XXV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - BRASÍLIA/DF

DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS I

JOÃO PAULO ALLAIN TEIXEIRA

RIVA SOBRADO DE FREITAS

SÉRGIO ANTÔNIO FERREIRA VICTOR

Copyright © 2016 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

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

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM
Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN
Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP
Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC
Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:
Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH
Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR
Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini Sanches – UNINOVE
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)
Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:
Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF
Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDi
Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC
Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG
Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA
Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

D598

Direitos e garantias fundamentais I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UnB/UCB/IDP/UDF; Coordenadores: João Paulo Allain Teixeira, Riva Sobrado De Freitas, Sérgio Antônio Ferreira Victor – Florianópolis: CONPEDI, 2016.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-179-1
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: DIREITO E DESIGUALDADES: Diagnósticos e Perspectivas para um Brasil Justo.

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Garantias Fundamentais. I. Encontro Nacional do CONPEDI (25. : 2016 : Brasília, DF).

CDU: 34

CONPEDI
Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Florianópolis – Santa Catarina – SC
www.conpedi.org.br

XXV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - BRASÍLIA/DF

DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS I

Apresentação

Em uma sociedade plural e complexa, a investigação sobre os limites e possibilidades de realização da democracia é desafio permanente. No espaço do XXV CONPEDI, o grupo de trabalho "Direitos e Garantias Fundamentais I" congrega esforços no sentido do estabelecimento de pautas jurídico-politicas e sociais com o objetivo de favorecer a compreensão do papel das instituições quanto à realização dos direitos.

Nesse sentido, o resultado dos debates é agora apresentado ao público trazendo uma gama de reflexões que envolvem o direito à informação, o direito à saúde, o direito à educação, a questão indígena, os direitos laborais, o direito das pessoas com deficiência, o direito da infância, a questão das minorias, em sua complexa singularidade jurídico-institucional.

Cabe a título de apresentação, agradecer a todos os participantes do grupo, pelos trabalhos apresentados e pelo rico debate presencial. A todos desejamos uma boa leitura.

Recife, Chapecó, Brasília,

julho de 2016

João Paulo Allain Teixeira

(Universidade Católica de Pernambuco / Universidade Federal de Pernambuco)

Riva Sobrado De Freitas

(Universidade do Oeste de Santa Catarina)

Sérgio Antônio Ferreira Victor

(Instituto Brasiliense de Direito Público)

DIREITOS FUNDAMENTAIS DO TRABALHADOR NA CONTRAMÃO DO PODER DIRETIVO DO EMPREGADOR.

DERECHOS FUNDAMENTALES DEL TRABAJADOR EN LA CONTRAMANO DEL PODER DIRECTIVO DEL EMPLEADOR.

Renata Teixeira Villarim [1]
Gustavo Giorggio Fonseca Mendoza [2]

Resumo

O presente artigo, parte da premissa do poder diretivo de empregador e suas formas de manifestação sobre a condição na relação de emprego na condição de subordinação. Logo, esse poder diretivo do empregador e o trabalho subordinado se relacionam no dia a dia das relações trabalhistas, pois são inerentes ao contrato de trabalho em si. O estudo do poder diretivo do empregador se justifica em razão da interação entre o poder de ordenar e o dever de respeitar, principalmente por tratar do aspecto constitucional e da possibilidade de incidência dos direitos fundamentais nas relações individuais de trabalho.

Palavras-chave: Trabalho, Igualdade, Dignidade humana, Poder de direção, Empregador

Abstract/Resumen/Résumé

El presente artículo, parte de la premisa del poder directivo del empleador y sus formas de manifestación sobre la condición en la relación del trabajo subordinado. Luego, ese poder directivo y el trabajo subordinado se relacionan en el día a día de las relaciones de trabajo, pues son inherentes al contrato de trabajo. El estudio del poder directivo se justifica en razón de la interacción entre el poder de ordenar y el deber de respetar, principalmente por tratar del aspecto constitucional y de la posibilidad de incidencia de los derechos fundamentales en las relaciones individuales de trabajo.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Trabajo, La igualdad, la dignidad humana, Dirección asistida, Empleador

---

[1] Mestranda em Direito e desenvolvimento sustentável pelo centro universitário de João Pessoa - UNIPÊ; especialista em processo civil pela Facisa; professora do curso de Direito da CESREI.

[2] Mestrando em Direito e desenvolvimento sustentável pelo centro universitário de João Pessoa - UNIPÊ; Especialista em Direito empresarial pela FMU- São Paulo; professor de Direito de direito civil da CESREI.

1. INTRODUÇÃO

Na relação jurídica de emprego, encontraremos os empregados submetendo-se ao poder de direção dos empregadores, cujo efeito lhes prerroga determinarem como serão desenvolvidas as atividades que lhe forem atribuídas e que decorrerão do contrato de trabalho firmado.

