

VI

Pactuação Coletiva Transnacional

Podemos atribuir a dois fatores o papel principal para o nascimento das características sociais contemporâneas modernas, quais sejam, a modificação do panorama internacional de distribuição de poder e, claro, o aprimoramento da tecnologia de informação. Certamente, tais fatos, em si, não são novidade na história humana, apenas o sendo a velocidade com a qual hoje se desenvolvem⁽²⁴⁹⁾.

Os efeitos dos novos desenvolvimentos na organização laboral e na própria sociedade são incertos, podendo e devendo ser moldados pela sociedade. Hoje vivenciamos uma nova negociação entre indivíduos, os parceiros sociais e o Estado, sendo que o papel dos parceiros sociais parece essencial na determinação do trabalho decente em âmbito mundial⁽²⁵⁰⁾.

Na forma mencionada por Moreira, parece que o diálogo social e a participação dos parceiros sociais, tanto no plano da concertação social como no da negociação coletiva, são capazes de conduzir à descoberta de respostas inovadoras em matéria de desenvolvimento do emprego, de luta contra a exclusão e de melhoria da qualidade de vida e das condições de trabalho. É possível, através da negociação, se conseguir respostas apropriadas, porque portadoras de novas flexibilidades e de segurança renovada, aos grandes desafios de hoje, como o “(...) desenvolvimento da formação ao longo da vida, o reforço da mobilidade, o envelhecimento ativo ou ainda a promoção da igualdade de oportunidades e da diversidade perante um mundo de trabalho que está a sofrer uma verdadeira revolução”⁽²⁵¹⁾.

(249) Cordeiro destaca ser impossível não se ressaltar a profundidade das mudanças sociais havidas por conta das chamadas revoluções liberais dos séculos XVII e XVIII, bom como que tais momentos históricos implicaram uma alteração da distribuição do poder no plano internacional. Esse processo, não obstante, foi conduzido ao longo de mais de um século, se considerarmos a Revolução Gloriosa (1688) e a Revolução Francesa (1789), enquanto eventos que apenas fizeram eclodir transformações que já se encontravam em curso. Conf. em CORDEIRO, Wolney de Macedo. *Contrato coletivo de trabalho transnacional: o direito global do trabalho e sua inserção na ordem jurídica brasileira*. Curitiba: Juruá, 2014. p. 24 e ss.

(250) MOREIRA, Teresa Alexandra Coelho. Algumas notas sobre o trabalho 4.0. *Prontuário de direito do trabalho, 2016 – II*. Lisboa: Centro de Estudos Judiciários, 2016. p. 262.

(251) *Idem*.

A presença de novas formas de debate, as quais tenham os parceiros sociais como atores centrais de negociações, efetivamente parece fundamental para a criação de um sistema de trabalho decente em âmbito mundial. Naturalmente, são aqueles os maiores interessados na criação de uma nova ordem, não sendo diferente quanto ao teletrabalho transnacional.

Nesta espécie de mourejo, enfrentamos uma situação na qual faltam dados mais precisos acerca de quem são os reais trabalhadores, onde eles estão, quais espécies de vínculo de trabalho estão formados (se autônomos ou subordinados, por exemplo), qual a jornada de labor efetivamente desenvolvida etc. Tais imprecisões tornam incerta a atuação dos entes de classe em defesa dos trabalhadores, pois estes, igualmente, muitas vezes não possuem informações suficientes para corretamente lastrear suas ações.

Por outro lado, o labor realizado longe das empresas resulta no isolamento do trabalhador, e esta simples circunstância o afasta física e mentalmente da esfera coletiva que engendra um sindicato. Tal fato cria enormes dificuldades para o órgão classista aproximar-se de cada teletrabalhador, realizando reuniões e atividades coletivas, até porque, como aventado, a própria existência deste pode ser desconhecida pelo ente sindical⁽²⁵²⁾.

Se há hoje uma inédita capacidade de deslocamento das empresas na economia dita pós-fordista, a qual prejudica a negociação coletiva em termos tradicionais (locais), este prejuízo mostra-se ainda mais transparente quando a empresa emprega trabalhadores “virtuais”, vale dizer, quando não precisa se deslocar fisicamente para ser capaz de contratar obreiros noutros países.

Dentro deste universo, o mercado internacional de teletrabalhadores abarca obreiros de todo o globo, em face da possibilidade de se laborar praticamente em qualquer lugar, não havendo limitações físicas para o “deslocamento” da mão de obra. Esta “mobilidade” também enseja dificuldades na atuação sindical, para, por exemplo, forjar um movimento grevista em uma determinada empresa, pois não há contato direto entre o ente sindical e a maioria dos trabalhadores, inexistindo articulação forte entre eles ante esta falta de contato físico, havendo dificuldades para se formar um acordo até mesmo sobre os direitos a serem defendidos pelos obreiros.

De outra parte, a diferença de realidades pessoais dos teletrabalhadores transnacionais (de cultura, idioma, de problemas do cotidiano etc.) torna mais difícil a construção de lideranças, fato naturalmente prejudicial à própria legitimidade dos órgãos classistas.

A realidade atual efetivamente demanda mudanças nas regras laborais, não sendo exceção as relacionadas com as negociações coletivas envolvendo os teletrabalhadores transnacionais, os quais se encontram numa situação inédita, estando inseridos numa realidade regulamentar local distinta da de seu empregador.

As dificuldades narradas, apesar de vultosas, não podem servir de obstáculo para a efetiva atuação de sindicatos, especialmente quanto à pactuação coletiva. O resultado da

(252) MELHADO, Reginaldo. *Metamorfoses do capital e do trabalho: relações de poder, reforma do judiciário e competência da justiça laboral*. São Paulo: LTr, 2006. p. 38.

atuação de atores sociais para firmar regras negociadas próprias apresenta-se como um caminho viável e consistente, o qual pode ser trilhado para fins regulamentares da situação dos teletrabalhadores transnacionais.

Não obstante, as normas pactuadas devem seguir ditames mínimos específicos, assim como os entes sindicais devem se reinventar para se adequar à nova realidade do mercado de trabalho 4.0, e, assim, tornarem-se capazes de exercer com plenitude sua função protetiva.

