer, estatuído no art.6º da Constituição, como também atingi direitos de outros cidadãos, inter relacionados ao seu funcionário, tal como seu cônjuge e filhos.

A responsabilidade social da empresa é tamanha em relação ao direito do lazer, que a sua conduta que impede a fruição de tal direito, atinge não só o direito de cidadão de seu funcionário, mas atinge ainda o direito de terceiros e mais, faz com que a sua vitima direta, também não cumpra com um dever constitucional, como por exemplo, o pai que não goza dos seus intervalos e via de regra do seu direito ao lazer, acaba por não cumprindo com seu dever instituído no art. 227 da Constituição Federal.

Assim, é uma responsabilidade social da empresa, diante do principio de sua função social, fazer com que todos os que a elas se relacionem, direta (seus funcionários) ou indiretamente (seus familiares), tenham garantido plenamente seu direito ao lazer.

Porém, as empresas assim não agem, muito pelo contrário e esse comportamento produz empregados estressados, robotizados que já sem o bom uso do raro tempo livre, vive preocupado com o dia no trabalho, com a noite no trabalho, com a vida no trabalho, perdeu-se a vida fora do trabalho, e o trabalhador não se desconecta mais do trabalho.

3.3.2.1 Direito à desconexão

No atual contexto sócio econômico o direito social ao lazer está sendo colocado em xeque pelo constante surgimento de novas tecnologias e do capitalismo desenfreado.

Na nossa atual sociedade a tecnologia faz parte do cotidiano, seja através do uso de celulares, computadores, bips, palms, entre outros aparelhos, tornando mais fácil o controle do empregado pelo empregador e cada vez mais difícil daquele não permanecer sob a ingerência, solicitação ou contato com o seu trabalho permanentemente.

As tecnologias, que surgiram com o objetivo de facilitar a vida do homem, evitar a fadiga física, potencializar o intelecto e aprimorar a saúde, transformaram-se em um “novo” modo de escravidão.

Surge, portanto, a necessidade da desconexão do homem com o seu trabalho, uma efetiva ruptura entre o tempo de trabalho e o de lazer, como preconiza e garante o art. 6º da Constituição, o qual coloca o trabalho e o lazer no mesmo patamar, como direitos fundamentais do cidadão, mostrando que ambos têm a mesma importância, e, por isso merecem a mesma proteção.

A Justiça do Trabalho adotou medidas que, ao que nos parece, são paliativas, pois efetivamente não impedem a empresa de infringir o direito constitucional ao lazer.

Como podemos observar pelo art. 6º da CLT⁷⁴, já não há a distinção entre labor realizado no estabelecimento do empregador e o executado no domicílio do

⁷⁴ Art. 6º. Não se distingue entre o trabalho realizado no estabelecimento do empregador, o executado no domicílio do empregado e o realizado a distância, desde que estejam caracterizados os pressupostos da relação

empregado e ainda ao realizado a distância, desde que estejam caracterizados os pressupostos da relação de emprego, sendo que os meios telemáticos e informatizados de comando, controle e supervisão se equiparam, para fins de subordinação jurídica, aos meios pessoais e diretos.

Realmente foi um grande passo, mas esse reconhecimento a princípio objetivou a garantia ao trabalhador de reconhecimento de vínculo e de eventuais horas extras.

Tal assertiva se faz diante da redação do item II Súmula 428 do E. TST.

Súmula nº 428 do TST - SOBREAVISO APLICAÇÃO ANALÓGICA DO ART. 244, § 2º DA CLT

I (...)

II - Considera-se em sobreaviso o empregado que, à distância e submetido a controle patronal por instrumentos telemáticos ou informatizados, permanecer em regime de plantão ou equivalente, aguardando a qualquer momento o chamado para o serviço durante o período de descanso.

Diante da menção feita na Súmula 428 e para concluir a assertiva de que o objetivo era apenas remuneratório, temos aqui o disposto no § 2º do art. 244 da CLT.

Art. 244. (...)

§ 2º Considera-se de "sobreaviso" o empregado efetivo, que permanecer em sua própria casa, aguardando a qualquer momento o chamado para o serviço. Cada escala de "sobreaviso" será no mínimo, de 24 (vinte e quatro) horas. As horas de "sobreaviso" para todos os efeitos, serão contadas à razão de 1-3 (um terço) do salário normal.

Como demonstrado, a Súmula 248 buscou garantir a remuneração, esquecendo-se por completo do direito fundamental ao lazer do cidadão trabalhador.

