UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO
FACULDADE DE DIREITO

DAWIS PAULINO DA SILVA

PODER DIRETIVO DO EMPREGADOR E LIBERDADE DE EXPRESSÃO DO EMPREGADO

São Paulo

2013

DAWIS PAULINO DA SILVA

PODER DIRETIVO DO EMPREGADOR E LIBERDADE DE EXPRESSÃO DO EMPREGADO

Dissertação de Mestrado apresentada ao Departamento de Direito do Trabalho da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo como condição prévia para obtenção do título de Mestre em Direito do Trabalho sob a orientação inicial do Professor Pedro Vidal Neto e final do Professor Jorge Luiz Souto Maior.

São Paulo

2013

Nome: SILVA, Dawis Paulino da

Título: Poder diretivo do empregador e liberdade de expressão do empregado.

Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo para obtenção do título de Mestre em Direito.

Aprovado em:

Banca Examinadora:

Prof. Dr. _____Instituição: _____
Julgamento: _____ Assinatura: _____

Prof. Dr. _____Instituição: _____
Julgamento: _____ Assinatura: _____

Prof. Dr. _____Instituição: _____
Julgamento: _____ Assinatura: _____

Minha gratidão eterna, primeiramente a Deus por me permitir caminhar o caminho, seja qual for o destino. À minha esposa, Euza Jesus Santos, pelo amor que me mantém de pé, que me faz melhor. À minha mãe, Aparecida Paulino, pelo exemplo da força e da persistência. Ao pai que a vida generosamente me deu, Geraldo Antonio Andreazzi Fantin, pelo exemplo de amor incondicional. Aos meus filhos, Gabriel e Jamille, por me ensinarem a sonhar com um futuro que não é meu. À Eliane, amiga e parceira nessa caminhada acadêmica.

AGRADECIMENTOS

Impossível não externar gratidão eterna pelas orientações do professor Pedro Vidal Neto, homem sábio e sereno que confiou e não desistiu, mesmo quando eu claudiquei, mas que não pôde ver a conclusão do trabalho que sem ele jamais seria concluído.

Da mesma forma, fundamental agradecer o generoso acolhimento e orientações do professor Jorge Luiz Souto Maior, imprescindíveis para equacionamentos e finalização dos presentes estudos.

"Freedom just around the corner for you.
But with the truth so far off,
what good will it do?"

Bob Dylan

RESUMO

SILVA, Dawis Paulino da. **Poder diretivo do empregador e liberdade de expressão do empregado.** 2013. 175 f. Dissertação (Mestrado) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013.

Avaliar a forma como interagem o chamado poder diretivo do empregador e a liberdade de expressão do empregado é o desafio que se empreende neste trabalho. Em certa medida, a eleição do tema já revela a adesão deste mestrando à corrente doutrinária que concebe existência de direitos fundamentais trabalhistas, específicos e inespecíficos, no âmbito e no universo das relações de trabalho, no caso do presente estudo, na relação de emprego. Para atingir o escopo proposto quando da escolha do tema, optamos pelo desenvolvimento de um trabalho em 6 capítulos, com análises e estudos, alguns de menor extensão, dado o caráter de coadjuvância com o tema principal, outros de maior extensão, dada a centralidade com a tarefa abraçada. Iniciamos nosso estudo com breves considerações históricas acerca do fenômeno do poder, cuidando do enquadramento conceitual e com abordagem de sua evolução a partir da antiguidade até o sistema capitalista, berço do direito do trabalho (1º Capítulo). Superada a abordagem do poder, genericamente considerado, debruçamos nossa atenção para a análise do poder diretivo de modo mais particular. E aqui tratamos das questões do conceito, fundamento legal e doutrinário, formas de expressão e limitações incidentes (2º Capítulo). O trabalho prossegue e com o propósito de estabelecer uma conexão com o trecho anterior do estudo, dirigimos a análise para a verificação dos direitos e deveres de empregado e empregador para que assim se evidencie potencialidades e limites tanto do poder diretivo do empregador, quanto dos direitos fundamentais do empregado, dentre os quais a liberdade de expressão (3º Capítulo). A sequencia do trabalho contém os esforços para o correto posicionamento da liberdade de expressão dentro do universo dos direitos humanos ou do homem, direitos fundamentais e direitos da personalidade. E com o intuito de melhor posicionar a liberdade de expressão, fazemos uma avaliação dentro do contexto do direito nacional e internacional, bem como abordamos, ainda que com pouca profundidade, a questão das gerações ou dimensões dos direitos fundamentais (4º Capítulo). O trato da liberdade de expressão tematiza o penúltimo capitulo e nele envidamos esforços para localizar em que esfera da existência do trabalhador subordinado, íntima, privada ou pessoal, ou no âmbito de todas estas, está a liberdade de expressão. Neste mesmo capítulo, devotamos nossa análise para a questão do plano de eficácia do direito fundamental à liberdade de expressão inclusive com o debate com a abordagem das formas, objeções, limites da liberdade de expressão e sobretudo com uma análise do direito em debate no contexto da relação de emprego, inclusive no que toca ao chamado direito de crítica. Encerramos esse capitulo com considerações acerca de medidas de proteção em caso de dispensa discriminatória. Na conclusão registramos nossas ponderações.

Palavra-chave: Poder Diretivo. Liberdade de Expressão.

ABSTRACT

SILVA, Dawis Paulino da. **Directive power of the employer and the employee's freedom of expression.** 2013. 175 f. Dissertação (Mestrado) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013.

Assess how named steering power of the employer interacts and the employee's freedom of expression is the challenge that this work is undertaken. To some extent, the election theme already reveals the accession of the current Master's doctrinal conceives existence of fundamental labor, specific and nonspecific, and within the universe of labor relations in the case of this study, the employment relationship. To achieve the proposed scope when choosing the theme, we opted for the development of a work in 6 chapters, with analyzes and studies, some less extensive, given the character of co-acting with the main subject, other larger extent, given the centrality and embraced the task. We begin our study with brief historical considerations about the phenomenon of power, taking care of the conceptual framework and approach of its evolution from antiquity to the capitalist system, the cradle of labor law (Chapter 1). Approach to overcome the power, generally considered, worked through our attention to the analysis of power steering more particular. And here we treat the issues of concept, doctrinal and legal basis, forms of expression and limitations incidents (Chapter 2). The work continues in order to establish a connection with the earliest part of the study, headed analysis to verify the rights and duties of employee and employer so that if evidence of both potential and limits of the directive power of the employer, as rights key employee, among which the freedom of expression (Chapter 3). The sequence of this work includes efforts to the correct positioning of freedom of expression within the universe of human rights or of man, fundamental rights and personality rights. And in order to better position the freedom of speech, we make an assessment within the context of national and international law, as well as approach, albeit with little depth, the issue of generational dimensions or fundamental rights (Chapter 4). The tract of freedom of expression lead the penultimate chapter and we strive to find it in that sphere of existence of subordinate worker, intimate, private or personal, or under all these, is the freedom of expression. In this same chapter, we devote our analysis to th question of plan effectiveness of the fundamental right to freedom of expression and ende the debate with the approach of the ways, objections, limits of freedom of expression an especially the analysis of law in the context of the debate employment relationship, including with regard to the so-called right of criticism. In conclusion we recorded our weightings.

Keywords: Power Steering. Freedom of Expression.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO 12

CAPÍTULO I 16
1 DO PODER 16
1.1 BREVES CONSIDERAÇÕES HISTÓRICAS E CONCEITOS 16

CAPÍTULO II 21
2 DO PODER DIRETIVO 21
2.1 CONCEITO 21
2.2 DOS FUNDAMENTOS LEGAIS 25
2.3 DOS FUNDAMENTOS DOUTRINÁRIOS 26
2.3.1 Teoria da Propriedade Privada 27
2.3.2 Teoria institucional 30
2.3.3 Teoria Contratual 32
2.3.4 Teoria da Autonomia como Centro de Poder 33
2.4 DA NATUREZA JURÍDICA DO PODER DIRETIVO 34
2.4.1 Da Natureza Jurídica do Direito Potestativo 36
2.4.2 Da Natureza Jurídica do Direito Subjetivo 39
2.4.3 Natureza Jurídica de Direito Senhorial e Hierárquico 40
2.4.4 Natureza Jurídica de Direito Função 41
2.4.5 Outras Considerações Doutrinárias Acerca da Natureza Jurídica do Poder Diretivo 42
2.5 DAS EXPRESSÕES DO PODER DIRETIVO 44
2.5.1 Do Poder de Organização 44
2.5.2 Do Poder de Controle e Fiscalização 46
2.5.3 Do Poder Disciplinar 49
2.5.4 Das Limitações do Poder diretivo 52

CAPITULO III 56
3 SOBRE DEVERES E OBRIGAÇÕES DO EMPREGADOR E DO EMPREGADO – BREVES CONSIDERAÇÕES 56

3.1 OBRIGAÇÕES E DEVERES DO EMPREGADOR – PRESCRIÇÕES INFRACONSTITUCIONAIS E CONSTITUCIONAIS 58
3.1.1 Da Obrigação de Remunerar 59
3.1.2 Da Obrigação de Proporcionar Trabalho 61
3.1.3 Da Obrigação de Fornecer Equipamento 62
3.1.4 Da Obrigação de Observar Normas de Segurança e Medicina do Trabalho 63
3.1.5 Dos Deveres de Respeito à Dignidade, à Consciência e a Moral do Trabalhador 65
3.1.6 De Outros Deveres do Empregador 68
3.2 DAS OBRIGAÇÕES E DOS DEVERES DO EMPREGADO NAS NORMAS INFRACONSTITUCIONAIS E CONSTITUCIONAIS 69
3.2.1 Da Obrigação de Prestar Serviço 70
3.2.2 Da Obrigação de Obediência 71
3.2.3 Da Obrigação de Diligência 73
3.2.4 Da Obrigação de Fidelidade 75
3.2.5 De outras obrigações e Deveres do Empregado 78
3.3 CONSIDERAÇÕES FINAIS SOBRE DEVERES E OBRIGAÇÕES DE EMPREGADORES E EMPREGADOS 79

CAPÍTULO IV 80
4 DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO – BREVE CONTEXTUALIZAÇÃO NO UNIVERSO DOS DIREITOS HUMANOS, DIREITOS FUNDAMENTAIS E DIREITOS DE PERSONALIDADE 80
4.1 DOS DIREITOS HUMANOS OU DIREITOS DO HOMEM 81
4.2 DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS 83
4.2.1 Dos Direitos Fundamentais – Geração ou Dimensões e Características 84
4.2.2 Dos Direitos Fundamentais específicos 87
4.2.3 Dos Direitos Fundamentais Inespecíficos 90
4.3 DIREITOS FUNDAMENTAIS – ABSOLUTOS RELATIVOS 92
4.3.1 Corrente dos Direitos Fundamentais Relativos 92
4.3.2 Corrente dos Direitos Fundamentais Absolutos 94
4.4 DOS DIREITOS DE PERSONALIDADE – POSIÇÃO NO DIREITO POSITIVO. 96
4.4.1 Dos Direitos de Personalidade – Conceito 100
4.4.2 Dos Direitos de Personalidade – Características e Objeto de Tutela 102
CAPÍTULO V 107

5 DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO – CONCEITO.....107
5.1 DA VIDA ÍNTIMA, DA VIDA PRIVADA E DA VIDA PESSOAL DO EMPREGADO CONTINGENCIAMENTO DO PODER DIRETIVO 113
5.2 DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO DO EMPREGADO – EFICÁCIA DESTE DIREITO FUNDAMENTAL NA RELAÇÃO DE EMPREGO 118
5.3 DAS FORMAS DE LIBERDADE DE PENSAMENTO E LIBERDADE DE EXPRESSÃO DO EMPREGADO 123
5.4 DAS OBJEÇÕES À LIBERDADE DE EXPRESSÃO DO TRABALHADOR – CONSIDERAÇÕES DOUTRINÁRIAS 126
5.5 DOS LIMITES DO DIREITO À LIBERDADE DE EXPRESSÃO 132
5.5.1 Das Funções da Liberdade de Expressão na Relação de Emprego.....133
5.5.2 Dos Objetos da Liberdade de Expressão na Relação de Emprego 135
5.5.3 Dos Limites da Liberdade de expressão na Relação de Emprego 138
5.6 LIBERDADE DE EXPRESSÃO E RELAÇÃO DE EMPREGO - EXEMPLOS 141
5.6.1 Da Objeção de Consciência 142
5.6.2 Das organizações de Tendência.....147
5.6.3 Do Direito de Crítica na relação de emprego 153
5.6.4 Da liberdade de Expressão Relativa à Autodeterminação Comportamental e à Aparência do Empregado.....158
5.6.5 Da Liberdade de Expressão e da Dispensa Discriminatória – Critérios de Resolução.....161

CAPÍTULO VI 165
CONCLUSÃO 165

REFERÊNCIAS.....169

BIBLIOGRAFIA CONSULTADA 173

INTRODUÇÃO

Ao longo do extenso período entre o início da Revolução Industrial e o segundo pós-guerra, vigorou o entendimento segundo o qual as relações de trabalho, mais especificamente as relações de emprego, exauriam-se, desde que se observasse entre as partes contratantes o simples cumprimento do circuito sinalagmático: prestação de serviços subordinados / pagamento da remuneração devida.

Como se nota, era uma visão relativamente limitada, que entendia a relação de emprego, denominada por Delgado (2006) como categoria básica do direito do trabalho, resultado do binômio obrigacional, de acordo com o qual o empregado entrega sua força de trabalho mediante um pagamento a ser obrigatoriamente realizado pelo empregador.[1]

Não é difícil perceber que essa primeira concepção das obrigações entre as partes do contrato de trabalho estava marcada por flagrante insuficiência, haja vista que a relação de emprego não destitui seus atores de outros direitos que lhes são imanentes, tampouco os desonera de obrigações que se impõem em diversas outras relações jurídicas.

Por essa exposição, resta evidente que suplantar a visão de que a relação de emprego resolvia-se com a simples tradição da força de trabalho mediante a paga do empregador era dado inexorável da evolução do direito laboral.

Dada a superação do conceito de exaustão do simples circuito declinado, extrai-se um redirecionamento de uma concepção que não admitia a incidência de direitos fundamentais nas relações privadas, tolerando apenas essa ocorrência nas relações com os entes públicos, o que se deveu à superação dos paradigmas liberais.

E, com efeito, essa evolução foi motivada pela nova compreensão, segundo a qual direitos fundamentais incidem também de maneira muito intensa nas relações entre privados, o que se alega pelo simples fato de que os atores dessa modalidade de vínculo são entes individuais e coletivos, detentores de poderes, alguns, e submetidos a poderes, outros, com potencial para malferir direitos fundamentais.

Ou seja, também nas relações entre privados há debate acerca da cidadania, e essa situação não hiberna o momento em que um sujeito se investe na condição de empregado e outro empregador.

---

[1]DELGADO, M. G. *Curso de direito do trabalho*. 5.ed. São Paulo: LTr, 2006.

Nesse instante emergem os problemas decorrentes desse tipo de relação jurídica, uma vez que, como ressaltado dela, tanto empregado como empregador não deixam de ser titulares de outros direitos, sobretudo de direitos que advêm da própria cidadania e de sua condição humana.

Estabelecida essa relação, constata-se que os atores dela são também detentores de direitos que se opõem *erga omnes*. Isto é, empregado e empregador são detentores de direitos que lhes permitem opor-se ao Estado, à comunidade, aos demais cidadãos e, claro, à outra parte da relação de emprego.

Evidentemente, o desenvolvimento desse aspecto não se deu de forma linear e sem resistência, haja vista que sua caracterização implica apenas e tão somente o entendimento segundo o qual existem direitos ungidos de fundamentalidade, que se expressa em sentido vertical, nas relações com os entes públicos, e em sentido horizontal, entre particulares.

Noutros dizeres; existem direitos que não se limitam a disciplinar relações entre cidadãos e Estado, eis que, nesse caso, o empregado não deixa de ser cidadão se inserido no contexto da relação de emprego.

Subordinar-se à relação de emprego não se apresenta igual a despojar-se de cidadania e da essencialidade de direitos oponíveis em face das inflexões do Estado, eis que alguns desses mesmos direitos fundamentais podem ser vulnerados nas relações particulares, o que impõem a adoção de medidas de impedimento à atuação deletéria dos demais membros da sociedade.

Vale questionar se é possível pensar que o empregado, por firmar vínculo marcado pela subordinação, perde direito à intimidade, ou tem mitigada suas garantias ao direito à imagem, à honra, ou tem precarizada a garantia à vida ou à integridade física.

Na mesma medida, a simples observância dos novos mandamentos constitucionais mundo afora e no Brasil, em particular, dão o tom da existência do que a moderna doutrina chama de direitos fundamentais trabalhistas específicos e inespecíficos, fato que também repropõe, em novos parâmetros, o debate acerca da existência de direitos fundamentais na mais frequente das relações entre particulares, a relação de emprego.

Conduzida pelo bom senso, a resposta é também amparada pelos mandamentos constitucionais, expressos, exemplificativamente, em prescrições normativas como as

insculpidas no inciso X, do art. 5º, da Constituição Federal de 1988[2], e nos artigos 11 a 21, do Código Civil Brasileiro de 2002[3].

Em verdade, a relação de emprego não anula a existência de direitos humanos, de direitos fundamentais ou de direitos de personalidade. Muito pelo contrário. Tomando em consideração as prescrições constitucionais, depreende-se, tal qual já mencionado, a existência de direitos fundamentais laborais específicos e inespecíficos.

A discussão proposta neste trabalho tem a finalidade de trazer a lume uma questão de destacada importância: perscrutar até que ponto vai o chamado poder diretivo do empregador. Quais seus limites? Qual sua abrangência?

No mesmo plano, se bem em sentido oposto, objetiva analisar se há efetivamente direito à liberdade de expressão por parte do empregado. Qual sua extensão? Quais seus limites? Se é que existem limites.

Em linhas gerais, este trabalho apresenta estudos que passam brevemente pela questão do poder, no primeiro capítulo. No segundo, o enfrentamento, a análise, a conceituação e a definição incidente sobre o poder diretivo. No terceiro, debruça-se sobre institutos e normas legais que tratam dos direitos e deveres de empregador e empregado, sob o prisma concernente aos direitos fundamentais. No quarto capítulo, avalia a ideia de liberdade de expressão *lato sensu* dentro do contexto dos direitos fundamentais, os quais também são estudados nesse trecho do trabalho. A liberdade de expressão dentro do universo empregatício, com suas variações e limites apontados em linhas anteriores, dentro da relação de emprego, nas suas mais variadas formas, bem como a reflexão sobre medidas protetivas em face da possível ocorrência de dispensa discriminatória é avaliada no quinto capítulo.

A conclusão encerra nossas observações finais.

Neste trabalho, o propósito não é inovar, mas simplesmente suscitar a atenção para uma questão absolutamente plausível dentro do universo da relação de emprego, qual seja; a que fica reduzida a liberdade de expressão na relação de emprego, sobretudo em face da existência do poder diretivo? Repita-se, se é que fica reduzida.

Tomada como factível a colisão entre direitos fundamentais dentro da relação de emprego – sem incorrer no risco da falta de modéstia –, quer parecer ao autor que a discussão proposta no presente trabalho tem fundamento.

---

[2]BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF : Senado, 2007, p.15.

[3]BRASIL. *Código civil*. 30.ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 46-52.

Como já ficou transparente, ainda que de forma implícita, esta reflexão pretende responder à indagação, ela sim explicita no título do trabalho, acerca da liberdade de expressão na relação de emprego. O intento é apontar e caracterizar o problema para debate e sugerir reflexões, cuja elaboração enriquece o aprendizado à luz do ensinamento dos doutos sobre a questão proposta.

Na apresentação de respostas, invoca-se a reflexão de respeitáveis tratadistas referidos ao longo do texto, bem como dos lineamentos doutrinários e teóricos, como a teoria do sopesamento, por exemplo, bem como as diretrizes jurisprudenciais nacionais e estrangeiras a respeito do confronto desse binômio de direitos fundamentais na relação de emprego.

As propostas para a resolução de conflitos entre os sobreditos direitos encerram este trabalho, o qual, repita-se, não pretende arvorar-se à condição de manifestação definitiva sobre o tema. Bem ao contrário, apresenta-se como uma visão acerca de um potencial conflito tão pungente nas relações de emprego.

Com o coração e espírito abertos, sobretudo ao aprendizado, papel do eterno estudante, condição irrenunciável dos que se apaixonam pela atividade acadêmica e intelectual, o autor apresenta este texto.

CAPÍTULO I

1 DO PODER

1.1 BREVES CONSIDERAÇÕES HISTÓRICAS E CONCEITO

Como bem se depreende do título desta dissertação, não se almeja neste trabalho a apresentação de uma análise acerca da questão do poder como fenômeno isolado e de *per se*.

Todavia, quer parecer que a elaboração de um estudo incidente sobre o chamado poder diretivo na relação de emprego passa, necessariamente, ainda que de forma sumária e sintética, por uma breve análise da história e da conceituação do poder *strito sensu*.

No que toca o poder propriamente dito, ao desenvolver estudo sobre o chamado poder diretivo, Magano (1982, p.1), adverte que, num "trabalho dedicado ao estudo das relações entre empregado e empregador, no âmbito da empresa, não se pode, pois, fugir à exigência de conceitua-lo."[4]

Reitere-se, todavia, que a abordagem é sucinta, posto ser tema mais atinente aos estudos da filosofia política e da sociologia do que propriamente de uma dissertação jurídica com olhos voltados para a factibilidade de um dado concreto, qual seja: a forma como interagem poder diretivo e liberdade de expressão no universo da relação de emprego.

Pois bem, uma ligeira abordagem desse tema preambular tem o efeito de demonstrar que a discussão incidente sobre a questão do poder tem remotíssimas memórias históricas, vindas, a rigor, da Antiguidade Clássica.

E de fato, a discussão sobre o conceito de poder e de seus fundamentos tem sua gênese na chamada filosofia política clássica, com expressão mais marcante em Aristóteles (1999, p. 144), conforme se extrai da obra *Política*.[5]

Nesse ponto, vale a pena destacar certo paralelismo entre os conceitos políticos e atributos do poder no conceito aristotélico, de um lado, e o modo de produção que vai da Antiguidade ao florescimento embrionário do capitalismo na Idade Moderna, de outro.

---

[4]MAGANO, O. B. *Do poder diretivo na empresa*. São Paulo: Saraiva, 1982, p. 1.
[5]ARISTÓTELES. *Política*. São Paulo: Nova Cultural, 1999, p. 144.

E, com efeito, a fundamentação do poder na teoria aristotélica dispensa as justificativas fundadas naquilo que Delgado (1996, p. 30) denomina elemento cognitivo-sensitivo e elemento persuasivo.[6]

O poder é exercido não em razão da coerção ou do convencimento (aspecto ideológico), mas em razão daquilo que se denomina natureza.

Assim, o fenômeno do poder é aquilo que se apresenta no próprio plano da natureza, impassível, portanto, de racionalização ou avaliação com feição minimamente cientifica.

Melhor explicando, o poder exercido no âmbito familiar justifica-se pela inegável autoridade do *pater*. No âmbito senhorial, aqui atrevidamente chamado produtivo, a justificativa recai na inegável autoridade do amo. Sob o ponto de vista político, no entanto, recai na condição de cidadão ou de *zoon politikon*.

De plano, na dimensão aristotélica de poder, a questão é objetivamente justificada ou alicerçada na natureza, como se a compreensão das bases do poder pudesse dispensar aspectos racionais ou cognitivos, seja o que tange as relações familiares, seja o que tange as relações produtivas, seja o que concerne à questão política.[7]

Na lógica aristotélica, pois, o poder considerado em si mesmo dispensa o apoio tanto da coerção quanto do convencimento, o que determina seu exercício nas esferas de relação humana como verdadeira potestade.

Esse exercício calcado na potestade é plenamente notado no âmbito das relações familiares entre o *pater* e os demais membros da família, notado no âmbito da vida pública e constatado na esfera das relações produtivas, no início entre senhor e escravo e, posteriormente, entre senhor e servo da gleba.

É necessário que se destaque, a propósito, o período compreendido entre a Antiguidade e o fim Idade Média, fase em que quem produz – escravo ou servo da gleba – está em permanente contato com as forças produtivas, sobretudo a terra. Nesta etapa, o poder dispensa justificativa de cunho coercitivo ou ideológico, eis que simplesmente dimana da natureza.

---

[6]DELGADO, M. G. *Curso de direito do trabalho*. 5.ed. São Paulo : LTR, 2006.

[7]Sobre a distinção entre mulheres e escravos, escreve Aristóteles: (...) ”mas entre os bárbaros nenhuma distinção nenhuma distinção é feita entre mulheres e escravos; isso porque não existe entre eles aquela parte da comunidade destinada, por natureza, a governar e a comandar; são uma sociedade comportada unicamente de escravos, tanto os homens quanto às mulheres” ARISTÓTELES. *Política***.** São Paulo: Nova Cultural, 1999, livro I, cap. 2, p. 144. (Os Pensadores).

.

É clara, pois, a relação entre o aspecto rudimentar dos sistemas produtivos que antecederam o capitalismo e a inexistência de fato de justificativa da conformação política e das formas de expressão do poder nas relações mencionadas.

Ao ver do autor, não é sem razão que, à medida que as relações produtivas passam a ganhar mais complexidade, as teorias que tencionam explicar a estrutura do poder afastam-se do aristotelismo e passam a buscar explicações em aspectos condizentes com a racionalidade.

Por conta disso, Maquiavel (1979) e Hobbes (1983), citado por Mesquita (1991)[8] inauguram a nova teoria política com visões absolutamente revolucionárias, eis que passam a desnudar aspectos essenciais da realidade do poder, não se contentando com justificativas estritamente vinculadas à natureza.

Essa evolução das primeiras manifestações de poder é sucintamente abordada por Barros (2009), que descreve a vida familiar romana como um mundo à parte, no qual a ordem jurídica estatal não tem penetração, eis que deixa a direção familiar exclusivamente reservada ao *pater famílias*.[9]

Da mesma forma, o posicionamento aqui adotado tem o amparo da mencionada juslaborista que, ao se referir à economia medieval, faz alusão a uma sujeição acentuada do então agente produtivo, o servo, em face dos vestígios da escravidão na Antiguidade.[10]

Nas corporações de ofícios, expressões iniciais das mudanças de ordem econômica, o vínculo entre os agentes produtivos, mestres e aprendizes, ainda traz ranços daquela subordinação pessoal advinda da Idade Média. Com a exaustão dos modos de produção marcados pela vinculação do agente produtivo, escravo ou servo, e com os meios de produção, sobretudo a terra, a relação de poder no universo produtivo, antes incontrastável na Antiguidade e na Idade Média, passa a adquirir um cunho obrigacional e sinalagmático.

De outro modo, não basta justificar o poder como fator decorrente da natureza das coisas, o que vale dizer, não se pode mais esperar que as estruturas de poder sejam mantidas sem que se exteriorize a potencialidade da coerção ou se angarie a adesão ao próprio poder.

---

[8]MESQUITA, L. J. *Direito disciplinar do trabalho*. 2. ed. São Paulo: LTr, 1991, p. 64.
[9]BARROS, A. M. *Curso de direito do trabalho*. 8.ed. São Paulo: LTr, 2009, p. 458.
[10]Ibid., p. 458.

Aliás, vale fazer menção ao ensinamento de Magano (1982, p. 5) que define o "poder como relação humana manifestada em conduta de adesão."[11]

Dado interessante acerca dessa questão diz respeito ao entendimento do poder como situação relacional, que, com Maquiavel (1979)[12] e Hobbes (1983)[13], passa a ser protagonizado pelo binômio cidadão-Estado, depois de superada a concepção aristotélica. Destaque-se que, neste contexto, ou não havia ou não se dava o devido valor à compreensão segundo a qual também entre diversos integrantes do corpo social havia relações de poder.

No campo da filosofia, Lebrun oferece um conceito de poder bastante marcado pela abrangência social, não restrito àquele entendimento ligado apenas à conexão com o Estado. Sobre a conceituação de poder e sobre a indagação referida, vale mencionar o que aduz Lebrun (1984, p. 20-21):

> Em suma, o poder não é um ser, alguma coisa que se adquire, se toma ou se divide, algo que se deixa escapar'. É o nome atribuído a um conjunto de relações que formigam por toda a parte na espessura do corpo social (poder pedagógico, pátrio poder, poder do policial, poder do contramestre, poder do psicanalista, poder do padre, etc., etc.,). Por que, nestas condições, conferir tanta honra ao tradicional e arcaico poder de Estado, constituído na época das monarquias absolutas europeias?[14]

Ao se tratar de poder, pois, não se mostra mais suficiente ter em mente uma ideia restrita à atuação do Estado, porquanto diversos atores sociais, alguns individuais, outros coletivos, são detentores de expressiva parcela de poder. Tanto isso é verdade que a doutrina nacional e estrangeira, há muito tempo, abre vistas para o esfumaçamento da rigorosa separação da aplicabilidade do conceito de direitos fundamentais potencialmente violados apenas pelo Estado e insuscetíveis de corrosão nas esferas particulares.

Na doutrina espanhola, por exemplo, Rojas Rivero (1991) indica a superação dessa compreensão com explanação justamente coincidente com o posicionamento esposado.[15]

---

[11]MAGANO, O. B. *Do poder diretivo na empresa*. São Paulo: Saraiva, 1982, p. 5.
[12]MAQUIAVÉL. O Príncipe. São Paulo. Ed. Abril, 1979. (Os Pensadores).
[13]HOBBES, Thomas. Leviatã ou matéria, forma e poder de um estado esclesiástico e civil. 3.ed. São Paulo: Abril Cultural, 1983.
[14] LEBRUN, G. O que é poder. São Paulo: Abril Cultural-Brasiliense, 1984, p. 20-21. (Primeiros Passos).
[15]"La rigurosa separación entre esfera pública y privada em la que las libertades públicas representaban um médio de defensa de la inmunidad del individuo frente a las prerrogativas del poder, se há difuminado, entre otras razones, por el hecho de que algunas organizaciones privadas, como los partidos políticos y los sindicatos, hayan adquirido uma relevancia institucional reconocida por la propia Constitución (art. 6 y 7), ey el hecho de que las propias relaciones horizontales o entre particulares aparezcan com mucha frecuencia

Não se aparta a noção de poder de outros conceitos que a conformam ou acompanham, tais como coerção, adesão, convencimento, ideologia, mas o que não se pode perder de vista é o caráter relacional do poder, uma vez evidente que ele é incidente na relação jurídica básica do direito do trabalho, a relação de emprego.

De como se dá sua conformação específica, plenamente incidente na relação base do direito do trabalho, é tarefa dos tópicos seguintes.

---

teñidas de finalidades e intereses públicos." ROJAS RIVERO, G. P**.** La libertad de expresión del trabajador. Madrid: Trotta, 1991, p. 39.

CAPÍTULO II

2 DO PODER DIRETIVO

2.1 CONCEITO

No capítulo anterior, mais que estabelecer uma clara definição do conceito de poder *strito sensu*, objetivou-se demonstrar que o fenômeno do poder é, sobretudo, marcado pelo aspecto relacional, seja na esfera afetiva, no plano educacional, sindical, seja no universo político ou nas relações de emprego.

Aspectos como potência, coerção, ideologia, convencimento e adesão permeiam a noção relacional de poder, bem como, de certa forma, podem amparar um estudo que enfrente o desafio de analisar o chamado poder diretivo.

Ressalte-se a plena compatibilidade da matriz original aqui denominada poder com o inegável sentido relacional da categoria básica do direito do trabalho – a relação de emprego.

Pois bem, referidas, de início, as bases para as análises subsequentes, cumpre avaliar o que permite ao empregador ou quem lhe faça às vezes organizar a atividade produtiva como bem lhe aprouver, acompanhar de maneira fiscalizatória os trabalhos do empregado, emitir ordens e aplicar sanções.

Num primeiro plano, o que se busca é encontrar o que ampara a perspectiva de uma parte componente da relação de emprego proceder como detentor dos poderes enunciados no parágrafo anterior.

Tomado isso em conta é de rigor dizer que a legislação nacional é carente de uma definição expressa acerca do chamado poder diretivo, uma vez que apenas aqui e acolá há alguns artigos que tangenciam essa questão. A propósito, convém mencionar o artigo 2º da CLT, cuja definição de empregador qualifica como tal aquele que admite, assalaria ou dirige a prestação pessoal de serviços.[16]

É certo que o diploma celetário também alberga outros mandamentos que tangenciam o conceito de poder diretivo sem formulá-lo, no entanto, como é o caso do parágrafo único do artigo 468, que trata do poder de reversão ao cargo anterior; o artigo 474, que admite o poder de aplicação da suspensão disciplinar pelo empregador; e o artigo

---

[16] "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 serviços." BRASIL. CLT. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 847.

74, cuja interpretação por parte da doutrina alberga expressão de poder de controle do empregado.[17]

Dado curioso também é a manifesta relação de contraface do poder diretivo do empregador com o conceito de subordinação do empregado, expressa, sobretudo, no artigo 3º da CLT.[18]

Destaque-se, ainda, que o conceito de subordinação é encarado como o 'outro lado da moeda' do poder diretivo, extraindo-se da doutrina estrangeira denominações e nomenclaturas que confirmam nossa afirmação, como, por exemplo, nas lições do autor uruguaio Plá Rodriguez (1982).[19]

Na doutrina nacional, por exemplo, Garcia conclui pela existência de uma verdadeira correspondência entre os conceitos de subordinação e poder diretivo, diferenciado-as apenas pela perspectiva em que são visualizadas pelo empregador ou pelo empregado.[20]

A propósito do poder diretivo, extrai-se uma verdadeira ausência de uniformidade acerca da denominação, uma vez que na doutrina há quem fale em poder empregatício, poder empresarial, poder hierárquico e de comando.

Em que pese a inexistência de absoluta uniformidade, no que tange à denominação não se pode negar a hegemonia da nomenclatura poder diretivo, razão pela qual será empregada está terminologia neste trabalho.

Se não há uniformidade de termos para designar essa denominação, também se observa alguma discrepância em relação ao conceito de poder diretivo, o que se deve às variações de concepções sociais e políticas no universo das relações de trabalho e no próprio direito do trabalho no Ocidente.

Essa diferenciação é muito bem registrada por Delgado (2011), que, acerca das diferenças de prismas mais ou menos democráticos na experiência ocidental, aponta a

---

[17]De acordo com Garcia, o empregador pode controlar se os empregados estão respeitando o horário de trabalho estipulado (art. 74, CLT). GARCIA, G. F. B. *Curso de direito do trabalho*. 5.ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 339.

[18]"Art. 3º. Considera-se empregado toda pessoa física que prestar serviços de natureza não eventual a empregador, sob a dependência deste e mediante salário." BRASIL. CLT. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 9.

[19]"Sobre a questão do tema da subordinação, afirma Plá Rodriguez que em todos os países ele é indicado, embora variando a denominação. Os franceses e belgas falam de direção ou vigilância; os alemães e espanhóis de dependência; os italianos, de subordinação e os mexicanos, de direção e dependência. Nos países sul-americanos de língua espanhola tem-se empregado de preferência a palavra 'subordinação', sem abandonar completamente a expressão 'dependência' que soa como equivalente." PLÁ RODRIGUEZ, A. *Curso de direito do trabalho*. Tradução João da Silva Passos. São Paulo: LTr, 1982, p. 29.

[20]"Subordinação e poder de direção são aspectos pertinentes à mesma realidade, o primeiro no enfoque do empregado, e o segundo, naquele do empregador."GARCIA, G. F. B. *Curso de direito do trabalho*. 5.ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 337.

existência de dois padrões: um inerente às sociedades democráticas e outro mais fundado no modelo corporativo/autoritário. Ambos, no entanto, correspondentes às experiências da era contemporânea no século XX.[21]

Por evidente que os padrões políticos predominantes numa determinada sociedade espraiem influência por todo o conjunto dessa mesma sociedade e por diversas atividades desenvolvidas em seu âmbito.

Nesse sentir, evidente também que os entendimentos acerca dos padrões de estruturação das relações de trabalho e do próprio direito do trabalho não se mostrem insuscetíveis das influências dos padrões políticos mais democráticos ou mais autoritários.

Ao tecer considerações iniciais sobre a questão do poder diretivo e antes de partir para sua conceituação, Barros (2012, p. 459) afirma que,"modernamente, vem-se entendendo que o termo 'poder hierárquico' não guarda tradição no direito brasileiro, por constituir ressaibo do corporativismo."[22]

Na apresentação dos conceitos mencionados a seguir, sem que se faça qualquer correlação com as correntes políticas mais autoritárias ou democráticas brevemente referidas aqui, as diferenças de entendimento são evidenciadas nas conceituações do poder diretivo.

No universo da doutrina nacional, Delgado (2011, p. 616) adepto da nomenclatura poder empregatício, assim conceitua nosso objeto de estudo. *In verbis*:

> Poder empregatício é o conjunto de prerrogativas asseguradas pela ordem jurídica e tendencialmente concentradas na figura do empregador, para o exercício no contexto da relação de emprego. Pode ser conceituado, ainda, como o conjunto de prerrogativas com respeito à direção, regulamentação, fiscalização e disciplinamento da economia interna à empresa e correspondente prestação de serviços.[23]

Em suas considerações, Garcia (2011, p. 337) apresenta sua conceituação, segundo a qual,

---

[21]"Nesse sentido, é viável – e funcional – apreenderem-se, em grossas linhas, dois grandes padrões de organização do mercado de trabalho e do ramo justrabalhista nos países centrais. O primeiro padrão de organização corresponde àquele inerente às sociedades democráticas consolidadas, cumprindo relevante papel na configuração própria da Democracia nessas sociedades. O outro padrão principal de estruturação do mercado de trabalho e do seu ramo jurídico especializado consiste no padrão corporativo-autoritário, que cumpriu papel importante em diversas experiências políticas ocidentais do mundo contemporâneo."
DELGADO, M. G. *Curso de direito do trabalho.* 10. ed. São Paulo: LTr, 2011, p. 100.