6.1. Atuação Sindical no Teletrabalho Transnacional

Os trabalhadores compunham um todo homogêneo, cujos membros enfrentavam as mesmas dificuldades de vida e sofriam a mesma exploração no trabalho. Assim, a emancipação da classe trabalhadora, unida por definição, dependia das reivindicações coletivas, uniformes. Não obstante, agora a fragmentação resultante da introdução de relações de trabalho atípicas e precárias, que cria uma diversidade de ocupações até então desconhecida, debilita o poder do sindicato. A antiga “comunhão de interesses” desaparece ante a atomização das atividades produzida pelo teletrabalho, por novas formas de trabalho em domicílio e pelo trabalho informal⁽²⁵³⁾.

Nesta linha, o movimento sindical é necessariamente afetado pela dispersão dos trabalhadores. Na forma indicada por Lamas quando se referiu aos sindicatos europeus, a identificação dos trabalhadores individuais com os interesses gerais de classe e com os projetos de transformação propostos está arruinada e ressentida, sendo difícil agregar as demandas dos novos trabalhadores⁽²⁵⁴⁾.

Sako também indica alguns problemas para a atuação sindical em face da complexidade das situações relacionadas ao trabalho tecnológico executado a distância, destacando as dificuldades para localizar e identificar os teletrabalhadores que prestam serviços dentro de sua base territorial, pois o teletrabalho é invisível e, na maioria das vezes, prestado na informalidade, assim como a dispersão dos obreiros, espalhados pelos mais diferentes territórios, o que faz surgir conflitos entre sindicatos por espaços de atuação. Tais fatos dificultam naturalmente a regulação convencional do teletrabalho⁽²⁵⁵⁾.

(253) Conf. em ROMITA, Arion Sayão. A globalização da economia e o poder dos sindicatos. In: SCAFF, Fernando Facuri (Coord.). *Ordem econômica e social: estudos em homenagem a Ary Brandão de Oliveira*. São Paulo: LTr, 1999.

(254) “No sólo resulta difícil agregar las reivindicaciones de los nuevos trabajadores y procurar su identificación con unos intereses generales de clase, sino que se cuartea y resiente la identificación de los trabajadores individuales con los intereses de clase generales y por con los proyectos de transformación propuestos por los sindicatos”. In: LAMAS, Juan Rivero. *El empleo y las relaciones laborales en el umbral del siglo XXI: una perspectiva comparada, derecho del trabajo*, t. 1998-A, n. 4, Buenos Aires: Ediciones La Ley, abr. 1998, p. 647.

(255) Bem ressalta a autora que “o direito sindical muito lentamente procura adaptar-se a essa nova realidade laboral, tenta superar obstáculos para fazer efetivos os direitos de um sem-número de trabalhadores e teletrabalhadores, pois foi concebido e desenhado para empresas em que todo seu pessoal está agrupado nos centros de trabalho. Esse distanciamento, entre o antigo e o novo, dá origem a diversos conflitos, especialmente em âmbitos como representatividade sindical, regulação convencional do teletrabalho, controle informático das comunicações sindicais, uso dos instrumentos tecnológicos da empresa para exercício da função sindical, e direito de greve”. In: SAKO, Emília Simeão Albino. *Trabalho e novas tecnologias: direitos on-line ou direitos de 4ª geração*. São Paulo: LTr, 2014. p. 199 e 201.

Como mencionado por Cooper, no plano internacional, o valioso papel da OIT no estudo, nas recomendações e conferências mostra-se insuficiente, pois afeta os contratos de trabalho somente de modo genérico e indireto, via legislação. Existe hoje a necessidade de um instrumento ou sistema que internacionalize o sindicato para afetar diretamente o contrato de quem trabalha, pois a nacionalização de empresas estrangeiras é uma ficção legal que visa autorizar seu funcionamento e sujeição formal ao país. Porém, na realidade, trata-se de empregador internacional ou multinacional para quem vai o produto do trabalho, e o aporte de fundos e investimentos também viaja virtualmente sem limite de fronteiras. Neste contexto, apenas “(...) com agência do sindicato no exterior e assessoria adequada poderia se pensar numa negociação globalizada ou internacional por empresa”⁽²⁵⁶⁾.

Efetivamente, os novos paradigmas do labor, especialmente os relacionados com o trabalho a distância via meios telemáticos, estão situados fora do âmbito histórico de atuação dos sindicatos, até porque estes entes foram criados ainda dentro da lógica das fábricas, onde se reuniam todos os empregados.

Os teletrabalhadores, principalmente transnacionais, estão cada vez mais disseminados, tonificando o sistema global e apresentando-se simultaneamente como exército proletário de reserva — necessário para dosificar na medida certa as novas equações da mais-valia *high-tech* — e como subcategoria à qual se impõem modelos de contrato alheios à tutela estatal de direitos fundamentais e à busca (já relegada ao esquecimento) do ideal de igualdade⁽²⁵⁷⁾.

Merece destaque o fato de que as principais centrais sindicais europeias e americanas, nos anos 80 do século passado, rejeitavam e opunham resistência ao teletrabalho. A Central Americana AFL-CIO, em 1983, entendia o teletrabalho realizado em casa como uma representação de um retrocesso ao trabalho doméstico do século XIX, vale dizer, precário, mal pago e sem regalias sociais. Além disso, o isolamento dos teletrabalhadores impediria a organização destes na defesa dos seus interesses. Com estes argumentos pretendia-se a abolição do teletrabalho em casa⁽²⁵⁸⁾.

Também em 1983, posição semelhante foi adotada por diversos sindicatos na Dinamarca e Reino Unido. Aqui também havia a argumentação no sentido da presença de uma pior situação dos teletrabalhadores em domicílio se comparada com a dos trabalhadores tradicionais, notadamente em termos de remuneração, profissão e segurança no emprego. O trabalho em casa geraria a fragmentação, dispersão e perda da capacidade de organização coletiva, bem como o enfraquecimento da ligação dos trabalhadores ao sindicato e a

(256) COOPER, Flávio Allegretti de Campos. Formas de solução de conflitos coletivos de trabalho. *Direito coletivo do trabalho em uma sociedade pós-industrial: estudos em homenagem ao Ministro Antônio José de Barros Levenhagen*. São Paulo: LTr, 2003. p. 113.