Importante salientar que o chamado “direito à desconexão”, apesar de ter tomado relevo em decorrência do teletrabalho e das novas tecnologias, está efetivamente relacionado ao direito fundamental social do lazer.

E a desconexão do trabalho, independe da existência ou não da tecnologia, atingindo todas as formas de trabalho, sejam a distancia, na residência, na sede do empregador, seja teletrabalho ou não.

A desconexão ao trabalho ou o não trabalho, esta intimamente ligado à excesso de jornada e principalmente ao descumprimento dos períodos legais de descanso do trabalhador (férias, DSR e interjornada, entre outros), pois o trabalhador não se desliga, não se desconecta do trabalho e em contra partida, se desliga, se desconecta da sua vida privada.

Como visto torna-se cada vez mais difícil assegurar o direito ao lazer do trabalhador, pois todos ficam a mercê dos seus equipamentos eletrônicos, já que permanecem muitas horas por dia, conectados à internet, recebendo mensagens eletrônicas, pedidos e tudo mais que possa estar relacionado com o seu serviço.

Assim é praticamente impossível preservar o descanso físico e mental, resguardar o direito ao convívio social, à preservação da família, e, sobretudo, a uma vida saudável e feliz.

A necessidade de limitação da jornada é imperiosa para viabilizar a existência de um tempo de vida para que o cidadão trabalhador possa efetuar uma interação com a família e os amigos, ou seja, um tempo para afirmação dos direitos fundamentais sociais.

E neste contexto o direito ao lazer configura-se como a chave mestra dos demais direitos, pois, com a verdadeira aplicabilidade desse direito, estarão resguardados os direitos à saúde, à privacidade, à intimidade, à vida social.

Quanto ao tema, posiciona-se a Professora Volia, destacando que “O trabalhador tem direito à ‘desconexão’, isto é, a se afastar totalmente do ambiente de trabalho, preservando seus momentos de relaxamento, de lazer, seu ambiente

domiciliar, contra as novas técnicas invasivas que penetram na vida íntima do empregado.”⁷⁵

Em função de todo o exposto, constata-se relevante considerar que o direito a desconexão, ou o direito ao não trabalho é em sua essência o direito fundamental social ao lazer, e a empresa que busca efetivamente sua responsabilidade social, deve evitar e combater os excessos fazendo com que seus funcionários se desconectem do trabalho, para ter seu direito ao lazer garantido com o convívio familiar e social. Isso é ser uma empresa socialmente responsável.

Apesar da crítica pontual feita à Súmula 428 do TST, certo é que a Justiça Trabalhista, vem enfrentando a questão aqui debatida sim.

As jornadas excessivas, o descumprimento por parte da empresa dos intervalos de descanso, a não concessão de férias e/ou dos descansos semanais, o trabalho ininterrupto em casa pelo teletrabalho, tem sido objeto de outra discussão.

A discussão gira em torno do dano causado ao funcionário e seus familiares, por serem privados de seu direito fundamental ao lazer.

E esse dano é o atualmente chamado dano existencial.

3.3.2.1 Dano existencial

As extensas jornadas diárias de trabalho, sem a regular concessão de descanso semanal e de intervalo para refeição, ou, ainda, por deixar o empregado em anos seguidos de gozar as suas férias, atingem o direito social ao lazer como visto.

O dano existencial decorre da conduta patronal que impossibilita o empregado de usufruir do seu direito constitucional do lazer, ao impedi-lo de gozar de seus legais períodos de descanso, já mencionados, e assim impedindo-o de se relacionar e de conviver em sociedade por meio de atividades recreativas, afetivas, espirituais, culturais, esportivas, sociais e de descanso, que lhe trarão bem-estar físico e psíquico e, por consequência, felicidade.

⁷⁵ CASSAR, Volia Bomfim, Direito do Trabalho, 6ª edição, Niterói: Impetus, 2012, fl. 660.

