

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE MINAS GERAIS
FACULDADE MINEIRA DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

PODER DIRETIVO EMPRESARIAL E DIREITOS
CONSTITUCIONAIS DO TRABALHADOR

FERNANDA NIGRI FARIA

Belo Horizonte
2008

FERNANDA NIGRI FARIA

**PODER DIRETIVO EMPRESARIAL E DIREITOS
CONSTITUCIONAIS DO TRABALHADOR**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade Mineira de Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito do Trabalho.

Orientador: Prof. Doutor Maurício José Godinho Delgado

Belo Horizonte
2008

FICHA CATALOGRÁFICA

Elaborada pela Biblioteca da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais

F224p Faria, Fernanda Nigri
Poder diretivo empresarial e direitos constitucionais do
trabalhador / Fernanda Nigri Faria. – Belo Horizonte, 2008.
134f.

Orientador: Prof. Dr. Maurício José Godinho Delgado.
Dissertação (mestrado) – Pontifícia Universidade Católica de Minas
Gerais, Faculdade Mineira de Direito.
Bibliografia.

1. Direito do Trabalho. 2. Relação de Trabalho. 3. Poderes (Direito).
4. Direito Constitucional. 5. Direitos Fundamentais.
6. Direito à Privacidade. I. Delgado, Maurício José Godinho.
II. Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Faculdade
Mineira de Direito.

CDU: 331.1

Bibliotecária – Valéria Inês S. Mancini – CRB 6/1628

Fernanda Nigri Faria

**PODER DIRETIVO EMPRESARIAL E DIREITOS CONSTITUCIONAIS DO
TRABALHADOR**

Dissertação defendida e aprovada com média final igual a 100 (cem) pontos, como requisito para a obtenção do título de Mestre em Direito, área de concentração Direito do Trabalho, junto à Faculdade Mineira de Direito – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais.

Belo Horizonte, 2008.

Prof. Doutor Maurício José Godinho Delgado (Orientador) – PUC MINAS

Prof. Doutor Luiz Otávio Linhares Renault – PUC MINAS

Prof. Doutor Manuel Cândido Rodrigues – UFMG

*Aos amados Bruno, João, Regina, Rodrigo e Bia, pelo
amor, incentivo e paciência.*

AGRADECIMENTOS

A Deus;

Aos meus pais, pela dedicação, pelo carinho e por serem os maiores incentivadores da minha caminhada acadêmica;

Ao Bruno, pelo amor incondicional e por estar sempre ao meu lado, apoiando, com paciência, minhas escolhas;

Ao professor Maurício Godinho Delgado, pelo apoio, pela dedicação e pela generosidade de transmitir conhecimento;

Ao professor Carlos Augusto Junqueira Henrique, pelo apoio, pela generosidade de compartilhar diariamente conhecimento e experiências tão enriquecedoras e por me proporcionar a oportunidade de trabalhar com o que mais adoro, sempre direcionando minha caminhada acadêmica e acreditando nela mais do que eu mesma;

Ao professor Carlos Gonçalves da Cruz, pelo carinho e incentivo constantes, pelos ensinamentos e pela generosidade em proporcionar tantas oportunidades de aprendizado e de trabalho;

Aos professores da Faculdade de Direito Milton Campos: Paula Oliveira Cantelli, Pedro José de Paula Gelape, Marcelo Lamego Pertence e José César de Oliveira, pelos ensinamentos, pelo carinho, pelo incentivo e, principalmente, por me acolherem, permitindo que eu fizesse parte desta família;

Aos meus alunos da Faculdade de Direito Milton Campos e do Pro Labore, pelo carinho e por me proporcionarem a experiência tão enriquecedora de poder compartilhar o Direito do Trabalho, fazendo-me aprender a cada dia e impulsionando a minha caminhada acadêmica.

RESUMO

Esta dissertação foi elaborada a partir da observação, coleta e análise da literatura em arquivos públicos e particulares, internet, links jurídicos, revistas jurídicas, jornais e repositórios de jurisprudência. Tem por objetivo traçar um paralelo, no âmbito da relação de emprego, entre o poder de fiscalização reconhecido ao empregador, exercido à luz do direito de propriedade e da livre iniciativa, e os direitos constitucionais assegurados ao empregado, que assumem caráter de direitos fundamentais. Reconhecendo-se que, em várias situações, os métodos adotados para o exercício deste poder, considerando-se, inclusive, as novas possibilidades decorrentes da inovação tecnológica (tais como colocação de câmeras de circuito interno de televisão e fiscalização do uso de internet e e-mail no ambiente de trabalho), podem gerar um conflito com os princípios e garantias constitucionais assegurados ao empregado, sobretudo com os atinentes aos direitos de personalidade (intimidade, vida privada, honra, imagem e sigilo de correspondência e de comunicações em geral, dentre outros), busca-se estabelecer critérios de relacionamento. Malgrado a ordem jurídica brasileira não apresentar preceitos objetivos para a solução do problema, dentro deste sistema, considerado como unidade, como um todo coeso, em que as normas jurídicas devem se harmonizar, é que se encontram os referidos critérios que podem ser aplicados para a solução do conflito de direitos em casos concretos. Diante da pesquisa realizada, conclui-se que não há direitos ou princípios absolutos, devendo ser, a cada caso, sopesados os valores que se encontram em conflito, para, aplicando os critérios de proporcionalidade, razoabilidade, boa-fé e vedação ao abuso de direito, buscar a solução que melhor se aproxime do princípio da dignidade humana, tido como valor fundamental na ordem jurídica brasileira.

Palavras-chave: poder; relação de emprego; direitos fundamentais; privacidade; intimidade; princípios; colisão de direitos; dignidade humana; proporcionalidade/ razoabilidade.

ABSTRACT

This dissertation was drafted from the observation, collection and analysis of the literature on public and private archives, as well as on the Internet, legal links and journals, newspapers and archives of jurisprudence. The objective of the work is draw a parallel between the power of supervision recognized by the employer under the employment relationship, related to the right of ownership and free enterprise, and the constitutional rights provided to the employee, they assume character of fundamental rights. Recognizing that, in various situations, the methods adopted to exercise this power, considering even the new opportunities arising from technological innovation (such as placement of the cameras internal circuit television surveillance and the use of internet and email at work), can generate a conflict with the constitutional principles and guarantees provided to the employee, especially those related to the rights of personality (intimacy, privacy, honour, image, confidentiality of correspondence and communications in general, among others), seeks to establish criteria for the relationship. Despite the Brazilian legal system does not make precepts goals for the solution of the problem, within this system, regarded as unit, as a coherent whole in which the legal standards should be harmonized, is that these are criteria that can be applied to the solution of the conflict of rights in concrete cases. Given the survey, it is concluded that there is no absolute rights or principles, and should be, in each case, weighted the values that are in conflict to, applying the criteria of proportionality, reasonableness, good faith and sealing the abuse of law, seek a solution best closer of the principle of human dignity, taken as a fundamental value in the Brazilian legal system.

Keywords: power; relationship of employment; fundamental rights, privacy, intimacy; principles; collision of rights, human dignity; proportionality / reasonableness.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	8
2 PODER DIRETIVO EMPRESARIAL – FUNDAMENTOS	12
2.1 O fenômeno do poder	12
2.2 Fundamentos do poder diretivo empresarial.....	30
2.2.1 <i>Fundamentos doutrinários do poder diretivo empresarial</i>	32
2.2.2 <i>Natureza jurídica do poder diretivo empresarial</i>	44
2.2.3 <i>Fundamentos legais do poder diretivo empresarial</i>	51
3 PODER DIRETIVO EMPRESARIAL – DIMENSÕES.....	53
3.1 Dimensões do poder diretivo empresarial.....	53
3.2 O controle sobre o trabalho no processo de formação e evolução do Direito do Trabalho em torno da relação de emprego.....	55
3.3 Poder de fiscalização como processo panóptico e métodos de exercício na era contemporânea	69
4 DIREITOS CONSTITUCIONAIS DO TRABALHADOR E SEU CONTRAPONTO AO PODER DIRETIVO EMPRESARIAL	73
4.1 Direitos fundamentais – dignidade humana e direitos de personalidade.....	73
4.2 A relevância dos princípios na ordem jurídica brasileira	81
4.3 Classificação dos princípios	84
4.3.1 <i>Princípios gerais do Direito</i>	84
4.3.1.1 <u>Princípios constitucionais do trabalho</u>	86
4.3.1.2 <u>Outros princípios constitucionais influentes no Direito do Trabalho</u>	92
4.3.1.3 <u>Princípios constitucionais do Direito do Trabalho (no plano do Direito Individual do Trabalho)</u>	94
4.3.2 <i>Princípios especiais do Direito Individual do Trabalho</i>	96
4.3.2.1 <u>Princípio de proteção</u>	97
4.3.2.2 <u>Princípio da irrenunciabilidade ou indisponibilidade de direitos</u>	99
4.3.2.3 <u>Princípio da primazia da realidade sobre a forma</u>	100
4.3.3 <i>Princípios externos aplicáveis ao Direito do Trabalho</i>	100
5 PODER DIRETIVO EMPRESARIAL E DIREITOS CONSTITUCIONAIS DO TRABALHADOR – CRITÉRIOS DE RELACIONAMENTO.....	103
5.1 Colisão de princípios – critérios de relacionamento	106
5.2 Colisão de princípios – análise de situações que ocorrem no âmbito da relação de emprego	112
5.2.1 <i>Revistas nos empregados e em seus pertences</i>	112
5.2.2 <i>Vigilância mediante utilização de equipamentos audiovisuais</i>	115
5.2.3 <i>Fiscalização do uso do correio eletrônico pelos empregados</i>	117
5.2.4 <i>CrITÉrios adotados para seleção de pessoal</i>	122
6 CONCLUSÃO	125
REFERÊNCIAS	130

1 INTRODUÇÃO

Vários fatores levaram ao surgimento do Direito do Trabalho enquanto ramo jurídico, quase todos no sentido de minimizar o desequilíbrio de forças econômicas, clamando pela presença do Estado, tecendo regras mínimas.

O Estado passou, então, a intervir nas relações trabalhistas, para evitar a exploração desenfreada e absurda do trabalhador hipossuficiente. A fórmula concebida para melhor assegurar a proteção do empregado foi a criação de um complexo de normas definidoras do patamar mínimo civilizatório, podendo as partes estipular outras acima.

Dentre os fatores históricos que levaram à formação e evolução do Direito do Trabalho, destacaram-se a Revolução Industrial e as mudanças na forma de exploração do fator trabalho após as Grandes Guerras Mundiais.

Naquele contexto histórico, a relação de emprego era a forma mais relevante de pactuação envolvendo a prestação de trabalho humano. Por essa razão, o Direito do Trabalho desenvolveu seus princípios, normas e institutos em torno dela.

No ordenamento jurídico brasileiro, a relação de emprego é a relação jurídica que se forma entre empregador e empregado, quando presentes os requisitos caracterizadores, previstos nos artigos 2º e 3º da Consolidação das Leis do Trabalho, quais sejam: ser o trabalho prestado por pessoa física, com personalidade, não-eventualidade, onerosidade e subordinação jurídica.

A definição de empregador, contida no artigo 2º da CLT, o qualifica como aquele que dirige a prestação dos serviços dos seus empregados e assume os riscos do empreendimento. Portanto, tem poderes de gestão e direção do negócio. O poder diretivo do empregador se desdobra em outros, dentre os quais se identifica o poder de controle, que permite que o empregador acompanhe, de forma contínua, a prestação do trabalho e fiscalize o ambiente de trabalho.

A transição entre o modelo de produção feudal e o capitalista deu-se de forma lenta e, em parte, verificou-se no contexto histórico em que predominavam as idéias iluministas, relacionadas ao racionalismo e ao reconhecimento do indivíduo como elemento central das proposições filosóficas, o que refletiu também nas relações de poder dentro da sociedade, tanto no plano político mais amplo como nas relações entre os indivíduos na base produtiva da sociedade.

As relações de trabalho predominantes até então, escravagistas e servilistas, conferiam ao trabalhador status de objeto, sendo o poder exercido pelo senhor legitimado pelo direito de propriedade. A partir do momento em que o trabalhador torna-se juridicamente livre dos meios de produção, outro passa a ser o fundamento do poder que o empregador detém no contexto da relação de emprego.

O poder, enquanto elemento presente nas relações entre os indivíduos e, especificamente, no âmbito da relação de emprego, é o tema central que permeará o estudo nos capítulos 2 e 3 deste trabalho. Será analisada a evolução das teorizações acerca do fenômeno *poder* como forma de viabilizar o entendimento a respeito do fundamento que constitui a essência do fenômeno e o legitima no âmbito da relação de emprego. Em seguida, serão analisados os mecanismos como o poder se manifesta no contexto desta relação, especificamente no que se refere ao poder de controle e suas dimensões, de maneira que, consolidadas tais noções, seja possível compreender como o poder empregatício deve ser compreendido na ordem jurídica brasileira contemporânea.

No capítulo 4, será feita a análise das normas jurídicas do ordenamento jurídico brasileiro que devem nortear o exercício do poder no contexto da relação de emprego. Primeiramente, será voltado ao estudo dos direitos considerados fundamentais, enfocados a partir do reconhecimento da dignidade humana e da valorização do trabalho como valores primordiais no Estado Democrático de Direito. Isso porque as relações de trabalho, enquanto relações privadas, também devem observar as normas e princípios constitucionais, visto que a Constituição, do ponto de vista jurídico, deve ser entendida como “[...] lei fundamental e suprema de um Estado, que contém normas referentes à estruturação do Estado, à formação dos poderes públicos, forma de governo e aquisição do poder de governar, distribuição de competências, direitos, garantias e deveres dos cidadãos”.¹

Num segundo momento, o estudo será concentrado, à luz das proposições teóricas formuladas por Ronald Dworkin e Robert Alexy, no reconhecimento da importância dos princípios na ordem jurídica, considerando-se as funções que lhes são pertinentes e analisando-se alguns princípios relacionados ao tema central do trabalho.

Admitindo a relevância dos princípios constitucionais e sua aplicação às relações privadas, Zeno Simm² observa que

¹ CANOTILHO, Joaquim J. Gomes. *apud* MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 15. ed. São Paulo: Atlas, 2004, p. 38.

² SIMM, Zeno. Os direitos fundamentais nas relações de trabalho. **Revista LTr**, São Paulo, LTr, v. 69, n. 69-11/1287, 2005.

[...] as transformações sofridas pelo Estado e a evolução dos direitos fundamentais fizeram com que estes se tornassem também aplicáveis às relações privadas, entre particulares, especialmente para eliminar ou reduzir as desigualdades entre as pessoas, na busca de uma igualdade material e não meramente formal, até porque os direitos fundamentais alicerçam-se nos princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade substancial.

Esta análise pautará o tema que será objeto de discussão no capítulo 5: a colisão de princípios quando confrontados o poder empregatício e os direitos fundamentais reconhecidos aos empregados enquanto indivíduos.

Apesar da previsão dos princípios normativos e das regras impositivas enfáticas na Constituição Federal, que traçam limites para o exercício do poder diretivo, afastando a viabilidade jurídica de condutas fiscalizatórias e de controle da prestação de serviços que agridam a liberdade e dignidade básicas da pessoa natural do trabalhador, o problema ainda não foi suficientemente resolvido, pois não são encontradas soluções objetivas quanto às variáveis a serem exploradas para propor uma forma de harmonizar os valores jurídicos em questão.

Conforme destaca Maurício Godinho Delgado³, a “[...] ordem jurídica brasileira não tem, ainda, preceitos tão claros [...]”. Ainda assim, “[...] tem regras e princípios gerais capazes de orientar o operador jurídico em face de certas situações concretas”.

A discussão central deste trabalho reside justamente no fato de que, de um lado, a ordem jurídica reconhece a existência e legitimidade do exercício do poder de controle pelo empregador, que se relaciona com o direito de propriedade e o princípio da livre iniciativa; e, de outro lado, do princípio da dignidade humana deriva o direito à inviolabilidade do direito à vida, que, por consequência, resulta nos direitos de personalidade (intimidade, vida privada, honra e imagem), de sigilo de correspondência e de comunicações em geral, dentre outros.

Partindo da premissa de que o ordenamento jurídico consiste numa unidade, num sistema coeso, é preciso investigar quais são os critérios que devem ser aplicados para relacionar estas pretensões no âmbito da relação de emprego. Daí porque se apresentam como valiosos os princípios da proporcionalidade, da razoabilidade, da vedação ao abuso de direito e da boa-fé.

Além de demonstrar as proposições teóricas a respeito dos critérios de relacionamento que podem solucionar as tensões entre as pretensões do empregador e do empregado, no capítulo 5 serão também analisadas algumas situações em que poderá ocorrer o conflito no

³ DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 5. ed. São Paulo: LTr, 2006b, p. 631.

caso concreto e demonstradas algumas das orientações que têm sido adotadas na doutrina e na jurisprudência.

Essa abordagem será direcionada às inovações na realidade social, em virtude da globalização, automação, crises econômicas etc, que levaram ao surgimento de novas possibilidades de utilização do trabalho humano. Isso porque, apesar de o modelo de produção taylorista-fordista, no qual o exercício do poder de controle e fiscalização pelo empregador se revelava de forma mais óbvia, não ter desaparecido da sociedade contemporânea, é inegável que o sistema capitalista no mundo passou por transformações que acarretaram, também, mudanças socioculturais.

A evolução tecnológica constante torna difícil definir com exatidão o local de trabalho, o ambiente de trabalho, pois a própria relação de trabalho ganhou novos contornos, viabilizando, também, novas formas de exercício do poder de fiscalização e controle, ainda mais eficazes.

Tal fato faz com que sejam intensificados os questionamentos sobre quais seriam os limites ao poder de controle e à subordinação do empregado, porque, neste contexto de avanço tecnológico e de falta de previsão legal específica sobre a matéria, confrontam-se dois valores jurídicos: o poder diretivo do empregador; e o princípio da dignidade (e, por consequência, a inviolabilidade do direito à vida).

O desenvolvimento e a construção de propostas acerca dos limites do poder empresarial à luz dos direitos e princípios constitucionais exige, portanto, estudo e reflexão sobre situações fáticas que passaram a ser possíveis, especificamente as revistas pessoais dos empregados, a colocação de câmeras de circuito interno de televisão e a fiscalização do uso de internet e e-mail. Também é imprescindível repensar a definição jurídica de ambiente de trabalho, subordinação e poder empresarial de fiscalização e controle.

Assim, sendo a relação de trabalho uma das mais relevantes relações de poder existentes e ocupando o trabalho posição central e relevante na sociedade, não obstante os discursos políticos ultraliberais serem em sentido oposto, o objetivo desta obra é buscar soluções objetivas acerca dos critérios de relacionamento entre o poder empresarial e os direitos constitucionais do trabalhador.

2 PODER DIRETIVO EMPRESARIAL – FUNDAMENTOS

Neste capítulo, será examinado o fenômeno do poder, de forma específica, com o intuito de construir o embasamento teórico necessário para, em seguida, proceder à análise e compreensão dos fundamentos do poder que se manifesta em esfera mais restrita, no âmbito da relação de emprego.

2.1 O fenômeno do poder

Cada indivíduo, enquanto animal racional, tem necessidades e anseios. Dessa forma, quando se agrupam, confrontam-se tais interesses individuais com os da coletividade.

Independentemente da teoria que se adote para explicar o fenômeno social – ou seja, a razão pela qual os indivíduos vivem juntos (o que não é a preocupação central desse trabalho) –, a história demonstra que as relações entre os indivíduos são pautadas pelo confronto entre poder e resistência.

Para Reginaldo Melhado, o poder tomado como fenômeno social é

[...] uma relação entre homens e está presente em todas – ou quase todas – as dimensões da vida em sociedade. Pode-se dizer que ‘não existe praticamente relação social na qual não esteja presente, de alguma maneira, a influência voluntária de um indivíduo ou de um grupo sobre a conduta de outro indivíduo ou grupo.’⁴

Alice Monteiro de Barros define poder como

[...] capacidade de um indivíduo pôr em prática a sua vontade, apesar da resistência encontrada; surge do instituto da luta, podendo resultar de uma demonstração de superioridade ou de influência psicológica sobre outros homens. Esse poder coercitivo é mesclado pelo poder convencional, exteriorizado por meio da negociação e não do comando.⁵

⁴ MELHADO, Reginaldo. **Poder e sujeição**: os fundamentos da relação de poder entre capital e trabalho e o conceito de subordinação. São Paulo: LTr, 2003, p. 23.

⁵ BARROS, Alice Monteiro de. Poder hierárquico do empregador. Poder diretivo. In: **Curso de Direito do Trabalho**: estudos em memória de Célio Goyatá. Alice Monteiro de Barros (Coord.). 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: LTr, 1997b, p. 559.

A autora destaca que, etimologicamente, a palavra *poder* deriva do latim vulgar *potere*, da raiz *poti*, que significa “chefe de um grupo”. Seu significado gira em torno da idéia de posse, força, obediência, influência.

A liberdade é a outra forma de manifestação do fenômeno social. Todavia, para se manter o grupo social, é mister que haja um termo na luta entre poder e liberdade, o que leva o chefe a impor limites à ação dos indivíduos, que os acatam ou porque são incapazes de opor-se a ele ou porque reconhecem a necessidade de se manterem unidos. Para tanto é que se estabelece a disciplina: conjunto de normas de conduta que rege a vida dos homens.⁶

Assim, o poder é nexa vinculante entre pessoas e setores sociais, e nestas relações assume múltiplas dimensões na dinâmica social. Ou seja, verifica-se nas relações entre os indivíduos e entre estes e a coletividade. Nesse sentido, Reginaldo Melhado⁷ destaca que há “[...] poder no interior da família, na empresa, nas relações entre grupos ou classes sociais e que o poder constitui a alma mesma da ficção jurídica a que chamamos Estado”.

Para que seja viável a vida em sociedade, torna-se necessário estabelecer o equilíbrio entre poder e resistência, entre poder e liberdade. Assim é que são impostos limites a essas manifestações do fenômeno social. A imposição de limites se estabelece mediante o disciplinamento dos indivíduos, a padronização de suas condutas, conforme destacado na seguinte definição:

Em sentido geral, *poder* designa capacidade de produzir determinado resultado. No conhecido *Dicionário de política, de N. Bobbio e N. Matteucci*, o poder é definido, no sentido social, como um fenômeno que, mais do que simples capacidade de realizar determinado resultado, se converte na **‘capacidade do homem para determinar a conduta do homem: poder do homem sobre o homem**. O homem não é só o sujeito senão também o objeto do *poder social*, importando sempre em uma relação triádica: há uma pessoa ou grupo que detém o poder, há uma pessoa ou grupo que se submete a este poder, e há uma *esfera de poder*. O terceiro elemento seria, por assim dizer, o referente do conceito subjacente aos seus pólos subjetivos (os atores da relação).⁸ (grifo nosso)

Essa mesma noção de padronização do comportamento humano pode ser extraída da reflexão construída por Michel Foucault sobre as formas de manifestação do poder.

O conceito de norma presente na análise foucaultiana a respeito do poder não é empregado no sentido jurídico. Designa um parâmetro, conformidade, que pressupõe

⁶ BARROS, 1997b, p. 559.

⁷ MELHADO, 2003, p. 23.

⁸ MELHADO, 2003, p. 23.

[...] arquiteturas, dispositivos, toda uma física do poder graças à qual o grupo poderá tornar-se visível para si mesmo, mas também procedimentos, notações, cálculos, toda uma constituição de saber destinada a produzir, em completa positividade, o um a partir do múltiplo [...].⁹

A primeira forma de veiculação da norma proposta por Foucault é justamente a disciplina, mecanismo de adestramento para fabricar indivíduos que atua sobre o corpo individual. O poder disciplinar pode assumir três dimensões¹⁰: vigilância hierárquica; sanção normalizadora; e exame.

O vocábulo *disciplina* deriva da palavra latina *disciplina*, cognata da forma grega *didaskô*, “ensinar”. Assim, disciplina guarda relação com aprendizagem. A “[...] disciplina não se impõe. A autêntica disciplina é a disciplina consciente, a autodisciplina, aquela que se observa espontaneamente [...]”.¹¹

Na visão de Foucault, o biopoder é a segunda forma de exercício do poder. Surgiu na segunda metade do século XVIII e “[...] se dirige às populações, visando uma série de problemas econômicos e políticos de ‘massa’, tais como questões relacionadas a taxas de natalidade, de mortalidade, de longevidade, doenças etc”.¹² Assim, os “[...] mecanismos de implementação serão previsões, estimativas estatísticas, medições globais, ou seja, distintos dos instrumentos do poder disciplinar, mas plenamente conciliáveis na sociedade disciplinar”.¹³

A forma como a disciplina é imposta varia ao longo da história segundo o modo de organização dos próprios indivíduos em sociedade. Assim, várias teorias que buscam estudar o fenômeno *poder* em suas dimensões foram construídas em distintos contextos históricos.

Neste capítulo, serão analisadas as teorias sobre o poder, para identificar os fundamentos que conferem respaldo à existência e legitimidade do poder diretivo do empregador na relação de emprego. Mas, antes disso, para que seja possível compreender a manifestação do poder na relação entre empregador e empregado, serão analisadas teorias

⁹ FOUCAULT, Michel. *apud* FONSECA, Ricardo Marcelo. **Modernidade e contrato de trabalho**: do sujeito de direito à sujeição jurídica. São Paulo: LTr, 2002, p. 106.

¹⁰ A respeito desses três instrumentos destacados por Foucault para obter os efeitos do poder disciplinar: “[...] o grande modelo para a vigilância disciplinar é a figura do panóptico – figura arquitetônica imaginada por Jeremy Bentham – que, pela sua peculiar forma de construção [...] ‘ [...] fabrica efeitos homogêneos de poder’. A sanção normalizadora consiste em “[...] pequeno mecanismo penal, que é evidentemente dotado de uma ‘legalidade’ própria (formas particulares de procedimentos, de sanção, de instâncias de julgamento), e que se localiza abaixo da dimensão estritamente jurídica”. O exame consiste na combinação das “[...] ‘técnicas da hierarquia que vigia e da sanção que normaliza’ [...] O indivíduo poderá ser descrito, analisado e julgado de acordo com suas especificidades (que serão, é claro, confrontadas com a norma, a medida geral). É ele que deverá eventualmente ser classificado ou reclassificado, treinado ou retreinado, promovido ou excluído”. FONSECA, 2002, p. 108-110.

¹¹ ROMITA, Arion Sayão. **O poder disciplinar do empregador**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1983, p. 22.

¹² FONSECA, 2002, p. 113.

¹³ FONSECA, 2002, p. 113.

sobre o poder sob uma perspectiva mais ampla, considerando-se as teorias formuladas ao longo da história sobre esse fenômeno nas sociedades.

O primeiro aspecto relevante a ser analisado do ponto de vista histórico é a “[...] transição entre a forma de organização social no mundo tradicional e no mundo moderno [...]”.¹⁴ Na expressão de Ricardo Marcelo Fonseca¹⁵, a passagem de uma sociedade de ordens para uma sociedade de indivíduos.

Naquela forma de organização social não havia espaço para manifestações individuais, pois o indivíduo era definido a partir de suas funções sociais, tais como as de pai, clérigo, vizinho ou outra “qualidade”, conforme o papel que cumpria perante a sociedade.

Ricardo Marcelo Fonseca, citando António Manuel Hespanha, ressalta que havia o domínio da idéia da existência de uma ordem universal, abrangida por todos os homens e coisas, que remetia todos a uma causa final, uma justificativa transcendente, que era a figura do Criador. Prossegue o autor explicando que a referida estrutura social é caracterizada como aquela:

[...] a) que valoriza os fenômenos grupais ou coletivos; b) que considera o poder como algo originariamente repartido (e não apenas delegado ou dividido pelos poderes do Estado) por múltiplos corpos sociais, cada qual dotado de autonomia política e jurídica exigida pelo desempenho de sua função social; c) que reserva ao poder político global apenas a função de garantir esta autonomia e especificidade do estatuto social de cada corpo (fazendo justiça...) e assegurando, desta forma, a paz [...]; d) que apenas vê o indivíduo como parte de grupos e os seus direitos e deveres como reflexos do estatuto (“foro”) dos grupos em que se integra; e) e que recusa a distinção, própria do pensamento moderno, entre “sociedade civil” e Estado (ou “sociedade política”).¹⁶

Não se vislumbrava, portanto, a separação entre o Estado e a sociedade civil, ou seja, a “[...] separação fundamental entre o ente político que comanda e o ente social que é objeto de comando, entre a política e a economia, entre o ‘público’ e o ‘privado’ [...]”.¹⁷

¹⁴ A expressão *mundo moderno*, “no sentido histórico ou científico” é “a era iniciada no século XVII e finda no século XX”. MELHADO, 2003, p. 30.

“A modernidade nasce da chamada ‘sociedade tradicional’ (ou Antigo Regime) e a sua caracterização e seu ocaso são fundamentais para que seja bem compreendido o novo mundo que desponta a partir de então e que nos dá as características centrais de nossa existência presente [...] Como ocorre em todo processo histórico, sua formação é difusa, lenta e complexa. Mas pode-se afirmar que a gestação da modernidade ocorreu desde os séculos X e XI, com o lento e irregular avanço do mercado de trocas comerciais e a aceleração de um processo de racionalização [...]”. FONSECA, 2002, p. 30.

¹⁵ FONSECA, 2002, p. 30.

¹⁶ HESPANHA, António Manuel. *apud* FONSECA, 2002, p. 31 e 33.

¹⁷ FONSECA, 2002, p. 34.

Na Modernidade, chamada de época da *subjetividade*¹⁸ por Ricardo Marcelo Fonseca, verifica-se a inversão da visão que prevalecia no pensamento medieval, pois o indivíduo, o sujeito, torna-se

[...] a referência da política, da sociedade, do conhecimento e também do direito. A organização do poder, a forma de encarar a sociedade, o modo de fundamentar as reflexões e a forma e regulamentar a vida social terão como referência mediata ou imediata a figura do sujeito [...].¹⁹

Até que fosse adotada essa separação na forma de organização da estrutura social, o que ocorreu com a formação, de forma heterogênea, dos Estados Nacionais na Idade Moderna, houve um longo período de transição, no qual se verificaram diversos fatores de ordem filosófica, social, econômica e política.

Além das transformações na base produtiva²⁰ (que serão abordadas mais detalhadamente no capítulo 3) e do aparecimento dos Estados Nacionais, também contribuíram para a mudança de enfoque no sentido de auto-afirmação do homem e formação da nova ordem política a reforma protestante, a expansão marítima, a descoberta das Américas e as invenções. O Iluminismo, tendência intelectual fundada na razão, que se verificou na Europa a partir do século XVIII, representou o “ápice do sujeito”, na expressão de Ricardo Marcelo Fonseca.²¹

Dentre esses fatores, o autor destaca o aparecimento de uma nova ordem política centralizada, como parte do processo de redução do pluralismo político e jurídico

¹⁸ Ricardo Marcelo Fonseca explica: “A subjetividade [...] desdobra-se em várias outras facetas para que ela possa operar nos âmbitos social, político, teórico e jurídico [...]. As manifestações subjetivas são expressadas através de algumas abstrações que lhe são fundamentais e caracterizadoras e que [...] podem ser consideradas as seguintes: universalidade, autonomia e individualidade.” A universalidade se relaciona com o princípio liberal, reconhecido pelo iluminismo, da autodeterminação dos povos, sob uma perspectiva “[...] transnacional, transcultural, bem como de aceitação da idéia de igualdade entre os sexos e as etnias”. O individualismo se refere ao enfoque sobre o indivíduo, “[...] tomado em si mesmo, a partir de suas exigências próprias e seus direitos intransferíveis à felicidade e à auto-realização”. A autonomia designa “[...] liberdade (que tem relação com os direitos de cada um) e a capacidade (que tem relação com o poder efetivo de exercer os direitos)”. FONSECA, 2002, p. 68-70.

¹⁹ FONSECA, 2002, p. 68.

²⁰ Ricardo Marcelo Fonseca aponta a reorientação ideológica do fenômeno histórico chamado de modernidade, focado na subjetividade como decisiva para o surgimento e a expansão do capitalismo. Isso porque a centralidade do sujeito e os princípios a ele relacionados (universalidade, autonomia e individualidade) largamente favorecem a livre vazão desse modo de produção, centrado na propriedade e busca de acumulação. “[...] O sujeito, assim, é visto como uma abstração necessária para a constituição do sistema econômico. E isso porque somente um sujeito liberado e abstrato, com capacidades formais reconhecidas, é capaz de dispor da propriedade – que a partir do sistema econômico capitalista também se vê liberada de todas as determinações hierárquicas tradicionais. A abstração do indivíduo pressupõe a abstração da propriedade, que agora, todavia, é transformada em pura mercadoria e passa a constituir uma objetividade separada do indivíduo, até mesmo governando a sua conduta segundo as leis do cálculo econômico.”. FONSECA, 2002, p. 81.

²¹ FONSECA, 2002, p. 68.

característico da sociedade de ordens da Idade Média. A autoridade foi progressivamente desalojada de todos os vínculos sociais, religiosos, econômicos e pessoais, sendo transferida das organizações profissionais, da Igreja, das ordens locais etc ao ente estatal burocratizado.

Para ilustrar essa evolução, serão abordados os momentos teóricos principais das reflexões sobre o poder, segundo a análise feita por Maurício Godinho Delgado²² na obra *O Poder Empregatício*.

A primeira das tipologias sobre o poder que aborda é a oriunda de Aristóteles. Tal modelo é construído a partir de critérios distintos, mas combinados: o segmento em que se exerce o poder e o interesse objetivado com o exercício desse poder. Assim, identificam-se três tipos de poder: o paterno; o senhorial; e o civil, ou político.²³

O poder paterno (“autoridade doméstica”, vinculando pai e filho) é exercido no âmbito das relações interindividuais, pessoais, no cenário familiar, fundando-se no interesse do filho.

O poder senhorial (“poder do amo”, vinculando senhor e escravo) também é exercido no âmbito das relações interindividuais, mas nas relações envolvendo o homem enquanto ser produtivo, fundando-se no interesse do senhor.

O poder civil, ou político (vinculando governantes e governados) manifesta-se no âmbito público, “[...] no contexto das relações dos homens com a pólis, com a comunidade política como um todo”. Nesse caso, o interesse a ser protegido é o da comunidade. Contudo, há possibilidade de distorção e preponderância do interesse do governante no exercício do poder político. Neste sentido é a explicação de Aristóteles:

[...] visto que o governo é autoridade suprema nos Estados e que forçosamente esta autoridade deve repousar nas mãos de um só, ou de vários, ou de uma multidão, segue-se que desde que um só, ou vários, ou a multidão usem da autoridade com vistas ao interesse geral, a constituição é pura e sã forçosamente; ao contrário, se se governa com vistas ao interesse particular, isto é, ao interesse de um só, ou de vários, ou da multidão, a constituição é viciada e corrompida.²⁴

Maurício Godinho Delgado aponta como principal deficiência do modelo aristotélico o fato de não desenvolver o papel do elemento ideológico na relação de poder. Não atribui crédito à vontade, mas à “[...] inerte natureza [...]”. Para exemplificar tal reflexão crítica, o autor destaca o seguinte trecho do pensamento de Aristóteles, no qual considera o filósofo:

²² DELGADO, Maurício Godinho. **O poder empregatício**. São Paulo: LTr, 1996, p. 28.

²³ DELGADO, 1996, p. 29.

²⁴ ARISTÓTELES. *apud* DELGADO, 1996, p. 29.

[...] que há escravos e homens livres pela própria obra da natureza; que essa distinção subsiste em alguns seres, sempre que igualmente pareça útil e justo para alguém ser escravo, para outrem mandar; pois é preciso que aquele obedeça e este ordene, segundo o seu direito natural, isto é, com uma autoridade absoluta.²⁵

Prosseguindo em sua avaliação crítica, o autor também aponta como falhas da teorização aristotélica não firmar vinculações de inter-relação envolvendo os níveis de poder, não estabelecer hierarquização entre tais dimensões e não “[...] considerar a coerção como elemento relevante à tipificação e classificação distintiva do fenômeno, reservando-a ao nível extra-político, fundamentalmente ao nível do poder senhorial [...]”.²⁶

Essa vinculação entre poder político e coerção foi destacada pela primeira vez na Idade Média, nas teorias que visavam conferir “[...] substrato filosófico à hegemonia plena da Igreja na Europa Ocidental da época, resolvendo de modo compatível suas relações com o poder laico”. A distinção entre “[...] poder espiritual (vis directiva), monopólio da Igreja, e poder temporal (vis coactiva), monopólio do Príncipe e titular da coerção, transformou-se na resposta teórica adequada a esse desafio lançado pela prática política do momento”.²⁷

Do ponto de vista histórico, são consideradas relevantes as referências a respeito do poder político na Idade Média feitas por Tomás de Aquino.

Ricardo Marcelo Fonseca²⁸ explica que o tomismo é uma doutrina “medieval”, baseada na “[...] idéia de ordem enquanto cosmologia que englobava o indivíduo e o anulava [...]”. E sustenta que na “[...] Idade Média, ao menos na concepção tomista, a lei natural é atributo de Deus, e sendo a natureza, o fundamento do direito, há que se ter em conta que a natureza é uma criação divina e está submetida aos seus desígnios e à guarda da Igreja”.

Contudo, sob a perspectiva das teorizações sobre o poder, conforme pontua Maurício Godinho Delgado, a doutrina de Tomás de Aquino é importante por ser ele um dos autores que faz a distinção entre poder secular e poder espiritual, o que se verifica no seguinte trecho:

[...] no que se refere à salvação da alma; e é por isso que nessa matéria o mais legítimo será obedecer ao poder espiritual, e não o poder secular. Porém, nas matérias que se relacionam com o bem da cidade, deve-se obedecer de preferência ao poder secular, e não ao poder espiritual.²⁹

²⁵ ARISTÓTELES. *apud* DELGADO, 1996, p. 30.

²⁶ DELGADO, 1996, p. 30.

²⁷ DELGADO, 1996, p. 32.

²⁸ FONSECA, 2002, p. 43, 51.

²⁹ AQUINO, Tomás de, *apud* TOUCHARD, Jean. **História das idéias políticas**. Lisboa: Publicações Europa-América, 1970. v. 2, p. 90. *apud* DELGADO, 1996, p. 33.

Apesar de fazer a distinção entre poder espiritual e poder secular, e destacar a vinculação entre poder político e coerção, “[...] insiste na direção preponderante da Igreja sobre o Príncipe [...]”.³⁰

Também destacada é a tese sustentada por Marsílio de Pádua de que “[...] a autoridade é privilégio do Príncipe, do Estado, na medida em que apenas este poderia dispor da sanção”. Tal construção teórica “[...] combina a tese da coerção como apanágio do poder político com a tese da ‘soberania popular’, pela qual o *legislator humanus*, constituído pela universalidade dos cidadãos, pode admoestar, punir e até depor o Príncipe que abusou de seu poder”.³¹

Ricardo Marcelo Fonseca explica que a elaboração da teoria de Marsílio de Pádua, demonstrada fundamentalmente na obra *O defensor da Paz* (1324), coincide com o momento em que “[...] amarras político-jurídicas limitavam as cidades italianas na sua plena pretensão de autodeterminar-se”.

De um lado, havia as pretensões legais dos imperadores germânicos sobre as terras italianas, o chamado *Regnum Italicum* [...].

Tais pretensões eram calcadas, afinal por legítimas bases jurídicas: os textos de *Justiniano* [...] eram claros ao enunciarem que o *princeps* – identificado pelos juristas da época como herdeiro do sacro império romano-germânico de *Carlos Magno* – deveria ser considerado o *dominus mundi*, o senhor único do mundo. [...]

De outro lado, havia a indisfarçável pretensão da Igreja cristã – e mais especificamente do papado – de estender seus domínios temporais ao *Regnum Italicum*.

Inicialmente aliados das cidades italianas nas lutas contra os germânicos, os papas demonstravam progressivamente sua intenção de governá-las, dentre outras razões, a partir da progressiva elaboração da teoria jurídica da *plenitudo potestatis*, que implicava atribuir ao sumo pontífice a plenitude dos poderes espirituais e seculares.³²

A tese sustentada por Marsílio de Pádua mostrou-se favorável às pretensões de liberdade das cidades italianas ante o papado, conforme destaca Skinner:

[...] os dirigentes do clero se equivocaram completamente quanto à natureza da Igreja ao supor que ela fosse uma instituição capaz de exercer qualquer tipo de poder legal, político ou “jurisdicional”. Uma leitura mais atenta das Escrituras faz com que se chegue à conclusão diametralmente oposta. [...] Cristo deliberadamente excluiu seus apóstolos e seguidores do exercício de qualquer autoridade coercitiva ou poder neste mundo. Daí decorre também a impossibilidade dos papas reivindicarem para si a *plenitudo potestatis*, pretensão que é igualmente contraditória com o teor das Escrituras. O poder de instalar um concílio geral e fazer consumir sua obra não deve

³⁰ AQUINO, Tomás de, *apud* TOUCHARD, 1970, p. 90. *apud* DELGADO, 1996, p. 33.

