



FACULDADE BAIANA DE DIREITO E GESTÃO
CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

INÁCIO DOS SANTOS MACEDO

**OS DIREITOS FUNDAMENTAIS DO EMPREGADO COMO
LIMITAÇÃO DO PODER DIRETIVO DO EMPREGADOR NAS
RELAÇÕES DE EMPREGO**

Salvador
2018

INÁCIO DOS SANTOS MACEDO

**OS DIREITOS FUNDAMENTAIS DO EMPREGADO COMO
LIMITAÇÃO DO PODER DIRETIVO DO EMPREGADOR NAS
RELAÇÕES DE EMPREGO**

Monografia apresentada como requisito parcial para obtenção do grau de Pós-graduado em Direito pela Faculdade Baiana de Direito e Gestão.

Salvador
2018

MACEDO, Inácio dos Santos. **Os direitos fundamentais do empregado como limitação do poder diretivo do empregador nas relações de emprego.** 69 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Pós-graduação) – Faculdade de Direito. Faculdade Baiana de Direito e Gestão. Salvador, 2018.

RESUMO

Pesquisa teórica e não exaustiva, com a finalidade de explorar sobre os direitos fundamentais do empregado como limitação do poder diretivo do empregador no vínculo empregatício. Neste trabalho, será feito um estudo sobre os direitos fundamentais, de modo a abarcar suas características, funções e dimensões, analisando os direitos fundamentais de primeira, segunda, terceira, quarta e quinta dimensões, bem como uma análise sobre as hipóteses de colisão entre os direitos fundamentais, observando as regras versus princípios e o princípio da proporcionalidade e da ponderação. Num segundo momento, estudar-se-ão as relações de emprego, diferenciando os institutos da relação de emprego e da relação de trabalho, além de uma observação sobre as características das relações de emprego. Ao final, haverá uma verificação acerca do poder diretivo do empregador e suas restrições em face da proteção aos direitos fundamentais do empregado, com a devida análise do conceito e características do poder diretivo, dos limites do poder diretivo do empregador diante das garantias constitucionais do empregado, e, ainda, sobre as consequências do abuso do poder diretivo.

Palavras-Chave: Poder Diretivo. Relação de Emprego. Consolidação das Leis do Trabalho. Direitos Fundamentais do Empregado.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	8
1. VISÃO GERAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS	12
1.1. CARACTERÍSTICAS.	15
1.2. FUNÇÕES.	18
1.3. DIMENSÃO.....	20
1.3.1. Primeira Dimensão	21
1.3.2. Segunda Dimensão	22
1.3.3. Terceira Dimensão	24
1.3.4. Quarta e Quinta Dimensão	24
1.4. COLISÃO ENTRE DIREITOS FUNDAMENTAIS.	25
1.4.1. Regras X Princípios	26
1.4.2. Princípio da proporcionalidade e ponderação	29
2. AS RELAÇÕES DE EMPREGO	33
2.1. RELAÇÕES DE TRABALHO X VÍNCULO EMPREGATÍCIO.	34
2.2. CARACTERÍSTICAS DAS RELAÇÕES DE EMPREGO	35
2.3. SUJEITOS CONCERNENTES AO VÍNCULO DE EMPREGO	42
3. O PODER DIRETIVO DO EMPREGADOR E SUAS RESTRIÇÕES EM FACE DA PROTEÇÃO AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DO EMPREGADO.	48
3.1. CONCEITO E CARACTERÍSTICAS DO PODER DIRETIVO	48
3.2. LIMITES AO PODER DIRETIVO DO EMPREGADOR DIANTE DAS GARANTIAS CONSTITUCIONAIS DO EMPREGADO.....	57
3.3. CONSEQUÊNCIAS DO ABUSO DE PODER NO USO DO PODER DIRETIVO	59
CONCLUSÃO	64
REFERÊNCIAS	68

INTRODUÇÃO

O trabalho ora apresentado tem por finalidade realizar uma análise e verificação acerca dos direitos fundamentais do empregado como limitação do poder diretivo do empregador nas relações de emprego, utilizando como base a legislação trabalhista e as diversas normas que tenham pertinência com o tema.

Ressalta-se a relevância do tema para o cenário social e jurídico, posto que é um assunto bastante presente no meio das relações empregatícias e implicam reflexos para outros âmbitos. Com isso, se faz importante a observação sobre os direitos fundamentais do empregado e sua restrição ao poder de direção exercido pelo empregador nos vínculos de emprego.

Os direitos fundamentais têm bases históricas sólidas. Com a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, fruto da Revolução Francesa, ocorre o início da garantia das liberdades individuais.

O que é importante destacar é que os direitos fundamentais são resultado da busca pela efetivação do princípio da dignidade da pessoa humana. No ordenamento brasileiro é um princípio tão importante e balizador do ordenamento que está expressamente previsto no artigo 5º da Constituição Federal de 1988, como um dos fundamentos da República.

Hoje, já foi superado o estágio em que se buscava o reconhecimento constitucional desses direitos, passando-se a buscar sua efetivação diante das transformações que ocorrem sem que existam meios de prever e se antecipar aos problemas sociais que surgem no decorrer da evolução humana.

No que tange ao vínculo empregatício, a evolução das legislações trabalhistas, por ter sido lenta, não foi suficiente para acompanhar os avanços que as relações internas de trabalho passaram, de modo que o poder diretivo ainda passou por percalços para se estabilizar dentro do vínculo trabalhista.

O trabalho em tela aborda uma pesquisa com recortes temático e jurídicos.

De início, será feita uma exposição sobre os direitos fundamentais, suas características, funções e dimensões, e, ainda, acerca da colisão entre direitos fundamentais.

Num segundo momento, o presente estudo será realizado visando analisar o instituto da relação de emprego, ilustrando sua relação com o vínculo de trabalho, bem como suas características e os sujeitos atinentes à esta, sendo tal estudo de primordial relevância profissional, tendo em vista os estigmas já presentes na sociedade e a constante evolução que rodeia o mundo jurídico, e, conseqüentemente, os acadêmicos, as organizações e o mercado de trabalho.

Por fim, far-se-á uma exploração sobre o poder diretivo do empregador e suas restrições em face da proteção aos direitos fundamentais do empregado, de modo a explicar sobre o conceito e as características do poder de direção, os limites ao poder diretivo do empregador diante das garantias constitucionais do empregado e, ainda, as conseqüências do abuso de poder no uso do poder diretivo pelo empregador.

A sociedade passa por um constante progresso, ao passo que diversos fatores externos, como fatores econômicos e sociais, tendem a acompanhar este crescimento. Neste sentido, as relações profissionais buscam quebrar cada vez mais paradigmas e conservadorismos que carregavam consigo, para que possam alcançar o avanço da modernidade. A relação de emprego deve, portanto, estar em gradativo processo de melhoria, para que não traga prejuízos para as partes atinentes à esta e para a própria instituição.

Diante desse contexto, e baseada numa análise aprofundada da Consolidação das Leis do Trabalho e de outras legislações relacionadas, é de suma importância a compreensão acerca dos direitos fundamentais do empregado e da restrição do poder de direção do empregador nas relações empregatícias.

O objetivo, então, da monografia presente é elaborar um embasamento teórico apto a denotar a relevância de um estudo extensivo sobre os direitos fundamentais do empregado e as situações nas quais estes atuam como limitador do poder diretivo do empregador nos vínculos de emprego, à luz da Consolidação

das Leis do Trabalho e das demais normas atinentes ao tema. Logo, o resultado esperado decorre da análise crítica a ser abordada no trabalho e pesquisa ora apresentados, acerca dos direitos fundamentais do empregado e do poder diretivo do empregador.

Foram examinadas obras de autores renomados, como Maurício Godinho Delgado, Amauri Mascaro Nascimento, Ricardo Resende, Henrique Correia, e outros. O presente trabalho também analisará segundo a Consolidação das Leis do Trabalho, a partir de uma análise dos institutos e suas repercussões. Também, serão explorados os contextos em que os sujeitos concernentes ao contrato de emprego norteiam o âmbito jurídico e o reflexo do vínculo entre estes nas situações do presente momento. Assim, será feito um trabalho lastreado no estudo doutrinário, bem como em legislações atuais.

A partir de um estudo ontológico, para interpretar um momento da atualidade, com os institutos e noções explorados, que será apresentado no interior do trabalho, será feita uma observação qualitativa, abordando conceitos e elementos que configuram as relações de trabalho e de emprego, pela Consolidação das Leis do Trabalho, também.

O desenvolvimento do presente trabalho científico será realizado através de pesquisa bibliográfica e jurisprudencial, com o objetivo de aprofundamento quanto ao tema tanto pelo entendimento da doutrina quanto da jurisprudência, correlacionando com o que dispõe a Lei nº 11.788/08.

De igual modo, métodos sistemáticos e explícitos serão usufruídos para recuperar, apontar e avaliar os resultados de estudos primordiais sobre a o vínculo empregatício, de maneira geral e específica, além de reunir e sistematiza os dados dos estudos primários.

O presente trabalho, também, será abrangido por pesquisas bibliográficas e pesquisas descritivas, para que as contribuições teóricas sobre o tema sejam exploradas na sua mais detalhada forma, e, ainda, utilizando de abordagens sobre os aspectos que se deseja conhecer e descobrir com a monografia em tela,

conforme o disposto no dispositivo legal trabalhista, para, assim, alcançar entendimento sobre os institutos abordados.

1. VISÃO GERAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

O patamar de democracia que determinado Estado alcançou pode ser medido pela forma como são conduzidas, ampliadas e aplicadas as políticas concernentes aos direitos fundamentais. Seja em uma perspectiva política, social ou legislativa, garantir a efetivação desses direitos será sempre uma bandeira característica de nações democráticas. Portanto, seu papel é decisivo na vida em sociedade.

Tal fator acaba por elucidar os sinais que identificam uma sociedade problemática ou que exerça um grau maior ou menor de opressão, a depender do campo em que a tutela dos direitos fundamentais seja deficiente – ou até mesmo inexistente.

Neste sentido, Paulo Bonavides afirma que:

Toda interpretação dos direitos fundamentais, vincula-se, de necessidade, a uma teoria dos direitos fundamentais; esta, por sua vez, a uma teoria da Constituição, e ambas – a teoria dos direitos fundamentais e a teoria da constituição – a uma indeclinável concepção do Estado, da Constituição e da cidadania, consubstanciando uma ideologia, sem a qual aquelas doutrinas, em seu sentido político, jurídico e social mais profundo, ficariam de todo ininteligíveis. De tal concepção brota a contextura teórica que faz a legitimidade da Constituição e dos direitos fundamentais, traduzida numa tábua de valores, os valores da ordem democrática do Estado de Direito onde jaz a eficácia das regras constitucionais e repousa a estabilidade de princípios do ordenamento jurídico, regido por uma teoria material da Constituição.¹

À luz da Constituição Federal, nas declarações do final do século XVIII, com o reconhecimento e a consagração dos direitos fundamentais, é possível visualizar a dimensão desses direitos. As transformações profundas ocorridas na sociedade, sobretudo com a mudança do Estado liberal para o Estado de Direito, além das mudanças ocorridas a partir da Revolução Industrial, como todo o impacto tecnológico advindo desse período, contribuíram de forma decisiva na busca do indivíduo por uma proteção mais efetiva.

¹ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 15.ed. SÃO PAULO: Malheiros, 2004. P. 616

Direitos subjetivos, liberdades públicas, direitos humanos, entre outros, são comumente usados para se referir aos direitos relativos à pessoa e sua dignidade nas dimensões existentes. Neste trabalho, é utilizada a expressão “direitos fundamentais”, tanto por uma questão de abrangência relacionada aos direitos individuais, como por ser a terminologia escolhida pela Constituição Federal de 1988. São, portanto, direitos humanos positivados em âmbito constitucional.

Conforme entendimento de Ingo Wolfgang Sarlet,

Reconhecer a diferença, contudo, não significa desconsiderar a íntima relação entre os direitos humanos e os direitos fundamentais, uma vez que a maior parte das Constituições do segundo pós-guerra se inspirou tanto na Declaração Universal de 1948, quanto nos diversos documentos internacionais e regionais que as sucederam, de tal sorte que – no que diz com o conteúdo das declarações internacionais e dos textos constitucionais – está ocorrendo um processo de aproximação e harmonização, rumo ao que já está sendo denominado (e não exclusivamente – embora principalmente –, no campo dos direitos humanos e fundamentais) de um direito constitucional internacional.² (SARLET, 2012, p. 32-33)

O critério utilizado como base é a dignidade da pessoa humana. Os direitos fundamentais devem prever e concretizar esse princípio, outorgando ao indivíduo posições subjetivas. Tomando a dignidade como princípio basilar (não exclusivo ou único), todos os direitos devem se fundamentar nele e promover sua garantia. Direito à liberdade, à vida e à privacidade, são a materialização do princípio da dignidade humana.

De acordo com Dirley da Cunha Junior,

À vista desse critério, podemos conceituar direitos fundamentais como aquelas posições jurídicas que investem o ser humano de um conjunto de prerrogativas, faculdades e instituições imprescindíveis a assegurar uma existência digna, livre, igual e fraterna de todas as pessoas.³ (CUNHA JUNIOR, 2012, p. 573)

Logicamente, esses direitos são essenciais à condição humana como também exercem importante papel na legitimação do Estado de Direito. O surgimento do moderno Estado constitucional passa pela história dos direitos

² SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 11ª ed. rev. atual., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. P. 32-33

³ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. 6. ed. Salvador: JusPodivm, 2012.

fundamentais, uma vez que sua razão de existir, de modo essencial, reside na garantia e reconhecimento da dignidade da pessoa humana. O poder do Estado é limitado também pelo exercício dos cidadãos dos seus direitos subjetivos.

Nas palavras de Carmem Lucia Rocha,

A Constituição tem alma de Direito e forma de Lei, formulando-se como seu coração — órgão dominante e diretor de suas ações — os direitos fundamentais do homem. Direitos fundamentais em duplo sentido jurídico: de um lado, são eles essenciais aos homens em sua vivência com os outros, fundando-se neles, em seu respeito e acatamento, as relações de uns com os outros homens e com o próprio Estado; de outro lado, eles fornecem os fundamentos da organização estatal, dando as bases sobre as quais as ações da entidade estatal se desenvolvem, em cujos limites se legitimam (determinantes de limites negativos) e para a concretização dos quais se determinam comportamentos positivos do Estado (determinantes positivos).⁴

É importante registrar que, ainda que estejam positivados em âmbito constitucional, os direitos fundamentais não se limitam aos que estão expressamente contemplados no rol do art. 5º da Constituição Federal de 1988. Eles permeiam todo o texto e, logicamente, em tratados internacionais que versem sobre o tema.⁵

Essa influência dos direitos fundamentais no ordenamento é a característica de sua dimensão objetiva, onde exercem influência na aplicação e interpretação normativa.

Sobre o assunto, Gilmar Mendes:

A dimensão objetiva resulta do significado dos direitos fundamentais como princípios básicos da ordem constitucional. Os direitos fundamentais participam da essência do Estado de Direito Democrático, operando como limite do poder e como diretriz para sua ação. As constituições democráticas assumem um sistema de valores que os direitos fundamentais revelam e positivam. Esse fenômeno faz com que os direitos fundamentais

⁴ ROCHA, Carmen Lucia Antunes. **O constitucionalismo contemporâneo e a instrumentalização para a eficácia dos direitos fundamentais.** Disponível em <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/14729-14730-1-PB.htm>> Acesso em: 02 mar. 2018

⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais.** 11ª ed. rev. atual., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. P. 91

influem sobre todo o ordenamento jurídico, servindo de norte para a ação de todos os poderes constituídos.⁶

Essa perspectiva objetiva enseja também um dever de proteção pelo Estado contra agressões do próprio Poder Público, de particulares ou de outros Estados.

