

I ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

DIREITO DO TRABALHO E MEIO AMBIENTE DO TRABALHO II

ILTON GARCIA DA COSTA

LEONARDO RABELO DE MATOS SILVA

SAMYRA HAYDÊE DAL FARRA NASPOLINI

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte deste anal poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina

Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiuza - UFMG/PUCMG – Minas Gerais

Vice-presidente Nordeste - Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS – Sergipe

Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul

Secretário Executivo - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini - Unimar/Uninove – São Paulo

Representante Discente – FEPODI

Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro

Prof. Dr. Aires José Rover - UFSC – Santa Catarina

Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP – São Paulo

Prof. Dr. Marcus Firmino Santiago da Silva - UDF – Distrito Federal (suplente)

Prof. Dr. Ilton Garcia da Costa - UENP – São Paulo (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM – Santa Catarina

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR – Ceará

Prof. Dr. José Barroso Filho - UPIS/ENAJUM – Distrito Federal

Relações Internacionais para o Continente Americano

Prof. Dr. Fernando Antônio de Carvalho Dantas - UFG – Goiás

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão

Relações Internacionais para os demais Continentes

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo

Profa. Dra. Maria Aurea Baroni Cecato - Unipê/UFPB – Paraíba

Eventos:

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch (UFSM – Rio Grande do Sul)

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho (Unifor – Ceará)

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta (Fumec – Minas Gerais)

Comunicação:

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro (UNOESC – Santa Catarina)

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho (UPF/Univali – Rio Grande do Sul)

Dr. Caio Augusto Souza Lara (ESDHC – Minas Gerais)

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP – Pernambuco

D597

Direito do trabalho e meio ambiente do trabalho II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Leonardo Rabelo de Matos Silva; Ilton Garcia Da Costa; Samyra Haydêe Dal Farra Napolini – Florianópolis: CONPEDI, 2020.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-65-5648-091-6

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Constituição, cidades e crise

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Assistência. 3. Isonomia. I Encontro Virtual do CONPEDI (1: 2020 : Florianópolis, Brasil).

CDU: 34



I ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

DIREITO DO TRABALHO E MEIO AMBIENTE DO TRABALHO II

Apresentação

No dia 24 de junho de 2020, ocorreu durante o I Encontro Virtual do CONPEDI a reunião do Grupo de Trabalho DIREITO DO TRABALHO E MEIO AMBIENTE DO TRABALHO II, com todos os artigos apresentados via digital pelos participantes do grupo. A reunião transcorreu normalmente sendo essa a sequência dos trabalhos apresentados:

1. RISCOS DAS NANOTECNOLOGIAS NO AMBIENTE DE TRABALHO: A PROTEÇÃO AO TRABALHADOR A PARTIR DO PRINCÍPIO DA PRECAUÇÃO Rudinei Jose Ortigara

2. RELAÇÕES CULTURAIS E TRABALHISTAS NA CADEIA PRODUTIVA DOS ARTIGOS DE MIRITI EM ABAETETUBA/PA. Helder Fadul Bitar e Suzy Elizabeth Cavalcante Koury

3. O FATO DO PRÍNCIPE E A CONVID-19 NAS RELAÇÕES DE TRABALHO. André Vitoriano da Silva

4. TERCEIRIZAÇÃO, REFORMA TRABALHISTA E UBERIZAÇÃO DO TRABALHO: ELEMENTOS ESTRUTURANTES DO DIREITO DO TRABALHO DE EXCEÇÃO NO BRASIL. Letícia Pereira Lima e Francisco Meton Marques De Lima

5. TRABALHADOR DELLIVERY: A UBERIZAÇÃO E A PRECARIZAÇÃO DAS RELAÇÕES DE EMPREGO. Nelci Lurdes Gayeski Meneguzzi.

6. UM PARADOXO ENTRE OS LIMITES MORAIS DO MERCADO E AS IMPLICAÇÕES DA PANDEMIA DO CORONAVÍRUS (COVID-19) NO BRASIL NAS RELAÇÕES MAIS VULNERÁVEIS DE CONSUMO E DE TRABALHO. Luis Gustavo Barbedo Coelho Montes De Carvalho e Francisco de Assis Oliveira.

7. UBERIZAÇÃO DAS RELAÇÕES DE TRABALHO: A NOVA REALIDADE LABORAL. Rafaela Rabelo Daun , Olivie Samuel Paião e Mario Furlaneto Neto.

8. TRABALHO E GÊNERO: UMA NOVA VARIÁVEL PARA ANÁLISE DO RECONHECIMENTO. Carolina Höhn Falcão.

9. O PERVERSO NOSSO DE CADA DIA: A INFLUÊNCIA DOS NOVOS MODELOS DE GESTÃO E FATORES AMBIENTAIS NO ASSÉDIO MORAL. Hilda Baião Ramirez Deleito.

10. O TRABALHO DO “PECONHEIRO” NA REGIÃO AMAZÔNICA: UMA ANÁLISE DAS CONDIÇÕES DE TRABALHO NA COLHEITA DO AÇAÍ A PARTIR DO CONCEITO DE TRABALHO DECENTE. Erica de Kassia Costa da Silva e Vanessa Rocha Ferreira

11. PROJETO “ESCOLA SEM PARTIDO” E LIBERDADE DE CÁTEDRA NOS CURSOS DE DIREITO. Debora Markman.

12. O TRABALHO INFANTIL NO BRASIL COMO SUBTRAÇÃO DE DIREITOS HUMANOS E SUA RELAÇÃO COM O LABOR FORÇADO. Germano André Doederlein Schwartz e Gabriela Di Pasqua Pereira.

13. OS REFLEXOS DA INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL NO DIREITO E OS NOVOS DESAFIOS DA CARREIRA JURÍDICA. Bruno Augusto Barros Rocha , Ricardo Libel Waldman.

14. OS LIMITES CONSTITUCIONAIS DO NEGOCIADO SOBRE O LEGISLADO. Waldomiro Antonio Rizato Junior , Jean Henrique Jocarelli

15. O “TRABALHO DECENTE” E OS DESAFIOS DA CONTEMPORANEIDADE. Márcia Regina Castro Barroso.

16. O ASSÉDIO MORAL NAS RELAÇÕES TRABALHISTAS E A PRODUÇÃO DE PROVAS NO JUDICIÁRIO BRASILEIRO. Fernando da Silva Luque.

17. O DIREITO DA PREVENÇÃO DE RISCOS OCUPACIONAIS DOS PROFISSIONAIS DE SAÚDE NA PANDEMIA DE COVID-19: VIOLAÇÃO DA AUTONOMIA E DA INDEPENDÊNCIA PROFISSIONAL DOS MÉDICOS DO TRABALHO. Saulo Cerqueira de Aguiar Soare.

18. O CONTRATO DE TRABALHO INTERMITENTE E O SEU SURGIMENTO NO BRASIL. Tamires Gomes da Silva Castiglioni , Everton Silva Santos e Viviane Cristina Martiniuk.