³¹ DELGADO, 1996, p. 33.

³² FONSECA, 2002, p. 39.

pertencer a um sacerdote ou a um colégio de sacerdotes, mas sim ao “fiel legislador humano”.³³

Em conclusão, o teórico considera que “[...] a figura do legislador, em cada reino ou cidade-Estado independente, é a única detentora do direito de uma completa ‘jurisdição coercitiva’ sobre ‘toda pessoa individual e mortal, de qualquer condição que seja’”.³⁴

Assim, conforme ressalta Ricardo Marcelo Fonseca, foi inaugurado um tipo de teorização que

[...] demarcou as possibilidades – que posteriormente germinariam – de afirmação de uma organização política tipicamente moderna, no sentido de ser desprendida das múltiplas autoridades das diversas ordens sociais medievais. A idéia de autonomia (que é o conceito que antecede e prepara a noção moderna de liberdade) é aqui exercitada pela primeira vez.³⁵

Maurício Godinho Delgado considera que no período designado como Idade Moderna houve avanço das reflexões sobre o poder, sobretudo pelas contribuições de Maquiavel, Jean Bodin e Hobbes. Ressalta que na proposição de Maquiavel há separação fático-teórica entre política, religião e ética, e que se verifica a distinção entre governo e Estado. Também destaca “[...] o predomínio de uma racionalidade, de uma lógica específica no interior da ação política concretizada na conduta do agente político”. Tal aspecto, além de tornar a política passível de análise concreta e objetiva, na concepção de Maurício Godinho Delgado, criou “[...] as condições técnicas à virtual democratização da política e da própria apropriação do poder político”. O autor explica que isso

[...] deriva da descoberta da *virtú*³⁶ como mola-mestra da ação política em anteposição à idéia então prevalente de que comandaria a política uma certa qualidade inata ou o acaso (ou a natureza, para ficarmos com Aristóteles), circunstâncias estas sempre rigidamente distribuídas no contexto social. O caráter racional e lógico que se descobre na ação política torna essa ação e dinâmica apropriáveis, a princípio, por qualquer agente – e não apenas pelo segmento social que, tradicionalmente, sempre deteve a qualificação do sujeito político (os setores dominantes, em especial a aristocracia).³⁷

³³ SKINNER, Quentin. *apud* FONSECA, 2002, p. 41.

³⁴ FONSECA, 2002, p. 42.

³⁵ FONSECA, 2002, p. 42.

³⁶ “*Virtú* é [...] a aptidão para agregar, em determinado momento histórico, as forças e os meios adequados à consecução de objetivos historicamente propostos [...]”, na definição de DELGADO, 1996, p. 35.

³⁷ DELGADO, 1996, p. 37.

O referido autor considera, ainda, que Maquiavel foi inovador por reunir coerção e ideologia como elementos constitutivos do poder político ao sustentar que o Príncipe, líder político que personifica o poder político, agiria mediante os mecanismos da astúcia e da força.

Na astúcia maquiavelina tem-se a instrumentalização política das ideologias, em uma visão que toca na extremamente moderna acepção de ideologia como práxis política. Na força, a instrumentalização dos meios decisivos de afirmação imediata da dominância política.³⁸

A obra construída por Jean Bodin também contribuiu para a teorização sobre o poder político por consolidar, por meio do conceito de soberania, a concentração “[...] no poder político, via Estado, o uso do poder coercitivo”.³⁹

A teoria de Hobbes é considerada fundamental para o estudo das relações de poder na sociedade. Maurício Godinho Delgado também ressalta a importância das formulações desse teórico, que se destacou dentre os demais filósofos “jusnaturalistas”⁴⁰ dos séculos XVII e XVIII por ter sido o que se contrapôs à teoria de Aristóteles de forma mais objetiva.

A construção teórica de Hobbes analisa o fenômeno político do ponto de vista objetivo. Sob esse enfoque, rechaça a

[...] tradicional (e então dominante) tese aristotélica do *zoon politikon*, que, partindo do suposto da sociabilidade inata ao homem, conclui pela existência de graus necessários e naturais de associações, desaguando na sociedade política, também natural e necessária (assim como afirmativa da natureza humana).⁴¹

Pertinente a colocação de Ricardo Marcelo Fonseca, que corrobora essa mudança de enfoque na Idade Moderna:

Na época moderna, o fundamento na natureza ou em Deus é abandonado e substituído pela “natureza do homem”. Quando se fala no direito natural moderno (ou jusracionalismo) fala-se então num direito que se assenta na natural razão humana e seus atributos. [...] agora o direito está ligado ao indivíduo, à qualidade específica do homem, tornando-se a emanção deste, a expressão de suas possibilidades inalienáveis e eternas. O fundamento do direito, portanto, aparece como sendo outro: o homem e sua racionalidade.⁴²

³⁸ DELGADO, 1996, p. 38.

³⁹ DELGADO, 1996, p. 39.

⁴⁰ Os autores designados sob o epíteto de jusnaturalistas são “[...] filósofos que se dedicaram especificamente ao Direito e não apenas filósofos em cujas concepções gerais se possam integrar considerações aplicáveis ao fenômeno jurídico [...]”, conforme ressalta BOBBIO, Norberto. *apud* DELGADO, 1996, p. 40.

⁴¹ DELGADO, 1996, p. 41.

⁴² FONSECA, 2002, p. 51.

Hobbes sustenta que a origem da sociedade política não é natural, mas artificial, decorrendo do “pacto-instituidor”, produto da ação humana.

Na visão de Ricardo Marcelo Fonseca:

[...] em Thomas Hobbes (1588-1679) o homem quer evitar um estado de natureza cruel, violento e onde há a prevalência das paixões e do medo (seja o medo da morte violenta, o medo da violação às suas propriedades ou o medo à sua honra), e por isso opta por um Estado dotado de suprema autoridade. Em outros termos, para esse pensador inglês as regras da razão humana extraem, através do contrato, as normas que garantem a paz. A paz nada mais é do que a superação do estado de natureza (que é, para Hobbes, o estado de guerra de todos contra todos, onde prevalecem os instintos animais), e que somente pode ser assegurada por um poder maior, capaz de manter todos em respeito.⁴³

Outro aspecto relevante é que a teoria de Hobbes reconhece a existência de relação entre a política e a coerção, apontando que esta é característica exclusiva daquela. Neste sentido é o comentário de Bobbio, destacado por Maurício Godinho Delgado:

[...] exclusividade do uso da força como característica do poder político é o tema hobbesiano por excelência: a passagem do estado de natureza ao Estado é representada pela passagem de uma condição na qual cada um usa indiscriminadamente a própria força contra todos os demais a uma condição na qual o direito de usar a força cabe apenas ao soberano. A partir de Hobbes o poder político assume uma conotação que permanece constante até hoje.⁴⁴

As reflexões sobre o poder construídas na Idade Moderna (era absolutista), apesar de apontarem a coerção “[...] como elemento distintivo do poder político perante as demais modalidades ou dimensões do poder [...]”, em virtude do próprio contexto histórico, conduziram a um “[...] inegável reducionismo coercitivista [...]”, conforme pontua Maurício Godinho Delgado.⁴⁵

O autor destaca que, dentre as tipologias formuladas posteriormente com vistas a analisar a associação entre coerção e poder político, destacou-se a construída por John Locke, que “[...] lança a prevalência do elemento persuasivo (não coercitivo, pois), inerente à idéia de legitimidade, na configuração do poder político”.⁴⁶

⁴³ FONSECA, 2002, p. 56.

⁴⁴ BOBBIO, Norberto. *apud* DELGADO, 1996, p. 38.

⁴⁵ DELGADO, 1996, p. 47.

⁴⁶ DELGADO, 1996, p. 47.

Na concepção deste teórico, a coerção é poder excepcional, devendo seu exercício ser limitado, na medida do possível, pelos direitos dos indivíduos. Neste sentido, Maurício Godinho Delgado explica que

[...] Locke não associa coerção ao âmbito social [...]. A coerção seria elemento nuclear a um poder com certo corte penal [...], onde o fundamento do poder [...] residiria na prévia conduta anti-social (segundo a ordem dominante) do agente passivo da relação de poder. [...] não justifica, assim, a coerção como elemento operacional próprio e decisivo à dinâmica das relações sociais [...]. É, pois, um poder excepcional, consistente em um “estado de guerra continuado” que convive com a sociedade [...], mas que não lhe é necessariamente atávico.[...]

Locke buscou limitar a idéia [...] às noções de “pacto”, “legitimidade”, “consenso”, levantando, ainda, ao poder político as barreiras insuplantáveis dos chamados “direitos naturais”.⁴⁷

Complementando a explanação, o autor destaca que a combinação das noções de “pacto”, “legitimidade”, “consenso” e “direitos naturais” está clara no *Segundo tratado sobre o governo*, no qual Locke, referindo-se ao poder político, sustenta que este não pode ser “[...] poder absoluto e arbitrário sobre a vida e a fortuna dos homens, que terão de ser preservadas tanto quanto possível, mas o poder de fazer leis, anexando-lhes tais penalidades que tendam à preservação do todo [...]”.⁴⁸

Reafirmando que o poder apresenta outra faceta além da coerção, Maurício Godinho Delgado⁴⁹ destaca que este

[...] se realiza não somente mediante o instrumental coercitivo, mas também e cotidianamente através de idéias, práticas e técnicas de inserção profissional, grupal e social do individual [...] este poder não somente pune, veda e inibe, mas também incentiva, premia, induz e transforma [...].

Outros teóricos ao lado de Hobbes, como Locke e Rousseau, apesar de abordarem de forma distinta a racionalidade, convergem por considerar que os homens saem do “[...] ‘estado de natureza’ a partir de um ato de vontade, por uma decisão racional [...], pesando as mazelas existentes no estado pré-social de um lado e as vantagens de uma vida politicamente organizada de outro [...]”. Assim, concebem “[...] a vida política e a constituição do Estado como parte de um grande processo de racionalização da vida social, operada por meio do

⁴⁷ DELGADO, 1996, p. 48-49.

⁴⁸ LOCKE, John. *apud* DELGADO, 1996, p. 49.

⁴⁹ DELGADO, 1996, p. 60.

indivíduo através de sua vontade, com vistas a uma norma de legitimidade que seja universal”.⁵⁰

Na sociedade contemporânea, o poder se manifesta sob várias acepções. Contudo, ao invés de se considerar o “caráter multidimensional do poder em geral”, o ponto teórico que se destaca, na visão de Maurício Godinho Delgado, “[...] em decorrência do fato fundamental e diferenciador da Democracia⁵¹[...]”, é “[...] a multidimensionalidade de uma manifestação específica de poder, o poder político”.⁵²

Conforme explica o autor, a análise construída por Marx (1818 – 1883), levando em consideração a posição dos setores sociais excluídos da dinâmica institucional em relação aos segmentos sociais dominantes, foi capaz de captar “[...] a correta e ampla abrangência do fenômeno político”.⁵³

Assim, “[...] a temática política e do poder [...]” foi deslocada do “[...] plano meramente institucional [...] passando ao plano das relações sociais”.

O Estado (ou mais restritamente o governo, como já dividira Maquiavel) deixa de ser o palco privilegiado (ou exclusivo) das ações e dinâmica políticas, transferindo-se a dimensão mais relevante dessa dinâmica ao processo societário correspondente. A ótica social – compreendida como a dinâmica de relação entre as classes sociais – ganha prevalência na análise política.⁵⁴

Maurício Godinho Delgado também destaca que na síntese de Marx “[...] não seria a consciência do homem que determinaria seu ser, mas pelo contrário, seu ser social é que determinaria sua consciência”.⁵⁵

Essa é a noção de indivíduo enquanto sujeito coletivo, considerado em suas relações com os demais indivíduos e sua ação na sociedade, que para Marx

⁵⁰ FONSECA, 2002, p. 55-57.

⁵¹ “No sentido formal e institucional, Democracia supõe um conjunto de liberdades públicas existentes em uma dada sociedade (liberdade de opinião, de locomoção, de associação, etc.) e traduz processos institucionalizados no aparelho de Estado de participação abstrata e impessoal na política institucional (eleições, câmaras congressuais, mandatos transitórios, etc.). [...] No sentido substancial, Democracia traduz um conjunto de mecanismos de participação societária em qualquer estrutura ou relação de poder existente na sociedade, inclusive fora do âmbito institucional do Estado. Importa, pois, na noção de participação em núcleos de poder situados nos locais de trabalho, nos locais de resistência e em qualquer instância em que haja relação hierarquizada entre pessoas e grupos sociais.” In: DELGADO, 1996, p. 78.

⁵² DELGADO, 1996, p. 53.

⁵³ DELGADO, 1996, p. 53.

⁵⁴ DELGADO, 1996, p. 53.

⁵⁵ MARX, Karl. *apud* DELGADO, 1996, p. 54.

[...] se configura como universo de emergência de novos sujeitos políticos, em particular no contexto da sociedade industrial recente. Trata-se da noção de sujeito coletivo, consubstanciada em atores sócio-políticos que somente se compreendem se integrados a uma lógica de interesses, propostas e atuação de matriz coletiva, global, com indisfarçável impacto societário. São os movimentos sociais, em geral, típicos à sociedade dos últimos cento e cinquenta anos, que se concretizam no movimento operário, no movimento socialista e, hoje, movimento feminino, de associações de bairro, etc. Todos emergindo e se afirmando a partir de instrumentos nitidamente coletivos de organização e conduta: sindicatos, partidos classistas, associações civis, movimentos de massa, etc.⁵⁶

Alexis de Tocqueville⁵⁷ também enfatiza a importância de examinar o fenômeno do poder considerando o processo vivenciado no cenário da sociedade civil. Analisando o sistema sociopolítico norte-americano, sustentou que o processo societário (exterior ao aparelho de Estado), caracterizado por uma estrutural tendência ao associativismo dos cidadãos e grupos sociais, conduziria a uma absorção de frações do poder político pela sociedade civil, firmando a este poder uma forte dimensão extra-estatal e coercitiva.

Dentre as várias maneiras de manifestação do poder na sociedade contemporânea, interessa a este estudo principalmente a análise do poder na relação bilateral que se estabelece entre empregador e empregado.

A **relação de emprego** é uma relação de poder que tem como sujeitos o empregado e o empregador, quando o trabalho é prestado por pessoa física, com personalidade, não-eventualidade, onerosidade e subordinação jurídica.

Alice Monteiro de Barros⁵⁸ considera que o poder de comando já se manifestava, ainda que não exatamente da forma que existe contemporaneamente, na Antigüidade, como decorrência do poder do chefe da *família primitiva*.

A autora sustenta que o primeiro agrupamento de indivíduos foi a *família primitiva*, na qual a “[...] direção pertencia exclusivamente ao chefe supremo, *pater familias*, que exercia um poder político e jurisdicional, pois a ordem jurídica do Estado não penetrava nos limites da ‘domus’.”⁵⁹

Este poder também se estendia “[...] ao que constituía objeto de propriedade do *pater familias* – o escravo –, seu instrumento de trabalho”. Contudo, o trabalho escravo não era a única forma pela qual o trabalho era exercido. Havia também os homens “livres”, que

⁵⁶ DELGADO, 1996, p. 54.

⁵⁷ TOCQUEVILLE, Alexis de. *apud* DELGADO, 1996, p. 56.

⁵⁸ BARROS, 1997b, p. 558.

⁵⁹ BARROS, 1997b, p. 558.

ofereciam os seus serviços sob a forma da *locatio operarum*. Naquela relação de trabalho, num primeiro momento realizado pelo arrendamento de escravos de outros senhores,

O *conductor* (credor do trabalho) tinha a faculdade de comandar o *locator* (trabalhador), mesmo fora da relação de trabalho, imiscuindo-se em sua vida particular. Vê-se, conseqüentemente, que, na *locatio operarum*, o trabalhador comprometia inteiramente sua liberdade. Na área de ação exclusiva do *pater familias*, criava o trabalhador para si um vínculo de sujeição. Dessa forma, e como ressalta *Carlo Lega*, “o poder de comando surge historicamente em uma relação de senhoria pessoal”.⁶⁰

A sujeição pessoal dos homens que realizavam o trabalho continuou existindo na economia medieval, sob o modo feudalista de produção, na relação dos servos com os senhores feudais e nas corporações de ofício, entre mestres e aprendizes.

As transformações que começaram a ocorrer, ainda no início do século XI, na base produtiva da sociedade marcaram a transição entre a ordem feudal e o sistema capitalista, caracterizado pela desvinculação do homem que produz dos meios de produção e dos proprietários desses meios.

Apesar de tratar-se de alteração que se opera no contexto de uma relação que se estabelece na base produtiva da sociedade, seus efeitos não se restringem à relação entre o empregador e o empregado nem apenas ao plano econômico da sociedade. Destaca Maurício Godinho Delgado:

A existência do trabalho livre – subordinado, é verdade – do mesmo modo que cumpriu, na economia, papel decisivo à emergência do sistema industrial moderno, também cumpriu, na política, função essencial ao surgimento da Democracia. É que o trabalho livre projeta efeitos para além da mera bilateralidade da relação de emprego, surgindo como pressuposto necessário à transformação dos trabalhadores em cidadãos. Essa transformação se opera conjugada à ação coletiva desses trabalhadores-cidadãos, a qual será um dos elementos motores mais importantes da construção da própria Democracia.⁶¹

Assim, a transição entre o feudalismo e o capitalismo, que será abordada mais detalhadamente no capítulo 3, é um aspecto importante no estudo sobre o poder, seus fundamentos e dimensões na sociedade contemporânea.

As transformações no campo e nas cidades, sobretudo em decorrência da comercialização do excedente da produção com vistas à acumulação e de se voltar a produção para o mundo comercial, foram as causas que fizeram com que fosse lançado ao meio social o

⁶⁰ BARROS, 1997b, p. 558.

⁶¹ DELGADO, 1996, p. 111.

trabalhador juridicamente livre dos meios de produção e do proprietário destes meios (o indivíduo deixava de estar submetido de modo pessoal e absoluto ao senhor feudal).

Conforme ressalta Maurício Godinho Delgado,

[...] a relação de produção empregatícia é extremamente mais sofisticada que as relações servis e escravas, caracterizando-se por uma fórmula de estruturação e funcionamento que organicamente dispensa a coerção como instrumento de existência e dinamismo do sistema produtivo.⁶²

É que o indivíduo, livre, vincula-se a um empregador mediante um contrato pelo qual se obriga a prestar trabalho e, em contrapartida, receber por ele (salário). Assim, a forma de explorar o trabalho humano se afasta da noção de imposição. A forma pela qual é explorado o trabalho humano muda de figura: ao invés de exigir trabalho forçado, o empregador paga por ele. Contudo, esse salário pago retorna ao mercado, pois os empregados também estão inseridos no circuito econômico, como consumidores. Daí porque Maurício Godinho Delgado afirma que o “[...] mecanismo do salariedade dispensa a coerção para alcançar seu resultado econômico rotineiro”.⁶³

Isso não significa, todavia, que inexista vigilância ou controle sobre o empregado quanto ao modo de realização do trabalho. Neste sentido, Foucault destaca

[...] trata-se agora de um controle intenso, contínuo; corre ao longo de todo o processo de trabalho; não se efetua – ou não só – sobre a produção (natureza, quantidade de matérias-primas, tipo de instrumentos utilizados, dimensões e qualidades dos produtos), mas leva em conta a atividade dos homens, seu conhecimento técnico, a maneira de fazê-lo, sua rapidez, seu zelo, seu comportamento. [...] é realizado por prepostos, fiscais, controladores e contramestres. À medida que o aparelho de produção se torna mais importante e mais complexo, à medida que aumentam o número de operários e a divisão do trabalho, as tarefas de controles se fazem mais necessárias e difíceis. Vigiar torna-se então uma função definida, mas de fazer parte integrante do processo de produção; deve duplicá-lo em todo seu comprimento. Um pessoal especializado torna-se indispensável, constantemente presente, e distinto dos operários [...].⁶⁴

Assim, no mundo contemporâneo, a coerção é

[...] cada vez mais segregada ao âmbito do poder político (e na medida em que até neste nível é ela fustigada pelas conquistas democráticas), se tornando

⁶² DELGADO, 1996, p. 141.

⁶³ DELGADO, 1996, p. 141.

⁶⁴ FOUCAULT, Michel. *apud* DELGADO, 1996, p. 142.

crescentemente ilegítima como instrumento de estruturação e gestão das relações de produção no contexto empresarial interno.⁶⁵

A transição entre a economia doméstica e a economia de mercado, além de levar à proliferação do trabalho juridicamente livre e subordinado, também promoveu a transformação da idéia de propriedade.

Nesse sentido, Ricardo Marcelo Fonseca explica que “[...] a nova noção de propriedade que se desenha nessa época representou a sua desvinculação de todos os vínculos pessoais e sociais, para que ela aparecesse como pura mercadoria para ser disponibilizada ao mercado”.⁶⁶

A análise feita por Weber e destacada por Reginaldo Melhado⁶⁷ demonstra de que maneira a noção de propriedade privada se relaciona com a relação de emprego. Considera que a relação de poder “[...] mais elementar é a que se encontra presente no mercado, sendo dada pela posse sobre os bens e pelas relações de troca que implica”.

A posse dos bens,

quando menos de um modo geral, aumenta seu poder (o dos respectivos possuidores) na luta de preços contra aqueles que, não possuindo nenhum bem, devem limitar-se a oferecer os produtos do seu trabalho bruto ou elaborado e a cedê-los a qualquer preço para ganhar seu sustento.

Apesar de se propalar que o trabalhador se tornou juridicamente livre, é inegável que a liberdade e a autonomia foram asseguradas tão-somente do ponto de vista formal, pois no plano fático as relações entre empregados e empregadores, do ponto de vista econômico, continuaram sendo desequilibradas e conduzidas conforme os interesses capitalistas de maximização dos lucros.

Essa é a visão de Gaudemar⁶⁸, que considera que “[...] o ordenamento empresarial é aceito por serem os obreiros sujeitos à coação direta dos salários e à chantagem da precariedade do emprego”. Reginaldo Melhado destaca:

Parece óbvio o que *Gaudemar* quer dizer com isso. Os trabalhadores obtêm sua subsistência material e intelectual exclusivamente do salário, mas sua única fonte de rendimentos, que é o emprego, é uma realidade precária, não sendo protegida – via de regra – por normas jurídicas de estabilidade. A incerteza do emprego e a

⁶⁵ DELGADO, 1996, p. 145.

⁶⁶ FONSECA, 2002, p. 47.

⁶⁷ WEBER, Max. *apud* MELHADO, 2003, p. 25.

⁶⁸ GAUDEMAR, Jean-Paul. *apud* MELHADO, 2003, p. 128.

imprescindibilidade da contraprestação salarial proporcionam ao tomador de serviços uma situação de privilégio. Para [...] *Gaudemar* o poder do empregador não se caracteriza, pois, como um poder legítimo: é meramente tolerado, porque inelutável. Em alguns momentos é coatividade pura (no ciclo *pan-óptico*, por exemplo); noutros a coatividade é mesclada por algumas cores de contratualidade consentida e limitada.⁶⁹

Reginaldo Melhado⁷⁰ explica que essa abordagem é baseada nas “[...] transformações das formas de dominação política ensejadas também como consequência das transformações científicas ocorridas no âmbito da produção. Seu objeto, diz ele, é o uso político ou disciplinar da produção”. O autor considera que esse tratamento metodológico amplo

[...] não dá conta do problema da fundamentação dos poderes exercidos pelo capital sobre o trabalho [...] Ademais, *Gaudemar* não atenta para a circunstância de que a autoridade patronal pode ostentar e não raro ostenta um certo nível de legitimação, no sentido de que seu poder – na práxis social – resulta acatado voluntariamente pelo trabalhador. Até mesmo um regime ditatorial pode gozar de tal *status* de legitimidade, conquanto seja o seu poder desejado ou admitido pela coletividade sobre a qual se impõe. Nessa exata medida, também o poder diretivo do capital enverga, sim, foros de aceitação e autoridade legítima.

De todo modo, é fato que a nova maneira de produzir imposta pelo sistema capitalista aglutinou os trabalhadores em grandes fábricas, onde exerciam seu ofício em péssimas condições e mediante a exploração máxima de suas energias.

Por outro lado, essa superexploração fez surgir entre os trabalhadores a noção de solidariedade, fundada no reconhecimento da mesma situação fática opressora e na percepção da necessidade de união, para que pudessem se levantar contra essa exploração desumana, buscando uma regulamentação mínima para o seu trabalho.

A noção de soma, de união e de resistência entre os trabalhadores propiciou sua atuação coletiva, aspecto de suma importância para a “democratização do poder no espaço empresarial”, o que, segundo Maurício Godinho Delgado

[...] expressa-se em três níveis diferenciados e obviamente combinados. De um lado, mediante o surgimento e afirmação da noção de “ser coletivo”, como agente de atuação obreira no seio da empresa e no próprio âmbito societário mais amplo. De outro lado, mediante o surgimento e consolidação de uma normatividade jurídica estreitamente próxima à vontade coletiva capitaneada pelo ser coletivo. Por fim, através da intervenção franca dos trabalhadores no cotidiano sócio-econômico do estabelecimento e da empresa.⁷¹

⁶⁹ MELHADO, 2003, p. 129.

⁷⁰ MELHADO, 2003, p. 130.

⁷¹ DELGADO, 1996, p. 154.

Além da Revolução Industrial e seus diversos efeitos, vários outros aspectos, políticos, econômicos e sociais, criaram condições para o surgimento do Direito do Trabalho; ou seja, para que o Estado passasse a estabelecer normas para limitar a autonomia das partes, regulando juridicamente as relações de trabalho.

A seguir, serão analisadas as proposições que buscam identificar os fundamentos do poder no contexto dessa relação, para, nos capítulos posteriores, identificar suas dimensões e compreender como se estabelecem os limites a esse poder, em confronto com os direitos e garantias assegurados ao empregado pelo ordenamento jurídico brasileiro.

2.2 Fundamentos do poder diretivo empresarial

Na definição de Maurício Godinho Delgado⁷², empregador é a pessoa física, jurídica ou ente despersonalizado que contrata a uma pessoa física a prestação de seus serviços, efetuados com pessoalidade, onerosidade e sob sua subordinação. O empregador é o sujeito que organiza os fatores de produção para exercer determinada atividade. Caracteriza-se pela assunção dos riscos do empreendimento e dos derivados do próprio trabalho prestado. Por esse princípio (da alteridade), o contrato de trabalho transfere a uma única das partes todos os riscos a ele inerentes e sobre ele incidentes.⁷³

A doutrina e a jurisprudência são uníssonas em reconhecer a existência do poder empresarial, assim compreendido como o conjunto de prerrogativas relacionadas à gestão e direção do negócio, que se desdobra em outras, como de fiscalização e de controle, e que permite que o empregador acompanhe, de forma contínua, a prestação do trabalho e fiscalize o ambiente de trabalho.

Conforme destaca Luiza Riva Sanseverino, citada por Maurício Godinho Delgado⁷⁴, o poder diretivo pode ser definido como o poder atribuído ao empregador que o permite “[...] determinar as regras de caráter predominantemente técnico-organizativas que o trabalhador deve observar no cumprimento da obrigação”.

⁷² DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 6. ed. São Paulo: LTr, 2007, p. 391.

⁷³ DELGADO, 2007, p. 395.

⁷⁴ SANSEVERINO, Luiza Riva, *apud* DELGADO, Maurício, 2006b, p. 631.

Em contrapartida, o empregado se obriga a atender os comandos decorrentes do poder empresarial quanto ao modo de realização do trabalho. Daí porque ser considerada a subordinação a manifestação do poder empresarial encarada sob a perspectiva do obreiro.

Na relação de emprego, a subordinação é um, e o poder de direção é o outro lado do mesmo rosto, desse modo, sendo o empregado um trabalhador subordinado, está sujeito ao poder de direção do empregador. Já definimos poder de direção como a faculdade atribuída ao empregador de determinar o modo como a atividade do empregado [...] deve ser exercida.⁷⁵

Nesse sentido, Augusto César Leite de Carvalho explica:

Conceitualmente, podemos compreender a subordinação como a sujeição ao poder de comando do empregador e então temos os dois extremos dessa linha que une os sujeitos da relação empregatícia: a subordinação e o poder de comando. O sentido entre aquela e este é o da complementaridade (são dois lados de uma só moeda), porquanto se unam na formação do elemento a que designamos [...] de subordinação jurídica.⁷⁶

O poder empresarial é comumente apontado como conseqüência natural da própria relação de emprego. Contudo, conforme considera Reginaldo Melhado⁷⁷, não são suficientes para identificar os fundamentos do poder empresarial as explicações construídas a partir de “[...] concatenações extraídas da simples aparência dos fenômenos [...]”, como se fosse algo “[...] que é assim mesmo, que sempre foi e sempre será uma relação de desigualdade e desequilíbrio de poder”.

Para compreender o poder que se manifesta no contexto da principal relação de produção existente no mundo contemporâneo, é necessário investigar e compreender a sua origem, os aspectos que conferem o substrato para que seja reconhecida a legitimidade de sua manifestação nessa relação entre indivíduos.

Reginaldo Melhado⁷⁸ explica que “[...] o estudo dos fundamentos de um fenômeno ou instituto jurídico é desenvolvido a partir de uma premissa, muitas vezes apenas subentendida, oculta: a de legitimidade do objeto”.

Maurício Godinho Delgado⁷⁹ argumenta que fundamento é a “[...] causa no sentido de razão de ser [...]” e que o estudo do fundamento de um instituto ou fenômeno jurídico

⁷⁵ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Iniciação ao Direito do Trabalho**. 32. ed. São Paulo: LTr, 2006, p. 141.

⁷⁶ CARVALHO, Augusto César Leite de. **Direito Individual do Trabalho**. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 110.

⁷⁷ MELHADO, 2003, p. 13.

⁷⁸ MELHADO, 2003, p. 20.

⁷⁹ DELGADO, 2007, p. 640.

concerne à pesquisa acerca do fato jurídico que responde pela origem desse fenômeno ou instituto e que lhe confere validade no campo do Direito. O fato que, em síntese, confere-lhe, a um só tempo, título e substrato (fundamentação) jurídicos.

O autor explica que a análise dos fundamentos do poder sob o enfoque doutrinário visa identificar a causa de existência do fenômeno, enquanto a dimensão legal se refere à busca nos textos legais de elementos que conferem título e fundamentação jurídicos ao poder empregatício.

2.2.1 Fundamentos doutrinários do poder diretivo empresarial

Existem diversas teorias que buscam identificar o fundamento de existência e legitimidade do poder diretivo empresarial, ou poder empregatício.

A **teoria privatística**, ou **teoria da propriedade privada**, foi construída na época em que se verificava o surgimento do Direito do Trabalho, sendo, pois, influenciada pela “[...] estrutura e dinâmica rigidamente unilaterais e assimétricas do fenômeno do poder no âmbito da empresa”.⁸⁰ Esta corrente identifica a propriedade privada como origem do poder empregatício. Segundo seus defensores, o poder é conferido ao empregador por ser ele o proprietário dos meios de produção organizados na empresa.⁸¹

Paul Durand e Jaussaud, citados por Maurício Godinho Delgado, consideram que o “[...] direito de direção expressa o estado de subordinação do assalariado, que é o elemento característico das relações de trabalho. Ele constitui uma prerrogativa natural do empregador e não tem de ser formalmente previsto pelo contrato de trabalho [...]”.⁸²

Alice Monteiro de Barros⁸³ explica que, à luz dessa teorização, o poder hierárquico é fundado na “[...] circunstância de ser a empresa objeto do direito de propriedade do empregador. Partem do pressuposto de que quem tem a propriedade tem o direito exclusivo de usá-la e dela desfrutar. Logo, o dono de uma empresa deve dirigi-la”.

A autora destaca o pensamento de Evaristo de Moraes Filho, que sustenta:

⁸⁰ DELGADO, 2007, p. 641.

⁸¹ BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de Direito do Trabalho**. 3. ed. São Paulo: LTr, 2007, p. 571.

⁸² DURAND, P.; JAUSSAUD, R. *apud* DELGADO, 2007, p. 641.

⁸³ BARROS, 1997b, p. 565.

Não há dúvida que, dentro do seu estabelecimento, é o 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 de seu negócio, julgando-se, por isso, o senhor dos céus e da terra. Tudo mais que se quiser dizer ou escrever é simples balela: é no direito de propriedade que reside todo o poder hierárquico e disciplinar.⁸⁴

Maurício Godinho Delgado aponta falhas que demonstram que a teoria da propriedade privada é muito limitada, não servindo como título e fundamentação do poder empresarial.

Ressalta que nem sempre a titularidade do empreendimento coincide com a titularidade do direito de propriedade. Além disso, aponta que, caso se entendesse que as prerrogativas do empregador são derivadas do direito de propriedade, não seria possível explicar as situações em que é reconhecido poder ao empregado, enquanto ser coletivo, no âmbito da empresa.

As concepções privatísticas não absorvem e expressam a complexidade que caracteriza o fenômeno do poder empregatício, reduzindo-o a um conjunto e prerrogativas unilaterais deferidas pelo estatuto da propriedade a seu titular. Não assimilam, por exemplo, todas as ações que o ser coletivo obreiro pode cumprir nas situações de poder existentes no estabelecimento e na empresa (comissões obreiras, delegados sindicais, comissões paritárias intra-empresariais, etc.).⁸⁵

Tais aspectos inviabilizariam o exercício legítimo do poder no âmbito da relação de emprego à luz da teoria privatística, vez que em tais hipóteses haveria o distanciamento da noção de propriedade privada, considerada como fundamento do poder empresarial.

Contudo, a falha mais relevante desta teorização é não ser capaz de explicar de forma suficiente a razão pela qual o poder é concentrado na figura do empregador, pois despreza o aspecto peculiar da relação de emprego: o empregado é juridicamente livre. Ora, se somente o desequilíbrio existente no plano econômico entre as partes, por ser o empregador o proprietário dos meios de produção, fosse a origem do poder empresarial, não se poderia vislumbrar qualquer diferença qualitativa entre aquele e o poder que o senhor exercia sobre os escravos e os servos.

Não se pode desprezar que o empregado não está vinculado de modo pessoal ao empregador e que tem ele liberdade de contratar, de oferecer sua força produtiva de forma livre (ao menos no plano formal) no mercado. É por meio desse contrato firmado que o obreiro aceita limitar sua autonomia quanto ao modo de realização do trabalho, subordinando-se ao empregador. Assim, é jurídica a condição de submetimento, que é o outro viés do poder

⁸⁴ MORAES FILHO, Evaristo de. *apud* BARROS, 1997b, p. 565.

⁸⁵ DELGADO, 2007, p. 642.

empresarial. Logo, o fundamento do poder na relação de emprego é o próprio contrato, como consideram os defensores da **teoria contratualística**, da **teoria do contrato**.

Nesse sentido, Nélio Reis sustenta:

Os defensores desta doutrina se impressionaram mais com os aspectos econômicos do que com os aspectos jurídicos que devem presidir a análise do problema. Não há dúvida de que economicamente e até que se opere uma transformação no regime capitalista em que vivemos, o patrão é o dono da empresa, compreendida esta no seu todo perfeito. Mas a integração nesta dos trabalhadores não se opera pelo direito de propriedade, e, sim, pela via contratual, à semelhança das ligações entre empresas e outros organismos da vida social. O empregador possui a empresa e, em nome desta, em relação ao elemento humano de sua execução, contrata os prestadores de serviço, os empregados.⁸⁶

O contexto histórico em que foi formulada a teoria do contrato tem como marcos principais a Revolução Industrial, o Iluminismo e o contratualismo, os quais, na expressão de Reginaldo Melhado⁸⁷, são “[...] modelos icônicos de uma nova racionalidade na qual soerguem-se os conceitos de liberdade política e igualdade formal, necessários à nova cinética das relações sociais capitalistas, em cujo centro está o contrato de compra e venda da força de trabalho”.

O autor, diante de tal contexto, corrobora o entendimento de que o poder diretivo tem origem e se legitima pela manifestação de vontade, concretizada no contrato entre empregador e empregado, explicando:

A fonte de todas as obrigações passa a ser o arbítrio do homem [...] Forja-se a idéia de que a restrição da liberdade é resultado de uma dada racionalidade: o indivíduo já não se submete como escravo a seu proprietário, ou como servo ao suserano: é apenas sujeito de uma convenção, de algo instituído no plano das idéias “por cálculo de conveniências”. [...]

“O contrato é, portanto, o instrumento de libertação de toda escravidão”, e passa a ser tomado como fonte das relações obrigacionais entre capital e trabalho e portanto como força geradora do fenômeno dos poderes diretivos e do estado de sujeição a eles correspondente [...]

Do concerto de vontades entre as partes nascem as relações de poder [...] Ao realizar-se o negócio jurídico bilateral, obriga-se o trabalhador à prestação de uma certa atividade e igualmente a um dever geral de fidelidade, isto é, de acatamento às futuras determinações do empregador no sentido de estabelecer o conteúdo concreto da prestação. [...]

O núcleo central da fundamentação localiza-se, portanto, no campo da *autonomia privada*, em cujos domínios é represada a vontade humana.⁸⁸

⁸⁶ REIS, Nélio. *apud* BARROS, 1997b, p. 565.

⁸⁷ MELHADO, 2003, p. 29.

⁸⁸ MELHADO, 2003, p. 30-31.

No mesmo sentido, Arion Sayão Romita considera que “[...] o poder disciplinar do empregador encontra seu fundamento, em última análise, no contrato, que dá origem a uma relação de trabalho caracterizada pela subordinação jurídica”.⁸⁹

Também se filiam a essa corrente Gustavo Filipe Barbosa Garcia e Alice Monteiro de Barros, que sustentam

[...] o fundamento do poder de direção encontra-se no contrato de trabalho. O fundamento, assim, seria de ordem jurídica; a existência do contrato de emprego, em si, autoriza o empregador a exercer o poder de direção, tornando o trabalho do empregado desenvolvido subordinado.⁹⁰

Mais consistente é a teoria que fundamenta a existência dos poderes do empregador no contrato de trabalho. Esses poderes são consequência imediata da celebração do ajuste entre o empregado e empregador, o qual coloca sob a responsabilidade deste último a organização e a disciplina do trabalho realizado na empresa, quer vista sob a forma de empresa capitalista, quer sob o prisma da empresa socializada.⁹¹

A **teoria contratualística**, ou a **teoria do contrato**, diferencia-se das demais por considerar a liberdade e vontade das partes como fundamento do poder empregatício.

De fato, a vontade é elemento indispensável à constituição da própria relação de emprego. Contudo, é certo que a relação de emprego é regida por normas que visam atenuar os efeitos do desequilíbrio entre as partes no plano econômico. Trata-se do dirigismo contratual, pelo qual o Estado intervém nessas relações, limitando a liberdade dos sujeitos, com vistas a estabelecer um patamar mínimo de direitos e garantias ao empregado, hipossuficiente.

Assim, apesar de ser fundamentado o contrato na autonomia da vontade das partes, nem sempre seu conteúdo e efeitos serão um retrato fiel da vontade manifestada. Ou seja, o conteúdo do contrato é determinado por mais de uma fonte: a vontade, a lei e a jurisprudência. Neste sentido é o entendimento de Edoardo Ghera, destacado por Reginaldo Melhado:

“Se se acolhe porém a idéia segundo a qual o conteúdo do contrato encontra no acordo e consequentemente na vontade das partes a sua fonte não exclusiva mas concorrente com a fonte legal e jurisprudencial”, argumenta o jurista italiano, “a perspectiva muda e a idéia que do contrato possam brotar, sobre o plano da relação, efeitos determinados decorrentes de fontes estranhas à vontade dos contratantes, se apresenta desde logo admissível”, tornando sólida, assim a tese do fundamento contratual do liame jurídico entre empregador e empregado.⁹²

⁸⁹ ROMITA, 1983, p. 195.

⁹⁰ GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. **Curso de Direito do Trabalho**. São Paulo: Método, 2007, p. 166.

⁹¹ BARROS, 1997b, p. 571.