Conforme entendimento de Sarlet,

Neste contexto, quando – no âmbito da assim denominada perspectiva subjetiva – falamos de direitos fundamentais subjetivos, estamos nos referindo à possibilidade que tem o seu titular (considerado como tal a pessoa individual ou ente coletivo a quem é atribuído) de fazer valer judicialmente os poderes, as liberdades ou mesmo o direito à ação ou às ações negativas ou positivas que lhe foram outorgadas pela norma consagradora do direito fundamental em questão.⁷

É um aspecto complementado pela visão subjetiva, onde os direitos fundamentais têm característica de ensejar que se adote um dado comportamento ou o desejo de produzir efeitos sobre relações jurídicas.

1.1. Características

Os direitos fundamentais possuem características comuns, que os identificam entre si e também estabelecem formas de diferencia-los de outras categorias jurídicas. É uma tarefa complexa, visto que sua concretização e significado em determinado Estado dependem de vários fatores, inclusive alguns fora do âmbito jurídico, como peculiaridades culturais e históricas de um povo. Porém, algumas características podem ser observadas de uma maneira mais consistente e frequente. A historicidade é uma das características mais marcantes, por conta de seu longo processo de afirmação através das lutas do homem por sua liberdade.

Por serem indispensáveis à vida com dignidade, são universais, ou seja, destinam-se a todos os seres humanos. Ao mesmo tempo em que se aplicam a todos, tem elementos diferenciadores, pois alguns se destinam a determinados

⁶ MENDES, Gilmar Ferreira. et al. **Curso de Direito Constitucional**. 2ª ed. rev. atual. Sao Paulo: Saraiva, 2008. P. 266

⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 11ª ed. rev. atual., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. P. 154

grupos, como no caso dos direitos trabalhistas. São posições específicas que não se destinam a todos, apenas pela condição da existência, mas sim aos interesses de determinado grupo.

Sendo assim, temos o entendimento de que a fundamentalização desses direitos implica reconhecer que determinados objetivos vitais de algumas pessoas, seus anseios pessoais únicos e individuais, suas aspirações e desejos, têm tanta importância como os objetivos básicos do conjunto de pessoas, ou seja, da sociedade em geral.⁸

A universalidade não pressupõe uma necessária e absoluta uniformidade dos direitos fundamentais. Também não está acima da constatação de que um mesmo direito fundamental pode vir a assumir diferentes interpretações em contextos distintos.⁹

Já com relação ao seu caráter absoluto, há a premissa de que são direitos situados em um patamar elevado no ordenamento, sem que haja nenhuma restrição direta à sua aplicação. Ou seja, gozariam de prioridade em detrimento do interesse coletivo.

Este tema é aprofundado no presente trabalho, mas vale ressaltar, desde já, que os direitos fundamentais podem sofrer limitações, seja por outras previsões constitucionais ou por outros direitos fundamentais.

Conforme entendimento de Gilmar Mendes,

A leitura da Constituição brasileira mostra que essas limitações são, às vezes, expressamente previstas no Texto. Até o elemental direito à vida tem limitação explícita no inciso XLVII, a, do art. 5º, em que se contempla a pena de morte em caso de guerra formalmente declarada.

Não há, portanto, em princípio, que falar, entre nós, em direitos absolutos. Tantos outros direitos fundamentais como outros valores com sede constitucional podem limita-los.¹⁰

⁸ MENDES, Gilmar Ferreira. et al. **Curso de Direito Constitucional**. 2ª ed. rev. atual. Sao Paulo: Saraiva, 2008. P. 240

⁹ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. 6. ed. Salvador: JusPodivm, 2012. P. 638

¹⁰ MENDES, Gilmar Ferreira. et al. **Curso de Direito Constitucional**. 2ª ed. rev. atual. Sao Paulo: Saraiva, 2008. P. 241

Outra característica trata da indisponibilidade. Esta expressão é utilizada ao logo do texto seguindo a interpretação de Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona Filho:

Preferimos utilizar a expressão genérica “indisponibilidade” dos direitos da personalidade, pelo fato de que ela abarca tanto a intransmissibilidade (impossibilidade de modificação subjetiva, gratuita ou onerosa – inalienabilidade) quanto a irrenunciabilidade (impossibilidade de reconhecimento jurídico da manifestação volitiva de abandono do direito).

Um direito inalienável não permite que seu titular impossibilite o exercício para si mesmo, seja física ou juridicamente. O fato do titular consentir não deixa o direito fundamental em um segundo plano, em um papel secundário.¹¹ É o clássico exemplo da proibição da venda de parte do seu corpo, ainda que isso ocorra de forma ilegal, expondo indivíduos a inúmeros riscos.

A indisponibilidade está baseada na dignidade da pessoa humana, sendo os direitos que visam resguardar a vida biológica ou que visem preservar as condições normais de saúde física e mental, além da liberdade de tomar decisões sem sofrer efeitos de coerção externa.¹² Já a irrenunciabilidade traz a ideia de que não se pode abrir mãos desses direitos, inclusive por uma questão de ordem pública.

No campo da intransmissibilidade, não é tolerada a transferência de titularidade de uma pessoa para outra, por seu caráter personalíssimo e de vinculação com a dignidade. Porém, de modo excepcional, admite-se a transmissibilidade. É o exemplo do uso de imagem, cedido para diversos fins, seja no campo da publicidade ou até mesmo da exposição consentida, dentro dos limites de respeito ao indivíduo, da intimidade em um *reality show*. Sem práticas vexatórias ou que exponham e coloquem em jogo as condições de existência dignas do ser humano, esse tipo de exposição é cada vez mais comum e está, em vários casos, vinculada a recompensa financeira.

Nas palavras de STOLZE e PAMPLONA:

Tome-se o exemplo do direito à imagem. Em essência, esse direito é intransmissível, uma vez que ninguém pode pretender transferir juridicamente a sua forma plástica a terceiro. Ocorre que a natureza do próprio direito admite a cessão de uso dos direitos à imagem. Não se trata

¹¹ MENDES, Gilmar Ferreira. et al. **Curso de Direito Constitucional**. 2ª ed. rev. atual. Sao Paulo: Saraiva, 2008. P. 242

¹² Idem, Ibidem. P. 243

da transferência do direito em si, mas apenas da sua faculdade de uso. Essa cessão, realizada contratualmente, deverá respeitar a vontade do seu titular, e só poderá ser interpretada restritivamente. Assim, se uma atriz famosa autorizou a publicação de sua imagem em informe publicitário (cessão de uso), não se admitirá outra utilização (veiculação em *outdoors*, por exemplo) sem a sua expressa aquiescência, sob pena de se responsabilizar civilmente o infrator.

Podem ainda ser exercidos de modo cumulativo, onde o exercício de um não impede a efetivação de outro, uma vez que os anseios, necessidades e garantias humanas não são únicas e dissociáveis no tempo e no espaço.

Um dos mais interessantes traços característicos reside no princípio da proibição do retrocesso. Por serem resultados de um processo histórico, evolutivo, com conquistas pautadas na dignidade da pessoa humana, os direitos fundamentais não podem ser extintos ou enfraquecidos. Impede que normas que versem sobre direitos fundamentais sejam revogadas ou substituídas por outras que venham a reduzir direitos já conquistados.

Essa garantia protege o cidadão das eventuais arbitrariedades do Estado. Além de assegurar a identidade do Estado brasileiro e os princípios que regem a democracia, acaba também por resguardar a Constituição da influência política e do absolutismo de minorias parlamentares. A estabilidade da segurança jurídica protege da redução ou até mesmo eliminação da eficácia de normas de cunho fundamental.¹³

O autor ainda ressalta que, logicamente, as transformações sociais acontecem e o retrocesso por vezes é algo inevitável, mas está assegurado pela certeza jurídica. A estabilidade não surge com o condão de evitar mudanças que o contexto social anseia, apenas irá garantir que aconteça de forma justa e quando necessária.¹⁴

1.2. Funções

¹³ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 11ª ed. rev. atual., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. P. 442-444

¹⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 11ª ed. rev. atual., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. P. 442-444

Em uma função de defesa, temos a proteção do indivíduo contra os abusos do poder do Estado, competências negativas, um “não fazer” que limita a atuação na esfera do indivíduo. Inibem que o Estado dificulte a ação do cidadão que age em defesa de suas liberdades. Conforme expõe Gilmar Mendes,

A clássica concepção de matriz liberal-burguesa dos direitos fundamentais informa que tais direitos constituem, em primeiro plano, direitos de defesa do indivíduo contra ingerências do Estado em sua liberdade pessoal e propriedade. Esta concepção de direitos fundamentais – apesar de ser pacífico na doutrina o reconhecimento de diversas outras – ainda continua ocupando um lugar de destaque na aplicação dos direitos fundamentais. Esta concepção, sobretudo, objetiva a limitação do poder estatal a fim de assegurar ao indivíduo uma esfera de liberdade. Para tanto, outorga ao indivíduo um direito subjetivo que permite evitar interferências indevidas no âmbito de proteção do direito fundamental ou mesmo a eliminação de agressões que esteja sofrendo em sua esfera de autonomia pessoal.¹⁵

Além disso, os bens da vida são juridicamente protegidos pelos direitos fundamentais, como no exemplo do direito à privacidade e intimidade.

O Estado não é impedido de agir, ou seja, o indivíduo não está totalmente imune e protegido da atuação estatal. O que se pretende coibir é a conduta abusiva, que ultrapasse os limites previstos na Constituição. O Estado não é omissor nem inerte, muito longe disso. A grande questão é evitar uma eventual lesão às garantias individuais.

Com o passar do tempo, ocorreu o exato inverso: não se buscou um isolamento do homem e da atividade estatal, mas sim este sendo cada vez mais compelido a participar da vida das pessoas, sendo mais exigido e questionado para ter uma participação mais ativa, que visasse a reduzir as desigualdades e atendesse as necessidades mais básicas.

Exemplos clássicos dessa função são encontrados nos direitos ao trabalho, educação e cultura, que são prestações que o indivíduo realiza através da atuação do Estado. São atuações positivas dos governos, seja em uma dimensão jurídica ou em uma perspectiva material.

¹⁵ MENDES, Gilmar Ferreira. **Os direitos fundamentais e seus múltiplos significados na ordem constitucional.** 1999. Disponível em: <
http://www.gilmarmendes.org.br/index.php?option=com_phocadownload&view=category&id=9:direitos-fundamentais&Itemid=74 >. Acesso em: 08 mar. 2018.

Muitos direitos fundamentais se concretizam apenas na atuação normativa. Isso já é o suficiente para que ganhem sentido e sejam exercidos pelo indivíduo, por já possuírem conteúdo jurídico. A função aqui seria municiar o indivíduo de condições para exigir do Estado a materialização das normas que já estão previstas e que lhe garantem um mínimo existencial digno.

Por outro lado, há outro conjunto de direitos que possuem um caráter objetivo e concreto, um bem ou serviço a ser prestado pelo Estado. São os típicos direitos sociais com uma atuação positiva no intuito de criar serviços, instituições, fornecendo bens. Isso estaria limitado pela chamada “reserva do possível”, ou seja, dependeriam de recursos econômicos para sua existência.

Já na função protetiva perante terceiros, há, além da função de abstenção do Estado, a função de defesa contra a atividade de terceiros que, por ventura, venham a afetar a esfera protegida juridicamente do indivíduo. Exemplos clássicos são os direitos à inviolabilidade do domicílio, sigilo de dados, direito à vida, dentre outros.

Por fim, na função de não discriminação, a base é o princípio da igualdade. Basilar, prevê que o Estado trate os seus cidadãos em condições de absoluta igualdade, alcançando todos os direitos fundamentais, como no caso da vedação da discriminação. Liberdade de crença, de expressão, política, dentre outros, são bons exemplos que suscitam as mais diversas discussões relacionadas às minorias, como nas situações de discriminação racial ou por conta da orientação sexual.

1.3. Dimensões

A partir do momento em que foram reconhecidos, os direitos fundamentais passaram por importantes transformações, seja no conteúdo, na forma de efetivação ou na legitimidade. As mudanças históricas propiciaram uma divisão em três dimensões de direitos, sendo este número mais elevado atualmente, contemplando mais dimensões, que consagrariam direitos modernos e que necessitam de atenção especial.

Esse reconhecimento por meio das dimensões não é substitutivo, ou seja, uma geração seguinte não sobrepõe às conquistas e reconhecimentos da anterior,

elas se complementam. É por conta disso que é utilizada ao longo do texto a denominação “dimensão” no lugar de “geração”, por conta desse caráter cumulativo e não de superação ou alternância dos conceitos já sedimentados.

Os direitos fundamentais resguardam o homem em sua liberdade, igualdade e fraternidade e esses são os três conceitos que norteiam as três primeiras gerações. Atualmente, já se fala em direitos de quarta, quinta e até sexta dimensão.

Nas palavras de Ives Gandra,

É interessante notar que o grande filósofo Kant., contemporâneo da Revolução Francesa (faleceu em 1804), dizia: “Os que fizeram a Revolução Francesa não conseguiram perceber a extensão dos princípios que lançaram para o futuro da humanidade - Liberdade, Igualdade, Fraternidade”. Apesar de viverem o maior banho de sangue da época, o, certo é que eles lançaram as bases que iriam, de certa forma, servir de sementes para toda a evolução futura do Direito.¹⁶

A evolução humana é contínua e está em permanente transformação e essa tutela tende a ser reconhecida em um futuro próximo. As carências humanas foram ditando, ao longo do tempo, o reconhecimento e afirmação dos direitos, acompanhando as mudanças sociais.

1.3.1. Primeira Dimensão

Os direitos fundamentais de primeira geração refletem um pensamento liberal vigente no século XVIII, que tentavam delimitar esferas de não intervenção do Estado e uma esfera de autonomia individual. Eram direitos de defesa e representavam uma abstenção, não uma conduta a ser realizada pelo poder público.

São direitos com uma característica marcante: o individualismo. São tidos como indispensáveis ao desenvolvimento humano. Destaques para os direitos à liberdade, à vida, à igualdade de todos perante a lei, à propriedade, à reunião e associação e o direito de voto. Destaque também para a liberdade de expressão e imprensa, que fazem parte desta dimensão em um caráter de direitos de expressão coletiva e serão de fundamental importância na discussão do tema aqui proposto.

¹⁶ MARTINS, Ives Gandra da Silva. **Conheça a Constituição: comentários à Constituição Brasileira - vol.1**. Barueri: Manole, 2005. P. 6

Conforme entendimento de BONAVIDES

Se hoje esses direitos parecem já pacíficos na codificação política, em verdade se moveram em cada país constitucional num processo dinâmico e ascendente, entrecortado não raro de eventuais recuos, conforme a natureza do respectivo modelo de sociedade, mas permitindo visualizar a cada passo uma trajetória que parte com frequência do mero reconhecimento formal para concretizações parciais e progressivas, até ganhar a máxima amplitude nos quadros consensuais de efetivação democrática do poder. Essa linha ascensional aponta, por conseguinte, para um espaço sempre aberto a novos avanços. A história comprovadamente tem ajudado mais a enriquecê-lo do que a empobrecê-lo: os direitos da primeira geração – direitos civis e políticos – já se consolidaram em sua projeção de universalidade formal, não havendo Constituição digna desse nome que os não reconheça em toda a extensão.¹⁷

A preocupação era proteger o cidadão do poder opressivo do Estado. Isso explica a tutela específica das liberdades, visando afastá-lo da esfera individual, sendo somente o guardião das liberdades.

1.3.2. Segunda Dimensão

Novos anseios surgiram e a conquista de novos direitos que satisfaçam o homem é cada vez mais pujante e necessária. O Estado mínimo, existente até então, limitado à participação política e intervindo apenas em questões pontuais, somente protegia as já consagradas liberdades individuais do Estado liberal.