19. EFEITOS DA REFORMA TRABALHISTA NOS DIREITOS SOCIAIS ADQUIRIDOS: MAIS INFORMALIDADE E MENOS CIDADANIA (2017-2019). Alaety Patricia Teixeira Coronel Munhoz , Maurinice Evaristo Wenceslau e Fábio Luis Martins Fernandes.

20. CONTRATOS INTERMITENTES NA “GIG ECONOMY”: AS NOVAS FORMAS DE PRECARIZAÇÃO E OS DIREITOS DA PERSONALIDADE. Leda Maria Messias Da Silva e Ana Paula Dalmás Rodrigues.

21. NEGOCIAÇÃO COLETIVA DE TRABALHO NOS MOMENTOS DE CRISE: ANÁLISE DAS MEDIDAS PROVISÓRIAS 927 E 936 DE 2020, DECISÕES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E RECOMENDAÇÕES DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO. Kauana Vailon e Regina Stela Corrêa Vieira.

22. DIREITOS E GARANTIAS DO TRABALHADOR DE NAVEGAÇÃO DE CABOTAGEM DE PASSAGEIROS E SUAS VIOLAÇÕES. Ivy Soares De Souza Araya e Bernardo Silva de Seixas.

23. LIMITES DO PODER DIRETIVO: O DIREITO À INTIMIDADE SOB O OLHAR DA FRATERNIDADE. Landial Moreira Junior.

24. FLEXIBILIZAÇÕES TRABALHISTAS E A PANDEMIA DO COVID-19 NO BRASIL. Luiza Cristina de Albuquerque Freitas Ferreira e Valena Jacob Chaves Mesquita.

25. APLICAÇÃO DE NOVAS TECNOLOGIAS NO ADESTRAMENTO DE TRABALHADORES. Juliana Marteli Fais Feriato e Daniel Amud Zuin.

26. A RESPONSABILIDADE SOCIAL EMPRESARIAL COMO UMA ALTERNATIVA NORMATIVA FRENTE AO RETROCESSO SOCIAL TRAZIDO PELA LEI 13.467/2017. Leonardo Cosme Formaio e Almir Gallassi.

27. A (IN)VULNERABILIDADE DO TRABALHADOR INTERMITENTE? UMA ANÁLISE CRÍTICA SOB A PERSPECTIVA DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE. Leda Maria Messias Da Silva e Ana Paula Dalmás Rodrigues.

Os trabalhos transcorreram normalmente e os debates foram bem interessantes, vários assuntos relacionados ao momento de pandemia em que estamos vivendo foram tratados, além de outros de extrema relevância sobre as condições de muito trabalhadores no Brasil.

Coordenadores do Grupo de Trabalho:

Prof. Dr. Ilton Garcia Da Costa

Universidade Estadual do Norte do Paraná/UENP

Prof. Dr. Leonardo Rabelo de Matos Silva

Universidade Veiga de Almeida/UVA RJ

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini

Centro Universitário das faculdades Metropolitanas Unidas /FMU e Centro Universitário Eurípedes de Marília/UNIVEM

Nota técnica: Os artigos do Grupo de Trabalho Direito do Trabalho e Meio Ambiente do Trabalho II apresentados no I Encontro Virtual do CONPEDI e que não constam nestes Anais, foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals (<https://www.indexlaw.org/>), conforme previsto no item 8.1 do edital do Evento, e podem ser encontrados na Revista do Direito do Trabalho e Meio Ambiente do Trabalho. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

LIMITES DO PODER DIRETIVO: O DIREITO À INTIMIDADE SOB O OLHAR DA FRATERNIDADE

LIMITS OF DIRECTIVE POWER: THE RIGHT TO INTIMACY UNDER THE EYES OF THE FRATERNITY

Landial Moreira Junior ¹

Resumo

Várias demandas envolvendo indenização por danos morais no judiciário é originada a partir de abusos patronais no exercício do poder diretivo, em especial de sua dimensão fiscalizatória. Embora no Brasil inexista disciplina normativa específica quanto aos limites do poder de fiscalização, seu exercício é restringido pelo direito à intimidade. Sendo o empregador legitimado a exercer o poder fiscalizatório sobre a atividade produtiva empreendida e havendo a indiscutível imperatividade da proteção aos direitos da personalidade, imperioso a fixação de limites ao poder patronal, e para tanto trazemos a fraternidade como um limitador, resgatando a centralidade da dignidade humana.

Palavras-chave: Direito à intimidade, Poder diretivo, Abuso, Limites, Fraternidade

Abstract/Resumen/Résumé

Several claims involving indemnity for moral damages in the judiciary are originated from employers' abuses in the exercise of the directive power, especially from its supervisory dimension. Although there is no specific normative discipline in Brazil regarding the limits of the power of inspection, its exercise is restricted by the right to privacy. Since the employer is legitimated to exercise supervisory power over the productive activity undertaken and there is an indisputable imperative to protect personality rights, it is imperative to set limits to the employer's power, for that we bring fraternity as a limiter.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Right to privacy, Directive power, Abuse, Limits, Fraternity

¹ Mestre em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Pesquisador do Grupo de Pesquisa Direito e Fraternidade: direitos humanos e direitos fundamentais.

1 INTRODUÇÃO

Historicamente, confirma-se a máxima montesquiana de que o titular de um poder apresenta certa tendência para dele abusar enquanto não impedido por algum obstáculo, sendo necessário que o poder limite o próprio poder. No campo das relações de trabalho não é diferente. Desde a escravidão na antiguidade clássica, onde os povos vencidos eram submetidos ao regime escravista, passando pelo trabalho servil medieval, até a opressão imposta ao operariado durante a revolução industrial, nota-se que o abuso do poder pelos proprietários dos meios de produção sobre os trabalhadores esteve presente em todas as épocas.

A limitação ao poder do empregador adveio da intervenção estatal nas relações de trabalho como decorrência, sobretudo, da propagação dos princípios que nortearam as revoluções do século XVIII, culminando no estabelecimento de garantias legais mínimas aos trabalhadores. De tal sorte, nas sociedades democráticas contemporâneas, o empregador não mais pode exercer seu poder sobre o empregado a seu bel-prazer. Trata-se de uma conquista histórica dos trabalhadores e da consagração de princípios que resguardam, em última análise, a dignidade humana do empregado.

No contexto do Estado Democrático de Direito, a intimidade do empregado é um dos direitos fundamentais que deve ser preservado com o ingresso em uma relação de emprego. O artigo 5º, X, da Constituição Federal brasileira resguarda a inviolabilidade da intimidade e da vida privada dos indivíduos, garantia que foi reiterada pelo artigo 21 do Código Civil. Trata-se de direito fundamental reconhecido ao cidadão não somente perante o Estado, mas também perante os demais particulares, inclusive, perante o próprio empregador.