⁹² GHERA, Edoardo. *apud* MELHADO, 2003, p. 33.

Reginaldo Melhado⁹³ enumera algumas críticas ao contratualismo encontradas na literatura jurídica. A primeira delas se refere à impossibilidade de se considerar o trabalho humano como algo que possa ser objeto de um contrato de compra e venda ou de locação. Os defensores desse pensamento consideram que o trabalho é energia física ou intelectual, sendo inseparável de sua fonte matriz, não sendo possível distingui-lo do organismo que trabalha. Assim, segundo defendem, o contrato de trabalho não pode ser um contrato de compra e venda ou um contrato de locação, sob pena de admitir-se a compra e venda (ou locação) do próprio ser humano.

Reginaldo Melhado⁹⁴ destaca que o “[...] liame em que se funda a relação jurídica entre o trabalhador e o capitalista, para os marxistas, é um contrato de compra e venda cuja peculiaridade é o intercâmbio da mercadoria força de trabalho pela mercadoria dinheiro, este sob as roupagens de salário”. Considera-se que a “[...] mercadoria vendida pelo trabalhador na relação com o capitalista é sua força de trabalho, e não propriamente o resultado dela”.

O autor considera que os argumentos anticontratualistas não são providos de conteúdo convincente. Considera que o que esse discurso jurídico

[...] repreende não é o ato de alienação em si mesmo e sua conseqüência, a sujeição do trabalhador a uma autoridade privada, mas a forma como se descreve conceitualmente esta relação. O que ele combate é a maneira de descrever o real e não sua natureza essencialmente antidemocrática. Trata-se assim de substituir termos ou conceitos de conotação depreciativa por outros que, conquanto designem a mesma realidade, soem aos ouvidos com maior sutileza.⁹⁵

De fato, ainda que o termo *mercadoria*, quando utilizado para designar trabalho humano, seja repudiado (inclusive, expressamente, no artigo 427 do Tratado de Versailles), essa é a realidade na relação em que figuram como sujeitos o proprietário dos meios de produção e o empregado, que tem apenas o seu trabalho para oferecer em troca de um pagamento. Assim, ainda que não se possa dissociar o trabalho do organismo que o presta ou que não compareçam outros elementos formais para caracterizar a compra e venda ou a locação, a lógica desse processo é a mesma e a essência dos institutos é muito próxima, o que justificaria identificar o contrato como fundamento da relação de emprego e do poder empregatício. E isso não significa defender a exploração ou negar o princípio da dignidade do

⁹³ MELHADO, 2003, p. 40.

⁹⁴ MELHADO, 2003, p. 40.

⁹⁵ MELHADO, 2003, p. 40.

homem. Trata-se apenas de uma afirmação da realidade nessa relação naturalmente desequilibrada economicamente.

Ainda que se argumente que

[...] nem toda relação de emprego tem como empregadora a empresa capitalista (é o caso do trabalho prestado no âmbito doméstico ou para instituições religiosas e culturais), os modos não-capitalistas de compra da capacidade de trabalho acabam adotando, na práxis econômica e política, modelo da expressão jurídica da relação econômica capitalista típica.⁹⁶

Reginaldo Melhado destaca a crítica formulada por Gil y Gil⁹⁷, sob o argumento de que “[...] o contrato dissimula o estado de sujeição, atuando como ficção jurídica que escamoteia a relação entre quem detém o poder e quem não tem poder algum”. Neste mesmo sentido, Garcia Pereira⁹⁸ considera que “[...] ‘o contrato é mera ficção’, porque o ‘acordo e vontades gerador da relação de trabalho é cada vez mais uma simples adesão por parte do trabalhador a um ordenamento normativo previamente fixado pela parte mais poderosa”.

Reginaldo Melhado confronta tal posicionamento, considerando que “[...] o forte caráter de adesividade presente na relação de trabalho não afasta, per si, sua natureza contratual. Afinal, na arquitetura de classificação dos contratos está a figura do contrato de adesão”.⁹⁹

Outra crítica anunciada por Gil y Gil, é formulada no sentido de que o poder do capital é anterior ao contrato de trabalho.

Pertinente o questionamento de Reginaldo Melhado¹⁰⁰: “[...] que relação haveria entre o trabalhador e o capitalista antes da formação do contrato de trabalho pactuado entre ambos?”

Ora, por mais que se reconheça que os interesses dos capitalistas, proprietários dos meios de produção, são determinantes para o direcionamento das ações na sociedade, interferindo nos âmbitos econômico, político e social, não há como justificar a existência do poder empregatício, que se manifesta estritamente na relação bilateral formada com cada empregado, antes da formação de um vínculo subjetivo (o contrato) que ligue tais sujeitos ao empregador.

⁹⁶ MELHADO, 2003, p. 158-159.

⁹⁷ GIL Y GIL, José Luis. *apud* MELHADO, 2003, p. 42.

⁹⁸ GARCIA PEREIRA, António. *apud* MELHADO, 2003, p. 42.

⁹⁹ MELHADO, 2003, p. 42.

¹⁰⁰ MELHADO, 2003, p. 48.

Reginaldo Melhado também destaca o argumento contra a teoria contratualista exposto por Gaudemar, que sustenta que o poder normativo e disciplinar do capitalista transcende os limites da relação contratual e alcança a própria pessoa do trabalhador.

Na visão de Gaudemar

A autoridade do empresário realiza-se então à imagem e semelhança da autoridade paterna. Proíbem-se os jogos de azar e o consumo de bebidas; exigem-se determinadas condutas, vedam-se outras. Mais que “contratar” a prestação de determinado tempo e serviço, o trabalhador convencionou uma postura de obediência, de respeito, de uma certa moralidade.¹⁰¹

Contudo, ainda que as formas de manifestação de mando e submissão extrapolem “[...] os marcos explícitos do acordo de vontade entre o trabalhador e o capitalista [...]”¹⁰², isso não afasta a identificação do contrato como fundamento do poder na relação de emprego. Isso porque somente poderão ser exigidas ou reprimidas condutas dos empregados que tenham relação com o contrato, que sejam autorizadas pelo ordenamento jurídico ou que não sejam por ele vedadas, pois, conforme já explicado, apesar de a vontade ser elemento indispensável, o Estado regula essa relação estabelecendo limites à vontade das partes.

Há, ainda, a **teoria da instituição**, “[...] nascida na Europa Ocidental na primeira metade do século XX, associada à inspiração política autoritária que se destacou naquele período (fascismo, na política; organicismo e corporativismo, no Direito)”.¹⁰³

Segundo esta corrente, “[...] o poder hierárquico se funda na própria natureza da empresa, que é um agrupamento social, uma instituição”. O fundamento do poder de direção estaria na existência dos fatores de produção organizados na empresa enquanto instituição. “[...] Esse grupo social pressupõe uma organização hierárquica, com uma vontade central que deve ser exercida tendo-se em vista o interesse social da empresa, visto como um bem comum em contraposição ao interesse individual.”¹⁰⁴

Reginaldo Melhado explica:

Os institucionalistas vislumbram o fundamento dos poderes diretivos do empregador ou da disciplina do trabalho já não mais no contrato, mas agora na própria substancialidade interna da empresa organizada enquanto uma comunidade em que se fundem interesses particulares, sociais e estatais. A criação das normas de comportamento obrigatório já não é atribuída ao contrato, senão ao dado objetivo de *pertencer* a uma empresa. Para o institucionalismo, a empresa é “expressão mais alta

¹⁰¹ GAUDEMAR, Jean-Paul de. *apud* MELHADO, 2003, p. 50.

¹⁰² MELHADO, 2003, p. 51.

¹⁰³ DELGADO, 2007, p. 642.

¹⁰⁴ BARROS, 1997b, p. 566.

do trabalho, tutelada pelo Estado por corresponder a uma função de interesse nacional”, enquanto o trabalhador subordinado é “como um objeto da economia, como um colaborador ativo”.¹⁰⁵

Luiz José de Mesquita¹⁰⁶ critica a teoria contratualista, sob o argumento de que “[...] a relação hierárquica baseada essencialmente em autoridade pessoal só poderá derivar-se da natureza organizativa da empresa”.

Assim, o poder seria exercido com vistas à perpetuação da atividade empresarial, relacionado ao “[...] interesse social da empresa, que exige uma perfeita organização profissional do trabalho fornecido por seus colaboradores a fim de se atingir um bem comum de ordem econômico-social”.¹⁰⁷

Contudo, a corrente institucionalista também é criticada por não constituir teorização capaz de explicar e justificar a existência e a legitimidade do controle no contexto específico da relação de emprego. Alice Monteiro de Barros destaca que “[...] a concepção institucional ou comunitária da empresa possui um caráter mais político e social do que jurídico”.¹⁰⁸

Maurício Godinho Delgado¹⁰⁹ vai um pouco mais além em sua crítica. Considera que não se trata de construção teórica voltada a explicar a existência do poder e sua legitimidade, mas de concepção que visa justificar a situação. Além disso, ressalta que tal teorização nega o caráter dialético do poder nessa relação, reduzindo-o a um instrumento de direção e manipulação uniformes.

Essa também é a percepção de Reginaldo Melhado, que fica clara quando explica o contexto em que a teoria foi construída. Destaca que no início do século XX o emprego da força direta não era mais viável para resolver os problemas no âmbito das relações produtivas e que o modelo contratual não atendia, no plano jurídico, aos interesses políticos e econômicos (da classe dominante), sobretudo porque

[...] o movimento dos trabalhadores crescia em termos de organização e exigências. O Estado passava por mudanças de gestão. O modelo de organização produtiva inaugurava uma nova era, rumo à produção em alta escala, alavancada pelo fordismo. Neste cenário, não havia mais lugar para o enfrentamento de greves, por exemplo, alicerçado na força pura. O terror, o enfrentamento direto, o capanga patronal funcionando na fábrica, nas ruas, todo esse instrumental haveria de ser substituído.

¹⁰⁵ MELHADO, 2003, p. 59.

¹⁰⁶ MESQUITA, Luiz José de. *apud* BARROS, 1997b, p. 565.

¹⁰⁷ MESQUITA, Luiz José de. *apud* DELGADO, 2007, p. 643.

¹⁰⁸ BARROS, 2007, p. 571.

¹⁰⁹ DELGADO, 2007, p. 643.

A solução foi recompor o conceito mesmo das relações entre capital e trabalho, com repercussões no modelo jurídico correspondente a elas. [...]

Nasce então uma norma tática de enfrentamento. O fenômeno produtivo agora não tem dois pólos autônomos vinculados por um contrato: não há pólo algum, mas um sujeito superior que materializa o interesse geral: a empresa capitalista.¹¹⁰

O autor também destaca que a teorização institucionalista tem natureza utilitarista, visto que foi desenvolvida para conferir substrato jurídico ao exercício do poder pelo empregador, sobretudo o de aplicar sanções, conteúdo não regulado expressamente nos contratos. Assim explica:

Diante dos casos de omissão de cláusula expressa ou implícita no contrato individual de trabalho ou nas normas coletivas, resultava carente de fundamento jurídico a *potestate* empresarial e sua vertente necessária, a prerrogativa de impor sanções por meio de um procedimento privado. Esta deficiência teórica do contratualismo seria tanto mais evidente quanto, com a ampliação da divisão social do trabalho nos marcos de um capitalismo cada vez mais onipresente, as relações jurídicas de caráter empregatício se massificassem e, logo, tendessem ao informalismo. Os contratos escritos muitas vezes já não regulam expressamente o sistema de sanções.

Passa-se então a imputar ao contrato de trabalho limitações estruturais e conceituais. Por si só, isoladamente, ele não explicaria a origem do poder exercitado por uma das partes, ao qual corresponde a sujeição da outra. [...]

Era necessário forjar um paradigma jurídico capaz de albergar o fenômeno produtivo realizado sob a forma de empresa, dotando-lhe de instrumentos jurídicos capazes de viabilizar uma adequação das formas de exercício do poder “aos objetivos plurais e aos vários intentos práticos que o fenômeno tende a perseguir”, à “multiplicidade de situações que nele se apresentam”.¹¹¹

Arion Sayão Romita¹¹² também considera inaceitável a concepção institucionalista. Contudo, pondera que

[...] o reconhecimento de um poder disciplinar inerente à posição jurídica de empregador – do qual pode este valer-se mesmo na ausência de disposições expressas das fontes formais de direito do trabalho e com a única restrição emergente do controle exercido pela autoridade judiciária – pressupõe aceitação pelo menos parcial do fundamento institucional.

Para justificar seu entendimento, expõe:

A moderna doutrina parte de pressupostos objetivos. Tem-se como objeto do contrato de trabalho a *atividade* do empregado, não a *pessoa* dele. A soma de atividades que o conjunto de empregados coloca à disposição do empregador é por este organizada com vistas ao normal funcionamento da empresa. A continuidade, a

¹¹⁰ MELHADO, 2003, p. 59-60.

¹¹¹ MELHADO, 2003, p. 61-62.

¹¹² ROMITA, 1983, p. 197.

regularidade e a segurança desse funcionamento resumem-se na finalidade perseguida pelo exercício do poder diretivo que o ordenamento jurídico atribui ao empregador. Ao reconhecer o poder diretivo do empregador, a ordem jurídica confere a este os meios indispensáveis à ‘segurança na regular marcha da atividade empresária’, segundo a lição de Paulo Emílio Ribeiro de Vilhena.¹¹³

Prossegue o autor explicando que esta concepção traduz a influência da teoria institucionalista, pois, no dizer de Luiz José de Mesquita, o fundamento do poder disciplinar, manifestação instrumental do poder diretivo, aproxima-se do bom andamento dos serviços da empresa, existindo a autoridade para “[...] atingir a idéia do grupo institucional [...]”.¹¹⁴

Alice Monteiro de Barros¹¹⁵ adota posicionamento semelhante ao considerar que o regulamento de empresa tem natureza mista, à luz das teorias a respeito dos fundamentos do poder empresarial. Explica que o regulamento tem caráter institucionalista por constituir lei interna da organização empresarial, pela qual são fixadas normas disciplinares e condições gerais e especiais de trabalho. Considera que, de um lado, contém regras de natureza estatutária relacionadas com a determinação de ordens técnicas e com a disciplina que deve existir na organização empresarial; e, de outro, contém regras de feição contratual, como são as cláusulas que constituirão o conteúdo dos contratos de trabalho.

Diante de todas as proposições formuladas acerca da teoria institucionalista, o que se percebe é que nenhuma é apta a descaracterizar o contrato como fundamento do poder que se manifesta no âmbito da relação de emprego.

Além disso, a idéia de interesse comunitário não se configura da forma como propalada nos discursos na relação entre empregado e empregador. Ora, é inegável a desigualdade que existe no plano econômico entre os sujeitos dessa relação, sendo justamente essa desigualdade “[...] a base teórico explicativa mais elementar da regulação estatal das relações entre capital e trabalho [...]”.¹¹⁶ Esse distanciamento torna evidente que os interesses não são comuns.

Nesse sentido se manifesta Reginaldo Melhado¹¹⁷, sustentando que o “[...] antagonismo entre capital e trabalho confunde-se com a essência da ordem produtiva baseada na propriedade privada capitalista, tornando quimérica a noção de empresa enquanto comunidade de interesses convergentes”.

¹¹³ ROMITA, 1983, p. 198.

¹¹⁴ ROMITA, 1983, p. 198.

¹¹⁵ BARROS, 1997b, p. 569.

¹¹⁶ MELHADO, 2003, p. 37.

¹¹⁷ MELHADO, 2003, p. 65.

O autor também destaca o entendimento de Vincenzo Cassi:

Malgrado guarde elementos comuns com a sanção penal, com a de caráter administrativo e com aquela que o direito privado comum impõe ao devedor inadimplente, a sanção disciplinar é dotada de uma natureza jurídica peculiar. Exercita-se no afã de tutelar *interesses privados* do capital: “no trabalho que se desenvolve na empresa, o interesse público, quando estiver configurado, se apresentará (apenas) mediato, em confronto com o interesse direto e imediato do empresário”, que realiza investimentos e por isso se obriga a buscar o desenvolvimento econômico e ao enfrentamento dos riscos da atividade empresarial. Esta sanção tem por objetivo restabelecer o “equilíbrio turbado” na execução do trabalho. Dela decorre, como *efeito* buscado pelo empresário, a perspicaz e engenhosa construção, no ambiente de trabalho e entre os trabalhadores, de uma “atmosfera psicológica tal que seja refratária aos eventos que turbam o equilíbrio e a ordem do trabalho”. Tutela um interesse privado e tem uma finalidade de natureza também privada. Com efeito, “o caráter privado do interesse que se quer tutelar e o caráter privado da finalidade que se quer alcançar atribuem caráter privado aos meios que tendem à tutela destes interesses e ao alcance desta finalidade”. A razão de ser determina sua significação ontológica: trata-se de um poder privado.¹¹⁸

A **teoria publicística**, que também incorpora a orientação autoritária nos âmbitos político e jurídico que predominou até meados do século XX, sustenta que o poder é atribuído ao empregador no contexto da relação de emprego por delegação do Poder Público.

A teorização decorre da noção de que o Estado detém o monopólio do poder disciplinar, de forma que apenas quando por ele delegado pode ser legitimamente exercido, na relação de emprego, de Direito Privado.

Esse é o pensamento de Cândido Gomes de Freitas, que considera que “[...] o poder disciplinar, como aliás todo poder individual de aplicar penas, só pode ser entendido como uma delegação do Poder Público. De outra forma, descambaríamos para a justiça privada, para formas primitivas de organização social [...]”.¹¹⁹

Contudo, é um equívoco pensar que todas as relações de poder que se verificam na sociedade se relacionam à existência do Estado enquanto autoridade coatora e que as partes dependem de delegação para validamente exercê-lo. Até porque nas relações entre os indivíduos prevalece a liberdade de contratar, assim como a autonomia da vontade das partes. Especificamente no caso da relação de emprego, mesmo havendo limitação à autonomia da vontade das partes, não há interferência estatal direta quanto ao exercício do poder empresarial. Significa dizer que é o contrato existente entre as partes que faz surgir para o empregado a obrigação de se subordinar aos comandos do empregador e para o empregador um conjunto de prerrogativas a que se denomina “poder empresarial”, que lhe permite gerir,

¹¹⁸ CASSI, Vincenzo. *apud* MELHADO, 2003, p. 37.

¹¹⁹ FREITAS, Cândido Gomes de. *apud* ROMITA, 1983, p. 200.

dirigir, regular, fiscalizar e aplicar penalidades no âmbito dessa relação, observando os limites traçados pelo ordenamento jurídico.

Aproxima-se de tais considerações o entendimento de Arion Sayão Romita, que assim expõe:

[...] não se pode apoiar a afirmação de que cabe ao Estado a exclusividade na aplicação de penalidades. Se se quiser aludir, com esta afirmação ao exercício dos *ius puniendi* de direito penal, nada há que opor. Sem dúvida alguma, as penas cominadas aos infratores da lei penal são de aplicação exclusiva pelo Estado, por eliminadas quaisquer modalidades de vingança privada. Mas, com a atuação punitiva do Estado não se confunde o exercício do poder disciplinar do empregador, que decorre de exigência técnica e funcional da empresa. Incidem em grave erro aqueles que pretendem identificar nas sanções disciplinares forma de exercício de ‘justiça privada’. Por isso, ao inflingir sanções disciplinares ao empregado, o empregador exerce *poder jurídico* que lhe é reconhecido pelo ordenamento, no campo da autonomia privada, e não mediante delegação do poder estatal.¹²⁰

Em que pese aos entendimentos expostos em sentido contrário, conforme já destacado, a teoria contratualística é a mais adequada para explicar a origem e a legitimidade do poder empresarial na relação de emprego. Maurício Godinho Delgado corrobora tal entendimento e acrescenta que a noção de contrato é ampla, servindo de fundamento do poder em situações que envolvam a relação de emprego, seja essa mais assimétrica e unilateral ou mais equilibrada e democrática.

É o contrato, de fato, o elemento que melhor confere suporte à origem e reprodução jurídicas de tal fenômeno de poder. Efetivamente o pacto de vontades (expresso ou tácito), que dá origem à relação de emprego, importa em um conjunto complexo de direitos e deveres interagentes de ambas as partes, em que se integra o poder empresarial interno.¹²¹

O autor ainda se refere à concepção exposta por Octavio Bueno Magano¹²², segundo a qual o “[...] fundamento do poder disciplinar é o pluralismo democrático, partindo do pressuposto de que a sociedade é composta de vários centros de poder, colocados em níveis inferiores ao do Estado, mas dotados de autonomia”.

Essa visão não é incompatível com a teoria contratualista, que, focada na liberdade, indica o contrato como fundamento jurídico do poder. Pelo contrário, contribui para a sua modernização, visto que, conforme ressalta Maurício Godinho Delgado,

¹²⁰ ROMITA, 1983, p. 201.

¹²¹ DELGADO, 2007, p. 645.

¹²² MAGANO, Octavio Bueno. *apud* DELGADO, 2007, p. 647.

[...] o fundamento político de tal poder não se encontra apenas no plano da relação interpessoal entre obreiro e empresário, plasmando-se também no centro coletivo de poder que consubstancia a realidade da empresa, da negociação coletiva, da organização coletiva obreira e de todos os instrumentos inerentes a este processo.¹²³

Além disso, tal concepção revela-se em consonância com a teoria das fontes do Direito do Trabalho, que reconhece como relevante a participação dos indivíduos na sociedade ao conferir status de fonte normativa formal autônoma às normas elaboradas com a participação direta dos que dela serão destinatários, sejam decorrentes da atuação coletiva, sejam provenientes das práticas reiteradas em determinado contexto histórico-social (os costumes).

2.2.2 Natureza jurídica do poder diretivo empresarial

Diante das teorias que buscam identificar o fundamento do fenômeno *poder*, verificou-se que aquela que aponta o contrato como o fato jurídico que responde por sua origem e que lhe confere validade no campo do Direito é a mais adequada. A partir dessa constatação, deve-se buscar identificar a natureza jurídica do poder empregatício.

Na explicação de Maurício Godinho Delgado, a noção de natureza jurídica “[...] resulta de procedimento intelectual combinado: definição e comparação. Pela definição busca-se a essência do instituto examinado; pela comparação, busca-se posicionar esse instituto no universo de institutos que lhe são próximos”.¹²⁴

Assim, apesar de as noções de fundamento e de natureza jurídica serem muito próximas, elas não se identificam. Isso porque, mesmo sendo o fundamento do poder o contrato de trabalho, este fato pode ser caracterizado por aspectos que o aproximem de uma visão mais unilateral ou mais dialética. A partir da análise das características deste fato é que se torna possível identificar o instituto do qual o contrato de trabalho mais se aproxima, definindo-se, assim, a natureza jurídica do fenômeno *poder* na relação de emprego.

Na investigação acerca da natureza jurídica do poder empregatício e de sua classificação enquanto instituto jurídico, confrontam-se as seguintes vertentes principais: assume feição de direito potestativo, de direito subjetivo, de fenômeno de caráter senhorial/hierárquico ou de direito-função?

¹²³ DELGADO, 2007, p. 649.

¹²⁴ DELGADO, 2007, p. 650.

Há, ainda, a concepção de poder como *relação jurídica contratual complexa*.

Direito potestativo é definido por Maurício Godinho Delgado como “[...] prerrogativa assegurada pela ordem jurídica a seu titular de alcançar efeitos jurídicos de seu interesse mediante o exclusivo exercício de sua própria vontade. O poder, em suma, de influir sobre situações jurídicas de modo próprio, unilateral e automático”.¹²⁵

Alice Monteiro de Barros destaca a definição dada por Karl Larenz, que explica que direito potestativo “[...] é o que habilita uma pessoa a estabelecer uma relação jurídica com outra ou a determiná-la especificamente em seu conteúdo, modificá-la ou extingui-la mediante uma declaração de vontade unilateral”.¹²⁶

Para Amauri Mascaro Nascimento, a expressão *direito potestativo* designa “[...] a inoponibilidade do empregado contra o poder diretivo do empregador”.¹²⁷

Nas conceituações traçadas por diferentes doutrinadores, o traço comum consiste na evidenciação de que a noção de direito potestativo se aproxima do individualismo, por privilegiar a vontade de um dos sujeitos no contexto de uma relação bilateral em detrimento da noção de *sociabilidade*.

Era essa concepção que legitimava o chamado “[...] despotismo de fábrica, padrão que foi característico do sistema de organização da produção e do trabalho nas primeiras fases do capitalismo [...]”.¹²⁸ À medida que se intensificava a participação democrática obreira no estabelecimento e na empresa, essa explicação simplista do fenômeno perdeu relevância, abrindo caminho para a teoria fundada no direito subjetivo.

Direito subjetivo é definido como prerrogativa conferida pela ordem jurídica ao titular no sentido de agir para a satisfação de interesse próprio em estrita conformidade com a norma ou cláusula contratual por esta protegida.¹²⁹

Diferente do que se verifica na concepção de direito potestativo, que faz surgir para a outra parte (o empregado) um dever, à noção de direito subjetivo contrapõe-se uma obrigação.

A idéia de obrigação é menos ampla que a de dever, por ser delimitada (assim como o direito subjetivo) pelo contrato, que é o título jurídico do qual deriva.

Maurício Godinho Delgado¹³⁰ considera que a concepção de direito subjetivo “[...] civiliza as prerrogativas inerentes ao poder intra-empresarial, submetendo-as às induções

¹²⁵ DELGADO, 2007, p. 651.

¹²⁶ LARENZ, Karl. *apud* BARROS, 2007, p. 571.

¹²⁷ NASCIMENTO, 2006, p. 142.

¹²⁸ DELGADO, 2007, p. 652.

¹²⁹ DELGADO, 2007, p. 652.

¹³⁰ DELGADO, 2007, p. 653.

normativas gerais da ordem jurídica e reduzindo a amplitude da força da só-vontade empresarial”. O autor explica que o avanço teórico foi modesto, pois “[...] não ultrapassa a percepção, rígida e assimétrica do fenômeno do poder empregatício, já que mantém no empregador a isolada titularidade de uma vantagem propiciada pela conduta em conformidade com a ordem jurídica”.

Direito-função consiste na “[...] imposição do exercício de uma função pela norma jurídica a alguém, com o que o titular do direito passa a ter obrigações”.¹³¹

Maurício Godinho Delgado¹³² define direito-função como “[...] poder atribuído ao titular para agir em tutela de interesse alheio, e não de estrito interesse próprio [...]”. Explica:

A potestade inerente ao direito-função não se esgotaria na prerrogativa favorável ao titular, importando também na existência correlata de um dever a ele atribuído. [...] O empregador exerceria, desse modo, seu direito-função não em seu exclusivo interesse, mas tendo em vista o interesse da comunidade dos trabalhadores contratados.

A expressão *direito-função* é adotada como sinônimo de *potestade*, segundo Reginaldo Melhado.¹³³ O autor menciona a definição dada por Octavio Bueno Magano: “[...] caracteriza-se o direito-função quando o sujeito ativo lança mão de seu direito para satisfazer interesse de terceiro – via de regra do grupo a que pertence – e não o seu próprio interesse”.¹³⁴

A concepção de Octavio Bueno Magano é fundada na seguinte idéia:

O poder diretivo, definido como uma das ramas do poder *lato sensu*, é visto como poder derivado, isto é, limitado pela ordem estatal. [...] Teve em sua origem a natureza jurídica de um direito potestativo, mas com o influxo de diversas ordens de limitação convolou-se em direito-função. Em princípio, [...] caracterizava-se como simples instrumento de administração da empresa: o empresário decidiu a seu livre alvedrio sobre a oportunidade de contratar ou despedir trabalhadores e, bem assim, acerca das questões centrais da atividade empresarial, pertinentes ou não aos contratos individuais de trabalho. Com o passar do tempo, essa realidade se transforma.¹³⁵

Maurício Godinho Delgado considera que, aparentemente, essa concepção incorpora o “processo dialético vivenciado por esse fenômeno na sociedade contemporânea”, pois, conforme ressalta,

¹³¹ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *apud* BARROS, 2007, p. 571.

¹³² DELGADO, 2007, p. 655.

¹³³ MELHADO, 2003, p. 81.

¹³⁴ MAGANO, Octavio Bueno. *apud* MELHADO, 2003, p. 81.

¹³⁵ MAGANO, Octavio Bueno. *apud* MELHADO, 2003, p. 82.

[...] se mostra sensível ao dado empírico da participação obreira no contexto empresarial interno e aos efeitos decorrentes dessa participação – principalmente os efeitos limitadores da vontade do sujeito-empresário. [...] o titular do direito tem de apreender e reverenciar, de algum modo, os interesses que lhe sejam contrapostos no universo do estabelecimento e da empresa. O titular do direito está também submetido a um dever, cumprindo-lhe praticar condutas de tutela de interesses alheios.¹³⁶

Contudo, conclui que tal teoria é falha e insuficiente, por guardar uma “[...] antinomia com o processo democratizante [...]” do qual pareceu se aproximar. Isso porque continua figurando sob essa concepção unilateral o empregador como único sujeito ativo do processo de formação de vontade política nesse contexto.

Há, ainda, a vertente que considera que o poder empregatício tem natureza de **fenômeno hierárquico** ou de **status jurídico**, expressão que, segundo Alice Monteiro de Barros, designa “[...] um atributo natural do empregador, enquanto se concretiza como organizador dos fatores de produção”.¹³⁷

Maurício Godinho Delgado¹³⁸ sustenta que essa concepção, de modo geral, “[...] elaborou-se influenciada pelo caldo de cultura autoritária e elitista que teve larga importância na primeira metade do século XX no mundo ocidental, reunindo argumentos de variada origem, quer institucionalistas, quer organicistas, quer corporativistas [...]”.

Essa teoria é formulada sob a perspectiva que considera a empresa como uma instituição e que o empregado se insere nela, sendo legitimado o exercício do poder pela busca de um interesse comunitário.

Sob essa concepção, identifica-se que a natureza jurídica do poder seria ora uma consequência necessária para a organização dos fatores de produção e para alcançar o interesse comum, ora um fenômeno de *natureza hierárquica*.

Diante disso, justifica o poder pelo fato de ser o empregador aquele que dirige a prestação dos serviços e assume os riscos do empreendimento que tem, por outro lado, o direito de determinar a forma de organização do empreendimento e de realização do trabalho pelos empregados.

Outro enfoque dado é no sentido de que o poder decorre da necessidade de coordenar as múltiplas atividades a serem desenvolvidas na indústria. O poder empresarial conferido ao empregador se apresentaria como instrumento imprescindível para viabilizar e efetivar a gestão e a coordenação das atividades essenciais ao funcionamento do empreendimento.

¹³⁶ DELGADO, 2007, p. 656.

¹³⁷ BARROS, 1997b, p. 575.

¹³⁸ DELGADO, 2007, p. 654.

Tal raciocínio é exposto por Engels¹³⁹, que, citado por Reginaldo Melhado, argumenta que algum tipo de autoridade – supondo-a como a imposição do arbítrio de uns à conduta de outros, cuja vontade é contrariada – é simplesmente imprescindível à organização da produção. Para ele, não se pode conceber organização sem autoridade, que, por sua vez, pressupõe subordinação.

Nessa mesma linha, Luiza Riva Sanseverino considera que a subordinação do trabalhador

[...] corresponde à exigência imprescindível de organização do trabalho, quando, como sucede quase sempre, seja simultaneamente prestado por várias pessoas na mesma empresa, organização do trabalho que é coordenação de vários fatores com vista a um resultado final... E, em geral, a posição subordinada do trabalhador resulta coerente com a idéia de que havendo um grupo social organizado (Estado, família, empresa) não se pode prescindir da sujeição a uma vontade organizadora, justo para que os fins institucionais possam ser alcançados; daí decorre o caráter de aspecto instrumental da subordinação a que está obrigado o trabalhador.¹⁴⁰

Esse raciocínio se aproxima da teoria do “contrato de trabalho como contrato de organização”, mencionada por Reginaldo Melhado, segundo a qual

[...] está cimentada a subordinação do obreiro ao patrão: o contrato de trabalho, por sua natureza, estaria previamente destinado a incorporar o trabalhador em uma organização alheia a ele, constituída e por isso dirigida pelo empresário, e a adequação de sua atividade laboral aos fins da empresa funda a supremacia de uma parte sobre a outra nos marcos da relação jurídica.¹⁴¹

Contudo, conforme destaca Reginaldo Melhado¹⁴², “[...] os marcos conceituais do direito-função resvalam nas mesmas debilidades imputáveis à teoria institucionalista [...]”. De fato, tal concepção não assimila verdadeiramente a participação obreira no contexto desta relação de poder.

Maurício Godinho Delgado, diante da constatação de que as concepções já mencionadas são insuficientes para explicar o fenômeno do poder empregatício, considerando-se as modificações por que vem passando desde o surgimento da relação de emprego, formula sua própria teoria.

¹³⁹ ENGELS, Friedrich, *apud* MELHADO, 2003, p. 13.

¹⁴⁰ SANSEVERINO, Luiza Riva, *apud* CARVALHO, 2007, p. 114.

¹⁴¹ MELHADO, 2003, p. 102.

¹⁴² MELHADO, 2003, p. 84.

A **teoria da relação jurídica contratual complexa**¹⁴³ identifica o poder intra-empresarial não como um poder do empregador ou como um poder específico a um único dos sujeitos, mas como um poder específico à relação e contrato empregatícios.

Como ressalta o próprio autor, seria

[...] uma relação de poder própria a uma realidade socioeconômica e jurídica específica, a relação de emprego. [...] Seria uma relação que assume intensidade e sincronia distintas quanto à participação dos sujeitos envolvidos e conteúdo distinto quanto aos direitos e obrigações resultantes da respectiva relação jurídica contratual de poder.¹⁴⁴

Assim, a essência do poder empregatício é a relação jurídica que decorre do contrato de emprego. Tal relação é complexa e dialética, pois nela atuam dois sujeitos (o empregador e o empregado) com interesses distintos, sendo ampliada ou reduzida tal complexidade conforme se concretize maior ou menor participação do obreiro, o que também reflete no conteúdo do próprio contrato.

Nesse sentido, demonstra que a teoria se adequa tanto a situações mais autocráticas (assimétricas) como a situações mais flexíveis e democráticas.

Tal complexidade aprofunda-se e amplia-se à medida que se amplia e se aprofunda o processo de democratização intra-empresarial. É verdade que na fase mais primitiva do sistema industrial moderno – a fase do chamado “despotismo de fábrica”-, a relação de poder tendia a ser relativamente simples. Nesse período contrapunha-se ao sujeito individual e coletivo empresarial um singelo sujeito individual obreiro, destituído de qualquer efetiva possibilidade de gestar pretensões no contexto da relação de poder. Tratava-se de uma relação jurídica contratual, embora extremamente assimétrica.

A invasão democrática sobre a empresa, experimentada ao longo da história do sistema industrial contemporâneo [...], expandiu-se as possibilidades de geração de pretensões por parte do trabalhador. Mais: lançou-se nessa relação jurídica contratual a força da vontade coletiva – ao lado da vontade individual obreira -, consubstanciada nos diversos mecanismos de participação coletiva dos trabalhadores na estrutura e dinâmica intra-empresarial.¹⁴⁵

Esta teoria se distingue das anteriormente formuladas justamente por levar em consideração a assimetria entre os sujeitos da relação de emprego, configurando-se, portanto, como hábil a justificar a existência e legitimar o fenômeno *poder* mesmo diante das modificações que se verificaram na sociedade ao longo da história que interferiram no contexto de tal relação.

¹⁴³ DELGADO, 1996, p. 191.

¹⁴⁴ DELGADO, 1996, p. 193.

¹⁴⁵ DELGADO, 2007, p. 660.

Estas são as principais teorias que buscam identificar a natureza jurídica do fenômeno *poder* na relação empregatícia. Além dessas, ainda são destacadas por Reginaldo Melhado¹⁴⁶ a teoria das zonas do contrato de trabalho, as teorias de inspiração marxista (poder como resultado do sistema de produção capitalista) e a teoria do poder como fenômeno dinâmico e complexo.

Conforme já ressaltado, poder empregatício e subordinação têm origem no mesmo fato jurídico, no contrato, ou melhor, na relação jurídica contratual complexa. Daí porque os doutrinadores e operadores do Direito do Trabalho consideram, de forma hegemônica, que a “[...] subordinação que deriva do contrato de trabalho é de caráter jurídico, ainda que tendo por suporte e fundamento originário a assimetria social característica da moderna sociedade capitalista”.¹⁴⁷

Dessa forma, não existe sujeição pessoal do empregado em relação ao empregador, não se permitindo que o poder diretivo empresarial signifique invasão à individualidade do trabalhador.

Tal consideração se aproxima do entendimento de Délio Maranhão no sentido de que a subordinação deve encontrar limites no próprio contrato. “‘Há que se partir do pressuposto da liberdade individual e da dignidade da pessoa do trabalhador’ [...] O fato da subordinação ser ‘jurídica’, e nada mais do que isso, assim, salvaria [...] a autonomia do trabalhador e a sua dignidade enquanto pessoa.”¹⁴⁸

Os critérios de relacionamento entre poder, subordinação e direitos de personalidade serão analisados mais detalhadamente no capítulo 5 deste trabalho.

¹⁴⁶ Reginaldo Melhado explica que à luz a teoria das zonas do contrato, formulada por Palma Ramalho, no contrato de trabalho há “uma zona obrigacional e uma zona laboral. Como produto dessas duas zonas estariam respectivamente a relação de trabalho e relação de emprego [...]” A zona obrigacional “não se distingue ontologicamente [...] de outros contratos afins [...]”. Conclui “[...] estarem os poderes do empresário no campo contratual de relação de emprego [...]”, ou seja, na zona laboral.

As teorias de inspiração marxista “[...] buscaram descrever o fundamento dos poderes empresariais como resultado necessário do sistema de produção capitalista [...]”, sob o fundamento de que “[...] no regime de propriedade privada reside todo o poder dirigente, hierárquico e disciplinar do empregador sobre o empregado”.

A proposição do poder como fenômeno dinâmico e complexo “[...] pressupõe que a relação de mando e sujeição, entre capital e trabalho, se plasma em duas esferas relacionadas dialeticamente, não obstante constituídas em torno de centros de gravidade específicos. Uma destas esferas consiste no plano do que podemos denominar desequilíbrio primário ou endógeno na relação de poder que se exerce como autoridade e sujeição, na empresa. [...] Na segunda esfera [...] aparece o que podemos designar desequilíbrio secundário ou heteronômico [...]”. MELHADO, 2003, 103 e 155.

¹⁴⁷ DELGADO, 2007, p. 303.

¹⁴⁸ FONSECA, 2002, p. 136.

2.2.3 Fundamentos legais do poder diretivo empresarial

Não existe no Direito brasileiro regulação específica quanto às dimensões e formas de exteriorização do poder empregatício. Além do artigo 2º, que consubstancia o conceito de empregador e o princípio da alteridade, já abordados, há alguns poucos dispositivos na Consolidação das Leis do Trabalho que se relacionam com o poder no contexto da relação de emprego. Os artigos 469 e 468, parágrafo único, tratam da capacidade que o empregador tem de promover alterações de circunstâncias previstas no contrato, respectivamente quanto à mudança do local de trabalho e ao retorno ao cargo efetivo após ter o empregado ocupado cargo de confiança. Tais dispositivos se inserem no *jus variandi*, conjunto de prerrogativas que permitem que o empregador realize “[...] modificações e variações na prestação de serviços conforme as circunstâncias, exigências ou perigos que surjam na realidade fática. Entre esses aspectos circunstanciais poderão ser arrolados: o modo, o tempo e o lugar”.¹⁴⁹

Na relação de emprego, aplica-se o princípio do *pacta sunt servanda*, que se refere à imutabilidade das cláusulas do contrato. Contudo, há conjugação com os princípios próprios do ramo jurídico justralhista, mais especificamente com os princípios da proteção, da condição mais benéfica, da inalterabilidade contratual lesiva e da irrenunciabilidade ou indisponibilidade de direitos.

A análise sobre os princípios específicos do Direito do Trabalho será desenvolvida no capítulo 4 desse trabalho. Assim, sucintamente, pode-se afirmar que somente são vedadas alterações de cláusulas do contrato que acarretem prejuízo ao empregado, sendo, portanto, relativizada a idéia de *pacta sunt servanda*.