Segundo Flaviana Rampazzo Soares, o dano existencial atinge distintos setores da vida do indivíduo, tais como: a) atividades biológicas de subsistência; b) relações afetivo-familiares; c) relações sociais; d) atividades culturais e religiosas; e) atividades recreativas e outras atividades realizadoras, tendo em vista que qualquer pessoa possui o direito à serenidade familiar, à salubridade do ambiente, à tranquilidade no desenvolvimento das tarefas profissionais, ou ao lazer, etc.⁷⁶

Trago a baila para contextualização da questão aqui estudada, julgado do TRT da 4ª Região, que trata de forma clara e objetiva o dano ao direito ao lazer:

DANO EXISTENCIAL. JORNADA EXTRA EXCEDENTE DO LIMITE LEGAL DE TOLERÂNCIA. DIREITOS FUNDAMENTAIS. O dano existencial é uma espécie de dano imaterial, mediante o qual, no caso das relações de trabalho, o trabalhador sofre danos/limitações em relação à sua vida fora do ambiente de trabalho em razão de condutas ilícitas praticadas pelo tomador do trabalho. Havendo a prestação habitual de trabalho em jornadas extras excedentes do limite legal relativo à quantidade de horas extras, resta configurado dano à existência, dada a violação de direitos fundamentais do trabalho que integram decisão jurídico-objetiva adotada pela Constituição. Do princípio fundamental da dignidade da pessoa humana decorre o direito ao livre desenvolvimento da personalidade do trabalhador, nele integrado o direito ao desenvolvimento profissional, o que exige condições dignas de trabalho e observância dos direitos fundamentais também pelos empregadores (eficácia horizontal dos direitos fundamentais)⁷⁷

No corpo do V. Acórdão o Desembargador Relator esclarece:

“(...) Os direitos fundamentais previstos no art. 7º da Constituição de 1988, dentre eles o disposto no inciso XIII (duração do trabalho normal

⁷⁶ SOARES, Flaviana Rampazzo. Responsabilidade civil por dano existencial. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2009, p. 47

⁷⁷ TRT.4, RO 105-14.2011.5.04.0241. Relator Des. José Felipe Ledur, 1ª Turma, D.EJ- 3 jun. 2011.

não superior a oito horas diárias e quarenta e quatro semanais, facultada a compensação de horários e a redução da jornada, mediante acordo ou convenção coletiva de trabalho) e no inciso XXII (redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança) são concreções de valores e normas de caráter principiológico e correspondem a uma decisão jurídico-objetiva de valor adotada pela Constituição. Esta prevê valores e princípios, dentre outros, no Preâmbulo (e.g., a assegução do exercício dos direitos sociais, da liberdade e do bem-estar), no art. 1º, III e IV (dignidade da pessoa humana os valores sociais do trabalho e da livre-iniciativa) e no rol dos direitos sociais elencados no art. 6º (e.g., o direito à saúde, ao trabalho, ao lazer e à segurança). Do princípio da dignidade da pessoa humana, núcleo dos direitos fundamentais em geral, decorre o direito ao livre desenvolvimento da personalidade do trabalhador, nele abarcado o desenvolvimento profissional mencionado no art. 5º, XIII, da Constituição, o que exige condições dignas de trabalho e observância dos direitos fundamentais assegurados aos trabalhadores. Finalmente, esses valores e princípios vinculam não só o Estado (eficácia vertical dos direitos fundamentais), mas também o empregador/organização econômica (eficácia horizontal dos direitos fundamentais ou eficácia em face dos particulares)⁷⁸

E tal entendimento já surge também no E. TST, no qual, o Ministro Hugo, cita a conceituação de dano existencial apresentada por Amaro Alves de Almeida Neto:

“(....) O dano existencial, ou o dano à existência da pessoa, “consiste na violação de qualquer um dos direitos fundamentais da pessoa, tutelados pela Constituição Federal, que causa uma alteração danosa no modo de ser do indivíduo ou nas atividades por ele executadas com vistas ao projeto de vida pessoal, prescindindo de qualquer repercussão financeira ou econômica que do fato da lesão possa decorrer.” (ALMEIDA NETO, Amaro Alves de. Dano existencial: a

⁷⁸ vide nota de rodapé 63

tutela da dignidade da pessoa humana. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 6, n. 24, mês out/dez, 2005, p. 68.)(...)”⁷⁹

E fundamenta o Ministro relator:

“(...) Com efeito, a lesão decorrente da conduta patronal ilícita que impede o empregado de usufruir, ainda que parcialmente, das diversas formas de relações sociais fora do ambiente de trabalho (familiares, atividades recreativas e extralaborais), ou seja que obstrua a integração do trabalhador à sociedade, ao frustrar o projeto e vida do indivíduo, viola o direito da personalidade do trabalhador e constitui o chamado dano existencial. O dano moral resulta da infringência de um direito imaterial ou extrapatrimonial do empregado, ao passo que ao dano existencial se acrescenta o fato de ser constatado de forma objetiva, porquanto importa em uma sequência de alterações prejudiciais ao cotidiano, com a conseqüente perda da qualidade de vida do trabalhador, visto que obstado o direito do trabalhador de exercer uma determinada atividade e/ou participar de uma forma de convívio inerente à vida privada.(...)”⁸⁰