Todavia, em decorrência do avanço tecnológico, a usurpação do poder diretivo tem sido cada vez mais facilitada pela utilização de mecanismos avançados que permitem o controle quase total do comportamento do empregado no ambiente de trabalho, tornando a preservação da intimidade um desafio cada vez maior.

No intento de preservar a intimidade, porém, é preciso não perder de vista que mesmo os direitos fundamentais estão sujeitos a limites, quando em confronto com outros direitos igualmente fundamentais. Como restará demonstrado, os direitos fundamentais, enquanto princípios, possuem um conteúdo *prima facie* que poderá ser restringido quando encontrar barreiras na proteção de outro princípio.

Nesse sentido, invocamos o princípio da fraternidade, também chamado de princípio esquecido pelo pesquisador italiano Antonio Maria Baggio, para evidenciar como referido princípio pode humanizar essa relação.

2 O PODER DIRETIVO

Embora não exista norma na legislação pátria fazendo referência expressa ao termo “poder diretivo”, a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), ao conceituar a figura do empregador, em seu artigo 2º, *caput*, atribuiu-lhe o encargo de dirigir a prestação pessoal de serviços, *in verbis*: “considera-se empregador a empresa, individual ou coletiva, que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviço” (BRASIL, 1943). Outros dispositivos da CLT também apontam para esse poder do empregador, como o artigo 468, parágrafo único, que dispõe sobre a prerrogativa de reversão ao cargo efetivo do empregado ocupante de cargo de confiança, o artigo 469, ao tratar da transferência de local de trabalho e o artigo 474, que admite a suspensão disciplinar do empregado.

O poder diretivo do empregador é o exato anverso da subordinação jurídica do empregado e tem sido conceituado sob perspectivas diversas pela doutrina. Amauri Mascaro Nascimento (2006, p. 664) leciona que é a “faculdade atribuída ao empregador de determinar o modo como a atividade do empregado, em decorrência do contrato de trabalho, deve ser exercida”. De outro lado, Octavio Bueno Magano (1982, p. 94) defende que o poder diretivo deve ser visto como “capacidade” e não como “faculdade”, por entender que a última é mero atributo do direito, de sorte que não pode ter extensão maior do que o objeto a ser definido. Para Magano, o poder diretivo é a “capacidade, oriunda do seu direito subjetivo, ou então da organização empresarial, para determinar a estrutura técnica e econômica da empresa e dar conteúdo concreto à atividade do trabalhador, visando à realização das finalidades daquela”. Já para Mauricio Godinho Delgado (1996, p. 193), o poder no âmbito intra empresarial deve ser visto como uma “relação contratual complexa”, não concentrado exclusivamente nas mãos do empregador, mas tendendo para essa concentração (DELGADO, 2008, p. 631).

Quatro principais correntes doutrinárias foram construídas acerca da natureza jurídica do poder diretivo. Foi-lhe atribuída a natureza de direito potestativo, direito subjetivo, poder hierárquico e direito-função.

Nota característica do direito potestativo é sua eficácia automática, ou seja, a possibilidade de ser exercido por mera declaração de vontade de seu titular, o que produz um estado de sujeição do sujeito passivo (MAGANO, 1982, p. 26-27). Essa corrente reconhece ao empregador o exercício do poder diretivo a seu bel-prazer, conforme sua vontade, à qual o empregado deve se submeter através de um dever de obediência. Essa teoria predominou, essencialmente, durante o século XIX e até meados do século XX, quando se asseguravam

poderes quase absolutos ao empregador. Contudo, mesmo na segunda metade do século XX, alguns doutrinadores chegaram a atribuir ao poder diretivo a natureza jurídica de direito potestativo. Dentre eles, Manuel Alonso Olea (1974, p. 186), para quem o poder diretivo é o direito potestativo que o contrato de trabalho confere ao empresário de dar ordens sobre o modo, tempo e lugar de execução do trabalho.

A segunda corrente atribui ao poder diretivo a natureza de direito subjetivo. Refere-se à autorização conferida pelo ordenamento jurídico ao titular do poder diretivo para exercê-lo nos estritos limites da norma legal. Ou seja, esse poder não redundava na criação de normas auto regulamentadoras, mas na possibilidade de atuação do empregador dentro dos parâmetros fixados pelas normas (MAGANO, 1982, p. 19). Ao exercício desse direito subjetivo pelo empregador contrapõe-se a obrigação do empregado, o que representa certo avanço em relação ao estado de sujeição, proposto pela vertente anterior. Sujeição é diferente da obrigação, posto que a obrigação implica uma ação no sentido do cumprimento da obrigação pelo sujeito passivo, ao passo que a sujeição traduz-se numa impotência do sujeito passivo em face do sujeito ativo (MAGANO, 1982, p. 26-27). Não obstante, esse avanço não foi muito significativo, porque não ultrapassou “a percepção unilateral, rígida e assimétrica do fenômeno, já que mantém no empresário a isolada titularidade de uma vantagem propiciada pela conduta em conformidade com a ordem jurídica” (DELGADO, 1996, p. 183). Embora a conceituação de poder diretivo como direito subjetivo tenha restado majoritariamente superada, essa posição também pode ser encontrada modernamente na doutrina, a exemplo de Irany Ferrari (1995, p. 164-165).

A terceira vertente, a ideia de poder hierárquico, surge atrelada às experiências autoritaristas do século XX. Funda-se na “concepção da empresa como organização autônoma, mas condicionada aos fins superiores da produção nacional, dirigida pelo Estado” (MAGANO, 1982, p. 114), resquício do corporativismo. Nessa compreensão, que não mais prevalece, o empregador era tido como “intérprete e condutor dos interesses da instituição” (DELGADO, 1996, p. 184), a quem cumpria o empregado se submeter hierarquicamente.

Mauricio Godinho Delgado (1996, p. 185) diz que essas três correntes foram incapazes de responder ao processo de conquista democrática da empresa vivenciado ao longo do século XX, sendo apenas compatíveis à configuração despótica de organização intra-empresarial. De fato, foi somente com o surgimento da quarta corrente que passou a ser contemplada a ideia de participação democrática no âmbito da empresa. A concepção do poder diretivo como direito-função atribui ao empregador a tarefa de agir, não no seu exclusivo interesse, mas tendo em conta o interesse do conjunto de trabalhadores, de forma que o poder diretivo é

melhor compreendido enquanto um dever. Jean Dabin, citado por Magano (1982, p. 28-29) elucida que a função não suprime o direito mas tão somente o coloca a seu serviço, exatamente como ocorre com o direito de propriedade que, por se vincular à realização de um determinado fim, nem por isso deixa de ser direito de propriedade.