Diante de tais considerações, o *jus variandi* também é instrumento que relativiza a imutabilidade das cláusulas do contrato, funcionando como, na expressão de Ricardo Marcelo Fonseca¹⁵⁰, “[...] temperamento ao princípio geral, que é aplicável quando houver uma necessidade real de ‘efetivação dos fins da empresa’ [...]”. O autor explica que

[...] o empregador exerce seu poder de direção exatamente naquele terreno da ‘indeterminação do conteúdo’ do contrato de trabalho [...] dentro dos limites estabelecidos pela lei (o que significa que não poderá injustificadamente causar-lhe alteração prejudicial), pode mover-se na direção e no controle da prestação de serviço do trabalhador. Exatamente naquele espaço vazio da lei [...] será o lugar da aplicação desse poder.

¹⁴⁹ BARROS, 2007, p. 829.

¹⁵⁰ FONSECA, 2002, p. 140.

Por outro lado, malgrado a subordinação jurídica fazer surgir para o empregado o dever de obediência às ordens impostas pelo empregador, o obreiro tem direito de resistir às ordens ilícitas, imorais, alheias ao contrato ou que possam causar-lhe prejuízo à saúde ou perigo de vida. Trata-se do *jus resistentiae*.¹⁵¹

Contudo, nem sempre é clara a linha divisória entre a subordinação e o direito de resistência, pois

[...] geralmente resolve-se o problema dos limites do conteúdo do contrato por critérios puramente negativos. Define-se o que se pode fazer através da enunciação daquilo que não se pode fazer, ou seja, pela afirmação de tais ou quais condutas não poderiam subordinar o empregado porque estariam fora dos limites do contrato, e assim, o empregado não estaria juridicamente obrigado a obedecer ordens do empregador com relação a elas.¹⁵²

Há também os artigos 474 e 482, relacionados à dimensão disciplinar do poder, que tratam de duas modalidades de sanções aplicáveis em caso de descumprimento pelo empregado das obrigações decorrentes do contrato: a suspensão disciplinar e a dispensa por justa causa ou dispensa motivada.

O segundo dispositivo ora destacado também arrola as condutas que serão consideradas faltas se cometidas pelo empregado, sendo passíveis de punição. Também são tipificadas infrações obreiras nos artigos 158, 240 (parágrafo único), 433 (incisos I e III) e 508.

Por fim, há o artigo 373-A, que foi inserido no capítulo que regula o trabalho da mulher na Consolidação das Leis do Trabalho. Esse dispositivo permite ao empregador exercer poder de fiscalização mediante a revista dos empregados, o que será abordado mais detalhadamente no capítulo 5 deste trabalho.

Na Constituição de 1988, os artigos 7º, XI, e 11 prevêm a participação dos empregados na gestão da empresa, o que não é ainda comum.

No artigo 10, II, “a”, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da Constituição de 1988 está prevista a participação (e garantia provisória de emprego) dos empregados nas Comissões Internas de Prevenção de Acidentes. Trata-se de uma situação em que é reconhecido poder ao empregado, enquanto ser coletivo, no âmbito da empresa.

¹⁵¹ BARROS, 1997b, p. 574.

¹⁵² FONSECA, 2002, p. 137.

3 PODER DIRETIVO EMPRESARIAL – DIMENSÕES

3.1 Dimensões do poder diretivo empresarial

O poder diretivo do empregador engloba distintas dimensões, dentre as quais se identificam a de organizar o trabalho, a de determinar instruções para sua realização, a de controlar e fiscalizar a realização do trabalho e a de aplicar penalidades.

Maurício Godinho Delgado¹⁵³ identifica como “[...] modalidades específicas do poder empregatício: poder diretivo e poder disciplinar [...]”. O autor destaca que são questionadas a “[...] amplitude, consistência e identidade [...]” do poder regulamentar e do poder fiscalizatório e, conseqüentemente, sua identificação como modalidades do poder empregatício, sendo considerados como “[...] manifestações conexas ou extensivas do próprio poder de direção [...]”.

Independentemente da classificação que se adote acerca das dimensões do poder empregatício, o que interessa ao estudo proposto é compreender as maneiras pelas quais tal fenômeno se manifesta e a extensão do poder empregatício. Assim, passa-se a analisar as prerrogativas (ou capacidades) conferidas ao empregador, identificadas pela doutrina.

Márcio Túlio Viana¹⁵⁴ divide **poder diretivo** em poder de organização e poder diretivo *stricto sensu*, definindo-os, respectivamente, como

[...] capacidade do empresário de determinar a estrutura técnica e econômica da empresa, bem como a estratégia tendente à realização dos objetivos desta [...] e capacidade atribuída ao empregador de dar conteúdo à atividade do trabalhador, visando à realização das atividades da empresa [...].

Na definição de Maurício Godinho Delgado, poder diretivo, também chamado de *poder organizativo ou de comando*, seria

[...] o conjunto de prerrogativas tendencialmente concentradas no empregador dirigidas à organização da estrutura espaço empresariais internos, inclusive o processo de trabalho adotado no estabelecimento e na empresa, com a especificação e orientação cotidianas no que tange à prestação de serviços.¹⁵⁵

¹⁵³ DELGADO, 2007, p. 631.

¹⁵⁴ VIANA, Márcio Túlio. **Direito de resistência**. São Paulo: LTR, 1996, p. 122.

¹⁵⁵ DELGADO, 2007, p. 633.

É o poder diretivo que permite ao empregador determinar a organização dos fatores de produção, fixando regras relacionadas à organização do funcionamento do empreendimento e ao modo de realização do trabalho.

Neste sentido, Gustavo Filipe Barbosa Garcia¹⁵⁶ explica que designa “[...] direito de organizar o seu empreendimento, quanto aos diferentes fatores de produção, no caso, o trabalho prestado pelos empregados, distribuindo e determinando as funções a serem exercidas, o local de trabalho, horário etc.”.

Poder regulamentar se refere ao conjunto de prerrogativas conferidas ao empregador com vistas a efetivar o poder diretivo. Designa os instrumentos¹⁵⁷ pelos quais os comandos fixados são transmitidos aos empregados no ambiente de trabalho.

Maurício Godinho Delgado o define como “[...] conjunto de prerrogativas tendencialmente concentradas no empregador dirigidas à fixação de regras gerais a serem observadas no âmbito do estabelecimento e da empresa”.¹⁵⁸

O **poder fiscalizatório, de vigilância ou de controle** permite que o empregador acompanhe, de forma contínua, a prestação do trabalho e fiscalize o ambiente de trabalho. Ou seja, “[...] o empregador pode, dentro dos limites estabelecidos pelo ordenamento jurídico, verificar se os empregados estão respeitando as exigências e diretrizes estabelecidas para o desempenho da atividade laborativa”.¹⁵⁹

Os autores citam como exemplos do exercício dessa função a exigência de livros de presença e relógios de ponto, a prestação de contas, a submissão do empregado a revista antes da saída do estabelecimento e, atualmente, tendo em vista as inovações tecnológicas, a utilização de circuito interno de TV e a fiscalização do uso de internet e e-mail pelo empregado.

Este poder do empregador sobre o trabalho do empregado, compreendendo a correção de sua produção e a fiscalização de sua assiduidade, é manifestação de um poder de fiscalização e controle, ou seja, o exercício de uma vigilância hierárquica, tal como Foucault caracterizou nas instituições do século XVIII.

¹⁵⁶ GARCIA, 2007, p. 166.

¹⁵⁷ Estes instrumentos podem ser entendidos como “meios informais e formais de comunicação com o público intraempresarial (portanto, desde instruções diretas e pessoais a cada trabalhador até a expedição de regras gerais – regulamentos escritos, circulares e ordens de serviço)”. DELGADO, 2007, p. 634.

¹⁵⁸ DELGADO, 2007, p. 634.

¹⁵⁹ GARCIA, 2007, p. 167.

Por fim, **poder disciplinar** designa “[...] o conjunto de prerrogativas concentradas no empregador dirigidas a propiciar a imposição de sanções aos empregados em face do descumprimento por esses de suas obrigações contratuais”.¹⁶⁰

Márcio Túlio Viana¹⁶¹ define poder disciplinar como “[...] complemento do poder diretivo, mediante o qual se atualiza a coercibilidade das normas e ordens derivadas do exercício do último”.¹⁶²

3.2 O controle sobre o trabalho no processo de formação e evolução do Direito do Trabalho em torno da relação de emprego

O poder diretivo empresarial se manifesta no âmbito da relação de emprego que se configura quando presentes pressupostos fático-jurídicos específicos: trabalho prestado por pessoa física, com personalidade, não-eventualidade, onerosidade e subordinação.

Assim, seria inviável tratar das prerrogativas do empregador que decorrem da existência desta relação com o empregado, dentre as quais se inclui o poder diretivo, considerando-se seus fundamentos, dimensões e os métodos pelos quais se manifesta atualmente, sem realizar uma retrospectiva histórica acerca da exploração do trabalho juridicamente livre no sistema capitalista de produção.

O trabalho juridicamente livre e subordinado começou a se tornar relevante, até passar a ser a forma de pactuação da realização de trabalho mais importante não só da época como até hoje, ainda no modelo de produção feudal, quando a sociedade era predominantemente agrária (mas já existiam as corporações de ofício nas cidades).

A transição entre a ordem feudal e o sistema capitalista se deu de forma lenta e decorreu de diversos fatores. Conforme ressalta Maurice Dobb, o período compreendido entre os séculos XIV e XVI não se caracteriza como feudal nem, ainda, capitalista.

Takahashi destaca:

Na sociedade capitalista, os meios de produção, como capital, estão separados do trabalho e a lei característica do desenvolvimento é que a produtividade se desenvolve [...] como se fosse produtividade do capital.

¹⁶⁰ DELGADO, 2007, p. 638.

¹⁶¹ VIANA, 1996, p. 122.

¹⁶² VIANA, 1996, p. 122.

Na sociedade feudal, por seu lado, os meios de produção estão associados ao produtor e a produtividade desenvolve-se como a produtividade do próprio produtor directo [...].¹⁶³

Malgrado se tratar de modelos distintos de produção, sobretudo quanto à propriedade dos meios de produção, a história demonstra que o germe do capitalismo nasceu dentro do próprio feudalismo.

No modelo de produção feudal ocorreram mudanças tanto no campo como nas oficinas que podem ser consideradas como pressupostos históricos lógicos ao surgimento e à consolidação do capitalismo.

Naquele sistema, a atividade econômica que predominava era a exploração da agricultura. Os camponeses prestavam trabalho obrigatório aos senhores feudais, proprietários da terra, em troca de poderem laborar e retirar dela o necessário para prover sua subsistência.

A partir dos séculos XII e XIII, na França e no sudoeste da Alemanha, as terras foram parceladas e entregues aos servos. Conforme observa Takahashi¹⁶⁴, o estabelecimento de rendas em espécie fixas gradualmente foram se transformando em rendas em dinheiro, pois os camponeses deixaram de prestar trabalho obrigatório ao senhor, mas comprometiam-se a entregar-lhe uma parte fixada das colheitas como prestações.

A parte básica da renda feudal deixava, assim, de ser a prestação de trabalho em si, mas uma renda. Com o passar dos anos, o método de cobrança da renda sofreu variações, até que as relações feudais pagamento–cobrança entre os senhores e camponeses tornaram-se, contratualmente, fixas, fazendo surgir a agricultura camponesa em pequena escala.¹⁶⁵

Nas cidades, os artesãos eram os pequenos e médios produtores de mercadorias que trabalhavam, a princípio, sob encomenda, nas oficinas, com suas próprias ferramentas. Recebiam a matéria-prima e a transformavam em produtos acabados, mediante certa quantia.

As pequenas oficinas se organizavam em corporações de ofício, que eram grupos de produção de tipo autoritário, com rígida hierarquia, formados pelos artesãos aprendizes, companheiros ou oficiais e o mestre.

¹⁶³ TAKAHASSHI, H. Kohachiro. Uma contribuição para a discussão. In: **Do feudalismo ao capitalismo**. Lisboa: Publicações Dom Quixote, 1971, p. 105.

¹⁶⁴ TAKAHASSHI, 1971, p. 98.

¹⁶⁵ TAKAHASSHI, 1971, p. 99.

Dentro delas, o “[...] mestre era a figura central das Corporações, as quais estavam inteiramente submetidas no seu julgo disciplinar, inclusive quanto ao direito de os aprendizes mudarem de domicílio [...]”, conforme destaca José César de Oliveira.¹⁶⁶

Neste sentido, Márcio Túlio Viana explica:

As corporações tinham regras rígidas e precisas. Algumas delas proibiam os seus membros de comprar matéria-prima além de uma certa medida, contratar mais de um ajudante ou mesmo tossir na janela para atrair a atenção dos que passavam...

Por isso, ainda que um deles quisesse acumular, era difícil fazê-lo. E na verdade, em geral, o homem médio tinha sonhos mais modestos. Queria apenas reproduzir a sua condição de vida, e mais tarde repetir-se no filho.¹⁶⁷

Naquela época, já era empregada a técnica da divisão do trabalho, “[...] começando – mesmo antes da fábrica – um lento e persistente processo que acabaria por subtrair do trabalhador todo o conhecimento sobre o modo de produzir [...]”.¹⁶⁸ O tipo de trabalho e as condições em que era realizado possibilitavam que o mestre exercesse a vigilância sobre os artesãos de forma pessoal e direta.

Verifica-se que antes mesmo do surgimento do Direito do Trabalho e da existência do conceito de relação de emprego, da qual derivam a subordinação e o poder diretivo empresarial, já era possível identificar a aplicação de processos de disciplina nas relações que tinham como objeto a prestação de trabalho.

A atuação dos artesãos começou a mudar quando eles passaram a produzir independentemente de encomenda, ou seja, para o *mundo comercial*, como exemplifica Takahashi:

Em *O Capital*, é explicada a via <<comerciante-industrialista (manufactureiro)...; nela o capitalista mercantil subordina os pequenos produtores (os artesãos urbanos e especialmente o produtor vilão) a si mesmo e manipula o novo sistema em seu próprio benefício, concedendo empréstimos aos trabalhadores. Em aditamento, porém, a via do <<produtor-comerciante (capitalista)>> é exemplificada: <<o mestre tecelão, em vez de receber a sua lã em pequenas quantidades das mãos do comerciante e de trabalhar para ele com os seus companheiros, compra ele próprio a lã ou o fio e vende o seu pano ao comerciante. Os elementos da produção entram, pois, no processo de produção como mercadorias que ele próprio comprou. E em vez de produzir para o comerciante individual ou para certos fregueses o tecelão produz para o mundo comercial. O produtor tornou-se comerciante. Aqui, os pequenos produtores de mercadorias estão a ascender à independência e ao status de

¹⁶⁶ OLIVEIRA, José César de. Formação histórica do direito do trabalho. In: **Curso de Direito do Trabalho: estudos em memória de Célio Goyatá**. Alice Monteiro de Barros (Coord.). 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: LTr, 1997, p. 60.

¹⁶⁷ VIANA, Márcio Túlio. Terceirização e sindicato: um enfoque para além do Direito. **Revista da Faculdade de Direito**, Belo Horizonte, UFMG, v. 7, n. 13 e 14. p. 50-82, 2004.

¹⁶⁸ VIANA, 2004.

capitalistas industriais, deixando de estar sob o controle do capital mercantil no novo sistema.¹⁶⁹ (grifos do autor)

Com isso, o artesão da oficina se transformou em comerciante. As oficinas levaram à formação das manufaturas, que, posteriormente, com a introdução das máquinas, deram origem às maquinofaturas.

Naquele contexto, o trabalhador, sem capital e sem meios de produção, “vendia” seu próprio trabalho (única coisa que tinha para oferecer), e não mais o produto. Deixou de ser o proprietário das ferramentas e máquinas e, frequentemente, do prédio onde a produção tinha lugar. Era simplesmente contratado para realizar o trabalho, mediante uma contraprestação, o soldo.

Essa foi uma característica que marcou o surgimento do sistema econômico capitalista. Neste sentido, Takahashi¹⁷⁰ explica:

No primeiro estágio da sociedade capitalista, o comércio domina a indústria; na sociedade moderna é o inverso.>> Põe-se então a questão da <<subordinação do capital mercantil ao capital industrial>>. E depois da passagem em disputa vêm então as declarações: <<O produtor é ele próprio comerciante. O capital mercantil limita-se a realizar o processo de circulação... o comércio torna-se então o servidor da produção industrial...>>. (grifos do autor)

A semente do capitalismo foi plantada a partir do momento em que passou a haver excedente da produção (no campo e nas oficinas) e sua comercialização com vistas à acumulação.

Eric Hobsbawm, filiando-se à visão marxista de que o germe do capitalismo nasceu no modelo de produção feudal, explica que

[...] ocorreu a conjunção de alguns fatores para que se possa entender o desenvolvimento do capitalismo a partir da ordem feudal. Em primeiro lugar, a existência de uma estrutura social agrária que possibilitasse a ‘libertação’ dos camponeses em certo momento, isto é, a libertação dos vínculos pessoais que ligam o produtor direto ao seu senhor de modo que haja o desenvolvimento da produção de excedentes. Em segundo lugar, ‘o desenvolvimento de ofícios urbanos geradores da produção de mercadoria especializada, independente, não agrícola, sob a estrutura gremial’[...]

Em terceiro lugar, a acumulação de riqueza monetária em decorrência do comércio e da usura. É a existência de riqueza em forma de dinheiro que possibilitará, num

¹⁶⁹ TAKAHASSHI, 1971, p. 110.

¹⁷⁰ TAKAHASSHI, 1971, p. 105.

passo seguinte, a existência do capital, que então aparece como produto da circulação.¹⁷¹

Sob esta ótica, surgiu a necessidade de padronizar a produção, de facilitar o controle, de aumentar a produtividade e, conseqüentemente, para viabilizar tudo isso, de concentrar os trabalhadores.

Essas transformações no modo de produção no campo e nas cidades foram as principais causas que fizeram com que fosse lançado ao meio social o trabalhador juridicamente livre dos meios de produção e do proprietário destes meios (o indivíduo deixava de estar submetido de modo pessoal e absoluto ao senhor feudal).

Naquele contexto, para atender à lógica acumulativa de riquezas do capitalismo crescente, era necessário implementar mudanças na forma de realização de trabalho. E, para integrar o trabalhador neste processo, era preciso torná-lo mais disciplinado, docilizado, conforme observa Márcio Túlio Viana:

A essa altura, o capitalista já notara que era difícil controlar aquela espécie de fábrica difusa, constituída por uma vasta rede de pequenas oficinas.

É que o trabalhador ainda estava muito preso a velhos hábitos, e o seu ritmo não acompanhava as necessidades da produção. Além disso, não havia como sincronizar os trabalhos das várias famílias.

E o que era pior: com o tempo, ele aprendera a resistir à sua própria exploração, fosse desviando as matérias-primas, fosse misturando-as com outras piores. Por tudo isso, **era preciso discipliná-lo.**

A disciplina veio com a fábrica concentrada. Ela surgiu antes das próprias máquinas, mesmo porque quase todas as máquinas foram construídas para ela. De todo modo, as máquinas tornaram irreversível o processo. Só aqueles que já tinham acumulado podiam comprá-las e aprisioná-las naquelas grandes construções de pedra, ferro e tijolos.

A fábrica dava visibilidade ao processo. O pai, a mãe e os filhos já não trabalhavam no interior de sua choupana, protegidos dos olhares curiosos. De repente, como se o véu se abrisse, eles **agora revelavam os seus gestos, as suas palavras e os seus barulhos. Já não podiam esconder os seus pequenos segredos, nem preservar os mistérios do ofício. O trabalho se tornara público.**

Além disso, o tempo era cada vez mais veloz. Já não podiam deixar a roca de fiar e olhar pela janela o cachorro latindo. Tinham de disfarçar ou abafar os seus cansaços e preguiças. **Já não era o sol ou a chuva a ditar os ritmos e as cadências: a fábrica inventara o relógio.**¹⁷² (grifos nossos)

¹⁷¹ HOBBSAWN, Eric J. **Era dos extremos**: o breve século XX, 1914-1991. São Paulo: Companhia das Letras, 1997, *apud* FONSECA, 2002, p. 35.

¹⁷² VIANA, 2004.

O autor esclarece que, a princípio, como as fábricas eram instaladas próximas aos rios, para aproveitar a energia, ficavam distantes das cidades, de forma que era necessário intermediar o controle sobre os trabalhadores. Mas, à medida que foram desenvolvidas novas máquinas e que se tornou possível explorar outras fontes de energia, passaram a ser instaladas nos grandes centros urbanos, o que permitiu que o disciplinamento dos empregados passasse a ser realizado de modo mais direto e difuso. Quanto a esses aspectos, ressalta:

[...] esse *disciplinamento*, no início, era muitas vezes intermediado. O capitalista alugava o trabalho de homens, mulheres e crianças, trazidos por uma espécie de mercador, que também fazia as vezes de capataz. Isso acontecia nos mais variados lugares, das fiações de algodão às minas de carvão, onde o capitalista terceirizava a exploração de galerias inteiras.

Em geral, o intermediário era um operário qualificado, que ganhava comissões de acordo com a produção da turma. Às vezes tinha dezenas de trabalhadores sob o seu comando, e trabalhava lado a lado com eles.

Já agora, (no segundo momento) era o próprio capitalista quem controlava os gestos do trabalhador. Às vezes, mantinha-se à distância, usando um capataz.

Mas se o disciplinamento ficou mais direto, tornou-se também mais difuso.

Todas as instituições da sociedade – da escola à Igreja, da família ao clube, do bar à imprensa – passaram a produzir a ideologia capitalista, com a mesma sincronia da fábrica. Pouco a pouco, os homens foram aprendendo não só a ética da máquina a vapor – ou seja, do lucro –, como também a ética do *trabalho a todo vapor*.¹⁷³

A necessidade de concentrar os trabalhadores no mesmo espaço físico de trabalho, para alcançar a disciplina, também é analisada por Foucault, que considera que a “[...] disciplina às vezes exige cerca, a especificação de um local heterogêneo a todos os outros e fechado em si mesmo. Local protegido da monotonia disciplinar [...]”.¹⁷⁴

O autor também explica que com o desenvolvimento das fábricas, que acarretou o aumento na escala de produção, o tipo de controle exercido também foi modificado para que fosse possível extrair o máximo de vantagens, mas, ao mesmo tempo, para proteger o patrimônio dos patrões dos inconvenientes que poderiam decorrer da concentração dos trabalhadores no mesmo ambiente de trabalho.

Ao lado das oficinas espalhadas criam-se também grandes espaços para as indústrias, homogêneos e bem delimitados: as manufaturas reunidas primeiro, depois as fábricas, na segunda metade do século XVIII [...]; é uma **mudança de escala, é também um novo tipo de controle**. A fábrica parece claramente um convento, uma fortaleza, uma cidade fechada; o guardião “só abrirá as portas à entrada dos operários, e depois que houver soado o sino que anuncia o reinício do trabalho”; quinze minutos depois, ninguém mais terá o direito de entrar; no fim do dia, os chefes de oficina devem entregar as chaves ao guarda suíço da fábrica que

¹⁷³ VIANA, 2004.

¹⁷⁴ FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**: nascimento da prisão. 25. ed. Petrópolis: Vozes, 2002, p. 122.

então abre as portas. É porque, **à medida que se concentram as forças de produção, o importante é tirar delas o máximo de vantagens e neutralizar seus inconvenientes** (roubos, interrupção do trabalho, agitações e “cabalas”); **de proteger os materiais e ferramentas e de dominar as forças de trabalho.**¹⁷⁵ (grifos nossos)

Contudo, além de concentrar os trabalhadores, também era preciso organizar a distribuição deles no espaço e vigiá-los, para dominá-los. Neste sentido, Foucault sustenta:

O espaço disciplinar tende a se dividir em tantas parcelas quando corpos ou elementos há a repartir. É preciso anular os efeitos das repartições indecisas, o desaparecimento descontrolado de indivíduos, sua circulação difusa, sua coagulação inutilizável e perigosa; tática de antideserção, de antivadiagem, de antiaglomeração. Importa estabelecer as presenças e as ausências, saber onde e como encontrar os indivíduos, instaurar as comunicações úteis, interromper as outras, **poder a cada instante vigiar o comportamento de cada um, apreciá-lo, sancioná-lo, medir as qualidades ou os méritos. Procedimento, portanto, para conhecer, dominar e utilizar. A disciplina organiza um espaço analítico.**¹⁷⁶ (grifos nossos)

A aplicação dos processos de disciplina para a realização do trabalho também se presta para assegurar o melhor aproveitamento do tempo e, conseqüentemente, maior eficiência e produtividade:

[...] procura-se também **garantir a qualidade do tempo empregado: controle ininterrupto, pressão dos fiscais, anulação de tudo o que possa perturbar e distrair, trata-se de constituir um tempo integralmente útil:**

É expressamente proibido durante o trabalho divertir os companheiros com gestos ou de outra maneira, fazer qualquer brincadeira, comer, dormir, contar histórias e comédias; [e mesmo durante a interrupção para a refeição], não será permitido contar histórias, aventuras ou outras conversações que distraiam os operários de seu trabalho; é expressamente proibido a qualquer operário, e sob qualquer pretexto que seja, introduzir vinho na fábrica e beber nas oficinas.

O tempo medido e pago deve ser também um tempo sem impureza nem defeito, um tempo de boa qualidade, e durante todo o seu transcurso o corpo deve ficar aplicado a seu exercício. A exatidão e a aplicação são, com a regularidade, as virtudes fundamentais do tempo disciplinar.¹⁷⁷ (grifos nossos)

O sistema capitalista que se desenvolvia gerou a grande indústria, com intensa utilização de máquinas, especialização e mecanização de tarefas (seqüência/ rotina).

Nessa nova perspectiva de produção, os trabalhadores livres (mas subordinados) foram utilizados de forma maciça e concentrada como instrumento central e integrante, como destaca Amauri César Alves:

¹⁷⁵ FOUCAULT, 2002, p. 122.

¹⁷⁶ FOUCAULT, 2002, p. 123.

¹⁷⁷ FOUCAULT, 2002, p. 128.

Com a Revolução Francesa e sobretudo com a Revolução Industrial o trabalho livre desponta como central, quase hegemônico. Com a dissolução do sistema feudal as cidades atraem uma massa de cidadãos pobres, que somente possuem sua força produtiva para vender aos detentores do capital. Surgem as grandes fábricas, que arregimentam mão-de-obra desqualificada de homens, mulheres e crianças. A pobreza continua reinante, mas não há, formalmente, sujeição pessoal. Havia remuneração pelo trabalho desenvolvido, ainda que a realidade demonstre que o valor da mão-de-obra era baixíssimo, dado o excesso de oferta e a natureza do trabalho a ser desenvolvido – trabalho braçal, desqualificado. Neste contexto industrial e de superexploração da mão-de-obra é que nasce o Direito do Trabalho, de natureza protetiva e que buscou gerar patamares civilizatórios mínimos de contratação da força produtiva.¹⁷⁸

Assim, a relação de emprego, economicamente desequilibrada, tornou-se dominante no contexto socioeconômico do mundo ocidental.

Com a Revolução Industrial e a nova maneira de produzir imposta pelo sistema capitalista, na qual os trabalhadores eram aglutinados em grandes fábricas, exercendo seu ofício em péssimas condições e mediante a exploração máxima de suas energias, surgiu entre os trabalhadores a noção de solidariedade, fundada no reconhecimento da mesma situação fática opressora e na percepção da necessidade de união para que pudessem se levantar contra essa exploração desumana, buscando uma regulamentação mínima para o seu trabalho.

Além desse fator, vários outros, políticos, econômicos e sociais, criaram condições para o surgimento do Direito do Trabalho – ou seja, para que o Estado passasse a estabelecer normas para limitar a autonomia das partes, regulando juridicamente as relações de trabalho.

Analisando as características do próprio modo de produção capitalista, constata-se que o dirigismo contratual também decorreu da necessidade de conservar a viabilidade do próprio sistema, no qual é indispensável o consumo, o que não existiria caso o proletariado fosse formado por miseráveis superexplorados.

Na concepção acumulativa capitalista que se difundia pelo mundo, foram, e continuam sendo, relevantes os métodos desenvolvidos por Taylor e Ford. O trabalho, que já era fracionado em tarefas e rotinas na linha de produção, dividiu-se até o limite do possível, e os últimos resíduos do saber operário foram se transferindo, cada vez mais, da oficina para a gerência. Com esse fenômeno, chamado de “Segunda Revolução Industrial”, também houve mudança na forma de exercício do poder de fiscalização e controle.

Taylor desenvolveu estudo sobre tempos e movimentos, de forma a buscar a solução ideal para cada pequeno gesto, fragmentando o saber e o fazer. Assim, o empregador passou a

¹⁷⁸ ALVES, Amauri César. **Novo contrato de emprego:** parassubordinação trabalhista. São Paulo: LTr, 2005, p. 50.

interferir, também, no modo de fazer, impondo a fragmentação do trabalho e a padronização dos produtos para ter maior eficiência ainda, conforme observa Jeremy Rifkin:

Usando um cronômetro, Taylor dividiu a tarefa de cada trabalhador nos menores componentes operacionais visivelmente identificáveis e mediu cada um para apurar o melhor tempo atingível sob condições de desempenho ótimas. Seus estudos aferiram o desempenho de trabalhadores em frações de segundo. Calculando os tempos médios e os melhores tempos atingidos em cada componente da tarefa do trabalhador, Taylor podia fazer recomendações sobre como mudar aspectos mínimos de desempenho, para economizar segundos preciosos e, até mesmo, milissegundos.¹⁷⁹

Com isso, “[...] algumas formas de resistência, fundadas naquele conhecimento, se inviabilizaram – como a de trabalhar lentamente, a pretexto de que era esse o único modo de fazê-lo [...]”.¹⁸⁰

Conforme ensina Foucault, o “[...] tempo penetra o corpo, e com ele, todos os controles minuciosos do poder [...]”. Isto porque:

[...] o controle disciplinar não consiste simplesmente em ensinar ou impor uma série de gestos definidos; impõe a melhor relação entre um gesto e a atitude global do corpo, que é sua condição de eficácia e de rapidez. No bom emprego do corpo, que permite um bom emprego do tempo, nada deve ficar ocioso ou inútil: tudo deve ser chamado a formar o suporte do ato requerido. **Um corpo bem disciplinado forma o contexto de realização do mínimo gesto. [...] a disciplina define cada uma das relações que o corpo deve manter com o objeto que manipula. Ela estabelece cuidadosa engrenagem entre um e outro.**¹⁸¹ (grifos nossos)

O disciplinamento tornou-se menos físico, pois “[...] a máquina passou a acumular duas funções: além de operária, transformando a matéria-prima, tornou-se gerente, moldando o operário. Já não lhe impunha apenas cheiros e barulhos, mas a sua própria cadência”.¹⁸²

Henry Ford implementou as idéias de Taylor e criou a linha de montagem dentro da fábrica, desenvolvendo o sistema de esteira rolante e colocando os empregados em pontos fixos, de forma que estes dominassem a forma de executar determinada tarefa específica com a maior eficiência.

Pode-se dizer que era a aplicação, na realização do trabalho, do que Foucault chamou de “codificação instrumental do corpo”, que consiste em:

¹⁷⁹ RIFIKIN, Jeremy. **O fim dos empregos**: o declínio inevitável dos níveis dos empregos e a redução da força global de trabalho. São Paulo: Makron Books, 1995, p. 53.

¹⁸⁰ VIANA, 2004.

¹⁸¹ FOUCAULT, 2002, p. 130.

¹⁸² VIANA, 2004.

[...] decomposição do gesto global em duas séries paralelas; a dos elementos do corpo que serão postos em jogo [...], a dos elementos do objeto manipulado; coloca-os depois em correlação uns com os outros segundo um certo número de gestos simples [...]; finalmente fixa a ordem [...] em que cada uma dessas correlações ocupa um lugar determinado.¹⁸³

As fábricas verticalizadas, conforme o modelo *fordista*, dominavam, de alto a baixo, todas as etapas do ciclo produtivo e controlavam os riscos, sendo quase auto-suficientes, constituindo-se, portanto, em “aparelhos eficientes”.

Nas fábricas, continuava sendo adotada a idéia de que a disciplina “[...] supõe um dispositivo que obrigue pelo jogo do olhar; um aparelho onde as técnicas que permitem ver induzam a efeitos de poder, e onde, em troca, os meios de coerção tornem claramente visíveis aqueles sobre quem se aplicam”.¹⁸⁴

Contudo, com a reestruturação do ambiente de trabalho, em decorrência da aplicação dos métodos fordistas, também houve mudança na forma de exercer a vigilância hierárquica. Pertinente a este respeito a observação de Foucault:

[...] trata-se agora de um controle intenso, contínuo; corre ao longo de todo o processo de trabalho; não se efetua – ou não só – sobre a produção (natureza, quantidade de matérias-primas, tipo de instrumentos utilizados, dimensões e qualidades dos produtos), mas leva em conta a atividade dos homens, seu conhecimento técnico, a maneira de fazê-lo, sua rapidez, seu zelo, seu comportamento. Mas é também diferente do controle doméstico do mestre, presente ao lado dos operários e dos aprendizes; pois é realizado por prepostos, fiscais, controladores e contramestres. À medida que o aparelho de produção se torna mais importante e mais complexo, à medida que aumentam o número de operários e a divisão do trabalho, as tarefas de controle se fazem mais necessárias e mais difíceis. Vigiar torna-se então uma função definida, mas deve fazer parte integrante do processo de produção; deve duplicá-lo em todo o seu comprimento. Um pessoal especializado torna-se indispensável, constantemente presente, e distinto dos operários.¹⁸⁵ (grifos nossos)

Após a Primeira Guerra Mundial, houve retração do consumo nos países da Europa e queda das importações, o que levou ao endividamento dos produtores agrícolas e das indústrias norte-americanas, ocorrendo, conseqüentemente, aumento do desemprego. A crise se acentuou nos Estados Unidos, até que, em 1929, chegou ao ápice, que ficou conhecido como “a quebra da bolsa de valores de Nova York”.

¹⁸³ FOUCAULT, 2002, p. 130.

¹⁸⁴ FOUCAULT, 2002, p. 143.

¹⁸⁵ FOUCAULT, 2002, p. 146.

A partir de então, verificou-se uma mudança na ideologia a respeito da atuação estatal. Especificamente nos Estados Unidos, foi implantado um conjunto de medidas, o chamado “New Deal”, com vistas a propiciar a recuperação econômica.

Em detrimento da ideologia liberal, que preconizava a não intervenção do Estado e que até então prevalecia nos planos econômico e político na maioria dos países com desenvolvimento industrial avançado, ganharam prestígio as vertentes reformistas do sistema capitalista, sobretudo a teoria de John Maynard Keynes.

Conforme explica Maurício Godinho Delgado¹⁸⁶, arquitetou-se o chamado “Estado de Bem-Estar Social”, que marcou a fase do primado do trabalho e do emprego na vida social, constituindo-se numa das maiores conquistas da democracia no mundo ocidental capitalista. Prossegue o autor:

Por meio da centralidade do trabalho e do emprego, a nova matriz cultural submetia a dinâmica econômica do capitalismo a certa função social, ao mesmo tempo que restringia as tendências autofágicas, destrutivas, irracionais e desigualitárias que a história comprovou serem inerentes ao dinamismo normal desse sistema econômico. [...] O emprego, regulado e protegido por normas jurídicas, desponta, desse modo, como o principal veículo de inserção do trabalhador na arena socioeconômica capitalista, visando propiciar-lhe um patamar consistente de afirmação individual, familiar, social, econômica e, até mesmo, ética.

De fato, a proposta do Estado de Bem-Estar Social era minorar as mazelas decorrentes do sistema capitalista, consagrando a noção de trabalho como valor, dando suporte a concepções mais igualitárias de gestão do sistema capitalista e adotando políticas sociais e regras jurídicas limitadoras do mercado econômico e do sistema financeiro.

Contudo, a desigualdade social jamais deixou de existir, até porque a exploração é o meio pelo qual se concretiza o objetivo do modo de produção: acumulação. Assim, pelas próprias características inerentes ao capitalismo, mesmo à época dos *Anos Gloriosos*, não se chegou a superar as contradições.

Como afirma André Gorz¹⁸⁷:

Se o desenvolvimento capitalista tornou o nível operário de vida relativamente mais tolerável, sob o aspecto do consumo individual, tornou a condição operária mais intolerável ainda sob o prisma dos relacionamentos de produção e de trabalho, isto é, de alienação no sentido mais amplo, não apenas de exploração, mas também de opressão, de desumanização.

¹⁸⁶ DELGADO, Maurício Godinho. **Capitalismo, trabalho e emprego**. Entre o paradigma da destruição e os caminhos de reconstrução. São Paulo: LTr, 2006a, p. 28.

¹⁸⁷ GORZ, André. **Estratégia operária e neocapitalismo**. Trad. Jacqueline Castro. Rio de Janeiro: Zahar, 1968, p. 37.

Nas últimas décadas do século XX, foi desencadeado um processo de desconstrução cultural ligado às contradições do próprio capitalismo: sua eficiência (a produção poderia superar o consumo e os lucros acumulados já não podiam ser reinvestidos); e a potencialização da resistência operária pelo desequilíbrio entre produção e consumo (a fábrica que reúne trabalhadores os une na luta).

No início da década de 1970, os problemas aumentaram, em decorrência da crise do petróleo, que, ao lado do aumento generalizado da pobreza, agravou a retração do consumo.

A globalização também contribuiu para a crise do modelo fordista-keynesiano. Maurício Godinho Delgado explica que a globalização corresponde a uma fase do sistema capitalista,

[...] que se caracteriza por uma vinculação especialmente estreita entre os diversos subsistemas nacionais, regionais ou comunitários, de modo a criar como parâmetro relevante para o mercado a noção de globo terrestre e não mais, exclusivamente, nação ou região.¹⁸⁸

O autor aponta como pressupostos da globalização: a generalização ampliada dos sistemas econômicos capitalistas; a nova revolução tecnológica; e a hegemonia financeira especulativa (liderança do capital que se multiplica com o próprio jogo especulativo, sem compromisso relevante com a noção de produção, sobre os demais segmentos do próprio capitalismo).

Como resposta à crise do modelo de Estado de Bem-Estar Social e do próprio capitalismo, iniciou-se um processo de reorganização do capital e de seu sistema ideológico e político de dominação.

Num movimento cíclico e aproveitando-se da crise do modelo fordista/taylorista, houve uma readequação da ideologia aos tempos recentes. As idéias neoliberais de Frederich Hayek e Milton Friedman, arautos do liberalismo readequado, ganharam força.

O neoliberalismo, ou o ultraliberalismo, busca dar respaldo à hegemonia do capital financeiro especulativo e tem como proposta severa redução dos investimentos e gastos do Estado, exceto aqueles correspondentes à reprodução do próprio capital financeiro especulativo. Assim, pretende o redirecionamento da atuação dos Estados nacionais, de modo a garantir a estreita vinculação e suas economias ao mercado globalizado. Também propugna a mitigação de políticas sociais, inclusive trabalhistas, em favor do exercício cada vez mais desregulado do mercado de bens e serviços.

¹⁸⁸ DELGADO, Maurício, 2006a, p. 12.

Outro fator que favoreceu a sedimentação e generalização desta ideologia foi o domínio político de importantes lideranças políticas ultraliberais (no final da década de 1970 até início da década de 1990), em nações como Inglaterra (Thatcher), Estados Unidos (Reagan) e Alemanha (Kohl), com influência política e cultural no mundo.

O neoliberalismo passava a dar os contornos da reorganização do capital, com a privatização do Estado, a desregulamentação do Direito do Trabalho e a desmontagem do setor produtivo estatal. Além disso, seguiu-se, também, intenso processo de reestruturação da produção e do trabalho. Quanto ao modo de produzir, abriram-se, pelo menos, dois caminhos.

O primeiro, precarizante, foi seguido pelos Tigres Asiáticos. Caracteriza-se pela cultura do vencer a qualquer preço. Neste sentido, Márcio Túlio Viana¹⁸⁹ explica que em tais países “implantou-se a cultura do vencer a qualquer preço, quase sempre à custa de jornadas extenuantes, governos autoritários, legislação precária e sindicatos reprimidos”.

O segundo, de reorganização das fábricas, surgiu no Japão e foi exportado para outros países. Decorre, principalmente, do desenvolvimento da tecnologia. No modelo toyotista, prevalecia a busca pela “empresa enxuta”, com a eliminação de estoques e esperas (*just in time*), na qual a cadeia produtiva deixava de ser verticalizada para ser horizontalizada e padronizada, com empregados polivalentes.