O Estado no campo econômico era mero espectador da realidade, sendo extremamente indiferente a questões sociais e econômicas. Era um traço do liberalismo.

No decorrer do século XIX, o impacto do recente processo de industrialização e o agravamento da chamada “questão social” evidenciaram o que era apenas questão de tempo: a previsão formal da liberdade e igualdade não garantia que esses direitos seriam efetivados.

¹⁷ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 15.ed. SÃO PAULO: Malheiros, 2004. P. 563

Agora, o enfoque é que a liberdade não seja perante o Estado e sim por intermédio deste. Dessa forma, os direitos fundamentais de segunda geração outorgam ao indivíduo o direito a prestações estatais, como assistência social, trabalho, saúde, educação, dentre outras. Muda-se de um campo de liberdades abstratas para uma materialização concreta desses direitos. O homem oprimido foi buscar a proteção do Estado, de quem passou a depender para buscar seu desenvolvimento.

Surgem os direitos de segunda dimensão (de igualdade), compreendendo os direitos sociais, econômicos e os direitos culturais. Passam a ser exigidas atuações positivas do Estado, ao contrário do que ocorria anteriormente, em que o Estado precisa apenas não permitir a violação das liberdades.

Os direitos sociais não podem ser atribuídos, deixando o indivíduo “jogado à própria sorte”. Exigem atuações do Estado e por isso são chamados de direitos positivos. Ele intervém para atender necessidades.

É importante ressaltar que nessa dimensão também estão compreendidas as “liberdades sociais”, como o direito de greve, a liberdade de fazer parte de determinado sindicato de classe e alguns novos direitos trabalhistas, como por exemplo o direito a férias, repouso semanal remunerado, salário mínimo, dentre outras conquistas.

É após a Primeira Guerra Mundial que esses direitos se materializam. Inicialmente na Constituição Mexicana de 1917, mas com especial destaque na Constituição de Weimar em 1919, onde ganha contornos definitivos. Essa Carta é o paradigma do constitucionalismo, separando sua fase liberal da fase social já no século XX.

Porém, em um estágio inicial, a aplicabilidade desses direitos sempre foi colocada no centro dos questionamentos, seja por falta de vontade política ou até mesmo por falta de recursos suficientes para garantir essa prestação estatal da forma como ela foi concebida, a forma que seria ideal para atender aos anseios da sociedade. É o paradigma não da previsão legal, que já havia sido superado, mas da efetivação, da concretização.

1.3.3. Terceira Dimensão

Os direitos fundamentais de terceira dimensão são os direitos de solidariedade. O enfoque é em uma perspectiva coletiva, dos grupos humanos, seja família, povo, nação. Sendo assim, sua titularidade é difusa.

Dentre os mais importantes, temos o direito à paz, à autodeterminação dos povos, ao meio ambiente e qualidade de vida e ao desenvolvimento. Ainda podemos citar o direito à comunicação, como reflexo do impacto tecnológico do período após a Segunda Guerra Mundial.

Sobre o assunto, Ingo Wolfgang Sarlet

A nota distintiva destes direitos de terceira dimensão reside basicamente na sua titularidade coletiva, muitas vezes indefinida e indeterminável, o que se revela, a título de exemplo, especialmente no direito ao meio ambiente e qualidade de vida, o qual, em que pese ficar preservada sua dimensão individual, reclama novas técnicas de garantia e proteção. A atribuição da titularidade de direitos fundamentais ao próprio Estado e à Nação (direito à autodeterminação, paz e desenvolvimento) tem suscitado sérias dúvidas no que concerne à própria qualificação de grande parte destas reivindicações como autênticos direitos fundamentais.¹⁸

Alguns dos direitos fundamentais de terceira dimensão já contam com reconhecimento em âmbito constitucional, como no caso do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado (art. 225, CRFB/88) e o direito à paz mundial (CRFB/88, art. 4º, VI e VII).

1.3.4. Quarta e quinta dimensão

Autores como Paulo Bonavides defendem a existência de uma quarta dimensão de direitos fundamentais, que é o resultado da globalização destes direitos.

¹⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 11ª ed. rev. atual., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. P. 49

Compreende direito à democracia direta, ao pluralismo e à informação, que constituiriam a base de uma globalização política. Além destes direitos, têm-se ainda os direitos relacionados à biotecnologia.

Em uma quinta dimensão, tem-se o direito à paz. Seria uma mudança deste direito da terceira geração para uma dimensão autônoma, uma vez que mereceria mais atenção e visibilidade, conforme entendimento de Bonavides. Afinal, seria um direito indispensável ao progresso de todas as nações, o que justificaria esse tratamento diferenciado, visando a superar um tratamento incompleto e cheio de lacunas teóricas.

O direito à paz já está previsto como princípio fundamental no artigo 4º, inciso VI, da Constituição de 1988. Sobre o assunto, SARLET:

Para além da qualificação jurídico-dogmática da paz como direito fundamental na ordem constitucional, aspecto que merece maior desenvolvimento, o que importa – e quanto a este ponto, absolutamente precisa e oportuna a sua revalorização – é a percepção de que a paz (interna e externa), em todos os sentidos que possa assumir, não é reduzida à ausência de guerra entre as nações ou de ausência de guerra civil (interna), é condição para a democracia, o desenvolvimento e o progresso social, econômico e cultural, pressuposto, portanto (embora não exclusivo), para a efetividade dos direitos humanos e fundamentais de um modo geral.¹⁹

Na evolução dos direitos fundamentais, parte-se de uma fase em que se assemelha muito ao direito natural, passando a um momento de reconhecimento constitucional. Atualmente, a preocupação é com a efetivação, buscando formas de tirar do papel princípios basilares, importantes e por muitas vezes utópicos, transferindo-os para a realidade das pessoas, de um modo mais efetivo, com efeitos duradouros e não meros paliativos.

1.4. Colisão entre direitos fundamentais

¹⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 11ª ed. rev. atual., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. P. 52

A colisão entre direitos fundamentais, nos mais diversos casos e situações apresentadas para apreciação do Poder Judiciário, é tema recorrente em discussões da doutrina e da jurisprudência nacional. O assunto é bastante controverso, com análises que versam sobre qual tipo de parâmetro deve ser utilizado para definir qual direito prevalece em cada disputa.

Existe colisão entre direitos quando há o conflito originado no exercício por titulares diferentes, ou seja, quando um direito afeta o âmbito de proteção de outro direito titularizado por terceiros.

É exatamente o exemplo que é tratado neste capítulo: a liberdade de expressão e seus desdobramentos em colisão com a intimidade, honra, vida privada e imagem das pessoas, todos previstos no artigo 5º da Constituição. Quando se consegue identificar um desses princípios, fica-se diante do reconhecimento de um valor por parte do Estado. Sendo assim, a Constituição protege, ao mesmo tempo, dois valores que entram em contradição quando podem ser vislumbrados na mesma situação.

Desta forma, acaba por assegurar a liberdade de expressão de um lado, inclusive com a proibição da censura, porém, no outro polo, garante que a intimidade e suas variações sejam invioláveis.

Primeiramente, se faz necessário estabelecer uma diferenciação entre regras e princípios, ainda que de forma geral, como ponto de partida para entender como a colisão entre direitos é tratada no nosso ordenamento.

1.4.1. Regras X Princípios

A distinção entre regras e princípios sempre suscitou diversas polêmicas, com vários critérios de distinção. Conforme palavras de Robert Alexy:

Com frequência, não são regras e princípio, mas norma e princípio ou norma e máxima, que são contrapostos. Aqui, regras e princípios serão reunidos sob o conceito de norma. Tanto regras quanto princípios são normas, porque ambos dizem o que deve ser. Ambos podem ser

formulados por meio das expressões deonticas básicas do dever, da permissão e da proibição. Princípios são, tanto quanto as regras, razões para juízos concretos de dever-se, ainda que de espécie muito diferente. A distinção entre regras e princípios é, portanto, uma distinção entre duas espécies de normas.²⁰

As regras correspondem às normas que proíbem ou permitem algo, de forma incisiva e categórica, quando aplicadas a um determinado fato. Não há aqui como estabelecer uma forma gradual de cumprimento do que é estabelecido na regra. Em caso de conflito entre regras que tragam previsões opostas, este é resolvido através de critérios que versem sobre a validade, uma vez que não podem conviver juntas, gerando contradição e insegurança.

Já os princípios, são normas que exigem a realização de determinada coisa, de acordo com as possibilidades que existem, no plano jurídico e no plano da realidade. São espécies de determinações para que o bem seja atingido e protegido de uma maneira extensiva, de modo mais abrangente do que o permitido pela realidade, na forma de mandados de otimização.

Ronald Dworkin e Robert Alexy estabeleceram uma tese de distinção entre normas e princípios. Dworkin estabelece uma diferença quantitativa entre as normas, onde as regras são aplicadas de modo absoluto, ou seja, ou se aplica ou não se aplica. Se a hipótese de incidência estiver preenchida, a consequência de sua aplicação deve ser aceita, enquanto uma delas deve ser considerada inválida

Os princípios, por sua vez, não determinam uma consequência normativa em caráter absoluto, contém apenas fundamentos que devem ser utilizados na aplicação no caso concreto. Ao contrário das regras, em caso de colisão, o princípio que possui um peso relativamente maior do que outro, acaba por se sobrepor, porém com a diferença que aqui nenhum deles perde a validade, como no caso das regras.

Já para a teoria dos princípios de Alexy, estes seriam espécie de normas que impõem mandados de otimização, que são aplicados nos mais diversos graus, de acordo com cada caso e suas possibilidades.

²⁰ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. P. 87

O ponto decisivo na distinção entre regras e princípios é que princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Princípios são, por conseguinte, mandamentos de otimização, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas. O âmbito das possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras colidentes.²¹

Aqui, em caso de colisão entre princípios, deve ser feita uma ponderação de modo a definir qual deve prevalecer.

Se dois princípios colidem – o que ocorre, por exemplo, quando algo é proibido de acordo com um princípio e, de acordo com outro princípio, permitido –, um dos princípios terá que ceder. Isso não significa, contudo, nem que o princípio cedente deva ser considerado inválido, nem que nele deverá ser introduzida uma cláusula de exceção. Na verdade, o que ocorre é que um dos princípios tem precedência em face do outro sob determinadas condições. Sob outras condições a questão da precedência pode ser resolvida de forma oposta. Isso é o que se quer dizer quando se afirma que, nos casos concretos, os princípios têm pesos diferentes e que os princípios com maior peso têm precedência. Conflitos entre regras ocorrem na dimensão da validade, enquanto as colisões entre princípios – visto que só princípios válidos podem colidir – ocorrem, para além dessa dimensão, na dimensão do peso.²²

Quando trata das regras, Alexy estabelece que são determinações de fato e de direito que trazem consequências normativas de forma direta, devendo ser aplicadas caso a hipótese de incidência seja observada, prevendo obrigações de caráter definitivo. No conflito de regras, portanto, a antinomia deve ser resolvida pela invalidação de uma delas ou na introdução de uma exceção a uma das normas.

Já as regras são normas que são sempre ou satisfeitas ou não satisfeitas. Se uma regra vale, então, deve se fazer exatamente aquilo que ela exige; nem mais, nem menos. Regras contêm, portanto, determinações no âmbito daquilo que é fático e juridicamente possível. Isso significa que a distinção entre regras e princípios é uma distinção qualitativa e não uma distinção de grau. Toda norma ou é uma regra ou um princípio.²³

²¹ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. P. 90

²² Idem, Ibidem. P. 93-94

²³ Idem, Ibidem. P. 87

Sendo assim, as posições de Dworkin e Alexy estabelecem uma marcante diferença entre regras e princípios, seja baseada na estrutura, na aplicação e na questão funcional. Conforme artigo de Rodrigo Telles de Souza:

As regras são hipóteses de fato valorado, caracterizando-se como normas que têm como estrutura uma hipótese de incidência e uma consequência jurídica, prevendo um direito ou uma obrigação definitiva. Os princípios constituem a enunciação prescritiva de um valor, prevendo direitos ou obrigações prima facie. As regras são aplicadas por subsunção, ao modo “tudo ou nada”: ocorrida a hipótese de incidência, tem-se obrigatoriamente a consequência jurídica; caso contrário, não. Os princípios caracterizam-se como mandamentos de otimização, aplicáveis, mediante ponderação, em vários graus, ao modo “mais ou menos”, segundo as possibilidades fáticas e jurídicas. Os conflitos entre regras são considerados como antinomias e solucionados mediante a declaração de invalidade de uma das normas ou a criação de uma exceção a uma delas; para resolvê-los, são aplicados o critério hierárquico, o critério cronológico e o critério da especialidade. Quanto aos princípios, não se fala em antinomia; a colisão entre eles é resolvida mediante harmonização dos preceitos em cotejo, não havendo invalidade, ocorrendo apenas um sopesamento, por meio do estabelecimento de relações de precedência condicionada.²⁴

Sendo assim, essa característica de mandado de otimização, conferida aos princípios, significa que sua aplicação e abrangência não vem apenas da leitura da norma que o consagra, mas deve ser complementado por outros fatores. Por isso que a normatividade de um princípio é considerada “provisória”, no sentido de que se adapta de acordo com cada situação, na busca de uma solução.

É baseado que, por exemplo, o direito à privacidade pode vir a ceder, em determinados momentos, a valores como a liberdade de expressão, que venha a se revelar predominante no caso concreto.

1.4.2. Princípio da Proporcionalidade e ponderação

Sendo que uma das características mais marcantes dos direitos fundamentais é o fato de não ser absoluto e ilimitado, é natural que ocorram situações em que eles

²⁴ SOUZA, Rodrigo Telles de. **A distinção entre regras e princípios e a derrotabilidade das normas de direitos fundamentais.** Disponível em: <<http://boletimcientifico.escola.mpu.mp.br/boletins/boletim-cientifico-n-34-janeiro-junho-de-2011/a-distincao-entre-regras-e-principios-e-a-derrotabilidade-das-normas-e-direitos-fundamentais>>. Acesso em : 11 mar. 2018.

são, aparentemente, contraditórios. É neste cenário que surge a necessidade de aplicação do princípio da proporcionalidade. É um princípio de caráter constitucional, que visa a adequação da aplicação ao caso concreto.

Gilmar Mendes, sobre o juízo de ponderação, explica que este se liga ao princípio da proporcionalidade, sacrificando um direito na busca da solução do problema, desde que não haja algum outro meio que seja menos prejudicial para se chegar ao resultado pretendido (e que, logicamente, seja proporcional). Sendo assim, o ônus imposto ao sacrificado não deve ser maior que o benefício que se pretende. A compressão de direitos deve ser feita na menor escala possível, preservando seu núcleo essencial ao máximo.²⁵

De modo que não há princípios absolutos, a supremacia de um sobre o outro só pode ser observada a partir do caso concreto. Tal forma de restrição a direitos fundamentais traz a necessidade de conciliar interesses exigindo a ponderação dos direitos em conflito.

Quando estivermos diante de uma colisão entre direitos fundamentais, um deles acabará por ser mitigado para que outro venha a prevalecer, a depender do caso, harmonizando a solução com o sistema constitucional de modo geral.

Em artigo sobre o referido princípio, Juliana Grillo El-Jaick:

O princípio da proporcionalidade visa a coibir a violação do chamado núcleo essencial dos direitos fundamentais. Este, consubstanciado naquilo que não pode ser violado, intangível, é o valor dignidade da pessoa humana. É nesse ponto que se verifica a utilidade da sua associação com essas funções básicas dos direitos fundamentais, que são meios a atender esse objetivo último e maior que a dignidade da pessoa humana. É razoável, portanto, haver algum controle sobre a divulgação de reportagens pela imprensa, entendida em sentido amplo. Há que haver ética e dignidade.²⁶

O meio para evitar excessos é a utilização do princípio da proporcionalidade, hoje amplamente aplicado nos julgados dos Tribunais Superiores.