Tais prerrogativas conferidas ao empregador decorrem diretamente do que se acha estatuído no art. 2º da CLT, de onde se extrai que "Considera-se empregador a empresa, individual ou coletiva, que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviço".

Assim, o poder de direção deferido por norma expressa, acolhe outros poderes importantes ao concurso dos objetivos institucionais, dentre os quais se inserem aqueles alusivos à organização, controle, e disciplina,

O exercício de tais prerrogativas pelos empregadores geralmente tem recebido protestos por parte dos subordinados, pois eles assumem elementos extra-contratuais como revistas, monitoramento de e-mails, e outros. Estariam estas práticas plenamente acolhidas pelo ordenamento jurídico?

Adotou-se o método de revisão bibliográfica, para possibilitar o levantamento doutrinário e acadêmico, para produção de um juízo sintético a partir de uma coletividade de argumentos colhidos.

Depois, tecemos comentários aos aspectos genéricos do Direito do Trabalho, um breviário histórico e uma abordagem dos princípios da igualdade e da dignidade da pessoa humana. Oportunizou-se neste tópico a compreensão doutrinária da boa-fé no contrato de trabalho.

Ao momento seguinte do artigo dedicou-se a investigação da relação empregado - empregador e da sua relação jurídica por meio do contrato de trabalho.

Depois, se buscou compreender os elementos doutrinários das correntes que justificam o poder diretivo.

Existe uma confusão no ambiente de trabalho entre o poder de direção e discriminação, eis que ambos os processos se utilizam de meios arbitrários, contudo, por vezes as atitudes do empregador não se originam na discricionariedade e outras sim.

Uma tendência mais moderna oferece novos institutos de ajuste desta relação, por meio de uma participação dos subordinados como limitação ao Poder de Direção exclusiva do empregador, por meio do direito fundamental da dignidade da pessoa humana.

Como encerramento, se apropriou as considerações finais que traçaram um pequeno resumo e das observações pertinentes ao tema.

2 DO DIREITO DO TRABALHO

Observa-se uma distinta perspectiva em concurso de democratização intramuros nas empresas, com recurso a decisões negociadas, quer pela participação dos sindicatos, quer pela intermediação do Estado. Por tal tendência de novos instrumentos e processos de bilateralização do exercício do poder, possibilita uma maior legitimidade ao poder pela possibilidade de participação daqueles que serão afetados pelo seu exercício.

Verifica-se que as normas em nosso direito estão orientadas à organização social à empresa. Raro exemplo (CRFB[1] de 1988, art. 7º, XXV) é a obrigatoriedade de assistência gratuita aos filhos de até 6 anos de seus empregados, através de creche e pré-escola.

A empresa pode ter um regulamento interno, unilateral ou bilateral, conforme tenha ou não o concurso dos empregados. Também terá quatro de carreira prevendo promoções segundo critérios alternados de merecimento e antiguidade. Trata-se de medidas que a lei faculta, mas não obriga.

3 BREVE HISTÓRICO DO DIREITO DO TRABALHO

Poder-se-á analisar por meio de estudos que os primeiros relatos que abordaram o trabalho como tema foi a Bíblia Sagrada, considerando este mesmo como um castigo, tendo Adão que pagar com trabalho para comer, em razão de ter comido a maçã proibida. Como declara Mauricio Godinho Delgado:

> [...] o trabalho humano será visualizado desde a pré-história como fonte geradora de sobrevivência, objetivando com o trabalho satisfazer suas necessidades vitais, como por exemplo, a alimentação sua e de sua prole, seu vestuário e até para sua defesa contra inimigos, tudo isso sem que houvesse a obtenção de acúmulos. (DELGADO, 2002, p.80)

[1] Constituição da Republica Federativa do Brasil, doravante CRFB

A palavra trabalho é advinda do latim *tripalium,* sendo uma espécie de instrumento que era usada para tortura.

Conforme Sergio Pinto Martins (2005, p.03) comenta, “a primeira forma de trabalho foi a escravidão, não tendo o escrevo qualquer direito, nem mesmo trabalhistas”.

Um segundo momento poderemos encontrar na servidão, durante o feudalismo, onde os senhores feudais davam proteção militar e política aos seus servos, que não eram livres, tendo que prestarem serviços nas terras de seus senhores, pagando a eles parte da produção rural, em troca de proteção.

Posteriormente encontraremos as corporações de oficio, em que existiam três personagens: os mestres, os companheiros, e os aprendizes. Os mestres eram os proprietários das oficinas, que já tinham passado pela prova da obra-mestra, os companheiros eram trabalhadores que recebiam salários dos mestres, e os aprendizes eram os menores que recebiam dos mestres ensinamentos da profissão, havendo nesta fase um pouco mais de liberdade, mas objetivavam-se os interesses das corporações do que a proteção trabalhista.