[22]BARROS, A. M. de. *Curso de direito do trabalho*. 8.ed. São Paulo: LTr, 2012, p. 459.

[23]DELGADO, op. cit., p. 616.

> o poder de direção, que tem 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, o que ocorre, assim, de forma subordinada.[24]

Ao tratar da questão do poder de direção, Nascimento (2006, p. 664) afirma que:

> o poder de direção é a faculdade atribuída ao empregador de determinar o modo como a atividade do empregado, em decorrência do contrato de trabalho, deve ser exercida.[25]

Desses conceitos transcritos destacam-se alguns termos – *prerrogativas*, *autorização* e *faculdade* –, ressalte justificado em razão da proximidade conceitual que oferecem com os chamados padrões mais democráticos de concepção política e estruturação do direito do trabalho.

Das conceituações apresentadas, a de Delgado (2011)[26] sublinha a visão de empresa como comunidade, comunhão de interesses, caráter não observado nas demais.

À guisa de exemplificação, observe-se o conceito formulado por Mesquita (1991, p. 64):

> Como consequência do contrato de trabalho, o poder diretivo é a faculdade em virtude da qual o sujeito-ativo, o empregador, exerce o direito-interesse de dar ordens ao sujeito-passivo, o empregado, a fim de obter, segundo seu interesse individual, a prestação concreta do trabalho a que este se obrigou.[27]

Curioso notar que o chamado poder diretivo não é, na vida prática, exercício de forma linear, eis que para determinados empregados, sobretudo nos dias atuais e mais especificamente aos portadores de especial qualificação, a inflexão do poder diretivo e, consequentemente, a expressão de sua subordinação sofrem certa mitigação, eis que esfumaçadas certas possibilidades de controle de horário e de fiscalização da atividade, o que certamente não ocorreria com empregados destituídos de formação diferenciada e especifica.

Sem a pretensão de aventurar-se em conceituação, por deferência e determinação da ordem legal, o poder diretivo é qualidade inata dos que ocupam a posição de

---

[24]GARCIA, G. F. B. *Curso de direito do trabalho*. 5. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 337.
[25]NASCIMENTO, N. de O. M. *Curso de direito do trabalho*. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 664.
[26]DELGADO, M. G. *Curso de direito do trabalho.* 10. ed. São Paulo: LTr, 2011.
[27]MESQUITA, L. J. *Direito disciplinar do trabalho*. 2. ed. São Paulo: LTr, 1991, p. 64.

empregadores, uma vez que não é possível imaginar um empregador despossuído do seu poder diretivo.

No que toca seu exercício, quer parecer que ele deva ser efetivado em consonância com essa mesma ordem legal, observados os mandamentos que elevam a dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos da República Federativa – a consagração à dignidade da pessoa humana –, que formulam a necessidade de atendimento à função social da propriedade e que consagram a valorização do trabalho humano como um dos fundamentos da ordem econômica.[28]

Nas linhas seguintes, o desafio consiste em apresentar os chamados fundamentos do poder diretivo. Nesse mister, o autor vale-se do sentido etimológico do termo, fundamento de base, de alicerce, de razão primeira, sobre o qual se esteia um determinado conceito, tese ou instituto, bem como procede em relação aos fundamentos legais e aos fundamentos doutrinários.

2.2 DOS FUNDAMENTOS LEGAIS

No início do capítulo anterior, fez-se expressa referência ao fato de não haver no ordenamento jurídico brasileiro fundamentos legais no plano constitucional e infraconstitucional que tratem de forma expressa do chamado poder diretivo.

Em todo o ordenamento pátrio, o artigo de lei que mais se aproxima, senão de uma conceituação, de uma referência à questão da direção, é justamente o artigo 2º da CLT. Ao definir empregador, faz incidir sobre o conceito a atribuição da direção do trabalho de outrem.[29]

No entanto, ainda que carente de dispositivo legal que conceitue ou defina de forma expressa o poder diretivo, o fato é que artigos da CLT e outros mandamentos, dentre eles os de estatura constitucional, acabam orbitando o tema da direção na relação de emprego.

A propósito, tome-se para análise o parágrafo único do artigo 468 (reversão de cargo), o artigo 469 (modificação do local de trabalho) e o artigo 74 (controle de horário), todos da CLT.

---

[28]Art. 1º, III, art. 5º, XXIII, e art. 170, CF. BRASIL. Vade mecum. 13.ed. São Paulo: Saraiva, p. 7, 60.

[29]"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." BRASIL. Vade mecum. 13.ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 847.

Na mesma medida e com mais força atrativa, repita-se o quanto alegado no tocante aos mandamentos constitucionais que albergam proteção à dignidade humana (inciso III, artigo 1º), que impõem à propriedade o dever de atendimento a uma função social, (artigo 5º, XXIII), ou consagram que a ordem econômica também é fundada na valorização do trabalho (artigo 170).

Ainda que não haja um artigo de lei que faça incidir uma definição ou um conceito expresso sobre a categoria aqui estudada – o poder diretivo –, extraem-se do ordenamento jurídico mandamentos que conformam o instituto, seja para deferir atribuições, seja para fixar limitações.

2.3 DOS FUNDAMENTOS DOUTRINÁRIOS

De acordo com as explanações formuladas, o conceito de fundamento é justamente o de base, de alicerce, conjunto de razões em que se funda uma tese ou um ponto de vista.[30]

Expostas no tópico antecedente as bases legais que servem de fundamento para o poder diretivo, impõe-se agora avaliar como a doutrina desenvolveu a análise acerca das bases teóricas que dão amparo ao conceito desse poder.

No campo doutrinário, há três correntes que se empenham em esforços para explanar os fundamentos do chamado poder diretivo.

As correntes e as críticas que alvejam cada uma delas são devidamente abordadas nas linhas seguintes. De antemão, são referidas a três teorias principais; teoria da propriedade privada; teoria institucionalista e teoria contratual.

Majoritariamente, a doutrina entende que se aplicam à questão da fundamentação do poder diretivo tão somente as teorias mencionadas; no entanto, uma ou outra importante voz da doutrina juslaboral presenteia a cultura jurídica brasileira com outra visão acerca do tema.

2.3.1 Teoria da Propriedade Privada

Consolidada como a mais antiga das correntes doutrinárias, a teoria da propriedade privada tem evidente lastro no liberalismo econômico e político dos séculos

---

[30]Michaelis: dicionário escolar da língua portuguesa. 1.ed. São Paulo: Melhoramentos, 1998. p. 36.

XVIII e XIX, conformando o direito de propriedade como base, como fundamento maior do poder diretivo do empregador.

Em raciocínio simplificado, graças a essa teoria, o empregador concentra o poder diretivo por ser o proprietário, o dono do negócio, quem corre os riscos do empreendimento cujo direito exercido é oponível contra todos.

Sob o prisma da referida corrente, o título de proprietário de que está investido o empregador legitima o exercício do poder diretivo e impõe, em simétrica contrapartida, a obrigatoriedade da sujeição do empregado.

À luz do liberalismo, é indisfarçado o imenso desnivelamento entre a figura dos integrantes da relação de emprego, porquanto embasado pelo direito de propriedade, de nítida configuração capitalista. No universo das relações laborais, o empregador passa a exigir do empregado subordinação absoluta.

Desse modo, o conceito constrói-se de maneira absolutamente pendente para um dos lados da relação de emprego, relegando em última instância a ideia de subordinação não ao conceito jurídico tão somente, mas ao plano da subordinação pessoal.

Ao tecer considerações sobre a vertida corrente, Delgado (2011, p 625), Ministro do Tribunal Superior do Trabalho, afirma que:

> se trata de uma construção sumamente impressionada com a estrutura e dinâmica rigidamente unilaterais e assimétricas do fenômeno do poder no âmbito da empresa e do estabelecimento, característica exponencial das primeiras fases do industrialismo capitalista.[31]

Destaque-se que no liberalismo há imposição da noção de subordinação ao empregado, de lealdade quase medieval, em que pese o contexto histórico capitalista da relação jurídica, base do direito do trabalho.

Sob esse aspecto há de fato uma compreensão exacerbada do exercício do direito de propriedade em contrapartida a uma dimensão radicalizada do dever de subordinação e lealdade do empregado, que resvala, portanto, naquela visão de subordinação pessoal.

Essa patente contradição, porquanto no âmbito da corrente da propriedade privada, de um lado, o direito de propriedade e o exercício do poder diretivo vêm contextualizados no novo quadro do capitalismo industrial; de outro, a assimetria nas relações de trabalho, que adotam um entendimento quase feudal, configura-se no conceito de subordinação.

---

[31]DELGADO, M. G. *Curso de direito do trabalho*. 10. ed. São Paulo: LTr, 2011, p. 625.

A respeito do poder diretivo, as correntes mais modernas da doutrina nacional rechaçam esse grau de subordinação advogado pela teoria da propriedade privada. Apoiado nas lições do jurista Romita (1979)[32], Oliveira (2010, p. 134) atesta que a "subordinação não significa 'sujeição' ou submissão pessoal."[33] "Subordinar-se, colocar-se 'sob ordens', implica dever de obedecer, mas obediência não é subserviência."[34]

Para melhor esclarecer os termos da referida teoria, Nascimento (2009, p. 66) afirma:

> A empresa é propriedade de alguém, que a dirige e a administra, com amplo poder de deliberação, razão pela qual o poder diretivo empresário realmente emana deste fato social, histórico e econômico: o empresário corre os riscos do negócio e, em consequência, a ele cabe a prerrogativa de ditar as ordens.[35]

Delgado (2011), por sua vez, ao tratar da teoria da propriedade privada, observa limitações, algumas das quais aqui apontadas, porquanto a corrente em análise não absorva a diferença do poder no concerto das relações produtivas escravagistas e feudais do novel contexto das relações capitalistas mais maduras.[36]

Ainda que não vinculado à corrente que abraça a teoria da propriedade privava, Sanseverino[37] (1976, apud MESQUITA,1991, p. 46-47) apresenta breves reproduções de signatários importantes, no plano doutrinário, dessa corrente, a começar por Lacerda (1943 apud MESQUITA, 1991, p. 45) cujas observações são retratadas pelo autor em clássica obra acerca do direito disciplinar no trabalho.[38]

---

[32]ROMITA, A. S. *Direitos fundamentais nas relações de trabalho*. 3. ed. São Paulo: LTr, 2009.

[33]OLIVEIRA, P. E. V. *O dano pessoal no direito do trabalho*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2010. p. 134.

[34]Ibid., p. 134.

[35]NASCIMENTO, N. de O. *Manual do poder diretivo do empregador*. São Paulo: LTr, 2009, p. 66. Por dever de honestidade, cumpre dizer que a posição do transcrito jurista não se coaduna com a referência inserta no presente trabalho de mestrado, eis que na mesma obra (p. 67) externa posicionamento atinente superação da falta de atualidade da teoria da propriedade privada.

[36]"Já de início essa matriz teórica não absorve a diferença essencial no que concerne ao poder situado nas relações de produção servis e escravagistas perante o poder empregatício. Diferença posta pela ideia de liberdade – só presente na última figura – , com todas as consequências que lhe são resultantes. O reducionismo que subjaz a tais concepções privatísticas – concentrando na propriedade e seus efeitos todo o fenômeno do poder no estabelecimento e na empresa – igualiza situações e relações sumamente diversas, eliminando qualquer fertilidade explicativa a suas propostas teóricas." DELGADO, M. G. *Curso de direito do trabalho*. 10. ed. São Paulo: LTr, 2011. p. 625.

[37]SANSEVERINO, 1976 apud MESQUITA, 1991, p. 46-47.

[38]Ao se referir às considerações de Lacerda, Mesquita assim reproduz seu escólio: "bem representa a segunda corrente a afirmação seguinte de um notável autor patrício quanto diz: 'O que realmente explica o estado de subordinação do prestador é sua inferioridade econômica." MESQUITA, L. J. *Direito disciplinar do trabalho*. 2. ed. São Paulo: LTr, 1991, p. 45.

Efetivamente, não se pode negar que todo o ordenamento jurídico nacional esteia-se numa ordem econômica capitalista, que contempla a propriedade privada e que consagra a livre iniciativa com base de todo o sistema econômico, o que, aliás, depreende-se de uma literal interpretação de mandamentos constitucionais, como o inciso XXII, do artigo 5º, e o inciso II, do artigo 170, da Constituição Federal. Eles determinam a observação do princípio da propriedade privada.[39]

Também em âmbito internacional, a propriedade é elevada à categoria de direito fundamental – artigo 17, Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1948.[40]

Ocorre, no entanto, que esse direito fundamental não é entendido como absoluto, prerrogativa, aliás, de nenhum direito, haja vista que sua detenção, seu pleno gozo e exercício comportam limites também de natureza legal e constitucional.

Dessa maneira, se é verdade que o inciso XXII, do artigo 5º, da Constituição Federal, fala em direito à propriedade privada, na mesma carta observa-se que o inciso seguinte, o XXIII, prescreve que a propriedade privada atenderá a sua função social.

O próprio artigo 170 da Constituição, que traça as diretrizes fundamentais da ordem econômica, atesta que seu fundamento encontra-se na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, com o fito de assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social e em observância a determinados princípios, dentre os quais o da propriedade privada, já referido neste trabalho, e o da função social da propriedade (inciso III). Graças a essas limitações constitucionais, extrai-se que o direito de propriedade não é exercitável ao bel-prazer de seu detentor, eis que o sentido teleológico do instituto limita essa concepção liberal de direito oponível *erga omnes*.

Além disso, é perfeitamente compreensível que todas as atividades e institutos, dentre eles os concernentes à propriedade e às atividades econômicas, curvem-se aos fundamentos da República Federativa do Brasil, ao que foi dito da dignidade da pessoa humana, enunciado com fundamento no inciso III, do artigo 1º, bem como aos objetivos elencados no artigo 3º do Texto Magno.

Em vista do exposto, depreende-se o anacronismo da teoria da propriedade privada como fundamento do poder diretivo, seja pela simplificação extremada de sua unilateralidade, seja pela desconsideração de possíveis atores coletivos com perspectiva de

---

[39]"Art. 5º. (...) XXII – é garantido o direito de propriedade; Art. 170. (...) II – propriedade privada."

[40]"Art. 17. Todo indivíduo tem direito à propriedade, só ou em sociedade com outros e que ninguém será arbitrariamente privado da sua propriedade."

influir na relação de emprego, seja pelo descompasso com os novos conceitos e compreensões acerca da propriedade privada.

Se bem não vinculada à corrente mais compatível com a realidade da real fundamentação do poder diretivo, Mesquita (1991)[41] posiciona-se em contraponto à corrente apresentada e apoia sua objeção em alguns ensinamentos, dentre os quais vale destacar o pensamento da jurista italiana Sanseverino[42] (1976 apud MESQUITA, 1991, p. 46-47) que externa consideração basilar sobre a teoria da propriedade privada como fundamento do poder diretivo nos seguintes termos:

> il datore di lavoro comanda come creditore, e non come signore (proprietário): piu precisamente, e tenendo presente la citara VII Dich, della Carta del Lavoro, Il datore di lavoro comanda, perchè titolare di um rapporto obligatorio, in cui si projeta anche la qualità di organizzatore responsabile.[43]

Em vista dessa superação conceitual, outras correntes vieram à tona, com o objetivo de estabelecer os reais fundamentos do poder diretivo, tarefa sobre a qual esta dissertação se debruça em seguida.

2.3.2 Teoria Institucional

Em suas manifestações acerca da evolução do direito do trabalho, sob o ponto de vista doutrinário e legal, Delgado, estabelece clara vinculação entre a conformação do direito laboral em determinadas sociedades e em determinados períodos e o correspondente estágio político dessa mesma sociedade. Em sua avaliação, no mundo ocidental há padrões e parâmetros dos modelos justrabalhistas.[44]

---

[41]MESQUITA, L; J. *Direito disciplinar do trabalho*. 2. ed. São Paulo: LTr, 1991, p. 64.
[42]SANSEVERINO, 1976 apud MESQUITA, 1991, p. 46-47
[43]Ibid., p. 64.
[44]"Nesse sentido, é viável – e funcional – apreenderem-se, em grossas linhas, dois grandes padrões de organização do mercado de trabalho e do ramo justrabalhista nos países centrais. O primeiro padrão de organização corresponde àquele inerente às sociedades democráticas consolidadas, cumprindo relevante papel na configuração própria da Democracia nessas sociedades. O outro padrão principal de estruturação de mercado de trabalho e do seu ramo jurídico especializado consiste no padrão corporativo-autoritário, que cumpriu papel importante em diversas experiências políticas ocidentais no mundo contemporâneo." DELGADO, M. G. *Curso de direito do trabalho*. 10. ed. São Paulo: LTr, 2011, p. 100.

O mesmo autor situa no período entreguerras, na primeira metade do século XX, o nascimento e o período de maior vigor da teoria da instituição ou do institucionalismo.[45]

De clara feição autoritária, o institucionalismo tem uma concepção organicista do mundo *interna corporis* da empresa, marcada pela absoluta negação de qualquer traço dialético na relação empregado-empregador. Característica, aliás, de correntes autoritárias que se notabilizam pela negação do conflito, a teoria da instituição preza a consagração do poder de controle do empreendimento pelo empregador e o papel de colaboracionista do empregado.

O sentido de interesse de caráter social ou institucional, de acordo com o qual o aspecto colaboracionista detém a primazia, é a nota de toque da corrente que se avalia aqui.

Na doutrina nacional, quem melhor expressou essa matriz doutrinária foi o juslaborista Mesquita (1991, p. 48), que, acerca do da superioridade dessa corrente, afirma:

> Fundamento do poder hierárquico está, portanto, no interesse social ou coletivo da empresa. Não no contrato, que é, quando muito, e às vezes nem sempre, apenas um condição para o seu exercício. Também não está na propriedade, que nem pressuposto é para a existência de tal poder.[46]

A vinculação entre o caráter político de seu tempo de formulação e sua conformação é um traço marcante da teoria da instituição da mesma forma que seu anacronismo, conforme lição de Barros (2012).[47]

A propósito de sua insuficiência, a teoria avaliada tenta negar a existência do conflito, mascara o domínio sob o manto do colaboracionismo, insere a empresa numa perspectiva vinculativa ao Estado e afigura-se muito mais como corrente justificadora do que explicativa do poder diretivo.

---

[45]"A instituição como fundamento (título e substrato jurídico) do poder empresarial interno emerge como concepção relevante na Europa Ocidental da primeira metade do século XX, associada à inspiração política autoritária que se destacou naquele período (facismo, na política; organicismo e corporativismo, no Direito)." Ibid., p. 626.

[46]MESQUITA, L. J. *Direito disciplinar do trabalho*. 2. ed. São Paulo: LTr, 1991, p. 48.

[47]"A opinião segundo a qual o poder diretivo funda-se na concepção institucional ou comunitária da empresa possui um caráter mais político e social do que jurídico, encontrando-se em franco declive." BARROS, A. M. de. *Curso de direito do trabalho*. 8. ed. São Paulo: LTr, 2012, p. 460.

2.3.3 Teoria Contratual

Considerada pela maior parte da doutrina como a teoria que melhor retrata a fundamentação do poder diretivo, a teoria contratual baseia-se no ajuste de vontades que se estabelece entre empregador e empregado quando da celebração da relação de emprego.

Em razão disso, ao firmarem o ajuste, fixa-se na figura do empregador o polo de direção da atividade produtiva do empregado, que, por sua vez, assimila a subordinação contratual e jurídica com o fim de realizar uma prestação de serviço tal qual ajustado na celebração do contrato de trabalho; portanto, nem na propriedade tampouco na concepção organicista da sociedade. O que de fato fundamenta o poder diretivo é justamente a confluência de vontades; o poder diretivo é uma decorrência natural do contrato de trabalho.

Na doutrina, uma explanação esclarecedora da teoria em análise e formulada por Nascimento (2009, p. 69):

> Segundo os doutrinadores adeptos dessa teoria, o poder de direção do empregador se fundamenta no contrato de trabalho. O poder de direção é uma consequência natural da celebração da relação de emprego, através da qual o empregado se sujeita ao recebimento de ordens e se coloca sob a responsabilidade do empregador ao qual compete dirigir a atividade laborativa do empregado com vistas à realização de seus negócios.[48]

O sentido de aceitação majoritária da teoria contratual é muito bem destacado por Delgado (2010 p. 460), que a qualifica como aquela que detém "largo potencial explicativo da realidade, dando curso tanto a visões mais assimétricas acerca do fenômeno do poder, como a perspectivas mais dialéticas (e menos assimétricas) acerca desse fenômeno."[49]

Na corrente que declara adesão à teoria contratual, Barros (2009, p. 628) afirma que "mais consistente é a teoria que fundamenta a existência dos poderes do empregador no contrato de trabalho."[50]

Apesar do reconhecimento da natureza contratual, o que precisa ser sublinhado, diferentemente dos demais contratos de natureza civil, é o contrato de trabalho na sua expressão mais nuclear, relativa à relação de emprego, uma modalidade de ajuste marcada

---

[48]NASCIMENTO, N. de O. *Manual do poder diretivo do empregador*. São Paulo: LTr, 2009, p. 69.
[49]DELGADO, M. G. *Curso de direito do trabalho*. 9. ed. São Paulo: LTr., 2010, p. 460..
[50]BARROS, A. M. de. *Proteção à intimidade do empregado.* São Paulo. LTr, 2009, p. 628.

por intenso desnível entre os contratantes, razão pela qual o potencial de inflexão de outras vontades, de outros entes em sua diretriz, conforme assinala Delgado (2011, p. 629).[51]

Trata-se, portanto, da teoria contratualista a corrente hegemônica na doutrina nacional e estrangeira; todavia, outras concepções acerca dos fundamentos do poder diretivo também são propaladas e advogadas por estudiosos de grande prestígio e de posicionamento bastante progressista.

A propósito, outras correntes, como a que fundamenta o poder diretivo como expressão de autonomia de um dos diversos centros de poder existente no corpo social, mencionada no brevíssimo tópico posterior merece referência.

2.3.4 Teoria da Autonomia como Centro de Poder

Delgado (2011, p. 630) aponta o que define com instigante argumentação acerca do fundamento do poder diretivo, à qual são articuladas algumas linhas, com os olhos voltados para posteriores tópicos deste trabalho.[52]

Com efeito, graças à apresentação que faz, o autor afirma a possibilidade de diversos centros de poder no corpo social, de diversos setores da sociedade com capacidade de formulação de regramentos autônomos.

Quem melhor advoga essa vertente é Magano (1982, p. 152) em aprofundado estudo acerca de sua proposição. Faz, no entanto, questão de enfatizar o distanciamento da tese que propugna com o teoria da instituição, marcadamente atravessada pela coloração do corporativismo italiano.[53]

Dada a complexidade da sociedade, sua composição pressupõe diversos centros de poder, os quais, em razão de sua própria dinâmica existencial e não por conta de uma delegação do poder do Estado, albergam em seu bojo núcleos decisórios ou polos de poder.

O mais curioso desse posicionamento é a admissão da existência de diversos centros de poder na malha social. Considerando a afirmativa de Magano (1982, p. 155) de que "os mais influentes participam do processo decisório do grupo e os menos influentes sujeitam-se às decisões adotadas", revela-se, sob o ponto de vista hipotético, a perspectiva

---

[51]DELGADO, M. G. *Curso de direito do trabalho*. 10. ed. São Paulo: LTr., 2011, p. 629.
[52]DELGADO, M. G. *Curso de direito do trabalho*. 10. ed. São Paulo: LTr., 2011, p. 630.
[53]"Melhor esclarecendo a nossa posição sobre matéria vertente, parece-nos imprescindível desfazer, liminarmente, qualquer equívoco entre a teoria por nós abraçada, que é a do pluralismo democrático, e a do falso pluralismo corporativista, consoante o qual os corpos intermediários seriam portadores de uma autonomia delgada." MAGANO, O. B. *Do poder diretivo na empresa*. São Paulo: Saraiva, 1982, p. 152.

de vulneração de diversas modalidades de direitos, de liberdade de expressão por exemplo, em todo o tecido social.[54]

A rigor, no entanto, não se extrai dessas considerações uma posição contraposta ao contratualismo como fundamento do poder diretivo. Senão observe-se neste raciocínio de Magano (1982, p. 154), *in verbis*:

> Feitas as ressalvas supra, podemos reafirmar que o fundamento do poder disciplinar é o pluralismo democrático, de cujo ponto de vista se há de conceber a sociedade como composta de vários centros de poder, colocados em níveis inferiores ao do Estado, mas dotados de autonomia.[55]

Postos abaixo do Estado, com potencialidade para o exercício fático do poder em diversos setores da sociedade, os centros de poder que permeiam a sociedade, dentre eles a empresa, podem clara e evidentemente vulnerar direitos fundamentais dos polos destituídos de poder decisório, como os empregados. Desta forma, claro que são esses atores que demandam efetividade da vocação tuitiva do direito do trabalho, seja no plano das normas infraconstitucionais, seja em relação aos direitos fundamentais trabalhistas específicos e inespecíficos.

2.4 DA NATUREZA JURÍDICA DO PODER DIRETIVO

Ao apresentar as razões, as bases, o alicerce e o esteio do chamado poder diretivo, pretendeu-se desenvolver esforços para responder ao questionamento que busca saber por que o empregador pode dirigir a atividade e por que o empregado deve subordinar-se aos ditames do empregador.

Neste tópico, o que se busca é um destino diverso. De maneira simplificada de dizer, esta dissertação incumbe-se de encontrar o traço essencial do instituto em apreço, bem como posicioná-lo no universo em geral e no contexto trabalhista em particular.

Há doutrinadores dedicados à pesquisa da natureza jurídica que falam em taxionomia do determinado instituto, outros, em classificação, bem como os que vão em busca da essência e posicionamento jurídicos.

A tarefa mais objetiva que se apresenta a esta dissertação é justamente encontrar o aspecto que qualifica, distingue e posiciona, no universo jurídico laboral, o chamado poder diretivo.

---

[54]MAGANO, O. B. *Do poder diretivo na empresa*. São Paulo: Saraiva, 1982, p. 155.
[55]Ibid., p. 154.

Tal qual apontado em tópico anterior, na doutrina nacional há formulações diversas para questão da definição acerca da natureza de um instituto. Em razão disso vale repetir que houve doutrinadores que se aventuram a indicar o que seja estabelecer a real definição do que é ou significa fixar a natureza jurídica de um determinado instituto.

Para determinar o exato posicionamento do direito do trabalho, Martins (2001, p. 62) não fala expressamente em natureza jurídica, mas em "posição enciclopédica ou taxionomia (...) lugar em que o Direito do Trabalho está inserido dentro da ciência do direito."[56]

Ao tratar da natureza jurídica, Delgado (2011, p. 633) afirma que:

> a noção de natureza jurídica resulta de procedimento intelectual combinado: definição e comparação. Pela definição, busca-se a essência do instituto examinado; pela comparação, busca-se posicionar esse instituto no universo de institutos que lhe são próximos. Definição (busca da essência) e comparação (busca de posicionamento comparativo), eis a equação característica básica da ideia de natureza.[57]

Ratificando o entendimento abraçado neste trabalho, Garcia (2011, p.59) preceitua que "analisar a natureza jurídica do Direito do Trabalho significa verificar sua posição no sistema jurídico como um todo."[58] Ou seja, posicionar determinado instituto e buscar a essência dele, de acordo com um típico procedimento relacional, é o que vai permitir estabelecer a natureza jurídica do chamado poder diretivo do empregador.

A controvérsia parece ser a pedra de toque que fundamenta o debate acerca desse tema, porquanto a ausência de uniformidade sobre o que seja definir a natureza de um instituto também se verifica se observado o posicionamento teórico dos doutrinadores neste debate.

Ao avaliar as referências de correntes, chegou-se ao entendimento de que não há uniformidade sobre o número delas, eis que juristas de nomeada ora se referem a quatro, ora, a duas delas.

Em apanhado geral, optou-se por abordá-las nas linhas seguintes: concepções que compreendem a natureza como expressão de um direito potestativo, um direito subjetivo, como um status jurídico, um direito-função.[59]

---

[56]MARTINS, S. P. *Direito do trabalho*. 15. ed. São Paulo: Atlas, 2001, p. 62.
[57]DELGADO, op. cit., 2011, p. 633.
[58]GARCIA, G. F. B. *Curso de direito do trabalho*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 59.
[59]"A pesquisa acerca da natureza jurídica do poder empregatício tem gerado algumas concepções distintas e inconciliáveis. Entre elas destacam-se quatro vertentes tradicionalmente mencionadas pelos autores: a concepção de poder como direito potestativo; poder como direito subjetivo; poder como fenômeno de

Delgado (2011)[60] aponta com acuidade a vinculação entre o direito do trabalho e os estágios políticos vivenciados no mundo ocidental nos últimos 200 anos, salientando certo anacronismo das primeiras três correntes, porquanto muito lastreadas em concepções que vinculam o exercício do poder diretivo como fato ou dado incidente na figura do empregador, numa verdadeira situação de assimetria, tomado em conta o papel da personagem do empregado no universo da relação de emprego.

Barros (2009) defende a linha acadêmica, que concebe apenas duas correntes explicativas da natureza jurídica do poder diretivo, ao reconhecer apenas a existência da corrente do direito potestativo e da corrente que percebe a natureza jurídica do poder diretivo como expressão de um direito-função.[61]

A abordagem de cada uma das referidas correntes é realizada nos tópicos seguintes.

2.4.1 Da Natureza Jurídica do Direito Potestativo

As primeiras fases do capitalismo industrial marcaram uma supremacia das concepções filosóficas, políticas e econômicas que contemplavam de forma exacerbada o individualismo.

Como já mencionado, a noção acerca da existência de direitos oponíveis *erga omnes*, direitos absolutos e marcados por extrema individualidade, era o traço fundamental da concepção segundo a qual o poder diretivo tinha por fundamento a propriedade privada.

Ora, na medida em que se apresentava como direito absoluto, a propriedade acabava conferindo um poder completamente impositivo e unilateral para os que detinham esse título.

Ou seja, concebia-se a propriedade como elemento conferidor de poderes incontrastáveis que, quando exercitáveis, não davam margem de ação aos interlocutores ou aos componentes dos polos opostos da relação jurídica.

---

caráter senhorial/hierárquico; e; finalmente, a concepção de poder como direito função." DELGADO, M. G. *Curso de direito do trabalho*. 10. ed. São Paulo: LTr, 2011, p. 633.

[60]Ibid., p.461.

[61]BARROS, A. M. de. *Proteção à intimidade do empregado.* São Paulo. LTr, 2009.

.

Dado marcante é que esse poderio era respaldado pela ordem jurídica, que, então, franqueava ao seu titular condições de impor sua vontade de maneira imperativa e sem contraponto.

Na esteira dessa visão e ao abordar os chamados direitos potestativos, a doutrina nacional alberga a concordância do quanto já afirmado, da qual um bom exemplo é a lição de Belmonte (2009, p. 18), que esclarece o aspecto de unilateralidade daqueles poderes quando os afirma como "direitos de constituir, modificar ou extinguir relações jurídicas a partir do exercício da vontade do titular e com o poder de sujeitar outrem a essa vontade, assim como suficiente autonomia para interferir na órbita jurídica de terceiro."[62]

Pois bem, o caráter protetivo do direito do trabalho, ressaltado, sobretudo, no decorrer do chamado Estado do bem-estar social, *Welfare State*, limitou sobremaneira essa unilateralidade.

Tal afirmação é comprovada pelo fato de que a dispensa do empregado, individualmente tomado, desde que objeto dos pagamentos correspondentes, isto é, aviso prévio, multa de 40% sobre o valor depositado de FGTS, por exemplo, é expressamente permitida no ordenamento jurídico laboral brasileiro.

No entanto, essa potestade é renegada a condicionamentos caso a vontade patronal de extinguir relações empregatícias alveje situações de massa – demissões coletivas. O que era tido como expressão da vontade do titular do poder diretivo é hoje contingenciado pela necessidade de participação de entes coletivos em decisões do empregador com alto poder de afetação coletiva.

Atualmente, tal limitação sobre o direito de dispensa coletiva tem por fundamento legal a própria redação do artigo 114 da Constituição Federal, alterada pela emenda 45/2004, sobretudo no que se refere ao conflito coletivo, que, a título de exemplo, poder ser engendrado pela dispensa coletiva.

A propósito dessa limitação, Nascimento (2009, p. 393) expressa a contenção da vontade patronal no que toca a dispensa coletiva ao afirmar que:

> no procedimento de dispensa, são utilizados diferentes mecanismos de controle que incluem órgãos pertinentes ao âmbito da empresa, os

---

[62]BELMONTE, A. A. *Instituições civis no direito do trabalho*: curso de direito civil aplicado ao direito do trabalho. 4. ed., atual. e ampl. de acordo com novo Código Civil e emenda constitucional 45/2004. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 18.

> sindicatos ou o Poder Público, havendo casos nos quais a dispensa depende de prévia autorização do Ministério Púbico do Trabalho.[63]

Tais considerações permitem dessumir a insuficiência da tese da natureza de direito potestativo do poder diretivo, porquanto absolutamente ausente de qualquer trato com as novas e importantes questões de intervenção dos entes coletivos nas relações de trabalho.

Ora, essa referência e essa deferência radical e exacerbada em relação ao individualismo, marcas do chamado direito potestativo, não poderiam deixar de cair no anacronismo, uma vez que a teoria em questão apresenta-se completamente incapacitada para dar respostas convincentes aos dilemas coletivos concernentes a uma sociedade democrática.

Larenz (1997 apud BARROS, 2012, p. 461), ao cogitar do direito potestativo:

> É o que habilita uma pessoa a estabelecer uma relação jurídica com outra ou a determiná-la especificamente em seu conteúdo, modificá-la ou extingui-la, mediante uma declaração de vontade unilateral. E a outra parte tem que aceitar e tolerar a modificação jurídica e a invasão súbita em sua própria esfera jurídica.[64]

De fato, a superação da corrente que tenta caracterizar a natureza jurídica do poder diretivo como se fosse de direito potestativo é definitivamente sepultada pelas lições de Delgado (2011, p. 434),

> A perda de relevância do potestativismo derivou também das próprias limitações dessa fórmula teórica no tocante à explicação do poder interempresarial em qualquer de suas manifestações concretas. É que a simplificação exacerbada que levava ao fenômeno fez com que a concepção potestativa não fosse adotada até mesmo por parte daqueles que enxergavam uma instransponível prevalência do empregador no âmbito da empresa e do estabelecimento.[65]

Suplantada em razão das insuficiências apontadas, a tese da natureza jurídica de direito potestativo do poder diretivo, outra teoria, também calcada numa assimetria digna de nota, colocou-se no cenário jurídico: a da natureza de direito subjetivo.

---

[63]NASCIMENTO, N. de O. *Compêndio de direito sindical*. 6. ed. São Paulo: LTr, 2009, p. 393.
[64]LARENZ, 1997 apud BARROS, 2012, p. 461.
[65]DELGADO, M. G. *Curso de direito do trabalho*. 10. ed. São Paulo: LTr, 2011, p. 634.

2.4.2 Da Natureza Jurídica de Direito Subjetivo

Como visto, a marca do direito potestativo é a unilateralidade de impor, de imperar, de adotar posicionamento e de invadir a esfera jurídica de outrem sem considerar a perspectiva de reação em sentido contrário. Ou seja, o direito potestativo prescinde da vontade de outrem.

Não é exatamente assim, no entanto, que se opera, no âmbito do chamado direito subjetivo, em que pese a assimetria e a preponderância da figura do empregador em detrimento da figura do empregado.

Quando comparado ao direito subjetivo, o direito potestativo se distingue pelo fato de decorrer de um determinado título de que é detentora uma determinada parte.

No direito subjetivo, por sua vez, há expectativas, poderes, perspectivas de exigência de certos comportamentos decorrentes de uma relação jurídica.

Para Belmonte (2009, p. 13), a proposta é a seguinte:

> Direito subjetivo (de prestação) é o poder de exigir de outrem o cumprimento de um dever jurídico decorrente de uma relação já existente ou que já existiu, casos, respectivamente, da indenização de danos causados por um locatário em imóvel de locador, das reparações trabalhistas por despedida injusta.[66]

É notável a ocorrência de limitação de um dos polos da relação jurídica, o que de fato é um avanço quando se toma em conta a teoria explanada no tópico antecedente. No entanto, tal qual a tese da natureza do direito potestativo, a concepção que encampa a chamada natureza subjetiva do poder diretivo é assinalada por intenso viés liberal, individualista.

Pois bem, no direito contemporâneo brasileiro, a teoria do direito subjetivo, calcada no exacerbado individualismo, é bastante impactada pelo sentido social que acaba limitando essa concepção.

A dimensão do anacronismo dessa corrente é extraída, a propósito, do artigo 421 do Código Civil, que declara a submissão do contrato ao sentido de sua função social.[67]

---

[66]BELMONTE, A. A. *Instituições civis no direito do trabalho*: curso de direito civil aplicado ao direito do trabalho. 4. ed., atual. e ampl. de acordo com novo Código Civil e emenda constitucional 45/2004. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 13.

[67]*Código Civil*. "Art. 421. A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do Contrato." BRASIL. *Vade mecum*. São Paulo: Saraiva, 2012, p.176.

Observe-se a inadequação da referida vertente aos tempos atuais, posicionamento esse amparado pelas lições de Delgado (2011, p. 435) ao afirmar:

> A presente concepção não ultrapassa a percepção unilateral, rígida e assimétrica do fenômeno do poder empregatício, já que mantém no empregador a isolada titularidade de uma vantagem propiciada pela conduta em conformidade com a ordem jurídica.[68]

Como se nota, até no plano da legislação, as sociedades que se orientam por valores mais democráticos apresentam-se contrapostas, inclusive na sua legislação, a valores exageradamente individualista. E nessa diretriz vai o artigo 421 do novo Código Civil Brasileiro.[69]

2.4.3 Natureza Jurídica de Direito Senhorial e Hierárquico

Como já dito, não se toma na doutrina um posicionamento hegemônico no que diz respeito ao número de teorias com escopos de esclarecimento acerca da natureza jurídica do poder diretivo. Parte dela cinge sua análise apenas às correntes que tratam da natureza jurídica do poder diretivo como expressão de direito potestativo e de direito-função.