²⁵ MENDES, Gilmar Ferreira. et al. **Curso de Direito Constitucional**. 2ª ed. rev. atual. Sao Paulo: Saraiva, 2008. P. 217-227

²⁶ EL-JAICK, Juliana Grillo. Conflitos entre o direito à intimidade e à vida privada e o direito à informação, liberdade de expressão e de comunicação. **Curso de Constitucional: Normatividade Jurídica**. Rio de Janeiro: EMERJ, 2013. Disponível em: http://www.emerj.tjrj.jus.br/serieaperfeicoamentodemagistrados/paginas/series/11/normatividadejuridica_109.pdf. Acesso em: 12 mar. 2018.

De um lado, tem-se a liberdade de expressão, com todas as nuances e importância já explicadas anteriormente, fundamental para o exercício pleno dos direitos sociais. Do outro lado, a garantia constitucional da privacidade e seus desdobramentos, que traz o direito de manter a vida privada protegida em sentido amplo. Ambos são contemplados no ordenamento nacional, o que acaba por revelar uma aparente contrariedade.

Utilizando-se da ponderação, o julgador, baseando-se no que lhe foi apresentado, irá verificar o grau de realização e de sacrifício a ser destinado a cada princípio, na tentativa de conferir o máximo de efetividade a ambos.

Conforme entendimento de Maria Cecilia Bodin de Moraes,

Toda e qualquer ponderação, como se viu, somente poderá ser feita no caso concreto porque a seleção de fatos a serem levados em consideração também deve ser submetida a um “critério racional de avaliação”. Há, portanto, necessidade de que o juiz tenha conhecimento de todo o conjunto de dados sobre os fatos de modo a ter como justificar a seleção daqueles que o farão indicar a normativa adequada (também a ser justificada) ao caso concreto.

A sentença não dependerá de uma escolha arbitrária entre os princípios ou regras aplicáveis à espécie, mas a correção da ponderação dependerá da adequação seja dos acontecimentos escolhidos no âmbito da situação fática (sempre) complexa, seja do juízo de justificação da escolha desses fatos em relação ao ordenamento jurídico como um todo e, em especial, em relação à sua normativa fundante, qual seja o princípio da dignidade da pessoa humana.²⁷

Ainda que não exista superioridade imediata e explícita de qualquer princípio em sede constitucional, os direitos da personalidade devem ser a bússola da atuação do magistrado ao aplicar a lei no caso concreto, um valor máximo do ordenamento que busca garantir ao extremo a dignidade da pessoa humana sempre que houver algum tipo de conflito entre princípios.

Com a aplicação do princípio da proporcionalidade, o objetivo não é anular um dos princípios em colisão, mas encontrar a solução ideal que mantenha seus núcleos essenciais. A solução virá após a análise do peso e da importância de cada

²⁷ BODIN DE MORAES, Maria Celina. **Honra, liberdade de expressão e ponderação**. *Civilistica.com*. Rio de Janeiro, a. 2, n. 2, abr.-jun./2013. Disponível em: <<http://civilistica.com/wp-content/uploads/2015/02/Bodin-de-Moraes-civilistica.com-a.2.n.2.2013.pdf>>. Data de acesso: 14 mar. 2018.

princípio, a fim de escolher qual sofrerá uma diminuição visando o favorecimento de outro.

Após um panorama geral acerca dos direitos fundamentais e da compreensão do sistema de regras e princípios, já se torna possível adentrar no estudo da tutela da individualidade no ordenamento brasileiro.

2. AS RELAÇÕES DE EMPREGO.

A maior parte dos países reconhece o direito ao trabalho como um dos direitos fundamentais dos cidadãos, pois, além de suprir as carências materiais, também possibilita uma integração na sociedade²⁸. No entanto, a seara trabalhista faz uma importante diferenciação entre as relações de trabalho e de emprego, como ilustra Mauricio Godinho Delgado:

A primeira expressão tem caráter genérico: refere-se a todas as relações jurídicas caracterizadas por terem sua prestação essencial centrada em uma obrigação de fazer consubstanciada em labor humano. Refere-se, pois, a toda modalidade de contratação de trabalho humano. A expressão relação de trabalho englobaria, desse modo, a relação de emprego, a relação de trabalho autônomo, a relação de trabalho eventual, de trabalho avulso e outras modalidades de pactuação de prestação de labor (como trabalho de estágio, etc.). Traduz, portanto, o gênero a que se acomodam todas as formas de pactuação de prestação de trabalho existentes no mundo jurídico atual. (...) A relação de emprego, do ponto de vista técnico-jurídico, é apenas uma das modalidades específicas da relação de trabalho juridicamente configuradas. Corresponde a um tipo legal próprio e específico, inconfundível com as demais modalidades da relação de trabalho ora vigorantes. (...) De fato, a relação empregatícia, enquanto fenômeno sociojurídico, resulta da síntese de um diversificado conjunto de fatores (ou elementos) reunidos em um dado contexto social ou interpessoal. Desse modo, o fenômeno sóciojurídico da relação de emprego deriva da conjugação de certos elementos inarredáveis (elementos fático-jurídicos), sem os quais não se configura a mencionada relação.²⁹

Portanto, nota-se que, ao passo que a relação de trabalho é mais abrangente, configurando como um gênero, o vínculo de emprego é uma espécie e necessita da presença de alguns elementos para estar caracterizado, estes que se encontram presentes na Consolidação das Leis do Trabalho.

²⁸ BARTOLONE, Rafael. Sujeitos da relação empregatícia. JUSBRASIL, 2015. Disponível em: <<https://rbartolone.jusbrasil.com.br/artigos/153302808/sujeitos-da-relacao-empregaticia>>. Acesso em: 25 fev. 2018.

²⁹ DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 5 ed. São Paulo: LTr, 2008. P. 285-290

Dessa forma, pode-se afirmar que a relação de trabalho se trata do gênero, e a relação empregatícia é uma espécie de relação de trabalho. Ademais, o vínculo de emprego deve preceder da existência de determinados elementos fático-jurídicos para restar caracterizado, posto que são estes elementos que ensejam a definição dos sujeitos atinentes à relação de emprego e a configuração desta.³⁰

2.1. RELAÇÕES DE TRABALHO X VÍNCULO EMPREGATÍCIO.

O direito do trabalho é reconhecido em todo o mundo como um dos direitos fundamentais dos cidadãos, vez que este é o principal recurso para suprir as necessidades materiais do indivíduo, sendo meio de subsistência daqueles que compõem a sociedade.³¹

Conforme elucidado, no direito brasileiro existe uma distinção acerca da relação de trabalho e da relação de emprego. A primeira possui natureza genérica, abarcando as relações jurídicas nas quais o foco esteja no trabalho em si. Logo, tanto a relação de emprego quanto as demais formas de relações de trabalho são enquadradas na definição de relações de trabalho.³²

A relação de trabalho diz respeito às relações jurídicas que são estabelecidas pela execução de uma obrigação de fazer consolidada por uma força humana. Nos dias atuais, praticamente toda forma de contratação de trabalho humano concerne à uma relação de trabalho, de modo que o referido gênero envolve quaisquer formas de trabalho presentes.³³

Por sua vez, a relação de emprego configura uma espécie da relação de trabalho. O vínculo empregatício estará constituído no momento em que a prestação do serviço for exercida por pessoa física, e lastreado na presença dos seguintes

³⁰ Idem, *Ibidem*

³¹ MARTINS, Sérgio Pinto. *O Princípio de Proteção em Face da Flexibilização dos Direitos Trabalhistas*. Tese apontada junto ao Programa de Mestrado do Departamento de Direito do Trabalho e da Seguridade Social da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, SP, 2010.

³² ARGENTIM, Munir. A relação de trabalho e a relação de emprego. **Jusbrasil**, 2016. Disponível em: <<https://drmunir.jusbrasil.com.br/artigos/234257467/a-relacao-de-trabalho-e-a-relacao-de-emprego>>. Acesso em: 26 fev. 2018.

³³ DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 6. ed. São Paulo: LTr, 2007. p. 285.

elementos: não-eventualidade (a prestação do serviço tem de preservar uma continuidade); pessoalidade (o empregado não pode ser substituído por outra pessoa); onerosidade (a contraprestação pelos serviços é compulsória); subordinação (deve o empregado estar sujeito às ordens do empregador).³⁴

Decerto que a relação de trabalho e a relação de emprego guardem uma conexão sendo uma, gênero, e a outra espécie. Entretanto, a abordagem é distinta entre ambas, posto que, às relações de emprego, o regramento encontra-se presente na Consolidação das Leis Trabalhistas e na legislação complementar, enquanto que, no que concerne às relações de trabalho, as normas atinentes estão dispostas nas leis especiais ou, ainda, no Código Civil brasileiro.

A relação de emprego possui como característica primordial a existência do empregado, que se apresenta como a parte hipossuficiente da relação. Assim, pode-se afirmar que o Direito do Trabalho sobreveio para tutelar os direitos do empregado, como a jornada de trabalho, férias, descanso semanal remunerado, dentre outros, sendo, portanto, crucial a distinção das relações de emprego e de trabalho.³⁵

Sendo assim, a relação de trabalho não se esgota no vínculo empregatício, pois existem inúmeras relações previstas em lei. No entanto, cabe mencionar que a relação de emprego possui disposição específica que a distingue das outras relações de trabalho previstas em lei.

2.2. CARACTERÍSTICAS DAS RELAÇÕES DE EMPREGO.

A relação de emprego, nada mais é, do que uma das modalidades da relação de trabalho. O vínculo empregatício, advém de um contrato, um pacto, entre

³⁴ BASTOS, Roseli Quaresma. Diferenças entre a relação de trabalho e a relação de emprego a partir da análise da legislação. **Âmbito Jurídico**, 2011. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10829&revista_caderno=25>. Acesso em: 17 jan. 2018.

³⁵ CORREIA, Henrique. Direito do Trabalho para os concursos de analista do TRT e MPU. 11º ed. **Salvador: Editora Juspodivm, 2018.** P. 178

prestador de serviço e tomador de serviços, onde as partes se obrigam a cumprir o que foi entre elas combinado, nas condições estabelecidas.³⁶

Este tipo de relação caracteriza-se pela necessidade de cumulação de uma gama de elementos, sendo que estes elementos devem estar todos presentes, sendo insuficiente a existência de apenas um ou alguns destes elementos. Sob pena, de invalidação do contrato de emprego e a transformação deste negócio jurídico em outro qualquer, podendo até mesmo ser distinta de um contrato de trabalho.

O artigo terceiro da Consolidação das Leis do Trabalho estipula os requisitos para restar caracterizado o vínculo de emprego, ao aludir que:

Art. 3º - Considera-se empregado toda pessoa física que prestar serviços de natureza não eventual a empregador, sob a dependência deste e mediante salário.

Parágrafo único - Não haverá distinções relativas à espécie de emprego e à condição de trabalhador, nem entre o trabalho intelectual, técnico e manual.³⁷

Portanto, a relação empregatícia deve ser lastreada na execução de serviço prestado por pessoa física, respeitados a personalidade, não eventualidade, subordinação e onerosidade. Caso qualquer desses elementos esteja ausente, a relação de emprego não está configurada.

Quanto ao serviço, que deve ser prestado por pessoa física obrigatoriamente, tem-se que uma pessoa jurídica não pode ser empregada, pois estas apenas se

³⁶ KAMINSKI, Roberto Tessele. *O Contrato de Estágio à Luz do Princípio de Proteção do Trabalhador. Trabalho de Conclusão de Curso apresentado junto ao Programa de Graduação em Ciências Jurídicas e Sociais da Universidade de Passo Fundo*, Passo Fundo, RS, 2012.

³⁷ BRASIL, Lei nº 13.467, de 13 de Julho de 2017. Altera a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, e as Leis nºs 6.019, de 3 de janeiro de 1974, 8.036, de 11 de maio de 1990, e 8.212, de 24 de julho de 1991, a fim de adequar a legislação às novas relações de trabalho. *Diário Oficial da União*, Brasília, 13 julho 2017. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/13467.htm>. Acesso em: 15 mar. 2018.

subordinam às convenções de contrato, sejam os de prestação de serviços como quaisquer outros.³⁸

Portanto, o vínculo de emprego apenas pode estar configurado em caso de trabalho humano. Nesse sentido, ressalta-se o fato de que o Direito trabalhista tem o condão de preservar os direitos, como à vida, integridade moral, dentre outros direitos fundamentais do empregado, somente tutelando a pessoa física na relação empregatícia.³⁹

No que se refere à personalidade, tem-se que o empregado é exclusivamente o responsável para executar o serviço pactuado, não podendo ser substituído por um terceiro.⁴⁰ Esta se caracteriza pela impossibilidade de transferência da prestação do serviço para outra pessoa, tendo em vista que o empregador espera ter aquele indivíduo em específico como a pessoa que realizará as funções designadas por ele.

A respeito do elemento da personalidade, Henrique Correia enuncia abaixo:

O empregado é contratado em razão de suas qualidades pessoais (eficiência, lealdade, conhecimentos técnicos, moral, etc.). Diante disso, não se pode fazer substituir por um terceiro. (...) A personalidade é requisito essencial para configurar o empregado.⁴¹

Se há a possibilidade contratual, de que outro indivíduo, que não a pessoa que assinou o contrato, possa prestar o serviço, não estamos diante de uma relação de emprego. Ademais, conforme aludido, junto a este requisito está ligada a ideia de que quem trabalha é a pessoa física, tendo em vista que o Direito do Trabalho tem

³⁸ MAZARÃO, Soraia. Requisitos para a caracterização do vínculo de emprego. **Jusbrasil**, 2016. Disponível em: <<https://soraiaometto.jusbrasil.com.br/artigos/294486332/requisitos-para-a-caracterizacao-do-vinculo-de-emprego>>. Acesso em: 15 mar. 2018

³⁹ RESENDE, Ricardo. **Direito do trabalho esquematizado**. Rio de Janeiro: MÉTODO, 2011. P. 66

⁴⁰ MAZARÃO, Soraia. Requisitos para a caracterização do vínculo de emprego. **Jusbrasil**, 2016. Disponível em: <<https://soraiaometto.jusbrasil.com.br/artigos/294486332/requisitos-para-a-caracterizacao-do-vinculo-de-emprego>>. Acesso em: 15 mar. 2018

⁴¹ CORREIA, Henrique. **Direito do Trabalho para os concursos de analista do TRT e MPU**. 11º ed. **Salvador: Editora Juspodivm, 2018**. P. 179

por objetivo estabelecer normas de proteção a pessoa humana, garantindo a dignidade nas relações de trabalho.⁴²

Cabe salientar, ainda, que a pessoalidade no contrato de emprego deve perdurar a todo o tempo em que o contrato tiver validade. Assim, a pessoalidade deve permanecer do início até o término contratual, posto que a morte do empregado gera, de maneira automática, a extinção do vínculo de emprego.⁴³

Noutra senda, tem-se a não-eventualidade, que se refere à habitualidade da execução laboral. Todavia, tal habitualidade não significa que o serviço ocorra de maneira diária.⁴⁴

A relação empregatícia deve ter um vínculo permanente, de modo que a prestação do serviço ocorra de forma sucessiva e se estenda no tempo. Não deve haver, entre empregado e empregador, um termo pré-determinado para se extinguir, salvo exceções previstas.⁴⁵ Acerca do tema, Resende afirma:

(...) a não eventualidade pressupõe repetição do serviço, com previsão de repetibilidade futura. Isso quer dizer que o empregado não precisa trabalhar continuamente (todos os dias), mas deve a atividade se repetir naturalmente junto ao tomador dos serviços para que possa ser considerada não eventual.⁴⁶

Nesse sentido, cabe mencionar que a atividade pode ser prestada de maneira descontínua e, ainda assim, ser exercida com habitualidade. Tal fato acontece quando o trabalho é exercido alternadamente, por lapsos temporais de inatividade,

⁴² KAMINSKI, Roberto Tessele. *O Contrato de Estágio à Luz do Princípio de Proteção do Trabalhador. Trabalho de Conclusão de Curso apresentado junto ao Programa de Graduação em Ciências Jurídicas e Sociais da Universidade de Passo Fundo*, Passo Fundo, RS, 2012.