Márcio Túlio Viana ressalta que

[...] ao invés de se organizar verticalmente, como fazia antes, a empresa moderna passa a se horizontalizar, jogando para as *parceiras* várias etapas de seu ciclo produtivo. Algumas chegam a externalizar toda a linha de produção, tornando-se simples gerenciadoras. E a mesma técnica é utilizada pelas contratadas, que também subcontratam tudo o que podem. Em geral, a empresa-mãe submete cada parceira a rígidas diretrizes. E, enquanto se une em fusões e oligopólios, externaliza para ela o jogo da concorrência. Naturalmente, quanto mais baixos são os salários pagos pela parceira, mais fácil lhe será conseguir o contrato com a grande. Isso a induz a violar os direitos de seus empregados, tarefa facilitada pela sua pequena visibilidade. No fim da linha, quem ganha com isso é ainda a grande empresa.¹⁹⁰

As inovações tecnológicas que, na expressão de Jeremy Rifkin¹⁹¹, caracterizam o fenômeno chamado de “Terceira Revolução Industrial”, propiciaram, e propiciam até hoje, o surgimento de

¹⁸⁹ VIANA, Márcio Túlio. Direito do trabalho e flexibilização. In: **Curso de Direito do Trabalho**: estudos em memória de Célio Goyatá. Alice Monteiro de Barros (Coord.) 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo, LTr, 1997, p. 135.

¹⁹⁰ VIANA, 1997, p. 135.

¹⁹¹ RIFIKIN, 1995, p. 64.

[...] máquinas inteligentes: robôs com controle numérico, computadores e softwares avançados, capazes de realizar funções conceituais, gerenciais e administrativas e de coordenar o fluxo da produção, desde a extração da matéria-prima ao marketing e à distribuição do produto final e de serviços.

As inovações acarretaram mudanças na forma de organização da empresa e no processo produtivo. Conseqüentemente, também ocorreram mudanças na forma de exercício do poder de controle do empregador, visto que se tornou viável a fiscalização do trabalho a distância, o que tende a reforçar o controle gerencial sobre os processos de trabalho (ampliando a subordinação dos trabalhadores), conforme observa Jeremy Rifkin:

Todas as habilidades, conhecimentos e especializações que até aqui estavam arraigadas nas mentes dos trabalhadores foram efetivamente transferidas para uma fita, permitindo que o processo de fabricação fosse controlado à distância, com necessidade muito menor de supervisão ou intervenção direta no ponto de produção. Com o controle numérico, muitas das decisões que afetam a fábrica e o processo de manufatura passaram dos trabalhadores para programadores e gerentes. **As vantagens da nova tecnologia de automação não passaram despercebidas aos empresários. De agora em diante, era possível exercer um controle mais rígido sobre cada aspecto da produção, incluindo o próprio espaço do processo de produção.**¹⁹² (grifos nossos)

O desenvolvimento da automatização, da robotização e da microeletrônica foi o ponto de partida no processo de reengenharia do ambiente de trabalho. Posteriormente, o surgimento da rede geral de computadores, a internet, possibilitou o rompimento dos conceitos clássicos de tempo e espaço.

A evolução tecnológica é constante, o que permite considerar que a revolução que a sociedade vive atualmente é a tecnológica, informacional. Tudo isso torna difícil definir os conceitos de local e ambiente de trabalho, pois a própria relação de trabalho ganhou novos contornos. Ainda assim, a noção de “observatório”, malgrado necessitar de adaptação à nova realidade, continua sendo atual no âmbito da relação de emprego, pois a vigilância hierárquica não deixou de existir. Pelo contrário! Conforme será analisado a seguir, o desenvolvimento tecnológico viabilizou o surgimento de novas formas de exercício do poder de fiscalização e controle, por exemplo, mediante a colocação de câmeras de circuito interno de televisão no ambiente de trabalho e a fiscalização do uso de internet e e-mail pelo empregado.

¹⁹² RIFIKIN, 1995, p. 72.

3.3 Poder de fiscalização como processo panóptico e métodos de exercício na era contemporânea

Na concepção foucaultiana, a disciplina e o controle dos corpos somente podem ser considerados efetivos e eficazes onde haja um sistema funcional de observação que permita o exercício do poder hierárquico por aquele que tem o poder de punir, estando numa escala de superioridade em relação dos vigiados. Supõe-se, portanto, “[...] um dispositivo que obrigue pelo jogo do olhar; um aparelho onde as técnicas que permitem ver induzam a efeitos de poder, e onde, em troca, os meios de coerção tornem claramente visíveis aqueles sobre quem se aplicam”.¹⁹³

O sistema panóptico, idealizado por Bentham, consistia numa estrutura arquitetônica por meio da qual a vigilância dos corpos, com a conseqüente disciplina, era exercida de maneira eficaz. Mencionada arquitetura era disposta da seguinte forma:

Na periferia uma construção em anel; no centro, uma torre; esta é vazada de largas janelas que se abrem sobre a face interna do anel; a construção periférica é dividida em celas, cada uma atravessando toda a espessura da construção; elas têm duas janelas, uma para o interior, correspondendo às janelas da torre; outra, que dá para o exterior, permite que a luz atravesse a cela de lado a lado. Basta então colocar um vigia na torre central, em cada cela trancar um louco, um doente, um condenado, um operário ou um escolar. [...] Tantas jaulas, tantos pequenos teatros, em que cada ator está sozinho, perfeitamente individualizado e constantemente visível. **O dispositivo panóptico organiza unidades espaciais que permitem ver sem parar e reconhecer imediatamente.** [...] A plena luz e o olhar de um vigia captam melhor que a sombra, que finalmente protegia. A visibilidade é uma armadilha.¹⁹⁴ (grifos nossos).

O efeito do panóptico é suscitar nos vigiados o sentimento de controle, de intimidação, de que qualquer ato praticado estará sendo analisado e observado por alguém – um verdadeiro sentimento de vigilância permanente, garantindo o exercício e funcionamento do poder disciplinar. Trata-se de um sistema de sustentação da relação de poder aplicado nos mais diversos ambientes sociais.

No modelo de produção capitalista, mesmo havendo variações quanto ao modo de produção, a vigilância realizada pelo empregador sobre o trabalho dos empregados sempre foi exercida para aumentar sua produção, disciplinar os trabalhadores e docilizá-los para que não contestem o sistema.

¹⁹³ FOUCAULT, 2002, p. 143.

¹⁹⁴ FOUCAULT, 2002, p. 165.

A fiscalização sobre o trabalho dos empregados também é justificada sob a ótica do empregador pela necessidade de evitar furtos, garantir eficiência, verificar a qualidade e quantidade de trabalho realizado e eliminar tempos ociosos e inúteis.

Ao longo da história, a concentração dos empregados no ambiente de trabalho para discipliná-los e moldá-los foi uma das formas relevantes para viabilizar tal controle. Daí porque ser considerado o poder empregatício um processo panóptico.

O uso do sistema de vigilância hierárquica, por volta do século XVIII, passou a ser empregado nas fábricas, onde se concretizava um controle intenso e cada vez mais complexo sobre os processos produtivos, que também se tornaram cada vez mais complexos. Nas grandes oficinas, também foi organizado um novo tipo de vigilância, recaindo não somente no processo de trabalho ou suas fases, mas, principalmente, na atividade desempenhada pelos empregados. Para realizar a vigilância, “[...] um pessoal especializado torna-se indispensável, constantemente presente, e distinto dos operários [...]”.¹⁹⁵

Naquele contexto industrial, “[...] a vigilância torna-se um operador econômico decisivo, na medida em que é ao mesmo tempo uma peça interna no aparelho de produção e uma engrenagem específica do poder disciplinar”.¹⁹⁶

Aquele sistema de vigilância hierarquizada, entendido como um verdadeiro observatório, pressupunha a existência de uma estrutura arquitetônica que permitisse o desempenho de sua função primordial, que é de vigiar o espaço interno, de forma articulada e detalhada, decompondo os corpos organizadamente. A melhor arquitetura é aquela que destaca o fiscal (vigia), de modo que este pode a todos notar, em qualquer posição que se encontre, numa rede de relações de alto a baixo, vice-versa e lateralmente, silencioso, em que o próprio controlador (o encarregado de controlar) é controlado, numa intensa atividade de retroalimentação (o próprio sistema passa a se auto-sustentar).

Assim, a estrutura de vigilância é determinada por uma arquitetura que desempenhe o papel de fiscalizar (uma organização piramidal), que exige um chefe para o sistema de disciplina hierarquizado.

As fábricas, ao longo da história, modificaram-se. Na atualidade, tendem a agrupar menos empregados no seu espaço físico, pois muitos passaram a laborar em suas casas ou, até mesmo, em outras fábricas, comumente sob o manto da terceirização.

¹⁹⁵ FOUCAULT, 2002, p. 146.

¹⁹⁶ FOUCAULT, 2002, p. 147.

Ainda assim, não deixou de existir o controle direto sobre a forma de realização do trabalho. A realidade demonstra justamente que o controle passou a ser realizado de forma mais meticulosa. Até porque não há, necessariamente, a existência de um vigia, que agora pode ser até mesmo o próprio patrão, que, de qualquer lugar, tem meios para fiscalizar o trabalho dos seus empregados.

Conforme já suscitado neste capítulo, o controle e a disciplina dos empregados no âmbito da relação de emprego continuam existindo na atualidade, sendo utilizados métodos cada vez mais eficazes, em razão das possibilidades decorrentes dos avanços tecnológicos e do surgimento da internet.

Pode-se dizer que na era contemporânea o sistema panóptico foi adaptado e continua sendo plenamente utilizado para controlar os atos mínimos, com as mesmas finalidades de disciplina, individualização, manutenção da ordem, maior produtividade, eliminação de tempos inúteis e constante sensação de vigilância, apenas com uma nova estrutura, com novos métodos.

Ao lado dos métodos de controle que já eram aplicados, tais como as revistas nos empregados, a evolução tecnológica que tem se verificado nas últimas décadas propiciou o surgimentos de outros, como a utilização de aparelhos audiovisuais, o monitoramento de mensagens eletrônicas enviadas e recebidas pelos empregados e dos endereços eletrônicos (sites) por eles acessados e, até, como destaca Alice Monteiro de Barros¹⁹⁷, a utilização de polígrafo (mais conhecido como “detector de mentiras”).

A colocação de circuito interno de televisão no ambiente de trabalho para acompanhar cada gesto, movimento ou palavra dos empregados permite a multiplicação dos olhos do empregador no ambiente de trabalho, propiciando uma forma de vigilância muito mais ampla e eficaz, deixando em segundo plano a preocupação que antes havia com a arquitetura e organização das fábricas para realizar este tipo de acompanhamento.

Contudo, a vigilância mais ampla que já existiu no âmbito da relação de emprego é a que viabiliza ao empregador enxergar muito mais do que simples movimentos e palavras, a qual decorre do desenvolvimento de *softwares* que possibilitam que ele saiba o conteúdo dos sites acessados pelo empregado na internet e das mensagens eletrônicas enviadas e recebidas.

Estes tipos de controle levam os empregados a se afastarem uns dos outros, fazendo crescer o sentimento de inimizade e disputa. Além disso, a sensação de vigilância inibe

¹⁹⁷ BARROS, 2007, p. 586.

conversas e momentos de descontração no ambiente de trabalho, levando à utilização do tempo especificamente para o trabalho.

O fato de estar sendo permanentemente vigiado, ou a simples possibilidade de isso ocorrer, provoca um sentimento de restrição da liberdade, de invasão da intimidade e de constante estresse, ocasionando muito mais prejuízos morais, psíquicos, e até mesmo, físicos aos indivíduos do que qualquer outra maneira de contato direto, de sujeição e de tentativa de impor a disciplina e o comportamento considerado “correto” e “útil” por meio da força.

Conforme ressalta Alice Monteiro de Barros¹⁹⁸, à “[...] combinação de ameaças à privacidade de dados, de invasão crescente e de maior vigilância de pessoal [...]”, a Organização Internacional do Trabalho (OIT) atribui a denominação “química da intrusão”.

Retirou-se o simples mecanismo estrutural, a forma arquitetural, mas manteve-se a intenção da “anatomia política”, da docilização e do adestramento do corpo, mente e espírito.

Nesse sentido, afirma Ricardo Fonseca:

Com tudo isso transparece, assim, um trabalhador sujeitado. O empregado (embora evidentemente dotado de certos direitos e prerrogativas) mantém-se atado a um sistema que o vigia, supervisiona-o, enquadra-o, classifica-o, pune-o, ou, para aproximar-se do referencial teórico que está por detrás de todas essas análises, disciplina-o.¹⁹⁹

Conforme já demonstrado, são reconhecidas a existência e a legitimidade do poder empregatício. Contudo, tais práticas devem ser direcionadas e limitadas diante do balizamento construído pelos princípios constitucionais e específicos do Direito do Trabalho, aplicáveis em caso de colisão desse direito do empregador com os direitos e garantias assegurados ao empregado. Estas questões serão tratadas a seguir.

¹⁹⁸ BARROS, 2007, p. 585.

¹⁹⁹ FONSECA, 2002, p. 168.

4 DIREITOS CONSTITUCIONAIS DO TRABALHADOR E SEU CONTRAPONTO AO PODER DIRETIVO EMPRESARIAL

4.1 Direitos fundamentais – dignidade humana e direitos de personalidade

Há várias terminologias quanto ao tema “direitos fundamentais”.²⁰⁰ Joaquim J. Gomes Canotilho destaca as expressões *direitos do homem* e *direitos fundamentais*, fazendo a seguinte distinção:

[...] direitos do homem são direitos válidos para todos os povos e em todos os tempos (dimensão jusnaturalista-universalista); **direitos fundamentais são os direitos do homem, jurídico-institucionalmente garantidos e limitados espaciotemporalmente**. Os direitos do homem arrancariam da própria natureza humana e daí o seu caráter inviolável, intemporal e universal; os **direitos fundamentais seriam os direitos objectivamente vigentes numa ordem jurídica concreta**.²⁰¹ (grifos nossos)

Ingo Wolfgang Sarlet faz distinção entre *direitos fundamentais* e *direitos humanos*

[...] considerando os primeiros como aqueles direitos do ser humano que foram reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional positivo de determinado Estado, enquanto que os últimos seriam atributos reconhecidos por documentos de direito internacional, ao ser humano como tal e independentemente de ligação com o direito constitucional de qualquer Estado e que, assim, “aspiram à validade universal, para todos os povos e tempos, de tal sorte que revelam um inequívoco caráter supranacional”.²⁰²

Independentemente da terminologia que se adote, cabe esclarecer qual o sentido em que deve ser entendida a noção de direitos fundamentais ou, como empregam Jorge Luiz

²⁰⁰ Os “[...] direitos fundamentais sociotrabalhistas nascem no século XIX, no seio dos países europeus industrializados, e são adotados pela doutrina constitucional, fazendo parte da segunda dimensão dos direitos humanos que se materializa nos Direitos Sociais, Econômicos e Culturais [...]”, quando, no cenário formado pela sociedade industrial, “[...] a Encíclica Rerum Novarum e as obras de Karl Marx surgem como forte influência de crítica ao pensamento liberal, denunciando que o tão veemente propagado direito à igualdade, na verdade, restou conquistado em nível meramente formal”. BRANCO, Ana Paula Tauceda. **A colisão de princípios constitucionais no Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr, 2007, p. 42.

²⁰¹ CANOTILHO, J. J. G. *apud* SIMM, 2005.

²⁰² SARLET, Ingo Wolfgang. *apud* SIMM, 2005.

Souto Maior e Marcus Orione Gonçalves Correia²⁰³, *valores fundamentais do Direito Social*.²⁰⁴

Segundo José Afonso da Silva, pela expressão *direitos fundamentais do homem*

[...] entendem-se não apenas os “**princípios que resumem a concepção do mundo e informam a ideologia política de cada ordenamento jurídico**” como também, no âmbito do *direito* positivo, “**aquelas prerrogativas e instituições que ele concretiza em garantias de uma convivência digna, livre e igual de todas as pessoas**”, sendo *fundamentais* porque “**se trata de situações jurídicas sem as quais a pessoa humana não se realiza, não convive e, às vezes, nem mesmo sobrevive**” e *da pessoa humana* no sentido de que “**a todos, por igual, devem ser não apenas formalmente reconhecidos, mas concreta e materialmente efetivados**”.²⁰⁵ (grifos nossos)

Na concepção de Ferrajoli, destacada por Zeno Simm, devem ser considerados como fundamentais, por exemplo,

[...] o direito à vida, a liberdade de consciência, as outras liberdades civis, os direitos à subsistência e outros similares, graças aos quais se asseguram a dignidade da pessoa, ou a igualdade, a paz ou outros valores ético-políticos que se decida, precisamente, assumir como ‘fundamentais’, caracterizando uma resposta axiológica, nem verdadeira nem falsa, prescrevendo que expectativas seria justo (justo no sentido de ser moral ou politicamente justificado) tutelar como direitos fundamentais.²⁰⁶

Jorge Luiz Souto Maior e Marcus Orione Gonçalves Correia explicam que Direito Social deve ser entendido como

[...] regra de caráter transcendental, que impõe valores à sociedade e, conseqüentemente, a todo ordenamento jurídico. E que valores são estes? Os valores são: a *solidariedade* (como responsabilidade social de caráter obrigacional), a *justiça social* (como conseqüência da necessária política de distribuição dos recursos econômicos e culturais produzidos pelo sistema), e a *proteção da dignidade humana* (como forma de impedir que os interesses econômicos suplantem a necessária respeitabilidade à condição humana). [...]

²⁰³ CORREIA, Marcus Orione Gonçalves; MAIOR, Jorge Luiz Souto. **O que é Direito Social?** In: Curso de Direito do Trabalho. v. I: Teoria geral do Direito do Trabalho. Marcus Orione Gonçalves Correia (Org.). São Paulo: LTr, 2007, p. 13.

²⁰⁴ Os autores ressaltam que “[...] o surgimento do Direito Social está ligado à própria transformação do Estado Liberal em Estado Social, o qual acabou sendo o protagonista do que se convencionou chamar de política do bem-estar social”. Apontam que a necessidade de “[...] sair do modelo político liberal para se chegar ao Estado social [...]” decorreu “[...] das diversas tensões da sociedade industrial em formação, em nível mundial, como todos os seus efeitos reais, guerras, greves, revoltas, reivindicações, mortes e mutilações.”. CORREIA; MAIOR, 2007, p. 13.

²⁰⁵ SILVA, José Afonso da. *apud* SIMM, 2005.

²⁰⁶ FERRAJOLI, L. *apud* SIMM, Zeno, 2005.

O Direito Social, portanto, não apenas se apresenta como um regulador das relações sociais; ele busca promover, em concreto, o bem-estar social, valendo-se do caráter obrigacional do Direito e da força coercitiva do Estado.²⁰⁷

No Brasil, a constitucionalização e a consolidação dos direitos fundamentais se deram de forma lenta e gradativa, sendo permeadas por avanços e retrocessos, refletindo a evolução histórica do País.

Gabriela Neves Delgado destaca que a Constituição Federal de 1934 “[...] apresentou várias inovações, principalmente no tocante ao surgimento de leis referentes aos direitos sociais [...]” e introduziu “[...] normas jurídicas referentes à ordem econômica e social, apesar de a maioria delas ainda se revestirem de caráter programático”.²⁰⁸

No período que se seguiu, desde 1935, com o Estado de Sítio decretado por Getúlio Vargas, até 1946, apesar da promulgação da Consolidação das Leis do Trabalho, em 1943, não houve avanços no campo dos direitos fundamentais.

A Constituição de 1946, “[...] cuja finalidade principal foi a de restaurar a democracia representativa no País, rompendo com o autoritarismo da Carta Política anterior [...]”, foi a primeira “[...] a dispor expressamente sobre a dignidade da pessoa humana [...]”.²⁰⁹

No entanto, como destaca Gabriela Neves Delgado,

[...] referiu-se à dignidade apenas quanto à dinâmica social do trabalho, afirmando que a todos deveria ser assegurado trabalho que possibilitasse a existência digna. A referência à dignidade não lhe conferia, portanto, a condição de fundamento ou princípio vinculante de todo o sistema jurídico, político e social do País.²¹⁰

Assim, pode-se compreender por que a Constituição brasileira, promulgada em 5 de outubro de 1988, foi chamada de “Constituição-cidadã”, o que, segundo Gisela Bester, “[...] deveu-se à restituição ou ao resgate que em seu texto se fez da ampla cidadania e dos direitos fundamentais, estando isso nitidamente evidenciado pelo destaque que deu à matéria [...]”.²¹¹

Isso se verifica já no Preâmbulo da Constituição brasileira, que enuncia a instituição de um Estado Democrático²¹²,

²⁰⁷ CORREIA; MAIOR, 2007, p. 26.

²⁰⁸ DELGADO, Gabriela Neves. **Direito fundamental ao trabalho digno**. São Paulo: LTr, 2006, p. 74.

²⁰⁹ DELGADO, Gabriela, 2006, p. 76.

²¹⁰ DELGADO, Gabriela, 2006, p. 76.

²¹¹ BESTER, Gisela M. *apud* SIMM, 2005.

²¹² Perez Luño explica que “[...] o tipo de Estado de Direito (liberal ou social) proclamado nos textos constitucionais depende do alcance e significado que neles se atribua aos direitos fundamentais”. Antoine Jammaud afirma que o Estado de Direito supõe a garantia dos direitos fundamentais. In: SIMM, 2005.

[...] destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida na ordem interna e internacional com a solução pacífica das controvérsias.²¹³

Outros dispositivos evidenciam que o ordenamento jurídico vigente se pauta “[...] pela lógica do Direito Social [...]”²¹⁴, tais como o artigo 1º, que consagra, no inciso III, o princípio da dignidade.

Gabriela Neves Delgado destaca a importância deste princípio na contemporaneidade, ao afirmar que “[...] no Estado Democrático de Direito o homem é o centro convergente de direitos. Dessa forma, todos os direitos fundamentais do homem deverão orientar-se pelo valor-fonte da dignidade”.²¹⁵

A dignidade da criatura humana reside nas faculdades de pensar e agir livremente, de conhecer e amar. Trata-se, portanto, de preservar, no seio das comunidades às quais é ligado (o trabalhador) por uma estreita solidariedade, uma cota máxima de vida pessoal, através da livre manifestação de suas decisões e do livre florescimento de sua espiritualidade.²¹⁶

Na definição de Ingo Wolfgang Sarlet, sob o enfoque jurídico, dignidade humana é

[...] qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.²¹⁷

Amauri Mascaro Nascimento²¹⁸ destaca o conceito sustentado por Karl Larenz, que considera que a noção de dignidade humana traduz a “[...] prerrogativa de todo ser humano em ser respeitado como pessoa, de não ser prejudicado em sua existência e de fruir de um âmbito existencial próprio”.

²¹³ BRASIL. **Constituição 1988**. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado, 1988b.

²¹⁴ Expressão usada por CORREIA; MAIOR, 2007, p. 28.

²¹⁵ DELGADO, Gabriela, 2006, p. 51.

²¹⁶ O conceito é dado por Padre Michel Riquet, citado por COSTA, Orlando Teixeira da. *apud* BARROS, Alice Monteiro de. **Proteção à intimidade do empregado**. São Paulo: LTr, 1997a, p. 27.

²¹⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. *apud* BRANCO, 2007, p. 42.

²¹⁸ NASCIMENTO, 2006, p. 75.

Gabriela Neves Delgado explica que o princípio da dignidade consagrado na Constituição Federal de 1988

[...] deve ser efetivado sob diferenciados aspectos no contexto societário, seja no tocante ao próprio interesse individual da pessoa, seja nos planos econômico ou social. É nesse sentido que a Constituição da República descreve as diversas dimensões do princípio da dignidade, especialmente em seu art. 170, ao determinar que a ordem econômica garanta a todos uma existência digna e, em seu art. 193, ao exigir que a ordem social tenha como objetivos o bem-estar e a justiça social.²¹⁹

Mais ampla é a noção destacada por Firmino Alves Lima, construída²²⁰ por Joaquim José Gomes Canotilho e Vital Moreira, que apontam que o princípio da dignidade humana

É concebido como referência constitucional unificadora de todos os direitos fundamentais, o conceito de dignidade da pessoa humana obriga a uma densificação valorativa que tenha em conta o seu amplo sentido normativo-constitucional e não uma qualquer idéia apriorística do homem, não podendo reduzir-se o sentido da dignidade humana à defesa dos direitos pessoais tradicionais, esquecendo-a nos casos de direitos sociais, ou invocá-la para construir dentro da “teoria do núcleo da personalidade individual, ignorando-a quando se trate de garantir as bases da existência humana”.

Segundo essa concepção, a dignidade humana não apenas seria substrato para a garantia e defesa de direitos diretamente ligados à pessoa, sendo, também e principalmente, um valor supremo, que direciona e interfere no conteúdo de todo o ordenamento jurídico.

Neste sentido, Firmino Alves Lima²²¹ destaca o pensamento de Miguel Reale, que sustenta que

[...] há determinados valores que, uma vez trazidos à consciência histórica, se revelam constantes éticas inamovíveis que, embora ainda não percebidas pelo intelecto, já condicionavam e davam sentido à práxis humana. [...] o primordial desses valores é o da pessoa humana, sendo um valor fonte.

Antonio Enrique Pérez Luño²²² também considera que a dignidade humana é o

²¹⁹ DELGADO, Gabriela, 2006, p. 79.

²²⁰ A definição destacada foi construída por Joaquim José Gomes Canotilho e Vital Moreira sobre o primeiro artigo da Constituição Portuguesa de 1976, que se refere à dignidade da pessoa humana como fundamento da República Portuguesa. Contudo, é pertinente ao presente estudo, visto que a mesma noção é reconhecida na Constituição brasileira de 1988. LIMA, Firmino Alves. **Mecanismos antidiscriminatórios nas relações de trabalho**. São Paulo: LTr, 2006, p. 17.

²²¹ REALE, Miguel. *apud* LIMA, 2006, p. 23.

²²² PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. *apud* LIMA, 2006, p. 25.

[...] núcleo conceitual dos direitos humanos e supõe o valor básico fundamentador desses direitos, que tendem a explicitar e satisfazer as necessidades da pessoa na esfera moral, bem como conferir ao sistema de direitos fundamentais uma unidade de sentido que represente a suprema expressão da ordem axiológica da nossa sociedade, assim como da comunidade internacional.

Conforme se verifica a partir das definições mencionadas, com a noção de dignidade humana se relacionam os chamados “direitos de personalidade”²²³, que, como explica Menezes Cordeiro²²⁴, “[...] exprimem posições jurídicas protegidas pelo Direito objetivo [...]” que “[...] reportam-se, diretamente à própria pessoa tutelada [...]”.

Neste sentido é o entendimento de Ana Paula Tauceda Branco²²⁵, que considera que não há dúvidas acerca da “[...] capilaridade existente entre os direitos de personalidade e o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana”. A autora aponta este princípio como “[...] a consciência do próprio valor, cultivado pelo indivíduo considerado por si mesmo, ante a sua natureza humana [...]”, que se realiza juridicamente “[...] também através da proteção dos direitos da personalidade [...]”, que são “[...] dedicados em proteger [...] o patrimônio moral da pessoa humana em suas dimensões psicológica, social, ideológica, individual e estética”.

Carlos Alberto Bittar²²⁶ considera que são

[...] da personalidade os direitos reconhecidos à pessoa humana tomada em si mesma e em suas projeções na sociedade, previstos no ordenamento jurídico exatamente para a defesa de valores inatos do homem, como a vida, a rigidez física, a intimidade, a honra, a intelectualidade e outros tantos.

Considerando que os direitos de personalidade englobam, portanto, dimensões variadas, Manuel Cândido Rodrigues ressalta a distinção feita por José de Oliveira Ascensão entre “[...] direitos da personalidade propriamente ditos (constituídos por um núcleo central) e direitos periféricos da personalidade”.²²⁷ No mesmo sentido, destaca o entendimento de Diogo José Leite de Campos²²⁸, que considera que direitos da personalidade, propriamente ditos,

²²³ “A construção dos direitos da personalidade deve-se: a) ao cristianismo, que exalta a dignidade humana; b) à escola do direito natural, que firmou a noção de direitos naturais ou inatos; c) aos filósofos do iluminismo, que valorizavam o homem diante do Estado”. BITTAR, Carlos Alberto. *apud* BARROS, 2007, p. 611.

²²⁴ MENEZES CORDEIRO, Antônio. *apud* NASCIMENTO, 2006, p. 71.

²²⁵ BRANCO, 2007, p. 71.

²²⁶ BITTAR, Carlos Alberto. *apud* BRANCO, 2007, p. 70.

²²⁷ ASCENSÃO, José de Oliveira *apud* RODRIGUES, Manuel Cândido. **Da especificidade do “dano moral”**. 2000. 410f. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, área de concentração Direito Civil. Belo Horizonte, p. 94.

²²⁸ CAMPOS, Diogo José Leite de *apud* RODRIGUES, 2000, p. 94.

devem ser entendidos como “[...] os que visam a proteção da pessoa, em si mesma, como ser não-social; direitos de ‘direito civil’, por se ocuparem da pessoa livre de constrangimentos sociais, autônoma [...]”. Os

[...] impropriamente chamados direitos da personalidade (em sentido lato), [...] compreendem a actividade de inter-relacionamento da pessoa, a sua dimensão social, a pessoa ser-social – considerados [...] como ‘direitos de colaboração social’ e caracterizados ‘como direitos públicos’.

Conforme destaca Amauri Mascaro Nascimento, muitos dos direitos fundamentais se inserem na definição de direitos de personalidade, que, por sua vez

[...] abarcam direitos de Estado (ex. direito de cidadania), os direitos sobre a própria pessoa (ex. direito à vida, à integridade física e moral, à privacidade), os direitos distintivos da personalidade (ex. direito à identidade pessoal, à informática) e muitos dos direitos de liberdade (ex. liberdade de expressão).²²⁹

De fato, do princípio da dignidade deriva a inviolabilidade do direito à vida, assegurado no art. 5º, que também determina que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, e garante aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade.

A garantia à inviolabilidade do direito à vida, por consequência, resulta nos direitos de personalidade (intimidade, vida privada, honra e imagem)²³⁰ e sigilo de correspondência e de comunicações em geral, dentre outros.

Intimidade se relaciona com privacidade, vida privada, sendo que todas essas expressões convergem por traduzirem a noção de “[...] direito a não ser conhecido em certos aspectos pelos demais [...]” indivíduos ou, ainda “[...] poder determinante que todo indivíduo tem de assegurar a proteção de interesses extrapatrimoniais através de oposição a uma investigação na vida privada com a finalidade de assegurar a liberdade e a paz da vida pessoal e familiar”.

Firmino Alves Lima destaca o entendimento de Robert Alexy, no sentido de que

²²⁹ NASCIMENTO, 2006, p. 71.

²³⁰ Alice Monteiro de Barros explica que apesar de se encontrar na Grécia e em Roma algum tipo de proteção à intimidade e à vida privada, o “[...] início da discussão teórica a respeito do direito à intimidade surgiu com o artigo de Warren e Brandeis, intitulado ‘The right of privacy’, publicado em 1890, com o objetivo de frear as intromissões da imprensa na vida e na honra das pessoas”. A autora destaca que a partir deste marco, o direito à intimidade passou a ser visto sob outro enfoque. Não mais como um bem, mas como um atributo da personalidade do indivíduo, ou seja, direito “não relacionado com a condição social ou com o patrimônio dos indivíduos. Seu fundamento é a liberdade individual”. BARROS, 1997a, p. 20-21.

[...] os direitos trabalhistas integrantes dos direitos sociais em nossa Carta Política assumem clara identidade de direitos fundamentais. Tal natureza é facilmente constatável na Lei Maior, quando o capítulo II, relativo aos direitos sociais, se encontra inserido no título II, relativo aos direitos e garantias fundamentais. Apenas esclarece o referido jurista que, ao invés de serem concedidos na forma de uma ação positiva do Estado, são direitos fundamentais que visam a uma redistribuição direta da renda à custa dos empregadores. A vertente da dignidade da pessoa humana que impõe uma conduta positiva inversa à da clássica abstenção liberal para tornar eficaz a dignidade do indivíduo, aqui se revela. Com efeito, o princípio da dignidade da pessoa humana compreende também os direitos trabalhistas, na medida em que abrangem, no exposto dizer da Carta Política no *caput* do art. 7º, direitos que *visem à melhoria de sua condição social*, para atingir o estágio de amplo desenvolvimento da personalidade humana.²³¹

Portanto, os direitos de personalidade são oponíveis *erga omnes*, inclusive no âmbito da relação de emprego, sendo irrelevante a circunstância de estar o titular do direito no local de trabalho, sob a direção do empregador.

Amauri Mascaro Nascimento ressalta que estes direitos,

[...] na esfera das relações de trabalho, têm como fundamento a necessidade de garantia de um mínimo ético, que deve ser preservado nos ordenamentos jurídicos das relações de trabalho, como forma de organização jurídico-moral da sociedade quanto à vida, à saúde, a integridade física, à personalidade e a outros bens jurídicos valiosos para a defesa da liberdade e a integração dos trabalhadores na sociedade e perante o empregador.²³²

Além disso, as relações de emprego são relações privadas. Assim, no âmbito desta relação, devem ser observadas as normas constitucionais, pois a Constituição é a lei fundamental e suprema do Estado, bem como as demais fontes do Direito do Trabalho.²³³

Contudo, quando se fala em observância de normas, deve ser entendida a expressão, em sentido amplo, no sentido de ordem jurídica, de Direito²³⁴, ou seja, englobando também os princípios, que cumprem papel fundamental neste contexto, conforme exposto adiante.

²³¹ ALEXY, Robert. *apud* LIMA, 2006, p. 36.

²³² NASCIMENTO, 2006, p. 71.

²³³ Corroborando tal entendimento, Zeno Simm explica que os direitos fundamentais ao longo da história passaram por uma evolução, de forma que deixaram de ser “[...] apenas um mecanismo para o indivíduo defender-se do Estado ou dele receber prestações para tornar-se também uma garantia do cidadão em face de outros, nivelando as desigualdades entre eles”. SIMM, 2005.

²³⁴ “Direito é o conjunto de princípios, regras e institutos voltados a organizar relações, situações ou instituições, criando vantagens, obrigações e deveres no contexto social.” In: DELGADO, Maurício Godinho. **Princípios de Direito Individual e Coletivo do Trabalho**. 2. ed. São Paulo: LTr, 2004, p. 13.

4.2 A relevância dos princípios na ordem jurídica brasileira

A ordem jurídica é constituída por normas, ou seja, “[...] dispositivos gerais, abstratos, impessoais, aplicáveis *ad futurum* e dotados de coercitividade a regular a sociedade, segundo certo prisma de valores.”²³⁵ As normas podem ser divididas em princípios e regras, na concepção de Robert Alexy, destacada por Gabriela Neves Delgado.²³⁶

Os princípios se distinguem das regras pelos critérios de generalidade e de ponderação. Assim, na tradução daquela autora:

Os princípios são “mandamentos de otimização”, normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível, dentro das possibilidades fático-jurídicas existentes no caso concreto. Sua realização, enquanto diretriz maior de um sistema jurídico, será necessariamente graduada e ponderada.

As regras, em contrapartida, por estarem fundadas no critério de validade, devem ser cumpridas na exata medida de sua previsão, o que impossibilita o uso de qualquer graduação ou ponderação em seu cotejo.²³⁷

Portanto, as regras jurídicas “[...] são normas em sentido estrito, aplicáveis objetivamente em determinadas situações fáticas reguladas pelo Direito. Os princípios, em contrapartida, são normas genéricas e, portanto, basilares ao sistema jurídico”.²³⁸

Esta leitura da teoria construída por Alexy também é feita por Ana Paula Tauceda Branco, que destaca

[...] na perspectiva de Alexy, os princípios são tidos como uma categoria deontológica, ou seja, compõem o universo daquilo que é considerado obrigatório e, nessa condição, acabam por ser responsáveis por garantir uma coerência lógica ao Sistema, uma vez que evitam contradições quanto ao dever-ser das regras. Aliás, as regras distinguem-se dos princípios, por serem eles mandados de otimização que determinam que algo seja realizado o mais amplamente possível, respeitada a realidade jurídica existente; enquanto elas, apesar de também serem mandados de otimização, somente admitem seu cumprimento integral ou o seu não cumprimento por via da simples subsunção jurídica.²³⁹

Luis Roberto Barroso também reconhece a existência de divisão entre as normas jurídicas, considerando que

²³⁵ DELGADO, Gabriela, 2006, p. 108.

²³⁶ ALEXY, Robert. *apud* DELGADO, Gabriela, 2006, p. 61.

²³⁷ ALEXY, Robert. *apud* DELGADO, Gabriela, 2006, p. 61.

²³⁸ DELGADO, Gabriela, 2006, p. 108.

²³⁹ ALEXY, Robert. *apud* BRANCO, 2007, p. 89.

[...] as normas jurídicas, em geral, e as normas constitucionais em particular, podem ser enquadradas em duas categorias: normas-princípio e normas-disposição. As normas-disposição, também referidas como regras, têm eficácia restrita às situações específicas às quais se dirigem. Já as normas-princípios, ou simplesmente princípios, têm, normalmente, maior teor de abstração e uma finalidade mais destacada dentro do sistema.²⁴⁰

A noção de que os princípios conferem unidade e coesão internas a determinado ramo jurídico também está presente na definição de Américo Plá Rodríguez, que considera que “[...] todos os princípios devem ter alguma conexão, ilação ou harmonia entre si, já que em sua totalidade perfilam a fisionomia característica de um ramo autônomo do direito, que deve ter sua unidade e coesão internas”.²⁴¹

Na definição de Maurício Godinho Delgado, os princípios são diretrizes gerais ou

[...] proposições fundamentais induzidas e indutoras do Direito. São diretrizes centrais que se inferem de um sistema jurídico e que, após inferidas, a ele se reportam, informando-o. Por isso é que se pode dizer que consubstanciam comandos jurídicos instigadores do universo do Direito.²⁴²

Assim, os princípios conferem coerência ao ordenamento jurídico, estabelecendo as diretrizes a serem observadas no momento de construção das regras jurídicas (fase pré-jurídica ou política), atuando como fontes materiais do Direito.²⁴³

Nesse sentido, Manuel Alonso García conceitua os princípios como “[...] aquelas linhas diretrizes ou postulados que inspiram o sentido das normas trabalhistas e configuram a regulamentação das relações de trabalho, conforme critérios distintos dos que podem encontrar-se em outros ramos do direito”.²⁴⁴

Em momento posterior à elaboração da norma ou, na expressão de Maurício Godinho Delgado²⁴⁵, *na fase propriamente jurídica*, os princípios, que “[...] compõem o próprio Direito posto, desempenham funções diferenciadas e combinadas”.

A primeira destas funções reconhecidas na doutrina é a interpretativa, ou descritiva, que se concretiza no processo de interpretação da norma jurídica, ou seja, “[...] no processo de compreensão da regra [...]”, balizando-a à essência do conjunto do sistema jurídico,

²⁴⁰ BARROSO, Luis Roberto. *apud* BARROS, 2007, p. 172.

²⁴¹ RODRIGUEZ, Américo Plá. **Princípios de Direito do Trabalho**. 3. ed. São Paulo: LTr, 2000, p. 38.

²⁴² DELGADO, 2004, p. 14.

²⁴³ DELGADO, 2004, p. 16.

²⁴⁴ GARCÍA, Manuel Alonso. *apud* RODRIGUEZ, 2000, p. 34.

²⁴⁵ DELGADO, 2004, p. 17.

propiciando “[...] uma leitura reveladora das direções essenciais da ordem jurídica analisada”.²⁴⁶

A segunda função reconhecida pela doutrina tradicional se verifica nos casos em que seja necessária a integração jurídica, quando não houver fonte normativa principal da ordem jurídica regendo determinada situação jurídica. Nos casos de lacuna nas regras legais do Direito, a “[...] função normativa supletória ou normativa subsidiária [...]”²⁴⁷ é reconhecida, inclusive de forma expressa (artigo 8º da CLT; artigo 4º da Lei de Introdução ao Código Civil; artigo 126 do CPC).