Trata-se de questão em que a uniformidade de posicionamentos não é traço característico, eis que alguns doutrinadores expõem a existência de outras correntes teóricas que também abordam a questão da natureza jurídica do poder diretivo.

No cenário jurídico nacional, Delgado (2011) é o adepto da existência de mais de duas correntes doutrinárias explicativas da natureza jurídica do poder diretivo, ao afirmar que a existência de vertente teórica lastreada na concepção do poder diretivo como fenômeno de natureza hierárquica.[70]

Em apertada síntese, o referido jurista apresenta uma tendência que subdivide sua fundamentação, ora pela percepção de uma natureza hierárquica como um dado inerente à estrutura da empresa, ora pela consequência compulsória do contrato de trabalho.

Ainda de acordo com Delgado (2011)[71], a corrente em análise é de clara orientação autoritária, originada na primeira metade do século XX, como expressão de argumentos institucionalistas, organicistas e corporativistas.

---

[68]DELGADO, M. G. *Curso de direito do trabalho*. 10. ed. São Paulo: LTr, 2011, p. 635.
[69]BRASIL, op. cit., p.176.
[70]DELGADO, M. G. *Curso de direito do* . 10. ed. São Paulo: LTr, 2011, p. 636.
[71]DELGADO, M. G. *Curso de direito do trabalho*. 10. ed. São Paulo: LTr, 2011, p. 636.

É traço dessa corrente suprimir a ideia de conflitos ou o traço de disciplinamento rígido e assimétrico em favor de privilegiado enfoque de uma ideia de subordinação intensa do empregado às diretrizes patronais.

Muito em voga nas formações sociais mais autoritárias, a corrente é francamente desconsiderada nos novos paradigmas de sociedade democrática, mesmo nas de cunho neoliberal.

2.4.4 Natureza Jurídica de Direito Função

Se houvesse a possibilidade de assinalar a existência de uma palavra comum às três vertentes que tencionam explicar a natureza jurídica do poder diretivo, certamente a palavra mais usada seria o unilateralismo. Assimetria também poderia ser um termo aplicável, mas como decorrência do unilateralismo que caracteriza a corrente doutrinária do direito potestativo, do direito subjetivo e do direito senhorial e hierárquico.

Pode-se afirmar que as correntes abordadas dão ênfase ao exercício do poder diretivo como a prática de uma atividade desempenhada nos exatos termos do alvedrio do empregador.

Pois bem, com a superação dos parâmetros sociopolíticos autoritários decorrentes do facismo-corporativista e do nacional-socialismo alemão da primeira metade do século XX, emergem esforços com escopo de suplantar o entendimento de que, no universo da empresa, o exercício do poder diretivo é uma prerrogativa do empregador e está pouco avizinhada de obrigações correspondentes. Para a carga de direitos decorrentes da detenção do poder diretivo passa-se a conceber também a existência de uma gama de obrigações, e o poder diretivo deixa de ser avaliado como expressão unilateral do empregador.

A direção da atividade laboral passa a ser expressão de um direito, bem como a ensejar obrigações e deveres, tal qual ocorre com o agente eleito para um cargo executivo: a educação dos filhos pela mãe e pelo pai, pelo dirigente sindical.

Da mesma forma que em relação a outros direitos, a inflexão da função social passa a orientar o chamado poder diretivo.

Nesse sentido, ao falar em direito-função, atribui-se um poder destinado não mais a uma tutela individualista, mas a um resultado e a uma proteção de interesses de caráter comunitário, desde que se tome o conceito de poder diretivo.

Ao tratar dessa corrente mais moderna das concepções acerca do poder diretivo, Magano (1982 apud DELGADO, 2004, p. 637), afirma que “a potestade inerente ao

direito-função não se esgotaria na prerrogativa favorável ao titular, importando também na existência correlata de um dever a ele atribuído."[72]

Ao tratar da teoria do direito-função, Barros (2009, p. 461) expõe que "esse é um direito com fins altruístas, que deve ser cumprido segundo sua finalidade da maneira mais útil possível pela pessoa habilitada."[73]

A corrente do direito-função é mais dedicada a finalidades de cunho social, mais abrangente e por isso mais consentânea com o conceito de função social da propriedade expressa no inciso XXII, do artigo 5º, da Constituição Federal, e do artigo 421, do Código Civil Brasileiro de 2002.

Apesar disso, o tema é passível de observações críticas por parte da doutrina laboral e por expressivos estudiosos, Magano (1982)[74] e Delgado (2011)[75], como se demonstra no tópico seguinte.

2.4.5 Outras Considerações Doutrinárias Acerca da Natureza Jurídica do Poder Diretivo

Se bem observada a ordem de apresentação das teorias que se embrenham na tarefa de explanar a real e efetiva natureza jurídica do poder diretivo, a tendência é de atenuação do unilateralismo patronal.

Em razão disso, o entendimento de que o poder empregatício decorre de aspectos única e exclusivamente contidos na figura do empregador são de fato amainados, se for levado em conta o traço que vai da explanação da teoria da natureza jurídica de direito potestativo, passa pelo entendimento de que se trata de direito subjetivo, senhorial hierárquico até convergir para a concepção da natureza jurídica do direito-função.

Pois bem, sob esse aspecto, a parte da doutrina, balizada no entendimento de que o papel do desenvolvimento democrático deve nortear não apenas as instituições políticas, mas também as relações sociais, enxerga, mesmo na mais avançada das teses acerca da natureza jurídica do poder diretivo, a do direito-função, uma excessiva proeminência de um dos atores da relação de emprego em face de uma postura intensamente passiva nesse liame.

---

[72]MAGANO, 1982 apud DELGADO, 2004 p. 637.
[73]BARROS, A. M. de. *Proteção à intimidade do empregado.* São Paulo. LTr, 2009, p. 461.
[74]MAGANO, O. B. *Do poder diretivo na empresa*. São Paulo: Saraiva, 1982.
[75]DELGADO, M. G. *Curso de direito do trabalho*. 10. ed. São Paulo: LTr, 2011, p. 636.

Por esse entendimento, não se cogita criticar o resultado da novel corrente doutrinária que explica a natureza jurídica do poder diretivo como um direito-função.

O que importa é, como se involuntariamente, o entendimento desse instituto viesse ao cabo do desenvolvimento jurídico resultado de uma concessão, de uma benemerência, de uma benesse da humanizada figura do empregador em favor do empregado, agora menos explorada.

Quem melhor registra esses traços é Delgado (2011). Tão ou mais importante que os avanços em si é o próprio valor democrático da participação do empregador no cenário *interna corporis* da empresa de uma maneira que o processo possa ser tão relevante quanto o resultado.[76]

Mesmo concebida como expressão de avanço, a teoria da natureza jurídica do poder diretivo como direito-função é discrepante em relação ao conceito de cidadania, haja vista que neste caso da cidadania o papel ativo do ator social, o cidadão, tem significativa proeminência, ou seja, em todas as correntes doutrinárias explanativas da natureza jurídica do poder diretivo falta o papel ativo do empregado e isso se reedita na corrente jurídica do direito-função.

Em razão disso, para Delgado (2011), a teoria da natureza jurídica do poder empregatício como direito-função retrata uma tese de transição, uma teoria da relação jurídica contratual-complexa, nas suas palavras.[77] Teoria essa calcada em um elemento muito característico de algumas áreas do direito do trabalho, especialmente na questão da hierarquia normativa, a plasticidade.

Tendo em vista o apontamento teórico da tese da relação jurídica contratual-complexa, agregue-se a essa plasticidade o caráter e o sentido dinâmico.[78] No arremate, Delgado (2011) advoga a virtude da teoria relacional graças, justamente ao seu caráter de plasticidade e dinamismo com aptidão para apreender e explicar desde as relações e concepções mais conservadoras e unilaterais até os contextos mais flexíveis, democráticos

---

[76]"A Democracia apresenta-se (ou não) em uma realidade concreta segundo a natureza do processo de solução de problemas ali adotado e não segundo a natureza dos problemas envolvidos ou as soluções encontradas em seu enfrentamento." DELGADO, M. G. *Curso do direito do trabalho*. 10. ed. São Paulo: LTr, 2011, p. 638.

[77]DELGADO, M. G. *Curso do direito do trabalho*. 10. ed. São Paulo: LTr, 2011, p. 639-640.

[78]"Seria uma relação jurídica contratual complexa plástica e de assimetria variável entre seus polos componentes. Relação jurídica contratual complexa, plástica e de assimetria variável entre empregador e empregado, considerados em sua projeção individual e coletiva, mediante a qual se preveem, alcançam ou sancionam condutas no plano do estabelecimento e da empresa. A ideia de previsão prevalece quando se reporta ao poder diretivo/regulamentar; as ideias de alcance, concretização e sanção prevalecem quando se reporta ao poder diretivo/fiscalizador/disciplinar." DELGADO 2011, op. cit., p. 640.

e igualitários, o que se deve ao caráter de abordagem de questões essenciais e de posicionamento classificatório do fenômeno do poder intraempresarial.[79]

2.5 DAS EXPRESSÕES DO PODER DIRETIVO

Até este tópico, o capítulo foi marcado pelo esforço de abordar os aspectos constitutivos e estruturais do chamado poder diretivo – expressão de seu conceito, fundamentação legal e doutrinária e pesquisa de sua natureza jurídica.

Neste tópico, o trabalho passa a abordar como a doutrina encara a "exteriorização" do chamado poder diretivo, como ele se manifesta no mundo fenomênico.

Em linhas gerais, o poder diretivo expressa-se quando da organização da atividade econômica pelo empregador, quando ele controla e fiscaliza, exerce poder de disciplinar e de sancionar, de aplicar penalidades em decorrência do que possa entender como desvios na atividade laboral.

Abordar essas questões com o apoio dos melhores estudiosos é a tarefa a que este trabalho se propõe daqui em diante.

2.5.1 Do Poder de Organização

O intuito de organizar a atividade econômica de acordo com seu próprio interesse e alvedrio decorre, dentre outros, dos princípios da propriedade privada e da livre concorrência, corolários inevitáveis da opção da sociedade brasileira pela economia de mercado.[80]

Guiado por essa diretriz, positivada na Carta Magna, é possível e permitido que o empresário organize sua atividade econômica lícita mediante a combinação dos fatores de produção, quais sejam, capital, matéria-prima e mão de obra.

Há que se reconhecer que é a própria Constituição que defere ao particular o direito de escolher a atividade econômica que mais lhe aprouver, para a qual esteja preparado ou para a qual detenha pendores.[81]

---

[79]Ibid., p. 636.
[80]Art. 170, II e IV, CF.
[81]"A ordem econômica reconhece ao empresário, portanto, o poder de organizar os fatores de produção, tendo em vista a consecução da atividade econômica" (Poder de direção do empregador: fundamentos, natureza jurídica e manifestações. BARACAT, E. M. (Coord.). *Controle do empregador pelo empregado*. Curitiba: Juruá, 2008, p. 28.

Pois bem, a pensar na atividade econômica que vai desenvolver, na melhor localização para seu novo empreendimento, no cálculo dos preços de produtos que vai produzir e vender, na avaliação do custo desses produtos, na compra de materiais etc., esse empresário está *organizando* sua atividade econômica.

Ora, se questionado o fundamento dessas prerrogativas, desses poderes, nada melhor que buscá-lo na prescrição constitucional contida nos incisos IV, do artigo 1º, e II e IV, do artigo 170, da Constituição Federal. Na ordem infraconstitucional, mais precisamente no artigo 2º da CLT, que referenda o poder de direção de uma maneira geral, sobretudo da sua expressão de poder de organização, é oportuno destacar fundamentação da assunção de riscos que tarefa implica.

Inegavelmente, a própria ordem econômica, que defere ao empresário o poder de organizar seu empreendimento antes mesmo de estabelecida a relação de emprego, confere a ele o poder de organizá-la, refletido

> na prerrogativa de determinar o tipo de atividade econômica que será realizada (indústria, comércio, prestação de serviços), o local onde será desenvolvida, o preço do serviço ou do produto produzido ou comercializado, a margem de lucro visada, beneficiário dos serviços ou comprador dos produtos, empregados que irá contratar, forma como os empregados irão trabalhar (horários, desenvolvimento técnico do serviços), dentre outros inúmeros aspectos da atividade econômica.[82]

Quando falamos em 'atividade econômica' não se está falando em empregador, mas em agente econômico, haja vista que na fase de concepção e organização primeira do empreendimento ainda não existem empregados. como bem expressa Baracat, "o poder de organização não é propriamente um poder laboral, pois pode existir sem que existam contratos de trabalho."[83]

Configurada a relação de emprego, então sim passa a incidir sobre o empregado a expressão do poder de organização do empregador, uma das manifestações do poder diretivo, que se caracteriza pela fixação de formas, de técnicas de produção, de horários para a atividade produtiva ou, em outros dizeres, pela determinação concreta de como, quando e onde será exercida a atividade laboral.

Para Nascimento (2009, p.70),

> O poder de organização consiste na faculdade atribuída ao empregador de harmonizar fatores de produção – trabalho e capital – para determinar as

---

[82]BARACAT, E. M. (coord.). *Controle do empregador pelo empregado*. Curitiba: Juruá, 2008, p. 28-29.
[83]Ibid., p. 29.

> condições de utilização concreta da prestação de serviço do empregado a que este se obrigou através do contrato de trabalho, visando atender aos fins da empresa.[84]

Ainda para o mesmo autor (2006, p. 664),

> O poder de organização da atividade do empregado, combinando-a em função dos demais fatores de produção, tendo em vista os fins objetivados pela empresa, pertence ao empregador, uma vez que é da própria natureza da empresa a coordenação desses fatores.[85]

Para Garcia (2011, p. 338),

> por intermédio do poder de organização é que o empregador tem o direito de organizar o seu empreendimento, quanto aos diferentes fatores de produção, no caso, o trabalho prestado pelos empregados, distribuindo e determinando as funções a serem exercidas, o local de trabalho, horário, etc.[86]

Ao tomar a expressão "poder de organização" como manifestação externa do poder diretivo, significa falar em prerrogativa deferida pela ordem constitucional e infraconstitucional, em regência da atividade do trabalhador pelo empregador, graças à adoção dos princípios que salvaguardam a livre iniciativa econômica, a propriedade privada e a livre concorrência, no plano constitucional, e a assunção de riscos, no plano infraconstitucional, consoante letras do artigo 2º da CLT.

2.5.2 Do Poder de Controle e Fiscalização

Deter a condição do que os italianos chamam *datore di lavoro*, do empregador, significa enfeixar nessa figura poderes e prerrogativas que ontologicamente a conformam e a caracterizam.

É difícil pensar um empregador destituído de poderes de comandar, controlar e fiscalizar seus empregados, mesmo que isso seja feito por atribuição a empregados detentores de cargo de confiança ou ungidos de autorização para o desempenho de atos de gestão de pessoal.

---

[84]NASCIMENTO, N. de O. *Manual do poder diretivo do empregador*. São Paulo: LTr, 2009, p. 70.
[85]Id., *Curso de direito do trabalho*. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 664.
[86]GARCIA, G. F. *Curso de direito do trabalho*. 5. ed., rev., atual. e amp. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 338.

Melhor esclarecendo, essa situação não se desnatura, mesmo que os mencionados poderes e prerrogativas não sejam exercidos de forma direta pela figura do empreendedor, uma vez que prepostos do dono do negócio, também empregados ou gestores, podem desempenhar essas atividades por delegação.

Dentre as expressões do chamado poder diretivo, juntam-se poderes e prerrogativas do empregador de comandar, de controlar e fiscalizar tanto a atividade quanto a conduta do prestador de serviços subordinado.

Em certa medida, é justamente o que contempla o artigo 2º da CLT, ao considerar empregador a empresa individual ou coletiva que assume os riscos do empreendimento econômico, admite, remunera e dirige a prestação *intuitu personae*.

Em considerando o poder de controle e fiscalização, sublinhe-se a perspectiva do empregador, do *datore di lavoro* de comandar a atividade laboral, controlar e fiscalizar os procedimentos produtivos do empregado e avaliar seu comportamento.

A propósito da postura do empregado, deduz-se de modo quase uniforme da doutrina mais moderna que esse caractere, essa conduta de correspondente subordinação tem relevância no universo da vigência e no período de prestação de serviços, sendo indiferente, portanto, à relação de emprego o credo, as convicções filosóficas, a orientação sexual, a liberdade de composição de pensamento e a perspectiva de exteriorização desse pensamento e de opiniões abraçados por esse empregado.

Esse entendimento quase unânime não se reedita se avaliada a situação das chamadas empresa de tendência ou organização de tendência. Nelas, os empregados mais vinculados diretamente ao discurso e ao proselitismo do empregador têm aquilatada sua conduta pessoal como dado relevante na ligação jurídica de emprego.

Dados mencionados implicitamente em trechos anteriores dão conta da possibilidade de que esses direitos fundamentais sejam violados no universo da dinâmica patronal fundamentada nos verbos comandar, controlar, fiscalizar atividades e conduta do empregado. Na sede do chamado poder de controle e fiscalização residem as maiores possibilidades de violação aos direitos fundamentais do empregado.[87]

De fato, admitida a combinação dos verbos controlar/fiscalizar a atividade o comportamento do empregado como prerrogativa deferida ao empregador, admite-se

---

[87]"Entre as formas de externação do poder diretivo, o poder de controle é o que mais tem a possibilidade de gerar conflitos com os direitos fundamentais do trabalhador, posto que presente em todos os processos de desenvolvimento das atividades laborativas, inclusive no que diz respeito ao comportamento do trabalhador, de sorte a aferir o respeito e o cumprimento das ordens que emanam do empregador." BARACAT, E. M. *Manual do poder diretivo do empregador*. São Paulo: LTr, 2009, p. 72.

também a possibilidade de excessos de o empregador no desempenho dessas prerrogativas, razão pela qual é inevitável a conclusão de que o exercício desmedido do poder de comando, controle e fiscalização pode sim agredir direitos fundamentais do trabalhador subordinado.[88]

Na esteira dessa argumentação, é necessário extrair definições que possam limitar o alcance do comando, controle e da fiscalização no universo da prestação de serviços subordinados.

A propósito do verbo 'comandar', Baracat (2009, p. 72) dedica o seguinte comentário: [o poder de comando] "exterioriza-se através de ordens, orientações, ensinamentos e outras manifestações do empregador tendentes a organizar e a coordenar o trabalho do empregado, de modo que sirva da melhor maneira possível à atividade econômica."[89]

A propósito do controle, Magano (1982, p. 118) afirma que "o poder de controle consiste, como já se disse, na fiscalização da atividade do empregado para verificar se ele se conforma com as ordens dadas."[90]

E continua, tratando da fiscalização:

> Fiscalizar significa velar por, vigiar, examinar observar, sindicar. Logo, exerce poder de controle o empregador que, por si ou por seus prepostos, acompanha a atividade do empregado, velando para que seja executada conforme instruções a ele fornecidas, complementando ou retificando as mesmas instruções, quando necessário, corrigindo enganos, incentivando procedimentos, etc.[91]

Reitere-se que o desempenho do comando, controle e da fiscalização pode não necessariamente ser exercido pelo empreendedor ou pelo empregador de forma direta, eis que prepostos ou representantes da empresa podem enfeixá-lo por delegação, por atribuição desses afazeres.

---

[88]"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 intima (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, 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)" DELGADO, M. G. *Curso de direito do trabalho*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 339.

[89]"A ordem econômica reconhece ao empresário, portanto, o poder de organizar os fatores de produção, tendo em vista a consecução da atividade econômica." BACARAT, E. M. (Org.) *Controle do empregador pelo empregado*. Poder de direção do empregador: fundamentos, natureza jurídica e manifestações. Curitiba: Juruá, 2008, p. 52.

[90]MAGANO, O. B. *Do poder diretivo na empresa*. São Paulo: Saraiva, 1982, p. 118.

[91]MAGANO, O. B. *Do poder diretivo na empresa*. São Paulo: Saraiva, 1982, p. 118.

Ao tratar do poder de controle e da fiscalização de forma particular, Nascimento deixa entrever que o poder diretivo, na sua expressão de poder de controle e fiscalização, pode incidir tanto no modo como o empregado desenvolve seu trabalho como no comportamento dele.[92] Destaque-se: à medida que um novo dimensionamento dos chamados direitos fundamentais – liberdade de expressão, intimidade etc. – é apresentado no cenário jurídico nacional, o chamado poder diretivo passa a ser contingenciado no plano do direito positivo.

O que era admitido como livre exercício do poder de fiscalizar passa a encontrar óbices no plano constitucional e infraconstitucional. Caso típico é a restrição às revistas intimas nas empregadas.

A bem da verdade, a incidência do comando, controle e da fiscalização pode se dar tanto na forma de prestação de serviços desenvolvida, no horário de trabalho, no controle do teor do *e-mail* corporativo e na monitoração da quantidade de tempo de uso de equipamentos de internet.

Objetivamente, o termo gerenciamento do labor do empregado é o termo de aplicação mais moderna e conciliável com o chamado poder de controle e fiscalização, eis que mais consentâneo com uma visão que se aparta das concepções autoritárias e anacrônicas do chamado poder diretivo.

2.5.3 Do Poder Disciplinar

A exposição articulada pretendeu sublinhar a condição de empregador de quem é investido dela e detém as prerrogativas de organizar a atividade produtiva ao seu talante, bem como de formular comandos, controlar e fiscalizar os prestadores de serviços subordinados.

Ora, a tarefa de organizar a atividade produtiva, bem como a de exercer comando, controle e fiscalização estaria absolutamente destituída de efeito prático se o empregador não estivesse investido de "autoridade" no âmbito da relação de trabalho subordinado. Noutras palavras, não fosse detentor de poderio para fazer valer os poderes que lhe são inerentes, o empregador não seria detentor do poder de organização ou de comando,

---

[92]"A fiscalização inerente ao poder diretivo estende-se não só ao modo como o trabalho é prestado, mas também ao comportamento do trabalhador, tanto assim que é comum a revista dos pertences do empregado quando deixa o estabelecimento." NASCIMENTO, A. M. *Curso de direito do trabalho*. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 667.

fiscalização e controle. Seria, talvez, um ente consultivo ou formulador de recomendações. Ou seja, não seria empregador.

Pois é justamente isso que configura a expressão disciplinar do poder diretivo, expressão que supera o incentivo ou a sanção de ordem moral. Ser empregador significa estar investido de "autoridade" no âmbito da relação de emprego com vistas ao bom desenvolvimento da atividade produtiva.

Essa autoridade, essa possibilidade de dirigir a atividade de outro, de dar ordens de serviço e de impor sanções são designadas por Nascimento como poder disciplinar.[93]

Apesar de comprovadamente evidente e majoritariamente aceito, o chamado poder disciplinar padece da falta de aceitação hegemônica, eis que oscila entre vertentes que o negam e o acolhem.

Repudiam-no as chamadas vertentes negativistas cujo argumento se funda em dizeres que reconhecem a aplicação de sanções como prerrogativa exclusiva do Estado, uma vez intolerável a aplicação de penalidades no âmbito das relações privadas.[94]

Delgado (2011) refuta essa tese com argumentos político-filosóficos que alcançam a fundamentação sociojurídica.[95]

À luz da contra-argumentação de Delgado (2011), as teses negativistas revestem-se de falsa aparência democrática, porquanto permitem que sejam brandidos argumentos que acabam por negar aos trabalhadores o chamado exercício da autotutela coletiva (mediante a greve), o que não corresponde, necessariamente, igual negativa para os empregadores. Noutra margem, critica-se a posição negativa por sua falsa aparência democrática, falso sentido democrático, haja vista numa noção de que o entendimento acerca da gestão estatal deva ser absoluta sobre a relação entre privados.

Sob o ponto de vista sociojurídico, o contraponto às correntes negativistas decorre do fato de que as penalidades trabalhistas têm sim formulação legislativa estatal, uma vez que não expressam um poder apriorístico, imprevisto e particularizado deferido ao empregador.

Para Delgado (2011, p. 644),

> o chamado poder disciplinar está estruturalmente vinculado ao processo de aferição concreta de figuras faltosas tipificadas, como as infrações

---

[93]"Poder disciplinar é o direito do empregador de exercer a sua autoridade sobre o trabalho de outro, de dirigir a sua atividade, de dar-lhe ordens de serviço e de impor sanções disciplinares." NASCIMENTO, A. M. *Curso de direito do trabalho*. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 665.

[94]DELGADO, M. G. *Curso de direito do trabalho*. 10. ed. São Paulo: LTr, 2011, p. 643.

[95]Ibid., p. 644.

> graves do art. 482 da CLT; está vinculado à aplicação concreta de certas penalidades legalmente previstas, como a suspensão contratual punitiva inferior a trinta dias (art. 474 da CLT).[96]

Não bastasse estar calcada em normas jurídicas estatais, o poder disciplinar é fenômeno de ampla aceitação, verificação e reiteração doutrinária e jurisprudencial.

Outra corrente, dividida em três subcorrentes, admite a existência do chamado poder disciplinar concebido como expressão da liberdade contratual – doutrina contratualista –, ou como manifestação do direito de propriedade – doutrina da propriedade privada –, ou como figura da instituição – doutrina do institucionalismo.

Indiscutível é a ligação dessas tendências com o debate acerca dos fundamentos doutrinários do poder diretivo em proposição. Pelo exposto, há certa reedição da corrente contratualista, na medida em quem fica determinado que o poder disciplinar emana do ajuste de vontades das partes integrantes da relação de emprego; da corrente da propriedade privada, segundo a qual o poder disciplinar é corolário da detenção da propriedade da empresa; e da corrente institucionalista, que relaciona a existência do poder disciplinar ao fato de que as sociedades organizadas devem ser detentoras de meios de aplicação das punições e coerções com vistas ao benefício da comunidade.

O poder disciplinar é uma das formas de expressão do chamado poder diretivo, de como se exterioriza uma das facetas desse poder. Em razão disso, cumpre observar que o poder disciplinar também se utiliza de veículos que traduzem essa exteriorização, que o materializam. Trata-se de uma forma estatutária ou convencional, na leitura de Nascimento (2006), ambas lastreadas e subordinadas à previsão legal.[97]

Ao tratar de formas de expressão do poder disciplinar, não se tratou apenas dos veículos mediante os quais esse poderes e prerrogativas se expressam, bem como de seus limites.

Na expressão de Gomes e Gottschalk (1988, p. 73) "o empregador no uso do poder disciplinar há de conformar-se às leis, às sentenças normativas, às convenções coletivas e outros regulamentos profissionais, e ao contrato de trabalho."[98]

Por fim, se o poder disciplinar é mesmo legitima expressão do poder diretivo, não por isso deva ser exercitado de modo absolutamente unilateral, uma vez que há limites

---

[96]DELGADO, M. G. *Curso de direito do trabalho*. 10. ed. São Paulo: LTr, 2011, p. 644.
[97]NASCIMENTO, A. M. *Curso de direito do trabalho*. 21. ed. São Paulo Saraiva, 2006, p. 666.
[98]GOMES, O.; GOTTSCHALK, E. *Curso de direito do trabalho*. 19. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 73.

estabelecidos pela ordem jurídica geral. Pensadores mencionados desse tema arrematam que este poder, realmente, encontra-se limitado em dois sentidos:

a) pela lei, pelas fontes de produção profissional e mista e pelo
b) próprio contrato individual de trabalho;
c) pela finalidade do direito de direção.

Noutros dizeres, o poder disciplinar encontra-se contingenciado por limitações externas (lei, convenção coletiva, estatuto da empresa, princípios positivados constitucionalmente, etc.) e por limitações internas (finalidade da empresa, princípio da boa-fé, etc.), não se admitindo seu exercício de forma absoluta e irrestrita, sob pena de desvirtuamento de sua finalidade. [99]

2.5.4 Das Limitações do Poder Diretivo

A observação das experiências históricas evidencia que o poder, genericamente considerado, tem como uma das suas características a continua tendência à expansão quando não obstado por outras forças sociais ou institucionais. Ou seja, o poder tende à totalidade.

Não sem razão, os filósofos iluministas tinham como mote principal a limitação do poder como garantia ao que se convencionou chamar de direitos fundamentais de 1ª geração ou de 1ª dimensão.

A necessidade de contenção do poder e de sua limitação não se restringiu apenas ao campo dos filósofos ou dos cientistas políticos, eis que juristas de nomeada importância também assinalaram a premência dessa contenção.

Na esteira do que se alega, recorremos ao que sentencia o jusfiloso italiano Norberto Bobbio (2004, p. 131) para quem o "alfa e o ômega da teoria política é o problema do poder: como o poder é adquirido, como é conservado e perdido, como é exercido, como é defendido e como é possível defender-se contra ele." [100]

Outro exemplo sobre a perigosa expansão do poder é proferida pelo Professor e Ex-Ministro do Supremo Tribunal Federal, Eros Roberto Grau, que ao tratar da ordem

---

[99]Ibid.
[100]Bobbio, N. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro; Campus, 2004, p. 131.

econômica indica que a ausência de limitação do poder econômico conduz à supressão da concorrência.[101]

Aliás, na obra "A Ordem Econômica na Constituição Federal de 1988"[102], Grau (2010) faz expressa referência a Renner (1980), que ao tratar dos poderes que advém da propriedade alerta para a perspectiva de degeneração do poder do plano das *res*, ou seja, das coisas para um plano estritamente pessoal, quase dominial incidente sobre as pessoas.[103]

Ao referir-se a Lowenstein, Magano (1982 p. XIII) reproduz a afirmativa de que "o poder carrega consigo a semente que o degenera em volúpia do poder."[104]

Nossa pesquisa, como se nota, encontrou o traço comum da preocupação com a limitação do poder em diversas esferas. Não sendo, por isso, de se estranhar que também no plano da relação de emprego, tenha-se em mente a noção do perigo representado pelo ilimitado exercício do poder diretivo do empregador.

A doutrina, estrangeira, já de longa data rejeita o exercício ilimitado do poder diretivo, Savino[105], por exemplo, afirma que o poder hierárquico é limitado ao exercício das atividades contratuais atribuídas ao empregado.

Nascimento (2009, p.75), ao tratar do poder diretivo afirma que "esse poder não é absoluto nem permite que o empregador possa comandar a empresa de forma unilateral, sufocando a autonomia da vontade dos empregados."[106]

De forma geral, o que se reconhece é que o poder diretivo tem seu campo de aplicação e efetivação no universo da relação de emprego e no momento de sua efetivação, de sua consubstanciação.

Ao tratar das limitações, Nascimento (2009) afirma que o empregador as suporta por uma diversidade de razões, tais como matéria, tempo e lugar, normas coletivas,

---

[101]"A liberdade econômica, porque abria campo à manifestações do poder econômico, levou à supressão da concorrência." GRAU, E. R. *A ordem econômica na Constituição de 1988*: interpretação e crítica. 14.ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Moderna, p. 20.

[102]Ibid.

[103]RENNER, 1980 apud GRAU, 2010, p. 20. "O proprietário de uma coisa, res – como observou Karl Renner , impõe sua vontade; o poder sobre as coisas engendra um poder pessoal; a propriedade, assim, de um mero título de poder sobre pessoas e, enquanto possibilita o exercício do poder no interesse privado, converte-se em um título de domínio."

[104]LOWENSTEIN, 1982 apud MAGANO, 1982, p. XIII.

[105]SAVINO, M. *La subordinazione nel rapporto di lavoro.* Torino, Libreria Scientifica G. Giappichelli, 1943.

[106]NASCIMENTO, N. O. *Manual do poder diretivo do empregador*. São Paulo: LTr, 2009, p. 75.

regulamento interno e contrato de trabalho e logo a seguir, atesta que o poder diretivo encontra limitações na esfera da dignidade da pessoal humana.[107]

O fato é que sobre o poder direito do empregador incidem limites externos e limites internos, explanados por ampla corrente doutrinária.

Magano (1982, p. 229), por exemplo, atesta que "os limites externos do poder diretivo são os estabelecidos pela lei, pela convenção coletiva, pelo próprio contrato de trabalho" e prossegue atestando que "tais limites indicam que o poder diretivo não equivale a qualquer supremacia do empregador sobre o empregado."[108]

O fato é que se ordem jurídica nacional ampara o princípio da propriedade privada, bem como a plena positivação da livre concorrência e da livre iniciativa[109] no campo econômico; essa mesma ordem também elenca, que é seu fundamento a cidadania (questão fundamental no presente trabalho), a dignidade da pessoa humana e a consagração do valor social do trabalho a valorização do trabalho humano e a função social da propriedade.[110]

Noutros dizeres, além dos componentes integrantes dos limites externos supra indicados pelo Professor Magano[111], também a ordem constitucional impõe contingenciamento incidente sobre o exercício e desempenho do poder diretivo.

Referentemente aos nomeados limites internos, o mesmo autor preleciona que os mesmos têm concernência com o próprio desempenho do poder diretivo e neste sentido quer aludir a necessidade de exercício desse poder nos limites atinentes à finalidade e pertinência de sua efetivação não com vistas ao atendimento de eventuais idiossincrasias *ou intersses egoísticos do datore di lavoro*.

As palavras do jurista Magano (1982, p. 229) traduzem melhor o que se pretende dizer neste trabalho, *in verbis*:

> Os limites internos guardam relação com o exercício do poder diretivo. O sentido da atuação deste deve ser a satisfação do interesse não do empregador e sim da empresa considerada como centro de convergência de múltiplos interesses.[112]

---

[107]Ibid.
[108]MAGANO, O. B. *Do poder diretivo na empresa*. São Paulo: Saraiva, 1982.
[109]Incisos II e IV, art. 170 e inciso IV, do art. 1 ambos da CF/88
[110]Incisos II, III, IV do art. 1º e caput do art. 170 e seus incisos II e III do art. 170.
[111]MAGANO, op. cit.
[112]MAGANO, O. B. *Do poder diretivo na empresa*. São Paulo: Saraiva, 1982, pg. 229.

Barros (2012, p. 461)[113], ao tratar da questão dos limites, aduz que:

> o exercício do poder diretivo, como se infere dessa última vertente (referindo-se à corrente que reconhece a natureza jurídica do poder diretivo como direito-função), possui limites "externos", impostos pela Constituição, por outras leis, pelo contrato, pelas normas coletivas, e um limite "interno."

Melgar (2001 apud BARROS, 2012, p. 461),[114] ao tratar dos limites internos e externos, afirma que o poder diretivo deverá ser exercido de boa fé e de forma regular.

Não se olvide também que no chamado território dos limites internos do poder diretivo, encontra-se o relevante papel do princípio da boa fé que rege não somente o dever de lealdade do empregado, mas também o desempenho das funções, atribuições e prerrogativas do empregador, como bem destaca Plá Rodriguez (2002).[115]

Como nota-se, não se pode negar ao empregador o direito de exercer o poder diretivo, sob pena de até desvirtuar sua figura jurídica, no entanto, concebendo-se o potencial violador que o exercício do poder diretivo pode ocasionar, curial ter ampla noção de suas limitações, brevemente expostas no presente item.

---

[113]BARROS, A. M. *Curso de direito do trabalho*. 8.ed. São Paulo: LTr, 2012

[114]MELGAR, 2001 apud BARROS, 2012, p. 461.

[115]"Geralmente se insiste no cumprimento do dever do trabalhador de apresentar rendimento – isto é, de que o trabalho se faça bem e a um ritmo regular – porém se omitem muitas outras implicações contidas na ideia de que o trabalhador deve agir lealmente. Mas, sobretudo, costuma-se prescindir da projeção desse princípio no que diz respeito à conduta do empregador. Este deve agir lealmente e cumprir de boa-fé suas obrigações como tal. A reafirmação desta obrigação não é ociosa, nem inútil, porque a experiência prática ministra múltiplos exemplos de violações desse dever: desde o do empregador que paga salários inferiores aos mínimos estabelecidos ou atribui hierarquias inadequadas, até o que faz uso abusivo ou injustificado do jus variandi, sem esquecer os casos menos frequentes, mas não desconhecidos, daqueles patrões que obrigam o trabalhador a cumprir horário sem destinar-lhe tarefa, para que sinta moralmente embaraçado e acabe por deixar a empresa." PLÁ RODRIGUEZ, A. *Princípios de direito do trabalho*. 3.ed. São Paulo: LTr, 2002,

CAPÍTULO III

3 SOBRE DEVERES E OBRIGAÇÕES ESSENCIAIS DO EMPREGADOR E DO EMPREGADO – BREVES CONSIDERAÇÕES

Um trabalho acadêmico que coloque no mesmo plano de avaliação o chamado poder diretivo do empregador e o direito à liberdade de expressão do empregado tem como escopo, explícito ou implícito, consciente ou inconsciente, avaliar interações e visualizar limites. Não fosse esse propósito, de pouca valia seria a fixação dos conceitos que compõe o título do presente trabalho no mesmo plano de observação.

Ora, considerando o tema deste trabalho e tendo em vista que entre empregador e empregado vigora uma 'relação jurídica' com evidente feição sinalagmatica, bilateral, tem-se que a configuração de obrigações e deveres de empregador e empregado serve claramente à parametrização tanto da extensão dos poderes diretivos do empregador, quanto da liberdade de expressão do empregado.

Uma breve remição histórica demonstra que a relação de emprego é um fenômeno característico do sistema capitalista, porquanto pressupõe a existência de dois sujeitos de direito na atividade econômica base do sistema, fato inédito na história produtiva da humanidade[116].