Magano (1982, p. 30) salienta que somente essa concepção é capaz de explicar as restrições pelas quais o poder diretivo vem passando ao longo dos anos, tais como restrição da liberdade de contratação, de administração e de dispensa: “a orientação atual dos sistemas jurídicos parece ser no sentido da contestação do direito potestativo de despedir, transmutando-o em matéria de interesse coletivo, a ser regulamentada mediante negociação ou por normas estatais imperativas”. Inobstante essa última previsão ainda não se tenha consubstanciado por completo, entende-se que a sua fundamentação permanece válida, posto que não seria possível conceber o poder diretivo como direito potestativo em face das inúmeras restrições impostas pela legislação ao seu exercício, como a obrigatoriedade de contratação de quota mínima de deficientes e aprendizes, ao lado da própria garantia de emprego a gestantes, membros da comissão interna de prevenção de acidentes, acidentados, integrantes de comissão de conciliação prévia, além das disposições impostas pelas fontes autônomas em decorrência da negociação coletiva.

É preciso ter em conta, porém, como bem pontuado por Homero Batista Mateus da Silva (2009, p. 28), que mesmo as leis de cotas reservadas para aprendizes ou pessoas portadoras de deficiência mantêm com o empregador o poder diretivo, posto que a ele caberá a escolha da pessoa contratada, ainda que o leque de opções se mostre mais restrito. O doutrinador pondera que mesmo as leis de combate à discriminação ou a eventual exigência de fundamentação da rescisão contratual, embora restrinjam em certo grau o poder diretivo, não o eliminam por completo, tampouco o transferem ao empregado²⁰. Para ele (SILVA, 2009, p. 134), “a autonomia da vontade, que permeia o contrato de trabalho, não restou eliminada, mas reduzida ou limitada”.

A teoria do direito-função também está em consonância com a função social do contrato, como esclarece Alice Monteiro de Barros (2009, p. 585). E a função social mitiga o princípio da autonomia contratual, pois o empregador, enquanto chefe do empreendimento, deverá exercer sua autoridade tendo em vista a “boa marcha da empresa”.

De outro lado, Maurício Godinho Delgado (1996, p. 186-191) defende que o avanço proporcionado pela teoria do direito-função ainda é tímido pois, embora reconheça a interação dialética no âmbito da empresa, preserva o unilateralismo, dado que o titular do direito ainda é o mesmo e único: o empregador. E acrescenta que essa concepção revela uma antinomia com

o processo democratizante por negar a ideia de cidadania, que “inexiste sem a correlata concepção de sujeito ativo, dado que o cidadão se traduz precisamente no indivíduo que se torna também sujeito ativo de um processo de formação de vontade política e titular de direitos em um contexto social”. Na concepção do autor, o poder diretivo deve ser visto como uma “relação jurídica contratual complexa e variável, subjetiva e objetivamente”. Para ele, o poder intra-empresarial não é um poder do empregador, mas uma “relação de poder própria a uma realidade sócio-econômica e jurídica específica, a relação de emprego. É, assim, um “poder empregatício”, um poder específico à relação e contrato empregatícios e não a um único de seus sujeitos”.

No presente trabalho, entende-se que o poder diretivo deve ser visto como direito-função, isto é, como o poder-dever do empregador de dirigir a prestação de serviços tendo em conta não somente seus interesses pessoais, mas também os interesses de toda a comunidade de trabalho. Nesse sentido, julga-se que o poder diretivo pode ser definido como a capacidade atribuída ao empregador de exercer as atividades referentes à administração da empresa, determinação de seu funcionamento, regulamentação das condições de trabalho, fiscalização de sua execução e aplicação de sanções disciplinares aos empregados, tendo em vista não apenas seus interesses singulares, mas também aqueles atinentes à comunidade de trabalho e tendo em conta, ainda, as restrições impostas tanto pela lei, quanto pelas associações representativas dos interesses obreiros ao seu exercício.

3 FUNDAMENTOS DO PODER DIRETIVO

Não refere-se ao fundamento legal do instituto que, como já mencionado, tem por base, essencialmente, o artigo 2º, *caput*, da CLT. Mas, por “fundamentos”, faz-se menção à “causa ou fator que confere título e substrato à própria existência do fenômeno e que permite sua incorporação pelo universo normativo vigente” (DELGADO, 2008, p. 640). Nesse sentido, abordar-se-á as principais teorias a respeito do tema: propriedade privada, institucionalista, publicística, contratualista e legal.

A teoria da propriedade privada encontra o fundamento do poder diretivo no direito de propriedade do empregador sobre os bens da empresa. O empregador é considerado soberano em sua empresa pelo fato de ser o proprietário do estabelecimento. Essa teoria da propriedade privada encontrou importantes adeptos da doutrina pátria, tais como Evaristo de Moraes Filho (1993, p. 165) ao dizer que

Não há dúvida, que dentro do seu estabelecimento, é um empregador soberano em suas ordens de serviço. E isso por uma razão muito simples: no regime capitalista, sob o qual nós vivemos, é o patrão o proprietário no seu negócio [...]. Tudo o mais que se quiser dizer ou escrever é simples balela: é no direito de propriedade que reside todo o poder hierárquico e disciplinar.

Nesse sentido é o entendimento de José Martins Catharino (1981, p. 115), que encontra o fundamento do poder do empregador na ideia de propriedade privada, embora admita que ele deva ser exercido nos limites do contrato. Para o autor (CATHARINO, 1981, p. 115),

“o direito hierárquico do empregador [...] fundamenta-se na propriedade privada, pouco importando se ele não o exerce diretamente. Essa é sua causa primeira ou eficiente, mas a instrumental é o contrato de emprego. A posição inicial de cada empregado na hierarquia da empresa é aquela fixada pela via contratual. As posteriores, mais elevadas, dependem do empregador no exercício do seu *ius* (direito, e não poder) *variandi*, dentro dos limites normativos e contratuais; da vontade do empregado em cada situação concreta ou da sua autolimitação genérica, existindo quadro de pessoal organizado em carreira.”

Pondera, ainda, o mesmo autor (CATHARINO, 1981, p. 115) que “o empregador age na empresa no seu próprio interesse. Nem seria concebível que alguém agisse contra aquilo que é seu”.

Mas atualmente não é essa a tese majoritária na doutrina e na jurisprudência, visto que esse fundamento mais se aproximava das relações escravistas e servis do que da relação de emprego.

Já a teoria institucionalista surgiu da experiência autoritarista do entre guerras na Europa Ocidental. Segundo a teoria, o fundamento do poder diretivo está na ideia de colaboração entre empregado e empregador com vistas a um objetivo comum, superior a seus interesses particulares: os fins da empresa (MESQUITA, 1950, p. 43). A empresa é vista como instituição, isto é, um “empreendimento que se realiza e dura juridicamente num meio social” (MESQUITA, 1950, p. 43) e, para contribuir com o desenvolvimento dessa instituição, todos os membros da empresa, empregados e empregador, devem cooperar. Essa teoria também não se adequa à relação de emprego nos moldes em que é concebida atualmente, posto que possui um caráter muito mais político e social do que jurídico (MELGAR, 1998, p. 359).