Asseguram Arnaldo Sussekind e João de Lima Teixeira (2000, p.28) que “a Revolução Francesa no Século XVIII foi considerada um grande marco nesta nova fase, onde pugnou pela reivindicação popular dos trabalhadores, como por exemplo: o trabalho livre”. Ainda, o segundo autor supracitado, surge, na Inglaterra a Revolução Industrial, a qual visou modificações no setor de produção.

Assim, comenta Sergio Pinto Martins que:

> A revolução industrial acabou transformando o trabalho em emprego. Os trabalhadores, de maneira geral, passaram a trabalhar por salários. Com a mudança, houve uma nova cultura a ser apreendida e uma antiga a ser desconsiderada. (MARTINS, 2005, p. 5)

Denota-se que a denominada revolução dupla, ou seja, a Revolução Francesa e a Revolução Industrial foram grandes acontecimentos que marcaram a história e o desenvolvimento do trabalho, onde se alertou também para alterações na dinâmica do trabalho. Surgindo assim, princípios balizadores de uma relação de trabalho que se confronta com o capitalismo selvagem de nossa sociedade.

Conforme expõe Hadassa Dolores Bonilha Ferreira

> [...] principalmente no que se refere ao desenvolvimento da legislação trabalhista brasileira, nota-se três fases, sendo a primeira a da pré-história que vai do descobrimento à abolição da escravatura, nesta época surge algumas Constituições, o Código Comercial e algumas legislações que visavam o trabalho humano, sendo finalizado pela Lei Áurea, que foi importantíssima por finalizar a escravidão do Brasil. (FERREIRA, 2004, p. 27)

A segunda fase diz respeito ao da Proclamação da Republica (1889), nesta época o trabalho foi visualizado, vagamente, na Constituição de 1891, em decretos, na lei sindical rural, no Código Civil de 1916, e no tratado de Versalhes. Foi criado também o Tribunal Rural, a Lei Eloy Chaves, o Código de Menores, tudo tentando proteger, de forma vaga o trabalhador. A última fase é a que fez surgir o Direito do Trabalho Brasileiro. Após a Constituição de 1934, surge a primeira Lei Geral do Trabalho e sucessivamente a Constituição de 1937 que estimulou avanços nas legislações.

A terceira e última fase é marcada pela criação das Consolidações das Leis Trabalhistas (CLT), em 1º. de maio de 1943, que até hoje se mantém em vigência. Em seguida surge outras Leis tentando complementar o que foi tratado dentro da CLT.

O país ainda obteve novas Constituições, a de 1946, que reconheceu diversos direitos ao trabalhador que antes não fora visto, e a de 1967 que alteraram trechos bastante longos da CLT, como o funcionamento da Justiça do Trabalho, o estilo das convenções coletivas entre outros.

Assim, argumenta Hadassa, que a nossa atual Constituição da República (1988) seja:

> [...] um grande marco no direito brasileiro, "principalmente, no que diz respeito aos direitos trabalhistas. Com ela consolida-se a equiparação dos trabalhadores rurais e urbanos, o reforço da competência da Justiça do Trabalho entre outras coisas, ou seja, as melhorias merecidas vieram, mas muitos males ainda continuaram. (HADASSA, 2004, p. 30)

Diante deste exposto se verifica que após ter iniciado o direito do trabalho nas diversas nações mundiais, essas não pararam de progredir. Esse progresso fez surgir sociedades cada vez mais globalizadas, ou seja, com maior facilidade de circulação de bens, com avanços tecnológicos e de comunicação com trabalhadores e mercadorias sem fronteiras, os quais afetaram as relações de trabalho.

Entretanto afirma a autora (FERREIRA, 2004, p. 31), que a globalização trouxe problemas à sociedade moderna, pois com exagerada competitividade entre as empresas nacionais e internacionais, verificando-se as exigências para com os trabalhadores de um aperfeiçoamento cada vez maior, obtendo assim, os padrões, e a alta produtividade com pequenos gastos.

4. DO PRINCÍPIO DA IGUALDADE

Aristóteles, já na era pré-cristã, tratou sobre a dignidade e a igualdade, entendeu que "a igualdade consiste em tratar igualmente os iguais e desigualmente compreendendo os

desiguais" (CARLOS, 2004, p.20). Para os gregos, apenas os cidadãos, homens livres poderiam deter a prerrogativa, seria uma qualidade dos homens. (NOVAES, 2005). Segundo Fábio Comparato (2005, p.24) pela "filosofia estóica, sustentava-se a idéia de uma unidade moral do homem que, por ser filho de Zeus, possuía direitos inatos e iguais, não obstante as inúmeras diferenças individuais e grupais." Expõe ainda Ingo Wolfgang Sarlet (NOVAIS, 2005, p.24) que essa "noção de igualdade encontra-se intimamente vinculada à liberdade pessoal de cada indivíduo, e a idéia de que todos os homens, no tocante à sua natureza humana, são iguais em dignidade."