Neste sentido, evidente pressupor que, noutros momentos da história, quando não havia essa noção de sujeitos de uma relação jurídica ou quando as relações produtivas se entabulavam entre o detentor de um direito, o dono do escravo ou o senhor da gleba, e o objeto desse direito, o próprio escravo ou o servo, não se há de falar em relação jurídica, tampouco em existência de limites e deveres para uma parte ou existência de direitos para a outra.

Na verdade, é com o desenvolvimento das primeiras manifestações do sistema capitalista que começa a se delinear a chamada categoria fundamental do direito do trabalho, qual seja, a relação de emprego.

---

[116] Ao tratar dessa questão, Manfredi Savino explana: "Da esse possiamo facilmente desumere che nel diritto romano ântico (come del resto anche Nei diritti piu remoti) non poteva sorgere um problema della subordinazione nel rapporto di lavore." – Logo adiante, o autor prossegue e afirma: "Le operae no liberales poi erano exeguite dagli schiavi. Ora, nel caso di schiavo próprio, il potere di comando del padrone non era che uma manifestazione del diritto di proprietà giachè ló schiavo non era um altro soggetto di diritto col quale fosse possibile um rapporto di subordinazione ma era nient'altro che um oggetto di diritto, uma cosa." Savino, Manfredi, La susubordinazione nel rapporto di lavoro, Torino,1943, Libreria Scientifica G. Giappichelli, Torino, - Via Vasco Angolo VI PO – Torino, p. 174.

De acordo com Delgado, "o direito do trabalho surge da combinação de um conjunto de fatores, os quais podem ser classificados em três grupos específicos: fatores econômicos, fatores sociais, fatores políticos."[117]

Noutro ponto de seu texto, Delgado afirma que a utilização do trabalho subordinado mas livre, de um lado, e a estruturação do novel sistema econômico em torno da unidade produtiva industrial, de outro, conformou aquilo que ele designa como fator econômico de formação do direito do trabalho.

Logo em seguida, afirma que:

> em torno da relação de emprego, pelas suas características de permitir e combinar liberdade pessoal do trabalhador com direção empresarial pelo empreendedor, é que se erigiu a fórmula inovadora de organização do sistema produtivo que permitiria ao capitalismo distanciar-se dos precedentes modos de produção, potenciando ao máximo não só a inteligência produtiva, sistematizada e objetivada do ser humano, como a produtividade do trabalho ao longo dos últimos dois séculos e meio (DELGADO, 2011, p. 89).[118]

Ou seja, não por benesse, mas por necessidade estrutural do próprio sistema capitalista, que aparta o trabalhador dos meios de produção, a atividade produtiva apenas se configura então com a conjugação das vontades de empreendedor e trabalhador, que, premido pela necessidade, tende a celebrar a relação jurídica.

A história também registra que, em seus momentos embrionários ou em suas primeiras manifestações, a relação entre capitalistas e trabalhadores, nos chamados países centrais, não foi das mais auspiciosas.[119]

De toda a sorte, para aquilo que nos interessa, é a partir do momento em que o trato produtivo só pode se estabelecer entre trabalhador livre, mas destituído dos meios de produção, e capitalistas detentores dos meios de produção, mas com necessidade do trabalhador livre, que a relação jurídica de emprego começa a ganhar conformação e adquirir limites através de obrigações e deveres das partes contratantes.

---

[117]DELGADO, M. G. *Curso de direito do trabalho*. 10. ed. São Paulo: LTr, 2011, p. 88.

[118]Ibid., p. 89.

[119]"Se um marciano tivesse caído naquela ocupada ilha da Inglaterra teria considerado loucos todos os habitantes da Terra. Pois teria visto de um lado a grande massa do povo trabalhando duramente, voltando à noite para os miseráveis e doentios buracos onde moravam, que não serviam nem para porcos; de outro lado, algumas pessoas que nunca sujaram as mãos com o trabalho, mas não obstante faziam as leis que governavam as massas, e viviam como reis, cada qual num palácio individual. Havia, na realidade, duas Inglaterras." HUBERMAN, L. História da riqueza do homem: do feudalismo ao século XXI. 22. ed. rev. ampl. Rio de Janeiro, Zahar, 2011.

Por opção estritamente pessoal, adota-se nas linhas seguintes a referência ao termo deveres, no entanto, cumpre apresentar brevíssimas considerações acerca do esclarecimento, com vistas à distinção, entre os termos direitos, deveres e obrigações.

Magano (1982, p. 120), reportando-se a Russomano (1978) inscreve a expressão *jus et obligatio correlata sunt*, e afirma que, considerando o aspecto relacional do vínculo de empregado, a terminologia "direitos" traz à tona o aspecto ativo dessa modalidade de relação jurídica.[120]

Já para diferenciar os termos obrigações e deveres, Magano (1982, p. 191-192) esclarece que "o dever é uma das posições em que se pode encontrar o sujeito da relação jurídica, genericamente considerada. Às vezes esta implica pretensões e prestações, realçadas, no seu conjunto, como obrigações; outras vezes, gera poder e sujeição, quer dizer, deveres."[121]

Como se vê, relação jurídica pressupõe direitos, obrigações e deveres das partes contratantes, os quais se traduzem e se expressam em limites. No nosso caso, limites para empregador e limites para empregado, ambos tratados nos tópicos seguintes.

3.1 OBRIGAÇÕES E DEVERES DO EMPREGADOR – PRESCRIÇÕES INFRACONSTITUCIONAIS E CONSTITUCIONAIS

No tópico imediatamente anterior, buscou-se estabelecer uma brevíssima relação entre os modos de produção mais importantes da história ocidental – escravismo, feudalismo e capitalismo – e o surgimento daquilo que conhecemos como relação jurídica de emprego.

Baseando-se em doutrina jurídica e em doutrina histórica coesa, evidenciou-se que o conceito de relação jurídica nos modos de produção anteriores ao capitalismo era praticamente impossível, haja vista que uma das partes da relação produtiva, o prestador de serviços, era relegado à condição de coisa e não detinha o reconhecimento da condição de sujeito.

A partir do momento em que o capitalismo aparta o trabalhador dos meios de produção, passa-se a ter no conceito de relação jurídica o único instrumento por meio do qual o prestador de serviços vincula-se ao sistema produtivo, mediante a assunção de direitos, obrigações e deveres.

---

[120]RUSSOMANO, 1978 apud MAGANO, 1982, p. 120.
[121]MAGANO, O. B. *Do poder diretivo na empresa*. São Paulo: Saraiva, 1982, p. 191-192.

Com a configuração de uma relação sinalgmatica, bilateral entre empregador e empregado, fixa-se um conjunto de obrigações e deveres contrapostamente recíprocos entre as partes. Ou seja, para a obrigação ou dever de um, o direito de outro e vice-versa.

Neste item, vamos analisar as obrigações e os deveres do empregador, colocados aqui como proporcionalmente contrapostos aos direitos do empregado.

No tópico seguinte, vamos apresentar as obrigações e deveres do empregado, que também mantém uma relação de diametral e correspondente contraposição aos direitos do empregador.

As obrigações e os deveres do empregador encontram-se tanto no plano infraconstitucional, como no plano constitucional, em artigos da CLT que prescrevem a obrigação de registro e anotação dos documentos do empregado, art. 29; a adoção de procedimentos de segurança, art. 157; que regula a obrigação de remunerar e sua correspondente periodicidade, art. 459, dentre outros.

No plano constitucional, mais precisamente no capitulo II, do título II, justamente nos artigos 6 a 11, que tratam dos direitos sociais, reverberam incisos, sobretudo dos art. 7º e 8º que fixam obrigações e deveres para o empregador.

A abordagem dessas obrigações e deveres é realizada nas linhas seguintes.

3.1.1 Da obrigação de Remunerar

É quase que uniforme o entendimento doutrinário, segundo o qual, a primeira obrigação ou o primeiro dever do empregador é remunerar a atividade laboral do empregado, o que aliás, conforma a própria caracterização da relação de emprego, porquanto, sem a onerosidade, isto é, sem pagamento de remuneração, não há constituição, do ponto de vista ontológico, de liame laboral empregatício.

A falta de uniformidade doutrinária referida acima é devida, sobretudo, ao fato de que alguns doutrinadores encaram que o primeiro dos deveres do empregador é justamente o de conhecer os direitos básicos do empregado previstos na legislação trabalhista, previdenciária, em ajustes coletivos, regulamento interno das empresas, contrato individual de trabalho e constituição[122].

---

[122]"Sob o pretexto de dirigir a empresa e, em consequência, de impor sanções ao trabalhador, o empregador não poderá desconhecer direitos básicos do empregado previstos na legislação trabalhista e previdenciária, nas normas coletivas, no regulamento interno das empresas, no contrato individual e, principalmente, na Constituição, onde estão inseridos os direitos fundamentais, cerne do ordenamento jurídico e cuja

Em que pese a necessária referência ao minoritário entendimento, o fato é que a doutrina, já de há muito tempo, tem na remuneração a primeira obrigação ou dever do empregador.

No plano nacional, temos o posicionamento do jurista Cesarino Junior que ao estudar o tema das obrigações do empregador e elencar as mais importantes, não titubeia ao dizer que "das obrigações do empregador, a principal, a mais direta é a de pagar ao empregado um salário nas condições expostas no capitulo anterior, reembolsando-o de todo gasto feito legitimamente em seu serviços [...]"(CESARINO JUNIOR, 1970, p. 96).[123]

No plano internacional, o jurista uruguaio, Plá Rodriguez (1982, p. 144) também não claudica sobre a questão e afirma que "também do lado do patrão há uma obrigação principal – a de pagar o salário – e uma série de obrigações complementares [...]."[124]

Santoro-Passareli, por exemplo, eleva a remuneração ou a retribuição à prestação de serviços como objeto fundamental da obrigação do empreendedor e direito fundamental do empregador.[125]

O caráter retributivo é de fato o que se expõe em primeiro plano na relação de emprego e demonstra que, se ao empregado, a prestação de serviços subordinada é a obrigação primeira, ao empregador, o dever de remunerar os serviços prestados é a primeira das responsabilidades, de tal sorte a caracterizar mesmo a própria conformação da relação de emprego.

Ressalte-se, entretanto, que em diversas situações, mesmo não havendo a prestação de serviços por parte do empregado, sobressai a obrigação de remuneração por parte do empregador, como no caso de férias, ou de algumas interrupções do contrato de trabalho, ou de descansos semanais, etc.

Aliás, a legislação infraconstitucional não condiciona a obrigação de remunerar, necessariamente, à execução de trabalhos, basta ver a disciplina do art. 4º da CLT.

---

existência está calcada na dignidade humana, vista como "um ente da razão que basta-se a si mesma. A dignidade humana é um valor superior que deverá presidir as relações humanas, entre as quais as relações jurídico-trabalhistas." BARROS, A. M. *Curso de dreito do trabalho*. 8. ed. São Paulo: LTr, 2012, p. 487-488.

[123]CESARINO JUNIOR, A. F. *Direito social brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1970, p. 96.

[124]PLÀ RODRIGUEZ, A. *Curso de direito do trabalho*: contratos de trabalho. São Paulo: LTr, 1982, p. 144.

[125]"*Costituendo l'oggetto dell'obbligazione fondamentale dell'imprenditore e quindi Del diritto fondamentale del prestatore di lavoro, la retribuzione è Il punto più importante per la disciplina del rapporto di lavoro e, como se tale, quello per cui prima Ed essenzialmente si è reso necessário e storicamente si è affermato quel característico strumento di composizione del conflito d'interessi di categoria Che è Il contrattto collettivo.*" PASSARELI, F. S. *Nozioni di diritto del lavoro*. Napoli : Ottava Cas Editrice Dtt. Eugenio Jovene, 1955, p. 177.

Para bem fixar a questão, no que tange à legislação, tem-se que o dever de remunerar é devidamente disciplinado pela CLT nos artigos 457 a 467, os quais disciplinam a composição da remuneração, sua periodicidade, a necessidade de pagamento isonômico para empregados que desempenham as mesmas funções e o período máximo de pagamento em caso de encerramento da relação de emprego, dentre outras situações.

3.1.2 Da Obrigação de Proporcionar Trabalho

Considerando a distinção feita em trecho anterior, acerca do que é obrigação e do que é dever, tem-se que proporcionar trabalho ao empregado é uma obrigação do empregador, posto seu caráter nitidamente prestacional. Ou seja, não se fala aqui de um direito do empregado que tenha de ser suportado pelo empregador, mas de uma ação do empregador a ser efetivada em favor do empregado.

Corroborando nosso posicionamento, Magano (1982, p. 208) afirma que se trata "aqui de obrigação e não de dever porque o empregador não se coloca na posição de aguardar que o empregado escolha a atividade do seu agrada, mas sim na de determinar as funções a serem executadas."[126]

Um dado interessante apontado no plano doutrinário, acerca da obrigação de proporcionar ou subministrar trabalho, é a questão acerca dos efeitos de seu inadimplemento.

Essa controvérsia é devidamente registrada por Plá Rodriguez (1982, p. 151), que acerca da questão atesta que "no conjunto, predomina a tese de que o empregador não tem obrigação de subministrar trabalho, mas sim de pagar o salário, utilize ou não os serviços do trabalhador."[127]

A questão, no plano nacional, é devidamente esclarecida na CLT, mais precisamente em seu artigo 4º que impõe seja considerado como de serviço efetivo, o período em que o empregador esteja à disposição do empregador.[128]

Por esse situação, vale mesmo dizer que a obrigação de remunerar, tratada no tópico anterior, prevalece, mesmo em determinadas circunstâncias em que o empregado não presta serviços.

---

[126]MAGANO, O. B. *Do poder diretivo na empresa*. São Paulo: Saraiva, 1982, p. 208.
[127]PLÀ RODRIGUEZ, A. *Curso de direito do trabalho*: contratos de trabalho. São Paulo: LTr, 1982, p. 151.
[128]Art. 4º - Considera-se como de serviço efetivo o período em que o empregado esteja à disposição do empregador, aguardando ou executando ordens, salvo disposição especial expressamente consignada.

A não caracterização de inadimplemento parece ser mesmo a marca corrente dessa obrigação, quando não cumprida pelo empregador. No entanto, o mesmo Plá Rodriguez (1982, p. 151-152) indica que em determinadas situações, o interesse de que seja subministrado trabalho pode ser invocado pelo empregado, tais como nas situações de contrato com período de experiência, contrato de aprendizagem, quando a falta de trabalho resulta em prejuízo da formação e aperfeiçoamento profissional do trabalhador, o trabalho implica em notoriedade e prestigio do empregado ou quando a falta de trabalho atenta contra a dignidade do trabalhador.[129]

3.1.3 Da Obrigação de Fornecer Equipamento

Com evidente conexão com a obrigação anterior, a de subministrar trabalho, surge a obrigação do empregador de fornecer equipamento ou como determina parte da doutrina, obrigação de subministrar os elementos necessários para a execução da tarefa.

Em linguagem mais simplificada, pode-se dizer que ao empregador não basta repassar atividades ou afazeres ao empregado, mas também proporcionar as condições necessárias para que o empregado possa executar seus trabalhos.

Trata-se de obrigação distinta da obrigação tratada no item anterior, mas todavia, com ela tem evidente correlação.

O juslaborista Plá Rodriguez (1982, p.154), ao abordar essa obrigação, ressalta que "este dever é mencionado por todos os autores, sem maiores discrepâncias a repeito. Isto é, todos concordam não só que este dever se distingue do anterior como duas obrigações diferentes, mas concordam também em lhes atribuir função distinta."[130]

Magano (1982, p. 210) corrobora a afirmação do mestre uruguaio,[131] mas acrescenta-lhe a afirmação de que "o empregador tem o dever de fornecer ao empregado equipamento de proteção individual contra riscos de acidentes."[132]

Ou seja, do ponto de vista mais direto, tem-se uma obrigação não apenas de fornecer equipamentos para o desenvolvimento do trabalho, mas também uma correlação com outra obrigação do empregador, que é justamente a de proporcionar mínimas

---

[129]PLÁ RODRIGUEZ, op. cit., p. 151-152.
[130]PLÁ RODRIGUEZ, A. *Curso de direito do trabalho*: contratos de trabalho. São Paulo: LTr, 1982, p. 154.
[131]"A obrigação de proporcionar trabalho ao empregado implica a de lhe fornecer instrumentos adequados para a realização dos serviços." MAGANO, O. B. *Do poder diretivo na empresa*. São Paulo: Saraiva, 1982, p. 209-210.
[132]Ibid., p. 210.

condições de segurança para a execução do trabalho, ou seja o fornecimento de equipamentos de proteção individual.

3.1.4 Da Obrigação de Observar Normas de Segurança e Medicina do Trabalho

Até o presente ponto, tentou-se citar e explanar, ainda que brevemente, algumas das obrigações inerentes à condição de empregador, dentre as quais a obrigação de remunerar, a obrigação de proporcionar trabalho e a obrigação de fornecer equipamentos de trabalho e até equipamentos de proteção.

Neste tópico, abordaremos as obrigações do empregador de garantir e observar as normas de segurança e medicina do trabalho, com breves enfoques, tanto do ponto de vista da doutrina estrangeira, quanto nacional.

O jurista uruguaio Plá Rodriguez (1982, p. 157),[133] ao tratar deste tema, obrigações concernentes às normas de segurança e medicina do trabalho, opta pela denominação "obrigação de proteger a integridade física do trabalhador."

Griva (1945 apud PLÁ RODRIGUEZ, 1982, p.157), acerca da questão afirma que:

> o empregador tem obrigação de promover, quanto dele dependa, a higiene do ambiente do trabalho, no decorrer da execução do contrato, eliminando ou prevenindo as causas que possam determina uma situação de maior periculosidade para o trabalhador, sob pena de ter que responder, a título de inadimplência contratual, pelas consequências lesivas que possam resultar para o subordinado.[134]

Sobre essas obrigações, o próprio Plá Rodriguez (1982, p. 157) afirma que:

> no cumprimento deste dever, o patrão deverá proceder como um bom pai de família. Isso implica não apenas cumprir todas as prescrições legais e regulamentares, mas também todas as recomendações técnicas e aplicar todas as medidas que a prudência e a experiência aconselham.[135]

No plano doutrinário, o que se diz é que ao empregador cumpre o que se denomina "débito de segurança", caracterizado pela necessidade de observar e fazer cumprir as normas de caráter tutelar destinadas à proteção da saúde e segurança do trabalhador.

---

[133]PLÀ RODRIGUEZ, A. *Curso de direito do trabalho*: contratos de trabalho. São Paulo: LTr, 1982, p. 157.
[134]GRIVA, 1945 apud PLÁ RODRIGUEZ, 1982, p. 157.
[135]PLÁ RODRIGUEZ, op. cit., p. 157.

Sobre o sistema normativo que estabelece essa proteção, Gustavo Filipe Barbosa Garcia afirma a existência de "*diversas normas pertinentes à segurança e medicina do trabalho, estabelecendo deveres ao empregador, ao empregado, bem como fixando atribuições dos órgãos de fiscalização do trabalho.*"[136]

Acerca dessas normas, Magano (1982, p. 202-203) afirma que "as normas em causa fazem parte do direito tutelar do trabalho, cujo escopo é a proteção da higidez do trabalhador. Devem ser respeitadas tanto por empregadores como por empregados."[137]

Sobre o mesmo tema, Gustavo Filipe Barbosa Garcia elenca da seguinte maneira as obrigações da empresa, *in verbis*:

a) Cumprir e fazer cumprir as normas de segurança e medicina do trabalho;

b) Instruir os empregados, através de ordens de serviço, quanto as precauções a tomar no sentido de evitar acidentes do trabalho ou doenças ocupacionais;

c) Adotar as medidas que lhes sejam determinadas pelo órgão regional do trabalho;

d) Facilitar o exercício da fiscalização pela autoridade competente (art. 157).

A discussão acerca dessa modalidade de obrigação não é nova na doutrina nacional, havendo manifestações acadêmicas de Cesarino Jr (1970, p. 96) que aduz que o empregador é obrigado a manter determinadas condições de segurança, higiene e moralidade nos locais de trabalho.[138]

De se destacar que alguns doutrinadores ora fazem uso do termo dever, ora do termo obrigações. No entanto, de acordo com os estudos referidos anteriormente, tem-se que falamos aqui de obrigações, porquanto, quando as cautelas referidas exigem procedimentos prestacionais por parte do empregador.

A advertência não tem o propósito de criar celeumas doutrinárias, apenas alinhar a posição a qual nos filiamos.

---

[136]GARCIA, F. B. G. Curso de direito do trabalho. 5.ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 1050.

[137]MAGANO, O. B. *Do poder diretivo na empresa*. São Paulo: Saraiva, 1982, p. 202-203.

[138]CESARINO JUNIOR, A. F. *Direito social brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1970, p. 96.

3.1.5 Dos Deveres de Respeito à Dignidade, à Consciência e a Moral do Trabalhador

Em linhas precedentes, adotamos a distinção entre os termos obrigações e deveres, com base em fundamentos doutrinários que estabelecem o caráter de efetivação de prestações, no caso das chamadas obrigações, e a relação de sujeição que pode ser configurada para determinada parte, integrante da relação jurídica, no caso dos deveres.

Demonstrou-se, com isso, que o empregador experimenta ou vivencia determinadas situações em que, pela dinâmica da relação de emprego, vê-se obrigado a efetivar prestações, isto é, cumprir obrigações tais como remunerar a atividade laboral, fornecer equipamentos, adotar procedimentos com vistas ao resguardo da saúde do empregado, da segurança e do bom ambiente de trabalho.

Mas para além dessa situação que configura uma imposição ao cumprimento de determinadas prestações, também há outras circunstancias nas quais ganha relevo o direito da parte contrária, ao qual devem estar sujeitos todos os demais cidadãos, de forma geral, ou a parte "contrária" da relação jurídica de emprego, no caso aqui analisado. Assim, falamos de deveres.

Por opção metodológica, não se pretende aqui estabelecer distinções entre conceitos relativos a direitos fundamentais, direitos humanos ou direitos da personalidade do empregado, já que em capítulos seguintes, essa avaliação será oportuna e mais pertinente.

Nossa opção direcionou-se para a abordagem de direitos que o jurista uruguaio Plá Rodriguez denominou como concernentes à dignidade pessoal do trabalhador e ao respeito de sua consciência cívica e moral.[139]

Na explanação sobre o sentido da expressão respeito à dignidade do trabalhador, Plá Rodriguez, afirma que "*o significado da expressão é suficientemente claro e fecundo para permitir avaliar os atos do empregador e julgar se tem o devido respeito à dignidade pessoal do trabalhador*."[140]

Em verdade, a expressão é bastante aberta mesmo, talvez até de forma proposital, mas o que se deve destacado é seu alcance, com aptidão para abranger desde situações pertinentes às condições de trabalho, passando pela forma de remuneração e chegando até ao debate sobre o respeito devido ao empregado, tanto do ponto de vista do tratamento que

---

[139]PLÁ RODRIGUEZ, A. *Curso de direito do trabalho*: contratos de trabalho. São Paulo: LTr, 1982, p. 144.
[140]Ibid., p. 154.

lhe é devido, quanto da perspectiva do resguardo de sua intimidade em todas as suas manifestações.

Aliás, no que toca à questão da intimidade do trabalhador, Plá Rodriguez é de meridiana clareza quando afirma que "outra implicação é atinente à preservação da intimidade do trabalhador: não se lhe devem fazer perguntas ou investigações, nem obrigá-lo a preencher formulários sobre seu comportamento familiar ou sua conduta privada." (PLÁ RODRIGUEZ, 1982, p. 155)[141]

Adiante, o doutrinador uruguaio refere "Riva Sanseverino que cita a Lei italiana n. 300 de 20 de maio de 1970 cujo artigo 8º proíbe efetuar investigações diretamente ou por meio de terceiros, não só a respeito das opiniões políticas, religiosas ou sindicais do trabalhador, mas também a respeito de fatos irrelevantes para a avaliação da aptidão profissional do empregado." PLÁ RODRIGUEZ, 1982, p. 155)[142]

Já em relação à questão da consciência do trabalhador, também se verifica posicionamento expresso do multicitado jurista que chega a mencionar como fundamento da necessidade de seu respeito tanto a própria lógica do contrato de trabalho, quanto a dicção do artigo 54 da Constituição da República Oriental do Uruguai.[143]

No plano da doutrina nacional, Barros exemplifica, ao tratar dos limites do dever de obediência do empregado, situações nas quais determinadas ordens advindas do empregador não precisam ser cumpridas, eis que estranhas ao chamado poder diretivo.[144]

Ou seja, o que temos então é a existência de determinados direitos do empregado que impõe ao empregador deveres de abstenção, de absoluto respeito e de objetiva sujeição

---

[141]Ibid., p. 155

[142]Ibid.

[143]Ibid. art. 54 da Constituição da República Oriental do Uruguai: Artículo 54.- La ley ha de reconocer a quien se hallare en una relación de trabajo o servicio, como obrero o empleado, la independencia de su conciencia moral y cívica; la justa remuneración; la limitación de la jornada; el descanso semanal y la higiene física y moral. El trabajo de las mujeres y de los menores de dieciocho años será especialmente reglamentado y limitado.

[144]*"As ordens alusivas à vida privada do empregado, por versarem sobre aspectos alheios ao contrato de trabalho, sem qualquer reflexo sobre ele, em geral, não precisam ser cumpridas, pois estão fora do âmbito do poder diretivo. Situam-se aqui aspectos ligados aos costumes, amizades, posições políticas, crenças religiosas, liberdade de pensamento e expressão do empregado." Logo a seguir, a magistrada do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região prossegue dizendo: "A Constituição da República, no art. 5º, incisos IV, VI, VIII, XVII, e no art. 8º assegura a liberdade de pensamento, de crença religiosa, de convicção filosófica ou política e de associação sindical. Toda pessoa tem direito de pensar, filosófica ou politicamente, e também de associar-se. São direitos da personalidade, cuja inviolabilidade é assegurada em preceito constitucional, no título dos Direitos e Garantias Fundamentais. Logo, o empregado tem a faculdade de ocultar suas opiniões ante indagações dessa ordem. E a privacidade tende a assegurar, em uma concepção renovada, a esfera política do indivíduo, erigindo-se em pressuposto institucional de outros direitos fundamentais (liberdade ideológica e de crença, liberdade sindical, etc."* BARROS, A. M. de. *Curso de direito do trabalho.* 8.ed. São Paulo: LTr, 2012, p. 483-484.

quando de seu exercício, tanto em relação ao trato que deve ser dispensado ao empregado, quanto em relação às questões que dizem respeito ao empregado dentro de uma lógica de intimidade, quanto em relação aos posicionamentos filosóficos e políticos que orientam a postura do empregado nos limites externos da relação de emprego, quando tem relação as suas manifestações no âmbito social, em geral, infensas ao alcance do poder diretivo do empregador.

Efetivamente, de forma mais direta, é a primeira vez que falamos mais diretamente de limites dentro da relação de emprego e esses limites vão mesmo orientar nossos estudos daqui por diante.

No caso do empregador, como se disse, o que se impõe são os chamados limites e deveres de respeito. Ao passo que para o empregado, o que se estabelece é justamente a não existência de nenhuma necessidade de submissão a determinadas ordens emanadas do trato desvirtuado do poder diretivo.

A verdade é que tratar de direitos, obrigações e deveres significa, de forma indireta ou mediata, tratar de limites, os quais, como se viu, também se contrapõe ao poder diretivo do empregador.

A lei, exigências médico-sanitárias, questões relacionadas à higiene, questões de costumes e morais, direitos da pessoa e direitos fundamentais, ou seja, um conjunto considerável de fatores podem sim limitar o poder diretivo e impor obrigações, deveres e limites.

E aqui, cabe registrar que essa diretriz não é nova, eis que do ponto de vista doutrinário, já no direito italiano da década de 40, do último século, advogava-se a limitação do poder diretivo e, por consequência, numa interpretação pessoal deste autor, a fixação de limites e deveres ao empregador.[145]

---

[145]"Sul primo punto poço c'è da dire: ricordiamo solo Che Il potere direttivo trova um limite nella esigênze sanitarie, igieniche e morali Che o Le leggi particolati o Il sistema comune tutelano..." "Il, potere gerarchico è limitato all'esercizio delle mansioni contratualmete attribuite aL lavoratore;" SAVINO, M. La susubordinazione nel rapporto di lavoro. Torino: Libreria Scientifica G. Giappichelli, 1943, p. 174-175.

3.1.6 De Outros Deveres do Empregador

A doutrina não é uníssona em relação a outros deveres do empregador, haja vista determinados juristas elencarem este ou aquele dever e outros estudiosos não os catalogarem como deveres ou obrigações impostas ao empregador.

Plá Rodriguez (1982, p. 158), por exemplo, nomeia como "uma obrigação do empregador a expedição de certificados de trabalho, com informações pertinentes a vida funcional do empregado, claro que sem referências que possam opor dificuldades à obtenção de nova colocação."[146]

Ratificando a sobredita inexistência de unanimidade acerca dessa questão, Magano (1982)[147] aborda deveres impostos ao empregador, mais precisamente relacionados à proibição de discriminar e ao dever de respeitar invenções.

Em certa medida, quando tratamos da questão do dever de não discriminar, podemos apontar, tanto no plano infraconstitucional, quanto na matriz constitucional brasileira, a existência de artigos destinados a esse mister.

Podemos exemplificar no ordenamento jurídico nacional com o artigo 461 da CLT, que trata da questão da isonomia salarial e dos artigos 5º, 7º, inciso XXXII e 226, parágrafo 5º, todos da Constituição Federal.

Relativamente às invenções, Plá Rodriguez (1982, p. 141-142) nos apresenta três situações distintas, em relação a esse tema, variando de acordo com a relação entre o contrato de trabalho e as circunstâncias das invenções, afirmando que:

> a doutrina distingue três espécies de invenções; (i) as inerentes ao serviço, essas destinadas à empresa, mas com indicação sobre eventuais efeitos honoríficos; (ii) as invenções de empresa ou estabelecimento, também chamadas de ocasionais, não procuradas, mas com surgimento ocasional e; (iii) as invenções livres, decorrentes do gênio do trabalhador.)[148]

No plano nacional, a questão era disciplinada pelo art. 454 da CLT, revogado pela Lei 5.772/71 e atualmente disciplinada pela Lei 9.279/96.

A ordem normativa atual prevê também três situações, quais sejam, quando a invenção é uma decorrência do contrato de trabalho, sendo inclusive nele prevista; quando

---

[146]PLÁ RODRIGUEZ, A. *Curso de direito do trabalho*: contratos de trabalho. São Paulo: LTr, 1982, p. 158.
[147]MAGANO, O. B. *Do poder diretivo na empresa*. São Paulo: Saraiva, 1982
[148]PLÁ RODRIGUEZ, A. *Curso de direito do trabalho*: contratos de trabalho. São Paulo: LTr, 1982, p. 141-142.

a invenção é fato havido sem qualquer conexão com a relação de emprego e; por fim, quando a invenção advém do uso de meios materiais da empresa, mas sem vinculação com o contrato de trabalho.

É o que se chama de direitos intelectuais no âmbito da relação de emprego.

Na primeira e nas segundas hipóteses, invenção decorrente da relação de empregado e invenção desvinculada do contrato de trabalho, não pairam dúvidas, haja vista que na primeira situação, temos todos os direitos destinados ao empregador, ao passo que no segundo caso, os direitos de invenção recaem com exclusividade ao empregado.

A discussão ganha corpo na terceira hipótese, ou seja, quando a invenção se dá de maneira apartada do contrato de trabalho, mas dentro do âmbito físico da empresa e com recursos materiais do empregador, caso em que a propriedade do invento será partilhada, ressalva feita à previsão contratual feita em sentido contrário, sendo reservado ao empregador um prazo para a iniciativa da exploração econômica do invento.

3.2 DAS OBRIGAÇÕES E DOS DEVERES DO EMPREGADO NAS NORMAS INFRACONSTITUCIONAIS E CONSTITUCIONAIS

Em termos gerais, podemos dizer que neste capítulo, devotamos nossa atenção para a extensão e limites de poderes e prerrogativas, tanto de empregador, quanto de empregado, no decorrer e na vigência da relação de emprego.

Num texto que se propõe avaliar como se conjugam e como se limitam mutuamente poder diretivo do empregador e liberdade de expressão do empregado, parece-nos lógico percorrer o *iter* das obrigações e dos deveres, haja vista que estes conceitos determinam o que as partes podem e devem fazer, tanto no contexto da direção da empresa como no tocante à possibilidade e o modo de externalização do pensamento.

Nossa avaliação é que, já pelas obrigações e pelos deveres assumidos ou incorporados às partes na relação de emprego, poderemos fixar uma breve noção tanto da extensão do poder diretivo, quanto do alcance e amplitude da liberdade de expressão do empregado.

Neste tópico, tratar das obrigações e dos deveres do empregado é a tarefa a que nos dispusemos, sempre tendo em vista o objetivo final que é fixar o cotejo diversas vezes referido como poder diretivo do empregador versus liberdade de expressão do empregado.

Relativamente às obrigações e aos deveres do empregado, da mesma forma que para o empregador, encontramos no ordenamento positivado prescrições legais tanto no plano infraconstitucional, quanto em nível constitucional.

Ao lado da abordagem das principais obrigações e deveres do empregado, relacionamos os artigos de lei, da constituição ou os princípios incidentes.

3.2.1 Da Obrigação de Prestar Serviços

De acordo com o estudo empreendido até este ponto, temos que o contrato de trabalho e a relação de emprego têm evidente feição bilateral ou sinalagmática.

Essa situação tem como tradução um contexto em que tanto empregador, como empregado, têm obrigações e deveres inversamente correspondentes. Algumas dessas obrigações ou desses deveres têm o traço da essencialidade, outros são mais laterais, colaterais ou coadjuvantes.

Nos itens anteriores, tratamos, inicialmente, da principal obrigação do empregador, traduzida na obrigação de dar, correspondente ao pagamento ou a remuneração.

Aqui, vamos tratar, inicialmente, da primeira e principal obrigação de fazer do empregado que é a de prestar serviços ao empregador.

Como bem assevera Delgado (2011, p. 592) "os principais efeitos próprios ao contrato empregatício, que ficam sob responsabilidade do obreiro, consubstanciam-se, essencialmente, em obrigações de fazer, isto é, obrigações de conduta."[149]

Pois bem, se é consubstanciada numa obrigação de conduta, claro e evidente que a matriz primeira da obrigação é a própria adoção da conduta ou a prestação de fazer.

No entanto, e isso deve ser ressaltado, essa obrigação de fazer tem desdobramentos, os quais serão devidamente focados nos tópicos seguintes.

A posição esposada é plenamente confirmada pela doutrina, estrangeira e nacional, valendo mencionar, por exemplo, a sentença expressa por Garcia Oviedo (1934, p. 152) no sentido de que "trata-se de uma obrigação genérica que se decompõe em várias obrigações específicas."[150]

E, na verdade, não se trata apenas de efetivar uma prestação de serviços, trata-se de prestar serviços de forma assídua, continua, com sujeição ao poder diretivo, de maneira diligente e com a observação de diversos deveres embutidos ou compatibilizados com a obrigação de prestar serviços.

---

[149]DELGADO, M. G. Curso de direito do trabalho. 10.ed. São Paulo: LTr, 2011.

[150]GARCIA OVIEDO, C. *Tratado elementar de derecho social*. Madrid: Editora Victoriano Suárez, 1934, p. 152.

Cesarino Junior, por exemplo, elenca como principal a obrigação do empregado a prestação de seus serviços, no entanto, em concordância com o posicionamento aqui exposto, aduz que "o empregado é obrigado a executar com cuidado o trabalho prometido, respondendo pelo prejuízo que causar ao empregador intencionalmente ou por negligência ou imprudência."[151]

Ou seja, de plano, a obrigação do empregado é justamente a de prestar serviços e essa obrigação se desdobra em outras tantas, justamente para determinar ou impor tal se na forma, no tempo e nos modos necessários para a boa execução do trabalho.

3.2.2 Da Obrigação de Obediência

É consensual para toda a doutrina jurídica trabalhista que a subordinação é elemento ontologicamente conformador de uma relação de emprego. Noutros dizeres, sem subordinação, não se mostra possível falar em relação de emprego.

Pois bem, a subordinação, tomada e admitida apenas em sua conceituação jurídica, é o contraponto, o outro lado da moeda do poder diretivo do empregador. Melhor dizendo, como acentua Magano (1982, p. 194), "a sujeição ao poder diretivo do empregador chama-se subordinação." [152]

No plano da legislação infraconstitucional, mais precisamente na CLT, tem-se que a violação desse dever de obediência constitui justa causa para rescisão do contrato de trabalho pelo empregador.[153]

A cautela que se deve adotar neste ponto é que esse conceito de subordinação ou de dever de obediência pode ser desvirtuado de uma tal forma a que se transponha os limites da subordinação jurídica ou contratual e se invada a esfera da pessoalidade, chegando-se ao ponto do que se denomina de submissão pessoal.

Essa situação, geralmente, é decorrência de um entendimento canhestro que atribui ao empregador uma superioridade que lhe é inerente pelo simples fato de ser empregador ou por se proprietário dos meios de produção.

Em linhas antecedentes, quando tratamos da natureza jurídica do poder diretivo e quando abordamos a corrente doutrinária que advoga o entendimento de que a natureza desse poder tem coloração de direito-função, retratamos que esse linha doutrinária decreta

---

[151]CESARINO JUNIOR, A.F. *Direito social brasileiro*. 6. ed. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 1970, p. 95.
[152]MAGANO, O. B. *Do poder diretivo na empresa*. São Paulo: Saraiva, 1982, p. 194.
[153]Art. 482. Constitui justa causa para rescisão do contrato de trabalho pelo empregador, Cf CLT, 2008.

que o poder diretivo tem estreitas vinculações não mais com o figura do empregador, mas sobretudo com a própria empresa, seus interesses e os interesses de todos os atores envolvidos em seu contexto.

Pois bem, essa ressalva é plenamente aplicável quando se leva em conta a obrigação de obediência ou o dever de sujeição ao poder diretivo, porquanto, caso mal compreendido ou mal efetivado, desborda-se, inevitavelmente, em situações que tendem a mitigar a dignidade do empregado.