⁴³ LIRA, Daniel Ferreira de; COSTA, Thiago Emanuel da; ALMEIDA LEÃO, Demetrius. Reflexões sobre o estágio educacional no Brasil: elementos caracterizadores da relação de emprego versus requisitos configuradores da relação de estágio. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XV, n. 103, ago 2012. Disponível em: <http://ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=12150>. Acesso: 15 mar. 2018.

⁴⁴ MAZARÃO, Soraia. Requisitos para a caracterização do vínculo de emprego. *Jusbrasil*, 2016. Disponível em: <<https://soraiaometto.jusbrasil.com.br/artigos/294486332/requisitos-para-caracterizacao-do-vinculo-de-emprego>>. Acesso em: 15 mar. 2018.

⁴⁵ Idem, *Ibidem*

⁴⁶ RESENDE, Ricardo. *Direito do trabalho esquematizado*. Rio de Janeiro: MÉTODO, 2011. P. 68

mas, ainda assim, não interfere no vínculo empregatício existente.⁴⁷ Relevante é o disposto pelo autor Henrique Correia acerca do tema:

Cabe ressaltar que a doutrina majoritária sustenta que o termo “não eventualidade” não pode ser confundido com continuidade da relação de emprego. Para os autores, a utilização do termo não eventual reforça que a CLT permite que o reconhecimento do vínculo ocorra mesmo que haja fracionamento da prestação dos serviços (...). Por sua vez, o trabalho contínuo é aquele que não admite referido fracionamento, exigindo certa regularidade na prestação dos serviços. O trabalho contínuo está previsto na legislação do trabalho doméstico.⁴⁸

A não eventualidade estabelece que aqueles que prestam serviços em caráter eventual, não podem ser considerados empregados. Esta eventualidade prevista pela CLT, caracteriza-se pela ideia de previsibilidade de repetição, mesmo que o empregado preste aquele serviço apenas alguns dias da semana.

Quanto a este elemento, cabe ainda ressaltar que a reforma trabalhista trouxe uma novidade, qual seja, a prestação de trabalho intermitente. Esta encontra-se prevista no art. 443, parágrafo terceiro, da Consolidação das Leis do Trabalho, e alude ao contrato de trabalho com previsão de prestação dos serviços com subordinação, porém exercido eventualmente. Sobre o assunto, o autor supracitado comenta:

O legislador da Reforma Trabalhista valeu-se do termo ausência de continuidade da prestação dos serviços para justificar o contrato intermitente. Entretanto, mesmo para os trabalhadores que não tenham essa modalidade de contrato de trabalho, não se exige a continuidade na prestação dos serviços. O que diferencia o contrato de trabalho padrão por prazo indeterminado do contrato de trabalho intermitente não é a presença

⁴⁷ LIRA, Daniel Ferreira de; COSTA, Thiago Emanuel da; ALMEIDA LEÃO, Demetrius. Reflexões sobre o estágio educacional no Brasil: elementos caracterizadores da relação de emprego versus requisitos configuradores da relação de estágio. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XV, n. 103, ago 2012. Disponível em: <http://ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=12150>. Acesso: 15 mar. 2018.

⁴⁸ CORREIA, Henrique. Direito do Trabalho para os concursos de analista do TRT e MPU. 11º ed. **Salvador: Editora Juspodivm, 2018.** P. 179

do requisito da continuidade, mas sim a alternância de períodos de prestação de serviços e de inatividade, somente presente nestes últimos.⁴⁹

No que tange à subordinação, a mesma estará caracterizada quando existir, por parte do empregado, o recebimento de ordens do empregador. Portanto, o empregado deve estar submetido às ordens emanadas, de forma a obedecer a este no que diz respeito ao serviço prestado, a jornada de trabalho e os demais aspectos referentes à atividade laboral. Na ausência da subordinação, não há vínculo empregatício.⁵⁰

A doutrina entende que a subordinação é o elemento mais importante dentre os demais para a configuração de um vínculo de emprego, visto que delinea a própria relação empregatícia. Nesta linha, Resenda afirma:

A subordinação é o requisito mais importante para a caracterização da relação de emprego. Constitui o grande elemento diferenciador entre relação de emprego e as demais relações de trabalho, apresentando inquestionável importância na fixação do vínculo jurídico empregatício.⁵¹

No que concerne a subordinação, esta se estabelece na medida que é o tomador de serviço quem define o tempo e o modo de execução do serviço contratado. Portanto, existirão ordens provenientes do tomador de serviço que deverão ser obedecidas pelo prestador, havendo uma hierarquia entre estes.⁵²

A subordinação jurídica refere-se à sujeição, por parte do empregado, ao gerenciamento do empregador.⁵³ Para que exista a subordinação, não é crucial que

⁴⁹ Idem, *Ibidem*.

⁵⁰ MAZARÃO, Soraia. Requisitos para a caracterização do vínculo de emprego. **Jusbrasil**, 2016. Disponível em: <<https://soraiaometto.jusbrasil.com.br/artigos/294486332/requisitos-para-a-caracterizacao-do-vinculo-de-emprego>>. Acesso em: 15 mar. 2018.

⁵¹ RESENDE, Ricardo. **Direito do trabalho esquematizado**. Rio de Janeiro: MÉTODO, 2011. P. 71

⁵² KAMINSKI, Roberto Tessele. *O Contrato de Estágio à Luz do Princípio de Proteção do Trabalhador. Trabalho de Conclusão de Curso apresentado junto ao Programa de Graduação em Ciências Jurídicas e Sociais da Universidade de Passo Fundo*, Passo Fundo, RS, 2012.

⁵³ LIRA, Daniel Ferreira de; COSTA, Thiago Emanuel da; ALMEIDA LEÃO, Demetrius. Reflexões sobre o estágio educacional no Brasil: elementos caracterizadores da relação de emprego versus requisitos configuradores da relação de estágio. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XV, n. 103, ago 2012. Disponível em:

a chefia esteja sempre no poder. Contudo, o comando deve existir, principalmente no que se refere à direção ou controle dos empregadores. A subordinação jurídica deve estar configurada.

Entretanto, tal poder de ditar ordens, ocasionado pela subordinação que o empregado deve ao empregador, não deve ser carregado de abuso. Acerca do tema, Correia alude o exposto a seguir:

Se o empregador assume todos os riscos do empreendimento, ele terá o poder de organizar e dirigir a prestação de serviços. Dessa forma, o empregado fica subordinado às ordens do empregador. (...) Essa subordinação não alcança a vida pessoal do trabalhador.⁵⁴

Quanto ao elemento da onerosidade, tem-se que deve haver uma contraprestação aos serviços prestados. Assim, caso o trabalho seja exercido a título gratuito, o vínculo de emprego não está configurado⁵⁵ Para que haja a onerosidade, é necessário que ocorra uma retribuição pelo serviço prestado ao empregador. Desta forma, não se deve falar em relação de emprego onde o prestador de serviço realiza suas atividades a título gratuito.

Via de regra, a prestação de serviços na relação de emprego é presumidamente onerosa, posto que, ao passo que o empregado assume a obrigação de realizar suas funções conforme pactuado, o empregador também assume a obrigação de pagar um salário como contraprestação pelos serviços adquiridos.⁵⁶

O empregador tem o dever de, por força do vínculo de emprego entre as partes, remunerar o empregado em face da prestação dos serviços. Em caso do serviço ser prestado de maneira gratuita, não há a possibilidade de se estabelecer uma relação empregatícia, mas, tão somente, uma relação de trabalho. Assim, todo

<http://ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=12150>. Acesso: 15 mar. 2018.

⁵⁴ CORREIA, Henrique. Direito do Trabalho para os concursos de analista do TRT e MPU. 11º ed. **Salvador: Editora Juspodivm, 2018.** P. 179

⁵⁵ MAZARÃO, Soraia. Requisitos para a caracterização do vínculo de emprego. **Jusbrasil**, 2016. Disponível em: <<https://soraiaometto.jusbrasil.com.br/artigos/294486332/requisitos-para-a-caracterizacao-do-vinculo-de-emprego>>. Acesso em: 15 mar. 2018.

⁵⁶ CORREIA, Henrique. Direito do Trabalho para os concursos de analista do TRT e MPU. 11º ed. **Salvador: Editora Juspodivm, 2018.** P. 181

contrato de trabalho possui característica bilateral, pois, à proporção que cabe ao empregado desenvolver suas atividades laborativas, cabe ao empregador à imposição pecuniária de remunerar o empregado e, dessa maneira, resta configurado o vínculo empregatício.⁵⁷

Um requisito que deve ser mencionado é a alteridade do contrato de emprego. A doutrina ainda não pacificou entendimento quanto a este elemento, de modo que muitos autores não o consideram como um dos requisitos caracterizadores da relação empregatícia. A alteridade proíbe o empregado de assumir os riscos inerentes a atividade desenvolvida pelo empregador. Desse modo, o empregado não poderá ter sua esfera jurídica afetada em casos de dificuldade financeira ou econômica do empregador, bem como não poderá responder pelos resultados e lucros alcançados pelo mesmo. Os frutos do trabalho prestado pertencem ao empregador, devendo este remunerar o empregado na dimensão pactuada.⁵⁸

Como explicitado, a relação de emprego lastreia sua existência na presença de pressupostos fático-jurídicos, de forma que devem restar presentes os elementos acima mencionados para que o vínculo empregatício exista. Ainda, estão entre as características do contrato de emprego: a bilateralidade, por se tratar de contrato firmado entre empregado e empregador; consensualidade; comutatividade, já que as prestações são conhecidas desde o início da contratação.

2.3. SUJEITOS CONCERNENTES AO VÍNCULO DE EMPREGO.

⁵⁷ LIRA, Daniel Ferreira de; COSTA, Thiago Emanuel da; ALMEIDA LEÃO, Demetrius. Reflexões sobre o estágio educacional no Brasil: elementos caracterizadores da relação de emprego versus requisitos configuradores da relação de estágio. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XV, n. 103, ago 2012. Disponível em: <http://ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=12150>. Acesso: 11 mar. 2018.

⁵⁸ MARTINEZ, Luciano. *Curso de Direito do Trabalho – Relações individuais, sindicais e coletivas do trabalho*. 4. ed. São Paula: Saraiva, 2013. P. 145

O vínculo de emprego possui dois sujeitos de extrema importância para figurar tal relação: o empregado e o empregador. De início, cabe elucidar breves considerações acerca do empregado. Nesta senda, o art. 3º da Consolidação das Leis do Trabalho prevê:

Art. 3º - Considera-se empregado toda pessoa física que prestar serviços de natureza não eventual a empregador, sob a dependência deste e mediante salário.

Parágrafo único - Não haverá distinções relativas à espécie de emprego e à condição de trabalhador, nem entre o trabalho intelectual, técnico e manual.⁵⁹

Isto posto, o conceito de empregado diz respeito a pessoa física que, com ânimo de emprego, trabalha de maneira subordinada e de modo não-eventual para outrem, qual seja, o empregador, de quem recebe contraprestação, sendo esta o salário.⁶⁰

Neste seguimento, a noção denotada no artigo supracitado traz quatro elementos, de caráter objetivo, de suma importância para a figura do empregado: a pessoalidade, a não eventualidade, a subordinação e onerosidade do serviço prestado por este.

A pessoalidade, no que tange ao empregado, significa dizer que o contrato de trabalho é *intuitu personae* com relação a este, de modo que é vedado a transferência da prestação do serviço pelo empregado a qualquer outra pessoa, exceto nos casos em que o empregador dá o consentimento para tal fim, podendo este ser expresso ou tácito.⁶¹

⁵⁹ BRASIL, Lei nº 13.467, de 13 de Julho de 2017. Altera a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, e as Leis nºs 6.019, de 3 de janeiro de 1974, 8.036, de 11 de maio de 1990, e 8.212, de 24 de julho de 1991, a fim de adequar a legislação às novas relações de trabalho. *Diário Oficial da União*, Brasília, 13 julho 2017. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/l13467.htm>. Acesso em: 15 mar. 2018.

⁶⁰ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. Iniciação ao direito do trabalho. 14. Ed. São Paulo: LTr, 1989. P137

⁶¹ SILVA, Erica de Kassia Costa da. Poder diretivo do empregador nos contratos de trabalho à luz dos direitos fundamentais do trabalhador. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XIX, n. 150, jul 2016. Disponível em: <<http://www.ambito->

Quanto à subordinação, não obstante vigorem diversas teorias que abarquem esse conceito, tais como subordinação hierárquica, econômica, técnica, etc., a mais aceita pela doutrina para a configuração da relação empregatícia é a subordinação jurídica. Neste sentido, o empregado está sujeito à prerrogativa do empregador de dar ordens, em decorrência de um contrato de emprego que gera esse direito para aquele empregador.⁶²

Cabe ressaltar que a sujeição não está relacionada à pessoa do empregado, mas sim ao serviço prestado por este. Portanto, a subordinação irá restringir a autonomia do empregado atingindo, neste sentido, o objeto contratual, ou seja, a execução do serviço. A subordinação, portanto, é um aspecto primordial para a distinção entre o trabalhador, que concerne ao gênero, e o empregador, que trata-se da espécie.

No tocante à onerosidade, tem-se que esta se refere a integralidade das percepções econômicas que, em face do contrato de trabalho, serão creditadas em benefício do empregado. Logo, o trabalho gratuito irá descaracterizar a figura do empregado naquela relação existente.

Com relação ao elemento da não eventualidade, este diz respeito ao caráter temporal da prestação de serviço do empregado. Nesta senda, este deve executar um trabalho não eventual, ou seja, não prestar um serviço esporádico e transitório naquela relação de emprego.⁶³

Logo, a figura do empregado é marcada pela reunião de elementos que caracterizam a prestação do seu serviço, de modo que este deve configurar uma espécie de trabalhador subordinado que, de modo não eventual e através de uma remuneração, põe pessoalmente a sua força laboral à disposição de outrem, sendo este uma pessoa física ou jurídica, em virtude de um contrato de trabalho.⁶⁴

juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=17492&revista_caderno=25>. Acesso em: 19 mar. 2018.