Nas palavras de Jorge C. Boucinhas Filho e Rúbia Alvarenga “a submissão de determinado trabalhador a exaustivo regime de trabalho, culmina na formação do dano ao projeto de vida e à sua existência, pois priva-lhe de tempo para o lazer, para a família e para o seu próprio desenvolvimento pessoal, cultural, artístico e intelectual, afetivo, entre outros.”⁸¹

Tem-se claro que as principais fundamentações para a fixação das condenações se relacionam aos fatos de que, em tais circunstâncias, deixou o

⁷⁹ DANO MORAL. DANO EXISTENCIAL. SUPRESSÃO DE DIREITOS TRABALHISTAS. NÃO CONCESSÃO DE FÉRIAS. DURANTE TODO O PERÍODO LABORAL. DEZ ANOS. DIREITO DA PERSONALIDADE. VIOLAÇÃO (TST-RR-727-76.2011.5.24.0002 1ª Turma - Ministro Relator HUGO CARLOS SCHEUERMANN - DJE 28/06/2013, por unanimidade)

⁸⁰ vide nota de rodapé 65

⁸¹ ALVARENGA, Rúbia Zanotelli e BOUCINHAS FILHO, Jorge Cavalcanti. O Dano Existencial e o Direito do Trabalho- Revista LTr - 77-4, 450-458 São Paulo: Ed. Ltr. abr.2013.

empregado de usufruir das suas relações sociais e de realizar os seus projetos de vida.

Desse modo, não é possível que se comine ao empregado como cidadão, diante do pagamento das verbas salariais devidas (horas extras, adicionais etc) a obrigação de permanecer horas trabalhando, sem seus intervalos legais principalmente de interjornadas e/ou férias anuais, ou ainda a postos para ser acionado pelo empregador fora do horário de trabalho, diante de todas as graves repercussões em sua vida pessoal e familiar, quer de caráter psicológico, espiritual, físico ou social que tal disponibilidade lhe acarreta.

E essa apropriação de sua intimidade, descanso e lazer, que se materializa em claro tempo de alienação em prol dos interesses econômicos da empresa, foge completamente das obrigações constitucionais da empresa, diante da sua função social.

Assim, no que tange à responsabilidade social da empresa, não se trata apenas de proceder com os pagamentos de horas extras, ou férias em dobro, mas sim conceder efetivamente os intervalos, pois o descumprimento ao direito social do lazer, causa enormes danos não só àquele cidadão que não gozou de seus períodos de lazer, mas de todos aqueles a ele ligados, como cônjuges, amigos e demais familiares e principalmente seus filhos, que acabam não tendo de forma reflexa, garantidos também não só os direitos fundamentais sociais do art. 6º, mas também os direitos do art. 227 da CF, cujo dever de atender é também daquele cidadão que não gozou de seus intervalos.

Resta claro que as empresas não vêm cumprindo com sua função social, pois caso estivessem não surgiriam no mundo jurídico as teses do direito a desconexão e o dano existencial, ora estudadas, cuja essência está diretamente ligada ao direito social do cidadão e à função social da propriedade (empresa).

CONCLUSÃO

Diante de toda a análise sistemática e argumentativa apresentada no presente trabalho conclui-se que há uma grande necessidade de haver uma relevância na efetividade dos direitos fundamentais sociais.

A Constituição Federal de 1988 trouxe-nos a previsão desses direitos e trouxe também os deveres de todos (Estado, sociedade, cidadão e empresa).

Não venho aqui simplesmente responsabilizar a empresa por todos os maus da sociedade, pois como dito anteriormente, ela é uma das engrenagens da máquina social.

A empresa é responsável social sim, mas não só ela. A cultura econômica que hoje vivemos, no mundo globalizado, efetivamente não permite mudanças radicais, as quais inclusive nem pode, nem deve acontecer, mas isso não impede que os direitos fundamentais sejam fielmente atendidos e cumpridos.

Nosso país ainda não conseguiu garantir aos seus cidadãos os direitos básicos como a liberdade, a moradia digna, a saúde, a educação e ao trabalho e ao judiciário compete garantir esses direitos, seja da empresa seja do Estado, seja de cada membro da sociedade.