Essa delimitação e esclarecimento é muito bem posicionada Magano que ao tratar da obrigação em análise afirma que "melhor se explica a subordinação, não como qualidade inerente ao trabalhador inserido na empresa, mas como mera posição ou situação de fato decorrente da celebração do contrato de trabalho."[154]

A rejeição dessa superioridade inerente à condição de empregador também é abertamente defendida por Plá Rodriguez, que ao tratar do tema afirma que se pode concluir, portanto, "que esta obediência não se deve a uma superioridade do patrão, nem deriva de seu direito de propriedade, mas da necessidade de organizar o trabalho e de que haja uma condução responsável e coerente."[155]

Ao tratar do binômio, direito de comando do empregador e dever de obediência ao qual "il diritto de comando da um lato e il dovere di obbedienza dall'altro, egli dice, esistono nei limit del contratto."[156]

Em verdade, não se nega a existência de um deve de obediência ou de sujeição do empregado, mas exacerbar essa contexto significa, para alguns doutrinadores, sua própria corrosão, já que o destitui de eficácia.

Neste sentido, vale mencionar o entendimento esposado por Barros, segundo o *qual* "não estão os empregados obrigados a acatar ordens sobre aspectos alheios à relação de emprego e sem qualquer repercussão sobre ela."[157]

Com o intuito de retratar a cautela que se deve adotar no presente caso, vale mesmo trazer para o texto um questionamento feito por Rojas Rivero, que acerca do dever de fidelidade, desdobramento inquestionável da obrigação de obediência, formula a seguinte sentença e questionamento, *in verbis*:

---

[154]MAGANO, O. B. *Do poder diretivo na empresa*. São Paulo: Saraiva, 1982, p. 195.
[155]PLÁ RODRIGUEZ, A. Curso de direito do trabalho: contratos de trabalho. São Paulo: LTr, 1982, p. 135.
[156]BARASSI, 1936 apud SAVINO, 1943, p. 174.
[157]BARROS, A. M. de. *Curso de direito do trabalho.* 8. ed., São Paulo: LTr, 2012, p. 462.

> Se habla de um deber de fidelidad como deber del súbdito frente al soberano, correlativo a la proteccion recibida e inseparable de la idea feudal de sujeción y entrega devota y obediência al superior. ?Tiene sentido aplicar um concepto (fidelidad) originário de lãs relaciones entre cónyuges, y de lãs relaciones feudales, al mundo de las relaciones de trabajo?[158]

A resposta parece óbvia, ou seja, não se pode pensar, nos tempos atuais, que seja lícito confundir a subordinação jurídica relativa ao contrato de trabalho com uma subordinação de caráter pessoal e com uma expressão de obediência quase medieval nas relações de emprego.

3.2.3 Da Obrigação de Diligência

Nas linhas anteriores, apresentamos posicionamento doutrinário amplamente consagrado, segundo o qual a principal obrigação do empregado é a prestação de serviços em favor do empregador.

Vale lembrar que fizemos referência expressa ao fato de que a essa obrigação principal estão anexadas uma série de outras colaterais e dela dependentes, sem as quais conforma-se também a inadimplência do empregado.

Ou seja, não basta prestar o serviços, fundamental que essa prestação de serviços se opere dentro de um plano legal com observações de uma outra série de imposições decorrentes da obrigação principal.

Por conta disso é que se fala também em prestação de serviços de forma diligente como uma das obrigações do empregado durante a execução do contrato de trabalho.

Da mesma forma que fizemos no tópico anterior, apontamos, no que tange à obrigação discutida neste trecho, que esse dever de diligência tem previsão legal, seja no âmbito nacional, seja no direito comparado.

A título de exemplo, vale lembrar Magano (1982) que sobre a questão atesta que "o dever de diligência é expressamente imposto ao trabalhador pela regra do art. 2014 do Código Civil italiano."[159]

---

[158]ROJAS RIVERO, G. P. La libertad de expresión del trabajador. Madrid: Editorial Trotta, 1991. p. 59.

[159]MAGANO, O. B. *Do poder diretivo na empresa*. São Paulo: Saraiva, 1982, p. 197.

Na legislação nacional, há também previsão para a justa causa do empregado quando se verifica, no caso concreto, a prestação de serviços sem a observância deste dever de diligência ou com a adoção de um comportamento desidioso.[160]

Em sua pesquisa acerca do tema, Barros nos apresenta as lições de Carnelutti (1942, apud BARROS, 2012) para quem a diligência é "o amor à ordem"[161].

Ainda abordando a questão conceitual, a referida autora cita então Carlo Lega para quem a diligência possui um elemento interno traduzido por um grau de tensão de vontade, por um complexo de cuidados e um elemento externo que é a obtenção do rendimento, isto é, do trabalho realizado com quantidade e qualidade.[162]

Também no plano da conceituação do tema em análise, Donato (1981) referido por Magano (1982), "aduz que diligência é o meio de colaboração do empregado com a empresa."[163]

A jurista mineira BARROS (2012, p. 486) obtempera que:

> a avaliação da diligência pressupõe graus, de acordo com a posição hierárquica do empregado na empresa, ou consoante sua atividade profissional, exigindo-se grau mais apurado de um alto empregado, cujos atos e omissões terão maior repercussão na vida empresarial, do que de um trabalhador não especializado.[164]

Acerca do tema aqui debatido, os juslaboralistas Gomes e Gottschalk (1998, p. 221), afirmam que "o empregado deve executar o contrato de trabalho com seriedade e consciência" e que esta obrigação diz respeito essencialmente à qualidade e à intensidade do trabalho a cumprir."[165]

Ou seja, na execução do trabalho, espera-se do empregado um denodo no que diz respeito à quantidade do trabalho, bem como no que se refere à qualidade desse mesmo trabalho, abaixo do que não se vislumbra outra situação que não uma prestação de serviços em caráter não diligente ou desidioso.

Na esteira do que se aduz, recomendável lembrar que a violação do dever de diligência por parte do empregado pode gerar a aplicação da justa causa, como também o

---

[160]Art. 482. Constitui justa causa para rescisão do contrato de trabalho pelo empregador. Cf. CLT
[161]CARNELUTTI, 1942 apud, BARROS, 2012.
[162]LEGA, 1950 apud BARROS, 2012, p. 486.
[163]DONATO, 1981 apud MAGANO, 1982, p.183.
[164]BARROS, A. M. *Curso de direito do trabalho.* 8.ed. São Paulo: LTr, 2012, p. 486.
[165]GOMES, O.; GOTTSCHALK, E. *Curso de direito do trabalho*. 19. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 221.

dever indenizar por parte do empregado, ex vi do que dispõe o parágrafo 1º do art. 462 da CLT.[166]

3.2.4 Da Obrigação de Fidelidade

Quando apresenta a série de obrigações do empregado na vigência do contrato de trabalho, o jurista Belmonte (2009, p. 546) afirma que:

> Inúmeras são as obrigações acessórias ou complementares de sua prestação principal de fazer: o serviço ajustado deve ser realizado pessoalmente, com obediência às ordens gerais e específicas, fidelidade e espírito de colaboração e ainda com diligência e eficiência, devendo respeito à pessoa do empregador, superiores imediatos, colegas de serviços e clientela patronal.[167]

Como se nota, o contrato de trabalho implica em obrigações que transbordam o caráter patrimonial e avançam por uma gama de deveres também de cunho moral é ético[168].

Ou seja, de acordo com o que afirmamos em pontos anteriores deste capítulo, não basta a prestação de serviços, porquanto, outras obrigações e deveres a serem cumpridos e observados pelo empregado podem determinar o efetivo descumprimento do contrato de trabalho e ocasionar a ruptura da relação de emprego via jus causa.

O dever de fidelidade, de que deve estar imbuído o empregado, impõe a adoção de parâmetros positivos e negativos no decorrer da execução do trabalho, consubstanciado em obrigações de fazer e não fazer.

Barros (2012, p. 487), ao tratar do tema, ilustra a questão com exemplos atinentes à obrigação de comunicar ao empregador perigo e anormalidades no local no local de trabalho (parâmetro positivo do dever de fidelidade), como também com exemplos

---

[166] Art. 462. Parágrafo 1º. Em caso de dano causado pelo empregado, o desconto será lícito, desde que esta possibilidade tenha sido acordada ou na ocorrência de dolo do empregado. Cf. CLT, 2008.

[167] BELMONTE, A. A. *Instituições civis no direito do trabalho*: curso de direito civil aplicado ao direito do trabalho. 4. ed., atual. e ampl. de acordo com novo Código Civil e emenda constitucional 45/2004. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 546.

[168] Ao tratar dessa questão, Alice Monteiro de Barros afirma que "o contrato de trabalho gera direitos e obrigações não só de cunho patrimonial, mas também de caráter pessoal, em que se insere o aspecto ético, cujo dever de fidelidade é uma de suas manifestações. Esse dever é a conduta humana honrada, que o pressupõe o agir com retidão, em virtude não só do interesse do empregado como também da harmonia que deverá existir na organização de trabalho que ele integra." BARROS, A. M. *Curso de Direito do Trabalho.* 8. ed. São Paulo: LTr, 2012, p.489.

atinentes ao dever de abstenção, dentre os quais não ocasionar danos, não divulgar segredos, não se deixar subornar, não fazer concorrência desleal.[169]

Do ponto de vista etimológico, a palavra fidelidade tem sua raiz no termo latino *fidelitas*, vocábulo oriundo da palavra *fides*, ou seja, tem evidente relação com o conceito de boa fé[170].

Neste sentido, não é absurdo afirmar que a inserção do empregado no contexto da atividade produtiva determina que o empregado oriente-se pela boa fé, tanto no que toca aos aspectos positivos de sua relação no contexto empresarial, aqui falamos das obrigações; quanto dos significados mais negativos, e aqui nos referimos aos deveres de abstenções.

Em lições que amparam nosso posicionamento, Magano nos orienta sobre a questão desse dever de boa fé quando afirma que "a inserção do trabalhador na empresa permite-lhe familiarizar-se com a vida desta, tendo acesso, às vezes, aos seus segredos. Tudo isso por causa da fé depositada como condição de acesso e de permanência no emprego, o que gera o correspondente dever de fidelidade."[171]

Pois bem, tendo em vista o objeto do presente estudo, qual seja a interação entre o poder diretivo do empregador e a liberdade de expressão a que faz jus o empregado, dada sua condição de cidadania, temos aqui a apresentação preliminar de um questionamento a ser debatido nas próximas linhas deste trabalho.

Sem que se queira esgotar o tema, mesmo porque atinente a outro capitulo, o que temos no presente momento é justamente a apresentação de um confronto a ser analisado na sequencia do trabalho, qual seja, o direito da empresa ter preservado dados e registros e o direito do empregado de se expressar como bem quiser de forma absolutamente livre.

Como se nota, o que temos em relação à questão da fidelidade é a caracterização de uma série de disciplinamento incidente sobre o comportamento do empregado, alguns comissivos, outros omissivos.

---

[169]Ibid., p.487.

[170]Do latim fidelitas, vocábulo oriundo do substantivo fides. A palavra fides designava, nos primórdios da língua latina, a "adesão [do devoto aos preceitos de sua religião]". Na evolução desse idioma, o sentido da palavra se alargou, embora conservando o conceito inicial da adesão positiva a um princípio religioso, sendo ela empregada em diversos sentidos, como, por exemplo, "sinceridade", "retidão", "honestidade", "responsabilidade", "confiança". Em latim, fidelitas significa "aquilo que possui fides". Disponível em : <HTTP://www.dicionarioetimologico.com.br>. Acesso em: 16 nov. 2012.

[171]MAGANO, O. B. *Do poder diretivo na empresa*. São Paulo: Saraiva, 1982, p. 199.

No plano nacional, existem normas que tanto impõe regras de condutas a serem adotadas pelo empregado, como temos também prescrições que vedam e proíbem determinados comportamentos.

Para exemplificar, tome-se em conta que as faltas perpetradas contra a fidelidade na relação de emprego são sancionadas pelo art. 482 da CLT, em diversas de suas alíneas, como naquela que trata do ato de improbidade (alínea "a"); ou a que sanciona a negociação habitual sem permissão do empregador ou quando se conforma a concorrência à empresa empregadora (alínea "c"); as alíneas que tutelam a honra de qualquer pessoa da ou da pessoa do empregador (alíneas "j" e "k") e, sobretudo; a alínea que trata da violação de segredos da empresa (alínea "g").

Não somente no plano das normas infraconstitucionais, mas também na esfera do direito constitucional, observa-se deveres do empregado, relativamente a questões, por exemplo, relacionada à honra, conforme se extrai do inciso X do art. 5º da Constituição Federal.

Em análise acerca das chamadas hipóteses de violação do dever de fidelidade, Gomes e Gottschalk (1998, p. 233) afirmam que "o dever de fidelidade encontra a sua principal expressão na obrigação que o empregado tem de abster-se, na sua atividade fora da empresa, de praticar atos prejudiciais à mesma."[172]

Na mesma obra, os juslaboralistas referidos no tópico anterior estabelecem como exemplos dessas infidelidades, por exemplo, o recebimento de gorjetas ilícitas; a negociação habitual e a revelação, por parte do empregado, de segredos de fabricação ou segredos comerciais dos quais possa ter conhecimento, exemplificativamente.

Ou seja, pela exposição que articulamos, é legitimo concluir que o trato da fidelidade tem estreita relação com os deveres de boa-fé, no caso, boa-fé lealdade, a que Plá Rodriguez (2002, p. 425) diz que:

> se refere à conduta da pessoa que, considera cumprir realmente com o seu dever" e que "pressupõe uma posição de honestidade e honradez no comércio jurídico, porquanto contém implícita a plena consciência de não enganar, não prejudicar, nem causar danos. Mais ainda: Implica a convicção de que as transações são cumpridas normalmente, sem trapaças, sem abusos, nem desvirtuamentos.[173]

---

[172]GOMES, O.; GOTTSCHALK, E. *Curso de direito do trabalho*. 19. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 233.

[173]PLÁ RODRIGUEZ, A. *Princípios de direito de trabalho.* 3. ed. São Paulo, LTr, 2002, pg. 425.

3.2.5 De Outras Obrigações e Deveres do Empregado

O dinamismo e a plasticidade da relação de emprego acabar por determinar uma ausência de uniformidade acerca de outras conceituações relativas a obrigações ou deveres do empregado.

Na verdade, nota-se mesmo a citação de diversas outras obrigações no meio doutrinário, todas de grande importância, mas não detentoras das dimensões apontadas nos tópicos precedentes.

A apontada dinâmica e a plasticidade do contrato de trabalho, aliadas ao caráter fiduciário que está em seu bojo, resultam, como afirma Delgado, "em distintas obrigações de conduta (fazer e não fazer) incidentes sobre o trabalhador, como instrumento para observância da fidúcia inerente ao contrato."[174]

Efetivamente, as infinitas possibilidades de conformação da relação de emprego podem gerar outras tantas obrigações e deveres tais como devolução de instrumentos de trabalho, restituição da posse de imóvel, deveres de assiduidade, colaboração, submissão a procedimentos de segurança, cuidados com manejo de materiais, maquinas e instrumentos, dentre outros.

Como se nota, em certa medida em parentesco das obrigações aqui elencadas com as que abordamos em linhas anteriores, de toda sorte, pela sua especificidade, merecem a menção aqui aposta.

O arremate do tópico merece também a referência àquilo que Plá Rodriguez designa "omissão de qualquer gesto, atitude ou comportamento que possa considerar-se atentatórios aos bons costumes."[175]

O destaque final é que as obrigações e deveres do empregado, em geral, tendem a se localizar, do ponto de vista temporal, durante a vigência da execução do trabalho, não sendo crível que se pense na extensão desses deveres para além do período de prestação de serviços.

Na realidade, o esclarecimento é de fundamental importância, haja vista que as obrigações e deveres do empregado têm estreita relação com ordens, recomendações ou atribuições lícitas e que não se indisponham com aspectos concernentes a direitos fundamentais ou direitos de personalidade do empregado.

---

[174]DELGADO, M. G. *O poder empregatício*, São Paulo: LTr, 1996, p. 592.
[175]PLÁ RODRIGUEZ, A. *Curso de direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 1982, 140.

3.3 CONSIDERAÇÕES FINAIS SOBRE DEVERES E OBRIGAÇÕES DE EMPREGADORES E EMPREGADOS

Ao iniciarmos este 3º Capítulo, argumentamos que tratar de direitos, de deveres e obrigações nas relações jurídicas de uma forma geral e na relação jurídica básica do direito do trabalho, significava essencialmente tratar de limites, tanto para empregador, como para empregados.

Essa referência nos parece de fundamental importância, sobretudo quando se tem mente que, nos capítulos seguintes, sobretudo no próximo e imediato capítulo, nossa análise vai incidir sobre o direito à liberdade de expressão de que é detentor o empregado.

A reflexão proposta até o presente ponto de fato evidenciou que o empregador é mesmo detentor de poderes, direitos, deveres, prerrogativas e obrigações, os quais, sobretudo os poderes, não são ilimitados, eis que no trato relacional com o outro ator da relação de emprego acabam sendo contingenciados.

No capitulo seguinte do presente trabalho, propomo-nos enfrentar o desafio de analisar o prisma do empregado, em relação a um direito, dito como fundamental, em diversas legislações, ou direito da personalidade, em outras, qual seja, o direito à liberdade de expressão.

Sua existência, seus limites, sua aplicabilidade no contexto da relação de emprego, seu exercício e as diversas formas de expressão, no universo do contrato de trabalho ou fora dele, será objeto de avaliação empreendida nos trechos seguintes.

A fixação de um paralelo, no que diz respeito a extensão e limites, com as prerrogativas e poderes do empregador é tarefa que tentaremos empreender, justamente para que em etapas seguintes, possamos pensar em como se conjugam, em como se equilibram e em como se equacionam quando confrontamos poder diretivo do empregador e direito à liberdade de expressão do empregado.

CAPÍTULO IV

4 DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO – BREVE CONTEXTUALIZAÇÃO NO UNIVERSO DOS DIREITOS HUMANOS, DIREITOS FUNDAMENTAIS E DIREITOS DE PERSONALIDADE

Em estudo sobre a relação entre direitos de personalidade e direito do trabalho, Mallet (1995, p. 17-18) afirma que o Código Civil brasileiro de 1916 não abordava de forma específica os chamados direitos de personalidade. Todavia, deixa entrever que esse menor desenvolvimento da ciência jurídica foi parcialmente resolvido pela meritória abordagem do tema no Código Civil de 2002. Destaque que fazemos sem esquecer das criticas apontadas pelo precitado juslaboralista a alguns artigos da nova lei civil.[176]

Aliás, no que toca à ausência de específica normatização sobre a matéria, anteriormente a 2002, MALLET (1995, p. 17) nos remete a Ascensão que afirma, sobre o tema dos direitos da personalidade, que merecem reconhecimento, "baseiem-se ou não em previsão legal."[177]

Na sequencia de sua abordagem sobre a questão dos chamados direitos da personalidade, Mallet adverte que na mesma linha do Código Civil de 1916, também a Consolidação das Leis do Trabalho não se ocupou detidamente da questão, salvo raras exceções como as referidas nos artigos. 482, alínea "j", 483, alínea "e", no art. 373-A, bem como em leis singulares.

De fato, no entanto, as pesquisas, das mais rigorosas às mais esparsas, têm o efeito de demonstrar que o direito laboral brasileiro não é detentor de normas sistematicamente organizadas com vistas à diretriz tuitiva dos direitos de personalidade, humanos ou direitos fundamentais.

Essa ausência de sistematização também se extrai de algumas manifestações doutrinárias que, em muitos casos, não estabelecem com a devida clareza a eventual distinção entre conceitos como direitos humanos, direitos fundamentais e direitos de personalidade, que trazem consigo diferenças, mas não anulam a patente interconexão que os integra e aproxima.

Antes de adentrarmos na abordagem individualizada de cada conceito, de tal sorte a estabelecer distinções específicas entre elas, convém rememorar o início desta

---

[176]MALLET, E. Direito, trabalho e processo em transformação. São Paulo: LTr, 1995, p. 17-18.
[177]ASCENSÃO apud MALLET, 2005, p. 17.

dissertação e reafirmar que nas primeiras etapas do desenvolvimento econômico dos últimos dois séculos, prevaleceu uma compreensão calcada no entendimento de que as relações trabalhistas esgotavam-se no binômio prestação de serviços/pagamento de remuneração. Essa visão, no entanto, não dava margem à percepção de uma série de direitos de que são detentores os dois atores da relação de emprego. Direitos categorizados como direitos humanos, fundamentais e de personalidade.

Ressalte-se que este trabalho não pretende abordar definitivamente a caracterização de cada um desses conceitos, no entanto, é necessário considerar que, a fim de analisar o direito à liberdade de expressão, titularizado pelo empregado, há que se devotar, mesmo que brevemente, um olhar sobre os chamados direitos humanos, direitos fundamentais e direitos de personalidade, o que se procede nas linhas seguintes.

Realçamos, no entanto, que a inexistência de dispositivos legais que versem sobre a matéria debatida, seja de natureza constitucional ou infraconstitucional. não implica em inexistência dessa modalidade de direitos, os quais se manifestam em todas as relações jurídicas, sobretudo na mais comum das relações humanas, a relação de trabalho e particularmente a relação de emprego.

4.1 DOS DIREITOS HUMANOS OU DIREITOS DO HOMEM

A raiz, a matriz ontológica da ideia de direitos humanos preexiste à categoria jurídica que compreende a noção de sociedade organizada é, portanto, anterior ao próprio direito legislado. Fala-se aqui dos chamados direitos naturais.

Trata-se de uma modalidade conceitual que antecede o direito normatizado, não restrita à noção de territorialidade e marcada pela capacidade de atravessar o tempo, ou seja, é também atemporal.

No âmbito doutrinário, muitas são as definições do chamado direito natural, mas uma das referências sucinta e potencialmente abrangente, é explanada por Del Vechio (apud BELMONTE, 2009, p. 3) ao afirmar que essa nomenclatura "designa o critério absoluto do justo."[178]

> Quando o direito se apoia na natureza das coisas, correspondendo assim à essência da natureza física e da natureza da sociedade, logo, preexistindo ao seu reconhecimento pelo Estado e representando os princípios naturais

[178]BELMONTE, A. A. *Instituições civis no direito do trabalho*: curso de direito civil aplicado ao direito do trabalho. 4. ed., atual. e ampl. de acordo com novo Código Civil e emenda constitucional 45/2004. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 3.

> inerentes ao homem, a uma ordem que deve ser a de uma sociedade histórica e às determinações reais que a caracterizam, reclamadas pela essência dessa sociedade, diz-se que ele é natural, universal e eterno [...][179]

À luz da citação doutrinaria, o chamado direito natural caracteriza-se pela transcedência, primeiro dado diferenciador desse conceito. Aliás, a propósito de suas características, é inafastável a referência ao jusfilosófo italiano Bobbio também citado por Belmonte, para quem "o direito natural é imutável, universal, racional e justo.[180]

Pois bem, algumas características do direito natural também são reproduzidas nos chamados direitos humanos ou direitos do homem, conceituados de maneira similar pela doutrina nacional e estrangeira. Em Portugal, a titulo de exemplo, as manifestações de Canotilho revelam uma das mais certeiras definições conceituais acerca dos chamados direito do homem, cujo autor nomeia-as como "direitos válidos para todos os povos e em todos os tempos (dimensão jusnaturalista-universalista)."[181]

Canotilho (2002, p. 391) arremata sua definição de direitos do homem quando afirma que estes "arrancariam da própria natureza humana e daí seu caráter inviolável, intemporal e universal."[182]

No plano nacional, Barros (2012) manifesta que os chamados direitos humanos ou direitos do homem são expressões mais utilizadas nos países anglo-americanos e latinos e refere também à existência de doutrinadores para os quais o conceito de direitos humanos tem relação com uma dimensão de superposicionamento no plano jurídico-politico.[183]

Ainda no plano da doutrina nacional, Costa (2010, p. 31) afirma que a expressão direitos fundamentais,

> refere-se a direitos humanos positivados na esfera constitucional de determinado Estado; os chamados direitos humanos estão imbricados a

---

[179]Ibid., p. 3-4.
[180]BOBBIO apud BELMONTE, 2009, p 4.
[181]CANOTILHO, J.J. G. Direito constitucional e teoria da constituição. 5. ed. Lisboa: Almedina, 2002, p. 391.
[182]Ibid.
[183]Ao tratar dessa distinção no campo da doutrina, afirma que "alguns autores distinguem os direitos fundamentais dos direitos humanos, embora admitam que sob o prisma histórico aqueles que sejam, originariamente, direitos humanos. Entretanto, veem estes últimos 'numa dimensão suprapositiva', enquanto pautas éticos-políticas." BARROS, A. *Curso de direito do trabalho*. 8. ed. São Paulo: LTr, 2012, p. 488.

> documentos de direito internacional, com pretensão de universalidade, que, por sua vez, teria como pressuposição a perfeição e imutabilidade.[184]

Ou seja, na mesma senda dos direitos naturais, os direitos humanos ou direitos do homem têm um traço de universalidade, de atemporalidade e de sobejamento espacial, cujo dado diferenciador daquela (direito natural) é o fato de serem catalogados em documentos e tratados internacionais. De toda a sorte, servindo de balizamento para os chamados direitos fundamentais abordados no item posterior.

4.2 DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Refugiria ao bom senso entender que um mesmo instituto pudesse ser nominado de formas diferentes sem que houvesse uma razão plausível para tanto. Neste sentido, tal qual intentamos evidenciar nestas linhas, claro e evidente que os termos direitos humanos, direitos fundamentais e direitos da personalidade, embora apresentem graus de interdependência, designam, se assim podemos chamar, fenômenos distintos.

Pois bem, ao devotar esta análise sobre a questão dos direitos humanos, pretendeu-se esclarecer que, salvo a inscrição em documentos e tratados internacionais – *Declaração Universal dos Direitos do Homem*, da Organização das Nações Unidas de 1948 –, ou em textos de semelhante estatura e dignidade, o tema que nominou o tópico imediatamente antecedente tem o traço da universalidade, do absoluto liame com o conceito do justo e com a superação do que Canotilho (2002)[185] denomina barreira "espacio-temporal."

Direitos humanos ou direitos do homem são os direitos em todo o planeta, são direitos de ontem, de hoje, de sempre e são direitos de todos os homens.

A referência enfática de algumas características dos direitos humanos ou direitos do homem não foram feitas ao acaso ou sem razão, eis que o simples cotejo, a simples referência aos direitos fundamentais têm um efeito comparativo e esclarecedor imediato.

Ao tomar os direitos fundamentais para análise, observa-se que sua pedra de toque, sua nota característica, seu elemento de singularidade é justamente a inserção de

---

[184]COSTA, M. F. S. *Eficácia dos direitos fundamentais entre particulares*: juízo de ponderação no processo do trabalho. São Paulo: LTr, 2010, p. 31.

[185]CANOTILHO, J.J. G. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 5.ed. Lisboa: Almedina, 2002

suas diretivas nos ordenamentos jurídicos determinados, com vistas à exata delimitação dos poderes estatais em face do cidadão.

A doutrina seja em âmbito nacional, seja em nível internacional, tem adotado posicionamentos que dão guarida às assertivas inscritas no presente texto.

Canotilho (2002, p. 319), refere-se a direitos fundamentais como sendo "direitos do homem, jurídico institucionalmente garantidos e limitados espacio-temporalmente", ou seja, "direitos objectivamente vigentes numa ordem jurídica concreta"[186]

Esse traço de positivação dos direitos fundamentais é também assinalado por Silva, que, ao denominá-los de direitos fundamentais do homem, afirma que constituem:

> a expressão mais adequada a este estudo, porque, além de referir-se a princípios que resumem a concepção do mundo e informa a ideologia política de cada ordenamento jurídico, é reservada para designar, no nível do *direito positivo*, aquelas prerrogativa e instituições que ele concretiza em garantias de uma convivência digna, livre e igual de todas as pessoas. (SILVA, 2011, p. 178).[187]

Ainda nos arredores da doutrina nacional, Comparato (2001), mencionado por Barros (2012), aponta-nos a positivação dos direitos fundamentais como um de seus traços cardeais.[188]

No exterior, na esfera jurisdicional, Rojas Rivero traduz o entendimento do Tribunal Constitucional da Espanha a propósito da positivação dos direitos fundamentais como:

> los derechos fundamentales responden a um sistema de valores y principios de alcance universal que subyacen a la Declaración Universal y a los diversos Convenios internacionales sobre derechos humanos, ratificados por España, y qye, asumidos como decisión constitucional básica, han de informar todo nuestro ordenamento jurídico (STC 21/81, 15-VI. Em la misma línea STC 5/81, 13-II, f.jco.7º).[189]

No âmbito legislativo nacional, a presente temática é encartada no título II, (Dos direitos e garantias fundamentais), capítulo I (Dos direitos e deveres individuais e coletivos), capítulo II (Dos direitos sociais); capítulo III (Da nacionalidade); capitulo IV

---

[186]CANOTILHO, J.J. G. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 5.ed. Lisboa: Almedina, 2002, p. 391,

[187]SILVA, J. A. *Curso de direito constitucional positivo*. 35.ed. rev. e atual. São Paulo: Elsevier, 2011, p. 178.

[188] COMPARATO, 2001 apud BARROS, 2012, p. 488.

[189] ROJAS RIVERO, G. P. *La libertad de expresión del trabajador*. Madrid: Editorial Trotta, 1991, p. 18.

(Dos direitos políticos); e capítulo V (Dos partidos políticos), compreendendo os artigos 5º ao 17, da Constituição Federal de 1988.

Não seria possível concluir a análise dos direitos fundamentais se faltasse a indicação de outras características angulares, bem como se, no plano do direito laboral, não fossem lançados os olhos sobre os chamados direitos fundamentais trabalhistas, específicos e inespecíficos, desafio em que nesta reflexão pretende-se embrenhar nas linhas seguintes.

4.2.1 Dos Direitos Fundamentais – Gerações ou Dimensões e Características

Em linhas gerais, permite-se dizer sem risco de cometimento de erro crasso que, sob o ponto de vista constitucional, as experiências históricas mais relevantes antes da primeira metade do século XX decorrem do teor das declarações encartadas na Constituição Americana de 1787 e na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão advinda da Revolução Francesa de 1789. De ambos os documentos extraem-se demonstrações de limitação dos poderes do Estado em face do cidadão de tal sorte a garantir uma esfera mínima de absenteísmo estatal com vistas à proteção do individuo atomisticamente considerado.

Para efeito de esclarecimento, em se tratando da limitação de poder, vale dizer que não se pode olvidar a importância da Magna Carta de 1215, tampouco da Revolução Puritana de 1628 ou da Revolução Gloriosa de 1688. Todavia, a propagação de efeitos ocasionados pelo documento Constitucional dos Estados Unidos da América e pela Declaração Revolucionária Francesa foi inegavelmente mais ampla e ressonante no mundo ocidental.

Sob essa retrospectiva história, ressaltem-se os primeiros atos de supremacia política da burguesia que determinaram o surgimento dos denominados direitos de primeira geração ou de primeira dimensão, direitos esses cuja titularidade foi adquirida pelos indivíduos e cujo objetivo foi defender a liberdade individual e, destaque-se, o direito à propriedade.

A dinâmica dos embates sociais pós-revoluções burguesas deixou explicitada a insuficiência da estabilidade social com base apenas nos chamados direitos de primeira geração ou de primeira dimensão. Dado que então fez vir à tona o debate acerca de direitos supraindividuais, coletivos, vinculados sobretudo com os direitos sociais.

Os dramáticos eventos do período entreguerras fizeram aflorar o que a doutrina veio a denominar direitos de terceira geração ou de terceira dimensão, cuja titularidade foi

adquirida pelo próprio gênero humano e cujo objetivo foi promover a tutela de toda a humanidade e deflagrar o desenvolvimento e a promoção da solidariedade humana.[190]

Mesmo sem aprofundar a abordagem desses temas, cumpre, por dever honestidade, lembrar que na doutrina há referências a direitos de quarta e quinta dimensões ainda carentes de consagração e uniformidade. Bem como, a título de esclarecimento, cumpre trazer para estas considerações a informação de que origem histórica da terminologia "gerações de direitos" data de 1979, lavrada primeiramente por Karel Vasak em aula inaugural ministrada no Instituto Internacional de Direitos Humanos em Estrasburgos, conforme retrata Bonavides.[191]

Superada a resenha histórica e com o apoio da melhor doutrina, podem ser aferidas algumas características dos chamados direitos fundamentais. De acordo com Silva (2011, p. 181), destacam-se os caracteres da historicidade (I), – que nascem, modificam-se e desaparecem; o de inalienabilidade (II) – sem conteúdo econômico-patrimonial; o de imprescritibilidade (III) – sempre exigíveis; o de irrenunciabilidade (IV) – não passíveis de renuncia, pese a possibilidade de não serem exercitados.[192]

Parte da doutrina faz menção à universalidade como uma das características dos direitos fundamentais, tese bastante combatida por determinadas correntes e ungida por manifesta controvérsia. É o que adverte Marques, ao afirmar que:

> o princípio da universalidade é questionado no que tange ao sujeito passivo dos direitos fundamentais, uma vez que em algumas normas constitucionais pode-se observar que seu conteúdo obriga não só o Poder Público, mas também os particulares. (MARQUES, 2010, p. 20).[193]

Romita (2009, p. 82) afirma que a "universalidade dos direitos fundamentais é contestada pelo movimento denominado 'relativismo cultural." E diz que a questão colocada impõe o escopo "de saber se as normas que consagram os direitos humanos são universalmente válidas ou culturalmente relativas."[194]

Romita esclarece que:

---

[190]BARROS, S. R. de. Disponível em: http://www.srbarros.com.br. Acesso em: 09 dez. 2012.

[191]VASAK, 1979 apud BONAVIDES, 2006, p. 563, faz referência ao autor citado quando trata da teoria das gerações: "Haja vista a esse respeito a lição de Karel Vasak na aula inaugural de 1979 dos Cursos do Instituto Internacional dos Direitos do Homem, em Estrasburgo" .

[192]SILVA, A. J. *Curso de direito constitucional positivo*. 35.ed., rev. e atual. São Paulo: Moderna, 2011, p. 81

[193]MARQUES, A. N. G. *Liberdade de expressão e colisão entre direitos fundamental*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2010, p. 20.

[194]ROMITA, A. S. *Direitos fundamentais nas relações de trabalho*. 3. ed. São Paulo: LTr, 2009, p. 82.

> A corrente do relativismo cultural vê nos direitos fundamentais mera expressão dos valores que embasam a civilização ocidental" e que, segundo essa corrente, a "tendência à universalização manifesta a tentativa de impor a culturas diversas padrões de conduta com elas incompatíveis, típicos dos povos do Ocidente" de tal sorte a que "os direitos fundamentais de caráter universal não passam de aspecto da política expansionista e imperialista das potências ocidentais."[195]

O jurista refuta as teses contrárias ao universalismo dos direitos fundamentais e atesta que "não há dúvida de que a defesa do relativismo cultural encobre o esforço de justificar a violação dos direitos fundamentais em nome do respeito a aspectos sociais típicos de cada povo." (ROMITA, 2009, p. 83).[196]

A fixação dessas características é de fato fundamental, até para que possamos avançar nos tópicos seguintes, nos quais discutiremos a existência dos chamados direitos fundamentais trabalhistas, específicos e inespecíficos.

4.2.2 Dos Direitos Fundamentais Específicos

Em toda a doutrina trabalhista, nacional e estrangeira, vigora o entendimento consagrado de que a pedra de toque, a nota característica do direito do trabalho em sua relação básica, a relação de emprego, é a subordinação. Esse elemento central da relação de emprego traz à tona uma situação curiosa, porquanto fora do âmbito laboral, do universo da empresa: o empregado é detentor de diversas situações ativas decorrentes da cidadania; noutros dizeres, o empregado é um cidadão e não se despe dessa condição na relação de emprego.

Graças à condição de cidadão, o empregado traz para a relação de emprego um complexo de direitos e deveres constitucionais potencialmente conflitantes com a subordinação, sem, no entanto, deixar a obrigação de em determinadas situações sujeitar-se e de respeitar ditames advindos do empregador. Ou seja, ao lado da subordinação imposta ao empregado, tem-se a existência de prerrogativas da cidadania decorrentes das disposições constitucionais.

Na esteira dessas considerações, sublinhe-se o que preleciona Oliveira ao afirmar:

---

[195]ROMITA, A. S. *Direitos fundamentais nas relações de trabalho*. 3. ed. São Paulo: LTr, 2009, p. . 82-83
[196]Ibid., p. 83.

> o princípio básico é: empregado e empregador devem, reciprocamente, em todas as fases do contrato, incluída a preliminar, respeitar direitos e deveres individuais e coletivos elencados no art. 5º da Constituição Federal, que no seu caput declara: 'Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade." (OLIVEIRA, 2010, p. 84).[197]

Esse artigo constitucional, no entanto, não é o único mandamento que disciplina os chamados direitos e garantias fundamentais, eis que nos capítulos que tratam dos chamados direitos fundamentais sociais – artigos 6º, 7º, 8º, 9º, 10º e 11); dos direitos da nacionalidade – artigos 12 e 13; dos direitos políticos (artigos 14, 15 e 16; e dos partidos políticos – artigo 17 –, aqueles direitos e garantias são retomados e explicitados.

Na voz de Oliveira (2010),[198] desse destaque no plano constitucional, notadamente o título que trata de direitos e garantias fundamentais, extraímos, como ressalta a doutrina que contempla direitos e deveres individuais e coletivos, que não se pode relegar para um segundo plano os chamados direitos sociais, de nacionalidade, de direitos políticos e até mesmo de composição partidária, eis que todos estão encartados em trecho do texto magno que trata de direitos e garantias fundamentais *lato senso.*

Ou seja, notamos então que na relação de emprego, o empregado é detentor de direitos e obrigações que defluem do artigo 5º, como também é titular de situações jurídicas ativas ou não, prescritas nos artigos 6º, 7º, 8º, 9º, 10º e 11º, todos da Constituição Federal.