No início do século VI, Santo Tomás conceitua a pessoa como: a forma (ou fôrma) que molda a matéria e que dá ao ser de determinado ente individual as características de permanência e individualidade.

Explica Fábio Konder Comparato:

> [...] foi sobre esta concepção medieval de pessoa que se iniciou a elaboração do princípio da igualdade essencial de todo ser humano, não obstante as diferenças individuais e grupais, de ordem biológica ou cultural. E é essa igualdade essencial da pessoa que forma o núcleo do conceito universal dos direitos humanos. A expressão não é pleonástica, pois se trata de direitos comuns a toda a espécie humana, a todo homem, enquanto homem, os quais, portanto, resultam da sua própria natureza, não sendo meras criações políticas." (COMPARATO, 2005, p.19)

A concepção de que todos os homens são iguais, detentores de dignidade própria, sem distinção de origem social, gênero, idade, sexo, concretizou-se na época das Grandes Revoluções Liberais.

Rousseau, citado por José Afonso da Silva, admitia duas espécies de desigualdades entre os homens:

> Natural ou física, porque estabelecida pela natureza consistente na diferença das idades, saúde, qualidade do espírito da alma. Moral ou política, estabelecida ou autorizada pelo consentimento dos homens, consistindo nos diferentes privilégios que uns gozam em detrimento dos outros, como ser mais ricos, mais nobres, mais poderosos. (CARLOS, 2004, p.20)

Em 1789, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, em seu artigo 1º, estabelece: "os homens nascem livres e permanecem livres e iguais em direitos". Entretanto, a concepção que todos são iguais perante a lei não impediu a permanência de outros critérios de desigualdade, como o sexo.

No século XIX, com a Revolução Industrial, a igualdade começou a perturbar o sentimento de dignidade humana, pelas condições de trabalho, sustento e de oportunidades. Esse século testemunhou lutas operárias que mudaram para sempre a feição do Estado liberal.

Exigia-se melhores condições de trabalho; aplicação igualitária de leis mais justas e uma revisão do papel do Estado.

Assim, o princípio de igualdade passa a ser de cunho material, igualdade através da lei, deixando de ser formal, igualdade perante a lei no concurso da satisfação da dignidade humana.

Ensina José Afonso da Silva que:

> [...] no direito pátrio, é desnecessária a distinção entre as expressões "igualdade na lei" e "igualdade perante a lei". Segundo ele, a doutrina e a jurisprudência já firmaram há muito a orientação de que a igualdade perante a lei tem sentido que, no estrangeiro, se dá à expressão igualdade na lei, ou seja, o princípio tem como destinatários tanto o legislador como os aplicadores da lei. (Silva 2005 apud CARLOS, op. cit. p.23)

Canotilho (1993), ao tratar da igualdade material, explica:

> Ser igual perante a lei não significa apenas aplicação igual da lei. (...) é preciso delinear os contornos da igualdade em sentido material. Isto não significa que o princípio da igualdade formal não seja relevante sem que seja concreto. (...) Exige-se uma igualdade material, devendo tratar-se por igual o que é igual e desigualmente o que é desigual. Todavia, nesta fórmula avulta também já a idéia de igualdade material se reconduzir sempre a uma igualdade relacional, pois ela pressupõe uma relação tripolar (*Podlech*): o indivíduo *a* é igual ao individuo *b*, tendo em conta determinadas características." (CANOTILHO,1993 apud NOVAIS, 2005, p.27)

Do ponto de vista da natureza, os seres humanos não nascem iguais, são radicalmente desiguais. As diferenças estão na cor da pele, o sexo, o peso, características físicas e intelectuais diferentes.

Portanto, o princípio da igualdade tem como regra assegurar os valores de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceito como fundamento da dignidade humana. Ademais, porque se entende como fundamento do Estado Democrático de Direito brasileiro, que tem por fundamento a dignidade da pessoa humana (art. 1º, 111, CRFB e objetivos fundamentais realizar a justiça social e reduzir as desigualdades sociais (art. 3º, I, CRFB).

4 DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Durante o Renascimento se produz uma entusiástica exaltação do ser humano e da sua dignidade como pessoa. O ser humano é o dono do seu próprio destino, e livremente e

com autonomia decide a sua própria conduta. O ser humano pode, pois, agir bem por si mesmo: feito à imagem e semelhança de deus.