Muito comum vermos notícias de pessoas morrendo nas filas dos hospitais por falta de condições básicas de atendimento, isso é uma violação aos direitos básicos garantidos constitucionalmente ao cidadão, violência esta cometida via de regra pelas próprias instituições públicas, as quais deveriam lhes proporcionar o mínimo a sua subsistência.

Conforme já exposto o fornecimento de planos de saúde tinha um objetivo inicial de apresentar um benefício para captação de profissionais, diante do quadro geral da saúde pública.

Mas ele não deve ser considerado simplesmente como benefício afinal é dever constitucional da empresa prover, ou auxiliar a prover a saúde, diante de sua função social, e se essa foi a opção por ela adotada, deve sim ser obrigada a manter o plano de saúde.

Da mesma forma para o portador de doença grave, a responsabilidade sobre o direito fundamental da saúde, como dito não é única, mas é da empresa também, que não podem simplesmente demitir ou não contratar trabalhadores com doenças graves, sendo certo que tal conduta é ainda extremamente discriminatória.

O que dizer então sobre o direito ao lazer, que atinge não só um cidadão, mas todos a sua volta, tudo em decorrência do capitalismo exacerbado, do consumismo, que faz com que a produção não pare, e assim o cidadão trabalhador deixe sua vida privada, sua família, sua sociabilidade, relegados ao segundo plano, sendo claro que a empresa é responsável pela destruição do convívio social.

Repito a empresa não é a única responsável, mas diante da inércia do Estado e do dever social da empresa, cabe a essa, buscar junto àquele, subsídios, isenções, auxílios, enfim, todo e qualquer mecanismos que venha a auxiliar a cumprir com o direito fundamental.

O marketing da responsabilidade social da empresa, não deveria ser o foco, mas sim o dever da responsabilidade, o dever de fazer cumprir com sua função.

A Constituição de 1988 se propôs a perseguir os valores de uma sociedade fraterna, com a redução das desigualdades sociais e regionais e a garantir os direitos sociais como direitos e garantias fundamentais aos cidadãos brasileiros.

E sendo responsabilidade da empresa, diante de sua função social, deve ela cumprir seu papel social e deve responder por tal responsabilidade, cabendo ao judiciário afirmar e efetivar os direitos sociais, ainda mais quando a empresa é diretamente ligada ao não cumprimento do direito social, tais como, nos direitos aqui debatidos.

Insta finalmente diante do papel do judiciário em concretizar os direitos sociais, apresentar uma pequena crítica ao próprio judiciário trabalhista.

Em que pese o princípio da Dignidade da Pessoa Humana ter sido mencionado e delineado no presente estudo, e em que pese ainda a força que ele carrega em si, certo é que, como demonstrado, existem outros fundamentos para serem aplicados nas decisões, sendo desnecessária a massificação desse princípio, como ocorre atualmente.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALVARENGA, Rúbia Zanotelli e BOUCINHAS FILHO, Jorge Cavalcanti. **O Dano Existencial e o Direito do Trabalho** - Revista LTr - 77-4, 450-458 São Paulo: Ed. Ltr. abr.2013

ALMEIDA, Renato Rua de. **A função social do contrato e nova redação do item III da súmula nº. 244, a inserção do item III, na súmula nº. 378 e a edição das súmulas nºs. 440 e 443, do TST.** LTr Suplemento Trabalhista. São Paulo , v. 49, n. 137, nov. 2013.

BARCELLOS, Ana Paula de. **A Nova Interpretação Constitucional. Ponderação, Direitos Fundamentais e Relações Privadas.** 3 ed., Renovar Rio de Janeiro, 2008.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional.** 28 Ed. Malheiros, São Paulo, 2013

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional.** 3ª ed. São Paulo – Saraiva, 2009.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital, apud MORAES, Alexandre. **Direito Constitucional.** São Paulo: Ed. Atlas. 5ª ed. 1999.

CASSAR, Volia Bomfim, **Direito do Trabalho**, 6ª edição, Niterói: Impetus, 2012.

CONTRERAS, Sergio Gamonal. **Cidadania na Empresa e Eficácia Diagonal dos Direitos Fundamentais.** Ed. LTR, São Paulo, 2011.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**, São Paulo: RT, 2007.

GOMES, Isabella Monteiro e SANTOS, Michel Carlos Rocha . **A Importância dos princípios do direito do trabalho para a concretização do trabalho como direito social fundamental** Revista LTr - 76-10, 1238-1245 São Paulo: Ed. Ltr. out.2012

GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**, Ed, Malheiros, 5ª Ed., São Paulo, 2000.