Relativamente ao art 5º, podemos dizer então que o empregado titulariza direitos fundamentais trabalhistas inespecíficos. Da mesma forma, constamos que os empregados também são titulares de direitos fundamentais específicos, descritos nos artigos 6º, 7º, 8º, 9º, 10º e 11º da Constituição Federal.

Como se efetivam os chamados direitos fundamentais inespecíficos na relação de emprego e como interagem com o conceito de subordinação ou sua contraface, o poder diretivo, é objeto de análise no item posterior, neste tópico, trataremos apenas das questões relacionadas aos direitos fundamentais laborais específicos.

A doutrina jurídica espanhola traz à lume as lições de Palomeque López, que em prólogo da obra de Rojas Rivero, aborda a questão da seguinte maneira:

---

[197]OLIVEIRA, P. E. V. *O dano pessoal no direito do trabalho*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2010.
[198]Idem.

> Para los que pudiéramos llamar derechos laborales específicos (paradigmáticamente, derecho de huelga, derecho al salário, derecho a la negociación coletiva, etc) la relación de trabajo, activa o como referencia pretérita o de futuro (también, por extensión, en determinados casos, la relación de prestación de servicios de los funcionarios públicos) deviene así para aquéllos pressupuesto insoslayable de sua perfeccionamiente y ejercicio. De estos derechos específicamente laborales son titulares, así pues, los trabajadores asalariados (em su caso, los funcionarios públicos asimilados) em tanto que sujetos de uma relación de trabajo. (PALOMEQUE LÓPEZ, p. 7).[199]

No âmbito da doutrina nacional, Costa (2010, p. 91) assim afirma sobre a expressão aqui tratada. Ela significa:

> a existência de direitos de cunho laboral reconhecidos normativamente "em máximo nível, o constitucional, como, por exemplo, todo rol de direitos dispostos nos arts. 7º, 8º, 9º, 10 e 11 do Texto Fundamental (greve, liberdade sindical, vertente individual e coletiva, repouso semanal remunerado, direito ao descanso entre as jornadas, limite máximo de duração da jornada normal de trabalho, proteção contra despedida arbitrária, proibição de trabalho noturno, perigoso ou insalubre aos menores de 18 anos e de qualquer trabalho aos menores de 16, salvo na condição de aprendiz, somente a partir dos 14 anos, e tantos outros).[200]

As considerações doutrinárias, nacionais e estrangeiras, acerca dos chamados direitos fundamentais laborais específicos têm o condão de explicitar uma tendência das chamadas constituições sociais, com matriz histórica nos textos da Carta Mexicana de 1917 e na Constituição de Weimar, as quais incorporaram normatização de caráter social em seus respectivos textos.

A Constituição Federal de 1988, nos artigos 6º a 11, dá guarida a uma diversidade de prescrições formalmente constitucionais de tal sorte a conferir aos direitos trabalhistas ali referidos uma dignidade superior, diferenciada, elevada mesmo ao plano de normas de direitos e garantias fundamentais, o que ratifica o caráter tuitivo dos direitos ali consignados, ou seja, embora muitos dos direitos ali tenham nítido caráter laboral, são também direitos fundamentais. Noutras palavras, são direitos fundamentais especificamente trabalhistas.

---

[199]Prologo na obra de Roja Rivero. *La libertad de expresión del trabajador*. Madrid: Editorial Trotta, 1991, p. 7.

[200]SAMPAIO, C. M. F. *Eficácia dos direitos fundamentais entre particulares:* juízo de ponderação no processo do trabalho. São Paulo: LTr, 2010, p. 91.

4.2.3 Dos Direitos Fundamentais Inespecíficos

No início do tópico anterior, tentou-se evidenciar que o status de cidadão do trabalhador não é um dado ou um elemento destacável de sua condição existencial, sobretudo quando celebra relação de emprego ou nas horas em que objetivamente está prestando serviços subordinados para seu empregador.

Ainda que se argumente que no universo intramuros da relação de emprego determinadas circunstâncias importadas extramuro possam ser contingenciadas, fato é que o empregado traz para dentro da relação de emprego sua condição de cidadão, com direito à honra, à intimidade, à vida privada, à vida, à integridade física, ao nome, à produção artística, cultural e intelectual, à liberdade de formar sua própria opinião e com liberdade para expressar sua opinião, seu pensamento político, suas diretrizes filosóficas.

Em verdade, pouca ou nenhuma validade teria uma assertiva que negasse a prevalência desses direitos no contexto da relação de trabalho subordinada, ainda que um tal argumento estivesse fundamentado no raciocínio de que esse direitos esmaecem-se diante da subordinação ou do poder diretivo do empregador.

E isso porque, ainda que se admita que não há direito que possa ser adjetivado como absoluto, ou seja, ainda que se afirme que esses direitos, existentes e presentes durante a vigência da relação de emprego, são passíveis contingenciamento, tal não poderia se dar em função do poder diretivo do empregador, mas em razão de outros direitos, também de estatura constitucional de que podem ser detentores os empregadores e até mesmo outros empregados.

A característica mais singular desses direitos fundamentais trabalhistas inespecíficos sobressai se se os coteja com os direitos fundamentais laborais específicos. E isso porque, como destaca Palomeque López (1991, p. 8), “son derechos atribuídos com carácter general a los ciudadanos que, si ejercitados por trabajadores, se convierten en verdaderos derechos laborales por razón de los sujetos y de la naturaleza de la relación jurídica em que se hacen valer, em drechos, constitucionales o no, laborales inespecíficos. La celebracion de um contrato de trabajo, há dicho em este sentido el Tribunal Constitucional, ‘no implica em modo alguno la privación para uma de las partes, el

trabajador, de los derechos que la Constituición le reconece como ciudadanos' (STC, 88/1985, de 19-VI)."[201]

Esta 'cambialidade', esse fluxo de duas mãos aqui referido é expresso por Palomeque Lopez como "derechos del ciudadano trabajador, a fin de cuentas, que ejercita como trabahador ciudadano."[202]

A diretriz até aqui estabelecida nos oferta uma espécie de fio condutor que, por sua vez, faz que desemboquemos numa única conclusão, qual seja, o empregado detém direitos que aderem a sua preexistente condição de cidadão e esses direitos são trasladados para o bojo da relação de emprego. Noutras palavras, os chamados direitos fundamentais laborais inespecíficos constituem-se em decorrências inevitáveis da condição de pessoa, de cidadão do trabalhador.

Ou, como bem define Costa (2010),

> Os direitos laborais inespecíficos são inerentes à condição de pessoa e cidadão trabalhador. São direitos do cidadão trabalhador, exercidos na condição de trabalhadores cidadãos, ou seja, direitos de personalidade impregnados pela relação laboral, tais como direito à proteção da intimidade e vida privada, de liberdade de expressão, proteção à honra, de liberdade ideológica e religiosa, proteção contra qualquer sorte de discriminação, dentre outros.[203]

Não é possível negar a existência do chamado poder diretivo do empregador; no entanto, e isso precisa ser considerado, a inserção do empregado no contexto da relação de emprego e na estrutura hierarquizada dessa relação não o destitui de seus direitos fundamentais de cidadão.

Uma vez mais é a doutrina nacional que alberga a diretriz que abraçamos nesta dissertação, o que é comprovado pelo posicionamento de Costa, segundo o qual, "inobstante a relação de trabalho constituir-se num liame de poder, o trabalhador conservará intactos seus atributos de personalidade e cidadania, porque a condição de cidadão precede a de trabalhador, e essa, por óbvio, não abala aquela."(COSTA, 2010, p. 95).[204]

---

[201]Palomeque López, prologo na obra de ROJAS RIVERO, G. P. *La libertad de expresión del trabajador*. Madrid: Editorial Trotta, 1991, p. 8.
[202]Ibid.
[203]COSTA, M. F. S. *Eficácia dos direitos fundamentais entre particulares*: juízo de ponderação no processo do trabalho. São Paulo: LTr, 2010, p. 91.
[204]Ibid., p. 95.

Em certa medida, o encerramento deste tópico prenuncia os seguintes, nos quais são apresentadas as correntes doutrinárias que se enfrentam num debate candente sobre a questão de serem absolutos ou relativos os direitos fundamentais, bem como nos tópicos em que se trata dos chamados direitos da personalidade do trabalhador, tema discutido no âmbito da doutrina nacional, mas de relativo silêncio no campo da legislação positiva trabalhista brasileira, se cotejada com ordenamentos jurídicos especificamente laborais, como o Código de Trabalho de Portugal ou o Statuto dei lavoratori italiano.

4.3 DIREITOS FUNDAMENTAIS – ABSOLUTOS OU RELATIVOS

Em tópicos antecedentes, foram apresentados aspectos ou características dos chamados direitos fundamentais que desfrutam de certo traço de uniformidade intelectiva no campo doutrinário. Ainda que sobrevenham distinções pontuais, a doutrina parece concordante no que diz respeito à noção de gerações ou dimensões de direitos fundamentais, bem como em relação a alguns dados característicos dessa categoria jurídica.

O debate, no entanto, ganha intensidade nos estudos que intentam responder sobre a existência de direitos fundamentais absolutos ou direitos fundamentais relativos. Em outros dizeres, nos estudos que assumem o desafio de tomar um partido em face de correntes que preconizam os direitos fundamentais sempre como absolutos e correntes que rechaçam a existência de direitos fundamentais com essa característica.

Neste ponto intenta-se apresentar o debate entre correntes antagônicas que, de um lado, preconizam a existência de direitos fundamentais absolutos e, de outro, advogam a relatividade de todos os direitos, mormente em situações de entrechoque, de colisão, quando então se sugere que a ponderação seja o mecanismo adotado para o equacionamento desse tipo de celeuma.

4.3.1 Corrente dos Direitos Fundamentais Relativos

Em certa medida, o tema escolhido para esta dissertação revela o entendimento segundo o qual a relação de emprego pode albergar um potencial conflito ou no mínimo certa tensão entre o poder diretivo do empregador e a liberdade de expressão do empregado.

A busca da interação, a tentativa de compreender como se conjugam e como se combinam o poder de direção do empregador e a liberdade de expressão do empregado denuncia preocupação tanto com o exercício de direitos fundamentais na relação de emprego, que, se fruídos de forma exacerbada, poderiam, segundo alguns, gerar escoriações em outros direitos fundamentais, quanto com a forma mediante a qual tal confronto possa ser equacionado.

Pois bem, a discussão assim se estabelece: poderiam os direitos fundamentais ser categorizáveis como absolutos, ou experimentariam limitações, sobretudo em face de outros direitos fundamentais titularizados por terceiros?

À guisa de exemplificação, vale mencionar doutrinadores que advogam a relativização dos chamados direitos fundamentais. No plano nacional, um dos signatários dessa corrente, Ferreira Filho (2010, p. 95), afirma sobre o tema que "os direitos fundamentais não são absolutos. Consentem na limitação que é imprescindível, a fim de que o direito de um não esmague direitos de outros."[205]

Na mesma direção, ao tratar da concepção prevalecente no direito pátrio, Marques (2010, p. 21) afirma que:

> Assim, a jurisprudência dos tribunais competentes para a matéria tem afirmado reiteradamente que não há direitos ilimitados e absolutos. O que se afirma a todo instante é a relativização dos direitos humanos quando estes enfrentam outros valores, princípios constitucionais, ou quando colidem com outros direitos fundamentais. O Supremo Tribunal Federal já afirmou que um direito individual "não pode servir de salvaguarda de práticas ilícitas" (RT, 709/418).[206]

Nota-se que parte da doutrina alberga o entendimento de clara relativização dos chamados direitos fundamentais, sobretudo se levado em conta o possível atrito ou confronto com outros direitos fundamentais de mesma estatura. Acerca dessa questão, Lopes (2012, p. 2) posiciona-se ao afirmar que:

> uma das principais características dos direitos fundamentais, enquanto princípios que são, é a sua relatividade, ou seja, por se tratarem de princípios constitucionalmente previstos, os direitos fundamentais não se revestem de caráter absoluto, em caso de tensão entre eles cabe o

---

[205]FERREIRA FILHO, M. G. *Princípios fundamentais do direito constitucional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 94.

[206]MARQUES, A. N. G. *Liberdade de expressão e a colisão entre direitos fundamentais*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2010, p. 21.

> sopesamento de um sobre o outro para que se decida daquele mais adequado.[207]

Para Morais (2003 apud LOPES 2012, p. 3) "os direitos e garantias fundamentais consagrados pela Constituição Federal não são ilimitados, uma vez que encontram seus limites nos demais direitos igualmente consagrados pela Carta Magna (princípio da relatividade)."[208]

Para essa corrente, pois, entende-se que, em casos de confrontos entre direitos fundamentais, a resolução dar-se-á pelo necessário seguimento da técnica do sopesamento, de tal sorte a que se consagre, para o caso concreto, um determinado direito que adquirisse naquele instante o status de prevalecente em face de outro direito fundamental. Por ora, o Supremo Tribunal Federal acolhe esse entendimento, o que não nos impede de apresentar nas linhas seguintes corrente com interpretação diversa, qual seja: seguimento da doutrina que professa entendimento diametralmente oposto, ao entender que os chamados direitos fundamentais são portadores de um núcleo duro.

4.3.2 Corrente dos Direitos Fundamentais Absolutos

Em manifesto contraponto à tese de relativização dos direitos fundamentais, expressiva corrente doutrinária defende em favor dessa categoria de direitos a qualidade de um núcleo duro intangível que os caracterizaria como absolutos.

A título de delimitação espacial da questão, convém notar que o nascedouro desse debate está na opção da própria sociedade brasileira, que consagra a dignidade da pessoa humana como um valor constitucional supremo, um dos fundamentos da República.

À luz dessa opção, pois, a corrente doutrinária defensora da característica absoluta dos direitos fundamentais passa a advogar, de modo robusto, diga-se de passagem, a existência de determinada categoria de direitos absolutos, infensos, portanto, à ponderação ou ao sopesamento.

De fato, se se adota como ponto de partida para a reflexão justamente a questão da dignidade humana, seria paralisante senão impossível admitir a relativização concernente a esse núcleo duro dos direitos fundamentais.

---

[207]LOPES, L. D. S. Colisão de direitos fundamentais: visão do Supremo Tribunal Federal. **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, RS, v.15., n. 98, p. 1-6, mar. 2012. Disponível em:<http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11242>. Acesso em: 10 mar. 2013.

[208] MORAIS, 2003 apud LOPES, 2012, p. 3 .

Ainda que se tome a ideia ou o conceito de dignidade humana com um valor, um adjetivo ou uma qualidade, é inegável que não se pode admiti-la como algo relativo. "A dignidade, em si, não é um direito, mas uma qualidade intrínseca a todo ser humano, independente de sua origem, sexo, idade, condição social ou qualquer outro requisito. Nesse sentido, não pode ser considerada como algo relativo."[209] (NOVELINO, 2013, p. 362).

Graças a essa diretriz, antevê-se que tal linha de pensamento não tolera a ideia de uma dignidade humana mais digna que outra. Em outras palavras, a corrente absolutista não admite o conceito de um sopesamento ou de uma ponderação de direitos fundamentais mais diretamente próximos ao valor da dignidade humana.

Maurer (2005 apud NOVELINO, 2013, p. 362), por exemplo, afirma que:

> a pessoa não tem mais ou menos dignidade em relação a outra pessoa. Não se trata, destarte, de uma questão de valor, de hierarquia, de uma dignidade maior ou menor. É por isso que a dignidade do homem é um absoluto. Ela é total e indestrutível. Ela é aquilo que chamamos inamissível, não pode ser perdida.[210]

A força dos argumentos da corrente absolutista é de tal grandeza que Marques (2010)[211], que preconiza a relatividade dos direitos fundamentais, não se furta a referir a robustez dos argumentos dessa corrente. Ao se referir a Mendes, Coelho e Branco (2002), Bobbio (apud BRANCO 2002 , p. 121) comenta o teor com que esses tratadistas se expressam sobre direitos fundamentais absolutos:

> (...), não obstante, menciona um direito, proclamado em instrumentos internacionais, que seria absoluto: o direito a não ser escravizado. O direito a não ser submetido a penas cruéis (art. 5º, XLVII, e, da CF) não parece tampouco suscetível de limitação. Isso talvez explique, tendo-se em conta que tal direito, na realidade, expressa perspectiva do núcleo essencial do direito à incolumidade física.[212]

É notável como, em certa medida, as correntes conflitantes parecem admitir concessões recíprocas em aspectos pontuais, o que se confirma tanto pela asserção reproduzida na citação anterior quanto por estas considerações:

---

[209]NOVELINO. M. *Manual de direito constitucional*. 8. ed atual. São Paulo: Método, 2013, p. 362.
[210]MAURER, apud NOVELINO, 2013, p.
[211]MARQUES, A. N. G. *Liberdade de expressão e a colisão entre direitos fundamentais*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2010, p. 21.
[212]BOBBIO, apud BRANCO 2002, p. 121.

> É certo, no entanto, que nem todos os direitos fundamentais derivam da dignidade humana com a mesma intensidade: enquanto a vida, a liberdade e a igualdade decorrem de forma direta (derivação de 1º grau), outros são apenas derivações indiretas (derivação de 2º grau).(NOVELINO 2013, p. 366).[213]

O que preconiza essa corrente, ainda que se tolere a necessidade de ponderação ou de sopesamento em situações de colisão de direitos fundamentais, é uma determinada categoria desses direitos mais vinculada à dignidade humana, que é absoluta, não suscetível de postergação, de adiamento, de suspensão.

4.4 DOS DIREITOS DE PERSONALIDADE – POSIÇÃO NO DIREITO POSITIVO

No início do quarto capítulo, fizemos expressa referência a posicionamento doutrinário de Mallet (2005)[214], que destaca a inexistência de abordagem específica sobre os chamados direitos de personalidade no Código Civil brasileiro de 1916. Ressalta-se também o reconhecimento do juslaboralista relativamente ao avanço do Código Civil de 2002, em razão da inserção no Livro I, que trata das pessoas, de um capitulo dedicado aos chamados direitos de personalidade - artigos 11 a 21, do Capítulo II.

Também no plano da retrospectiva, retratamos a afirmação de Mallet (2005)[215], segundo a qual, em linhas gerais, a Consolidação das Leis do Trabalho, tal qual o Código Civil de 1916, não conta com disciplinamento específico sobre os chamados direitos de personalidade, afora pontos excepcionais - artigos 482, alínea “j”; 483, alínea “e”; 373-A, todos da CLT, ou em uma ou outra lei esparsa, referência nossa, como 9.029/95.

Neste ponto, é justo reproduzir o que preleciona o citado doutrinador.

> o silêncio do legislador apenas evidencia menor desenvolvimento da ciência jurídica. Não inibe, de nenhuma maneira, a afirmação da existência dos direitos de personalidade, conquanto a expressa regulamentação torne mais simples a sua aplicação. (MALLET, 2005, p. 17-18).[216]

Na esteira desse parágrafo, é necessário afirmar que a falta de normatização específica dos direitos da personalidade pela Consolidação das Leis do Trabalho não impede a tutela dessa modalidade de direitos, haja vista que o próprio sistema jurídico,

---

[213]NOVELINO, M. Manual de direito constitucional, São Paulo: Método, 8.ed. atual., 2013.
[214]MALLET, E. *Direito, trabalho e processo em transformação*. São Paulo: LTr, 1995.
[215]Idem.
[216]Ibid, p. 17-18.

calcado na lei laboral, permite a integração sistêmica, de tal sorte a possibilitar a superação das lacunas. É o que advém do parágrafo único do artigo. 8º do diploma celetário que permite a aplicação subsidiária do direito comum naquilo que não for incompatível com os princípios fundamentais do direito do trabalho.

Aliás, prenunciando as referências conceituais adiante elencadas, é possível perceber que os direitos de personalidade dispostos nas linhas seguintes estão expressamente mencionados nos mandamentos constitucionais, mais especificamente nos incisos do artigo 5º da Constituição Federal.

Os direitos de personalidade, pois, em sua relação com o direito do trabalho, decorrem, em regra, de aplicações subsidiárias permitidas pelo artigo. 8º da CLT, mediante o qual se permite a aplicação dos artigos. 11 ao 21 do Código Civil de 2002, bem como de diversos incisos do artigo 5º da CF. Essa possibilidade de recurso a mandamentos legais extralaborais não aplaca o fato que a existência de disciplinamento trabalhista sobre a matéria seria de muito melhor alvitre.

Essa lacuna do direito laboral brasileiro não se repete em todos os outros ordenamentos jurídicos estrangeiros. De toda a sorte, não se nega a existência de outras ordens jurídicas que recorrem à mesma técnica de aplicação imediata de preceitos constitucionais ou de aplicação subsidiária de outras leis para a tutela de direitos de personalidade em face de ausência de norma específica que trate da matéria.

No direito espanhol, por exemplo, Palomeque López (1991)[217] informa que o direito a liberdade de expressão, previsto no artigo 20.1 a da Constituição Espanhola, é reconhecido de modo direto na legislação laboral tão somente como garantia dos representantes dos trabalhadores na empresa, os quais poderão expressar-se colegiadamente, conforme determinação do artigo 68.d do Estatuto dos Trabalhadores Espanhóis.

A propósito, é necessário afirmar que a inexistência de dispositivo abaixo da constituição, respeitante a direitos da personalidade, não inibe o reconhecimento de existência desses direitos, bem como tampouco prejudica sua fruição por parte do empregado.

A investidura de cidadania que acoberta o trabalhador acompanha-o onde quer que vá e durante o exercício de qualquer de suas atribuições. Em razão disso, não seria

---

[217]Palomeque López, prologo na obra de ROJAS RIVERO, G. P. La libertad de expresión del trabajador. Madrid: Editorial Trotta, 1991, p. 7.

lógico pensar, seja na Espanha, seja no Brasil, que um direito de consagração constitucional, como é o direito à liberdade de expressão no plano individual, seja destituído de eficácia na relação de emprego em razão de lacuna infraconstitucional. Senão, configurar-se-ia uma situação teratológica, representada por uma incompreensível supremacia do poder diretivo em face da Constituição.

De fato, haver dispositivo que trate de forma específica da matéria em âmbito infraconstitucional seria muito melhor, todavia, como adverte a jurista espanhola Rojas Rivero (1991, p. 13):

> no se hacia necesario, por tanto, um reconocimiento formal y expreso del derecho a la liberdad de expresión, em favor de los trajadores, por parte de la legislación laboral, pero ocurre que la existência em la misma de tal reconocimiento em favor de los representantes, a través del capítulo de garantias em el ejercicio de sus funciones, podría hacer pensar que tal derecho pasa a ser una prerrogativa exclusiva de aquéllos.[218]

Ordenamentos jurídicos que ainda não disciplinam os direitos da personalidade de forma expressa nas legislações trabalhistas denunciam uma ligação atávica com um entendimento de que a relação de trabalho subordinado é essencialmente patrimonialista, bem como com pouca margem a considerações que suplantem o vertido circuito sinalagmático prestação de serviços/pagamento de salário.[219]

A existência de mandamentos específicos é sempre mais positiva, uma vez que permite a adoção de medidas tuitivas imediatas, isto é, graças à simples prática da subsunção de normas legais ao fato concreto, passa a ser desnecessário recorrer a ditames da norma máxima e a critérios hermenêuticos ou técnicas de aplicação de prescrições constitucionais.

Ao tratar dessa lacuna na lei trabalhista espanhola, fazendo menção ao direito trabalhista italiano, Rojas Rivero (1991, p. 13), afirma que:

> es por ello por lo que el legislador debió reconocer expresamente um derecho que resulta especialmente amenazado cuando se estabelecen unas relaciones em las que imperam critérios como los que jerarquia, subordinación y disciplina. Era preciso, y así ló supo entender el legislador italiano nada menos que en el art. 1º de su Statuto dei

---

[218]ROJAS RIVERO, G. P. *La libertad de expresión del trabajador*. Madrid: Editorial Trotta, 1991, p. 13.

[219]Estêvão Mallet, por exemplo, trata da seguinte maneira essa limitação: "Tudo ficou limitado ao plano meramente patrimonial, o que se mostra tanto mais injustificável quanto é certo que, sendo o empregado, sempre e necessariamente, pessoa física (art. 3º da CLT), os direitos de personalidade encontram-se inevitavelmente em causa em todo e qualquer trabalho. MALLET, E. *Direito, trabalho e processo em transformação*. São Paulo: LTr, 1995, p. 18.

> Lavoratori, reconocer, em un ordenamiento compensador y tuitivo como el Derecho del Trabajo, que el riesgo de impedir la expresión de opiniones de los trabajadores como parte débil de la relación laboral, era evidente, y debía reconocerse, como se hizo, si bien no de la forma más adecuada, em favor de los representantes.[220]

Em razão disso, não é difícil observar então a acuidade da constatação, segundo a qual a tradicional visão reducionista da relação de emprego ou de trabalho subordinado a uma realidade exclusivamente patrimonialista é de manifesta insuficiência para contemplar toda a complexidade deste tipo de vinculação jurídica.

As palavras de Mallet (1995) levam a compreensão de que a virada de pagina dessa concepção reduzida da relação de emprego foi feita pela Lei italiana de 300, de 20 de maio de 1970, denominada "Statuto dei diritti dei lavoratori", mandamento que devota tutela justamente à liberdade e à dignidade dos trabalhadores, à liberdade e às atividades sindicais nos lugares de trabalho e aos regulamentos sobre emprego.[221]

A superação da acepção exclusivamente patrimonialista da relação de emprego parece tornar-se dado tendencial, se se tomar para análise a disposição do Código de Trabalho de Portugal, que, a despeito das normas tuitivas gerais no âmbito constitucional português, consagra, na subsecção II (Direitos da personalidade), da Secção II (Sujeitos), do Capítulo II (Contrato de Trabalho), diversos artigos (15 ao 21) voltados especificamente para a proteção dos chamados direitos de personalidade na relação de emprego.

As matérias disciplinadas no referido *codex* têm relação com a liberdade de expressão e opinião, com a reserva da intimidade e da vida privada, com a proteção de dados pessoais, a integridade física e moral, com os testes e exames médicos, com os meios de vigilância à distância, com a confidencialidade de mensagens e de acesso a informação.

Positivados ou não, os direitos de personalidade existem, reclamam proteção, seja através de aplicação de normas existentes sobre a matéria, seja mediante a proteção constitucional, ou a subsunção de normas infraconstitucionais editadas para a guarida desses direitos.

---

[220]ROJAS RIVERO, G. P. *La libertad de expresión del trabajador*. Madrid: Editorial Trotta, 1991, p. 13.

[221]"Talvez o primeiro passo no sentido de abandonar semelhante concepção reducionista, dominante no Direito do Trabalho não apenas no Brasil como em outros países, tenha sido dado com a Lei italiana n. 300, de 20 de maio de 1970, conhecida como Statutto dei diritti dei lavoratori,..." MALLET, E. Direito, *trabalho e processo em transformação*. São Paulo: LTr, 1995.

4.4.1 Dos Direitos de Personalidade – Conceito

De volta ao início deste capítulo, em que se acolhe a distinção conceitual entre as denominações "direitos humanos ou direitos do homem", "direitos fundamentais" e "direitos de personalidade", não foi possível declarar a existência de total identidade entre elas. O que não nos impede de afirmar a ocorrência de conexões.

A estreiteza dessa proximidade conceitual acentua-se quando se avaliam em conjunto os chamados direitos fundamentais, de disciplinamento mais frequente na esfera constitucional, e os chamados direitos de personalidade, regra geral contextualizados no âmbito do direito infraconstitucional.

Os problemas agravam-se ao se proceder a leitura de textos constitucionais em que se encontram disposições não necessariamente vinculadas a direitos fundamentais, mas caracteristicamente tipificadas como direitos de personalidade. A questão, nesse caso é como distinguir os direitos de personalidade incrustados em cartas constitucionais, sobretudo em títulos, seções, subseções ou capítulos concernentes aos chamados direitos fundamentais.

Parece que a diretriz explicativa advém das lições de juristas de nomeada, no campo doutrinário pátrio, e no da doutrina alienígena. No mister lograr esclarecimento, é recorremos, oportuna a preleção de Canotilho (2002, p. 394), que, acerca dessa questão, da afirma que "muitos dos direitos fundamentais são direitos de personalidade, mas nem todos os direitos fundamentais são direitos de personalidade."[222]

> Os direitos de personalidade abarcam certamente os direitos de estado (por ex.: direito de cidadania), os direitos sobre a própria pessoa (direito à vida, à integridade moral e física, direito à privacidade), os direitos distintivos da personalidade (direito à identidade pessoal, direito à informática) e muitos dos direitos de liberdade (liberdade de expressão). Tradicionalmente, afastam-se dos direitos de personalidade os direitos fundamentais políticos e os direitos a prestações por não serem atinentes ao ser como pessoa. Contudo hoje em dia, dada a interdependência entre o estatuto positivo e o estatuto negativo do cidadão, e em face da concepção de um direito geral de personalidade como direito à pessoa ser e à pessoa devir, cada vez mais os direitos fundamentais tendem a ser direitos de personalidade e vice-versa. (CANOTILHO, 2002, p. 394). [223]

---

[222]CANOTILHO, J. J. G. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 5. ed. Lisboa: Almedina, 2002, p. 394.
[223]Ibid.

Ou seja, dada explanação do constitucionalista português, atrevemo-nos a uma interpretação livre, segundo a qual os chamados direitos da personalidade dizem, comumente, respeito à proteção da própria pessoa, a sua relação com a vida, com sua integridade, com sua dignidade, moral, intelectual, ao passo que os direitos fundamentais tem nítida feição política no sentindo de disciplinamento das relações Cidadão-Estado.

Esse traço de separação, de divórcio entre os direitos de personalidade e as relações Estado/Cidadão tem, em certa medida, o acolhimento da doutrina jurídica nacional. A propósito, Barros (2009), ao estabelecer as distinções, sem no entanto refutar as conexões entre os conceitos afirma que:

> distinguem-se, ainda, os direitos fundamentais dos "direitos da personalidade", tendo-se em vista que estes se manifestam diretamente numa dimensão privatista, em que também se apresentam os direitos fundamentais, mas de forma indireta, segundo a doutrina alemã.[224]

Nessa mesma linha de argumentação e raciocínio, segue Pavelski (2009, p. 215) afirma, inicialmente, que:

> os direitos de personalidade não ganharam proteção específica nos Códigos do século XIX, porque tais diplomas, como dito no capítulo anterior, tinham como mote assegurar a propriedade e a individualidade, dogmas do mundo burguês, e por isso mesmo, consideradas como codificações patrimonialistas.[225]

Pavelski prossegue em seu discurso e externa posicionamento coincidente com o adotado neste texto ao dizer que:

> a tutela dos direitos da personalidade, então, tomou campo ao longo do século XX e se consolidou no pós-Segunda Guerra Mundial, com as mudanças culturais, ante a intensificação da complexidade das relações sociais. Isso porque as relações travadas entre os indivíduos no seio social não se resguardam mais a transmissões de propriedades e seus acessórios, mais principalmente em relações de trabalho e consumo. (PAVELSKI, 2009, p. 125).[226]

Destaque-se a expressão da autora, "relações travadas entre indivíduos", ou seja, relações das quais não faz parte o Estado, relações entre pessoas ou entre pessoas e

---

[224]BARROS, A. M. *Curso de direito do trabalho*. 8.ed. São Paulo: LTr, 2009, p. 488.
[225]PAVELSKI, A. P. *Os direitos da personalidade do empregado*: em face do exercício abusivo do poder diretivo do empregador. Curitiba: Juruá, 2009, Curitiba, Juruá, p. 125.
[226]Ibid.

entidades, com potencial de afetação de direitos, como vida, integridade, honra, liberdade, etc.

O caminho escolhido, inicialmente destinado a fixar a separação dos direitos de personalidade com os direitos fundamentais, avança e aproxima-se efetivamente da conceituação daqueles. O respaldo é ofertado por Bittar (2001 apud BELMONTE, 2009, p. 76):

> Direitos da personalidade são os direitos interiores, de que o sujeito de direito necessita para preservar a sua integridade física, intelectual e moral. São direitos destinados à defesa de valores inatos ao homem, como a vida, a higidez física, a intimidade, a honra, a intelectualidade e outros tantos.[227]

No campo da doutrina civilista, França afirma que "direitos de personalidade são aqueles que recaem em certos atributos físicos, intelectuais ou morais do homem."[228]

As definições apresentadas têm mesmo o condão de explanar o evidente distanciamento do Estado dos direitos e prerrogativas envolvidos no debate, ditos aqui como direitos de personalidade. E na confirmação desse argumento vem o texto de Belmonte quando, sobre os direitos de personalidade afirma que, "quando exercidos em face do Estado, recebem o nome de direitos fundamentais; já a sua projeção no relacionamento entre particulares adquire a denominação de direitos de personalidade, inatos ou personalíssimos."[229]

Os direitos da personalidade dizerem respeito ao individuo, contextualizado em relações regularmente entabuladas em âmbito particular completamente apartada do Estado.

4.4.2 Dos Direitos de Personalidade – Características e Objeto de Tutela

Dar sequência a este estudo significa empreender a tarefa de esclarecer os elementos que singularizam ou que notabilizam os chamados direitos de personalidade, noutros dizeres, empreender a tarefa de descrever suas características ou de suas

---

[227]BITTAR, 2001 apud BELMONTE, 2009, p. 76
[228]FRANÇA, apud, BELMONTE, 2009, p. 76.
[229]BELMONTE, A. A. *Instituições civis no direito do trabalho*: curso de direito civil aplicado ao direito do trabalho. 4. ed. atual. e ampl. de acordo com o novo Código Civil e a Emenda Constitucional n. 45/2004. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 76

qualidades, conforme o caso. Além de descrevê-los e qualificá-los, cabe também definir o objeto de sua tutela, etapa fundamental deste trabalho.

Também aqui, como em outras etapas desta reflexão, registram-se a inexistência de uma absoluta concordância doutrinária acerca de quais sejam as características, os elementos definidores ou as qualidades dos chamados direitos de personalidade. Se alguns aspectos são mais frequentemente encontráveis nas citações acadêmicas, em linhas gerais, os elementos referidos por um autor são relegados a segundo olhar por outro.

Dada sua matriz civilista, principia-se a apresentação das características da categoria em análise com as considerações de Gomes citado por Pavelski para quem os direitos de personalidade são "absolutos, extrapatrimoniais, intransmissíveis, irrenunciáveis, imprescritíveis, impenhoráveis, vitalícios e necessários, não podendo o seu exercício sofrer limitação voluntária."[230]

Para ilustrar a noticiada ausência de unanimidade doutrinária, destacam-se as considerações de Oliveira (2010, p. 27), que, ao analisar o tema elege a expressão "qualidades dos direitos de personalidade." Ele justifica, em linhas gerais, a adoção da terminologia pelo sentido do termo "qualidade" que designa a maneira própria de ser que afeta a própria natureza, que afeta a coisa em si mesma.[231]

Pois bem, se Gomes (apud PALVELSKI, 2009, p. 130) nos enumera sete características dos direitos de personalidade, Oliveira (2010, p. 27) opta pela destas oito qualidades:

> (i) intransmissibilidade (porque os direitos de personalidade não poder ser cedidos, alienados ou sub-rogados); (ii) indisponibilidade (porque os direitos de personalidade não poder ser objeto de disposição, podem até não ser exercitados, mas não disponibilizados); (iii) irrenunciabilidade (porque os direitos dos próprios direitos de personalidade não pode abrir mão seu titular); (iv) vitaliciedade ou perenidade (porque os direitos de personalidade tem referência ao sujeito na sua qualidade de pessoa já a partir de seu nascimento e a ele aderem durante toda a vida); (v) inexpropriabilidade (porque direitos de personalidade, por sua natureza, não pode mudar de sujeito e nem ser objeto de expropriação); (vi) imprescritibilidade (porque nunca perdem sua exigibilidade; (vii) impossibilidade de sub-rogação (porque nunca deixa a esfera pessoal do titular e não podem ser transferidos a outrem; (viii) extrapatrimonialidade

---

[230]GOMES apud PALVELSKI, 2009, p. 130.
[231]OLIVEIRA, P. E. V. *O dano pessoal no direito do trabalho*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2010, p. 27.

> (porque os direitos de personalidade do empregado não estão fazem parte de acervo patrimonial).[232]

Em sua análise sobre a matéria, Belmonte (2009, p. 76-77) elenca nove características dos chamados direitos de personalidade:

> (i) interiores (eis que localizados no interior do ser humano), (ii) absolutos (porque exercitáveis erga omnes); (iii) extrapatrimoniais (porque recaem em atributos físicos, intelectuais ou morais do homem e não integram acervo patrimonial); (iv) necessários e vitalícios (porque o titular não os perde enquanto viver); (v) intransmissíveis (porque se extinguem com a morte do titular e não são passiveis de tradição durante a vida); (vi) indisponíveis, (porque direitos de personalidade são inalienáveis); (vii) irrenunciáveis (porque são inatos ao ser humano); (viii) ilimitados (porque abrange todos os aspectos existenciais do titular); (ix) imprescritíveis (porque nunca perdem a exigibilidade).[233]

É possível notar pontos de convergência e pontos dissonantes entre os diferentes doutrinadores acerca das características dos direitos da personalidade.