Segundo Vera Lúcia Carlos (2004, p.22) estabelece a doutrina que aa dignidade por meio da "igualdade formal consiste no direito consagrado aos seres da mesma espécie, de uma mesma categoria essencial, de serem tratados da mesma maneira. Já a igualdade material consiste na busca da igualdade de fato na vida econômica e social".

A dignidade pressupõe a igualdade ante a lei preconiza que a lei deve ser igual para todos os iguais, sem distinção, nem privilégios que concedam alguns o que é negado a outros.

Quanto à dignidade da pessoa humana, esclarece Alexandre de Moraes:

> é um valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se um mínimo invulnerável, que todo estatuto jurídico deve assegurar de modo que, somente excepcionalmente, possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais, mas sempre sem menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos. (MORAES, 1997, p.60)

Observamos neste concurso que os Direitos Fundamentais serão os alicerces para todas as demais normas da Constituição da República, bem como o fundamento principal para reconhecimento da pessoa humana. Para Bueno (1991, p. 370) "Dignidade é a respeitabilidade, a autoridade, a nobreza, o decoro, portanto, é o reconhecimento da importância de todo ser humano, pois todos possuem dignidade, o que enseja ao reconhecimento do direito à vida e ao da igualdade".

A dignidade da pessoa humana implica em distinguir ao homem - com exclusão dos demais seres - como o centro do universo jurídico, o *antropos* da causa. Este concurso que não se designa a determinados indivíduos, mas sim ao coletivo homem, e também a cada um destes individualmente, de tal forma que a projeção dos efeitos pela ordem jurídica não há de se manifestar, a princípio, de modo diverso ante a duas pessoas.

Extrairemos, portanto duas conseqüências. A primeira, a de que a igualdade entre os homens confere uma obrigação imposta aos poderes públicos, tanto na formulação das normas e regras (igualdade na lei), como em relação à sua aplicação (igualdade perante a lei). Com as cautelas que o tratamento por isonomia deve conferir aos desiguais. A segunda conseqüência advém da universalidade, tratando indistintamente os nacionais e estrangeiros.

Piovesan (2006, p.62) aduz que os princípios dispostos na Constituição da República, conferem "coerência interna e estrutura harmônica no sistema jurídico", pois os princípios jurídicos apresentam uma função ordenadora ao salvaguardar direitos fundamentais, portanto, a interpretação das normas constitucional é extraída do próprio sistema constitucional, ou

seja, o princípio da dignidade, por exemplo, orienta o sistema jurídico brasileiro, pois trata de questões de cunho ético e moral, da dignidade de vida.

Denota-se que o legislador constituinte alçou fundamento da República Federativa do Brasil, na condição de Estado Democrático de Direito, o princípio da dignidade da pessoa humana, reconhecendo de que o indivíduo deverá emergir como o objetivo primacial da ordem jurídica. Preceito fundamental, cujo princípio exige aos poderes públicos ou aos particulares, que proponham expor o homem em situação de desigualdade perante os demais, a desconsiderá-lo como pessoa, reduzindo-o à condição de coisa, ou ainda a privá-lo dos meios necessários à sua manutenção.

5 DA RELAÇÃO EMPREGADO - EMPREGADOR

As relações modernas de trabalho embutem aspectos dinâmicos que tendem à superação do exercício despótico da subordinação hierárquica da gestão empresarial, onde as condições de trabalho são estabelecidas de forma unilateral e autoritária pelo empregador.

Observa-se no caso do contrato de emprego, o fenômeno do poder diretivo inerente da modalidade contratual dispondo de uma posição de superioridade do tomador dos serviços. Oportuniza-se assim, examinar tal fenômeno de colisão entre esse poder privado e os outros direitos envolvidos.

Em decorrência do modelo de ordem econômica capitalista, opção constituída e legitima da sociedade brasileira, assegurado pela carta magna, compete a todo empregador o poder de organizar, regulamentar, fiscalizar e exercer o controle disciplinar sobre as relações de trabalho.

Entendeu Ubillos,

> A empresa, como organização econômica, gera uma situação de poder e, correlativamente, outra de subordinação. Os poderes do empresário (o poder de direção e disciplinar) constituem, portanto, uma ameaça potencial para os direitos fundamentais do trabalhador, dada a forte implicação da pessoa deste na execução da prestação laboral. (Ubilos 2005 *apud* PEREIRA, 2003, p. 149).

Denota-se que na relação de emprego, a subordinação é uma face da moeda e o poder diretivo é a outra, pois sendo o trabalhador um subordinado, o empregador detém direitos, não sobre a pessoa do trabalhador, mas sobre o modo como sua atividade será exercida. Entende Delgado (2002, p.296) que esta “situação jurídica derivada do contrato de trabalho, pela qual o empregado comprometer-se-ia a acolher o poder de direção empresarial no modo de realização de sua prestação de serviço”.