⁶² Idem, Ibidem

⁶³ RODRIGUES, Phillips. Sujeitos da relação de emprego. **Jusbrasil, 2016**. Disponível em: <<https://philiperodrigues.jusbrasil.com.br/artigos/314492859/sujeitos-da-relacao-de-emprego>>. Acesso em: 22 mar. 2018

⁶⁴ Idem, Ibidem

Quanto a figura do empregador, a CLT traz dois conceitos para este, quais sejam, o empregador típico e o empregador por equiparação. O art. 2º, § 1º, do referido dispositivo legal dispõe, verbis:

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

§ 1º Equipara-se a empregador, para os efeitos exclusivos da relação de emprego, os profissionais liberais, as instituições de beneficência, as associações recreativas ou outras instituições sem fins lucrativos, que admitirem trabalhadores como empregados.⁶⁵

No entanto, o conceito trazido pela legislação trabalhista não é acatado por toda a doutrina, pois determinados autores, tais como Orlando Gomes, Elson Gottschalk e José Augusto Rodrigues Pinto, asseveram que a definição jurídica presente no dispositivo legal é atécnica, dado que o empregador é a pessoa física ou jurídica e não a empresa, que será sempre objeto e jamais sujeito de direito.⁶⁶

Neste seguimento, José Augusto Rodrigues Pinto ainda traz fortes críticas quanto ao conceito apresentado, afirmando que o legislador cometeu duas falhas: a primeira ao negligenciar o termo da não eventualidade também à pessoa do empregador, posto que aquele que usufrui da força laboral de forma eventual também não pode ser considerado empregador; e a segunda ao considerar empregador também a empresa. Nesta linha, o autor citado aduz que:

Tivesse a assimilação decorrido de uma posição sistemática de anticontratalismo que nossa legislação assumisse, transparente, aliás, no uso da expressão admite, em lugar de ajusta, aceitando empregador e empregado como peças de uma engrenagem institucional, e diríamos não haver erro na definição, mas opção por uma postura inaceitável dentro de um sistema legal apoiado no contrato, como é o da CLT. Basta ver-se a propósito, o enunciado de seu Título IV, “Do contrato individual de

⁶⁵ BRASIL, Lei nº 13.467, de 13 de Julho de 2017. Altera a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, e as Leis nºs 6.019, de 3 de janeiro de 1974, 8.036, de 11 de maio de 1990, e 8.212, de 24 de julho de 1991, a fim de adequar a legislação às novas relações de trabalho. *Diário Oficial da União*, Brasília, 13 julho 2017. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/13467.htm>. Acesso em: 15 mar. 2018.

⁶⁶ RODRIGUES, Phillips. Sujeitos da relação de emprego. **Jusbrasil, 2016**. Disponível em: <<https://philiperodrigues.jusbrasil.com.br/artigos/314492859/sujeitos-da-relacao-de-emprego>>. Acesso em: 22 mar. 2018

trabalho”, e o princípio do art. 448, segundo o qual ‘a mudança de propriedade da empresa não afetará os contratos individuais de seus empregados.

No entanto, parte da doutrina entende que a empresa pode ser sujeito de direito, mas na condição de uma nova categoria. Um dos autores defensores dessa tese é Octávio Bueno Magano, que conceitua empregador como toda entidade a utilizar-se de trabalhadores subordinados. O termo entidade é usado para se determinar que empregador não concerne somente a pessoa física ou jurídica, senão também outros entes não dotados de personalidade jurídica. O autor aludido assegura que:

Não há por que relutar em admitir a figura do empregador, destituído de personalidade jurídica, como na hipótese da empresa, do grupo de empresas, do consórcio e do condomínio. Aliás, a CLT já o faz em relação às duas primeiras figuras. No anteprojeto de CLT, elaborado pela comissão presidida por Arnaldo Lopes Sussekind, depara-se com a concepção quiçá mais clara do assunto, tratando-se do empregador, pessoa física ou jurídica, num preceito, e do empregador, como entidade destituída de personalidade jurídica, em outro.⁶⁷

Ainda, evidencia que, na definição de empregador não é crucial a concepção de assunção de riscos, posto que as instituições de beneficiência não objetivam lucro e são empregadoras típicas. Salienta, também, que empregador propriamente dito é a pessoa física ou jurídica que se utiliza da prestação de serviços realizada de maneira subordinada. A empresa, o grupo de empresas, o condomínio, o consórcio, e demais entes não dotados de personalidade jurídica tratam-se de empregadores por equiparação. Para ilustrar o conceito de empregador, Amauri Mascaro Nascimento elucida:

É todo ente, dotado ou não de personalidade jurídica, com ou sem fim lucrativo, que tiver empregado (...). Será o empregador o ente que tiver

⁶⁷ MAGANO, Octávio Bueno. **Manual de direito do trabalho. 3. Ed.** São Paulo: LTr, 1992, v.2, p.58

empregado. Chega-se à identificação do empregador através da presença de empregados.⁶⁸

Portanto, clarividente que a existência de um assegura o surgimento do outro e vice-versa. Assim, enquanto existirem empregados haverá empregadores, bem como, enquanto existirem empregadores, existirão também os empregados.

⁶⁸ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Iniciação ao direito do trabalho**. 14. Ed. São Paulo: LTr, 1989. P137

3. O PODER DIRETIVO DO EMPREGADOR E SUAS RESTRIÇÕES EM FACE DA PROTEÇÃO AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DO EMPREGADO.

3.1. CONCEITO E CARACTERÍSTICAS DO PODER DIRETIVO.

Na relação de emprego, são duas as partes que a compõem: o empregado e o empregador. O empregado é aquele que maneja a força produtiva capaz de exercer certa função, esta que é requisitada pelo empregador. Dessa forma, o objeto do vínculo de emprego é a atividade apta a ser desempenhada pelo funcionário, que terá como contraprestação o salário fornecido pelo empregador.⁶⁹

Dessa relação, surgem dois institutos de extrema importância para o direito trabalhista, quais sejam, o poder de direção e a subordinação. A subordinação norteia a existência e a manutenção da relação de emprego, posto que, em face da ausência desse elemento, outras relações poderiam restar caracterizadas em detrimento da relação empregatícia. Assim, a subordinação é fator crucial para a configuração do vínculo de emprego, de modo que o empregado deve se sujeitar ao poder diretivo do empregador e aos termos convencionados na própria relação.⁷⁰

Quanto ao conceito de poder, Filho alude que:

A palavra "poder" vem do latim "potere" ("poti"), que significa chefe de um grupo; traduz a idéia de posse, de obediência e de força, pressupondo a existência de vários graus entre pessoas unidas por um vínculo de autoridade. Na atual fase do Direito, embora não se admita a supremacia de um sujeito da relação jurídica sobre o outro (nas relações laborais ou em quaisquer relações jurídicas), entende-se que a relação empregatícia

⁶⁹ BEZERRA, Christiane Singh; FERREIRA, Gabriela Cerci Bernabe. Considerações sobre o poder diretivo do empregador sob a ótica do contrato de trabalho e dos direitos fundamentais do trabalhador. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XV, n. 98, mar 2012. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?artigo_id=11296&n_link=revista_artigos_leitura>. Acesso em: 10 mar 2018.

⁷⁰ Idem, *Ibidem*

pressupõe o exercício de um poder diretivo do empregador sobre o empregado.⁷¹

Isto posto, se assimila que o poder e a subordinação são vinculados entre si, sendo elementos caracterizadores do vínculo empregatício e fatores preponderantes para o exercício do poder de direção.

O poder de direção está lastreado no poder do empregador de controlar, coordenar e fiscalizar as tarefas dos seus funcionários, com a finalidade de manter o devido funcionamento da instituição. Neste sentido, o poder diretivo se mostra como uma gama de prerrogativas que o empregador possui para a organização estrutural, valendo-se do melhor processo, à sua escolha, para o ramo de atividade.⁷²

Nesta senda, a autora Luisa Sanseverino explica o poder diretivo como uma das atividades, podendo ser refletido no regulamento interno e na aplicação de certas regras. O poder diretivo, então, precede o contrato de trabalho, e é elemento base da organização e da ocupação laboral.⁷³

O poder de direção trata-se da faculdade conferida ao empregador de definir a maneira como a atividade do funcionário deve ser desempenhada, em virtude do contrato de emprego. Entretanto, ainda que seja mencionada como uma faculdade, insta salientar que os efeitos reais do exercício do poder diretivo, ou da ausência deste, carregam um sentido mais similar à uma obrigação do que de uma faculdade.⁷⁴

O poder diretivo se apresenta como um corolário do vínculo de emprego, visto que, conforme previsto na legislação trabalhista, no art. 2º da Consolidação das Leis do Trabalho, é um dos encargos do empregador dirigir as funções do empregado. O

⁷¹ FILHO, Jofir Avalone. A ética, o Direito e os poderes do empregador. **Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 3, n. 32, jun. 1999**. Disponível em: <<http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/files/anexos/8094-8093-1-PB.htm>>. Acesso em: 27 fev. 2018.

⁷² DELGADO, Mauricio Godinho. Curso de direito do trabalho. **10. ed. São Paulo: LTr, 2011**. p. 618.

⁷³ SANSEVERINO, Luisa Riva. Curso de Direito do Trabalho. Traduzido por Elson Guimarães Gottschalk. São Paulo: LTr / Ed. Universidade de São Paulo, 1976.

⁷⁴ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. Iniciação ao direito do trabalho. 14. Ed. São Paulo: LTr, 1989. P137

empregador, então, ao exercer o poder de direção, irá cumprir a função social do contrato de emprego. Neste seguimento, Gustavo Garcia, denota que:

(...) o poder de direção, tendo por fundamento legal o art. 2º, caput, da CLT, pode ser conceituado como aquele que autoriza o empregador a organizar, controlar e disciplinar a prestação de serviços pelo empregado, a qual ocorre, assim, de forma subordinada.⁷⁵

Deve ser verificada, nesse sentido, a tutela da dignidade do trabalhador na execução do poder diretivo. Logo, quando o empregador exerce o poder de direção de modo regular, atentando aos limites do razoável, pode evitar situações ensejadoras de assédio moral, que ocorrem com bastante frequência nas relações empregatícias. O empregador tem de fiscalizar efetivamente as atividades dos seus funcionários, bem como salvaguardar os direitos trabalhistas e evitar ações que inviabilizem o progresso da organização, de forma que, somente assim, terá exercido o poder diretivo e oportunizado uma maior eficiência interna na empresa.

Com isso, é a partir da prestação do serviço que o empregado irá se subordinar ao controle do empregador. Mister ressaltar que o empregador em face da atividade executada no contexto da relação empregatícia, mas não sobre a pessoa do empregado.⁷⁶

Surgiram diversas teorias a fim de amparar esse poder diretivo do empregador. A primeira se refere a teoria da propriedade privada, que aduz que o poder será dado ao empregador pela simples razão de ele ser o dono e a teoria

⁷⁵ GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. Curso de direito do trabalho. São Paulo: Método, 2007. P. 180

⁷⁶ SILVA, Erica de Kassia Costa da. Poder diretivo do empregador nos contratos de trabalho à luz dos direitos fundamentais do trabalhador. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XIX, n. 150, jul 2016. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=17492&revista_caderno=25>. Acesso em 14 mar. 2018.

contratual. Contudo, a doutrina e a jurisprudência refutaram essa teoria tempos atrás, pelo fato desta não captar a real essência do poder diretivo do empregador.⁷⁷

A segunda teoria trata-se da teoria institucionalista, originária da Europa Ocidental na primeira metade do século XX, que compreende a empresa como uma instituição, e, dessa forma, irá depender o direito do empregador nela operar a autoridade e o governo, elementos essenciais e características de todo grupo social institucionalizado. No entanto, tal teoria, de igual maneira, não é bem aceita pelos doutrinadores, de modo que não é utilizada no direito trabalhista, nos dias de hoje.⁷⁸

A terceira teoria é teoria contratualista, que está válida a partir do momento em que há o contrato entre as partes e fundamenta-se no poder do empregador, posto que o contrato dá início a relação de emprego. Conforme explana Mauricio Godinho Delgado:

“As concepções que atribuem a existência e reprodução jurídicas do poder intraempresarial ao contrato empregatício consistem naquelas que melhor traduzem o fundamento jurídico desse fenômeno. Trata-se das concepções que melhor revelam o título e substrato jurídicos do poder empregatício e melhor explicam a razão de ser jurídica desse fenômeno. 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.”⁷⁹

Essa teoria baseia-se na ideia de que a relação se origina no contrato de trabalho, que expõe de forma expressa a vontade de ambas as partes, assim o empregado se coloca de forma natural em posição de subordinação e o empregador

⁷⁷ SOUZA, Bárbara Caroline Veloso de. A eficácia do poder disciplinar como condição para o direito como condição para o direito do poder diretivo. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XIX, n. 155, dez 2016. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=18308>. Acesso em 17 mar. 2018.

⁷⁸ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. Iniciação ao Direito do Trabalho. 33. ed. São Paulo: LTr, 2007. P. 212.

⁷⁹ DELGADO, Mauricio Godinho. Curso de direito do trabalho. 10. ed. São Paulo: LTr, 2011. p. 671

em posição de direção das atividades feitas pelo empregado. A teoria contratualista, nos dias atuais, é a mais aceita no cenário jurídico.⁸⁰

Ainda, cabe observância quanto aos direitos fundamentais do trabalho, materializados pelo exercício do poder de direção. A doutrina traz uma divisão quanto ao poder diretivo em diversas modalidades, de modo a ser adotado o critério bipartido ou tripartido. Nesta senda, tem-se que o poder diretivo se apresenta de três diferentes maneiras, no critério tripartido: o poder de organização, o poder de controle e o poder disciplinar.

De início, quanto ao poder de organização, salienta-se que o empregador deve ser também um organizador. Isto ocorre em face da necessidade do empregador de ordenar determinados aspectos dentro da empresa, de forma que o caráter organizador deve ser intrínseco à figura do líder. Do contrário, em decorrência de uma organização falha, pode haver um nível de produtividade menor naquela instituição.

O poder de organização pode ser conceituado como a faculdade de o empregador possui de determinar as finalidades econômicas – comerciais, industriais, agrícola, etc. – objetivadas pelo empreendimento e a sua estrutura jurídica, e pela instituição de regulamentos e normas no âmbito da empresa.

Também, as autoras Fabíola Marques e Cláudia José Abud aludem que:

O poder de organização caracteriza-se pela administração e definição da atividade da empresa a ser desenvolvida (comercial, industrial, agrícola), da forma a ser adotada (de sociedade anônima, por quotas de responsabilidade limitada etc.), bem como pelo direito de elaborar o regulamento interno.⁸¹

⁸⁰ CARRIJO, Lorryne Cristhine. O poder diretivo do empregador e os direitos de personalidade do empregado. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XIX, n. 148, maio 2016. Disponível em: <http://ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=17162>. Acesso em 21 mar. 2018.

⁸¹ MARQUES, Fabíola; ABUD, Cláudia José. *Direito do Trabalho*, 2. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

Logo, o poder de organização configura uma faculdade dada ao empregador ao se equilibrar elementos de produção, labor e capital, para estabelecer as circunstâncias da factível utilização da prestação de serviços do empregado a que este se obrigou por intermédio do contrato de trabalho, com a finalidade de amparar as necessidades e bens da organização.⁸² Com relação a este poder, Alessandro Guimarães expressa que:

O poder de organização consiste no conjunto de prerrogativas atribuídas ao empregador visando o estabelecimento das características da empresa ou da atividade desenvolvida. Decorre da livre iniciativa, constitucionalmente assegurada nos artigos 1º, IV e 170, “caput” CF/88 e em virtude da assunção de riscos pelo empregador. Dessa maneira, trata-se da atribuição conferida ao empregador de organizar e controlar a atividade econômica no âmbito empresarial, através de orientações técnico-profissionais e administrativas ao empregado no que tange à sua atividade ou ao modo como a prestação de serviços será executada.⁸³

Portanto, o poder de organização diz respeito a faculdade que o empregador tem de monitorar aspectos administrativo, técnico e econômico e, ainda, executar funções relacionadas à organização e funcionamento da empresa.

Quanto ao poder de controle, pode-se afirmar que este tem o intuito de obstar práticas que tem a chance de inviabilizar a atividade da empresa. Logo, o empregador, ao exercer o poder de controle, tem o dever de fiscalizar a atividade do empregado, moderadamente, sempre se atentando ao princípio da razoabilidade, e, sobretudo, aos direitos fundamentais do trabalhador. Tal poder permite o resguardo do empregador para quaisquer comportamentos ilícitos dos seus funcionários, de modo que a proteção abarque não somente à instituição, como também a ele próprio, posto que pode ser responsabilizado pela conduta. Cabe mencionar, ainda,

⁸² SILVA, Erica de Kassia Costa da. Poder diretivo do empregador nos contratos de trabalho à luz dos direitos fundamentais do trabalhador. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XIX, n. 150, jul 2016. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=17492&revista_caderno=25>. Acesso em 16 mar. 2018.