(257) MELHADO, Reginaldo. *Metamorfoses do capital e do trabalho: relações de poder, reforma do judiciário e competência da justiça laboral*. São Paulo: LTr, 2006. p. 38.

(258) HERNANDEZ, Márcia Regina Pozelli. *Novas perspectivas das relações de trabalho: o teletrabalho*. São Paulo: LTr, 2011. p. 75.

diminuição do número de trabalhadores sindicalizados, havendo a prevalência dos contratos individuais com diminuição do poder e da influência das entidades classistas⁽²⁵⁹⁾.

A argumentação traçada pela AFL-CIO e por alguns sindicatos britânicos e dinamarqueses mostra-se pertinente em parte, inclusive para os dias atuais, pois efetivamente existe a possibilidade de precarização do labor quando do teletrabalho doméstico, especialmente transnacional. Porém, entendê-lo *a priori* como um retrocesso mostra-se artificial, pois olvidam-se suas vantagens, como a economia de tempo de deslocamento do obreiro para o local de labor. Por outro lado, inegável o prejuízo para a organização dos trabalhadores em defesa de direitos e o isolamento inerente a esta espécie de mourejo, porém, tais fatos não se mostram intransponíveis, podendo haver mobilização conjunta destes trabalhadores com utilização da própria espécie de instrumento de trabalho por eles utilizada, qual seja, os meios telemáticos.

Esta mobilização *on-line* parece ser um bom caminho a ser seguido para enfrentar a alegada fragmentação, dispersão e perda da capacidade de organização coletiva dos teletrabalhadores, evitando-se a diminuição do poder e da influência sindicais.

Fazendo uma análise mais minuciosa quanto à realidade dos sindicatos do Reino Unido nos anos 70 e 80 do século XX, Hernandez destaca a existência de três posições relacionadas com a revolução tecnológica em geral e com o teletrabalho especificamente⁽²⁶⁰⁾.

Os sindicatos ligados às telecomunicações acreditavam que esta espécie de mourejo deveria ser promovida, pois incrementaria a flexibilidade e a autonomia, desenvolvendo as competências profissionais e ensejando melhoria nas condições de vida do trabalhador.

Já nas Trades Union Congress prevalecia uma posição mais defensiva, pois elas viam o teletrabalho como realidade inevitável, porém, problemática, acreditando que ele poderia ser positivo se fossem evitados problemas como isolamento e exploração por exemplo, assegurando-se direitos comuns aos outros trabalhadores.

Por fim, a posição oposta predominava no setor das indústrias da impressão e radiodifusão. A BIFU — Banking, Insurance and Finance Union entendia ser o teletrabalho contrário aos interesses de seus membros e do próprio sindicato. Em relação aos obreiros, esta espécie de labor implicaria isolamento social, problemas psicológicos de motivação, perigo de espionagem eletrônica, aumento dos custos domésticos e problemas derivados dos cuidados dos filhos. Já quanto ao sindicato, o mesmo geraria dificuldades de recrutamento de filiados e problemas de organização coletiva, a exemplo de reuniões no local de trabalho e comunicação entre o órgão classista e os trabalhadores.

As posições acima traçadas parecem mais realistas com relação ao teletrabalho, pois mostram suas principais desvantagens, contudo, também suas principais vantagens. Acerca dos problemas mencionados quanto à atuação sindical, como acima aludido, os mesmos

(259) HERNANDEZ, Márcia Regina Pozelli. *Novas perspectivas das relações de trabalho: o teletrabalho*. São Paulo: LTr, 2011. p. 75.

(260) *Ibidem*, p. 75-76.

demandam novas maneiras de ação para contorná-los condizentes com as especificidades da forma de labor em análise, como a mobilização obreira por meios telemáticos, sendo as inovações na forma de agir um caminho para se adaptar às inovações do atual mundo do trabalho.

Em 16 de julho de 2002, a Confederação Europeia de Sindicatos e as Associações Europeias de Empregadores Unice/UEAPME e Ceep firmaram o primeiro acordo dentro do âmbito europeu visando a regulamentação do teletrabalho. A União Europeia assistiu ao ato através da representante da Comissão Europeia de Emprego e Assuntos Sociais, Anna Diamantopoulou⁽²⁶¹⁾.

O acordo europeu visou atingir o objetivo local de tornar a Europa a economia de conhecimento mais competitiva do mundo, assegurando o equilíbrio necessário entre a flexibilidade e as garantias que necessitam os teletrabalhadores. Não obstante, os Estados-membros não estão obrigados a adotar o acordo⁽²⁶²⁾.

Este pacto, além de voluntário, contém a obrigação de o empresário informar ao teletrabalhador sobre os acordos coletivos e garantir a participação em eleições de seus representantes e comunicação com eles, como se o teletrabalhador dentro da empresa estivesse. O acordo assegura, ainda, os mesmos direitos previstos aos obreiros ditos tradicionais, garantindo ao teletrabalhador a organização do trabalho, por meio de acesso às informações da empresa⁽²⁶³⁾.

Dito isto, temos que, dentro do universo atual, a adaptação dos sindicatos à nova realidade laboral mostra-se lenta e não suficiente para suprir a demanda de representação dos trabalhadores.

A concepção dos entes classistas foi forjada para abarcar casos em que os obreiros estão agrupados nos centros de trabalho. Quebrando o teletrabalho esta lógica, tem-se o fim da harmonia entre as situações para as quais foram aqueles destinados e as demandas atuais dos teletrabalhadores, com reflexos diretos na identificação destes, na representatividade sindical, regulação convencional desta espécie de mourejo, exercício do direito de greve, comunicações sindicais e uso dos instrumentos tecnológicos das empresas para exercício da função sindical.

Existe uma relativização do princípio da territorialidade no teletrabalho a qual fragiliza a representação sindical, exigindo dos sindicatos a aceitação e/ou tolerância de certas atuações em sua base territorial, na medida em que, naquela espécie de mourejo, os teletrabalhadores, em regra, estão vinculados a empresas sediadas fora de sua base. Se os sindicatos foram concebidos para fortalecer as lutas de classe, naturalmente não podem criar embaraços para

(261) HERNANDEZ, Márcia Regina Pozelli. *Novas perspectivas das relações de trabalho: o teletrabalho*. São Paulo: LTr, 2011. p. 75-76.