Concebe Nascimento (2003, p.562) que na relação de emprego a subordinação é um lado, o poder diretivo é o outro lado da moeda, de modo que, sendo o empregado um trabalhador subordinado, o empregador tem direitos não sobre a sua pessoa, mas, sobre o modo como a sua atividade é exercida."

Será no contrato a razão e o fundamento do poder de direção. Na observação de López e La Rosa (2003, p. 506), *"el fundamento del poder para organizar y ordenar las prestaciones de los trabajadores es el proprio contrato de trabajo que, sin duda, justifica tanto el poder de direción y su alcance, como sus proprios límites"*.

Desde as principais concepções que justificavam uma contratação com contornos diversos daqueles incorporados pelo modelo civilista se tem observado uma profunda alteração na forma de manifestação do poder de direção, desde concepções mais assimétricas, unilaterais e hierárquicas, até novas formas baseadas em relações mais equilibradas e democráticas.

A pesquisa teórica deste fenômeno tem fundamento no liame contratual, advindo da natureza assimétrica do contrato de trabalho, em que um dos contratantes - o empregador - detém superioridade jurídica, com extenso e profundo plexo de prerrogativas em conformar o contrato de trabalho/emprego.

Torna-se evidente de que o contrato de trabalho esteja inserido numa sede na qual uma das partes, o empregador, detém a prerrogativa de organizar o sistema de produção, na capacidade de organizar, regulamentar, fiscalizar e exercer o poder hierárquico. Haverá, portanto necessidade do empregador exercer seu poder de organizar e ordenar o trabalho, definindo o conteúdo e forma da prestação dos serviços.

Verifica-se que tal relação é bilateral, onde o trabalhador se obriga a acolher a direção do empregador no modo de realização da prestação dos serviços, constituindo tal subordinação o pólo reflexo e combinado, na relação de emprego, do poder de direção. Não se trata, por certo, de um estado de sujeição pessoal do trabalhador, mas, sim, de subordinação jurídica da atividade, que passa a ser dirigida, controlada e fiscalizada pelo empregador no interesse do empreendimento.

6 DO PODER DE DIREÇÃO DO EMPREGADOR

O poder diretivo do empregador pode ser descrito como uma faculdade jurídica por meio da qual o empresário disporá do trabalho realizado por sua conta e risco, ordenando as singulares prestações laborais e organizando o trabalho na empresa.

O preceito legal do poder de direção se funda segundo Martins (2005, p.226), no artigo 2º da CLT. "compreende o poder de direção não só o de organizar suas atividades, como também de controlar e disciplinar o trabalho, de acordo com os fins do empreendimento".

Conceitua Poder de direção Nascimento que seja

> [...] a faculdade atribuída ao empregador de determinar o modo como a atividade do empregado, em decorrência do contrato de trabalho, deve ser exercida. O poder de direção manifesta-se mediante três principais formas: o poder de organização, o poder de controle sobre o trabalho e o poder disciplinar sobre o empregado. (NASCIMENTO, 2003, p.562)

Compete ao empregador o poder de organização, e por ele determinar as normas de caráter técnico cujas, os empregados estarão subordinados, quais são comunicadas verbalmente, individualmente ou geralmente, ou ainda por comunicados escritos, avisos, memorandos, portarias etc.

Poder disciplinar é o direito do empregador de impor sanções disciplinares aos empregados.

7 A LIMITAÇÃO PELOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

O contorno da validade dos atos de direção sofrerá limitações ante a eficácia dos direitos fundamentais no contrato de trabalho, fazendo emergir uma questão delicada sobre como será possível coordenar os direitos e deveres que se condicionam mutuamente dentro do contrato. Deste modo cumprirá sempre investigar como se dará e com que limites operará a incidência dos direitos fundamentais dentro do contrato de trabalho.

Os direitos fundamentais que tem reflexo no contrato de trabalho para Paes :

> [..] e podem limitar o poder de direção do empregador são muito extensos e envolvem na CE o direito à igualdade e não discriminação (arts. 14 e 35.1), direito à liberdade ideológica e religiosa (art. 16.1), direito à honra, à intimidade pessoal e à própria imagem (art. 18.1), direito à liberdade de expressão (art. 20.1.a), direito à liberdade de informação (art. 20.1.d), direito de reunião (art. 21), direito à tutela judicial efetiva (art. 24), direito de não ser punido por ações ou omissões por fatos que à época da ocorrência não constituíam crime, falta ou infração administrativa (art. 25.1), direito à educação (art.27.1). (PAES, 2011, p. 12)

Certamente, os direitos fundamentais são relativos e limitados e isso decorre do próprio princípio da unidade da constituição e da necessidade de harmonização prática dos valores inerente a liberdade da empresa.