A concepção publicística é uma variante da teoria institucionalista e também teve espaço nas experiências autoritaristas do século XX. Segundo essa concepção, o poder diretivo, especialmente o poder disciplinar, consiste em uma delegação do poder público ao empregador. Essa visão, já superada, pretendia apreender principalmente o poder disciplinar

que, se não fosse compreendido enquanto “delegação do poder público”, poderia recair em uma justiça privada (DELGADO, 2008, p. 644).

Para a teoria contratualista, o fundamento do poder diretivo é encontrado na autonomia de vontade das partes, a qual se consubstancia na celebração do contrato de trabalho, escrito ou tácito. Essa posição vem se consolidando na doutrina moderna desde a segunda metade do último século, podendo exemplificar Délio Maranhão *et al* (2005, p. 247), que defende que o poder de direção e de comando devem ser exercidos nos limites do contrato.

Por fim, importante destacar que alguns autores, inscrevem-se na vertente legal. Para esses autores, dentre eles Elson Gottschalk, citado por Ferrari (1995, p. 168), o poder diretivo não deriva do contrato de trabalho, mas da própria lei, que assegura que o empregador deve dirigir a prestação pessoal de serviço (artigo 2º, *caput*, CLT). Dessa disposição legal decorrem tanto o poder diretivo do empregador, quanto a subordinação do empregado.

Em nossa compreensão, a teoria contratualista é a que oferece o melhor fundamento jurídico para o poder diretivo. A teoria da propriedade privada já não mais se sustenta. A própria Constituição Federal consagrou a função social do direito de propriedade (artigo 5º, inciso XXIII), que não pode mais ser exercido ao bel-prazer do titular do direito. Com muito mais razão, no direito do trabalho, norteado pelo princípio protetivo, essa teoria se torna insustentável. O mero fato de ser o empregador proprietário dos meios de produção, não é suficiente para lhe conferir o poder diretivo, visto que encontrará óbice na observância dos direitos da personalidade e, no que nos interessa mais de perto, no direito à intimidade do empregado. As concepções institucionalista e publicística, visto que intrinsecamente atreladas às experiências autoritaristas do século XX, hoje também já não mais se justificam, dado o atual contexto democrático que invade a esfera intra empresarial. Quanto à teoria legal, entendemos que constitui o fundamento último do poder diretivo que, no entanto, só se aperfeiçoa pelo contrato de trabalho, tácito ou expresso, posto que esse será o instrumento hábil a submeter o empregado às ordens do empregador. De fato, sem o contrato não haveria qualquer relação entre empregador e empregado.

4 DIVISÃO DO PODER DIRETIVO

A doutrina tem proposto a divisão do poder diretivo em algumas vertentes, a fim de melhor compreender seus desdobramentos no âmbito empresarial.

Alguns doutrinadores optam pelo critério bipartido, mencionando apenas o poder de direção e o poder disciplinar, como Cesarino Júnior (1970, p. 54). Modernamente, Alice

Monteiro de Barros (2009, p. 583) defende o mesmo critério. Para ela existem somente o poder de direção e o poder disciplinar, sendo que o poder de fiscalização nada mais é do que uma das faculdades compreendidas no poder diretivo.

Outros doutrinadores adotam critérios tripartido, a exemplo de Délio Maranhão (2005, p. 247), que vislumbra a existência do poder de direção, poder de controle e poder disciplinar. Amauri Mascaro Nascimento (2006, p. 664-667) propõe a divisão em poder de organização, poder disciplinar e poder de controle. Octavio Bueno Magano (MAGANO, 1982, p. 98) adota a fragmentação em poder de organização, poder diretivo *stricto sensu* e poder disciplinar.

Há, ainda, autores que preferem o critério quadripartido, como Mauricio Godinho Delgado (2008, p. 644), que propõe a divisão em poder diretivo (ou poder organizativo), poder regulamentar, poder fiscalizatório (ou poder de controle) e poder disciplinar.

No presente estudo, será adotado o critério tripartido entre poder de direção (*stricto sensu*), poder de controle e poder disciplinar, o qual passa-se a examinar.

4.1 Poder de direção *stricto sensu*

A empresa é uma “organização complexa que combina os fatores da produção, de modo que ao empregador cabe dar unidade no empreendimento, moldando-o para que cumpra as diretrizes a que se propõe” (NASCIMENTO, 2006, p. 664). O contrato de trabalho, ainda que escrito, não contém as minúcias das atividades a serem desempenhadas pelo empregado, ao contrário, possui grande margem de indeterminação, donde decorre, para o empregador, “um direito de direção contínua sobre a atividade do empregado, durante o curso da relação” (GOMES; GOTTSCHALK, 1975, p. 110). Portanto, é necessário que no dia-a-dia da empresa, o empregador emita ordens pelas quais o empregado deve se orientar.

O poder de direção consiste, assim, na especificação das tarefas a serem exercidas pelo empregado, na definição do horário, do local de trabalho, enfim, na definição de todos os afazeres necessários ao desempenho da atividade empresarial aos quais o empregado se obrigou via contrato de trabalho. Pelo exercício do poder diretivo, “o empregador dá destinação concreta às energias de trabalho [...] que o prestador é obrigado a colocar e a conservar à disposição da empresa da qual depende” (SANSEVERINO, 1976, p. 207).

Alguns autores enxergam o poder regulamentar como uma das manifestações do poder de direção, embora outros doutrinadores prefiram enquadrá-lo como uma quarta esfera do poder diretivo. O poder regulamentar consiste na prerrogativa de fixar as normas de caráter geral aplicáveis na empresa. Manifesta-se, comumente, através de um regulamento interno, que pode contar com a participação dos empregados em sua elaboração, embora seja mais

frequentemente elaborado pelo empregador. Mas não se exaure no regulamento, “manifestando-se também em circulares, avisos e instruções” (MAGANO, 1982, p. 111).

4.2 Poder de controle

Délio Maranhão (2005, p. 247) ensina que, assim como o poder de direção corresponde ao dever de obediência do empregado, o poder de controle demanda os deveres de obediência, diligência e fidelidade.

A finalidade do poder de controle é a de obter o exato cumprimento das ordens dadas pelo empregador. O empregador exerce poder de controle quando acompanha a atividade do empregado, velando para que seja executada conforme instruções a ele fornecidas, complementa ou retifica as mesmas instruções (MAGANO, 1982, p. 118), confere a marcação dos horários de entrada e saída no serviço por meio de cartões ou livro de ponto, realiza prestação de contas de empregados vendedores ou controle de qualidade de peças produzidas pelo empregado (NASCIMENTO, 2006, p. 667), além de mecanismos de controle por meio de circuito interno de televisão e revistas, dentre outros.

4.3 Poder disciplinar

O poder disciplinar consiste na possibilidade de aplicação de sanções disciplinares ao empregado em caso de inadimplência do contrato de trabalho. Trata-se do corolário dos demais poderes do empregador, como esclarecem Gomes e Gottschalk (1975, p. 109).