⁸³ NASCIMENTO, Nilson de Oliveira. Manual do Poder Diretivo do Empregador. São Paulo: LTR Editora, 2009. P. 88

que a fiscalização deve ser atinente à postura e função do empregado, sem aprofundar-se na vida pessoal e na intimidade deste.

O poder de controle, ou de fiscalização do empregador, constitui-se numa prerrogativa por meio da qual a figura do empregador tem a viabilidade de fiscalizar e controlar a atividade laborativa do empregado, de modo a atestar se este cumpre as normas da empresa, de forma que o trabalho seja prestado da forma mais eficiente possível.⁸⁴

Através do poder de controle, o empregador é autorizado a gerenciar a prestação de serviços dos seus empregados, tanto no que diz respeito às regras e ordens estipuladas por este, quanto pelo disposto no sistema jurídico, como, por exemplo, o controle à jornada de trabalho e ao cumprimento da carga horária prevista em lei.⁸⁵

O poder aludido é intrínseco ao empregador, ou seja, este deve fiscalizar os seus funcionários durante o período de trabalho e controlar a realização das atividades convencionadas no contrato de trabalho. No entanto, embora de suma importância, o poder de controle é relativo, posto que deve ter a devida observância aos direitos fundamentais do empregado, sem desrespeitar a sua intimidade e honra, conforme leciona Garcia:

Referido controle, no entanto não pode invadir a esfera de intimidade dos empregados, além de outros direitos de ordem fundamental, vedando-se, por exemplo, a revista íntima (art. 373-A, inciso VI, da CLT), bem como a violação do sigilo de correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas (ressalvada a, neste último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal) dos empregados (art. 5º, inciso XII, da CF/1988).⁸⁶

⁸⁴ SILVA, Erica de Kassia Costa da. Poder diretivo do empregador nos contratos de trabalho à luz dos direitos fundamentais do trabalhador. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XIX, n. 150, jul 2016. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=17492&revista_caderno=25>. Acesso em 16 mar. 2018.

⁸⁵ GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. **Curso de Direito do Trabalho**. São Paulo: Método, 2013. P. 181

⁸⁶ Idem, Ibidem

Desse modo, conclui-se que o poder diretivo do empregado, consubstanciado no exercício do poder de controle, não é absoluto e possui diversas limitações, com o fim de tutelar os direitos fundamentais do empregado.

Por outro lado, no que se refere ao poder disciplinar, o autor César Machado Jr. ilustra que:

(...) para conseguir seus objetivos, o empregador conta com o poder organizacional e diretivo. Porém esses poderes só se tornarão efetivos na medida em que o empregador contar com o poder disciplinar, que se traduz, na prática, como o poder de impor o cumprimento de suas ordens, arcando o empregado com medidas disciplinares na hipótese de não cumpri-las.

Na mesma linha dispõe Amauri Mascaro Nascimento:

“No direito brasileiro as penalidades que podem ser aplicadas ao empregado são a *suspensão disciplinar* e a *advertência*. O atleta profissional é ainda passível de multa. (...) Como é prevista a suspensão, admite-se a punição do empregado com advertência, embora não prevista pela CLT. Quem tem poder maior por certo terá, também, nele compreendido um poder menor, que é o de advertir, que acarreta conseqüências morais, mas não implicações econômicas como a suspensão, cujo resultado, além da proibição do trabalho durante o seu cumprimento, será a perda dos salários dos dias respectivos, mais do repouso semanal.”^[18]

Ressalta-se, entretanto, que o empregado tem salvaguardado o direito de ação, caso tenha sido prejudicado ou injustiçado pela sanção aplicada. Esse direito lhe possibilita a anulação da punição, a partir da fiscalização e análise das penalidades disciplinares pela Justiça do Trabalho.

Logo, o poder disciplinar possui a finalidade de aplicar sanções disciplinares ao empregado, nas situações em que são desrespeitadas as obrigações estipuladas

no contrato de trabalho. Cabe mencionar, entretanto, que o poder disciplinar também não tem caráter absoluto, como denota Guimarães:

Assim como as demais variações do poder diretivo do empregador, o poder disciplinar, embora de extrema importância à atuação empresarial, não é absoluto ou incondicionado. Não é admitida, em hipótese nenhuma, a utilização de medidas punitivas que atentem contra a dignidade do empregado, representando ofensa à sua honra ou aos direitos fundamentais assegurados. De tudo o que foi exposto, é inconteste que os princípios e regras constitucionais incidem plenamente sobre o plano empregatício, de forma a limitar atitudes que possam prejudicar a individualidade dos empregados.

Isto posto, vê-se que, não obstante o caráter relativo do poder de direção, o empregador pode aplicar sanções àquele empregado que desrespeita as ordens manifestadas no que tange à prestação dos seus serviços. Nesse sentido, cabe mencionar que as punições disciplinares no Direito do Trabalho se tratam da advertência, feita de forma verbal ou escrita, a suspensão, restringida a trinta dias consecutivos, e dispensa por justa causa, abordada como a punição mais grave, ocasionando na extinção do contrato de trabalho.⁸⁷

Dessarte, tem-se que o poder de direção do empregador tem como base principal os direitos e prerrogativas concernentes aos sujeitos da relação empregatícia, de modo a cumprir a execução de direitos e obrigações previstas no contrato de trabalho. Nesta senda, ambas as partes têm deveres e obrigações, sendo facultado ao empregador o poder de organizar, controlar e regulamentar a atividade de seus funcionários. De igual maneira, o empregado possui o dever de prestar seu serviço conforme as regras internas da empresa e as ordens dadas pelo empregador, contanto que estas estejam em consonância com os direitos fundamentais dos empregados.⁸⁸

⁸⁷ BEZERRA, Christiane Singh; FERREIRA, Gabriela Cerci Bernabe. Considerações sobre o poder diretivo do empregador sob a ótica do contrato de trabalho e dos direitos fundamentais do trabalhador . In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XV, n. 98, mar 2012. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?artigo_id=11296&n_link=revista_artigos_leitura>. Acesso em 20 mar. 2018.

⁸⁸ SILVA, Erica de Kassia Costa da. Poder diretivo do empregador nos contratos de trabalho à luz dos direitos fundamentais do trabalhador. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XIX, n. 150, jul 2016.

3.2. LIMITES AO PODER DIRETIVO DO EMPREGADOR DIANTE DAS GARANTIAS CONSTITUCIONAIS DO EMPREGADO.

Para que a sociedade tenha um convívio pautado na harmonia e equilíbrio, é necessário que certos limites sejam postos no meio social. Porém, como o Estado não detém a todo o tempo a capacidade de manter as relações em sociedade sempre organizadas, este repassa ao particular a prerrogativa de elaborar normas para regularizar tarefas determinadas. O mesmo ocorre no âmbito do direito trabalhista, posto que a legislação confere ao empregador a faculdade de sancionar empregados em face de atos ilícitos praticados por estes, respeitando sempre o princípio da razoabilidade e proporcionalidade.⁸⁹

Essa faculdade de punir é lastreada no poder diretivo do empregador, porém este poder se sujeita a determinadas limitações, sendo, uma destas, a garantia dos direitos fundamentais do empregado. Se trata de uma restrição de ordem pública e se pauta no fato de que toda ação do empregador deve ser guiada pela razoabilidade, ainda que possua caráter meramente fiscalizatório.

A dignidade humana, importante pilar dos direitos fundamentais, é uma das bases de amparo jurídico no direito brasileiro. A Constituição Federal denota a dignidade da pessoa humana como princípio fundamental no começo do texto, no entanto, a dignidade humana, pela suma importância que carrega, se reflete como um valor supremo, visto que funciona como um verdadeiro alicerce para a Carta Magna e para o amparo jurídico em geral.

Na seara trabalhista, os direitos fundamentais carregam uma vulnerabilidade maior, posto que existe uma relação que não encontra-se em igualdade, em face da ausência de equilíbrio entre os sujeitos, de modo que faz-se necessária a

Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=17492&revista_caderno=25>. Acesso em: 20 mar. 2018.

⁸⁹ CORREIA, Henrique. Direito do Trabalho para os concursos de analista do TRT e MPU. 11º ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2018. P. 310

intervenção do Estado para que haja uma fiscalização mais ativa. Assim, a cautela quanto à dignidade do empregado e a proteção à liberdade deste, deve estar intimamente relacionado à eficiência da aplicação dos direitos fundamentais nestas relações.

Para o autor Sergio Pinto Martins, a restrição imposta ao poder diretivo se subdivide em limites externos e limites internos. Os limites externos se tratam da Constituição Federal, das leis, normas coletivas e contratos. Já os internos referem-se à boa-fé objetiva e o exercício regular do direito.⁹⁰

Quanto a proteção dos direitos fundamentais do empregado, cabe salientar acerca da intimidade, posto que também é uma garantia fundamental e deve ser resguardada no exercício do poder de direção do empregador. Dessa maneira, este não pode fiscalizar de forma vexativa as informações pessoais do trabalhador, sob pena de ferir o direito à intimidade. Nesta senda, Leda Maria Messias da Silva alude:

Há que se ter em mente que o trabalhador não pode ser simplesmente um número, um elo de uma fria corrente que o ata ao lucro do empreendimento, um objeto mercável. O homem necessita do trabalho para sua sobrevivência, mas em nome dessa sobrevivência não pode sujeitar-se à indignidade da escravidão, pelo trabalho ou por relações de trabalho, ao interagir com o seu empregador ou tomador de serviços. O trabalho digno, decente, que não valoriza a máquina mais do que ao homem, deve ser a tônica de uma sociedade mais justa, com menos desigualdades.

Portanto, clarividente que o poder diretivo não permite ao empregador uma atuação livre, pois cabe a este a proteção aos direitos e garantias fundamentais do trabalhador. Nesta linha, é necessário que as ações do poder de direção estejam sempre em consonância com o princípio da razoabilidade, de modo que os preceitos

⁹⁰ BEZERRA, Christiane Singh; FERREIRA, Gabriela Cerci Bernabe. Considerações sobre o poder diretivo do empregador sob a ótica do contrato de trabalho e dos direitos fundamentais do trabalhador . In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XV, n. 98, mar 2012. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?artigo_id=11296&n_link=revista_artigos_leitura>. Acesso em 20 mar. 2018.

fundamentais não sejam lesados e não seja forçoso a aplicação do dever de indenizar ao empregador.

3.3. CONSEQUÊNCIAS DO ABUSO DE PODER NO USO DO PODER DIRETIVO.

Conforme aludido, o poder de direção é uma prerrogativa fornecida ao empregador, em razão de sua função fiscalizadora. Entretanto, notório que tal prerrogativa se sujeita a restrições e, caso estas não sejam observadas, são cabíveis as consequências devidas ao caso em tela. Tais consequências, assim, estão presentes na legislação brasileira e devem ser aplicadas em caso de violação na atuação do poder diretivo.⁹¹

O art. 932, inciso III, do Código Civil, menciona que são igualmente responsáveis pela reparação civil o empregador ou comitente, por seus empregados, serviçais e prepostos, no exercício do trabalho que lhes competir, ou em razão dele. Dessa forma, está-se diante de uma responsabilidade objetiva, posto que independe de culpa. A responsabilidade civil está amparada pelo vínculo entre empregado e empregador, visto que é utilizado como um contrato dentro da relação.⁹²

Logo, toda ação realizada pelo empregador que venha a interferir no vínculo empregatício e que gere qualquer constrangimento ou lesão à dignidade ou à honra, restará configurado excesso na prática do poder de direção, situação que será coibida pela legislação trabalhista e pelo ordenamento jurídico em geral. Acerca do tema, o Tribunal Superior do Trabalho aduz o entendimento exposto:

⁹¹ CORREIA, Henrique. Direito do Trabalho para os concursos de analista do TRT e MPU. 11º ed. **Salvador: Editora Juspodivm, 2018.** P. 315

⁹² BEZERRA, Christiane Singh; FERREIRA, Gabriela Cerci Bernabe. Considerações sobre o poder diretivo do empregador sob a ótica do contrato de trabalho e dos direitos fundamentais do trabalhador. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XV, n. 98, mar 2012. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?artigo_id=11296&n_link=revista_artigos_leitura>. Acesso em 20 mar. 2018.

“EMENTA: COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO. DANO MORAL. É pacífica a jurisprudência desta Corte, consubstanciada na OJ 327 da SBDI-1, sobre a competência do Judiciário Trabalhista para conhecer e julgar ações em que se discute a reparação de dano moral, praticado pelo empregador em razão do contrato de trabalho. Recurso não conhecido. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. LIMITAÇÃO DO PODER DIRETIVO DO EMPREGADOR.

O cerne da questão reside na aferição do prejuízo à honra e à dignidade da empregada nos procedimentos adotados pelo superior hierárquico. Nesse contexto, sabe-se que o dano moral constitui uma lesão a direitos da personalidade, que no caso dos autos são a honra e a intimidade da autora da reclamação. A sua configuração se efetiva com o abalo à dignidade da pessoa em sua consideração pessoal ou social. O fato denuncia excessivo abuso do poder diretivo do empregador, expondo o empregado à vexatória perante funcionários da empresa, em comprometimento da dignidade e intimidade do indivíduo, motivo pelo qual reputo o procedimento adotado como lesivo à honra, exigindo a reparação pretendida, em condições de afastar qualquer indício de afronta ao artigo 159 do Código Civil. Recurso não conhecido. HORAS EXTRAS. ART. 62, I, DA CLT. Inviável indagar do exercício de atividade externa incompatível com a fixação de horário de trabalho, pois implicaria revolvimento do conjunto probatório dos autos, a impedir a atividade cognitiva desta Corte, na esteira do Enunciado nº 126 do TST. Recurso não conhecido.” (TST - RR 253004420035030003 25300-44.2003.5.03.0003 - Relator(a): Antônio José de Barros Levenhagen - Julgamento: 06/04/2005 - Órgão Julgador: 4ª Turma, Publicação: DJ 22/04/2005).

O empregador, ao ferir a honra de valores da pessoa do trabalhador, como a dignidade humana, atinge a seara dos direitos fundamentais e acaba por criar a obrigação de indenizar o dano em face da responsabilidade objetiva. Cabe salientar que a sanção é cabível não somente para o empregador, como também para o preposto deste, visto que o poder diretivo é função do empregador e, assim, este deve supervisionar de maneira atenta a fim de obstar qualquer vício no exercício do poder de direção.

O vínculo de emprego é marcado pelo notório desequilíbrio entre os sujeitos concernentes a este, posto que o trabalhador é hipossuficiente e vulnerável diante do empregador. Dessa forma, é primordial que as limitações do poder diretivo estejam fixadas e claras, sobretudo no que tange à proteção da dignidade do

empregado, pois o trabalhador tem o direito de receber o devido respeito como ser humano, e não somente na sua atuação como empregado.

Isto posto, entende-se a razão pela qual o poder diretivo tem caráter relativo, e não absoluto, pois o empregador apenas deve controlar os fatos dispostos sobre as prestações de serviço daquele, sem, com isso, interferir na vida íntima e pessoal do mesmo. Além disso, o abuso do poder diretivo, observado pela atuação arbitrária e exacerbada deste, pode ocasionar consequências danosas para o empregador, diante da violação dos direitos fundamentais previstos constitucionalmente em prol dos empregados. Portanto, o empregador deve zelar pelas garantias e direitos fundamentais dos membros de sua organização, alinhando o seu poder de direção ao princípio da razoabilidade e a proteção à dignidade humana do empregado. Somente assim será viável possibilitar aos funcionários um ambiente profissional justo, igualitário e livre.⁹³

O poder do empregador não incorre na pessoa ou sobre toda a postura do empregado, mas apenas sobre a força laborativa empregada em face da manutenção de um negócio jurídico trabalhista, que o empregado põe à disposição do empregador por intermédio de um contrato de trabalho.⁹⁴

Assim, ressalta-se que não se trata da submissão do empregado, inferior, a outro, superior, que seria o empregador. É, na verdade, a falta de detalhamento quanto ao modo e tempo de execução das tarefas que vêm a ser expostas pelo empregador. Estas regras que devem ser admitidas pelo empregado, justamente na direção das atividades.