Gabriela Neves Delgado destaca que no Estado Democrático se reconhece o “[...] caráter normativo dos princípios [...]”²⁴⁸, sua “[...] função normativa própria e não de simples enunciado programático”.²⁴⁹

Firmino Alves Lima destaca o entendimento de Flávia Piovesan, que tratando especificamente do princípio da dignidade humana, reconhece que os princípios, assim como os demais preceitos relacionados com direitos fundamentais, têm força normativa, ao sustentar que “[...] tal princípio realça a força normativa de todos os preceitos constitucionais referentes a direitos, liberdades e garantias fundamentais”.²⁵⁰

A função normativa concorrente dos princípios permite que sejam considerados como “[...] comandos abstratos, genéricos e impessoais, dotados de coercitividade e capazes de regular qualquer caso concreto”. Conforme constata Gabriela Neves Delgado, os “[...] princípios passaram, assim, a ser identificados como normas jurídicas nucleares de todo o sistema jurídico, vez que lhes foi assegurada condição efetiva para regular casos concretos (efeito vinculante próprio dos princípios)”.²⁵¹

Maurício Godinho Delgado explica que

[...] em face de sua função normativa própria (e não mais meramente supletiva), os princípios desempenhariam diversos papéis conexos, todos de grande importância: em síntese, a possibilidade de extensão ou restrição de certa norma jurídica até ao ápice de sua própria invalidação.²⁵²

²⁴⁶ DELGADO, 2004, p. 17.

²⁴⁷ DELGADO, 2004, p. 18.

²⁴⁸ A função informativa e a função normativa subsidiária eram “as duas funções que a doutrina tradicionalmente reconhecia aos princípios, até meados do século XX, ainda sob o império do positivismo jurídico”. DELGADO, 2004, p. 18.

²⁴⁹ DELGADO, Gabriela, 2006, p. 108.

²⁵⁰ PIOVESAN, Flávia. *apud* LIMA, 2006, p. 33.

²⁵¹ DELGADO, Gabriela, 2006, p. 108.

²⁵² DELGADO, 2004, p. 20.

O autor também esclarece que

[...] qualquer princípio geral do Direito – assim como os específicos a certo ramo jurídico especial – cumpre seu clássico papel interpretativo, podendo também, em casos de integração jurídica, cumprir seu tradicional papel normativo subsidiário. Qualquer deles ainda, respeitada sua força imanente (seu peso, como falam *Dworkin* e *Alexy*), cumpre o papel fundamentador mencionado pela moderna doutrina constitucionalista e filosófica do Direito, agindo como fonte normativa concorrente no processo de apreensão, interpretação e aplicação jurídicas.

4.3 Classificação dos princípios

Maurício Godinho Delgado²⁵³ sustenta que os princípios também podem ser classificados quanto à abrangência em gerais e especiais.

4.3.1 Princípios gerais do Direito

Paulo Emílio Ribeiro de Vilhena²⁵⁴ sustenta que princípio geral de direito é fonte de direito e explica que consideram-se princípios gerais do Direito “[...] as máximas, os postulados ou os preceitos mais gerais, desprendidos da experiência histórica jurídica ou concentrados nos sistemas evolutivos do direito natural e que contêm uma formulação genérica de conduta ético-jurídica”.

Alice Monteiro de Barros destaca a definição de princípios gerais do Direito dada por Flórez-Valdéz, citada por Celso Ribeiro Bastos:

Os princípios gerais do Direito são “as idéias fundamentais sobre a organização jurídica de uma comunidade, emanados da consciência social, que cumprem funções fundamentadoras, interpretativas e supletivas, a respeito de seu total ordenamento jurídico”. Celso Ribeiro Bastos enumera como princípios gerais do Direito os da justiça, da igualdade, da liberdade e da dignidade da pessoa humana, os quais são

²⁵³ DELGADO, 2004, p. 23.

²⁵⁴ VILHENA, Paulo Emílio Ribeiro de. Princípios de Direito. Princípio jurídico. Direito do Trabalho. In: **Curso de Direito do Trabalho**: estudos em memória de Célio Goyatá. Alice Monteiro de Barros (Coord.). 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo, LTr, 1997, p. 120.

vistos como valores (justiça, liberdade, bem-estar geral e paz interior), porque atuam como metanormas.²⁵⁵

Na definição de Maurício Godinho Delgado²⁵⁶, os princípios gerais do Direito são “[...] diretrizes gerais informadoras da noção, estrutura e dinâmica essenciais do Direito. Sua abrangência é ampla, tendendo a atingir todos os segmentos da árvore jurídica, independentemente das particularidades diferenciadoras de cada ramo”.

Alice Monteiro de Barros considera que os princípios gerais do Direito são “[...] normas fundamentais ou generalíssimas do sistema jurídico”.²⁵⁷

Na mesma linha, Ana Paula Tauceda Branco, partindo da concepção de princípio constitucional como “norma das normas”, defende a supremacia destes princípios em relação às demais normas jurídicas, conforme destacado:

A partir dessa premissa [...] solidificamos nossa convicção de que os Princípios Constitucionais – especialmente no caso da realidade brasileira em que se encontram positivados no texto da carta republicana – não só ocupam um lócus de inegável soberania dentro do Sistema Jurídico, como também são, de certa forma, hierarquizados entre si conforme o conteúdo ou mesmo a matéria por eles positivados, havendo, inclusive, uma predominância daqueles que tratam dos Direitos Fundamentais do Homem em relação àqueles que cuidam das demais normas gerais constitucionais.²⁵⁸

Maurício Godinho Delgado²⁵⁹ explica que, em virtude do constitucionalismo da segunda metade do século XX, passou a ser reconhecido o caráter normativo específico dos princípios, de forma que os “[...] princípios gerais de Direito tendem a ser, hoje, princípios de Direito Constitucional”.

Dentre tais princípios, plenamente aplicáveis no âmbito da relação de emprego, destacam-se o princípio da dignidade humana e outros a ele relacionados. Destes, Maurício Godinho Delgado²⁶⁰ enumera: princípio da não-discriminação, princípio da justiça social e princípio da equidade. Em outro plano, princípio da proporcionalidade e princípio da razoabilidade.

O autor também considera que há outros que “[...] não são necessariamente vinculados à Constituição, mas ao plano jurídico geral [...]”, por exemplo, “[...] o princípio da boa-fé e

²⁵⁵ BASTOS, Celso Ribeiro. *apud* BARROS, 2007, p. 169.

²⁵⁶ DELGADO, 2004, p. 23.

²⁵⁷ BARROS, 2007, p. 172.

²⁵⁸ BRANCO, 2007, p. 37.

²⁵⁹ DELGADO, 2004, p. 23.

²⁶⁰ DELGADO, 2004, p. 24.

seus corolários, princípios do não-enriquecimento sem causa, da vedação ao abuso de direito e da não alegação da própria torpeza [...]", que, apesar de não serem específicos do Direito do Trabalho, se aplicam às relações de emprego.

4.3.1.1 Princípios constitucionais do trabalho

A expressão “princípios constitucionais do trabalho”²⁶¹, adotada por Maurício Godinho Delgado²⁶², refere-se a um grupo de “[...] diretrizes afirmatórias do trabalho humano na ordem jurídico-cultural brasileira”, que se subdivide em quatro princípios: “o da valorização do trabalho, em especial do emprego; o da justiça social; o da submissão da propriedade à sua função socioambiental; o princípio da dignidade da pessoa humana”.

O autor destaca que os “[...] princípios e regras de proteção à pessoa humana e ao trabalho constituem parte estrutural da Constituição da República brasileira [...]”. Sustenta que, sabiamente,

[...] a Carta magna percebeu que a valorização do trabalho é um dos mais relevantes veículos de valorização do próprio ser humano, uma vez que a larga maioria dos indivíduos mantém-se e se afirma, na desigual sociedade capitalista, essencialmente, por meio de sua atividade laborativa.²⁶³

A observação do autor é pertinente, sendo confirmada pelo conteúdo do Preâmbulo e do artigo 1º da Constituição da República, que, dentre outros dispositivos, evidenciam que o valor maior do ordenamento jurídico está centrado na dignidade humana e na valorização do trabalho.

O artigo 1º da Constituição de 1988 estabelece que a República Federativa do Brasil constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: a soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e o pluralismo político.

²⁶¹ Não obstante adotar expressão que parece limitar os efeitos de tais proposições aos ramo juslaboral, o autor reconhece que os princípios “da justiça social, submissão da propriedade à sua função socioambiental e dignidade da pessoa humana não concentram efeitos exclusivamente ou essencialmente apenas no plano trabalhista, uma vez que espraiam repercussões para múltiplas searas jurídicas, econômicas, sociais e culturais”. DELGADO, 2004, p. 33.

²⁶² DELGADO, 2004, p. 32-33.

²⁶³ DELGADO, 2004, p. 32.

Tais fundamentos apresentam-se, portanto, como princípios constitucionais.

Conforme já discutido, os princípios funcionam como diretrizes, que conferem a noção de sistema e coerência ao ordenamento jurídico, inclusive em momento posterior à elaboração de uma regra jurídica.

Maurício Godinho Delgado²⁶⁴ corrobora tal entendimento, considerando que os princípios constitucionais do trabalho fazem parte do próprio “[...] núcleo filosófico, cultural e normativo da Constituição [...]”.

Mesmo entre os princípios há inter-relação, de forma que devem ser interpretados de forma harmônica.

Alice Monteiro de Barros²⁶⁵ destaca que o **princípio da dignidade humana** norteia o ordenamento jurídico brasileiro como um todo.

Maurício Godinho Delgado²⁶⁶ também reconhece, citando Flórez-Váldez, que a dignidade humana se tornou o “[...] epicentro de todo o ordenamento jurídico [...]”.

Assim, não se questionam sua relevância e aplicação também no campo do Direito do Trabalho, havendo, todavia, divergência²⁶⁷ quanto à sua classificação como princípio geral, princípio do Direito do Trabalho ou proposição com natureza de valor universal.

Ana Paula Taceda Branco destaca o posicionamento de Ingo Wolfgang Sarlet, que considera que se trata de “princípio jurídico-constitucional fundamental”

[...] pois, na verdade, não obstante nosso Ordenamento Jurídico Constitucional não tenha incluído a dignidade da pessoa humana no rol do Direitos e Garantias Fundamentais, elevou-se este valor ao status normativo de princípio constitucional devidamente insculpido no inciso III do art. 1º, garantindo-lhe, desta forma, um grau de normatividade e um nível de proteção que justifica e exige sua promoção.

Firmino Alves Lima sustenta:

O referido princípio assume tal condição de princípio fundamental por estar muito próximo a uma idéia natural de justiça humana consagrada nas declarações e pactos internacionais de direitos humanos. Reflete, também, elevado grau de abstração, pois não se trata de norma essencialmente determinada, mas aberta, vindo a concentrar e fundamentar todos os direitos fundamentais, tanto em uma função diretiva como uma função fecundante.²⁶⁸

²⁶⁴ DELGADO, 2004, p. 33.

²⁶⁵ BARROS, 2007, p. 186.

²⁶⁶ FLÓREZ-VÁLDEZ, Joaquim Arce y. *apud* DELGADO, 2004, p. 40.

²⁶⁷ BARROS, 2007, p. 186.

²⁶⁸ LIMA, 2006, p. 34.

O autor explica que o princípio da dignidade humana cumpre três funções, dentre as quais identifica uma função de caráter político-organizacional do Estado, “[...] pois impõe uma conduta positiva inversa à da clássica abstenção liberal, para tornar eficaz a dignidade do indivíduo”. Também identifica a função que implica a proibição de condutas atentatórias à essência da pessoa humana e, por fim, a função de orientação da interpretação e da integração do ordenamento jurídico.²⁶⁹

Buscando compreender a essência e a extensão da noção de dignidade humana, Alice Monteiro de Barros a conceitua como um “[...] conjunto de atributos identificador da pessoa humana, que a distingue de outros seres vivos [...]”. Ressaltando sua relação com os direitos fundamentais e o contexto em que se delineou, prossegue explicando:

Após a 2ª Guerra Mundial, ela adquire reconhecimento constitucional, e abre, no Brasil, o título dos princípios fundamentais [...]. Ela é uma projeção existencial que poderá se verificar em diversos âmbitos da liberdade efetiva de cada um e só se salva quando se respeitar essa liberdade.

O caráter genérico da dignidade torna fecunda as manifestações do direito à igualdade, à proteção da identidade, à integridade física e moral, à liberdade, à segurança e à auto-determinação política. A esses direitos, que constituem, segundo alguns autores, o conteúdo da dignidade humana, se inclui a garantia de um mínimo vital de subsistência, imprescindível no Estado Democrático de Direito.²⁷⁰

Maurício Godinho Delgado²⁷¹ destaca que foi pioneira e de grande impacto cultural a referência à dignidade humana como “[...] base da liberdade, da justiça e da paz [...]”, feita na *Declaração Universal de Direitos do Homem*, de 10.12.1948, e que, a partir de então, tomando como marco a Segunda Guerra Mundial, o princípio “[...] passaria a compor o núcleo basilar de grande parte das constituições democráticas constituídas [...]”.

Alice Monteiro de Barros²⁷² sustenta que a dignidade humana (bem como o direito à intimidade, que é uma de suas variáveis) “[...] ocupa posição de destaque no exercício dos direitos e deveres que se exteriorizam nas relações de trabalho”.

Reconhecendo essa ampla conexão do princípio da dignidade humana com os direitos do empregado no âmbito da relação de emprego, Alfredo J. Ruprecht afirma que tal princípio pode ser considerado como efetivamente princípio do Direito do Trabalho, que “[...] baseia-se

²⁶⁹ LIMA, 2006, p. 35.

²⁷⁰ BARROS, 2007, p. 187.

²⁷¹ DELGADO, 2004, p. 41.

²⁷² BARROS, 2007, p. 187.

na humanização do trabalho ao considerar o trabalhador como ser humano e não como mercadoria ou elemento da produção”.²⁷³

O **princípio do valor social do trabalho** traduz a idéia de valorização do trabalho da pessoa, no sentido de assegurar condições dignas de realização do trabalho e que este seja capaz de possibilitar a subsistência digna do trabalhador enquanto indivíduo.

Ressaltando a importância da valorização do trabalho na sociedade como meio de “[...] afirmação do ser humano, quer no plano de sua própria individualidade, quer no plano de sua inserção familiar e social [...]”, Maurício Godinho Delgado²⁷⁴ considera que

[...] detectou a Constituição que o trabalho, em especial o regulado, assecuratório de certo patamar de garantias ao obreiro, é o mais importante veículo (senão o único) de afirmação comunitária da maioria dos seres humanos que compõem a atual sociedade capitalista, sendo, desse modo, um dos mais relevantes (senão o maior deles) instrumentos de afirmação da Democracia na vida social.

Assim, pode ser considerado como uma das facetas do princípio da dignidade humana, sendo também um *valor fundamental*, um dos pilares que norteia o ordenamento jurídico.

O valor social do trabalho foi instituído, por exemplo, como base da Ordem Social, conforme se verifica no artigo 193 da Constituição brasileira vigente.

Nesse sentido, conforme destaca Ana Paula Taceda Branco, o valor social do trabalho abarca

[...] tanto a dimensão do direito a manter a vida humana por meio da sobrevivência oportunizada por esse mesmo trabalho, como também a dimensão de dever, uma vez que a sociedade necessita da contribuição de todos para o seu adequado funcionamento e para a harmonização social, é inevitável que tal princípio seja disseminado como eixo condutor de atos e de contratos pactuados tanto entre particulares quanto pelo Poder Público e, ainda, na interação das instâncias.²⁷⁵

O valor fundamental da dignidade humana e, especificamente, o valor social do trabalho também norteiam a interpretação dos demais princípios constitucionais, como é o caso do princípio da livre iniciativa. Isso se evidencia pelo fato de também estar o princípio do valor social do trabalho expresso no artigo 170 da Constituição de 1988, relativo à Ordem

²⁷³ RUPRECHT, Alfredo J. *apud* LIMA, 2006, p. 38.

²⁷⁴ DELGADO, 2004, p. 32-33.

²⁷⁵ BRANCO, 2007, p. 62.

Econômica e Financeira. Daí porque se pode considerar que o princípio da busca pelo pleno emprego é um desdobramento do princípio do valor social do trabalho.²⁷⁶

Assim, à luz dessa interpretação sistêmica, que tem como eixo a dignidade humana e o valor social do trabalho, cujo fundamento se aproxima do direito fundamental à igualdade (*caput* do artigo 5º da Constituição de 1988), é possível harmonizar tais princípios com o da **livre iniciativa**, que, segundo Ana Paula Taceda Branco²⁷⁷, “[...] apresenta-se como corolário natural do direito fundamental à liberdade (incisos II, XIII e XVII do art.5º)”.

A perspectiva de que o princípio da dignidade humana é detentor de um “[...] caráter normativo e vinculante [...]”²⁷⁸ torna viável que “[...] no Estado Democrático de Direito nacional, ideais liberais e sociais convivam calcados, mutuamente, na necessidade de equilíbrio e de viabilização do próprio sistema [...]”.²⁷⁹

Neste sentido, José Afonso da Silva pondera:

A Constituição declara que a ordem econômica é fundada na valorização do trabalho humano e na iniciativa privada. Que significa isso? Em primeiro lugar quer dizer precisamente que a Constituição consagra uma economia de mercado, de natureza capitalista, pois a iniciativa privada é um princípio básico da ordem capitalista. Em segundo lugar significa que, embora capitalista, a ordem econômica dá prioridade aos valores do trabalho humano sobre todos os demais valores da economia de mercado. Conquanto se trate de declaração de princípio, essa prioridade tem o sentido de orientar a intervenção do Estado, na economia, a fim de fazer valer os valores sociais do trabalho que, ao lado da iniciativa privada, constituem o fundamento não só da ordem econômica, mas da própria República Federativa do Brasil (art. 1º, IV).²⁸⁰

O **princípio da justiça social**, segundo Maurício Godinho Delgado²⁸¹, “[...] dispõe que, independentemente das aptidões, talentos e virtudes individualizadas, cabe às pessoas humanas acesso a utilidades essenciais existentes na comunidade”.

A leitura feita pelo autor indica que a idéia de justiça social funciona como um contraponto ao interesse individual que norteia o funcionamento do mercado na sociedade capitalista, pois considera que referido princípio é “[...] fórmula sintetizadora das diversas

²⁷⁶ BRANCO, 2007, p. 63.

²⁷⁷ BRANCO, 2007, p. 72.

²⁷⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. *apud* BRANCO, 2007, p. 73.

²⁷⁹ SILVA, José Afonso da. *apud* BRANCO, 2007, p. 73.

²⁸⁰ SILVA, José Afonso da. *apud* BRANCO, 2007, p. 73.

²⁸¹ DELGADO, 2004, p. 38.

concepções que se opõem à regência exclusiva do mercado econômico na realização individual, material e social das pessoas”.²⁸²

A noção trazida pelo referido princípio está presente no artigo 1º da Constituição da República, que o reconhece como um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito. Também consta no artigo 3º (incisos I e III), que define como objetivos fundamentais da República “construir uma sociedade justa e solidária” e “erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais” e no artigo 5º (inciso XXIII), que determina que o direito de propriedade se submete à função social.

A relação entre **propriedade e função social**, valores associados a pretensões individual e social, respectivamente, pode ser considerada outro exemplo de harmonização entre idéias aparentemente inconciliáveis.

O princípio da função social (e ambiental²⁸³) da propriedade consiste na idéia de que

[...] na mesma medida em que é garantido o direito de propriedade ao indivíduo ou organização (inciso XXII do art. 5º), também se exige que ele cumpra com sua função social (inciso XIII do art. 5º), ou seja, que referida propriedade privada seja um instrumento em prol do bem comum na visão mais holística possível [...].²⁸⁴

A noção de que o direito de propriedade é apenas um instrumento que deve se submeter ao valor fundamental da dignidade humana e, especificamente, ao interesse social também está presente na concepção de Fabiane Lopes Bueno Netto Bessa, que considera que a propriedade, como direito fundamental, “[...] ‘se presta especialmente a atender às necessidades daqueles que ainda não tiveram concretizados esse direito’, motivo pelo qual deve ser compreendido como um ‘direito-meio’[...]”.²⁸⁵

A mesma idéia é exposta por alguns doutrinadores como fundamento de existência do chamado “princípio da função social da empresa”. Nesta linha, Ana Paula Taceda Branco sustenta:

Não há dúvidas, pois, de que, sendo a empresa [...] “a atividade economicamente organizada para a produção ou a circulação de bens e serviços” (Belmonte, 2004, p. 509), o empresário, seu sujeito de direito, ao exercer a atividade econômica (direito), deve fazê-lo de modo a estabelecer (dever) uma conexão, estreita e inseparável, entre a produção ou circulação de bens e serviços e a função social, de forma a viabilizar uma convivência harmônica e razoável entre os mais distintos interesses envolvidos (proprietário, trabalhador, consumidor, empresas concorrentes, sociedade

²⁸² DELGADO, 2004, p. 38.

²⁸³ Conforme acrescenta DELGADO, 2004, p. 38.

²⁸⁴ BRANCO, 2007, p. 77.

²⁸⁵ BESSA, Fabiane Lopes Bueno Netto. *apud* BRANCO, 2007, p. 77.

civil, Estado, etc.) e de maneira a – em especial na esfera do Direito do Trabalho – gerar a circulação de riquezas e a proteção da relação de emprego, em respeito ao Princípio Constitucional Fundamental da Dignidade da Pessoa Humana.²⁸⁶

Diante de tais considerações, é inegável que o trabalho “[...] traduz-se em princípio, fundamento, valor e direito social [...]”, como ressalta Maurício Godinho Delgado²⁸⁷, que também ressalta que a “[...] centralidade do trabalho na vida pessoal e comunitária da ampla maioria das pessoas humanas é percebida pela Carta Magna, que [...] erigiu-a como um dos pilares de estruturação da ordem econômica, social e, por consequência, cultural do país”.

4.3.1.2 Outros princípios constitucionais influentes no Direito do Trabalho

Maurício Godinho Delgado explica que este grupo engloba princípios que não se desenvolveram a partir de matérias relacionadas ao Direito Trabalho, mas que “[...] por diferentes razões passaram a ter influência no campo trabalhista.” De fato, o Direito do Trabalho, assim como qualquer ramo do Direito, deve acompanhar as evoluções que se verificam na sociedade, considerado seu âmbito de aplicação. Contudo, nem sempre a regulação expressa é capaz e acompanhar as novas situações que surgem no plano social, de forma que os princípios se apresentam como fontes normativas relevantes.

O primeiro destes princípios é o da **proporcionalidade**.

Maurício Godinho Delgado cita a definição de Paulo Bonavides, construída a partir da teorização de Pierre Muller

[...] ‘o princípio se caracteriza pelo fato de presumir a existência de relação adequada entre um ou vários fins determinados e os meios com que são levados a cabo’. [...] Nesse quadro, verifica-se ‘...violação do princípio da proporcionalidade, com ocorrência do arbítrio, toda vez que os meios destinados a realizar um fim não são por si mesmo apropriados e ou quando a desproporção entre meios e fim é particularmente evidente, ou seja, manifesta’.²⁸⁸

²⁸⁶ BRANCO, 2007, p. 80.

²⁸⁷ DELGADO, 2004, p. 34.

²⁸⁸ BONAVIVES, Paulo. *apud* DELGADO, 2004, p. 44.

Trata-se do que Alexy definiu como “mandado de ponderação”²⁸⁹, ou seja, princípio que “[...] envolve ‘...uma obrigação e uma interdição; obrigação de fazer uso de meios adequados e interdição quanto ao uso de meios desproporcionais’”.²⁹⁰

Conforme será tratado mais detalhadamente no capítulo 5, em que será abordada a colisão de princípios, o princípio da proporcionalidade é instrumento de extrema importância para alcançar a justiça em casos concretos, atuando não apenas no âmbito judicial como também “[...] em qualquer relação de poder, como diretriz fixadora de limitações ao exercício desse poder e suas prerrogativas”.²⁹¹

Maurício Godinho Delgado²⁹² considera que o princípio da proporcionalidade é aplicado conjuntamente com o princípio da razoabilidade, pois ambos “[...] tratam de dimensões convergentes das condutas humanas e sociais e do processo de análise e valoração de tais condutas”.

O **princípio da razoabilidade** é abstrato. Refere-se ao pressuposto de que o homem deve agir razoavelmente, com bom senso, e não arbitrariamente. Tal princípio “[...] impõe limites a situações que a lei não consegue prevê-los de forma muito rígida, dadas as inúmeras circunstâncias que podem surgir no caso objeto da apreciação”.²⁹³

Dispõe “[...] o princípio da razoabilidade que as condutas humanas devem ser avaliadas segundo um critério associativo de verossimilhança, sensatez e ponderação”.²⁹⁴

A respeito do **princípio da não-discriminação**, Maurício Godinho Delgado²⁹⁵ explica que discriminação

[...] é a conduta pela qual nega-se a alguém, em função de fator injustamente desqualificante, tratamento compatível com o padrão jurídico assentado para a situação concreta vivenciada. O referido princípio nega validade a essa conduta discriminatória.

O autor explica que tal princípio não traduz idéia idêntica à do princípio da isonomia, sendo este mais amplo, ultrapassando a “[...] mera não-discriminação, buscando igualizar o tratamento jurídico a pessoas ou situações que tenham relevante ponto de contato entre si”.²⁹⁶

²⁸⁹ ALEXY, Robert. *apud* DELGADO, 2004, p. 45.

²⁹⁰ BONAVIVES, Paulo. *apud* DELGADO, 2004, p. 45.

²⁹¹ DELGADO, 2004, p. 46.

²⁹² DELGADO, 2004, p. 189.

²⁹³ BARROS, 2007, p. 186.

²⁹⁴ DELGADO, 2004, p. 188.

²⁹⁵ DELGADO, 2004, p. 46-47.

²⁹⁶ DELGADO, 2004, p. 47.

Na Constituição brasileira de 1988 existem preceitos que consagram este princípio, tais como os contidos em alguns incisos dos artigos 5º e 7º, bem como no artigo 3º, que, no inciso IV, fixa como objetivo fundamental da República Federativa do Brasil “promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, cor, sexo, idade e quaisquer outras formas de discriminação”.

Por essa razão, pode-se considerar que o Brasil segue o caminho das modernas democracias ocidentais, visto que, conforme observa Maurício Godinho Delgado²⁹⁷, “[...] a sociedade democrática distingue-se por ser uma sociedade suscetível a processos de inclusão social, em contraponto às antigas sociedades, que se caracterizavam por serem reinos fortemente impermeáveis, marcados pela exclusão social e individual”.

O **princípio da inviolabilidade do direito à vida** “[...] informa não poder a vida da pessoa humana ser ofendida ou ultrajada [...]”²⁹⁸, sendo uma das facetas do princípio da dignidade humana. Engloba a inviolabilidade tanto física quanto moral da pessoa (estendendo-se a proteção à intimidade e à vida privada, inclusive no que se refere ao sigilo de comunicações), conforme expressamente previsto na Constituição, artigo 5º (*caput*, III, V, IX e XII).

Maurício Godinho Delgado explica que no âmbito da relação de emprego a garantia à privacidade e à intimidade do indivíduo “[...] tem produzido tensões relativamente comuns, concernentes a situações fáticas submetidas à atuação do poder diretivo e fiscalizatório empresarial”. O autor considera que isso “[...] não implica a invalidação de qualquer das duas esferas (a obreira e a empresarial), conduzindo, preferentemente, à razoável, proporcional e justa adequação entre elas.”²⁹⁹

4.3.1.3 Princípios constitucionais do Direito do Trabalho (no plano do Direito Individual do Trabalho)

A expressão *princípios constitucionais do Direito do Trabalho* é adotada por Maurício Godinho Delgado³⁰⁰ para designar um grupo de princípios que são específicos do Direito do Trabalho e que foram incorporados na Constituição da República de 1988. Dentre tais

²⁹⁷ DELGADO, 2004, p. 49.

²⁹⁸ DELGADO, 2004, p. 51.

²⁹⁹ DELGADO, 2004, p. 54.

³⁰⁰ DELGADO, 2004, p. 55.

princípios, destacam-se, no plano do Direito Individual do Trabalho, o da norma mais favorável, o da continuidade da relação de emprego e o da irredutibilidade salarial.

O **princípio da norma mais favorável** é, na verdade, regra que decorre do princípio de proteção, a qual determina que, no caso de haver mais de uma norma aplicável, deve-se optar por aquela que seja mais favorável, ainda que não seja a que corresponda aos critérios clássicos de hierarquia das normas. Assim, diante da existência de várias normas aplicáveis a uma única relação – especificidade do Direito do Trabalho quanto ao critério de hierarquia –, não se aplicará a norma correspondente segundo uma ordem hierárquica predeterminada, mas se aplicará, em cada caso, a norma mais favorável ao empregado.³⁰¹

Amauri Mascaro Nascimento explica:

Ao contrário do direito comum, em nosso direito, entre várias normas sobre a mesma matéria, a pirâmide que entre elas se constitui terá no vértice não a Constituição Federal, ou a lei federal, ou as convenções coletivas, ou o regulamento de empresa, de modo invariável e fixo. O vértice da pirâmide da hierarquia das normas trabalhistas será ocupado pela norma mais favorável ao trabalhador dentre as diferentes normas em vigor.³⁰²

A regra se justifica, pois é característico do Direito do Trabalho que suas normas fixam níveis mínimos de proteção. Assim, nada impede que surjam outras normas que melhorem estes níveis.

Igualmente relevante é o **princípio da continuidade da relação de emprego**, que se aproxima da função teleológica do Direito do Trabalho, visto que os contratos com duração prolongada no tempo tendem a permitir que o empregado alcance maior conjunto de direitos e vantagens em virtude do contrato. Nesse sentido, Américo Plá Rodriguez ressalta:

Tudo o que vise à conservação da fonte de trabalho, a dar segurança ao trabalhador, constitui não apenas um benefício para ele, enquanto lhe transmite uma sensação de tranqüilidade, mas também redundará em benefício da própria empresa e, através dela, na sociedade, na medida em que contribui para aumentar o lucro e melhorar o clima social das relações entre as partes. Por isso diz *Krotoschin* que esta proteção não somente constitui ‘uma medida de segurança econômica, mas também garante a incorporação do trabalhador na empresa como meio de integração para os fins específicos do direito social’.³⁰³

³⁰¹ RODRIGUEZ, 2000, p. 123.

³⁰² NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *apud* RODRIGUEZ, 2000, p. 124.

³⁰³ RODRIGUEZ, 2000, p. 240.

Diante disso é que o ordenamento jurídico estabelece limitações às contratações por prazo determinado (art. 443, CLT, Lei n. 6019/74, etc), prevê institutos relativos à manutenção do contrato de trabalho em situações específicas (por exemplo, garantia de emprego, interrupção e suspensão do contrato de trabalho) e assegura ao empregado o direito a um conjunto de verbas rescisórias mais amplo em caso de dispensa imotivada (por mero ato de vontade do empregador).

Maurício Godinho Delgado também destaca o **princípio da intangibilidade salarial**, a partir do qual são asseguradas garantias quanto ao salário, parcela com caráter alimentar, que *deveria* atender às necessidades essenciais do ser humano. Este princípio está vinculado ao princípio jurídico geral previsto na Constituição: princípio da dignidade humana, e projeta-se em distintas direções: garantias contra mudanças contratuais e normativas que provoquem a redução do salário (princípio previsto no artigo 7º, VI, da CR/88, da **irreduzibilidade salarial**, dimensão específica do princípio da intangibilidade salarial); garantia de integridade salarial (controle dos descontos que podem ser efetuados validamente no salário); garantias para proteção em face de credores do empregado e do empregador.

4.3.2 Princípios especiais do Direito Individual do Trabalho

Alice Monteiro de Barros³⁰⁴ define os princípios peculiares do Direito do Trabalho³⁰⁵ como “[...] normas que inspiram o ordenamento jurídico-trabalhista, de acordo com critérios distintos não encontrados em outros ramos do Direito”.

Maurício Godinho Delgado³⁰⁶ explica que princípios especiais de determinado ramo do Direito são “[...] diretrizes gerais informadoras da noção, estrutura e dinâmica essenciais de certo ramo jurídico [...]”, que, dentre outros, são elementos “[...] imprescindíveis à autonomia de qualquer ramo jurídico já que tais princípios demarcam as linhas mestras particularizantes de tal ramo perante os demais que compõem o universo do Direito”.

³⁰⁴ BARROS, 2007, p. 176.

³⁰⁵ A abordagem feita neste estudo se refere especificamente aos princípios considerados como *núcleo basilar* dos princípios do Direito Individual do Trabalho.

³⁰⁶ DELGADO, 2004, p. 25-26.

4.3.2.1 Princípio de proteção

O **princípio de proteção**, segundo Américo Plá Rodriguez, “[...] se refere ao critério fundamental que orienta o Direito do Trabalho, pois este, ao invés de inspirar-se num propósito de igualdade, responde ao objetivo de estabelecer um amparo preferencial a uma das partes: o trabalhador”.³⁰⁷ Não constitui método especial de interpretação, mas um princípio geral que inspira todas as normas do Direito do Trabalho e que deve ser levado em conta na sua aplicação.

Luiz de Pinho Pedreira da Silva destaca a noção de contrato de trabalho como contrato de adesão e destaca que

[...] o motivo da proteção é a inferioridade do contratante amparado em face do outro, cuja superioridade lhe permite [...] impor unilateralmente as cláusulas do contrato, que o primeiro não tem a possibilidade de discutir, cabendo-lhe aceitá-las ou recusá-las em bloco.³⁰⁸

Assim, o princípio de proteção pode ser definido como “[...] princípio em virtude do qual o Direito do Trabalho, reconhecendo a desigualdade de fato entre os sujeitos da relação jurídica de trabalho, promove a atenuação da inferioridade econômica, hierárquica e intelectual dos trabalhadores”.³⁰⁹

Verifica-se, portanto, que o fundamento é o propósito do Direito do Trabalho de nivelar desigualdades, sendo tal princípio o instrumento pelo qual se efetiva a noção de Couture, que considera que “[...] o procedimento lógico de corrigir as desigualdades é o de criar outras desigualdades [...]”.³¹⁰

No mesmo sentido, Radbruch explica que

[...] a idéia central em que o direito social se inspira não é a da igualdade entre as pessoas, mas a do nivelamento das desigualdades que entre elas existem. A igualdade deixa assim de constituir ponto de partida do direito para converter-se em meta ou aspiração da ordem jurídica.³¹¹

³⁰⁷ RODRIGUEZ, 2000, p. 83.

³⁰⁸ SILVA, Luiz de Pinho Pedreira da. **Principiologia do Direito do Trabalho**. 2. ed. São Paulo: LTr, 1999, p. 22.

³⁰⁹ SILVA, 1999, p. 28.

³¹⁰ COUTURE *apud* RODRIGUEZ, 2000, p. 85.

³¹¹ RADBRUCH *apud* RODRIGUEZ, 2000, p. 86.

Do princípio de proteção decorrem outros princípios ou idéias. A primeira tem como justificativa a situação de fragilidade do trabalhador em relação ao empregador, é a regra *in dubio, pro operário*. Trata-se de critério que o juiz ou o intérprete deve utilizar para escolher, entre vários sentidos possíveis de uma norma, aquele que seja mais favorável ao empregado.³¹² Esta regra somente deve ser aplicada quando existir dúvida sobre o alcance da norma legal e desde que não esteja em desacordo com a vontade do legislador (a *ratio legis*, o espírito da lei deve preferir à interpretação literal da norma).

A segunda é a da norma mais favorável, que já foi tratada no item anterior.

A terceira é a da condição mais benéfica, critério pelo qual a aplicação de uma norma trabalhista nunca deve servir para diminuir as condições mais favoráveis em que se encontrava um trabalhador. Assim, há garantia de preservação da cláusula contratual mais vantajosa ao trabalhador, que adquire condição de direito adquirido (art. 5º, XXXVI, da CF/88). Trata-se, portanto, do contraponto entre cláusulas contratuais (tácitas ou expressas, oriundas do próprio pacto ou do regulamento de empresa), de forma que as cláusulas contratuais benéficas somente poderão ser suprimidas caso suplantadas por cláusula posterior ainda mais favorável, mantendo-se intocadas em face de qualquer subsequente alteração menos vantajosa do contrato ou regulamento de empresa.

Essa garantia *ad personam* (considerando-se o empregado ou o contrato de trabalho, individualmente) tem limitações, não se aplicando a vantagens concedidas com caráter de provisoriedade nem a empregado admitido após a revogação de vantagem prevista no regulamento da empresa. Tampouco assegura incorporação ao contrato individual de vantagens inseridas em instrumentos normativos.

Este princípio também engloba a manifestação do que alguns doutrinadores consideram ser outro princípio característico do Direito do Trabalho: o da inalterabilidade contratual lesiva (arts. 444 e 468 da CLT).

O princípio da inalterabilidade contratual lesiva tem origem no Direito Civil (*pacta sunt servanda* – idéia de preservação das condições, das cláusulas contratuais). É adequado ao Direito do Trabalho, pois as alterações contratuais favoráveis ao empregado tendem a ser permitidas; as desfavoráveis, tendem a ser vedadas.

³¹² RODRIGUEZ, 2000, p. 107.

4.3.2.2 Princípio da irrenunciabilidade ou da indisponibilidade de direitos

Este princípio é também específico do Direito do Trabalho.

Américo Plá Rodriguez³¹³ define a noção de irrenunciabilidade como “[...] impossibilidade jurídica de privar-se voluntariamente de uma ou mais vantagens concedidas pelo direito trabalhista [...]”. A renúncia é “[...] ato voluntário pelo qual uma pessoa se desliga de um direito reconhecido a seu favor e o abandona”.

O autor explica que

[...] não seria coerente que o ordenamento jurídico realizasse de maneira imperativa, pela disciplina legislativa e coletiva, a tutela do trabalhador, contratante necessitado e economicamente débil, e que depois deixasse seus direitos em seu próprio poder ou ao alcance de seus credores.³¹⁴

Este princípio guarda relação com o princípio da imperatividade das normas. Américo Plá Rodriguez destaca o entendimento de Mario de La Cueva, que explica:

Sem este caráter imperativo [...] não seria o Direito do Trabalho um mínimo de garantias, nem preencheria sua função; pois se a idéia de garantia, seja individual ou social, faz referência àquelas normas cuja observância se considera essencial para a realização da justiça, deixá-las subordinadas à vontade de trabalhadores e patrões equivale a destruir seu conceito, como princípio de cuja observância é o Estado o encarregado.³¹⁵

O princípio da irrenunciabilidade de direitos também se relaciona com a noção de ordem pública. Segundo Clóvis Beviláqua, “[...] leis de ordem pública são aquelas que, em um Estado, estabelece os princípios, cuja manutenção se considera indispensável à organização da vida social, segundo os preceitos do direito”.³¹⁶ Evaristo de Moraes Filho sustenta que “[...] Ordem pública significa o que não pode ser derogado, renunciado, por simples manifestação de vontade dos particulares. É o que o Estado julga imprescindível e essencial para a sobrevivência da própria sociedade, o bem comum, o interesse geral”.³¹⁷

³¹³ RODRIGUEZ, 2000, p. 141.

³¹⁴ RODRIGUEZ, 2000, p. 145.

³¹⁵ CUEVA, Mario de la. *apud* RODRIGUEZ, 2000, p. 149.

³¹⁶ BEVILÁQUA, Clóvis. *apud* RODRIGUEZ, 2000, p. 152.

³¹⁷ MORAES FILHO, Evaristo de. *apud* RODRIGUEZ, 2000, p. 152.

Por fim, referido princípio está ligado à noção de limitação à autonomia da vontade das partes, sendo destacado por Américo Plá Rodriguez o entendimento de Krotoschin, no sentido de que

[...] as normas de Direito do Trabalho são de preferência de ordem pública, por transcender tais normas o interesse puramente individual e serem inseparáveis do interesse social [...] esse caráter impositivo importa estabelecer o primado da vontade coletiva sobre a vontade individual.³¹⁸

4.3.2.3 Princípio da primazia da realidade sobre a forma

Américo Plá Rodriguez explica que o princípio da primazia da realidade significa que, “[...] em caso de discordância entre o que ocorre na prática e o que emerge de documentos ou acordos, deve-se dar preferência [...]”³¹⁹ ao que ocorre no plano fático (previsão no art. 9º, da CLT).

A respeito de tal princípio, Arnaldo Süssekind explica:

A regra que prevalece no Direito do Trabalho é a da nulidade absoluta do ato anormal praticado com o intuito de evitar a aplicação das normas jurídicas de proteção ao trabalho. Sempre que possível, desde que da lei não resulte solução diversa, a relação de emprego deve prosseguir como se o referido ato não tivesse sido praticado; em caso contrário, deve ser reparado, nos limites da lei trabalhista, o dano oriundo do ato malicioso. Ocorrendo simulação atinente à relação de trabalho, ou a uma de suas condições, as normas jurídicas correspondentes deverão ser aplicadas em face da verdadeira natureza da relação ajustada ou da condição realmente estipulada.³²⁰

4.3.3 Princípios externos aplicáveis ao Direito do Trabalho

Maurício Godinho Delgado sustenta que, além dos princípios constitucionais e específicos já mencionados, outros princípios gerais do Direito ou específicos de outros ramos jurídicos se aplicam ao Direito do Trabalho, tais como o princípio da equidade, o da boa-fé, o

³¹⁸ KROTOSCHIN, Ernesto. *apud* RODRIGUEZ, 2000, p. 157.