(262) *Ibidem*, p. 76.

(263) *Idem*.

efetivação de direitos dos trabalhadores, não podendo, por conseguinte, servir sua estrutura arcaica de atuação de obstáculo para a aplicação ou melhor negociação dos mesmos⁽²⁶⁴⁾.

Dessa forma, alguns procedimentos devem ser tomados para a mudança de paradigmas de atuação sindical, tudo para que se possa chegar à efetiva proteção dos teletrabalhadores.

Como aventado anteriormente, o isolamento do trabalhador poderá ser combatido pela sua mobilização por meios telemáticos, enfrentando-se, assim, a fragmentação e perda de organização coletiva dos teletrabalhadores.

Por outro lado, as empresas poderiam (mediante pactuação concernente) fornecer informações sobre a quantidade de teletrabalhadores efetivamente empregados, inclusive em caráter transnacional.

Os próprios sindicatos poderiam (e deveriam) solicitar essas informações às empresas sediadas em sua base territorial, as quais poderiam informar o número de teletrabalhadores contratados com ou sem vínculo empregatício, e/ou, ainda, realizar um senso para contagem desses obreiros, a fim de exercer uma representação ampla, inclusive transnacional, quando houver este tipo de contratação envolvendo pessoas de outros países⁽²⁶⁵⁾.

Na hipótese de conflitos entre sindicatos profissionais por representatividade, deverão eles empreender esforços no sentido de buscar a solução que melhor atenda aos interesses dos trabalhadores (que poderá ser, inclusive, uma atuação conjunta), olvidando, em cada caso concreto, seus únicos e exclusivos interesses. Caso o consenso não seja atingido, poderão recorrer ao Judiciário para a eliminação do conflito⁽²⁶⁶⁾.

As regras processuais de recurso ao poder judiciário no caso de haver conflitos entre entes sindicais deverão ser as mesmas já aventadas no Capítulo IV quando da análise da atuação judicial no teletrabalho transnacional, vale dizer, deverão ser analisados os ordenamentos legais aplicáveis pelo primeiro magistrado que tomar conhecimento da lide após o ajuizamento da ação por qualquer dos órgãos de classe, que poderá decidir pela sua real competência, ou não, seguindo os princípios e regras traçados naqueles sistemas legais, os quais naturalmente devem seguir os ditames universais dos direitos humanos.

Ultrapassada a fase de definição de competência, deve o magistrado competente buscar a justiça no caso concreto, analisando sob aqueles ditames universais qual o ente sindical mais apto a melhor defender os teletrabalhadores, ou mesmo se mais de um deve fazê-lo de forma conjunta. Ao ser decidido qual o ente sindical competente no particular, ou quais o são, o(s) mesmo(s) passa(m) a naturalmente ter uma atuação internacional⁽²⁶⁷⁾.

(264) SAKO, Emília Simeão Albino. *Trabalho e novas tecnologias: direitos on-line, ou, direitos de 4ª geração*. São Paulo: LTr, 2014. p. 203.

(265) *Ibidem*, p. 201.

(266) *Idem*.

(267) Merece destaque o fato de o internacionalismo sindical não ser uma tendência nova. Na realidade, desde o século XIX, é possível identificar uma série de iniciativas no sentido de congregar os trabalhadores em âmbito mundial. A partir de meados desse século, é possível identificar uma nítida tendência de internacionalização do movimento sindical, naturalmente motivado pela difusão ideológico-política do comunismo, que não se circunscrevia

De qualquer forma, mesmo quando do conflito citado e da decisão pela legitimidade para atuação de um determinado sindicato, alguns procedimentos específicos quanto ao negociado coletivamente devem ser tomados, os quais se assemelham à colaboração entre órgãos do poder judiciário também mencionada no Capítulo relacionado à atuação judicial.

Neste caso, poderia haver colaboração entre sindicatos, vale dizer, do entendido como competente para reger as negociações e de outros de trabalhadores da(s) sede(s) da(s) empregadora(s), podendo ser este proceder um importante ponto de ligação facilitador das negociações, pois estes últimos entes sindicais são naturalmente mais conhecedores da realidade da(s) empresa(s) com quem negocia(m) por estarem inseridos no universo local de sua(s) sede(s).

A criação de estratégias articuladas com as diferentes sedes sindicais nacionais e internacionais e a coordenação em rede são algumas ações que podem ser adotadas pelos sindicatos na cooperação ora defendida, a fim de que representem corretamente os teletrabalhadores dispersos em vários países⁽²⁶⁸⁾.

Ao descentralizar a produção, as empresas normalmente ignoram a representatividade sindical, ditando suas próprias regras sobre as condições de trabalho e remuneração, pois objetivam obter maiores lucros a partir da redução/eliminação de direitos trabalhistas e

aos sindicatos, mas sim a toda a sociedade, ávida por integrar a humanidade em um ideal único. A partir de então, mostra-se possível acompanhar o desenvolvimento do internacionalismo sindical, que se divide em três períodos distintos: os primórdios da industrialização (décadas de 1830 a 1870); o aprofundamento da industrialização (décadas de 1880 a 1970); e, por fim, o início do capitalismo global (décadas de 1980 até os dias atuais). Não obstante, no final do século XX houve uma ruptura do paradigma reinante do perfil das entidades sindicais, com sua forma de agir globalmente. Porém, não é possível equiparar o atual panorama de atuação global dos sindicatos com o fenômeno da internacionalização observado nos séculos XIX e XX. O perfil contemporâneo das entidades sindicais globais emerge a partir de paradigmas diversos daqueles construídos ao longo do ortodoxo internacionalismo sindical. Dito movimento apresenta como motivação o fortalecimento da atuação sindical em si e não uma perspectiva de garantia global dos direitos sociais. Na realidade, foi a descentralização produtiva contemporânea que conferiu aos sindicatos um papel mais abrangente, enquanto instituição de defesa dos trabalhadores. Conf. em CORDEIRO, Wolney de Macedo. *Contrato coletivo de trabalho transnacional: o direito global do trabalho e sua inserção na ordem jurídica brasileira*. Curitiba: Juruá, 2014. p. 133-134.