A discricionariedade do poder de direção do empregador é entendido como a prerrogativa de determinar a forma pela qual ocorrerá a prestação dos serviços por parte do empregado.

A lição de Nascimento (2003, p.562) entende que o poder de organização da atividade do empregado, "combinando-a em função dos demais fatores da produção, tendo em vista os fins objetivados pela empresa, pertence ao empregador, uma vez que é da própria natureza da empresa a coordenação desses fatores".

Empresa será, portanto uma organização complexa que combina os fatores da produção, de modo que ao empregador cabe dar a unidade no empreendimento, conformando-a em concurso daquilo que se propõe.

Paes (2011) faz um elenco das manifestações do poder de direção, como manifestação do poder de organização,

> [..] a capacidade de definição dos fins econômicos, determinação da estrutura, fixação dos espaços empresariais internos, com delimitação dos cargos e funções, além de detalhamento do processo de realização do trabalho, com especificação e orientação quanto ao modo de prestação de serviços. Como desdobramento do poder de direção, inclui-se o poder regulamentar, traduzido na capacidade de elaborar o denominado regulamento de empresa, que fixará as regras gerais a serem observadas no âmbito empresarial. Também insere-se o poder fiscalizatório ou de controle, pelo qual o empregador detém um conjunto de prerrogativas de fiscalizar as tarefas profissionais, propiciando o acompanhamento contínuo da prestação de trabalho e a própria vigilância efetiva dentro do espaço empresarial interno. Por fim, integra o poder empregatício o de exercer a atividade disciplinar, que importa assegurar ao empregador um conjunto de prerrogativas destinadas a propiciar a fixação de sanções aos empregados em decorrência do descumprimento por estes de suas obrigações contratuais. (PAES, 2011, p. 23).

O poder de controle oferece ao empregador o direito de fiscalizar e determinar a execução trabalho de seu empregado. Mesmo porque a atividade deste empregado, sendo subordinada a direção do empregador, não poderá ser executada de modo que o empregado pretenda, mas aquela maneira que convém ao empregador.

Para Nascimento (2003, p. 565) a fiscalização inerente ao poder diretivo "estende-se não só ao modo como o trabalho é prestado, mas também ao comportamento do trabalhador, tento assim que é comum a revista dos pertences do empregado quando deixa o estabelecimento".

Inexistindo previsão legal, o expediente da revista surgiu do usos e costumes, desde que não se caracterize abusiva. Entender-se-á abusiva quando ferir a dignidade do trabalhador, como a revista do empregado despido.

Outra forma tradicional de controle será a determinação dos horários de entrada e saída no serviço por meio de expedientes como cartões de ponto ou livro de ponto, a prestação de contas de empregados vendedores, o controle de qualidade de peças produzidas pelo empregado etc.

Denota-se ainda, com a adoção de meios e técnicas da tecnologia da informação possibilitou-se nas empresas o controle com a instalação de circuito interno de televisão nos locais de trabalho, o uso de sensores nas revistas, os cartões magnéticos e fotos automáticas de documentos de identidade e de pessoas para entrar nos prédios onde estão estabelecidas.

8 CONCLUSÃO

A Consolidação das Leis do Trabalho não registra nenhum artigo que conceitue ou defina especificamente o poder de direção do empregador. Buscar-se-á referência no indiretamente no art. 2º, ao conceber a figura do empregador, declarando que este é quem dirige a prestação pessoal dos serviços.

Posteriormente será complementado pela disposição normativa seguinte que definirá a figura do empregado, declarando que este presta serviços sob a dependência do seu empregador.

Entende-se que o poder de direção reconhecido no art. 2º nada mais é que o estado de subordinação do empregado. Diante da falta de um conceito legal do poder de direção e de uma precisa definição dos limites de seu exercício pelo empregador, competiu a produção doutrinária e jurisprudencial conferir liames.

Adotou-se uma concepção tripartida, representada pela divisão do poder direção entre poder de direção em sentido estrito, *jus variandi* e poder disciplinar.

O poder disciplinar estará inserido e resultará do poder de mando do empregador, sendo fenômeno encontrado tanto na iniciativa privada quanto na esfera pública. Na administração pública constitui ele concessão que é feita ao administrador para que ele possa exercer a contento as suas atribuições. Representará, portanto, instrumento de realização das atividades administrativas de forma eficaz.

Em verdade consiste numa relação social de poder fulcrada em relação jurídica que ora se manifesta pela via do direito potestativo, do direito subjetivo, do direito-função ou mesmo pela complexa conjugação de modalidades e meios disciplinares decorrentes do caráter hierárquico.