Nesta senda, Garcia leciona que o poder de direção não é ilimitado, mas deve ser praticado dentro limites dispostos na legislação e no sistema jurídico, em consonância com os direitos e garantias alusivos aos empregados. O abuso no

⁹³ CORREIA, Henrique. Direito do Trabalho para os concursos de analista do TRT e MPU. 11º ed. **Salvador: Editora Juspodivm, 2018.** P. 316

⁹⁴ BEZERRA, Christiane Singh; FERREIRA, Gabriela Cerci Bernabe. Considerações sobre o poder diretivo do empregador sob a ótica do contrato de trabalho e dos direitos fundamentais do trabalhador. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XV, n. 98, mar 2012. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?artigo_id=11296&n_link=revista_artigos_leitura>. Acesso em 20 mar. 2018.

exercício de poder de direção não deve ser acatado, o que faz com que o empregado possa ir de encontro a ele, fazendo constar seu direito à reparação ou prevenção do decorrente dano, na esfera material e moral, conforme prenuncia:

Pode-se dizer, portanto, que embora o empregado tenha o dever de subordinação, este não significa o dever de sujeição a toda e qualquer determinação do empregador, permitindo àquele o direito de recusa ao cumprimento de qualquer ordem de cunho abusivo ou ilegal. Nasce o chamado direito de resistência, ou *jus resistentiae*, que atribui ao empregado de resistir ao poder diretivo do empregador (configurando, portanto, verdadeiro limite a esse poder), bem como às suas alterações unilaterais, sempre que ultrapassarem os limites, tornando-se ilegais ou abusivos.⁹⁵

Os limites primordiais ao poder de direção do empregador estão presentes na Constituição da República Federativa do Brasil, sendo estes direitos fundamentais os limitadores do poder de direção quando exercido de maneira ilegal ou abusiva.

Na Carta Magna, destaca-se o artigo 7º e seus incisos, o qual traz uma gama de direitos ao empregado que são indispensáveis para que se considere válida a relação de trabalho, observando, sempre, que o empregado é a parte mais fraca no vínculo empregatício.

Podem ocorrer conflitos entre os direitos fundamentais, pois ao passo que tem-se o direito fundamental do empregador, há também os direitos fundamentais do empregado. Então, é crucial que haja a ponderação entre esses direitos em uma verificação da situação *in concreto*, sob a visão dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, de modo que não seja esquecido o princípio protetor do trabalhador, que se subdivide no princípio *in dubio pro operario*; princípio da condição mais benéfica; e princípio da norma mais favorável.

Logo, o resguardo da figura do trabalhador é uma maneira de restringir o poder diretivo do empregador, sobretudo pelo fato de que essas normas de proteção são de ordem pública, ou seja, são indisponíveis, irrenunciáveis, tendo como

⁹⁵ GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. Curso de direito do trabalho. São Paulo: Método, 2007.

fundamento a Consolidação das Leis Trabalhistas que, no seu artigo 9º, alude que: “serão nulos de pleno direito os atos praticados com o objetivo de desvirtuar, impedir ou fraudar a aplicação dos preceitos contidos na presente Consolidação”. Logo, a proteção ao empregado põe uma limitação à própria autonomia privada quando se refere a violação dos princípios fundamentais.⁹⁶

Para tanto, a Constituição Federal tutela a proteção de valores primordiais em seu artigo 1º, conforme lê-se:

A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: I - a soberania; II - a cidadania; III - a dignidade da pessoa humana; IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; V - o pluralismo político. Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.

No entanto, menciona-se que os fundamentos do Estado Democrático de direito têm como bases a dignidade da pessoa humana e a livre iniciativa, além dos demais valores trabalhistas. Ainda, conforme inserido na Constituição Federal, é finalidade da República lastrear seu posicionamento numa sociedade livre, justa e solidária, posto que a normatividade da Constituição Federal de 1988 explana seus efeitos no regramento jurídico no que se refere a leis constitucionais e infraconstitucionais, o que demonstra uma restrição ao poder de direção do empregador.⁹⁷

Por fim, mister salientar que o contrato de trabalho determina regras que devem ser observadas, mas nos limites legais e sem abusos. Dessa maneira, vê-se que o poder do empregador não é absoluto, de modo que os direitos fundamentais se mostram como os principais limitadores dos excessos cometidos por seu poder diretivo.

⁹⁶ GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. Curso de direito do trabalho. São Paulo: Método, 2007.

⁹⁷ Idem, *Ibidem*

CONCLUSÃO

Diante do exposto neste trabalho, a primeira conclusão é de que os direitos fundamentais são reconhecidos e previstos na Constituição Federal de 1988 e constituem direitos humanos positivados em âmbito constitucional, protegendo o indivíduo em suas mais diversas acepções, tendo como norte a dignidade da pessoa humana e exercendo influência na aplicação/interpretação normativa. Protegem contra abusos do Estado, defendendo as liberdades conquistadas nas mais diversas dimensões que surgiram ao longo do desenvolvimento humano.

E quando ocorre o conflito entre esses direitos, como é o caso apresentado, recorre-se ao princípio da proporcionalidade e ponderação. Uma vez que não são absolutos, é natural que ocorram situações em que esses direitos são aparentemente contraditórios, em que um deles acabará mitigado para que outro venha a prevalecer.

Quanto às funções dos direitos fundamentais, pôde-se notar que, embora o Estado não seja impedido de agir, visto que o indivíduo não está totalmente imune e protegido da atuação estatal, pretende-se evitar a conduta abusiva, que ultrapasse os limites previstos na Constituição. O Estado, assim, não é omissor nem inerte, mas apenas pretende-se obstar qualquer eventual lesão às garantias individuais. No entanto, ocorreu o oposto, pois não se buscou um isolamento do homem e da atividade estatal, mas sim um ser cada vez mais compelido a participar da vida das pessoas, sendo mais exigido para ter uma participação mais ativa, que objetivasse a diminuir as desigualdades e atendessem as necessidades da população.

Num segundo momento, foi possível analisar acerca do vínculo de emprego, de modo que se afirma que a maioria dos países admite o direito ao trabalho como um dos direitos fundamentais dos cidadãos, pois, além de perfarzer as carências, também permite uma integração na sociedade. Entretanto, o direito trabalhista faz uma relevante diferenciação entre as relações de trabalho e de emprego. Vê-se que, de um lado a relação de trabalho é mais abrangente, configurando como um gênero, mas, do outro, o vínculo de emprego é uma espécie e necessita da

presença de alguns elementos para sua configuração, estes que se encontram previstos na Consolidação das Leis do Trabalho. Pode-se afirmar que a relação de trabalho se trata do gênero, e a relação empregatícia é uma espécie de relação de trabalho. O vínculo de emprego deve ter a existência de determinados elementos fático-jurídicos para restar caracterizado, visto que são estes aspectos que ensejam a noção dos sujeitos atinentes à relação de emprego.

Ainda sobre a relação de emprego, tem-se que o vínculo de emprego é precedido de dois sujeitos de suma importância, quais sejam, o empregado e o empregador. O conceito de empregado refere-se a pessoa física que labora de maneira subordinada e de modo não-eventual para outra pessoa, este que será o empregador, que paga a contraprestação na forma de salário. São, então, quatro elementos, de caráter objetivo, que caracterizam a figura do empregado: a pessoalidade, a não eventualidade, a subordinação e onerosidade.

Quanto a pessoalidade, no que concerne ao empregado, foi visto que o contrato de trabalho é *intuitu personae*, sendo proibida a transferência da prestação do serviço pelo empregado a outrem. Já a subordinação, embora tenham várias teorias para esse conceito, tais como subordinação hierárquica, econômica, técnica, etc., a mais aceita pela doutrina para a configuração da relação empregatícia é a subordinação jurídica. Relacionado à onerosidade, tem-se que esta se refere a integralidade das percepções econômicas que, em face do contrato de trabalho, serão postas em benefício do empregado. Por fim, ao aspecto da não eventualidade, este concerne ao caráter temporal da prestação de serviço do empregado.

Noutro giro, o empregado produz a força laborativa capaz de exercer a prestação dos seus serviços, esta que é requerida pelo empregador. Portanto, o objeto da relação de emprego é a atividade ser exercida pelo empregado, que terá como contraprestação o salário fornecido pelo empregador. Aparecem, da relação empregatícia, dois institutos importantes para a seara trabalhista, que são o poder de direção e a subordinação. A subordinação norteia a existência e a manutenção da relação de emprego, pois, diante da ausência desse elemento, outras relações poderiam restar caracterizadas em detrimento da relação empregatícia. Assim, a subordinação é fator crucial para a configuração do vínculo de emprego, de modo

que o empregado deve se sujeitar ao poder diretivo do empregador e aos termos convencionados na própria relação.

Quanto ao poder de direção, pôde-se perceber que está baseado no poder do empregador de controlar as tarefas dos seus empregados, com a finalidade de manter o devido funcionamento da instituição. Neste sentido, o poder diretivo se mostra como uma gama de prerrogativas que o empregador possui para a organização estrutural, valendo-se do melhor processo, à sua escolha, para o ramo de atividade. O poder diretivo se apresenta como um corolário do vínculo de emprego, visto que, conforme previsto na legislação trabalhista, no art. 2º da Consolidação das Leis do Trabalho, é um dos encargos do empregador dirigir as funções do empregado. O empregador, então, ao exercer o poder de direção, irá cumprir a função social do contrato de emprego. Deve ser verificada, nesse sentido, a tutela da dignidade do trabalhador na execução do poder diretivo. Logo, quando o empregador exerce o poder de direção de modo regular, atentando aos limites do razoável, pode evitar situações ensejadoras de assédio moral, que ocorrem com bastante frequência nas relações empregatícias.

Ainda, para uma sociedade mais justa e igualitária, é necessário que certos limites sejam postos no meio social. O Estado não detém sempre a viabilidade de manter as relações em sociedade sempre organizadas, este transmite ao particular a faculdade de elaborar normas para regularizar tarefas determinadas. A legislação, assim, confere ao empregador a faculdade de sancionar empregados em face de atos ilícitos praticados por estes, respeitando sempre o princípio da razoabilidade e proporcionalidade. Essa prerrogativa de sancionar é vista no poder diretivo do empregador, mas este poder se sujeita a determinadas limitações, sendo, uma destas, a garantia dos direitos fundamentais do empregado.

Com isso, importante é a percepção acerca o poder diretivo e suas restrições, posto que deve ser respeitada a honra da pessoa do trabalhador sem o cometimento de abusos, caso contrário, restará configurado excesso na prática do poder de direção, situação que será coibida pela legislação trabalhista e pelo ordenamento jurídico em geral. Assim, o poder de direção tem caráter relativo pois o empregador

apenas deve controlar os fatos que se relacionam às prestações de serviço, de modo a não interferir na vida íntima e pessoal do funcionário.

REFERÊNCIAS

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 11ª ed. rev. atual., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 15.ed. SÃO PAULO: Malheiros, 2004.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. 6. ed. Salvador: JusPodivm, 2012.

ROCHA, Carmen Lucia Antunes. **O constitucionalismo contemporâneo e a instrumentalização para a eficácia dos direitos fundamentais**. Disponível em <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/14729-14730-1-PB.htm>> Acesso em: 02 mar. 2018

MENDES, Gilmar Ferreira. **Os direitos fundamentais e seus múltiplos significados na ordem constitucional**. 1999. Disponível em: <http://www.gilmarmendes.org.br/index.php?option=com_phocadownload&view=category&id=9:direitos-fundamentais&Itemid=74>. Acesso em: 28/08/2015.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. **Conheça a Constituição: comentários à Constituição Brasileira - vol.1**. Barueri: Manole, 2005.

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

SOUZA, Rodrigo Telles de. **A distinção entre regras e princípios e a derrotabilidade das normas de direitos fundamentais**. Disponível em: <<http://boletimcientifico.escola.mpu.mp.br/boletins/boletim-cientifico-n-34-janeiro-junho-de-2011/a-distincao-entre-regras-e-principios-e-a-derrotabilidade-das-normas-e-direitos-fundamentais>>. Acesso em : 11 mar. 2018.

MENDES, Gilmar Ferreira. et al. **Curso de Direito Constitucional**. 2ª ed. rev. atual. Sao Paulo: Saraiva, 2008.

EL-JAICK, Juliana Grillo. Conflitos entre o direito à intimidade e à vida privada e o direito à informação, liberdade de expressão e de comunicação. **Curso de Constitucional:**

Normatividade Jurídica. Rio de Janeiro: EMERJ, 2013. Disponível em: http://www.emerj.tjrj.jus.br/serieaperfeicoamentodemagistrados/paginas/series/11/normatividadejuridica_109.pdf. Acesso em: 17/10/2015.

BRASIL, Lei nº 13.467, de 13 de Julho de 2017. Altera a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, e as Leis nºs 6.019, de 3 de janeiro de 1974, 8.036, de 11 de maio de 1990, e 8.212, de 24 de julho de 1991, a fim de adequar a legislação às novas relações de trabalho. *Diário Oficial da União*, Brasília, 13 julho 2017. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/l13467.htm>. Acesso em: 15 mar. 2018.

RODRIGUES, Phillips. Sujeitos da relação de emprego. **Jusbrasil, 2016**. Disponível em: <<https://philiperodrigues.jusbrasil.com.br/artigos/314492859/sujeitos-da-relacao-de-emprego>>. Acesso em: 22 mar. 2018

MAGANO, Octávio Bueno. Manual de direito do trabalho. 3. Ed. São Paulo: LTr, 1992, v.2, p.58

BEZERRA, Christiane Singh; FERREIRA, Gabriela Cerci Bernabe. Considerações sobre o poder diretivo do empregador sob a ótica do contrato de trabalho e dos direitos fundamentais do trabalhador. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XV, n. 98, mar 2012. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?artigo_id=11296&n_link=revista_artigos_leitura>. Acesso em: 10 mar 2018.

FILHO, Jofir Avalone. A ética, o Direito e os poderes do empregador. **Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 3, n. 32, jun. 1999**. Disponível em:<<http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/files/anexos/8094-8093-1-PB.htm>>. Acesso em: 27 fev. 2018.

DELGADO, Mauricio Godinho. Curso de direito do trabalho. **10. ed. São Paulo: LTr, 2011**. p. 618.

SANSEVERINO, Luisa Riva. Curso de Direito do Trabalho. Traduzido por Elson Guimarães Gottschalk. São Paulo: LTr / Ed. Universidade de São Paulo, 1976.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. Iniciação ao direito do trabalho. 14. Ed. São Paulo: LTr, 1989. P137

GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. Curso de direito do trabalho. São Paulo: Método, 2007.

MARQUES, Fabíola; ABUD, Cláudia José. Direito do Trabalho, 2. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

SILVA, Erica de Kassia Costa da. Poder diretivo do empregador nos contratos de trabalho à luz dos direitos fundamentais do trabalhador. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XIX, n. 150, jul 2016. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=17492&revista_caderno=25>. Acesso em 16 mar. 2018.

NASCIMENTO, Nilson de Oliveira. Manual do Poder Diretivo do Empregador. São Paulo: LTR Editora, 2009. P. 88