(268) Na forma indicada por Sako, "Há novas exigências no contexto do sindicalismo. A atuação em rede, englobando representações internas de trabalhadores, sindicatos, comitês nacionais, centrais sindicais e comitês mundiais de trabalhadores, além de organismos internacionais, como a OIT, é indispensável à negociação coletiva transacional tecnológica, pois será capaz de impor limitações ao capital e enfrentar as políticas flexibilizantes e desregulamentadoras de direitos. No âmbito internacional, merecem destaque, por já terem incorporado tais inovações, a Federação Sindical Mundial (FSM), com sede em Praga, e que reúne associações sindicais comunistas ou socialistas-democráticas, a Confederação Mundial do Trabalho (CMT), com sede em Bruxelas, que congrega associações sindicais defensoras da doutrina cristã, e a Confederação Internacional das Organizações Sindicais Livres (CIOSL), com sede em Bruxelas e que defende o sindicalismo profissional, sem vinculação política ou religiosa. A negociação coletiva em níveis abrangentes irá beneficiar os trabalhadores e especialmente os teletrabalhadores, onde quer que estejam trabalhando. Entre outras questões, poderão ser negociadas condições específicas para o trabalho a distância, executado por meio das novas tecnologias, como remuneração mínima, limitação da jornada, formação profissional, períodos de descansos e formas de exercício dos direitos coletivos". In: SAKO, Emília Simeão Albino. *Trabalho e novas tecnologias: direitos on-line ou direitos de 4ª geração*. São Paulo: LTr, 2014. p. 206.

encargos sociais. Nesta linha, muitos trabalhadores, apesar de exercerem as mesmas funções e estarem sujeitos às mesmas condições de trabalho quando comparados a outros, acabam recebendo tratamentos diferenciados, menos favoráveis, pelo simples fato de a empresa não estar sediada no local da prestação de labor, “(...) ou por trabalharem em determinada região, onde os direitos fundamentais, sociais e laborais não fazem parte da cultura jurídica, e a atuação sindical é inexistente ou mais débil”⁽²⁶⁹⁾.

Assim, deve-se buscar uma negociação coletiva específica para os teletrabalhadores transnacionais, a qual também inclua sindicatos obreiros distintos na forma citada, forjando regras universais a serem respeitadas pelas empresas e pelos trabalhadores envolvidos, seguindo os caminhos como os mencionados no item “pactuação coletiva e o teletrabalho transnacional” a seguir.

Não obstante, na hipótese de inexistência desta pactuação internacional⁽²⁷⁰⁾, parece-nos correto aplicar para o caso concreto as regras negociadas que abarquem as empresas contratantes e/ou os teletrabalhadores de qualquer dos lugares (das sedes dos sindicatos dos trabalhadores ou das empresas), sendo guiada a escolha pelo senso da aplicação do justo no caso concreto, assim como pela teoria do conglobamento mitigado, analisando cada conjunto normativo pactuado coletivamente de forma global considerado o mesmo universo temático.

Tal proceder condiz com o Estado Democrático de Direito, sendo certo que, através dele, naturalmente se chegará à isonomia de tratamento entre os teletrabalhadores transnacionais e os nacionais e/ou obreiros tradicionais, pois é este um dos pilares fundamentais do próprio conceito de justiça para aquele “Estado” tão cara.

6.2. Direitos Fundamentais e sua Aplicação nas Relações Privadas

Num Estado democrático, é missão estatal concretizar os direitos fundamentais. Barros bem versa neste sentido:

A garantia de sua eficácia jurídica e material não se resolve com a simples positivação de seu conteúdo em uma carta constitucional, haja vista a Constituição de Weimar, que foi solapada pelo nazismo. Foi de fato necessária uma reinterpretação do valor da Constituição como garantia dos direitos fundamentais. Nessa virada que se operou dentro da ciência do direito constitucional, a pauta de bens e valores inscrita na Constituição foi tida como pauta mínima e, ao mesmo tempo,

(269) SAKO, Emília Simeão Albino. *Trabalho e novas tecnologias: direitos on-line ou direitos de 4ª geração*. São Paulo: LTr, 2014. p. 202.

(270) Na hipótese de inexistência deste regramento, Sako defende a adoção do critério da norma mais favorável e da condição mais benéfica (princípio da proteção), conferindo-se ao teletrabalhador os mesmos direitos e benefícios sociais assegurados aos trabalhadores/teletrabalhadores internos e/ou externos da mesma ou de outras regiões, pela lei e/ou pelas normas coletivas de trabalho. Esse é o sentido que se atribui ao princípio da isonomia, que veda tratamentos diferenciados em matéria de trabalho e ocupação, justificando que os direitos assegurados pelas normas coletivas de trabalho a um trabalhador seja conferido a outro, nas mesmas condições, salvo se as diferenças forem justificadas objetivamente. SAKO, Emília Simeão Albino. *Trabalho e novas tecnologias: direitos on-line ou direitos de 4ª geração*. São Paulo: LTr, 2014. p. 202.

vinculante para todos, até mesmo para o Estado, deixando de ser considerada mera carta de intenções ou mero programa de governo⁽²⁷¹⁾.

Por seu turno, Alexy sustenta que:

O Tribunal Constitucional Federal tenta dar conta do efeito da irradiação dos princípios fundamentais na totalidade do sistema legal com a ajuda do conceito de ordem de valor objetiva. Para citar o Tribunal: “De acordo com a jurisprudência permanente do Tribunal Constitucional Federal, as normas fundamentais contêm não apenas direitos subjectivos de defesa do indivíduo contra o Estado, mas representam, ao mesmo tempo, um mandado de valor objetivo que, como decisão legal-constitucional básico, aplica-se a todas as áreas do direito e fornece diretrizes e impulsos para legislação, administração e justiça⁽²⁷²⁾”.

Em linhas gerais, se dizia que, dentro de sua evolução, os direitos fundamentais tinham por objetivo principal a defesa dos direitos privados contra atitudes ilegais do Estado. Nesta linha, os direitos fundamentais se dirigiriam exclusivamente contra o poder do Estado.