O poder disciplinar outorga permissão legal para que o empregador aplique, se necessário, sanções internas ao trabalhador cuja conduta não se conforme ao ordenamento da empresa.

O ambiente de trabalho deve refletir condições que preservem e atendam os direitos fundamentais dos trabalhadores. Competira ao empregador, por sua função diretiva, o dever de conduzir-se de maneira moderada, sob o signo de boa-fé, no propósito do máximo respeito à dignidade da pessoa humana,

O poder de instituir contornos aos procedimentos e manufaturas dentro das organizações, controlando e disciplinando, mas que, todavia, exercidos com moderação e conduta ética, serão sempre contidos e limitados pelos direitos fundamentais, notadamente pela valorização e respeito à dignidade da pessoa humana.

REFERÊNCIAS

BUENO, Francisco da Silveira, **Dicionário escolar da língua portuguesa**. 11. ed. Rio de Janeiro: FAE, 1991.

CANOTILHO, J.J. Gomes – Direito Constitucional, Coimbra, Almedina, 1993.

CARLOS, Vera Lúcia. **Discriminações nas Relações de Trabalho**. São Paulo: Método, 2004.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Comercial**. São Paulo: Saraiva, 2002.

COMPARATO, Fábio Konder. **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos**. São Paulo: Saraiva, 2001. In: NOVAIS, Denise Pasello Valente. Discriminação da Mulher e Direito do Trabalho. São Paulo: LTr, 2005.

DALLEGRAVE NETO, José Affonso; VIANNA, Cláudia Salles Vilela. **Rescisão do contrato de trabalho:** doutrina e prática. São Paulo: LTR, 2001.

_____. **Responsabilidade civil no direito do trabalho**. 2. ed. São Paulo: LTr, 2007.

DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. São Paulo. LTr. 2002.

ENGEL, Ricardo José. **O *jus variandi* no contrato individual do trabalho**: em face de principio gerais do direito aplicáveis ao Direito do Trabalho. São Paulo: LTr, 2003.

FERREIRA, Hádassa Dolores Bonilha. **Assédio Moral nas Relações do Trabalho**. São Paulo: Russel, 2004.

GOMES, Orlando; GOTTSCALK, Élson. **Curso de Direito do Trabalho**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na constituição de 1988:** interpretação e crítica. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

GUEDES, Márcia Novaes. "***Mobbing***" – Violência Psicológica no trabalho. Justiça do Trabalho Editora HS Editora LTDA. Ano 21- nº 241, Janeiro de 2004.

MARTINS, Sérgio Pinto**. Direito do Trabalho**. Atlas, 21ª edição. São Paulo: Atlas, 2005.

MORAES, Alexandre de. **Direitos Humanos Fundamentais**: teoria geral, comentários aos arts. 1° ao 5° da Constituição da República Federativa do Brasil. São Paulo: Atlas, 1997.

NASH, Laura L. **Ética nas empresas**: boas intenções à parte. São Paulo: McGraw- Hill, 1993.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de Direito do Trabalho**, 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

NOVAIS, Denise Pasello Valente. **Discriminação da Mulher e Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr, 2005

PAES, Arnaldo Bóson**. O Poder de Direção do Empregador e a Eficácia dos Direitos Fundamentais no Contrato de Trabalho**. Universidad Castilla-La Mancha, 2011.

PALOMEQUE LÓPEZ, Manuel Carlos; ROSA, Manuel Alvarez de la. **Derecho Del trabajo**. Madrid: Centro, 2004.

PEREIRA, Caio Meio da Silva. **Instituições de direito civil**. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional.** 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

RIBAS, Ana Lúcia Ribeiro**. Os deveres anexos de conduta no contrato de trabalho**. Monografia. Centro Universitário Curitiba. 2007.

RODRIGUEZ, Américo Plá. **Princípios de direito do trabalho**. 3. ed. São Paulo: LTr, 2002.

SARLET, Ingo Wolfgang. In: NOVAIS, Denise Pasello Valente. **Discriminação da Mulher e Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr, 2005.

SOUZA, Ronald Amorim e**. Manual de Legislação Social**. 3· ed. São Paulo: LTr. 1997.

SUSSEKIND, Arnaldo. TEIXEIRA, João de Lima. **Instituição de Direito de Trabalho.** São Paulo, Tiragem. 2000.

VALVERDE, Thiago Pellegrini; ROSSETTI, Adriana. Poder de direção do empregador como cláusula restritiva de direitos fundamentais do trabalhador. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 10, n. 1203, 17 out. 2006. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=9053>. Acesso em: 22 abr. 2008.

VENOSA, Silvio de S. **A boa-fé contratual no novo Código Civil.** Disponível em: <http://www.societario.com.br/demarest/svboafe.html> Acesso em: 08 abr. 2008.