³¹⁹ RODRIGUEZ, 2000, p. 339.

³²⁰ SÜSSEKIND, Arnaldo. *apud* RODRIGUEZ, 2000, p. 349.

do não-enriquecimento sem causa, o da vedação ao abuso de direito e o da não alegação da própria torpeza.

O princípio da equidade traduz a

[...] idéia de suavização do rigor da norma abstrata, tendo em vista as circunstâncias específicas do caso concreto posto a exame judicial. É que a lei, como se sabe, regula situações-tipo, construindo dispositivos baseados nos elementos mais genéricos dessas situações.³²¹

Portanto, a equidade pode ser considerada um instrumento que auxilia o aplicador do Direito, na medida em que permite adequar o comando abstrato, tornando concreto à determinada situação específica. Essa possibilidade de adequação da norma à situação particular vivenciada pelo indivíduo evidencia que nesse “[...] processo de incidência do comando geral, abstrato, impessoal e obrigatório do Direito [...]”, a “individualidade” da pessoa é reconhecida como relevante. Tal aspecto aproxima o princípio da equidade do princípio da dignidade humana, como reconhece Maurício Godinho Delgado.³²²

Alice Monteiro de Barros considera que o **princípio da boa-fé**

[...] possui uma dimensão objetiva, que incide no direito obrigacional como regra de conduta segundo a qual as partes deverão comportar-se com lealdade recíproca nas relações contratuais. Em sua dimensão subjetiva, a boa-fé assenta-se na crença que induz uma parte a agir equivocadamente, mas na absoluta convicção de que não está lesando interesses alheios juridicamente protegidos.³²³

A autora explica que “[...] o fundamento da boa-fé consiste em opor valores éticos com o objetivo de evitar os perigos de uma interpretação excessivamente positivista do ordenamento jurídico [...]”, exercendo, assim, “[...] função flexibilizadora dos institutos jurídicos”.³²⁴ Também ressalta sua aplicação ao contrato de trabalho, ao considerar que o “[...] empregador, [...] ao exercer o poder diretivo e disciplinar, deverá agir dentro dos limites traçados pela lei e pelas normas coletivas, como também ajustar-se às exigências da boa-fé, que impõem o exercício normal desse direito”.³²⁵

Do princípio da boa-fé decorrem o princípio do não-enriquecimento sem causa, o da vedação ao abuso de direito e o da não alegação da própria torpeza.

³²¹ DELGADO, 2004, p. 183.

³²² DELGADO, 2004, p. 185.

³²³ BARROS, 2007, p. 184.

³²⁴ BARROS, 2007, p. 184.

³²⁵ BARROS, 2007, p. 185.

O **princípio do não-enriquecimento sem causa**, conforme ressalta Maurício Godinho Delgado³²⁶, consiste em “[...] dar a cada um o que é seu [...]” e se relaciona com o princípio da proporcionalidade, visto que se aproxima da noção de que deve haver equilíbrio entre os meios adotados e os fins objetivados pelo agente.

O **princípio da vedação ao abuso de direito** é “[...] diretriz jurídica geral determinadora de que as condutas dos sujeitos de direito na vida social balizem-se entre a fruição de vantagens protegidas pela ordem jurídica e o adequado respeito a deveres gerais e obrigações específicas existentes”.³²⁷

Maurício Godinho Delgado³²⁸ destaca que se trata “[...] exemplo de princípio de resistência, que desponta em situações de exercício irregular de certo direito”.

O **princípio da não alegação da própria torpeza** tem por objetivo “[...] apenar a conduta voluntária maliciosa, negando a seu agente o efeito jurídico que, em outras circunstâncias, sem o uso da malícia teria alcançado”.³²⁹

³²⁶ DELGADO, 2004, p. 195.

³²⁷ DELGADO, 2004, p. 194.

³²⁸ DELGADO, 2004, p. 194.

³²⁹ DELGADO, 2004, p. 192.

5 PODER DIRETIVO EMPRESARIAL E DIREITOS CONSTITUCIONAIS DO TRABALHADOR – CRITÉRIOS DE RELACIONAMENTO

Conforme já destacado neste estudo, na relação laboral, por sua própria natureza, o empregado abre mão de uma parte de suas liberdades ao colocar-se a serviço do empregador, subordinando-se a este e por ele sendo controlado e fiscalizado.

Também é certo, conforme discutido no capítulo 4, que o “[...] trabalhador leva ao contrato alguns direitos individuais que são anteriores e superiores aos do contrato”.³³⁰

Por outro lado,

[...] por definição, o contrato laboral baseia-se numa situação assimétrica, resultante da subordinação do trabalhador e do poder de mando do empresário, que incide sobre a esfera pessoal do empregado, organizando o trabalho de forma a afetar a esfera pessoal do trabalhador [...].³³¹

Contudo

[...] também a empresa privada representa uma estrutura de elevado poder social e econômico dentro do mundo social, do qual faz parte integrante, sujeitando-se, assim, às mesmas normas constitucionais que os demais entes e grupos sociais. Por isso, não se justifica que os respectivos trabalhadores sejam privados de seus direitos e liberdades fundamentais como cidadãos que são.³³²

Os doutrinadores e operadores do Direito do Trabalho consideram, de forma hegemônica, que “[...] a subordinação que deriva do contrato de trabalho é de caráter jurídico, ainda que tendo por suporte e fundamento originário a assimetria social característica da moderna sociedade capitalista”.³³³

Dessa forma, não existe sujeição pessoal do empregado em relação ao empregador, não se permitindo que o poder diretivo empresarial signifique invasão à individualidade do trabalhador. Neste sentido, Arion Sayão Romita considera:

Em relação ao empregador, **o contrato de trabalho** afeta o ter mas, **em relação ao empregado, afeta e garante o ser** - bem que é condição do ter e de qualquer outro bem. **O contrato de trabalho e as fontes formais do direito do trabalho (lei,**

³³⁰ SIMM, 2005.

³³¹ SIMM, 2005.

³³² SIMM, 2005.

³³³ DELGADO, 2007, p. 303.

regulamento, convenção coletiva, sentença normativa, etc.) edificam um conjunto de direitos e deveres que, à margem da relação principal de débito-crédito de trabalho e remuneração, postulam uma relação instrumental integrada, do lado passivo, pela subordinação do empregado e, do lado ativo, pelo poder diretivo e pelo poder disciplinar do empregador. **Por tais razões, a autonomia da vontade é exercida nos estreitos limites que lhe são fixados pelo ordenamento [...] A autonomia individual [...] deve resguardar em sua integralidade o ser do trabalhador.**³³⁴ (grifos nossos)

Assim, o poder diretivo do empregador encontra limites “[...] não apenas na lei em sentido estrito, como também nas garantias constitucionalmente reconhecidas ao ser humano genericamente considerado [...], além daquelas especificamente atribuídas ao empregado”.³³⁵ Neste sentido, Zeno Simm ressalta:

Quando a atuação patronal extrapola os limites do razoável, do aceitável, do necessário ao desenvolvimento das atividades empresariais, entram em ação os direitos fundamentais do trabalhador como limitação ao poder empresarial e como forma de limitar a perda das liberdades do empregado, devendo-se buscar a conciliação dos interesses em conflito.³³⁶

A própria relação de emprego e, conseqüentemente, a subordinação e o poder diretivo empresarial vêm ganhando novos contornos, sobretudo em decorrência das inovações tecnológicas verificadas nas últimas décadas e das situações fáticas que passaram a ser possíveis, além da revista dos empregados, a colocação de câmeras de circuito interno de televisão e a fiscalização do uso de internet e e-mail no ambiente de trabalho.

Atenta a tais questões, Magnae Latitia Oliveira³³⁷ destaca que “[...] a revolução da atualidade é outra, é a informacional [...]” e que a “[...] revolução tecnológica não se reduz à revolução do instrumento de trabalho [...]”.

A autora também sustenta que hoje,

[...] com tantas tecnologias surgindo incessantemente, com a perda de noção de tempo e espaço, onde tudo acontece ao mesmo tempo e agora, fica cada vez mais difícil termos a noção de local de trabalho, de meio ambiente de trabalho, de espaço público e espaço privado [...]

Com a inserção de novas tecnologias, verifica-se que cada vez mais esses novos instrumentos têm permitido uma expansão do poder de controlar e supervisionar o empregado, por parte do empregador. Perdendo-se mais ainda a noção de vida privada e do trabalho. O avanço da informática, de fato, está permitindo um controle total, absoluto sobre o empregado. Temos os famosos circuitos internos de TV,

³³⁴ ROMITA, 1983, p. 204.

³³⁵ SIMM, 2005.

³³⁶ SIMM, 2005.

³³⁷ OLIVEIRA, Magnae Latitia Brito dos Reis. Relação de emprego: o elemento ‘subordinação’ no contrato de trabalho com as novas tecnologias. In: **Síntese Trabalhista**. Porto Alegre, Síntese, v. 14, n. 164, p. 127-132, fev. 2003.

câmeras espalhadas em todos os cantos, uma vigilância permanente, e, agora, também temos a vigilância por meio do computador, um instrumento que até então era de trabalho, para o trabalho, e passou a ser concomitantemente utilizado para também vigiar o empregado.³³⁸

Destaca Maurício Godinho Delgado³³⁹:

É inquestionável que a Carta Constitucional de 1988 rejeitou condutas fiscalizatórias e de controle da prestação de serviços que agridas à liberdade e dignidade básicas da pessoa física do trabalhador. Tais condutas chocam-se, frontalmente, com o universo normativo e de princípios abraçado pela Constituição vigente. É que a Constituição pretendeu instituir um “Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social...” (Preâmbulo da CF/88; grifos acrescidos). A dignidade da pessoa humana é um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, constituída em Estado Democrático de Direito (art. 1º, III, CG/88), que tem por alguns de seus *objetivos fundamentais* “construir uma sociedade justa e solidária”, além de “promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação” (art. 3º, I e IV, CF/88).

Neste sentido também é o entendimento de Narciso Figueirôa Júnior³⁴⁰:

Se é certo que o empregador possui o poder diretivo, não menos certo que o mesmo deve exercê-lo dentro de limites traçados pela própria lei, de sorte a preservar os princípios do Direito do Trabalho, a boa-fé na execução do contrato e a dignidade do trabalhador.

O artigo 5º da Constituição Federal traça limites para o exercício do poder diretivo, ao afirmar que o patrão não pode: discriminar o trabalhador (incisos I e VIII); obrigá-lo a fazer ou não fazer algo senão em virtude de lei (inciso II); submetê-lo a tortura e a tratamento desumano ou degradante (inciso III); impedir a manifestação do seu pensamento (inciso IV); violar sua liberdade de consciência e crença (inciso VI), bem como a sua intimidade, honra, imagem e vida privada (inciso X); obrigá-lo a associar-se ou impedi-lo de o fazer (incisos XVI, XVII e XX); obstar o seu acesso à Justiça (incisos XXXIV e XXXV), dentre outros.

Assim, comumente, confrontam-se, no âmbito da relação de emprego, práticas decorrentes do exercício do poder empregatício e direitos e garantias assegurados ao empregado enquanto indivíduo, ou seja, relacionados à personalidade.

Ana Paula Taucedo Branco³⁴¹ aponta que um dos questionamentos que se apresenta no âmbito da relação de trabalho diz respeito aos critérios de relacionamento entre o

³³⁸ OLIVEIRA, 2003.

³³⁹ DELGADO, Maurício, 2006b, p. 635.

³⁴⁰ FIGUEIRÔA JÚNIOR, Narciso. O uso de *e-mail* no ambiente de trabalho. **Suplemento Trabalhista LTr**, São Paulo, LTr, a. 41, n. 106, p. 481-483, 2005, p. 481.

³⁴¹ BRANCO, 2007, p. 22.

princípio do valor social do trabalho e o da livre iniciativa, na perspectiva da dignidade da pessoa humana.

5.1 Colisão de princípios – critérios de relacionamento

No âmbito da relação de emprego, é possível que no caso concreto duas diretrizes ou valores possam se apresentar como contraditórios, ou, retomando a teorização de Alexy, que existam contraditórios *juízos de dever-ser* (que emanam dos princípios e regras).

Ana Paula Taceda Branco destaca que uma das soluções teóricas que pode ser aplicada em caso de colisão de princípios se relaciona com a sistematização construída por Ronald Dworkin para o Direito, que “[...] propugna que a normatividade seja pautada nos princípios, o que leva a inferir uma compreensão de que os princípios jurídicos alcançam natureza de normas [...], providos nos sistemas jurídicos do mais alto peso, por constituírem a norma de eficácia suprema”.³⁴²

Robert Alexy, que construiu sua teorização a partir da concepção de Dworkin, explica que a solução de conflito de regras é distinta da solução de conflito de princípios.

No primeiro caso, “[...] as regras contrapostas não poderão ser válidas, ao mesmo tempo, na zona conflitante”, de forma que o conflito “[...] somente pode ser solucionado por duas vias: ou pela introdução, em uma das regras, de uma cláusula de exceção ou pela declaração de invalidade”.³⁴³ Assim, apenas uma das regras será considerada válida³⁴⁴ em detrimento da outra; apenas uma das regras poderá ser aplicada àquele caso específico.

Quando o conflito se estabelece entre princípios, ambos permanecerão válidos, mas “[...] um deverá ceder diante do outro, prevalecendo aquele de maior peso [...]”, ponderando-se os interesses opostos diante de determinada “[...] conjuntura fático-jurídica conflitante [...]”.³⁴⁵

³⁴² BONAVIDES, Paulo. *apud* BRANCO, 2007, p. 84.

³⁴³ ALEXY, Robert. *apud* DELGADO, Gabriela, 2006, p. 63.

³⁴⁴ Gabriela Neves Delgado explica que não existe um único critério para fundamentar a decisão acerca da validade de uma regra jurídica em detrimento de outra, citando como exemplos o critério cronológico (lei posterior derroga a anterior) e o hierárquico (a lei especial derroga a geral). DELGADO, Gabriela, 2006, p. 61.

³⁴⁵ DELGADO, Gabriela, 2006, p. 64.

Ainda que sejam equiparados os princípios às regras jurídicas na ordem jurídica, não existe critério de hierarquia que determine de forma rígida a prevalência de um princípio sobre outro ou deste sobre uma regra jurídica.

Assim, mesmo sendo reconhecida a função normativa própria dos princípios e a possibilidade de prevalência destes sobre as regras legais “[...] (‘dimensão fundamentadora, com eficácia derogatória e diretiva’), esta possibilidade é relativa, *sob pena de criar-se total insegurança na ordem jurídica e meio social regulado*”.³⁴⁶ Isso se deve ao fato de que, diante da necessidade de reconhecer a ordem jurídica como um todo coeso e harmônico, nem mesmo os princípios podem ser considerados absolutos – sequer o da dignidade humana. Essa noção de que a unidade do sistema impõe que as normas jurídicas não possam ser interpretadas como valores absolutos está presente na teoria de Joaquim J. Gomes Canotilho, que sustenta, conforme ressalta Ana Paula Taucedo Branco:

[...] em nome do Princípio da Unidade [...] da Constituição, não deve haver nem o reconhecimento de uma validade absoluta a qualquer que seja a norma jurídica; conseqüentemente, nem mesmo o reconhecimento da primazia de alguma(s) dela(s) em relação a outra(s), como, por exemplo, algum(ns) princípio(s) em relação a outro(s), devendo qualquer tensão instaurada entre eles ser decidida pela ponderação.³⁴⁷

No mesmo sentido é o entendimento de Alice Monteiro de Barros³⁴⁸, que considera que, ocorrendo conflito entre princípios, privilegia-se um deles, sem que o outro seja violado. Explica, citando Willis Santiago Guerra Filho, que os princípios “[...] possuem como característica a relatividade, tendo em vista que eles não são aplicados de forma absoluta, sob pena de violação a outra obediência”.

Maurício Godinho Delgado sustenta que na

[...] zona de tensão entre princípios e prerrogativas aparentemente conflitantes, as diretrizes jurídicas cardeais da proporcionalidade, da razoabilidade, do não-abuso do direito, todas, em conjunto, devem iluminar o intérprete conclusivo do Direito no tocante ao correto enquadramento jurídico da situação enfrentada. É que não há princípio, nem direito absoluto na ordem jurídica; embora possa haver até mesmo uma certa prevalência e gradação entre eles, isto não significa que, regra geral, não devam todos ser exercidos na justa proporção. Em conseqüência, não podem ser tidos como absolutos nem o princípio protetor da privacidade e intimidade do empregado, nem as prerrogativas empresariais de direção, fiscalização e punição.³⁴⁹

³⁴⁶ DELGADO, 2004, p. 20.

³⁴⁷ CANOTILHO, Joaquim J. Gomes. *apud* BRANCO, 2007, p. 98.

³⁴⁸ BARROS, 2007, p. 173.

³⁴⁹ DELGADO, 2004, p. 55.

Ao lado da concepção de ordem jurídica como uma unidade coerente, outro fator que corrobora com o entendimento de que os princípios não prevalecem de forma absoluta sobre as regras jurídicas é a aplicação de um critério flexível que determine que sejam sopesados os valores confrontados na zona de tensão no caso concreto.

Nesse sentido, Maurício Godinho Delgado, perfilando-se ao que sustentam Ronald Dworkin e Robert Alexy, considera que “[...] na solução de conflitos entre princípios e regras ou entre os próprios princípios, não prevaleceria critério hierárquico rígido favorecendo os primeiros, mas critério matizador flexível, fundado no peso dos princípios cotejados”.³⁵⁰

O critério do peso traduz a noção de importância, que deve ser analisada sob duas dimensões em conjunto: importância jurídica

[...] em certa época histórica e importância jurídica em certo confronto temático concreto. No primeiro caso, importância ampla, no conjunto da fase que se vive na história; no segundo caso, importância circunstancial, no delimitado confronto de situações fático-jurídicas reais.³⁵¹

Maurício Godinho Delgado³⁵² considera que há ainda um terceiro e último fator, o qual determina que os princípios não prevaleçam de forma absoluta sobre as regras jurídicas. O autor, retomando o que observou Alexy, destaca que os princípios “[...] não são comandos taxativos, mas instigadores [...]”, ou seja, “[...] mandados de otimização [...]”. Daí porque considera que os princípios “[...] têm, na verdade, função normativa concorrente [...]”, não autônoma, que atua em concurso com a função interpretativa da regra jurídica, explicando que nesta atuação,

[...] ora estende o comando desta (regra), ora o restringe, ora até mesmo esteriliza-o, a partir de uma absorção de seu sentido no âmbito mais abrangente cimentado pelos princípios correlatos. Nesta linha, se uma regra legal realiza o comando genérico contido em certo princípio, mas entra em choque com outro, pode prevalecer, sem dúvida, em face do *peso* do princípio realizado.³⁵³

Os critérios, ou princípios, da proporcionalidade, da razoabilidade, do não-abuso de direito e da boa-fé se apresentam como exemplos de instrumentos para, no caso concreto, verificar “o peso” ou a importância dos valores em conflito.

³⁵⁰ DELGADO, 2004, p. 20.

³⁵¹ DELGADO, 2004, p. 21.

³⁵² DELGADO, 2004, p. 21-22.

³⁵³ DELGADO, 2004, p. 22.

Marcus Orione Gonçalves Correia³⁵⁴ ressalta a importância da aplicação do postulado da **razoabilidade** e o da **proporcionalidade** no campo dos Direitos Sociais, no qual se insere o Direito do Trabalho. Explica que a razoabilidade é “[...] a consubstanciação de uma fórmula de lógica formal, assim reduzida: diante de diversos meios, utiliza-se aquele que possa melhor atingir a finalidade da norma, com menor desgaste a outros meios possíveis de serem utilizados”.³⁵⁵

A razoabilidade e a proporcionalidade caminham juntas, pois “[...] não há, utilizada a lógica do direito, como ser proporcional sem ser razoável [...]”, sendo a proporcionalidade “[...] expressão da igualdade, na medida em que somente se possibilita tratar desigualmente os desiguais, na proporção de sua desigualdade, esta nada mais seria do que a razoabilidade do direito [...]”.³⁵⁶ Assim, não há “[...] utilidade na distinção entre razoabilidade e proporcionalidade [...]”.³⁵⁷

Alice Monteiro de Barros³⁵⁸ destaca que, diante de um conflito, para “[...] conciliação entre princípios, sugere-se a invocação do princípio da proporcionalidade deduzido no art. 5º, §2º, da Constituição vigente”.

Ana Paula Taceda Branco explica que o critério da proporcionalidade se compõe de três fases distintas³⁵⁹, enumerando-as da seguinte forma:

- 1) *adequação*: ao analisar as possibilidades fáticas que envolvem dada colisão, não deve haver desvio da real finalidade da cada um dos princípios em exame;
- 2) *necessidade*: em seguida, propõe que se indague se o meio escolhido era o único possível e existente para que fosse solucionado o problema, bem como se o meio empregado foi mais benéfico e menos restritivo ao indivíduo.
- 3) *proporcionalidade*: por fim, em permanecendo a colisão, ela há de ser resolvida através de duas “leis de ponderação”, sendo que:
 - 3.1) a *1ª lei de ponderação* é atinente à relação “custo-benefício” entre a escolha por um Princípio em detrimento do outro e as conseqüências jurídicas que tal resolução irá acarretar, diagnosticando-se qual é a mais razoavelmente importante para o caso concreto;
 - 3.2) a *2ª lei de ponderação* é baseada na análise da dimensão de intervenção num Direito Fundamental que, quanto maior for, maior também deverão ser os fundamentos que justificam a adoção de dada medida para a resolução da Colisão.³⁶⁰

³⁵⁴ CORREIA; MAIOR, 2007, p. 115.

³⁵⁵ CORREIA; MAIOR, 2007, p. 116.

³⁵⁶ O autor considera que a razoabilidade do direito, ou senso de justiça, não coincide necessariamente com a racionalidade de outros ramos do conhecimento humano. O racionalismo do direito está na busca do ideal de liberdade/igualdade, à qual se chega mediante o postulado da proporcionalidade. CORREIA; MAIOR, 2007, p. 117.

³⁵⁷ CORREIA; MAIOR, 2007, p. 116-117.

³⁵⁸ BARROS, 2007, p. 173.

³⁵⁹ Entendimento também sustentado por BARROS, 2007, p. 174.

³⁶⁰ BRANCO, 2007, p. 90.

Alice Monteiro de Barros ressalta a relação entre o princípio da proporcionalidade e os direitos fundamentais ao destacar que o referido princípio é fruto do Direito alemão, sendo “[...] muito utilizado na Corte Constitucional Alemã para proteger o núcleo dos direitos fundamentais”.³⁶¹

Edilton Meireles³⁶² também considera que nas situações em que “[...] os princípios constitucionais entram em choque (exemplo: direito de propriedade x direito à intimidade) [...]” será exigido do operador do direito o “[...] uso da técnica da ponderação [...]” para decidir, diante do conflito, qual dos interesses deve prevalecer.

Prossegue o autor sustentando que o aplicador do direito, adotando o critério da proporcionalidade, deve buscar um ponto de equilíbrio, tendo como norte o princípio da dignidade humana. Neste sentido, destaca o entendimento de Daniel Sarmiento de que “[...] a ponderação de interesses deve conduzir a resultados que promovam os valores humanísticos superiores, subjacentes à ordem constitucional, os quais são sintetizados no princípio da dignidade da pessoa humana [...]”.³⁶³

Marcus Orione Gonçalves Correia³⁶⁴ ressalta que a razoabilidade, ao lado dos princípios constitucionais, deve pautar a interpretação evolutiva do operador do direito, no sentido de permitir a “[...] reinvenção do direito para os fatos cotidianos [...]”, ou seja, a adequação do direito aos movimentos da sociedade.

O trecho destacado a seguir confirma que a dignidade humana tem status de valor fundamental na ordem jurídica brasileira, funcionamento mesmo como a *razão do Direito*, visto que a solução somente será considerada razoável se elaborada sob a perspectiva dessa proposição fundamental.

Em conflito de princípios, a dignidade/liberdade material/igualdade material será o elemento balizador da razoabilidade – já que o direito busca a igualdade/liberdade, que, em última instância, se confundem com a própria idéia de dignidade da pessoa humana [...]. Para compreender e criar um conceito de dignidade da pessoa humana é indispensável que esta esteja livre para ser igual. É necessário, diz o professor Dalmo de Abreu Dallari, citando Pico Della Mirândola, que o homem seja “*faber sui*” – construtor de si mesmo. Para que o homem possa inventar a si mesmo, é necessário que tenha liberdade para fazê-lo em plenas condições de igualdade com os demais. **Logo, qualquer conflito de princípios, para que se inclua em uma solução razoável, deve ser analisado a partir destas premissas.**

³⁶¹ BARROS, Suzana de Toledo. *apud* BARROS, 2007, p. 173.

³⁶² MEIRELES, Edilton. **Abuso do direito na relação de emprego**. São Paulo: LTr, 2004, p. 82.

³⁶³ SARMENTO, Daniel. *apud* MEIRELES, 2004, p. 83.

³⁶⁴ CORREIA; MAIOR, 2007, p. 119.

Os princípios conflitam entre si, mas nunca com a dignidade da pessoa humana diretamente – já que esta baliza a solução razoável.³⁶⁵ (grifos nossos)

Alice Monteiro de Barros³⁶⁶ ressalta que o princípio da proporcionalidade “[...] tem sua base na justiça, e visa a conciliação de bens jurídicos protegidos pela Constituição [...]”. Assim, está ligado à proteção dos direitos das pessoas, sendo, portanto, plenamente aplicável no âmbito da empresa, onde

[...] atua como garantia do limite aos direitos fundamentais e como ‘medidor’ do exercício desses direitos. [...] atua como critério limitativo dos poderes diretivo e disciplinar do empregador e também como um meio de correção aplicável a todas as hipóteses de desequilíbrio contratual [...].³⁶⁷

Neste sentido é ao entendimento de Zeno Simm³⁶⁸:

O conflito entre os direitos do empregador e do empregado, que pode se estabelecer em nível tanto de regras quanto de princípios, usualmente é solucionado pela aplicação do princípio da proporcionalidade e por um critério de ponderação, no sentido de que os direitos fundamentais do trabalhador só podem sofrer limitações ou restrições desde que estas sejam proporcionais ou se mostrem imprescindíveis.

Pode-se afirmar que, quando o direito de propriedade e o direito de fiscalização do empregador se chocam com algum direito de personalidade do empregado, surge um conflito ou colisão de direitos.

Como compatibilizar o direito do empregador de fiscalizar a prestação pessoal de serviço, inerente ao contrato de trabalho, com a preservação da intimidade do empregado, direito de personalidade de que não se priva aquele que aceita prestar serviços de forma subordinada? Em outras palavras: Quais são os limites para a legítima fiscalização do trabalho realizado pelo empregado?

Nestas relações assimétricas que são as relações laborais, o princípio da dignidade humana também será a *ultima ratio*, o grande balizamento da compatibilização entre o direito de propriedade do empregador e o direito à intimidade do empregado. É a partir desta perspectiva que devem ser aplicados o princípio da proporcionalidade e o princípio da razoabilidade.

³⁶⁵ CORREIA; MAIOR, 2007, p. 123-124.

³⁶⁶ BARROS, 2007, p. 175.

³⁶⁷ BARROS, 2007, p. 175.

³⁶⁸ SIMM, 2005.

Alice Monteiro de Barros destaca que o princípio da proporcionalidade tem sido objeto de críticas, por “[...] atribuir o controle sobre a razoabilidade de uma lei ao Juiz [...]”, sendo que tal atividade “[...] poderia igualar a função jurisdicional à função legislativa [...]”.³⁶⁹

Malgrado ser passível de críticas, tal como a suscitada, a construção teórica com base nas concepções de Ronald Dworkin, Robert Alexy e Joaquim J. Gomes Canotilho, é moderna e permite, regra geral, a solução de tensões verificadas no âmbito da relação de emprego, sendo apta a “[...] auxiliar o juiz no processo de interpretação, permitindo-lhe a harmonização desses direitos e, em consequência, o proferimento de uma decisão mais justa [...]”.³⁷⁰

5.2 Colisão de princípios – análise de situações que ocorrem no âmbito da relação de emprego

Na jurisprudência e na doutrina, é possível encontrar algumas considerações sobre os métodos de exercício do poder de fiscalização do empregador, com destaque para as novas possibilidades decorrentes da inovação tecnológica das últimas décadas. Tais métodos podem criar situações de colisão, principalmente entre o direito de propriedade do empregador e o direito à intimidade ou à privacidade do empregado, como será analisado a seguir.

5.2.1 Revistas nos empregados e em seus pertences

Octavio Bueno Magano³⁷¹ considera que “[...] no resguardo à propriedade do empregador, reconhece-lhe a ordem jurídica o direito de proceder à ‘revista’ em seus empregados, cujo exercício regular traduz um direito subjetivo público”.

Alice Monteiro de Barros³⁷² destaca que “[...] a jurisprudência brasileira inclina-se, há mais de meio século, pela possibilidade da revista pessoal, mormente quando prevista em

³⁶⁹ BARROS, 2007, p. 176.

³⁷⁰ BARROS, 2007, p. 176.

³⁷¹ MAGANO, Octavio Bueno. *apud* BARROS, 1997a, p. 73.

³⁷² BARROS, 2007, p. 574.

regimento interno da empresa, com fundamento de que é um direito do empregador e uma salvaguarda ao seu patrimônio [...]”.

Zeno Simm se manifesta a respeito da realização de revistas íntimas realizadas pelo empregador ou seus prepostos nos empregados ou em volumes que a eles pertençam, considerando que se trata de

[...] conflito de direitos, contrapondo-se o direito de propriedade do empregador ao direito do empregado à sua intimidade, à sua dignidade, à sua imagem. Também aqui, mesmo se inexistisse norma legal específica para a hipótese, as regras e os princípios constitucionais bastam para o resguardo dos direitos do trabalhador.³⁷³

Assim, nesta situação de tensão, devem entrar em ação o princípio da razoabilidade e o da boa-fé para ponderar qual dos interesses deverá prevalecer no caso concreto – ou seja, para que seja estabelecido o limite ao poder de fiscalização do empregador, considerando-se o método que envolve revistas dos empregados ou em seus pertences e locais destinados ao uso destes.

A partir de meados da década de 1990, foram editadas no Brasil leis municipais proibindo a revista íntima.³⁷⁴ Atualmente, em âmbito nacional, aplica-se a previsão do artigo 373-A, da CLT³⁷⁵, que permite implicitamente a revista, uma vez que veda apenas a íntima.

Alice Monteiro de Barros considera que a “[...] a recusa do empregado será legítima quando a revista passa a envolver circunstâncias que afrontam a dignidade do ser humano”. Contudo, a revista pessoal se justifica quando constituir “[...] o último recurso para satisfazer ao interesse empresarial”.³⁷⁶ Quando utilizada, deve ser de “[...] caráter geral, impessoal [...]” (sorteio, numeração, todos os integrantes de um turno ou setor), “[...] realizada no âmbito da empresa [...]”. Ainda acrescenta que “[...] a revista individual só se justifica quando fundada em sérias razões”.³⁷⁷

A autora também se posiciona sobre a possibilidade de revista que pressupõe inspeção direta sobre o corpo do empregado suspeito de furto de pequenos objetos de grande valor (jóias, pedras preciosas). Considera que não se admite “[...] revista que implique sejam os

³⁷³ SIMM, 2005.

³⁷⁴ BARROS, 2007, p. 575.

³⁷⁵ Apesar de estar inserido no capítulo sobre o trabalho da mulher, com base no artigo 5º, I, da CR/88, que prevê que homens e mulheres são iguais em direitos e deveres, o artigo 373-A, da CLT, pode ser invocado, por analogia, por homens, como forma de proteção contra as revistas íntimas. BARROS, 2007, p. 575.

³⁷⁶ BARROS, 2007, p. 575.

³⁷⁷ BARROS, 1997a, p. 73-74-75.

empregados desnudados, independentemente de ser respeitosa a vistoria”.³⁷⁸ Quanto a esta circunstância, destaca a ementa de voto proferido em processo no qual atuou como relatora, no seguinte sentido:

A circunstância de a empresa trabalhar com drogas valiosas, muito visadas pelo comércio ilegal, justifica a utilização de fiscalização rigorosa, inclusive a revista, até porque o empregador está obrigado a zelar para que esses medicamentos não sejam objeto de tráfico ilícito [...].

Sucedê que a revista deverá ser admitida como último recurso para defender o patrimônio empresarial e salvaguardar a segurança da empresa, à falta de outras medidas preventivas; mesmo assim, quando utilizada, deverá respeitar a dignidade do trabalhador, evitando ferir-lhe o direito à intimidade. Se a revista implica no fato de o empregado desnudar-se completamente e ainda ter que caminhar por pequeno percurso, a fiscalização atenta contra o direito à intimidade do empregado [...]

Ora, ‘numa época em que os imperativos econômicos do mercado questionam os dogmas tradicionais’ do Direito do Trabalho, inclusive o princípio da proteção, o vigor dos direitos fundamentais dos trabalhadores nas empresas poderá traduzir ‘um antídoto para emancipar o contrato de trabalho’ de sua excessiva subordinação à economia, permitindo que essa disciplina recupere seu papel de assegurar a auto-realização do empregado como cidadão.³⁷⁹

A análise do trecho da ementa transcrito deixa claro que no juízo de ponderação adotado pela magistrada o princípio da dignidade humana, que orienta (e deve orientar) todas as normas no Estado Democrático de Direito, sobretudo as relacionadas a direitos fundamentais, como é o caso do direito à intimidade e à honra, foi preponderante. Ainda que no caso se pudesse vislumbrar em contraponto a este direito a segurança como uma questão de ordem pública, a decisão foi baseada em outro interesse social: a necessidade de assegurar a efetividade do Direito do Trabalho e dos direitos fundamentais, como forma de reafirmar a centralidade do trabalho digno e evitar a perpetração de abusos, que vêm se proliferando sob o discurso neoliberal.

Quanto à revista em objetos do empregado, veículo ou em espaço a ele reservado, Alice Monteiro de Barros³⁸⁰ considera que somente poderá ocorrer “[...] em circunstâncias excepcionais [...]”, sendo recomendável que

[...] se verifiquem, geralmente, na saída do trabalho, através de critério objetivo, não seletivo (sorteio, numeração, etc.), mediante certas garantias, como a presença de um representante dos empregados, ou, na ausência deste, de um colega de trabalho para impedir abusos.

³⁷⁸ BARROS, 2007, p. 579.

³⁷⁹ O trecho é parte da ementa do processo RO-313/97, que tramitou perante a Segunda Turma do Tribunal regional do Trabalho da Terceira Região, no qual atuou como relatora BARROS, 2007, p. 579.

³⁸⁰ BARROS, 1997a, p. 78.

5.2.2 Vigilância mediante utilização de equipamentos audiovisuais

Alice Monteiro de Barros³⁸¹ ressalta que a legislação brasileira “[...] não proíbe que o poder de direção conferido ao empregador se verifique por meio de aparelhos audiovisuais de controle de prestação de serviços, o que, aliás, é uma decorrência do avanço da tecnologia [...]”.

Quanto à vigilância no ambiente de trabalho mediante utilização de câmeras e gravadores, Zeno Simm considera:

Novos sistemas de vigilância e controle estão sendo introduzidos nas empresas, como câmeras fotográficas e de vídeo, gravadores e aparelhos de escuta, por meio dos quais o empregador passa a ter um controle total sobre os atos, gestos e palavras dos trabalhadores. Ocorre aí, então, um conflito entre o poder de organização e controle do empregador e a privacidade e intimidade do empregado. Mas, se é certo, de um lado, que a lei não proíbe a colocação de câmeras ou outros dispositivos de vigilância no local de trabalho, é certo, também, que esse controle está sujeito a determinados limites, ditados especialmente pelo respeito à dignidade da pessoa do trabalhador e à sua intimidade, que são direitos fundamentais inarredáveis.³⁸²

Também aqui se configura uma situação de tensão, à qual devem ser aplicados o princípio da razoabilidade e o da boa-fé para ponderar qual dos interesses deverá prevalecer no caso concreto – ou seja, para que seja estabelecido o limite ao poder de fiscalização do empregador.

Um aspecto a ser considerado para estabelecer o balizamento, o limite ao poder de fiscalização quando adotado este método de controle, passa pelo fato de se verificar a necessidade de instalação dos equipamentos audiovisuais, considerando-se os locais onde são instalados, pois mesmo no estabelecimento empresarial é possível identificar locais em que deve prevalecer o direito à privacidade dos empregados.

Neste sentido, Alice Monteiro de Barros sustenta ser inadmissível

[...] entender que o conjunto de locais do estabelecimento esteja sob total controle do empregador e autorizar a introdução de aparelhos audiovisuais indistintamente. Ora, há certos locais que são privados por natureza ou se destinam ao descanso do empregado, logo, não se pode permitir a instalação de um sistema de vídeo, por exemplo, em um banheiro, ou em uma cantina.³⁸³

³⁸¹ BARROS, 2007, p. 585.

³⁸² SIMM, 2005.

³⁸³ BARROS, 2007, p. 585.

Outro aspecto a ser considerado refere-se à necessidade (ou utilidade) de adoção de controle mediante equipamentos audiovisuais, considerando-se a atividade desempenhada pelo empregado.

Alice Monteiro de Barros³⁸⁴ considera abusivo “[...] exigir-se que o empregado trabalhe com um microfone na lapela [...]” quando não se relacionar a uma necessidade decorrente do próprio sistema operativo (no caso de piloto de aeronave, por exemplo) ou não for relevante ao exercício da atividade.

Também é discutida a necessidade de que o empregado tenha ciência de que estão sendo usados equipamentos audiovisuais para que seja considerado lícito o controle. Contudo, ainda que se defenda a tese de que neste caso o empregado estaria concordando com este tipo de controle, não se pode desprezar o fato de que o direito à privacidade e ou à intimidade, que são fundamentais, são transplantados para o âmbito da relação de emprego, sendo, portanto, regidos pelo princípio da indisponibilidade ou irrenunciabilidade de direitos. Assim, não necessariamente será considerado lícito o controle quando dele ciente o empregado. O aviso pelo empregador, considerado como exigência primeira por muitos doutrinadores e aplicadores do direito, demonstra transparência, podendo evidenciar, também, conforme o caso, boa-fé. Todavia, o que é decisivo para chegar a tal conclusão é que não se verifique, aplicados os critérios de ponderação e razoabilidade, abuso de direito no caso concreto.

A jurisprudência tem caminhado nesta direção. Admite-se a vigilância dos empregados por meio de câmeras de vídeo instaladas em circuito interno de televisão, mas apenas se existir o devido respeito à dignidade e à intimidade dos trabalhadores vigiados. As decisões dos Tribunais têm destacado, normalmente, os seguintes aspectos: os empregados devem ser avisados sobre a existência do aparato de vigilância, que não pode ser clandestino ou dissimulado; não pode haver excesso na fiscalização, cindindo-se aos ambientes onde haja efetivo desenvolvimento da atividade laboral; as imagens dos empregados captadas pelas câmeras do circuito interno não podem ser exibidas para qualquer fim, estando protegidas pelo artigo 5º, inciso X, da Constituição da República; as câmeras não podem ser instaladas em vestiários, sanitários, nem em qualquer ambiente reservado aos empregados; mesmo que respeitados todos os requisitos acima, se, no caso concreto, verificar-se que existiu afronta à dignidade do empregado, o aparato de vigilância deverá ser considerado abusivo, e gerará aos lesados o direito de receber indenização pelo dano moral³⁸⁵ sofrido.

³⁸⁴ BARROS, 1997a, p. 81.

³⁸⁵ Sobre dano moral ver a tese de doutoramento de RODRIGUES, 2000.

Maurício Godinho Delgado, ao relatar a decisão de recurso ordinário³⁸⁶, considera que o poder empregatício engloba o fiscalizatório (ou poder de controle), entendido este como o conjunto de prerrogativas dirigidas a propiciar o acompanhamento contínuo da prestação de trabalho e a própria vigilância efetivada ao longo do espaço empresarial interno (controle de portaria, revistas, circuito interno de televisão e controle de horário/frequência, dentre outros). Destaca que há limites, todavia, ao poder fiscalizatório empresarial, sendo inquestionável que a Carta Constitucional de 1988 rejeitou condutas fiscalizatórias que agridam a liberdade e a dignidade básicas da pessoa natural do trabalhador, que se chocam, frontalmente, com os princípios constitucionais tendentes a assegurar um Estado Democrático de Direito (preâmbulo da CF/88) e outras regras impositivas inseridas na Constituição, tais como a da “inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade” (art. 5º, *caput*), a de que “ninguém será submetido [...] a tratamento desumano e degradante” (art. 5º, III) e a regra geral que declara “invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação” (art. 5º, X, CF/88).