Dizia-se que havia apenas a chamada “eficácia vertical dos direitos fundamentais”, a qual se refere à vinculação do Estado com os particulares nessa categoria de direitos. Como explica Soares, aquela expressão se aplica porque o Estado se encontra em posição superior à do cidadão, e sua vinculação ocorre por uma relação em formato vertical, pois o interesse público tem supremacia sobre os interesses privados. Sob esta concepção de direitos, todos os poderes públicos do Estado devem respeito aos direitos fundamentais, para não violar os direitos de defesa dos indivíduos, na ausência de intervenção estatal⁽²⁷³⁾.

Superada a concepção do Estado Liberal com a adoção do Estado Social, passou o cidadão a exigir do Estado prestações positivas por parte dos poderes públicos, não podendo mais aquele ficar inerte em face das necessidades de vida dos seus cidadãos. Os poderes públicos adquiriram uma vinculação positiva ante os direitos fundamentais, de forma até mesmo prestacional, para tornar possível, faticamente, que os indivíduos vissem cumpridos os ideais de liberdade e de igualdade⁽²⁷⁴⁾.

Não obstante, a doutrina e a jurisprudência têm evoluído no sentido de se entender obrigatório o respeito aos direitos fundamentais não só pelos Estados, mas, outrossim, pelos particulares. Para a Corte Constitucional alemã, os direitos fundamentais são valores

(271) BARROS, Suzana de Toledo. *O princípio da proporcionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*. 2. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2000. p. 92.

(272) “El Tribunal Constitucional Federal trata de dar cuenta de efecto de irradiación de las normas iusfundamentales en la totalidad del sistema jurídico con la ayuda del concepto de orden valorativo objetivo. Para citar al Tribunal: “De acuerdo con la jurisprudencia permanente del Tribunal Constitucional Federal, las normas iusfundamentales contienen no sólo derechos subjetivos de defensa del individuo frente al Estado, sino que representa, al mismo tiempo, un orden valorativo objetivo que, en tanto decisión básica jurídico-constitucional, vale para todos los ámbitos del derecho y proporciona directrices e impulsos para la legislación, la administración y la justicia”. ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997. p. 507.

(273) SOARES, Saulo Cerqueira de Aguiar. *Direitos fundamentais do trabalho*. São Paulo: LTr, 2017. p. 109.

(274) *Idem*.

objetivos positivados e, dessa forma, devem ser aplicados em toda a sociedade, não sendo dirigidos apenas ao Estado⁽²⁷⁵⁾.

Por outro lado, há também posituação expressa desta aplicabilidade em Cartas Constitucionais como a de Portugal, dispondo, em seu art. 18, que os preceitos constitucionais respeitantes aos direitos, liberdades e garantias são diretamente aplicáveis e vinculam as entidades públicas e privadas⁽²⁷⁶⁾.

Seguindo esta linha de raciocínio, há também a chamada “eficácia horizontal dos direitos fundamentais”, através da qual os direitos fundamentais também são aplicados para quem deles usufrui, devendo ser respeitados e preservados igualmente por quem deles é titular. Dentro desta relação de carácter linear, Silva diz que, de forma distinta do que ocorre com relação ao Estado (o qual é somente destinatário dos direitos fundamentais, sendo exclusivamente seu sujeito passivo, sem deles gozar), “(...) qualquer relação entre particulares significa uma relação entre dois titulares dos mesmos direitos”⁽²⁷⁷⁾.

Nesta linha, não são só os poderes públicos os únicos agentes ativos com possibilidade de macular os direitos fundamentais dos cidadãos, também podendo assim agir as pessoas (físicas ou jurídicas) dentro de uma relação de nível horizontalizado, numa relação entre particulares. Na existência de ameaça concreta àqueles direitos por uma terceira pessoa alheia ao Estado (ou mesmo por este, quando agindo de forma idêntica a um particular, sem o *jus imperii*⁽²⁷⁸⁾), é mister se entender ser o respeito aos direitos fundamentais vinculante também dos particulares nas suas relações com os outros de mesma situação.

Merece destaque o fato de parte da doutrina defender a existência da eficácia diagonal dos direitos fundamentais.

Como dito, a eficácia vertical tem sua razão pela posição superior do Estado em face do indivíduo. Já a eficácia horizontal compreende como igual o patamar entre os cidadãos, em relações jurídico-privadas. Não obstante, relações privadas há nas quais as partes não estão em igualdade. Nestas, apesar de o cidadão ter autonomia para celebrar o contrato, tem

(275) HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998. p. 283. Neste sentido também SARMENTO, Daniel. A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais no direito comparado e no Brasil. In: BARROSO, Luís Roberto (Org.). *A nova interpretação constitucional*. Porto Alegre: Fabris, 2003. p. 198.

(276) PARTE I – Direitos e deveres fundamentais – TÍTULO I – Princípios gerais – Art. 18.º – (Força jurídica) – 1. Os preceitos constitucionais respeitantes aos direitos, liberdades e garantias são directamente aplicáveis e vinculam as entidades públicas e privadas; 2. A lei só pode restringir os direitos, liberdades e garantias nos casos expressamente previstos na Constituição; 3. As leis restritivas dos direitos, liberdades e garantias têm de revestir carácter geral e abstracto e não podem diminuir a extensão e o alcance do conteúdo essencial dos preceitos constitucionais. In PORTUGAL. Decreto de Aprovação da Constituição n. CRP 1976 de 10.4.1976. Disponível em: <http://bdjur.almedina.net/item.php?field=item_id&value=229765>. Acesso em: 18 ago. 2018.

(277) SILVA, Virgílio Afonso da Silva. *A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares*. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 53.

(278) Expressão em latim que significa, numa tradução livre, direito de mandar, direito enquanto autoridade.

obrigações que vinculam seu próprio corpo à parte contrária, como ocorre nas relações trabalhistas, em que o empregado vende sua força de trabalho⁽²⁷⁹⁾.

A eficácia diagonal decorre do cotejo entre a eficácia vertical, em que há a relação cidadão/Estado, e a horizontal, quando se tem presente a relação particular/particular. Em relações jurídicas como as de trabalho por exemplo, caracterizadas pelo exercício de poder de um sujeito sobre o outro, não há falar em eficácia vertical nem em eficácia horizontal, mas sim em eficácia diagonal⁽²⁸⁰⁾.

Neste caso, não há uma relação horizontal, pois uma das partes contratantes precisa sobreviver e, em razão deste fato, acaba abdicando de uma parcela de sua autonomia em privilégio da outra. Destarte, a linha da relação deixa de ser horizontal para se tornar diagonal.