A doutrina portuguesa, por sua vez, oferece considerações segundo as quais os direitos de personalidade são:

> direitos pessoais, que podem ter por objecto bens tão díspares como o direito à vida, à integridade física ou ao nome; de direitos pessoalíssimos, porquanto intransmissíveis; de direitos absolutos, no sentido em que devem ser respeitados por todos, independentemente, portanto, de qualquer relação jurídica; e de direitos que traduzem uma excepcional dignidade ética, que justifica o regime de tutela reforçado que lhes está associado.[234]

A propósito da característica desses direitos, é ainda a doutrina portuguesa que assinala:

> os direitos de personalidade podem ser necessários, quando decorram da própria existência humana (v.g. direito à vida, à integridade física ou à integridade moral) ou direitos de personalidade eventuais, quando dependam, em concreto, da verificação na esfera jurídica do respectivo titular de determinados bens de personalidade (por exemplo, o direito ao nome depende da atribuição prévia de um nome à pessoa em causa; o

---

[232]Ibid., p. 28-29. Nota de esclarecimento: As explanações acerca de cada um dos títulos referidos pelo autor decorreram de nossa interpretação.

[233]BELMONTE, A. A. *Instituições civis no direito do trabalho*: curso de direito civil aplicado ao direito do trabalho. 4. ed., atual. e ampl. de acordo com novo Código Civil e emenda constitucional 45/2004. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 76-77.

[234]MARTINEZ, P. R. et al. *Código do trabalho anotado*. 5. ed. Lisboa: Almedina, 2007, p. 107.

> direito à confidencialidade das cartas missivas depende da existência das mesmas[...].[235]

Se sobre as características vigoram algumas controvérsias, sobre o que diz respeito aos objetos de tutela a disparidade na doutrina é menor.

Para Belmonte (2009, p. 76):

> os direitos da personalidade podem ser divididos em direito à integridade física (direito à vida, à liberdade, à subsistência, à integridade física, à saúde), direito à integridade intelectual (direito à liberdade de pensamento, direito pessoal de autor científico, artístico e de inventor) e direitos à integridade moral (à intimidade, à vida privada, à honra, à imagem).[236]

França, referido por Oliveira (2010, p. 30), fala em três aspectos fundamentais, quais sejam físico, intelectual e moral; assim compostos:

> Direito à integridade física: direito à vida e aos alimentos; direito sobre o próprio corpo vivo; direito sobre o próprio corpo morto; direito sobre o corpo alheio vivo; direito sobre o corpo alheio morto; direito sobre partes separadas do corpo vivo; direito sobre partes do corpo morto. Direito à integridade intelectual: direito à liberdade de pensamento; direito pessoal de autor científico; direito pessoal de autor artístico; direito pessoal de inventor. Direito à integridade moral: direito à liberdade civil, política, religiosa; direito à honra; direito à honorificência; direito ao recato; direito ao segredo pessoal, doméstico e profissional; direito à imagem; direito à identidade pessoal, familiar e social.[237]

Aos aspectos fundamentais elencados por França (apud OLIVEIRA, 2010, p. 29) acresce um quarto:

> Direito à integridade social: ser essencialmente político, essencialmente social, a pessoa humana tem direito ao convívio familiar, ao convívio com "grupos intermediários" existentes entre o indivíduo e o Estado, grupos a que se associa pelas mais diversas razões (recreação, defesa de interesses corporativos, por convicção religiosa, por opção político partidária, etc), direito do exercício da cidadania esta tomada no sentido estrito (status ligado ao regime político) e no sentido lato: direito de usufruir de todos os bens de que a sociedade dispõe ou deve dispor para todos e não só para eupátridas, tais como: educação escolar nos diversos

---

[235]MARTINEZ, P. R. et al. *Código do trabalho anotado*. 5. ed. Lisboa: Almedina, 2007.

[236]BELMONTE, A. A. *Instituições civis no direito do trabalho*: curso de direito civil aplicado ao direito do trabalho. 4. ed., atual. e ampl. de acordo com novo Código Civil e emenda constitucional 45/2004. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 76.

[237]FRANÇA apud OLIVEIRA, 2010, p. 29.

> níveis, seguridade social (saúde pública, da previdência ou da assistência social). [238]

Mallet (1995) trata da subdivisão dos direitos de personalidade e os nomeia como direito à vida e à integridade física.[239]

Essa exposição pretendeu patentear os direitos de personalidade como tutores de direitos de variados matizes: vida, integridade física, higidez psicológica, intimidade, liberdade de pensamento, liberdade de expressão, entre outros.

Ainda falta, no entanto, perseguir o objetivo desta reflexão que é analisar a forma e o modo mediante os quais interagem o poder de direção do empregador e a liberdade de expressão do empregado. Para isso, é determinante avaliar esse direito fundamental de personalidade sem desconsiderar a relevância de outros títulos concernentes aos direitos de personalidade.

---

[238]OLIVEIRA, P. E. V. *O dano pessoal no direito do trabalho*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2010, p. 30.
[239]MALLET, E. *Direito, trabalho e processo em transformação*. São Paulo: LTr, 1995, p. 19-35.

CAPÍTULO V
5 DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO – CONCEITO

A história registra que as primeiras experiências de positivação da liberdade de expressão datam do final do século XVIII e que Estados Unidos e França foram os primeiros países a incorporar em seus textos constitucionais disciplina relativa a esse tema.

No plano da doutrina, Chequer (2011)[240] ratifica essa afirmação atestando que esse direito foi originariamente incorporado ao texto constitucional americano em 1791 e à carta francesa de 1793.[241] Desde então nota-se a propagação dessa incorporação em outros tantos países como ratificação do viés democrático pretendido, formal ou materialmente, por diversas nações.

Essa tendência de catalogação do direito à liberdade de expressão nas constituições reverberou no plano internacional, sobretudo depois dos dramas vivenciados com as duas guerras mundiais da primeira metade do século XX.

Então, o que determinou a incorporação do direito à liberdade de expressão em diversos acordos e tratados internacionais, dos quais o mais notável é a Declaração Universal dos Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas de 1948, mais especificamente seu artigo XIX cujo teor contempla de fato a proteção à liberdade de expressão nos seguintes termos: "Toda pessoa tem direito à liberdade de opinião e expressa; este direito inclui a liberdade de, sem interferências, ter opiniões e de procurar, receber e transmitir informações e ideias por quaisquer meios e independentemente de fronteiras."

Ressalte-se que a questão não ficou submetida apenas à Declaração Universal dos Direito Humanos, porquanto a contemplação do direito à liberdade de expressão também se verificou no âmbito das organizações continentais. De início, na Europa, com a Convenção Europeia de Direitos Humanos, mais especificamente em seu artigo 10; nas Américas, com a Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa

---

[240]CHEQUER, C. *A liberdade de expressão como direito fundamental preferencial prima facie*: análise crítica e proposta de revisão ao padrão jurisprudencial brasileiro. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 11.

[241]"Os Estados Unidos e a França são os países precursores em constitucionalizar a liberdade de expressão. Apesar de a Constituição Americana não fazer a previsão da liberdade de expressão em seu texto original, que data de 1787, fez essa presciência através da Primeira Emenda, de 1791, embora antes dela a Constituição da Vírgínia já a projetasse. Na França, a liberdade de expressão foi acolhida na Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, sendo constitucionalizada também em 1791. Mas somente em 1793 é que a Constituição Francesa, chamada de Constituição Jacobina e promulgada após a ruína da monarquia, prescreveu a liberdade de expressão como uma liberdade indefinida, já que a Constituição de 1791 tinha acentuado em seu texto a tendência da censura prévia"

Rica), em seu art. 13 e; na África, com a Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos (Carta de Banjul), em seu art. 9º.[242]

Internamente, a liberdade de expressão tem previsão constitucional em alguns incisos do art. 5º, mais especificamente o IV, que estabelece a livre manifestação do pensamento e veda o anonimato; o VI, que consagra a inviolabidade da liberdade de consciência e de crença, além de assegurar o livre exercício dos cultos religiosos e garantir, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e as suas liturgias; o VIII, que tutela a liberdade de crença religiosa ou convicção filosófica ou política; o IX, que consagra a liberdade de expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença; o XIV, que assegura acesso à informação e resguardo do sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional. Também no plano constitucional, destaque-se o art. 220, fixador das diretrizes da liberdade de expressão no contexto da comunicação social.

A conceituação da liberdade de expressão é apresentada nas linhas seguintes. Antes, porém, é necessário dizer que, no âmbito das relações de trabalho no Brasil, não há

---

[242]Neste trecho, reproduzimos os artigos que tratam da liberdade de expressão, tanto no âmbito europeu, quanto americano e africano. Antes, porém, pedimos a atenção do leitor para um dado comum nos três artigos transcritos que tratam das situações de limitação ou de disciplina do direito à liberdade de expressão, vejamos: Art. 10 da Convenção Europeia de Direitos Humanos – "1. Qualquer pessoa tem direito à liberdade de expressão. Este direito compreende a liberdade de opinião e a liberdade de receber ou de transmitir informações ou ideias sem que possa haver ingerência de quaisquer autoridades públicas e sem considerações de fronteiras. O presente artigo não impede que os Estados submetam as empresas de radiodifusão, de cinematografia ou de televisão a um regime de autorização prévia. 2. O exercício desta liberdade, porquanto implica deveres e responsabilidades, pode ser submetido a certas formalidades, condições, restrições ou sanções, previstas pela lei, que constituam providências necessárias, numa sociedade democrática, para a segurança nacional, a integridade territorial ou a segurança pública, a defesa da ordem e a prevenção do crime, a proteção da saúde ou da moral, a proteção da honra ou dos direitos de outrem, para impedir a divulgação de informações confidenciais, ou para garantir a autoridade e a imparcialidade do poder judicial. O art. 13 da Convenção Americana de Direitos Humanos assim dispõe sobre a matéria: Art. 13 – Liberdade de pensamento e expressão – 1. Toda pessoa tem o direito à liberdade de pensamento e de expressão. Esse direito inclui a liberdade de procurar, receber e difundir informações e ideias de qualquer natureza, sem considerações de fronteiras, verbalmente ou por escrito, ou em forma impressa ou artística, ou por qualquer meio de sua escolha. 2. O exercício do direito previsto no inciso precedente não pode estar sujeito à censura prévia, mas a responsabilidades ulteriores, que devem ser expressamente previstas em lei e que se façam necessárias para assegurar: a) o respeito dos direitos e da reputação das demais pessoas; b) a proteção da segurança nacional, da ordem pública, ou da saúde ou da moral públicas. 3. Não se pode restringir o direito de expressão por vias e meios indiretos, tais como o abuso de controles oficiais ou particulares de papel de imprensa, de frequências radioelétricas ou de equipamentos e aparelhos usados na difusão de informação, nem por quaisquer outros meios destinados a obstar a comunicação e a circulação de ideias e opiniões. 4. A lei pode submeter os espetáculos públicos a censura prévia, com o objetivo exclusivo de regular o acesso a eles, para proteção moral da infância e da adolescência, sem prejuízo do disposto no inciso 2. 5. A lei deve proibir toda propaganda a favor da guerra, bem como toda apologia ao ódio nacional, racial ou religioso que constitua incitamento à discriminação, à hostilidade, ao crime ou à violência. Na Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos, a matéria é disciplinada pelo art. 9º com os seguintes dizeres; Art. 9º - 1. Toda pessoa tem direito à informação. 2. Toda pessoa tem direito de exprimir e de difundir as suas opiniões no quadro das leis e dos regulamentos.

no ordenamento jurídico pátrio mandamento, seja constitucional ou infraconstitucional, que discipline, consagre ou regulamente a questão diretamente na relação de emprego, o que não significa dizer que a liberdade de expressão constitua matéria estranha a essa modalidade dessa relação jurídica. Muito ao contrário.

Para atestar o acerto da tese que esposamos, uma vez mais, recorremos à lapidar assertiva de Mallet (1995, p.18), para quem "o silêncio do legislador apenas evidencia menor desenvolvimento da ciência jurídica", haja vista que a inexistência de norma expressa que trate do tema que estudamos, a liberdade de expressão, não inibe a afirmação de sua existência no universo das relações de trabalho de modo geral e da relação de emprego em particular.[243]

As questões advindas dessa reflexão e tratadas em seguida dizem respeito a quais dispositivos legais recorrer para pacificar querelas pertinentes à liberdade de expressão em países onde, como no Brasil, não há regulamentação específica acerca da matéria. E mais, caso haja dispositivos constitucionais, é possível pensar em aplicação imediata de suas prescrições?

Para responder a esse tipo de indagação, recorremos, inicialmente, ao amparo da doutrina espanhola, mais precisamente das lições de Rojas Rivero (1991, p. 18) que baseia sua resposta em manifestação do Tribunal Constitucional Espanhol, Corte que sobre a aplicação dos direitos fundamentais:

> los derechos fundamentales responden a um sistema de valores y princípios de alcance universal que subyacen a la Declaración Universal y a los diversos Convenios internacionales sobre derechos humanos, ratificados por España, y qye, asumidos como decisión constitucional básica, han de informar todo nuestro ordenamiento jurídico (STC 21/81, 15-VI. En la misma línea STC 5/81, 13-II, f. jco.7º).[244]

A pertinência desse debate na Espanha justifica-se uma vez que a liberdade de expressão naquele país tem disciplina legal apenas na alínea "d" do art. 68 do Estatuto de los Trabajadores, norma que regula a liberdade de expressão em âmbito colegiado e coletivo sindical.[245]

---

[243]MALLET, E. *Direito, trabalho e processo em transformação*. São Paulo: LTr, 1995, p. 18.
[244]ROJAS RIVERO, G. P. *La libertad de expresión del trabajador*. Madrid: Editorial Trotta, 1991, p. 18.
[245]Artículo 68. Garantías. – Los miembros de del comité de empresa y los delegados de personal, como representantes legales de los trabajadores, tendrán, a salvo de lo que se disponga en los convenios colectivos, las siguientes garantías: d) expresar, colegiadamente, si se trata del comité, con libertad sus opiniones en las materias concernientes, pudiendo publicar y distribuir, sin perturbar

O artigo 20 da Constituição espanhola consagra o direito à liberdade de expressão como direito fundamental, e o artigo 68 do Estatuto de los Trabajadores disciplina a liberdade de expressão no âmbito colegiado-sindical. No então, não há dispositivo na lei laboral que trate de liberdade de expressão no plano individual. lacuna essa suprida com a interpretação sistêmica e a concepção de funcionalidade imediata da Constituição. [246]

O recurso a mandamento constitucional parece ser medida adotada na França, eis que, tal qual na legislação espanhola, o Codu du Travail trata apenas da liberdade de expressão na esfera coletiva.[247]

No Brasil, a questão parece ambígua, eis que mais grave, por um lado, mas de fácil solução, por outro, em razão de não haver no plano infraconstitucional artigo de lei que estabeleça a liberdade de expressão do empregado. No entanto, a aplicação e a extensão de mandamentos constitucionais que consagram esse direito são até mais claras e indiscutíveis, sobretudo se se levam em conta os termos do parágrafo 3º do artigo 5º da CF acrescentado pela EC 45/2004.[248]

Mesmo sem uma normatização expressa, decerto o reconhecimento desse direito não fica inibido. De toda forma, a prescrição positivada dessa normatização sempre facilita o equacionamento de demandas cujo objeto seja a liberdade de expressão no emprego,

---

[246]Art. 20.1, - Se reconocen y protegen los derechos:*a)* A expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones mediante la palabra, el escrito o cualquier otro medio de reproducción. http://www.congreso.es/consti/constitucion/indice/titulos/articulos.jsp?ini=10&fin=55&tipo=2. Acesso em: 17 dez. 2012.

[247]Article L461-1 - Dans les entreprises ou établissements industriels, commerciaux ou agricoles, les offices publics et ministériels, les professions libérales, les sociétés civiles, les syndicats professionnels, les mutuelles, les organismes de sécurité sociale à l'exception de ceux qui ont le caractère d'établissement public administratif, les associations de quelque nature que ce soit ou tout organisme de droit privé, les salariés bénéficient d'un droit à l'expression directe et collective sur le contenu, les conditions d'exercice et l'organisation de leur travail. Cette expression [*rôle, mission*] a pour objet de définir les actions à mettre en oeuvre pour améliorer leurs conditions de travail, l'organisation de l'activité et la qualité de la production dans l'unité de travail à laquelle ils appartiennent et dans l'entreprise. Les opinions que les salariés, quelle que soit leur place dans la hiérarchie professionnelle, émettent dans l'exercice du droit d'expression ne peuvent motiver une sanction ou un licenciement. Les dispositions des alinéas précédents sont également applicables d'une part, aux établissements publics à caractère industriel et commercial et, d'autre part, aux établissements publics déterminés par décret qui assurent tout à la fois une mission de service public à caractère administratif et à caractère industriel et commercial lorsqu'ils emploient du personnel dans les conditions du droit privé. Disponível em: <http://www.legifrance.gouv.fr/affichCodeArticle.do?cidTexte=LEGITEXT000006072050&idArticle=LEGIARTI000006649491&dateTexte=&categorieLien=cid.>. Acesso em 17 dez. 2012.

[248]Art. 5º - Parágrafo 3º - Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes à emendas constitucionais.

vantagem observada no artigo 15, do Código do Trabalho, de Portugal, e no artigo 1º, do Statuto dei Lavoratori italiani[249]

A leitura atenta que detém os traços comuns das legislações referidas nos planos infraconstitucional e constitucional pinça implícita ou explicitamente o verbo "manifestar", no sentido de externar, expor, apresentar. Trata-se de um sentido efetivamente compositivo do próprio conceito do que seja ou daquilo que é realmente a liberdade de expressão. A busca desse conceito, certo tanto mapeada nas legislações referidas, é objeto de abordagem em algumas manifestações doutrinárias.

De fato, no que tange à questão do conceito, em âmbito doutrinário, o constitucionalista Silva (2012, p. 241) que afirma que a liberdade de pensamento é

> liberdade de conteúdo intelectual e supõe o contacto do indivíduo com seus semelhantes, pelo qual o homem tenda, por exemplo, a participar a outros suas crenças, seus conhecimentos, sua concepção de mundo, suas opiniões políticas ou religiosas, seus trabalhos científicos.[250]

No que toca esse conceito, vale mencionar a diferenciação referida pelo autor entre o sentido interior da liberdade de pensamento e o sentido exterior dessa liberdade, na medida em que, o momento interior, em que está na cabeça do homem, é uma prerrogativa infensa aos poderes jurídicos vigentes.[251]

Para Marques (2010, p. 92),

> a liberdade de expressão representa o dever do Estado e dos cocidadãos em abster-se a impedir a exteriorização da faculdade de pensar, de criar artisticamente, de professor determinada religião ou convicção política sem qualquer obstáculo imposto.[252]

---

[249]Código de Trabalho de Portugal – Art. 15º (Liberdade de expressão e de opinião) – É reconhecida no âmbito da empresa a liberdade de expressão e de divulgação do pensamento e opinião, com respeito dos direitos de personalidade do trabalhador e empregador, incluindo as pessoas singulares que o representam, e do normal funcionamento da empresa. MARTINEZ, P. R. et al. *Código do trabalho anotado*. 5. ed. Lisboa: Almedina, 2007, p. 106. Statuto Dei Lavoratori – art. 1º - Libertà di opinione. I lavoratori, senza distinzione di opinioni politiche, sindacali e di fede regioliosa, hanno diritto, nei luoghi dove prestano la loro opera, di manifestare liberamente Il próprio pensiero, nel rispetto dei principi della Costituzione e delle norme della presente legge. – Grandi, Mario e Pera, Giuseppe, (In, Commentario Breve alle Leggi Sul Lavoro,1996, Padova, Casa Editrice Dott. Antonio Milani, p. 451.

[250]SILVA, J. A. *Curso de direito constitucional positivo*. 35. ed. rev. e atual. até a Emenda Constitucional n. 68, de 21.12.2011. São Paulo: Moderna, 2012, p. 241.

[251]SILVA, J. A. *Curso de direito constitucional positivo*. 35. ed. rev. e atual. até a Emenda Constitucional n. 68, de 21.12.2011. São Paulo: Moderna, 2012, p. 68.

[252]MARQUES, A. N. G. *Liberdade de expressão e colisão entre direitos fundamental*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2010, p. 92.

Outro conceito, acerca de liberdade de expressão nos é apresentado por Meyer-Pflug (2009, p. 66) que sobre o tema articula:

> a liberdade de expressão engloba a exteriorização do pensamento, ideias, opinião, convicções, bem como de sensações, e sentimentos em suas mais variadas formas, quais sejam, as atividades intelectuais, artísticas, científicas e de comunicação. Diz respeito á expressão de qualquer concepção intelectiva.[253]

Na explanação de Jabur extrai-se não somente o conceito de liberdade de expressão, como também uma certa diferenciação com a idéia de liberdade de pensamento, sobretudo quando o precitado jurista assevera que "a liberdade de expressão não é senão a manifestação externa do que antes se pensou em um clima de liberdade; a liberdade de pensamento é a condição prévia da liberdade de expressão." (JABUR, 2000, p. 155).[254]

O aspecto de exteriorização como dado característico da liberdade de expressão é muito bem ressaltada por Romita (2009, p. 306) ao afirmar que a liberdade de expressão "se conceitua como possibilidade assegurada pelo ordenamento jurídico de exteriorizar pensamentos, crenças, ideias, opiniões, juízos de valor."[255]

Efetivamente, a possibilidade de externar, de expor o que se pensa, o que se escreve, o que se produz intelectualmente, é a pedra de toque, o elemento caracterizador da liberdade de expressão. Isso procede no prefácio de Miranda à obra de Correa, que afirma:

> a liberdade de expressão abrange qualquer exteriorização da vida própria das pessoas: crenças, convicções, ideias, ideologias, opiniões sentimentos, emoções, actos de vontade. E pode revestir quaisquer formas: a palavra oral ou escrita, a imagem, o gesto, o próprio silêncio."(MIRANDA, apud CORREA, 2005, p. 9).[256]

Num audacioso atino, por que não conceituar a liberdade de expressão como a prerrogativa de exteriorização de todas as expressões intelectuais, emocionais, comportamentais, bem como das visões acerca do mundo e dos fatos e dos atos que o animam? Objetivamente, todas as definições transcritas comportam aspectos ou características atribuíveis e exercitáveis por todos os cidadãos, inclusive os trabalhadores, também titulares desse direito fundamental.

---

[253]MEYER-PFLUG, S. R. *Liberdade de expressão e discurso do ódio*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 66.

[254]JABUR, G. H. *Liberdade de pensamento e direito à vida privada*: conflitos ente direitos da personalidade. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

[255]ROMITA, A. S. *Direitos fundamentais nas relações de trabalho*. 3. ed. São Paulo: LTr, 2009, p. 306.

[256]Jorge Miranda no prefácio de CORREA. L. C. *Direito da comunicação social.* Coimbra: Almedina, 2005, v.1, p. 9.

5.1 DA VIDA ÍNTIMA, DA VIDA PRIVADA E DA VIDA PESSOAL DO EMPREGADO – CONTINGENCIAMENTO DO PODER DIRETIVO

No tópico anterior foi demonstrado como o direito fundamental à liberdade de expressão vem sendo progressivamente incorporado a uma positivação nacional e internacional. Esse direito à liberdade de expressão, antes concebido apenas na esfera da relação cidadão-Estado, foi progressivamente ampliado de tal forma a constar de códigos, leis e estatutos que regulam relações tipicamente particulares. Com especial destaque fez-se menção a dispositivos que tratam do tema ora no Código de Trabalho de Portugal, ora no Estatuto dos Trabalhadores italianos, ora no Estatuto dos Trabalhadores espanhóis e no Código de Trabalho da França.

Um traço conclusivo comum à leitura desses diplomas diz respeito ao contingenciamento do poder diretivo do empregador em face da proteção dos direitos fundamentais e de personalidade dos empregados, dentre os quais, a liberdade de expressão.

Essa impossibilidade de investida do poder diretivo sobre determinados prismas da vida do empregado é resguardada no plano constitucional – inciso X, artigo 5º da CF: "São invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação."

Pois bem, considerada a existência de dois termos, intimidade e vida privada, cumpre dizer que seus significados são distintos, razão pela qual é necessário esclarecê-los.

Antes, porém, precisam ser feitas duas lembranças: primeira: é regra geral que no campo da vida privada ou na esfera da vida pessoal, devidamente esclarecidas nas linhas seguintes, a liberdade de expressão do empregado é mais frequente; segunda: a questão da conceituação, em razão da falta de unanimidade doutrinária acerca das terminologias empregadas. Há autores que tratam intimidade e vida privada como sinônimos ou estreitamente aproximados, entendimento que não se apresenta como um dado correto.

Um esclarecimento total dessa questão passaria pela distinção nada cerebrina entre intimidade, vida privada e vida pessoal do cidadão. Afinal de contas, trata-se de termos perfeitamente catalogáveis como esferas da existência humana eivadas por um caráter comum, qual seja, o caráter relacional.

Noutras palavras, ao pensar em intimidade, em vida privada e em vida pessoal, pensa-se em sentidos, orientações, comportamentos desejados ou não, a depender do sentido da liberdade pessoal do sujeito que se disponibiliza ou não aos sentidos de outrem.

Ao falar em intimidade, aborda-se um dado nuclear, um aspecto absolutamente recôndito, marcado por extrema sacralidade, o qual se pretende preservar de todos os sentidos humanos, mesmo daqueles com quem se compartilha a existência cotidiana.

A propósito dessa questão, Silva (2012, p. 207), referindo-se a Dotti e a Cupis, textualiza desta maneira:

> Segundo René Ariel Dotti a intimidade se caracteriza como 'a esfera secreta da vida do indivíduo no qual este tem o poder legal de evitar os demais', o que é semelhante ao conceito de Adriano de Cupis que define a intimidade (riservatezza) como o modo de ser da pessoa.[257]

Se se tomar em cotejo a vida intima com a vida privada, salta aos olhos a maior amplitude desta em detrimento daquela, que Wady esclarece nos seguintes termos,

> A esfera íntima se refere ao modo de ser de cada pessoa, ao mundo intra-psíquico aliado aos sentimentos identitários próprios (auto-estima, auto-confiança) e à sexualidade. Compreende as esferas confidencial e do segredo, referentes à intimidade. (WADY, 2008, p. 1)[258]

Na sequencia de suas considerações, Wady (2012) passa ao mister de esclarecer o significado da expressão vida privada, o que faz com a afirmação de que

> a vida privada é composta de informações em que somente a pessoa pode escolher se as divulga ou não" e que a "compreende os dados relativos a situações de maior proximidade emocional ("contextos relacionais específicos"), como as opções sexuais ou a orientação sexual do indivíduo.[259]

Esse aspecto ampliativo entre os termos vida íntima e vida privada repete-se no cotejo entre vida privada e vida pessoal. A expressão vida pessoal alberga um conceito mais amplo, que ultrapassa a vida privada do cidadão, uma vez que pode até mesmo alcançar esferas públicas e semipublicas de sua existência.

A verdade é que a expressão vida pessoal alberga um conceito mais amplo, que ultrapassa a vida privada do cidadão e pode até mesmo alcançar esferas públicas e semipublicas de sua existência.

Ao tratar do tema, Alves (2001, p. 135) afirma:

---

[257]DOTTI e CUPIS citados por SILVA, J. A. *Curso de direito constitucional positivo*. 35. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 207.

[258]WADY, A. F. *Qual a diferença entre vida privada e intimidade?* Disponível em: <http://www.lfg.com.br/public_html/article.php?story=20080722095043227>. Acesso em 17 dez. 2012.

[259]Ibid.

> Por outro lado, a vida pessoal do trabalhador seria um conceito mais amplo, que abrangeria não somente a vida privada do empregado, mas também os atos de caráter público e semipúblico que por ele forem praticados. Desse modo, a referida noção coloca no seu campo de aplicação atividades diversas praticadas pelo trabalhador e que, em princípio, não estão inclusas no campo contratual da subordinação (e.g. compras efetuadas pelo empregado, participação em manifestações da vida associativa, modo de se vestir etc).[260]

Afirma, pois, em regra, que esses campos existências do empregado não mantêm necessária relação com o contrato de trabalho, salvo raras exceções concernentes a organizações de tendências ou contextos bem específicos. Em razão disso, também em regra, esses empregados estão fora da alça de mira do poder diretivo do empregador, que se depara, graças ao direito do trabalho e às disciplinas de direitos fundamentais, com sentidas barreiras que lhe impedem avançar sobre esferas estranhas à relação de emprego.

Aliás, se bem considerada a leitura dos quatro capítulos precedentes, a pretensão deste autor foi demonstrar que o poder diretivo do empregador, ao longo dos últimos 250/300 anos, descontados alguns períodos de refluxo, experimentou um contínuo contingenciamento e uma permanente limitação sinalizada pela ordem jurídica laboral.

Essa limitação, esse traço de contingenciamento, de acordo com algumas manifestações doutrinárias, parece ter relação com uma das funções do direito do trabalho, sob um ponto de vista mais amplo, aos questionamentos acerca da função do direito, de forma geral, e das funções do direito laboral, de maneira particular.

No campo doutrinário, mais especificamente na filosofia do direito, quem aborda em primeiro plano essa questão é Ferraz Junior, em seu livro, *Introdução ao estudo do Direito*, voltado para a análise da origem, dos significados e das funções, ao afirmar que:

> o direito, assim, de um lado, nos protege do poder arbitrário, exercido à margem de toda regulamentação, nos salva das maiorias caóticas e do tirano ditatorial, dá a todos oportunidades iguais e, ao mesmo tempo, ampara os desfavorecidos. Por outro lado, é também um instrumento manipulável que frustra as aspirações dos menos privilegidos e permite o uso de técnicas de controle e dominação que, pela sua complexidade, é acessível a poucos especialistas. (FERRAZ JUNIOR, 1991, p. 33).[261]

---

[260]ALVES, R. P. Vida pessoal do empregado: liberdade de expressão e direitos fundamentais do trabalhador considerações sobre a experiência do direito francês. *Revista de Direito do Trabalho*, São Paulo, v. 27, n. 104, p. 132-150, 2001.

[261]FERRAZ JUNIOR, T. S. *Introdução ao estudo do direito*: técnica, decisão, dominação. São Paulo: Atlas, 1991, p. 33.

Na área do direito do trabalho, a temática das funções também é enfrentada pelo direito pátrio e pelo direito comparado. Senão, considere-se o acerto desta afirmação com a assertiva de Manoel Garcia Ferñandez (1990, p. 4), segundo a qual "el derecho del trabajo moderno es hijo de la industrialización y la sociedad industrial."[262]

Em seguida às breves considerações feitas sobre o concerto social em que foi engendrado o direito do trabalho, García Fernãndez passa a fazer abordagens sobre a intervenção normativa dos poderes públicos produzida ao final do século XIX, bem como sobre as medidas que dela decorreram para então atestar que "las medidas tienden a limitar el uso del trabajo infantil (muy extendido durante el siglo XIX), proteger el trabajo de las mujeres y limitar la duración de la jornada de trabajo" (GARCÍA FERNANDEZ, 1990, p. 5).[263]

Esse teor teleológico do direito do trabalho é objeto de judiciosas considerações de ordem teórica, lavradas por Delgado, para quem o direito do trabalho é um ramo marcado por sentido finalistico e que encampa quatro funções, quais sejam; (i) função de melhoria das condições de pactuação da força de trabalho na ordem socioeconômica; (ii) função modernizante e progressista, do ponto de vista econômico e social; (iii) função política conservadora e; (iv) função civilizatória e democrática.[264]

Levado por essa linha de argumentação, é necessário reconhecer que o direito do trabalho, "filho do capitalismo e da industrialização", conforme referido por Garcia Fernandez, decorre não somente do contexto socioeconômico que o caracteriza, mas sobretudo dos embates havidos no bojo desse momento da história, sobretudo em reação a hiperexploração a que eram submetidos homens, mulheres e crianças.

Pois bem, definir as raízes, a causa, a força motriz dessa hiperexploração não é tarefa das mais difíceis. Para tanto basta contemplar o radicalismo das concepções individualistas e civilistas para se trazer à mente o exercício do poder diretivo como decorrência do direito de propriedade que poderia ser vinculada ao termo latino *erga omnes*.

O principal efeito das funções do direito do trabalho, pois qual seja o contingenciamento do poder diretivo do empregador, permite a superar todos os absurdos da fase inicial do capitalismo industrial. Este mister limitador e civilizatório é muito bem indicado por Alves. Ao tratar da chamada evolução legislativa do direito do trabalho, bem

---

[262]GARCÍA FERNANDEZ, M. *Manual de derecho del trabajo*. Barcelona: Ariel Derecho, 1990, p. 4.
[263]Ibid., p. 5.
[264]DELGADO, M. G. Curso de direito do trabalho. 10.ed. São Paulo: LTr, 2011, p. 57 a p. 61.

como de seus princípios de orientação afirma que "um dos papéis mais importantes do direito do trabalho é justamente estabelecer um enquadramento dos poderes do empregador." (ALVES, 2001, p. 134).[265]

No doutrina comparada, Martinez e outros, ao tratarem da questão da liberdade de expressão, abordam essa evolução e esse aspecto de contenção do desmedido poder patronal nos seguintes termos:

> V. O Direito do Trabalho, desde a célebre 'Questão Social', sempre avançou gradualmente no sentido da limitação das arbitrariedades e de poder de direção do empregador, numa primeira fase, através da imposição de limites à jornada de trabalho, da proscrição do trabalho infantil e da proteção das trabalhadoras grávidas; mais tarde, no sentido da proteção do emprego e das limitações ao despedimento, bem como no reforço dos direitos de participação coletiva. (MARTINEZ et al, 2007, p. 110) [266]

Pois bem, esse histórico contingenciamento do poder diretivo, nos primórdios vinculado à (i) proscrição do trabalho infantil, (ii) redução da exploração do trabalho da mulher e a (iii) diminuição da jornada de trabalho, passa depois a alvejar outras questões, como a da continuidade da relação de emprego, bem como a adoção de diretrizes defensivas com vistas à preservação de direitos de personalidade, intimidade, honra, liberdade de expressão, etc.

Noutras palavras, o direito do trabalho, ao mesmo tempo em que alberga o conceito do poder diretivo do empregador também se empenha em sua disciplina, no contingenciamento e humanização que lhe diz respeito, mediante imposições que não se destinam tão somente a fixar regras sobre prestação de serviços subordinados e pagamento de remuneração, bem como a alcançar regramentos com vistas à limitação desse poder para outras matérias, especialmente os chamados direitos de personalidade, fundamentais, de cidadania, condições das quais nunca se despoja o empregado.

Dentre as matérias contempladas pela extensão tuitiva dos novos princípios, regramentos e diretrizes que decorrem dessa função civilizatória do direito do trabalho, resguardam-se aspectos da intimidade, da vida privada, da vida pessoal do trabalhador, de sua liberdade de expressão, para alguns; direito de personalidade, para outros; e direito

---

[265]ALVES, R. P. Vida pessoal do empregado: liberdade de expressão e direitos fundamentais do trabalhador considerações sobre a experiência do direito francês. *Revista de Direito do Trabalho*, São Paulo, v. 27, n. 104, p. 132-150, 2001.

[266]MARTINEZ, P. R. et al. *Código do trabalho anotado*. 5. ed. Lisboa: Almedina, 2007, p. 110.

fundamental. De toda sorte, titularidade sempre assumida pelo empregado, mesmo quando da vigência e da execução do contrato de trabalho.

Os entendimentos acerca das relações de trabalho avançam, e a velha percepção que limitava o direito do trabalho a um único aspecto patrominialista/pecuniário cede espaço para interpretações mais completas, profundas e abrangentes.

De outra forma, considerável mesmo é a apontada função civilizadora ou civilizatória do direito do trabalho, que passa a tutelar nos âmbitos infraconstitucional e constitucional outros direitos, até então relegados a segundo plano, como a intimidade, a vida privada e a liberdade de expressão do empregado, objetos deste estudo.

A evolução do direito do trabalho, pois, passa a compor barreiras ao poder diretivo ao empregador de tal forma a impedir ou dificultar legislativamente a vulneração de outros aspectos de existência do trabalhador não vinculados à relação de emprego, dentre eles os relacionados a sua vida intima, a sua vida privada e a sua vida pessoal em todas as suas formas de manifestação, inclusive, neste caso, o legítimo direito à liberdade de expressão.

5.2 DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO DO EMPREGADO – EFICÁCIA DESTE DIREITO FUNDAMENTAL NA RELAÇÃO DE EMPREGO

No item 5.1 precedente, que trata das funções do direito de uma forma geral e do direito do trabalho em particular, fizeram-se referências a doutrinadores que enfrentaram de modo direto ou indireto o desafio de demonstrar as funções do direito laboral.

O socorro específico às lições de juristas nacionais e estrangeiros, dentre eles Delgado (2011) e García Fernandes (1990), elucidou o tema pertinente ao sentido teleológico aqui debatido. Delgado discorre sobre a função civilizatória e democrática do direito do trabalho e afirma que ao mesmo tempo em que o direito do trabalho cumpre o papel de integrar importantes segmentos sociais marginalizados no sistema econômico, também "consumou-se como um dos mais eficazes instrumentos de gestão e moderação de uma das mais importantes relações de jurídicas existentes na sociedade contemporânea, a relação de emprego" (Delgado, 2011, p. 61).[267]

Pois bem, seguindo esses passos, pode-se inferir que a moderação da discrepância de poder existente na relação de emprego abriu espaço para que se vivenciasse o próprio sentido de democracia na relação laboral. O que, no entanto, de modo algum significou o

---

[267] DELGADO, M. G. *Curso de direito do trabalho.* 10. ed. São Paulo: LTr, 2011, p. 61.

desaparecimento do poder diretivo do empregador, *ex vi* do vigente artigo 2º da CLT. Noutros dizeres, a marcha do direito do trabalho conduziu a um paradoxo marcado pela coexistência entre poder diretivo do empregador e direitos fundamentais titularizados pelo empregado.