Muito já se debateu acerca da legitimidade desse poder, havendo doutrinadores que chegaram a não admiti-lo por entender que o poder disciplinar pertenceria exclusivamente ao Estado, não sendo extensível a particulares. Contudo, atualmente, a própria CLT enumera a suspensão (artigo 474 CLT) e a dispensa (artigo 482 CLT) como modalidades de sanções disciplinares, não deixando espaço para dúvidas sobre a consagração desse poder.

O ordenamento jurídico brasileiro inspira-se no critério taxativo, visto que a CLT prevê, expressamente, as figuras das infrações trabalhistas. No entanto, para Maurício Godinho Delgado (2008, p. 666-669), o princípio da tipificação legal dos ilícitos e penas (princípio do direito penal) foi apenas parcialmente assimilado pela ordem jurídica trabalhista. Isso porque se admite o papel criativo das normas autônomas sempre que produzidas em benefício do empregado, a exemplo da advertência, o que está em consonância com o princípio protetivo do direito do trabalho. O mesmo autor (DELGADO, 2008, p. 672-673) pondera que ainda estamos em fase “sem primitiva” quanto ao exercício do poder disciplinar, posto que a legislação não prevê qualquer procedimento especial para aferição de faltas e

aplicação de penas (excetuada a situação do estável). Também não prevê mecanismos de coparticipação no instante de aplicação de penalidade no âmbito empregatício. Ao contrário, o empregador avalia, unilateralmente, a conduta do empregado para lhe atribuir a penalidade, sem necessidade de observância de um mínimo procedimento que assegure sua defesa. Por isso, Delgado (2008, p. 679-681) defende a possibilidade de dosagem da pena pelo juiz porque, se ao magistrado é permitido anular a sanção, com muito mais razão poderia dosá-la. Esse também é o entendimento de Délio Maranhão. Para o autor (MARANHÃO, 2005, p. 247), uma punição excessiva aplicada a uma falta leve pode configurar abuso de direito, razão pela qual admite a dosagem da pena por aplicação analógica do artigo 413 do Código Civil.

No entanto, não é esse o entendimento predominante na doutrina e jurisprudência, que tolera apenas a anulação (ou não) da penalidade, sem admitir sua dosagem pelo magistrado (MAGANO, 1982, p. 187).

5 LIMITES DO PODER DIRETIVO

O escopo do presente trabalho é delinear os limites ao poder diretivo do empregador quando em confronto com o direito à intimidade do empregado. Por enquanto, importa registrar que o poder diretivo está adstrito a limites, não podendo ser exercido ao bel-prazer do empregador, como anteriormente se admitia em regimes autoritaristas.

A doutrina tem procurado delinear esses limites. Manuel Alonso Olea (1974, p. 187-188), a propósito do ordenamento espanhol, ensina que existe uma limitação básica e genérica *ratione materiae* ao exercício desse poder: as ordens devem ser relativas ao trabalho ou intimamente relacionadas a ele. Ordens de outra natureza escapam ao poder do empregador. O doutrinador leciona que existe uma presunção geral *iuris tantum* de que toda ordem sobre o trabalho é legítima, do que decorre o dever de obediência do empregado, sem prejuízo de sua impugnação, caso sejam lesivas ou abusivas. Se assim não fosse, o trabalhador se converteria em definidor de suas próprias obrigações. No entanto, assevera que essa presunção se limita às ordens sobre o trabalho amparadas no contrato, porque somente a elas o trabalhador deve obediência, nisso consistindo a diferença entre o trabalhador livre e o servo.

Luisa Riva Sanseverino (1976, p. 208-209), acerca do diploma italiano, pondera que a origem contratual do poder diretivo legitima um certo controle sobre as ordens recebidas pelo trabalhador. Dessa feita, o trabalhador é titular de certo *jus resistentiae*, isto é, pode recusar-se a obedecer, quando o empregador exceda os limites legitimados pela ordem dada.

O ordenamento jurídico português delinea dois limites principais ao poder diretivo do empregador: o contrato de trabalho e os direitos fundamentais do trabalhador. O primeiro

limite encontra previsão no artigo 121.º, n.º 1, alínea *d* do Código do Trabalho (CT), onde se estabelece o dever de o trabalhador obedecer ao empregador, assim como no artigo 150º do CT, que alude ao poder de direção. Já o segundo limite pode ser vislumbrado no artigo 128º, alínea *e*, do CT, que dispõe que o trabalhador deve cumprir as ordens do empregador, salvo na medida em que se mostrem contrárias aos seus direitos e garantias. Pedro Romano Martinez (2006, p. 612) assinala que “o trabalhador não deve obediência ao empregador sempre que as ordens ou instruções se mostrem contrárias aos seus direitos e garantias”.

Ressalta que o poder de direção deverá atender “à reserva de intimidade da vida privada do trabalhador (artigo 26º, n. 1, da Constituição) e ao reconhecimento do direito à identidade pessoal, ao desenvolvimento da personalidade, ao bom nome e reputação e à imagem que é conferido a todas as pessoas (artigo 26º, n. 1, da CRP)” (MARTINEZ, 2006, p. 612).

De outra banda, a doutrinadora portuguesa Ramalho (2009, p. 437) assevera que o fato de o empregado ser um trabalhador subordinado delimita o exercício dos poderes laborais no âmbito do contrato de trabalho. Conforme a autora, a subordinação existente na relação de emprego tem um caráter funcional. Assim, os poderes do empregador devem ser exercidos em relação à atividade laboral, preservando-se a vida privada do empregado:

Ainda que tenha um conteúdo amplo, a subordinação do trabalhador justifica-se em função do contrato de trabalho e no quadro desse contrato, pelo que deve limitar-se pelo objetivo do contrato e confinar-se dentro dos limites de débito negocial do trabalhador, que já é, em si mesmo, bastante amplo. Designadamente, a essência funcional da subordinação deve ser realçada para impedir que o contrato de trabalho invada toda a vida do trabalhador e, designadamente, que interfira com a vida pessoal.

No mesmo sentido, os poderes do empregador são limitados “à necessidade empresarial, visto que o poder de comando é formado por um conjunto de prerrogativas voltadas útil a prestação de serviços ao empreendimento”. Ou seja, “ a emissão de uma ordem desnecessária ao desenvolvimento da atividade empresarial revela-se abusiva” (OLIVEIRA; DORNELES, 2013, p. 50).

A respeito do nosso ordenamento jurídico, Orlando Gomes e Elson Gottschalk (1975, p. 168) ponderam que o poder diretivo está limitado, de um lado, pela lei, pelas fontes de produção profissional e mista e pelo próprio contrato individual do trabalho e, de outro, pela finalidade do direito de direção. Délio Maranhão (2005, p. 247) destaca que a personalidade do empregado não se anula com o contrato de trabalho, donde decorre o *jus resistentiae*.