LOUREIRO, Francisco Eduardo. **Código Civil Comentado: doutrina e jurisprudência.** 4ª ed. Barueri, SP: Manole, 2010.

MAIOR, Jorge Luiz Souto. **O Dano Social e sua Reparação.** Revista LTr 71-11/1317-1321. São Paulo: Ed. Ltr. 2007.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional.** São Paulo: Saraiva, 2007.

NETO, Silvio Beltram Elli. **A flexibilização do Direito do Trabalho sob o enfoque constitucional.** Revista LTr. 71-11/1325-1333. São Paulo: Ed. Ltr. 2007.

ROMITA, Arion Sayão. **Direitos Fundamentais nas Relações de Trabalho**, 4 Ed. LTR, 2012

ROSENVALD, Nelson, **Direitos Reais**. , 4ª Ed., Lúmen Júris, Rio de Janeiro, 2007

SILVA, José Afonso da.- **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

SILVA, José Antônio Ribeiro de Oliveira. **Limitação do tempo de trabalho e proteção à saúde do Trabalhador – Uma análise dos sistemas jurídicos brasileiro e espanhol** – Revista LTr - 76-10 1189-1198 , São Paulo: Ed. Ltr.2012

SOARES, Flaviana Rampazzo. **Responsabilidade civil por dano existencial**. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2009,

TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

BRASIL. Constituição Federal. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em: 19 fev. 2013, às 10:30.

Código Civil. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm> Acesso em: 29 jan. 2014 às 9:10.

Consolidação das Leis do Trabalho. Decreto-lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm> Acesso em: 19 fev. 2014, às 8:40.

Declaração Universal dos Direitos do Homem. Disponível em <http://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/por.pdf> Acesso em: 5 fev. 2014 às 14:15.

Declaração de Filadélfia. Disponível em <http://www.oit.org.br/sites/all/forced_labour/legis_jur/sumario/Declara%C3%A7%C3%A3o%20de%20Filad%C3%A9lfia.pdf> Acesso em 26 fev.2014. 17:50.

Convenções OIT. Disponíveis em <<http://www.oitbrasil.org.br/convention>> acesso em 18.fev.2014. 13:36.

Jurisprudência Superior Tribunal Federal. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>> Acesso em 28 jan.2014, às 16:40.

Súmulas TST. Disponível em <<http://www.tst.jus.br/sumulas>> Acesso em 13 fev.2014, às 10:10.

Precedentes normativos TST. Disponível em <<http://www.tst.jus.br/precedentes-normativos>> Acesso em 13 fev.2014, às 11:00.

Jurisprudência TST. Disponível em <<http://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/jurisSearch.do>> Acesso em 13 fev.2014, às 9:30.

Jurisprudência TRT 1ª Região. Disponível em <<http://www.trt1.jus.br/web/guest/consulta-jurisprudencia>> Acesso 18 fev.2014, às 9:50.

Jurisprudência TRT 2ª Região. Disponível em <<http://www.trtsp.jus.br/pesquisa-jurisprudencia-por-palavra-acordaos>> acesso 18 fev.14, às 10:15.

Jurisprudência TRT 4ª Região. Disponível em <<http://www.trt4.jus.br/portal/portal/trt4/consultas/jurisprudencia/acordaos>> Acesso 18 fev.2014, às 11:40.

Jurisprudência TRT 17ª Região. Disponível em <<http://www.trtes.jus.br/sij/sijproc/Acordao/paginainicial.aspx?id=257>> acesso 18 fev.14, às 11:25.

Lei 8080/90. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8080.htm> acesso em: 13 fev. 2014. 15:00.

Lei 9.029/95. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9029.htm> acesso em: 13 fev. 2014. 16:00.

Agencia de Saúde Suplementar (ANS) - Resolução Normativa (RN) Nº 279/11, Disponível em<http://www.ans.gov.br/index2.php?option=com_legislacao&view=legislacao&task=TextoLei&format=raw&id=1898> Acesso em 19 fev.2014, às 21:40.

MOESCH, Frederico Fernandes. **O princípio da função social da propriedade e sua eficácia.** Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 880, 30 nov. 2005. Disponível em <<http://jus.com.br/artigos/7645>> Acesso em: 13 fev. 2014, 20:00.

Revista Istoé Edição nº 2009 data 02.Mai.08. Disponível em <http://www.istoe.com.br/assuntos/entrevista/detalhe/3305_O+ACESSO+AO+LAZER+E+UM+DIREITO+SOCIAL+>> Acesso em 19.fev.2014, às 19:15.