O empregador encontra-se naturalmente numa posição de superioridade mantendo uma relação de desigualdade material com o empregado, havendo, por conseguinte, maiores possibilidades de haver violações aos direitos fundamentais nesta relação de caráter laboral.

Nesta linha, a aplicação direta dos direitos fundamentais é uma conclusão lógica para o Direito do Trabalho. Isto decorre do citado enorme poder do qual é o empregador titular sobre os empregados contratados. Este poder não se restringe ao ambiente econômico, adentrando no universo jurídico, fato que faz concluir que há mais de uma eficácia horizontal entre iguais, ganhando ela uma dimensão, como exposto, diagonal. Possui o empregador potestades e poderes diretivos e sancionatórios muito importantes, os quais, em certa medida, o assemelham ao próprio Estado. Por estes fatos, existe uma inadequação da expressão “eficácia horizontal” para as relações que envolvem esse desequilíbrio de forças, devendo ser lançada a nomenclatura “eficácia diagonal”⁽²⁸¹⁾.

O reconhecimento da eficácia diagonal nas relações trabalhistas mostra-se mais salutar que o antigo sentido da eficácia horizontal, isso porque reflete de forma mais precisa a relação empregador-empregado e permite que o Poder Judiciário venha a fazer um cotejo entre os direitos fundamentais dos trabalhadores e os direitos fundamentais dos empregadores, de modo a efetivar a justiça social e promover a redução das desigualdades sociais⁽²⁸²⁾.

A eficácia diagonal impõe limitações ao poder do empregador que envolvem todas as suas facetas: disciplinar, diretiva, regulamentar, fiscalizatória, as quais muitas vezes são utilizadas como subterfúgios para diversas violações aos direitos fundamentais de cidadania e direitos fundamentais do trabalho. Destarte, o reconhecimento daquela eficácia na relação empregatícia mostra-se extremamente relevante, pois protege os trabalhadores das violações

(279) SOARES, Saulo Cerqueira de Aguiar. *Direitos fundamentais do trabalho*. São Paulo: LTr, 2017. p. 112.

(280) ROMITA, Arion Sayão. *Direitos fundamentais nas relações de trabalho*. 5. ed. São Paulo: LTr, 2014. p. 252.

(281) CONTRERAS, Sergio Gamonal. *Cidadania na empresa e eficácia diagonal dos direitos fundamentais*. São Paulo: LTr, 2011. p. 28.

(282) SOARES, Saulo Cerqueira de Aguiar. *Direitos fundamentais do trabalho*. São Paulo: LTr, 2017. p. 114.

mencionadas e preserva a sua condição de pessoa diante dessa situação desnivelada entre particulares⁽²⁸³⁾.

A primeira referência a esta teoria foi feita no Tribunal Superior da Comunidade Valenciana, na Espanha, em 2001⁽²⁸⁴⁾, quando, analisando um caso de violação do direito de dignidade do trabalhador, decidiu que:

(...) dadas as particularidades em razão da eficácia dos direitos fundamentais nas relações horizontais (entre particulares) ou diagonais (como podem ser qualificadas as relações empresário-trabalhador), resulta compreensível que na positivação do reconhecimento dos direitos fundamentais não específicos do âmbito trabalhista (sindicalização, reunião etc.), nosso legislador tenha optado por fórmulas abertas.⁽²⁸⁵⁾

Soares cita decisões do Tribunal Superior do Trabalho do Brasil em que a teoria em análise também é citada.

No Brasil, o TST já vem reconhecendo a aplicação da terminologia “eficácia diagonal dos direitos fundamentais”, como se pode verificar nos seguintes julgados: (...) os direitos fundamentais, em sua eficácia horizontal, ou, usando a moderna concepção de Sérgio Gamonal, em sua eficácia diagonal (GAMONAL CONTRE-RAS, Sergio. Cidadania na empresa e eficácia diagonal dos direitos fundamentais. São Paulo: LTr, 2011), vinculam não apenas o Estado, mas também os particulares. (BRASIL, RR 1882-80.2010.5.02.0061, 2016g).

(...) é nesse cenário que se percebe uma das maiores virtudes do Direito do Trabalho: proporcionar a eficácia diagonal dos direitos fundamentais (notadamente do princípio da dignidade da pessoa humana — art. 1º, inciso II, da Constituição Federal), protegendo a relação entre particulares, perceptivelmente caracterizada pelo desequilíbrio e pela desproporcionalidade, evitando que a subordinação jurídica (direção quanto ao modo de execução do trabalho) se transforme em submissão (sujeição pessoal de uma das partes à outra). (BRASIL, RR-2121-31.2012.5.15.0133, 2015f)⁽²⁸⁶⁾.

Dito isto, temos por importante destacar as palavras de Abrantes, que faz uma interessante análise da questão da aplicabilidade dos direitos fundamentais nas relações de trabalho. Ressalta o autor que uma evidência resultante da análise de dados de diversos países é que a eficácia dos direitos fundamentais no âmbito do contrato de trabalho é um

(283) SOARES, Saulo Cerqueira de Aguiar. *Direitos fundamentais do trabalho*. São Paulo: LTr, 2017. p. 115-116.

(284) *Ibidem*, p. 112.

(285) “(...) Dadas las particularidades que se dan en razón de la eficacia de los derechos fundamentales en las relaciones horizontales (entre particulares) o diagonales (como pueden calificarse las relaciones empresario-trabajador), resulta comprensible que en la positivación del reconocimiento de los derechos fundamentales no específicos del ámbito laboral (sindicación, reunión etc.), nuestro legislador haya optado por fórmulas abiertas”. In: ESPANHA. Tribunal Constitucional de España. Pleno. Cuestión de inconstitucionalidad número 223/1981. Sentencia 22/1981, de 2 de julio de 1981. Boletín Oficial del Estado, Madrid, n. 172, 1981. Disponível em: <<http://www.boe.es/boe/dias/1981/07/20/pdfs/T00001-00007.pdf>>. Acesso em: 27 dez. 2017.