Assim, ele pode, legitimamente, recusar-se ao cumprimento de uma ordem “que o coloque em grave risco, que fuja à natureza do trabalho contratado, que o humilhe ou diminua moralmente, que seja ilícita, ilegal ou de execução extraordinariamente difícil”.

Portanto, pode-se elencar três limites principais impostos ao poder diretivo: a lei (incluindo-se aqui os instrumentos coletivos), o contrato de trabalho e os direitos da personalidade do empregado. A legislação configurará limite quando as ordens emanadas do empregador forem ilícitas ou de execução extraordinariamente difícil. O contrato de trabalho surgirá como limite quando o empregador lhe exigir serviço dissonante do contratado. É evidente que pequenas oscilações poderão ser admitidas, até em decorrência da boa-fé contratual mas, como regra geral, o empregador deverá se ater ao contratado. E os direitos da personalidade despontam como terceiro limite, sendo legítimo o *jus resistentiae* quando a ordem colocar o empregado em risco, humilhá-lo ou diminuí-lo moralmente.

6 A FRATERNIDADE COMO UM LIMITADOR DO PODER DIRETIVO

Como destacado no tópico anterior, foram elencados três limites principais ao poder diretivo, quais sejam: a lei, o contrato de trabalho e os direitos de personalidade do empregado.

Os direitos de personalidade têm sua formação histórica, enquanto instrumentos jurídicos de proteção de aspectos da subjetividade humana, na categoria de direitos fundamentais individuais, que originalmente eram direitos atribuídos a indivíduos contra o Estado, destinados a preservá-los do uso arbitrário e abusivo do poder público (MELLO, 2003, p. 74). Embora não previstos expressamente na legislação trabalhista, são oponíveis contra o empregador por estarem assegurados pela Constituição da República e inseridos especialmente no rol de direitos fundamentais. Conforme José Antônio Gediél (2006, p. 153):

o trabalho concebido como uma projeção indissociável da personalidade do trabalhador se identifica com as condições existenciais necessárias ao desenvolvimento físico, psíquico e social do sujeito e pode assumir significado próprio para a doutrina dos direitos da personalidade.

As relações trabalhistas, apesar de serem consideradas em seu aspecto econômico, são relações de caráter eminentemente pessoal, tanto é assim, que para sua configuração válida exige-se o requisito da pessoalidade. Não obstante a caracterização econômica própria do vínculo laboral mostra-se necessário passar a analisá-lo sob a ótica dos direitos da personalidade. Nesse contexto Arion Romita (2007, p. 2001) confere aos direitos fundamentais função relevante em favor da proteção dos trabalhadores

[...] na execução do contrato de trabalho, o empregado reúne a dupla qualidade de titular de direitos fundamentais que lhe assistem como cidadão e de titular de direitos fundamentais aplicáveis estritamente no âmbito da relação de emprego. Ao inserir sua atividade laborativa na organização empresarial, o trabalhador adquire direitos decorrentes dessa nova posição jurídica, sem perder, contudo, aqueles de que era titular anteriormente. Em suas relações com o empregador, o trabalhador tem direitos que lhe assistem como pessoa.

Assim, após deixar claro que o trabalhador é titular de direitos fundamentais, há de se reconhecer a incidência do princípio da fraternidade.

Sobre a fraternidade como princípio do direito, Barzotto (2016, p. 52) assevera que este consiste em reconhecer o cidadão como membro igual da comunidade, sujeito às mesmas regras que os demais membros, inclusive quanto aos direitos de personalidade. Em outros termos, reconhecer alguém como pessoa no âmbito do direito significa reconhecê-lo como sujeito de direito, alguém a quem é devido ser tratado de acordo com as regras inclusivas e protetivas da comunidade, o que significa garantir limites ao poder diretivo do empregador.

No entanto, para enfrentar tão singular tema, considerado ainda por muitos como extrajurídico ou meta jurídico, impõe-se a fixação de premissa, sem a qual a fraternidade não poderá ser perseguida: o reconhecimento da igualdade jurídica entre todos os seres humanos. Evidentemente que tal igualdade é antes de tudo uma igualdade em dignidade. Mas dignidade compreendida numa perspectiva dinâmica e não estática. Ou, por outra, entender a pessoa – e as pessoas em geral (considerando a conduta humana em interferência intersubjetiva) em comunidade, numa dimensão comunitária, em um contexto relacional (RESTREPO, 2005).

O preâmbulo da Constituição da República Federativa do Brasil é claro ao afirmar que vivemos em uma sociedade fraterna. Nesse sentido, Sandra Martini et al (2017, p. 09), assevera que a ordem constitucional fraterna ocupa um processo sócio jurídico de adequação de sentido da dignidade, dado que a dignidade humana, enquanto experiência originária e fundante, é elemento direcionador e estruturador da fraternidade. Deste modo, torna-se perceptível que a referência à fraternidade requer um sentido de autenticidade no reconhecimento da condição humana.

Não bastasse isso, Sandra Martini et al (2017, p. 09) discorre que

a fraternidade expande o imaginário da tradição moderna individualista ao direcionar o aspecto intersubjetivo da consciência fraterna na esfera do reconhecimento social. Assim sendo, a consagração jurídica da fraternidade numa sociedade plural e multidimensional intensifica o respeito pela dignidade humana assim como o conteúdo jurídico da dignidade repercute na razão fraterna ao direcionar o movimento dialético em meio às consciências individuais e sociais.

A intuição fundamental do valor da dignidade como critério de escolha jurídica define a figura constitucional da fraternidade já que o ato de reconhecimento incorpora o critério de valor humano.

Nesse sentido, Miriam Coutinho Alves de Farias (2014, p.105) ressalta que “na medida em que reconheço em mim a dignidade e estendo este reconhecimento à vida coletiva dou abertura para a integração com o outro. E quando se projeta direitos de caráter fundamental e suas garantias se realiza o deslocamento de um olhar individualista para um olhar sociocultural”.

A fraternidade encaminha-se, portanto, para a consumação de um processo mediador construtivo da interação comunicativa, agindo no enfrentamento dos conflitos sociais e culturais. De modo geral, a autenticidade da razão fraterna vem a partir da consciência individual e coletiva como condição essencial para a aplicação da dignidade humana. De fato, a dignidade exige a autenticidade do sujeito que conhece e reconhece a relação com o outro e, nessa condição, apreende o sistema das tradições jurídicas e políticas que permeiam as estruturas sociais. Dessa forma, a fraternidade encontra-se como um limitador do poder diretivo do empregador.

7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

No contexto do Estado Democrático de Direito, em um cenário onde os direitos fundamentais restam amplamente consagrados, surgem questões de difícil solução: qual seria o limite tolerável para o exercício do poder diretivo do empregador diante do direito fundamental à intimidade do empregado? Como equacionar o conflito entre o direito à intimidade e outros direitos fundamentais no ambiente de trabalho?