Por fim, conclui que todas essas regras criam uma fronteira inegável ao exercício das funções fiscalizatórias no contexto empregatício, colocando na franca ilegalidade medidas que venham cercear a liberdade e a dignidade do trabalhador.

5.2.3 Fiscalização do uso do correio eletrônico pelos empregados

Deve-se ter em mente que o artigo 5º, XII, do texto constitucional estabelece como “inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual”.³⁸⁷

Por outro lado, o empregador é o sujeito no âmbito da relação de emprego que assume os riscos do empreendimento (princípio da alteridade), respondendo pelos danos causados pelos empregados (decorrentes da realização do trabalho) a outros empregados e a terceiros.

³⁸⁶ O trecho se refere ao julgamento do recurso ordinário 624-2004-030-03-00-4, que tramitou perante a Primeira Turma do Tribunal Regional do Trabalho da Terceira Região, publicado no DJMG em 28.01.2005, que teve como relator, hoje ministro do Tribunal Superior do Trabalho, Maurício Godinho Delgado.

³⁸⁷ BRASIL, 1988b.

Além disso, faz-se presente no caso o direito de propriedade do empregador, que abrange também o direito de preservar informações confidenciais relacionadas ao exercício da empresa.

Quanto à fiscalização do uso de e-mails, há diversas variáveis que podem ser consideradas a cada caso concreto. A primeira variável se refere à distinção que deve ser feita entre o uso para fins particulares e o uso para fins relacionados à atividade laboral exercida, bem como entre o uso de e-mail corporativo (fornecido pelo empregador, voltado para uso profissional) e de e-mail particular.

Edilton Meireles³⁸⁸ considera que “[...] se o empregador detém os meios de comunicações (telefone, computador, meios eletrônicos, radiofônicos, etc.), a ele compete deliberar quanto ao seu uso pelo empregado, inclusive para fins pessoais”. Prossegue o autor explicando que “[...] se houver expressa restrição ao uso dos equipamentos de comunicações para fins pessoais, estará o empregador autorizado a ‘invadir a intimidade’ do empregado, pois ele partirá do pressuposto (boa-fé) de que o trabalhador não violou o contrato (fazendo uso para fins particulares)”. Se, por outro lado, houver autorização para uso dos equipamentos para fins particulares, Edilton Meireles³⁸⁹ considera que “[...] a empresa somente poderá violar as comunicações realizadas para fins profissionais”. Contudo, “[...] não tendo a empresa como distinguir uma da outra, não poderá quebrar o sigilo da comunicação, sob pena de violar direito fundamental do empregado à inviolabilidade de suas correspondências”.³⁹⁰

Alice Monteiro de Barros³⁹¹ destaca que a jurisprudência brasileira começa a se manifestar em consonância com a doutrina espanhola, que parte da seguinte distinção: “[...] se o telefone é utilizado como meio de execução de tarefas, o empregador poderá intervir e controlar as chamadas, pois não é considerado terceiro relativamente à conversa”.

Edilton Meireles e Gustavo de Aquino Leonardo Lopes³⁹² sustentam que o direito à privacidade e à intimidade, mais especificamente a garantia de sigilo de comunicação ou de dados, será limitado quando confrontado com o direito de propriedade do empregador, desde que exista forte indício de que o correio eletrônico esteja sendo usado para a prática de atividades ilícitas. Neste caso, a interceptação das mensagens eletrônicas (e-mails), por

³⁸⁸ MEIRELES, 2004, p. 178.

³⁸⁹ MEIRELES, 2004, p. 178.

³⁹⁰ MEIRELES, 2004, p. 178.

³⁹¹ BARROS, 2007, p. 591.

³⁹² LOPES, Gustavo de Aquino Leonardo. **O controle pelo empregador do uso da internet pelos empregados**. 2003. 258f. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito Milton Campos, área de concentração Direito Empresarial. Belo Horizonte, p. 78.

analogia, “[...] deve estar totalmente cobertada pelos requisitos da Lei 9.296/96 – vale dizer, somente em casos de investigação criminal ou instrução processual penal [...]”³⁹³ e desde que seja a ordem determinada judicialmente. Contudo, a relativização da garantia à intimidade nesta hipótese deve ser vista com cautelas, para que não passe a ser a regra geral no âmbito da relação de emprego.

Carlos Alberto Bittar³⁹⁴ também considera que o direito à intimidade não poderá sofrer restrição “[...] a menos que existam provas contundentes da participação da pessoa visada nessas ações ilícitas, eis que esses avanços podem conduzir a um domínio tecnológico do ser pelo aparato estatal, com conseqüências sociais e políticas imprevisíveis”.

Cabe também distinguir entre situações em que o uso do telefone ou do correio eletrônico ocorre no horário de serviço ou nos horários de descanso, bem como a possibilidade de o computador (ou outros aparelhos de comunicação) ser considerado como instrumento de trabalho.

Alice Monteiro de Barros adverte:

Se o empregado se utiliza, no horário de serviço, do *e-mail* do empregador (*e-mail* corporativo) para enviar mensagens particulares, o empregador poderá controlar os *sites* visitados, como também ter acesso às mensagens eletrônicas enviadas e recebidas. Deverá, entretanto, comunicar ao empregado essa fiscalização, lembrando que o uso do computador dirige-se exclusivamente à atividade funcional. Nesse caso, o poder diretivo justifica a fiscalização, pois o computador constitui instrumento de trabalho.³⁹⁵

Neste sentido é o entendimento de Gustavo Filipe Barbosa Garcia³⁹⁶, que, reconhecendo o e-mail como “[...] verdadeira ferramenta de trabalho [...]”, sustenta que, tendo o empregador “[...] avisado, previamente quanto à possibilidade de seu controle (se refere ao e-mail corporativo), de forma impessoal, [...] pode-se autorizar a referida verificação pela empresa, no seu equipamento de informática, resguardando sua eventual responsabilidade [...]”.

Contudo, se, de outro lado, o empregador permitir o uso de “[...] endereço eletrônico particular, em princípio não se admite a fiscalização do conteúdo das mensagens enviadas e recebidas”.³⁹⁷ Todavia, tal entendimento comporta exceções, tal como ressalta Alice Monteiro de Barros:

³⁹³ LOPES, 2003, p. 78.

³⁹⁴ BITTAR, Carlos Alberto. *apud* LOPES, 2003, p. 79.

³⁹⁵ BARROS, 2007, p. 592.

³⁹⁶ GARCIA, 2007, p. 169.

³⁹⁷ BARROS, 2007, p. 592.

Mesmo em se tratando de uso de correio eletrônico para fins particulares, disponibilizado pela empresa ao empregado, admitimos a hipótese de o empregador coibir os abusos capazes de sobrecarregar o sistema, como tempo de conexão excessivo, de implicar gastos desnecessários de energia ou de tempo e de disseminar “vírus”, além de outros. Nesses casos, o controle deverá limitar-se ao número e aos horários das mensagens, sem incluir o exame de seu conteúdo, salvo autorização judicial. Ainda assim, o empregador devera agir com moderação, **não tendo a jurisprudência considerado justa causa o fato de o empregado ter-se utilizado de e-mail do empregador no horário do café para fins particulares.**³⁹⁸ (grifos nossos)

Quanto à impossibilidade de fiscalização pelo empregador sobre as comunicações efetuadas pelo empregado no horário destinado a descanso, a autora destaca a respeito do uso do telefone: “[...] se o telefonema se verificar nos descansos e pausas ocorridos durante o horário de trabalho [...] a interferência do empregador afetará o direito à intimidade do empregado”.³⁹⁹

Mais uma vez, não se trata de entendimento absoluto, visto que é possível que o empregado, valendo-se de e-mail particular ou corporativo, em horário destinado a descanso ou mesmo fora do local de trabalho, use o equipamento da empresa para praticar condutas ilícitas que possam ser prejudiciais ao empregador ou a terceiros. Assim, é possível que seja autorizada a quebra do sigilo por ordem judicial, mesmo alteradas as variáveis circunstanciais.

A Primeira Turma do Tribunal Superior do Trabalho exarou decisão⁴⁰⁰ na qual são tratadas algumas das questões suscitadas quanto à fiscalização pelo empregador do uso de e-mail pelos empregados.

A decisão causou polêmica no mundo jurídico por admitir, em determinados casos, que o empregador invada o e-mail do empregado e utilize as provas assim obtidas para motivar uma dispensa por justa causa.

O relator, ministro João Oreste Dalazen, destacou que os direitos do cidadão à privacidade e ao sigilo de correspondência, constitucionalmente assegurados, concernem à comunicação estritamente pessoal, ainda que virtual (e-mail particular). Assim, apenas o e-mail pessoal ou particular do empregado, socorrendo-se de provedor próprio, desfruta da proteção constitucional e legal de inviolabilidade.

Segundo o ministro, solução diversa impõe-se em se tratando do chamado “e-mail corporativo”, instrumento de comunicação virtual vinculado ao terminal de computadores da

³⁹⁸ BARROS, 2007, p. 592.

³⁹⁹ BARROS, 2007, p. 591.

⁴⁰⁰ BRASIL. **Tribunal Superior do Trabalho**. Uso de e-mail corporativo. [...]. Recurso de Revista 613-2000-013-10-00-7. Relator ministro João Oreste Dalazen. Brasília, 18 de maio de 2005. <<http://www.tst.gov.br/basesjuridicas/>>.

empresa, ao provedor da empresa e ao endereço eletrônico que é disponibilizado igualmente pela empresa. Considerou que destina-se este a que nele trafeguem mensagens de cunho estritamente profissional. Em princípio, é de uso corporativo, salvo consentimento do empregador. Ostenta, pois, natureza jurídica equivalente à de uma ferramenta de trabalho proporcionada pelo empregador ao empregado para a consecução do serviço.

No voto também é tratada a estreita e cada vez mais intensa vinculação que passou a existir entre internet e/ou correspondência eletrônica e justa causa e/ou crime.

O referido ministro ressalta que deve ser observado o princípio da proporcionalidade, porque são confrontados diversos valores jurídicos tutelados pela lei e pela Constituição Federal. Também aborda o desvio de finalidade no uso do e-mail corporativo para utilização abusiva ou ilegal, de que é exemplo o envio de fotos pornográficas, o que constitui, ato pelo qual o empregado pode provocar expressivo prejuízo ao empregador.

Considera que, caso se cuide de e-mail corporativo, cujo uso deve ser direcionado especificamente para assuntos e matérias relacionadas ao trabalho, existem fundamentos que legitimam a fiscalização do empregador quanto ao conteúdo das mensagens eletrônicas transmitidas e recebidas. Para tanto, declara ser necessária a ciência do empregado de que o uso do e-mail corporativo deve ser para finalidade estritamente profissional e de que haverá fiscalização para que não exista a expectativa de privacidade.

Inicialmente, ressalta que sobressai o direito de propriedade do empregador sobre o computador pelo qual é feito o acesso à internet e sobre o próprio provedor. Além disso, à luz do princípio da alteridade (artigo 2º da CLT) e da previsão expressa do Código Civil brasileiro (artigo 932, inciso III), o empregador tem responsabilidade perante terceiros pelos atos de seus empregados em serviço.

Por outro lado, reconhece que o direito à imagem do empregador é igualmente tutelado constitucionalmente.

Conclui o ministro João Oreste Dalazen que pode o empregador validamente monitorar e rastrear a atividade do empregado no ambiente de trabalho via e-mail corporativo – isto é, fiscalizar inclusive o conteúdo das mensagens – e que não é ilícita a prova assim obtida, visando demonstrar justa causa para a despedida decorrente do uso indevido do e-mail corporativo, veiculando, por exemplo, material pornográfico, inexistindo afronta ao art. 5º, incisos X, XII e LVI, da Constituição Federal.

5.2.4 Critérios adotados para seleção de pessoal

Na Constituição da República, é estabelecido como objetivo fundamental, no artigo 3º, inciso IV, a promoção do “bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, cor, sexo, idade e quaisquer outras formas de discriminação”.⁴⁰¹ Portanto, é reconhecida a relevância do princípio da não discriminação, que é reafirmada de forma expressa também nos artigos 5º e 7º da Constituição da República, abrangendo distintas dimensões:

[...]

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

I - homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição;

[...]

Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

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

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

XXXII - proibição de distinção entre trabalho manual, técnico e intelectual ou entre os profissionais respectivos; [...]⁴⁰²

O princípio da não discriminação está estreitamente vinculado a outros princípios fundamentais, como o da dignidade humana e o do valor social do trabalho, pois a noção de vida digna, de afirmação do ser humano, não se concretiza em contexto de exclusão social e individual. Assim, o princípio da não discriminação e as regras que dele decorrem funcionam como instrumentos para viabilizar a inserção familiar e social do indivíduo.

Sendo o trabalho (digno) uma das principais formas de inclusão social, os preceitos não-discriminatórios se apresentam como relevantes no âmbito da relação de emprego. Assim é que também na Consolidação das Leis do Trabalho há dispositivos que tratam expressamente da vedação à discriminação nas práticas efetivadas pelos empregadores. O parágrafo único do artigo 3º determina que não “haverá distinções relativas à espécie de emprego e à condição de trabalhador, nem entre o trabalho intelectual, técnico e manual”.⁴⁰³

⁴⁰¹ BRASIL, 1988b.

⁴⁰² BRASIL, 1988b.

⁴⁰³ BRASIL. **Artigo 373-A da Consolidação das Leis do Trabalho**. Brasília, DF: Senado, 1988a.

No artigo 373-A, também há previsões expressas, aplicáveis tanto a mulheres quanto a homens, conforme já afirmado, que vedam a discriminação no âmbito da relação de emprego, consideradas distintas situações:

Art. 373-A. Ressalvadas as disposições legais destinadas a corrigir as distorções que afetam o acesso da mulher ao mercado de trabalho e certas especificidades estabelecidas nos acordos trabalhistas, é vedado:

I - publicar ou fazer publicar anúncio de emprego no qual haja referência ao sexo, à idade, à cor ou situação familiar, salvo quando a natureza da atividade a ser exercida, pública e notoriamente, assim o exigir;

II - recusar emprego, promoção ou motivar a dispensa do trabalho em razão de sexo, idade, cor, situação familiar ou estado de gravidez, salvo quando a natureza da atividade seja notória e publicamente incompatível;

III - considerar o sexo, a idade, a cor ou situação familiar como variável determinante para fins de remuneração, formação profissional e oportunidades de ascensão profissional;

IV - exigir atestado ou exame, de qualquer natureza, para comprovação de esterilidade ou gravidez, na admissão ou permanência no emprego;

V - impedir o acesso ou adotar critérios subjetivos para deferimento de inscrição ou aprovação em concursos, em empresas privadas, em razão de sexo, idade, cor, situação familiar ou estado de gravidez; [...]⁴⁰⁴

Portanto, pode-se considerar que os critérios para seleção e admissão são a porta fundamental para a integração do empregado no ambiente de trabalho e na sociedade, de forma que a ordem jurídica tem sido firme em proibir a adoção de critérios discriminatórios, limitando, assim, o poder diretivo em mais uma de suas dimensões.

Quanto aos métodos utilizados pelo empregador para a seleção de pessoal (entrevista pessoal, questionário, prova grafológica, teste psicotécnico, exame médico, detector de mentiras, prova de honradez)⁴⁰⁵, a Organização Internacional do Trabalho⁴⁰⁶ (OIT) posiciona-se no sentido de proibir discriminação, sendo limitada a avaliação à aptidão profissional do candidato para a execução das funções.

No mesmo sentido, Marcus Orione Gonçalves Correa⁴⁰⁷ considera que no caso das entrevistas de admissão, “[...] haveria de se cuidar para que o teor das perguntas – feitas oralmente ou por escrito – não se revelassem desnecessárias para os fins a que se destinam [...]”. Sustenta que deve haver “[...] pertinência entre a pergunta realizada e o posto a ser

⁴⁰⁴ BRASIL, 1988a.

⁴⁰⁵ Exemplos citados por BARROS, 1997a, p. 60.

⁴⁰⁶ A título de exemplo, a Convenção n. 111 proíbe discriminação que se refira tanto aos empregados como aos candidatos ao emprego, e a Convenção n. 159, ao tratar da readaptação profissional, “assegura os mesmos direitos às pessoas com minoração, sendo aplicável àquelas que padecem de deficiências causadas pelo álcool ou drogas ilícitas, portadoras de HIV, enfermas da AIDS e pessoas afetadas pelas anomalias genéticas”. BARROS, 1997a, p. 60.

⁴⁰⁷ CORREIA; MAIOR, 2007, p. 132.

ocupado. No entanto, em hipótese alguma, será possível a realização de perguntas vexatórias ou outras que imponham ao postulante do posto restrições à sua imagem ou à sua integridade moral [...]", o que constituiria "[...] atentado contra direitos fundamentais individuais do ser humano [...]"

Alice Monteiro de Barros⁴⁰⁸ considera que “[...] em face do princípio da igualdade e considerando-se que a vida privada e a intimidade do empregado são invioláveis, o teste de gravidez não pode ser exigido, sob pena de não se efetivarem as normas que vedam a discriminação [...]"

⁴⁰⁸ BARROS, 1997a, p. 104.

6 CONCLUSÃO

A história demonstra que desde a Antiguidade, os indivíduos se associam, vivendo em conjunto. Diversas formas de organização social destacam-se desde os primórdios até a era contemporânea.

Independentemente do momento histórico analisado e da teoria adotada para justificar a agregação social, é certo que nas relações entre os indivíduos sempre se confrontam interesses, que podem levar ao conflito.

Para viabilizar a existência e a manutenção de qualquer grupo social, seja nas eras mais primitivas, seja nos Estados Democráticos de Direito contemporâneos, é imprescindível que exista organização, que abrange, dentre outros aspectos, a imposição de limites aos interesses individuais.

A imposição de limites se concretiza pelo disciplinamento das condutas dos indivíduos, estabelecido de acordo com o valor que seja considerado preponderante por aquele grupo em determinado contexto social.

A padronização destas condutas é justamente uma das formas pelas quais o poder se manifesta nas relações entre os indivíduos, seja sob o aspecto mais amplo – poder político na sociedade – seja o mais restrito – no contexto da relação de emprego.

Trazendo esta reflexão para o campo do Direito e, em seguida, mais especificamente, para o campo do Direito do Trabalho, pode-se dizer que a ordem jurídica se revela justamente como um conjunto de normas destinadas a traduzir as condutas esperadas dos indivíduos, funcionando como um limite à liberdade que é reconhecida a todos (ao menos formalmente) no Estado Democrático de Direito.

À luz das teorias construídas por Dworkin e Alexy, as normas que compõem a ordem jurídica se subdividem em regras jurídicas e princípios.

Diferentes das regras jurídicas, que são preceitos aplicáveis objetivamente em determinadas situações fáticas reguladas pelo Direito, os princípios, são normas genéricas, diretrizes gerais que consubstanciam valores reconhecidos como relevantes na estrutura social, que se harmonizam entre si, conferindo unidade e coesão ao sistema jurídico.

A partir desta compreensão, os princípios assumem o caráter de normas basilares, cumprindo, além das funções interpretativa e de integração jurídica, função normativa própria concorrente. Assim, apresentam-se como comandos abstratos, genéricos e impessoais,

dotados de coercitividade, permitindo a extensão ou restrição de certa norma jurídica, sendo capazes de regular qualquer caso concreto.

Na ordem jurídica brasileira, a partir da Constituição da República de 1988, a dignidade humana se revela como vetor, como princípio ou valor fundamental que norteia todas as demais normas.

Um dos principais instrumentos pelos quais se busca concretizar a dignidade humana é a garantia ao trabalho digno, estando, portanto, tal proposição estreitamente vinculada a outro princípio constitucionalmente reconhecido, o do valor social do trabalho.

Destes valores que norteiam toda a ordem jurídica decorrem diretamente direitos relacionados à personalidade do indivíduo, como o da inviolabilidade do direito à vida, que engloba também o direito à intimidade, o direito à vida privada, o direito à honra, o direito à imagem e o direito ao sigilo de correspondência e de comunicações em geral, dentre outros, que, pela importância que lhes é reconhecida, assumem o caráter de direitos fundamentais.

Estas considerações são extremamente relevantes no campo do Direito do Trabalho, visto que, dentre as várias relações que se desenvolvem entre os indivíduos na sociedade, a relação de emprego se revela como uma das importantes, envolvendo o fenômeno *poder*.

De fato, o poder foi elemento presente em modelos de produção que tinham como hegemônicas outras relações de trabalho, tais como a escravidão e a servidão. Contudo, o traço que as distingue da relação de emprego é a liberdade, visto que naquelas relações a exigência da prestação de trabalho era imposta. O direito de propriedade era o que legitimava que o exercício do poder se estendesse aos escravos e aos servos.

Somente a partir do momento em que os trabalhadores se tornam juridicamente livres dos meios de produção e dos proprietários destes meios (com a transição do modelo de produção feudal para o capitalismo) é que o nexa vinculante das relações passa a ser propriamente o poder. O fundamento de existência e legitimidade do poder é o contrato, pelo qual se concretiza a vontade manifestada pelos sujeitos neste contexto de liberdade.

No contexto em que se verificou a Revolução Industrial, prevaleciam nos planos político, econômico e contratual as idéias liberais que defendiam, principalmente, a liberdade e a não intervenção estatal nas relações entre os indivíduos. Os ideais liberais, atados à busca de lucro preconizada pelo capitalismo, propiciaram a superexploração dos trabalhadores, fazendo com que o caos social se instalasse nos países com desenvolvimento econômico mais avançado na Europa. Assim, além de tornar óbvio o fato de que o poder está associado à propriedade, ficou demonstrado que era preciso restabelecer a ordem dentro do grupo social,

pois, apesar de tratar-se de relação delineada no plano econômico, de caráter privado, seus efeitos interferiam na sociedade como um todo.

Estes fatores, que evidenciavam o quão opressor o poder podia se revelar no âmbito das relações envolvendo o trabalho humano, associados a outros, de caráter econômico, político, social e filosófico, fizeram surgir a idéia de dirigismo contratual. A intervenção do Estado nestas relações, com vistas a estabelecer limites à autonomia das partes, evoluiu desde então até que o Direito do Trabalho se consolidasse como ramo jurídico.

Assim é que, malgrado existir liberdade, como em qualquer relação entre indivíduos, também são impostos limites a ela. E nesta seara até mais intensamente do que em outras relações privadas, em virtude da assimetria que se configura sob o aspecto econômico. O dirigismo contratual, que se manifesta pelo Direito do Trabalho, é a forma pela qual o Estado visa consolidar um objetivo maior, que consiste na busca da melhoria das condições de pactuação da força de trabalho.

A função teleológica deste ramo jurídico, consolidada no artigo 7º da Constituição da República de 1988, harmoniza-se com o valor considerado como fundamental e norteador de toda a ordem jurídica: a dignidade humana. Contudo, mesmo havendo a regulação jurídica, não é eliminado o conflito de interesses. A própria ordem jurídica reconhece e tutela interesses aparentemente inconciliáveis, tais como a propriedade e a livre iniciativa, e, de outro lado, a justiça social e o valor social do trabalho.

No âmbito da relação de emprego, é possível que no caso concreto duas diretrizes, ou valores, possam se apresentar como contraditórios.

Na relação laboral, o empregado abre mão de uma parte de suas liberdades ao colocar-se a serviço do empregador, subordinando-se a este quanto ao modo de realização do trabalho. De outro lado, é reconhecido ao empregador, sujeito que assume os riscos do empreendimento, o direito de exercer um conjunto de prerrogativas voltadas à organização da empresa, que lhe permite fixar comandos técnico-organizacionais e determinar as tarefas e o modo realização, bem como fiscalizar o trabalho e aplicar penalidades em caso de inobservância dos deveres contratuais pelos empregados.

Logo, há, de um lado, a pretensão do empregador, vinculada ao direito de propriedade e à livre iniciativa, e, de outro, pretensões dos empregados, visto que o ordenamento juslaboral e, especificamente, a Constituição da República lhes asseguram um conjunto de direitos, dentre os quais se inserem os de personalidade (relacionados à privacidade e à intimidade), enquanto cidadãos, independentemente de estarem inseridos na relação de emprego.

Este tipo de tensão, ou colisão, de direitos encontra campo ainda mais propício para se instaurar diante dos métodos de fiscalização que passaram a ser viáveis em decorrência da inovação tecnológica das últimas décadas (tais como colocação de câmeras de circuito interno de televisão e fiscalização do uso de internet e e-mail no ambiente de trabalho).

O Direito do Trabalho, assim como qualquer ramo do Direito, deve acompanhar a evolução da sociedade, para regular as situações que passam a ser possíveis nas relações entre os indivíduos. Contudo, ainda que a ordem jurídica fosse capaz de acompanhar este ritmo, nem sempre a regulação expressa é capaz de abarcar todas as variáveis das situações que surgem no plano social, de forma que os princípios se apresentam como fontes normativas preciosas.

Portanto, malgrado a ordem jurídica brasileira não apresentar preceitos objetivos para a solução do problema, é dentro desta unidade coesa que se encontram os critérios que podem ser aplicados para a solução do conflito de direitos em casos concretos.

A solução proposta deverá ser buscada sob a ótica de que não existem direitos – e nem mesmo princípios – absolutos, embora seja identificada certa prevalência e gradação entre eles, estando a ordem jurídica estruturada a partir de um conjunto de valores que, em determinada situação fática, podem se afigurar como mais ou menos relevantes em determinado contexto histórico.

Assim, podem ser limitados tanto os direitos de privacidade e intimidade do empregado como as prerrogativas empresariais de fiscalização (bem como as de direção e punição).

Partindo da premissa de que não há direitos ou princípios absolutos, verifica-se que, em cada caso, somente mediante a ponderação de tais valores, pela aplicação de instrumentos tais como os critérios de proporcionalidade, razoabilidade, boa-fé e não-abuso de direito, é que se poderá identificar qual dos valores em confronto deve prevalecer e, ainda assim, desde que seja plenamente necessário restringir a outra pretensão verificada.

Estabelece-se, portanto, uma premissa de que os direitos fundamentais podem sofrer limitações ou restrições somente se estas forem imprescindíveis, o que deverá ocorrer de forma proporcional.

Neste cotejo, não se poderá desprezar o fato de que a relação de emprego é uma relação assimétrica e de que a ordem jurídica busca concretizar o valor social do trabalho. Assim, o princípio da dignidade humana também será a *ultima ratio*, o grande balizamento da compatibilização entre o direito de propriedade do empregador e o direito à privacidade e intimidade do empregado.

Considerando-se que as relações entre os indivíduos são complexas, comportando diversas variáveis a cada caso, não há como estabelecer uma solução rígida, ampla e genérica para as hipóteses de conflito entre o poder de controle e os direitos constitucionais assegurados ao empregado. Assim, é possível, apenas, fixar os critérios para o relacionamento entre as pretensões dos sujeitos da relação de emprego, conforme se buscou demonstrar, que devem auxiliar o juiz no processo de interpretação, possibilitando o proferimento de uma decisão mais justa.

Neste processo, será conferida grande parcela de discricionariedade ao aplicador do Direito, sendo este fator objeto de críticas a respeito da aplicação do critério da proporcionalidade.

De fato, caso o juiz (na verdade, qualquer profissional do Direito do Trabalho) se deixe inebriar pelo discurso neoliberal, que busca legitimar a hegemonia dos interesses do capital mediante propostas flexibilizatórias do Direito do Trabalho, levando, num movimento cíclico, ao retorno à situação de superexploração que se verificou no contexto da Revolução Industrial – agora, de forma menos óbvia, será inócua toda a discussão traçada neste trabalho. Isso porque, diante de uma idéia pré-concebida firmada sob uma perspectiva neoliberal, os critérios de relacionamento entre o poder diretivo empresarial e os direitos constitucionais dos empregados serão interpretados e aplicados para justificar a restrição aos direitos dos hipossuficientes nesta relação.

Assim, a ideologia é imprescindível para que se verifique como válida a discussão em torno dos critérios de relacionamento entre os direitos fundamentais e o poder diretivo empresarial.

Neste momento em que os imperativos econômicos do mercado buscam fulminar o Direito do Trabalho e sua fisionomia tutelar, a teoria construída a partir dos direitos fundamentais em torno do princípio da dignidade humana deve ser aplicada como forma de se contrapor a este discurso, reafirmar a centralidade do trabalho digno e de evitar a perpetração dos abusos que vêm se proliferando sob a perspectiva neoliberal.

Assim, a discussão em torno de um conflito entre as pretensões do empregado e as do empregador, que aparentemente se delinea no contexto de uma relação privada, bilateral, pode e deve servir como forma de reagir ao discurso hegemônico em prol do capital, tomando proporções de relevância universal.

É isso que se espera para que seja possível continuar intitulando como “direitos fundamentais”, aqueles que efetivamente buscam a melhoria das condições de vida da coletividade de indivíduos.

REFERÊNCIAS

- ALVES, Amauri César. **Novo contrato de emprego: parassubordinação trabalhista**. São Paulo: LTr, 2005.
- BARROS, Alice Monteiro de. **Proteção à intimidade do empregado**. São Paulo: LTr, 1997a.
- BARROS, Alice Monteiro de. Poder hierárquico do empregador. Poder diretivo. In: **Curso de Direito do Trabalho: estudos em memória de Célio Goyatá**. Alice Monteiro de Barros (Coord.). 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: LTr, 1997b.
- BARROS, Alice Monteiro de. **Contratos e regulamentações especiais de trabalho: peculiaridades, aspectos controvertidos e tendências**. São Paulo: LTr, 2001.
- BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr, 2005.
- BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de Direito do Trabalho**. 3. ed. São Paulo: LTr, 2007.
- BRANCO, Ana Paula Tauceda. A colisão de princípios constitucionais no Direito do Trabalho. São Paulo: LTr, 2007.
- BRASIL. **Decreto 5.452, de 1º de maio de 1943**. Aprova a consolidação das leis do trabalho. Brasília: Diário Oficial da União, p. 011937, col. 1.
- BRASIL. Artigo 373-A da Consolidação das Leis do Trabalho. Brasília, DF: Senado, 1988a.
- BRASIL. **Constituição 1988**. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado, 1988b.
- BRASIL. **Novo Código Civil brasileiro**. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.
- BRASIL. **Tribunal Superior do Trabalho**. Uso de e-mail corporativo. [...]. Recurso de Revista 613-2000-013-10-00-7. Relator Ministro João Oreste Dalazen. Brasília, 18 de mai. 2005. Disponível em: <<http://www.tst.gov.br/basesjuridicas/>>. Acesso em: 27 nov. 2005.
- CARRION, Valentim. **Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho**. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.
- CARVALHO, Augusto César Leite de. **Direito Individual do Trabalho**. Rio de Janeiro: Forense, 2007.
- CASTILHO, Maria Augusta de. **Roteiro para elaboração de monografia em ciências jurídicas**. 3. ed. São Paulo: Sugestões Literárias, 2002.
- CHALHUB, Samira. **Funções da linguagem**. 4. ed. São Paulo: Ática, 1990. (Série Princípios).
- CORREIA, Marcus Orione Gonçalves; MAIOR, Jorge Luiz Souto. **O que é Direito Social?** In: Curso de Direito do Trabalho. v. I: Teoria geral do Direito do Trabalho. Marcus Orione Gonçalves Correia (Org.). São Paulo: LTr, 2007.

DELGADO, Gabriela Neves. **Estado de Direito e Direito ao Trabalho**: trabalho regulado e cidadania. Projeto apresentado ao exame de admissão para os Cursos de Pós-Graduação em Direito, em nível de Doutorado, na área de concentração de Filosofia do Direito na Universidade Federal de Minas Gerais. Belo Horizonte, 2003.

DELGADO, Gabriela Neves. **Direito fundamental ao trabalho digno**. São Paulo: LTr, 2006.

DELGADO, Maurício Godinho. **Democracia e justiça**. São Paulo: LTr, 1993.

DELGADO, Maurício Godinho. **O poder empregatício**. São Paulo: LTr, 1996.

DELGADO, Maurício Godinho. **Princípios de Direito Individual e Coletivo do Trabalho**. 2. ed. São Paulo: LTr, 2004.

DELGADO, Maurício Godinho. **Capitalismo, trabalho e emprego**. Entre o paradigma da destruição e os caminhos de reconstrução. São Paulo: LTr, 2006a.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 5. ed. São Paulo: LTr, 2006b.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 6. ed. São Paulo: LTr, 2007.

ECO, Umberto. **Como se faz uma tese**. Trad. Gilson César Cardoso de Souza. 2. ed. São Paulo: Perspectiva, 1985.

FIGUEIRÔA JÚNIOR, Narciso. O uso de *e-mail* no ambiente de trabalho. **Suplemento Trabalhista LTr**, São Paulo, LTr, a. 41, n. 106, p. 481-483, 2005.

FONSECA, Ricardo Marcelo. **Modernidade e contrato de trabalho**: do sujeito de direito à sujeição jurídica. São Paulo: LTr, 2002.

FOUCAULT, Michel. **Microfísica do poder**. Rio de Janeiro: Editora Graal, 1989.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**: nascimento da prisão. 25. ed. Petrópolis: Vozes, 2002.

GALUPPO, Marcelo Campos. **Da idéia à defesa**: monografias e teses jurídicas. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.

GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. **Curso de Direito do Trabalho**. São Paulo: Método, 2007.

GORZ, André. **Estratégia operária e neocapitalismo**. Trad. Jacqueline Castro. Rio de Janeiro: Zahar, 1968.

HENRIQUES, Antônio; MEDEIROS, João Bosco. **Monografia no curso de Direito**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

HOBBSBAWN, Eric J. **Era dos extremos**: o breve século XX, 1914-1991. São Paulo: Companhia das Letras, 1997.

LAKATOS, Eva Maria; MARCONI, Maria de Andrade. **Metodologia do trabalho científico**. São Paulo: Atlas, 1986.

LEITE, Eduardo de Oliveira. **A monografia jurídica**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

LEITE, Márcia de Paula. Novas formas de gestão de mão-de-obra e sistemas participativos: uma tendência à democratização das relações de trabalho? **Educação e Sociedade, Revista Quadrimestral de Ciência da Educação**, Centro de Estudos de Educação e Sociedade (CEDES), Campinas, Papyrus, a. XIV, n. 45, p. 190-210, ago. 1993.

LIMA, Firmino Alves. **Mecanismos antidiscriminatórios nas relações de trabalho**. São Paulo: LTr, 2006.

LOPES, Gustavo de Aquino Leonardo. **O controle pelo empregador do uso da internet pelos empregados**. 2003. 258f. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito Milton Campos, área de concentração Direito Empresarial, Belo Horizonte.

MAGANO, Octavio Bueno. **Do poder diretivo na empresa**. São Paulo: Saraiva, 1982.

MALLET, Estevão. **Direito, Trabalho e processo em transformação**. São Paulo: LTr, 2005.

MANDEL, Ernest (Org.). **Control obrero, consejos obreros, autogestión**. México: Ediciones Era, 1977.

MEIRELES, Edilton. **Abuso do Direito na relação de emprego**. São Paulo: LTr, 2004.

MELHADO, Reginaldo. **Poder e sujeição: os fundamentos da relação de poder entre capital e trabalho e o conceito de subordinação**. São Paulo: LTr, 2003.

MORAES FILHO, Evaristo de. **Trabalho a domicílio e contrato de trabalho**. São Paulo: LTr, 1994.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 15. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Iniciação ao Direito do Trabalho**. 30. ed. São Paulo: LTr, 2004.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Iniciação ao Direito do Trabalho**. 32. ed. São Paulo: LTr, 2006.

NEVES, Magda de Almeida. Modernização industrial no Brasil: o surgimento de novos paradigmas na organização do trabalho. **Educação & Sociedade, Revista Quadrimestral de Ciência da Educação**, Centro de Estudos de Educação e Sociedade (CEDES), Campinas, Papyrus, n. 45, p. 268-277, ago. 1993.

NUNES, Luiz Antônio Rizzatto. **Manual da monografia jurídica**. São Paulo: Saraiva, 1997.

OLIVEIRA, José César de. Formação histórica do Direito do Trabalho. In: **Curso de Direito do Trabalho: estudos em memória de Célio Goyatá**. Alice Monteiro de Barros (Coord.). 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: LTr, 1997.

OLIVEIRA, Magnae Latitia Brito dos Reis. Relação de emprego: o elemento ‘subordinação’ no contrato de trabalho com as novas tecnologias. In: **Síntese Trabalhista**. Porto Alegre, Síntese, v. 14, n. 164, p. 127-132, fev. 2003.

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE MINAS GERAIS. Pró-Reitoria de Graduação. Sistema de Bibliotecas. **Padrão PUC Minas de normalização**: normas da ABNT para apresentação de trabalhos científicos, teses, dissertações e monografias. Belo Horizonte, 2007. Disponível em: <<http://www.pucminas.br/biblioteca>>. Acesso em: 04 fev. 2007.

RENAULT, Luiz Otávio Linhares. **Processo do trabalho atual e temas conexos**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.

RIFIKIN, Jeremy. **O fim dos empregos**: o declínio inevitável dos níveis dos empregos e a redução da força global de trabalho. São Paulo: Makron Books, 1995.

RODRIGUES, Manuel Cândido. **Da especificidade do “dano moral”**. 2000. 410f. Tese (Doutorado) – Universidade Federal de Minas Gerais, área de concentração Direito Civil. Belo Horizonte.

RODRIGUEZ, Américo Plá. **Princípios de Direito do Trabalho**. 3. ed. São Paulo: LTr, 2000.

ROMITA, Arion Sayão. **O poder disciplinar do empregador**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1983.

SALGADO, Joaquim Carlos. Os direitos fundamentais e a constituinte. In: AMORIM, Edgar (Coord.). **Constituinte e Constituição**. Belo Horizonte: Conselho de Extensão da UFMG, 1986.

SALGADO, Joaquim Carlos. Os direitos fundamentais. In: **Revista Brasileira de Estudos Políticos**. Belo Horizonte, UFMG, v. 82, p. 15-69, jan. 1996.

SILVA, Luiz de Pinho Pedreira da. **Principiologia do Direito do Trabalho**. 2. ed. São Paulo: LTr, 1999.

SIMM, Zeno. Os direitos fundamentais nas relações de trabalho. **Revista LTr**, São Paulo, LTr, v. 69, n. 69-11/1287, 2005.

SIMON, Sandra Lia. Proteção constitucional da intimidade e da vida privada do empregado. São Paulo: LTr, 2000.

SUSSEKIND, A.; MARANHÃO, D.; VIANNA, S. **Instituições de Direito do Trabalho**. 13. ed. São Paulo: LTr, 1992. v. 1.

TAKAHASSHI, H. Kohachiro. Uma contribuição para a discussão. In: **Do feudalismo ao capitalismo**. Lisboa: Publicações Dom Quixote, 1971, p. 105.

TOUCHARD, Jean. **História das idéias políticas**. Lisboa: Publicações Europa-América, 1970. v. 2.

TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 3ª REGIÃO. **Consulta/bases jurídicas/jurisprudência**. Disponível em: <<http://www.trt.gov.br>>. Acesso em: 07 jul. 2006.

TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. **Bases Jurídicas/jurisprudência/unificada do TST**. Disponível em: <<http://www.tst.gov.br>>. Acesso em: 13 jul. 2006.

VIANA, Márcio Túlio. **Direito de resistência**. São Paulo: LTR, 1996.

VIANA, Márcio Túlio. Direito do trabalho e flexibilização. In: **Curso de Direito do Trabalho**: estudos em memória de Célio Goyatá. Alice Monteiro de Barros (Coord.). 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo, LTr, 1997.

VIANA, Márcio Túlio. Terceirização e sindicato: um enfoque para além do direito. **Revista da Faculdade de Direito**, Belo Horizonte, UFMG, v. 7, n. 13 e 14, p. 50-82, 2004.

VILHENA, Paulo Emílio Ribeiro de. Princípios de direito. Princípio jurídico. Direito do Trabalho. In: **Curso de Direito do Trabalho**: estudos em memória de Célio Goyatá. Alice Monteiro de Barros (Coord.). 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo, LTr, 1997, p. 120.