(286) SOARES, Saulo Cerqueira de Aguiar. *Direitos fundamentais do trabalho*. São Paulo: LTr, 2017. p. 113.

problema de delimitação de direitos, sendo uma questão de limitações recíprocas entre duas realidades — liberdade da empresa e direitos fundamentais — frequentemente em órbita de colisão. A eficácia dos direitos não pode conduzir ao seu totalitarismo, pois não têm caráter absoluto ou ilimitado, devendo, por conseguinte, haver respeito aos limites impostos pela Constituição e compaginar-se com os outros bens ou princípios por ela, direta ou indiretamente, garantidos⁽²⁸⁷⁾.

No caso, a liberdade empresarial também encontra morada constitucional, razão pela qual o exercício, pelo trabalhador, dos seus direitos fundamentais não pode afetar a finalidade principal da empresa nem ensejar o descumprimento do contrato de trabalho, devendo antes a sua eficácia harmonizar-se com outros princípios e valores, tais como a liberdade negocial, a boa-fé ou o cumprimento pontual dos contratos.

(...) nesta complexa matéria das relações entre a liberdade da empresa e os direitos fundamentais dos trabalhadores, deve procurar-se uma interpretação e aplicação do direito, que, a partir da ideia de "unidade da Constituição"; alcance a "concordância prática" de todos os interesses envolvidos, única forma capaz de conjugar a mais ampla liberdade possível do trabalhador com a também mais ampla autonomia negocial.⁽²⁸⁸⁾

Propõe Abrantes um exercício de releitura do esquema normativo do contrato de trabalho, admitindo-se em seu seio todas as liberdades e direitos fundamentais que, em face da situação fática, não se oponham ao correto desenvolvimento das diversas prestações e da própria funcionalidade do contrato de labor. No caso, não é possível o cumprimento pontual do contrato, sem que os direitos fundamentais sejam comprimidos, mas esta compressão apenas ocorreria até o limite do demandado por sua finalidade⁽²⁸⁹⁾.

Porém, defende o autor também a submissão do contrato de trabalho à ordem constitucional, devendo nele haver respeito à dignidade humana e aos direitos fundamentais, sendo estas as barreiras intransponíveis ao poder de direção do empregador e à subordinação obreira, não podendo as empresas arbitrariamente limitar aqueles direitos. No caso, direitos como o da intimidade e da liberdade de expressão não podem ser negociados, estando plenamente presentes no pacto de labor⁽²⁹⁰⁾.

Isto posto, temos que Abrantes defende efetivamente a aplicação dos direitos fundamentais dos trabalhadores nos contratos de trabalho, apenas entendendo que estes devem ser ponderados com os direitos patronais, que podem eventualmente prevalecer caso aqueles tenham mantida sua base intacta, vale dizer, caso não haja mácula à própria essência do direito fundamental.

Este equilíbrio defendido pelo autor não é colidente com a proteção dos direitos fundamentais dos obreiros, pois estes não restam preservados, apenas devendo haver ponderação

(287) ABRANTES, José João. *Contrato de trabalho e direitos fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2005. p. 172.

(288) *Ibidem*, p. 172-173.

(289) *Ibidem*, p. 173-174.

(290) *Ibidem*, p. 174.

dos mesmos com os direitos patronais, sempre à busca de uma solução justa para o caso concreto.

Neste momento, mister se faz traçar uma diferenciação entre as teorias de aplicação mediata e imediata das normas de direito fundamental no âmbito das relações jurídicas entre particulares.

Na teoria de aplicação mediata procura-se conciliar a teoria clássica dos direitos fundamentais (vale dizer, a qual defende serem eles apenas oponíveis contra o Estado) com a necessidade de proteção a estes direitos. Nesta linha, o legislador infraconstitucional deveria realizar os direitos, transportando-os e conciliando-os, por meio de lei, para o universo das relações privadas.

Aponta esta teoria que apenas existe uma interferência aos direitos fundamentais nas normas infraconstitucionais, não havendo aplicação imediata nas relações envolvendo particulares. Como indicado por Soares, neste caso se tem a falta de garantia da aplicabilidade efetiva dos direitos fundamentais nas relações privadas, pois, “(...) apesar de reconhecer a horizontalidade dos direitos fundamentais, cria-se um embaraço à sua aplicabilidade imediata, o que não coaduna à intenção teleológica dos direitos fundamentais”⁽²⁹¹⁾.

Como ressalta Amaral, através da adoção desta teoria seria evitada a ingerência do juiz na autonomia da vontade dos particulares, pois este é outro direito fundamental de liberdade, o qual pode, em tese, estar sendo igualmente violado pelo Estado. Nesta linha, ante a existência de potencial conflito entre direitos fundamentais, a tarefa de harmonizá-los seria, precipuamente, do legislador, não do juiz.

De acordo com essa concepção, a função do juiz seria não a de aplicar diretamente os direitos fundamentais nas relações privadas, mas, sim, a de interpretar a legislação infraconstitucional, quando existente, a fim de realizar — concretizar — a Constituição (os direitos fundamentais). Em outras palavras, pode-se falar numa interpretação conforme a Constituição, ou, melhor dizendo, conforme os direitos fundamentais, a ser precedida pelo juiz em cada caso concreto. Aliás, tal postulado hermenêutico deflui da compreensão dos direitos fundamentais como valores objetivos. (...) Assim sendo, para os defensores da teoria da aplicação mediata dos direitos fundamentais, estes deveriam ser concretizados pelo legislador. A função do Poder Judiciário seria a de conferir uma interpretação conforme os direitos fundamentais à legislação infraconstitucional. E apenas quando esta não for possível, caberia ao Poder Judiciário declarar a inconstitucionalidade da norma infraconstitucional não condizente com os direitos fundamentais. Ainda nesse norte, os direitos fundamentais, como valores objetivos positivados, deveriam inspirar toda a atuação do Estado (Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário), que deveria agir para torná-los efetivos⁽²⁹²⁾.

Não obstante, a aplicação mediata não se sustenta quando cotejada com a da eficácia direta ou imediata, pois as normas de direitos fundamentais não devem ser apenas meras

(291) SOARES, Saulo Cerqueira de Aguiar. *Direitos fundamentais do trabalho*. São Paulo: LTr, 2017. p. 111.

(292) AMARAL, Arnaldo José Duarte do. *Princípio da Moralidade Administrativa: necessidade de densificação*. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Ceará. Fortaleza, 2002. p. 55-56.