Vimos que o poder diretivo tem natureza jurídica de direito-função, isto é, ao dirigir a prestação de serviços, o empregador deve ter em conta não apenas seus interesses singulares, mas também aqueles dos empregados. Esse poder não decorre do fato do empregador ser o proprietário dos meios de produção, mas sim de um contrato de trabalho, tácito ou expresso, em que o empregado se compromete com a prestação de serviços como contraprestação pela remuneração, submetendo-se ao comando do empregador. Trata-se da teoria contratualista, segundo a qual o fundamento do poder diretivo é encontrado na própria autonomia de vontade das partes. Dessa forma, ao regular das condições de trabalho, fiscalizar as tarefas e aplicar sanções aos empregados, o empregador deve sempre ter em conta o dever de agir no interesse de todos que pertencem àquela comunidade de trabalho. Somente a teoria do direito-função está em consonância com a função social do contrato.

O poder diretivo do empregador se submete a, pelo menos, três limites: legislação (incluindo as fontes autônomas e heterônomas), contrato de trabalho e direitos da personalidade do empregado. A legislação limitará o poder diretivo quando as ordens forem ilícitas ou de execução extraordinariamente difícil. O contrato de trabalho determinará que o empregador exija serviços nos limites contratados (seja expressa ou tacitamente). E os direitos da personalidade afastarão o poder diretivo, autorizando o *jus resistantiae* quando a ordem colocar o empregado em risco ou diminuí-lo moralmente. O direito à intimidade do empregado surge dentro do terceiro limite, isto é, os direitos da personalidade do empregado. Nesse ponto trazemos a fraternidade, o princípio esquecido.

A fraternidade almeja a paz apreendida como síntese elaborativa das condições de desarmonia nas esferas de comunicação entre os indivíduos, grupos sociais ou instituições. A dignidade como unidade estruturadora da fraternidade tem, a partir do aspecto dialógico, uma função integrativa e fecunda na hermenêutica constitucional, acolhendo, a partir do reconhecimento da condição humana a perspectiva de ser um pensamento aglutinador das relações entre os indivíduos.

Certamente, o princípio da fraternidade é direcionador de um projeto político-democrático enquanto norma preceptiva que considera a dignidade humana como marco da liberdade, igualdade e fraternidade e limite de sentido. Ademais, a fraternidade está inserida num conceito de justiça plural, pois estabelece diálogos interculturais transitando nas articulações entre direitos e deveres fundamentais, que se comungam numa visão tridimensional do direito, encontrando sentido na concepção de vida digna. Assim fica nítido que a fraternidade, ao aplicada, é um limitador do poder diretivo do empregador.

REFERÊNCIAS

ALONSO OLEA, Manuel. **Derecho Del Trabajo**. 3.ed. Madrid: Universidad de Madrid. Facultad de Derecho, Seccion de Publicaciones, 1974.

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

BARZOTTO, Luciane Cardozo. Acesso à Justiça e Fraternidade: o exemplo da conciliação. In: GUEDES, Gabriel Pinto; GUEDES, Priscila Dal Ponte; BARZOTTO, Luciane Cardozo (org.). **Direito e Fraternidade: em busca de respostas**. Porto Alegre: Editora Sapiens, 2016.

BRASIL. **Consolidação das Leis Trabalhistas**. 1943. Disponível em: <
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm>. Acesso em 15 de janeiro de 2017.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. 1988. Disponível em: <
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em 15 de janeiro de 2017.

BRASIL. **Código Civil**. 2002. Disponível em: <
http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em 15 de agosto de 2017.

CATHARINO, José Martins. **Compêndio de Direito do Trabalho**. 2 ed. v. 1. São Paulo: Saraiva, 1981.

CESARINO JÚNIOR, A. F. **Direito Social Brasileiro**. v.2. São Paulo: Saraiva, 1970.

DELGADO, Mauricio Godinho. **O Poder Empregatício**. São Paulo: LTr, 1996.

DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 7. ed. São Paulo: LTr, 2008.

FERRARI, Irany. **Fundamentos e Exercício do Poder Disciplinar do Empregador**. *In*: PINTO, José Augusto Rodrigues (org.). *Noções Atuais de Direito do Trabalho - Estudos em Homenagem ao Professor Elson Gottschalk*. São Paulo: LTr, 1995.

GEDIEL, José Antônio Peres. A irrenunciabilidade a direitos da personalidade pelo trabalhador. *In*: SARLET, Ingo Wolfgang Sarlet (org.). **Constituição, direitos fundamentais e direito privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

GOMES, Orlando; GOTTSCHALK, Elson. **Curso de Direito do Trabalho**. v. I. Rio de Janeiro: Forense, 1975.

MAGANO, Octávio Bueno. **Do poder diretivo da empresa**. Tese. Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 1982.

MARANHÃO, Délio. SÜSSEKIND, Arnaldo *et. al.* **Instituições de Direito do Trabalho**. 22. ed. Vol. 1. São Paulo: LTr, 2005.

MARTINEZ, Pedro Romano. **Direito do Trabalho**. Coimbra: Almedina, 2006.

MARTINI, Sandra; JABORANDY, Clara Cardoso Machado. RESTA, Eligio. **Direito e fraternidade: a dignidade humana como fundamento**. Revista do Direito. v. 3, n. 53, 2017.

MELGAR, Alfredo Montoya. **Derecho Del Trabajo**. 19. ed. Madrid: Tecnos, 1998.

MELLO, Cláudio Ari. Contribuição para uma teoria híbrida dos direitos de personalidade. In: SARLET, Ingo Wolfgang. **O novo código civil e a constituição**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

MESQUITA, Luiz José de. **Direito Disciplinar do Trabalho**. São Paulo: Saraiva, 1950.

MORAES FILHO, Evaristo de. **Do contrato de trabalho como elemento da empresa**. ed. São Paulo: LTR, 1993.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de Direito do Trabalho**. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

OLIVEIRA, Cíntia Machado de; DORNELES, Leandro do Amaral Dorneles de. **Direito do Trabalho**. 2.ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2013.

RAMALHO, Maria do Rosário Palma. **Direito do Trabalho: Parte I - Dogmática Geral**. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2009.

RESTREPO, Gabriel Mora. **El fundamento de la solidaridad: la persona humana**. Mimeo. In: Congresso do Movimento Comunhão e Direito, Castelgandolfo: Movimento dos Focolares: 18 nov. 2005.

ROMITA, Arion Sayão. **Direitos fundamentais nas relações de trabalho**. 2. ed. São Paulo: LTr, 2007.

SANSEVERINO, Luisa Riva. **Curso de Direito do Trabalho**. Elson Gottschalk (trad.). São Paulo: LTr, 1976.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

SILVA, Homero Batista Mateus da. **Curso de Direito do Trabalho Aplicado**. Parte Geral. v.1. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.