Destaque-se então que a necessidade de equacionamento dessa questão é registrada por Ricardo de Paula Alves em artigo no qual investiga o contexto da liberdade de expressão na relação de emprego. Ele afirma textualmente que "não há dúvida de que dentro de um regime democrático o indivíduo não possa ter sua liberdade suprimida, ainda que esta supressão tenha sido efetuada nos limites de um contrato" (ALVES, 2001, p.132). [268]

O precitado jurista prossegue formulando os seguintes questionamentos para reflexão: " Como explicar o estado de subordinação? Como conciliar esta subordinação com a inalienabilidade dos direitos fundamentais?"(ALVES, 2001, p.132).[269]

Supiot, citado por Alves (2001, p. 132), formula então a indagação que efetivamente deve perturbar o pesquisador do direito do trabalho, expressa nos seguintes termos: como fazer do trabalhador um homem livre considerando que ele esteja sujeito a um poder privado?[270]

Quer nos parecer que a resposta para essa indagação vem tanto do apontado desenvolvimento do direito do trabalho, o qual sinaliza, historicamente, para o contingenciamento do poder de direção do empregador, quanto do desenvolvimento das teorias relativas aos direitos de personalidade e dos direitos fundamentais.

Sob o ponto de vista da doutrina laboral, vale citar como exemplo de diretriz teórica que aponta para a contingência do poder diretivo as considerações de Magano (1982), que, ao tratar dos limites derivados dos princípios da especialização, da subordinação e do respeito aos direitos individuais, afirma de maneira categórica:

> Finalmente, o princípio de respeito aos direitos individuais, o que quer dizer que o exercício do poder diretivo não pode interferir em certos direitos do trabalhador, tais como o da liberdade física, o da liberdade de

---

[268]ALVES, R. P. Vida pessoal do empregado: liberdade de expressão e direitos fundamentais do trabalhador considerações sobre a experiência do direito francês. *Revista de Direito do Trabalho*, São Paulo, v. 27, n. 104, p. 132-150, 2001.
[269]Ibid.
[270]SUPIOT apud ALVES, 2001, p. 132.

> consciência, os derivados do *status civitatis* e do *status familiae*. (MAGANO, 1982, p. 137)[271]

Em certo sentido, ao afirmar que o empregador não pode interferir em certos direitos do trabalhador, Magano prevê que, mesmo durante a relação de trabalho, o empregado não se encontra destituído dos direitos aludidos.

A doutrina nacional oferece o exemplo de outros juslaboristas que albergam o posicionamento do precitado jurista e para exemplificar o acerto desta alegação podemos mencionar, sem medo de errar, as considerações de Barros, que acerca das limitações do empregador, afirma que "a inserção do empregado no ambiente de trabalho não lhe retira os direitos de personalidade, dos quais o direito à intimidade constitui espécie."[272]

Romita, por sua vez, consigna com seu posicionamento essa concomitância entre a condição de trabalhador subordinado e o cidadão detentor de direitos fundamentais:

> Em tempo e local de trabalho, embora submetido ao poder de direção do empregador em virtude do vínculo de subordinação, o empregado conserva sua qualidade de 'homem livre. A relação de emprego não o priva de seus direitos e liberdades. (ROMITA, 2009, p. 213).[273]

A condição de cidadania do empregado não é esfumaçada pela realidade da relação de emprego. Admitem alguns que seja contingenciada. Essa situação de debilidade do trabalhador em face do empregador, no entanto, de fato é realçada e ressaltada, trata-se de um *status civitatis* na definição de Magano (1982)[274], haja vista que somente essa condição tem o escopo de frear desmesurados avanços do poder de direção do empregador.

Objeto de análise do jurista espanhol Palomeque Lopez, a cidadania na relação de trabalho e de emprego, recebe as seguintes considerações:

> Al próprio tiempo, otros derechos de caráter general y por ello no específicamente laborales pueden ser ejercitados, sin embargo, por los trabajadores em el âmbito del contrato de trabajo, por ló que em tal caso adquieren singularmente un contenido o dimension laborales sobrevenidos. Se produce así una impregnación laboral de derechos de titularidad general o inespecífica por el hecho de su utilización por trabajadores asalaridos a propósito y en âmbito de un contrato de trabajo (o de una relación funcional o estatutária em su caso). Son derechos atribuídos com caráter general a los ciudadanos que, si ejercitados por trabajadores, se convierten em verdaderos derechos laborales por razón de los sujetos y de la naturaleza de la relación jurídica em que se hacen

---

[271]MAGANO, O. B. *Do poder diretivo na empresa*. São Paulo: Saraiva, 1982.
[272]BARROS, A. M. *Proteção à intimidade do empregado.* São Paulo: LTr, 2009, p.24.
[273]ROMITA, A. S. *Direitos fundamentais nas relações de trabalho*. 3. ed. São Paulo: LTr, 2009, p. 213.
[274]MAGANO, O. B. *Do poder diretivo na empresa*. São Paulo: Saraiva, 1982.

> valer, en derechos, constitucionales o no, laborales inespecíficos. La celebración de um contrato de trabalho, há dicho en este sentido el Tribunal Constitucional, 'no implica en modo alguno la privación para una de las partes, el trabajador, de los derechos que la Constitución le reconece como ciudadanos' (STC 88/1985, de 19-VI). Derechos del ciudadano trabajador, a fin de cuentas, que ejercita como trabajador ciudadano. [275]

A bem da verdade, o traço comum entre os doutrinadores mencionados, bem como da jurisprudência aludida é justamente a compreensão sobre a necessidade de se impor limitação ao poder de um particular, o empregador, para que direitos fundamentais de outro particular, o empregado, não sejam vulnerados.

Ora, se a doutrina admite que o empregador pode, sob o ponto de vista fático, violar direitos fundamentais do empregado, ela alcança um grau de superação da velha concepção de ancoragem liberal que só vislumbrava a existência de eficácia dos direitos fundamentais no plano vertical, isto é, no plano Estado-cidadão.

Sem aprofundar a discussão sobre a eficácia dos direitos fundamentais em sentido vertical e horizontal, é possível ter claro que a relação de emprego é uma relação de poder, como bem lembra Delgado, relação de poder essa que alberga a possibilidade de confrontação de direitos fundamentais E contribui com um dado desafiador para a chamada teoria da eficácia horizontal dos direitos fundamentais.

Em atenção ao objeto deste estudo, que não pretende aprofundar-se nas teorias da eficácia horizontal direta ou indireta dos direitos fundamentais, sugerem-se as consagradas lições de Alexy[276], Sarlet[277] e Amaral que acerca do tema da eficácia direta e imediata, no plano horizontal, dos direitos fundamentais afirma que:

> segundo esse teoria, as relações jurídica estabelecidas entre os sujeitos privados estão sujeitas às disposições constitucionais dos direitos fundamentais, de forma direta ou imediata, sem qualquer intervenção do legislador, razão pela qual as normas de direitos fundamentais contidas na Constituição geram, conforme sua respectiva natureza, direitos subjetivos

---

[275]Palomeque Lopez no prólogo de ROJAS RIVERO, G. P. *La libertad de expresión del trabajador*. Madrid: Editorial Trotta, 1991, p. 7-8.

[276]ALEXEY, R. *Teoria dos direitos fundamentais*. São Paulo: Moderna, 2011, p. 520-542.

[277]SARLET, I. W. *A eficácia dos direitos fundamentais*: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10. ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 257-383.

> dos cidadãos oponíveis erga omnes, ou seja, tanto em face do Estado como perante os demais indivíduos. (AMARAL, 2007, p. 69.).[278]

Noutros dizeres, não seria ousado afirmar que a discrepância entre empregado e empregador dá margem a que se conceba a ocorrência fática de violações de direitos fundamentais, como o direito à liberdade de expressão do empregado.

Em sociedades mais equilibradas e em relações jurídicas mais paritárias, a necessidade de proteção dos direitos fundamentais é um dado efetivamente real. No Brasil e em países desiguais, esse dado é potencializado por relações jurídicas traçadas pela intensa debilidade de um dos contratantes, como no caso da relação de trabalho.

Este contexto de desigualdades e desequilíbrio justifica efetivamente que se acolha a teoria da eficácia imediata dos direitos fundamentais no plano horizontal.

No trato dessas desigualdades abissais no interior da nossa sociedade, Sarmento advoga que "estas tristes características da sociedade brasileira justificam um reforço na tutela dos direitos humanos no campo privado, em que reinam a opressão e a violência."[279]

Observada a linha de estudo neste tópico, pode-se afirmar que tanto o direito do trabalho quanto o direito constitucional, no que toca os direitos fundamentais vigentes na relação de emprego, constituem limites de contenção e de disciplinamento para o poder diretivo do empregador.

Resguardados pelas funções democrática e civilizatória do direito do trabalho e pela teoria da eficácia horizontal, esses direitos têm aplicação plena e imediata. Ou seja, em relação ao trabalhador subordinado, no Brasil há pleno amparo, eficaz e imediato, prescrito nos incisos IV (é livre a manifestação de pensamento, sendo vedado o anonimato); VI (é inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos, religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e as suas liturgias); IX (é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica

---

[278]AMARAL, J. R. P. *Eficácia dos direitos fundamentais nas relações de trabalhistas*. São Paulo: LTr, 2007. Na mesma obra, o autor nos apresenta uma retrospectiva histórica dos momentos iniciais de surgimento e desenvolvimento da Teoria da Eficácia Direta ou Imediata nos seguintes termos, in verbis: "Importa mencionar, inicialmente, que teoria da eficácia direta ou imediata dos direitos fundamentais no âmbito das relações jurídicas dos sujeitos privados (Unmittelbare Drittwirkung), tal como já mencionado em item anterior, surgiu na década de 1950, na Alemanha, por meio dos estudos de Hans Carl Nipperdey, quando publicou ensaio sobre a igualdade salarial da mulher – Gleicher Lohn der Frau für gleiche Leistung. A teoria formulada pelo ilustre autor alemão tinha como pressuposto a verificação no sentido de que, no âmbito das denominadas sociedades organizadas, há diversos grupos ou sujeitos dotados de grande influência na esfera social e econômica, com plena aptidão para vulnerar os direitos fundamentais de outros cidadãos, no âmbito de suas relações jurídicas."

[279]SARMENTO, D. *Direitos fundamentais e relações privadas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2010, p. 239.

e de comunicação, independentemente de censura ou licença); e XIV (é assegurado a todos o acesso a informação e resguardo o sigilo da fronte, quanto necessário ao exercício profissional), do artigo 5º da CF.

Melhor dizendo, o direito fundamental à liberdade de expressão faz parte do acervo jurídico do empregado, eis que, antes de empregado é cidadão, não deixando de ser cidadão depois do enlace da relação de emprego.

A eficácia desse direito fundamental de fato não tolera a exclusão ou a inaplicabilidade, mormente na relação de emprego. Essa é a postura de Rojas Rivero (1991, p. 39) ao afirmar que:

> la eficácia general no admite exclusiones, ni zonas exentas de la aplicación de la norma. Aunque los derechos fundamentales devem, según há entendido el TC (S 120/83, 15-XII), ponderarse a luz del contrato de trabajo, desconocerlos supondría atentar contra la constitución misma.[280]

Em âmbito nacional, Silva formula diretriz acerca da chamada eficácia das normas constitucionais sobre as liberdades e arremata o assunto dizendo:

> as normas constitucionais que definem as liberdades consideradas neste capítulo são, via de regra, daquelas que denominamos de eficácia plena e aplicabilidade direta e imediata, porque o legislador constituinte deu normatividade suficiente aos interesses vinculados à matéria de que cogitam. Vale dize, não dependem de legislação nem de providência do Poder Público para serem aplicadas. (SILVA, 2012, p. 268)[281]

A título de conclusão acerca da eficácia do direito à liberdade de expressão na relação de emprego, tanto o sentido teleológico do direito do trabalho, sobretudo em sua função civilizatória e democratizante, quanto a superação dos velhos cânones liberais confirmam a plena eficácia do direito à liberdade de expressão na relação de emprego.

5.3 DAS FORMAS DE LIBERDADE DE PENSAMENTO E LIBERDADE DE EXPRESSÃO DO EMPREGADO

Nos itens precedentes deste capítulo apresentou-se o conceito de liberdade de expressão, fixaram-se as diferenças entre vida íntima, vida privada e vida pessoal do

---

[280]ROJAS RIVERO, G. P. *La libertad de expresión del trabajador*. Madrid: Editorial Trotta, 1991, p. 39.
[281]SILVA, J. A. *Curso de direito constitucional positivo*. 35.ed. rev. atual. até a Emenda Constitucional n. 68 de 21.12.2011. São Paulo: Malheiros, 2012.

empregado, bem como apresentaram-se os lineamentos do poder diretivo do empregador (5.1). A discussão acerca da eficácia desse direito fundamental foi tratada no item 5.2.

Pois bem, a título de direcionamento deste estudo, a atenção volta-se para a questão da liberdade de pensamento e para o trato, se bem de forma ampla e generalizante, das múltiplas possibilidades de caracterização da liberdade de expressão do empregado.

Nesse mister, a reflexão aponta para a constatação de que a celebração de um contrato de trabalho pelo cidadão não significa que toda sua existência passe a ser regrada pelo vínculo de subordinação firmada com seu empregador. Existem limites para a extensão e avanço do poder diretivo do empregador, como já bem lembrado. O que torna sem sentido a compreensão de que toda a existência do trabalhador passe a ser orientar pelo contrato de trabalho.

Alguns admitem e advogam a tese de que o próprio sentido subordinante dessa modalidade de relação jurídica determina e impõe que o modo de proceder do empregado vá passar por adaptações decorrentes da relação de emprego. Todavia, admitir por isso que o poder laboral vá influir na compreensão do mundo desse empregado, vá determinar a formação do seu pensamento, vá afetar seus conceitos sobre arte, literatura, filosofia, orientação sexual e política, há uma considerável distancia.

Neste sentido, o que se poderia tomar em consideração, conforme tal corrente, é que o poder diretivo do empregador e a consequente subordinação do empregado têm consideração apenas e tão somente em circunstâncias vinculadas ao contexto da relação de emprego. Nada além disso.

> sin dal lontano 1915 il Barassi aveva notato que la subordinazione doveva essere limitata strettamente allá técnica attuazione del lavoro e cessare nelle ore di liberta salvo casi eccezionalissimi ed aveva esaminato lungamente se e fino a che punto fosse oportuna uma ingerenza dei datori nell'organizzare quelle attività che oggi chiameremmo dopolaoristiche ed assistenziali. (SAVINO, 1943, p. 173).[282]

Em posição análoga à que se esposa aqui, Aimo afirma que:

> la scelta individuale di stipulare um contratto di lavoro, in línea di massima, non deve portare con sé o determinare altre scelte, su aspetti altri della vita dell'uomo: se cosi fosse, come effeto indotto o mediato di um eserciczio abusivo del potere disciplinare datorialie, l'impreditore, e

---

[282]SAVINO, M. *La susubordinazione nel rapporto di lavoro*. Torino: Libreria Scientifica G. Giappichelli, 1943, p. 173.

> non Il lavoratote, sarebbe in realtá autore e registra di uma parte della vita di quest'ultimo. (AIMO, 2003, p. 174).[283]

A doutrina fornece o entendimento de que o contrato de trabalho impõe subordinação ao empregado; no entanto, essa subordinação fica limitada às circunstâncias do próprio contrato de trabalho sem extrapolar esses limites, exceção feita a situações excepcionais.

Dessa forma, todas as manifestações do empregado, exteriores ao contexto do trabalho, ressalva feitas a determinadas situações, como nas organizações de tendência, orientam-se pela imunidade em relação à longa *manus* do poder de direção. Contexto extensível, por exemplo, à liberdade de pensamento.

Aliás, o próprio termo, liberdade de pensamento, guarda certa sensação de intangibilidade, dado que ele também alberga um conceito de esfera íntima, incólume, insuscetível à constrição externa.

Autores como Dória (apud SILVA, 2012, p. 241) por que divisam a questão da liberdade de pensamento em termos que preferimos qualificar como liberdade de expressão, haja vista qualificarem a denominação em apreço como o "direito de exprimir, por qualquer forma, o que se pense em ciência, religião, arte, ou o que for."[284]

De toda sorte, seja em relação à liberdade de pensamento, seja em relação à liberdade de expressão, trata-se de direito infenso, na maioria das situações, à ingerência do empregador.

A doutrina trata a questão como liberdade de pensamento e de expressão, vinculada a aspectos originados na esfera da intimidade – orientação sexual, por exemplo, ou no campo privado (relações familiares), ou no campo da liberdade pessoal (orientação ideológica, política, filosófica, cultural etc.).

A liberdade de pensamento e a liberdade de expressão podem ser exteriorizadas das mais variadas maneiras, mediante uma prática religiosa, orientação política, ideológica, cultural, mediante legitimo exercício do direito de crítica, mediante autodeterminação exterior.

A questão ganha intensidade seja em razão da discussão acerca da existência ou inexistência de direitos fundamentais absolutos e é mais problematizada quando se leva em

---

[283]AIMO, M. *Privacy, libertà di espressione e rapporto di lavoro.* Napoli: Casa Editrice Jovene, Universitá di Torino, 2003.

[284]DÓRIA, apud SILVA, 2012, p. 241. Cf. *Direito constitucional: comentários à constituição de 1946*, v. III/602.

conta que a liberdade de expressão do empregado pode manifestar-se de maneira multiforme.

Neste quadro a indagação pertinente passa a ser quais obstáculos se opõem ao exercício dessa liberdade e que respostas doutrinárias enfrentam essas intentadas limitações? É essa a tarefa a que se propõe esta reflexão.

5.4 DAS OBJEÇÕES À LIBERDADE DE EXPRESSÃO DO TRABALHADOR – CONSIDERAÇÕES DOUTRINÁRIAS

A discussão em torno da liberdade de expressão na relação de trabalho de uma forma geral, mas sobretudo na relação de emprego em particular, não é traçada pela concordância, haja vista a existência de vivo debate no plano doutrinário e jurisprudencial sobre a possibilidade de sua efetivação real, sem que se comprometam deveres e imposições característicos dessa modalidade de relação jurídica.

A celeuma ganha vivacidade quando se toma em consideração que o contrato de trabalho impõe ao empregado algumas limitações ao exercício de seus direitos em razão da existência do dever de fidelidade, decorrente da subordinação que esse ajuste impõe.

Efetivamente, o empregado jamais é destituído de sua condição de cidadão; no entanto, no universo das relações jurídicas, admitem alguns que se experimenta um contingenciamento de seus direitos fundamentais em razão de duas prerrogativas básicas e elementares.

Por primeiro, no contexto da relação mantida com a pessoa jurídica, o empregado também vai se deparar com alguns direitos fundamentais titularizados pelo empregador e por outros empregados, o que poderia delimitar o exercício de determinados direitos fundamentais do empregado.

E de fato, para determinadas correntes, ao procedermos a uma análise sistemática da legislação, já a partir do plano constitucional, passando por disposições do Código Civil e desembocando no estuário jurisprudencial, teremos caracterizada uma compreensão segundo a qual determinados direitos de personalidade são titularizados pelas pessoas jurídicas.

No Brasil, a corrente que adota a diretriz da existência de direitos fundamentais ou de personalidade atribuíveis às empresas principiam suas considerações pela menção ao dispõe o inciso X do art. 5º da Constituição Federal, *in verbis* "X – são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação."

Ora, tomando-se em conta que intimidade, honra e imagem são atributos da personalidade e considerando a disposição contida no art. 52 do Código Civil de 2002, advogam as referidas correntes a aplicação às pessoas jurídicas, no que couber, a proteção dos direitos da personalidade.[285]

Nota-se, pois, uma relação de disciplinamento conjunto, de certa forma complementar entre o inciso X do artigo 5º da CF e o que prescreve a lei civil.

Inegavelmente, a melhor técnica seria disciplinar legal e diretamente essa relação incidente sobre tal questão, como procede o Código de Trabalho em Portugal, que fixa no artigo 16.1 (reserva da intimidade da vida privada) a obrigatoriedade de o empregado e o empregador respeitarem os direitos de personalidade da contraparte:

> Art. 16º (Reserva da intimidade da vida privada) - 1 – O empregador e o trabalhador devem respeitar os direitos de personalidade da contraparte, cabendo-lhes, designadamente, guardar reserva quanto à intimidade da vida privada.[286]

No âmbito da legislação nacional e estrangeira, colhem-se exemplos de dispositivos que reconhecem à pessoa jurídica o direito de ter resguardados aspectos concernentes a um patrimônio moral, direitos relacionados ao que chamamos atributos da personalidade ou direitos fundamentais.

Por esse argumento, afirmar que o empregado dispõe de direito absoluto à liberdade de expressão significaria dizer que ele tem direito a transmitir publicamente tudo o que sabe da empresa. Ora, de acordo com essa corrente, tal situação seria exemplo teratológico de expressiva ameaça a direitos essenciais da pessoa jurídica, posição essa esposada pelo próprio Superior Tribunal de Justiça, cristalizada na Súmula 227, que estabelece textualmente que "a pessoa jurídica pode sofrer dano moral."

Palmilhando o caminho da legislação e da jurisprudência, a doutrina também exemplifica asserções de juristas que propugnam o acerto dessa posição.

Mallet (1995, p. 36) segundo a qual "é preciso não perder de vista que a proteção legal da personalidade, especialmente no tocante à intimidade, estende-se igualmente ao empregador."[287]

---

[285]Código Civil Brasileiro – art. 52 – Aplica-se às pessoas jurídicas, no que couber, a proteção dos direitos da personalidade.
[286]MARTINEZ, P. R. et al. *Código do trabalho anotado*. 5. ed. Lisboa: Almedina, 2007, p. 107.
[287]MALLET, E. *Direito, trabalho e processo em transformação*. São Paulo: LTr, 1995, p. 36.

Afirmação mais contida, mas não menos reconhecedora de um certo dado de intimidade da empresa extrai-se do raciocínio de Oliveira (2010, p. 86), quando assim se posiciona acerca do tema:

> Falar em intimidade, não do empregador ou de seus prepostos como pessoas físicas, mas da empresa pessoa jurídica, pode ser exagero. Todavia, quando se estuda a figura do ato faltoso da revelação de segredo por parte do empregado, pode-se dizer que houve a violação de uma certa "intimidade" conhecida como 'alma do negócio.[288]

Também de acordo com as correntes limitadoras, a segunda razão de contingencia é que o direito à liberdade de expressão do empregado diz respeito à falta de titularidade de direitos absolutos por quem quer que seja. Além de ser intensamente restringido por uma ideia extremamente limitadora calcado no conceito anacrônico de boa-fé.

A propósito, é necessário esclarecer que os juristas citados, Mallet e Oliveira, não se alinham com as correntes mais conservadoras que radicalizam a interpretação restritiva calcada em deveres e direitos da empresa e nos deveres de fidelidade e da boa-fé do empregado.

Para que não paire qualquer dúvida sobre nossas referências aos dois últimos juristas citados Mallet (1995)[289]e Oliveira (2010)[290], destaque-se que nenhum dos dois doutrinadores citados nas últimas linhas filiam-se a essa compreensão.

Aliás, sobre a corrente mais antiquada, o que se poderia afirmar é que o equivoco dos conservadores deriva, sob os pontos de vista político e jurídico, da radicalização dessa compreensão restritiva ao exercício desse direito fundamental do empregado. Apoiam seus argumentos restritivos em princípios, como da boa-fé e da razoabilidade; em deveres, como o da fidelidade do empregado; bem como em um ou outro dispositivo de lei cujo viés lhes permite confirmar essa redução dos direitos fundamentais em face da relação de emprego.

Para a pesquisadora espanhola Rojas Rivero, que se opõe a essa diretriz doutrinária de restrição, as correntes conservadoras objetivam limitar o exercício dos direitos fundamentais sob o pálio da negação de conflitos e da divergência de interesses na relação de emprego. De fato trata-se de uma concepção que contempla uma situação de

---

[288]OLIVEIRA, P. E. V. *O dano pessoal no direito do trabalho*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2010, p. 86.
[289]MALLET, E. *Direito, trabalho e processo em transformação*. São Paulo: LTr, 1995.
[290]OLIVEIRA, P. E. V. *O dano pessoal no direito do trabalho*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2010.

efetiva supremacia pessoal do empregador agregada à existência de um medieval dever de fidelidade do empregado.[291]

Paralelamente, a pesquisadora informa que essa compreensão restritiva também lança mão de seus postulados com base em interpretação conservadora do texto de lei, sobretudo do Código Civil espanhol, mais especificamente do artigo 1258 y 7.1, que impõe o dever de fidelidade nas obrigações de uma forma geral:

> El deber de fidelidade viene entendido como una ampliación del deber de correccion y de buena fe como critério de cumplimiento correcto de las obligaciones de las partes contenido en los arts. 12587 y 7.1 del C. Civil. Es definido por la doctrina como la forma laboral del princípio de buena fe em los contratos.(ROJAS RIVERO, 1991, p. 59).[292]

O erro fundamental dessa corrente decorre de uma percepção, segundo a qual a subordinação devida ao empregador é uma subordinação pessoal, subordinação a um personagem que enfeixa poderes em decorrência de atributos personalíssimos ou em razão do direito de propriedade, visão que, aliás, não é adequada nem ao contexto das grandes empresas contemporâneas.

Como se contrapor a essas correntes conservadoras? Mais uma vez Rojas Rivero apresenta o fio condutor desse raciocínio, *in verbis*:

> La interrelación que debe existir entre el derecho constitucionalmente reconocido a la libertad de expresión y los limites a la crítica que pueda realizarse de la empresa por los trabajadores, há de entenderse de tal forma que se armonicen debidamente el derecho 'a expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones mediante la palabra, el escrito o cualquier outro médio de reprodución' – art. 20.1.a CE – y la consideración debida a la empresa – art. 54.2.c y d ET – como centro en el que convergen interesses plurales que com evidencia son dignos de protección y respeto, en cuanto a la dignidad, y honor de las personas físicas que la forman y de ella misma como tal entidad independiente; limitaciones a la libertad de expresión que nacen de la propia estructura penal (delitos de injuria y calumnia) y de la proporción que debe existir entre las expressiones utilizadas, la finalidad perseguida y los médios de que se há servido para producirse. (ROJAS RIVERO, 1991, p. 96-97).[293]

Na Itália o debate não se apresenta de forma distinta, haja vista que as correntes mais favoráveis ou mais limitativas ao direito à liberdade de expressão, trilham caminhos análogos àqueles seguidos na Espanha.

---

[291]ROJAS RIVERO, G. P. *La libertad de expresión del trabajador*. Madrid: Editorial Trotta, 1991, p. 59-70.
[292]Ibid., p. 59
[293]Ibid., p. 96-97.

O argumento adotado pelas correntes conservadoras socorre-se do dever de fidelidade do empregado para com o empregador, argumento esse potencializado pelo artigo 2.105, do Código Civil italiano, cujo teor é este:

> Art. 2015 – Obbligo di fedeltà. Il prestatore di lavoro non deve trattare affari, per conto próprio o di terzi, in concorrenza con l'imprenditore, divulgare notizie attinenti all'organizzazione e ai metodi di produzione dell'impresa, o farne uso in modo da Poter recare ad essa pregiudizio.[294]

Esse debate, no entanto, estabelecido no cenário jurídico italiano é sobretudo de interpretação. Registre-se que o prevalecimento das teses mais restritivas, fundadas numa leitura extensiva do artigo 2105, do Código Civil, configuraria para o sistema jurídico peninsular um típico caso de antinomia. Senão, considere-se o que está fixado no artigo 1º do Statuto Dei Lavoratori italiani, *in verbis*:

> 1 – Libertà di opinione. I lavoratori, senza distinzione di opinioni politiche, sidicanli e di fede religiosa, hanna diritto, nei luoghi dove prestano la loro opera, di manifestare liberamente Il próprio pensiero, nel rispeto dei principi della Costituizione e delle norme della presente legge"[295]

A contradição do sistema, no entanto, é aparente, haja vista a proteção da Constituição italiana à liberdade de expressão, agregada ao que dispõe o Statuto dei Lavoratori. Combine-se isso tudo com a melhor leitura do texto que deixa adstrito o dever de fidelidade do empregado às matérias elencadas no artigo 2105 do Código Civil, sem que se permita elastecer o que é ali ventilado a outras formas de liberdade de expressão do cidadão trabalhador, mormente o direito de critica em favor e nos interesses da empresa, bem como sobre delitos de que eventualmente o empregado tenha ciência, por exemplo.

As manifestações de Aimo confirmam o que se expõe aqui ao se referir sobre o posicionamento do poder judiciário italiano.

> in una nota sentenza della Corte di Cassazione in matéria di diritto di critica se legge, ad esempio, che nell'ambito del rapporto di lavoro Il diritto di critica del dipendente nei confronti del datore li lavoro ... si attegia in modo particolare in ragione degli obblighi di collaborazione, fedeltà e subordinazione del primo, ...Che accentuano il dovere di

---

[294]GRANDI, M. ; PERA, G. *Commentario breve alle leggi sul lavoro*. Padova: Casa Editrice Dott. Antonio Milani, 1996, p. 313.
[295]Ibid., p. 451.

> chiunque di astenersi, in assenza di adeguate ragioni, della diffusione di notizie e giudizi pregiudizievoli all' esercizio dell'impresa. [296]

A questão é resolvida com a interpretação mais restritiva ainda do tema:

> non si puó però dimenticare che i divieti di divulgazione e di uso descritti nell'art. 2105 c.c. non si rireriscono ad ogni notizia riguardante l'impresa o apresa al suo interno, ma hanno um oggeto determinato, costituto dalle notizie atinenti all' organizzazione e ai metodi di produzione[...][297]

Objeções ao direito à liberdade de expressão do empregado também foram opostas na Franca, num contexto segundo o qual a liberdade de expressão do empregado somente seria exercitada nos termos e nos limites do art. 461-1 do Code du Travail.[298]

O fator determinante para que se rechaçassem quaisquer objeções ao direito à liberdade de expressão em razão de observância de regramentos defluentes do dever de fidelidade ou da boa-fé foi decorrência do posicionamento da Corte de Cassação francesa esposada no célebre acórdão "Clavaud" de 28.04.1988.[299]

Em face de declarações feitas pelo trabalhador, a empresa decidiu dispensá-lo alegando falta contra as obrigações de "reserva e discrição", com destaque evidente para a obrigação de cumprimento de boa-fé do contrato de trabalho. Do mencionado artigo extrai-se a informação segundo a qual a atuação da Corte de Cassação reagiu de forma contundente contra a dispensa do empregado, sob o argumento de que, se o artigo 461-1,

---

[296] AIMO, M. *Privacy, libertà di espressione e rapporto di lavor.* Napoli: Casa Editrice Jovene, Universitá di TorinoMemorie Del Dpartamento di scienze giuridiche, 2003. p. 236.

[297] Ibid.

[298] Art. 461-1 - Dans les entreprises ou établissements industriels, commerciaux ou agricoles, les offices publics et ministériels, les professions libérales, les sociétés civiles, les syndicats professionnels, les mutuelles, les organismes de sécurité sociale à l'exception de ceux qui ont le caractère d'établissement public administratif, les associations de quelque nature que ce soit ou tout organisme de droit privé, les salariés bénéficient d'un droit à l'expression directe et collective sur le contenu, les conditions d'exercice et l'organisation de leur travail. Cette expression a pour objet de définir les actions à mettre en oeuvre pour améliorer leurs conditions de travail, l'organisation de l'activité et la qualité de la production dans l'unité de travail à laquelle ils appartiennent et dans l'entreprise. Les opinions que les salariés, quelle que soit leur place dans la hiérarchie professionnelle, émettent dans l'exercice du droit d'expression ne peuvent motiver une sanction ou un licenciement.Les dispositions des alinéas précédents sont également applicables d'une part, aux établissements publics à caractère industriel et commercial et, d'autre part, aux établissements publics déterminés par décret qui assurent tout à la fois une mission de service public à caractère administratif et à caractère industriel et commercial lorsqu'ils emploient du personnel dans les conditions du droit privé. Disponível em: <http://www.mediasinfos.com/Lois/L461-1.htm>. Acesso em: 22 dez. 2012.

[299] ALVES, R. P. Vida pessoal do empregado: liberdade de expressão e direitos fundamentais do trabalhador, considerações sobre a experiência do direito francês. *Revista de Direito do Trabalho*, São Paulo, v. 27, n. 104, p. 132-150, out./dez., 2001.

do Código de Trabalho francês, contempla, ainda que com limitações, a liberdade de expressão dentro da empresa , deduz-se que fora dela a liberdade do empregado é plena.[300]

Alves narra ainda tentativas de opor obstáculos ao exercício da liberdade de expressão em outro caso julgado pela Corte de Cassação francesa, em 14 de dezembro de 1999. Um executivo, diretor, formulara criticas severas ao exercício do poder e à organização da empresa em que trabalhava. Uma vez mais a corte não reconheceu causas reais e sérias apara a dispensa sem sequer aventar, dessa vez, as limitações prescritas no artigo 461-1 do Code du Travail. Pautou-se, sobretudo, pelo direito à liberdade de expressão mais amplo que a liberdade de expressão trabalhista coletiva, na interpretação daquela corte.[301]

No Brasil, as interpretações restritivas também decorrem de uma visão mais atavicamente ligada aos interesses exclusivos do empregador e aos antigos cânones dos defensores da exacerbada vinculação à propriedade privada.

Correntes doutrinárias existem que não negam a adaptação dos direitos fundamentais à subordinação jurídica na relação de emprego, mas, mesmo que se adira a tal pensamento, não parece lícito argumentar que algumas alíneas do artigo 482 da CLT possam criar obstáculos o exercício da liberdade de expressão do empregado.[302]

A pedra de toque para solução desse equacionamento é a proporcionalidade, a razoabilidade e a boa-fé no exercício do direito à liberdade de expressão, não a boa-fé no seu viés mais conservador, mas a boa-fé na diretriz social, vinculada aos interesses da empresa não do empresário em si mesmo.

5.5 DOS LIMITES DO DIREITO À LIBERDADE DE EXPRESSÃO

Em certa medida, os estudos empreendidos para a redação do item anterior consolidaram a compreensão de que o exercício da liberdade de expressão, por si, não constitui violação dos deveres de fidelidade do empregado ou agressão ao princípio da boa-fé, ainda que não seja compreendido como direito catalogado como absoluto.

---

[300]ALVES, R. P. Vida pessoal do empregado: liberdade de expressão e direitos fundamentais do trabalhador, considerações sobre a experiência do direito francês. *Revista de Direito do Trabalho*, São Paulo, v. 27, n. 104, p. 145, out./dez., 2001.

[301]Ibid., p. 146.

[302]"Art. 482. Constituem justa causa para rescisão do contrato de trabalho pelo empregador: (..) g) violação do segrego da empresa; (...) j) ato lesivo da honra ou da boa fama praticado no serviço contra qualquer pessoa, ou ofensas físicas, nas mesmas condições, salvo em caso de legítima defesa, própria ou de outrem; k) ato lesivo da honra e boa fama ou ofensas físicas praticadas contra o empregador e superiores hierárquico, salvo em caso de legítima defesa, própria ou de outrem."

Por conta disso, antes de enfrentar as hipóteses mais frequentes de confrontação do poder diretivo do empregador com o direito fundamental à liberdade de expressão, titularizado pelo empregado, cabe indagar quais os critérios ou quais os balizamentos que devem orientar o operador do direito para o melhor critério de resolução de conflitos com esse viés. Noutras palavras, a liberdade de expressão do empregado é ou não é ilimitada? Caso seja, qual a posição a assumir, quais os limites desse direito?

O tratamento dessas questões pressupõe a indagação de quais as legitimas funções da liberdade de expressão; do que pode constituir-se objeto da liberdade de expressão no emprego e de quais os limites desse direito fundamental numa relação marcada pelo traço da subordinação jurídica. Respondê-las é tarefa desafiadora assumida por esta reflexão nos itens subsequentes.

5.5.1 Das Funções da Liberdade de Expressão na Relação de Emprego

Um dos traços de diferença entre sociedades autoritárias e sociedades democráticas é a forma mediante a qual são encarados os conflitos existentes em seu interior. Naquelas, em princípio, as divergências entre atores sociais são negadas ou raramente admitidas, nestas, os conflitos são admitidos com vistas ao amadurecimento da própria sociedade e à consolidação de mecanismos institucionais de equacionamento de seus dilemas.

Em sociedades autoritárias, ou os conflitos são negados, ou, se admitidos, são reprimidos. Nas sociedades mais avançadas, sob o ponto de vista dos padrões democráticos, os conflitos são admitidos e equacionados em vias institucionais especialmente criadas para esse mister.

Esse dado institucional pressupõe então a existência de mecanismos consagrados em razão de determinadas funções, ou seja, estabelecidos em consequência de uma determinada teleologia. De forma mais simplificada, todos os mecanismos de superação de conflitos sociais devem responder a uma pergunta que é justamente o “para o quê?” E a reposta a essa pergunta é que vai gerar, do ponto de vista prático, a legitimidade ou ilegitimidade desse mecanismo.

A tarefa aqui é fixar os critérios teleológicos que vão apontar para a legitimidade do exercício da liberdade de expressão na relação de emprego.

A asserção de Aimo (2003) de que a liberdade de expressão pode cumprir legitimas funções reivindicativas, funções de denuncia e até mesmo o papel de funções de cooperação ou colaborativas inspirou o início desta ponderação.[303]

Se verificada num contexto de relações de trabalho conflitantes, a liberdade de expressão voltada para o atendimento de reivindicações coletivas pode constituir instrumento de pressão, uma vez que a abrangência delas pode levar os trabalhadores a recorrer aos meios de comunicação.[304]

À luz das reflexões da jurista italiana, não é ousado afirmar que, sob o ponto de vista da lógica, a função da denúncia também pode se dar num contexto de postulações de natureza individual.

No que toca à denúncia, a segunda função, Aimo (2003) estabelece conexão desta função com as funções reivindicativas. E neste mister, não olvida que graças à lógica de cessação do fato ou do dado objetivamente ilícito, ilegal ou mesmo constitutivo de risco e ameaça aos trabalhadores (*whitstleblowing*), instituto destinado a resguardar o trabalhador das situações de ameaça em face da subordinação hierárquica, a denúncia acaba por se consolidar também como mecanismo de inibição do medo de punições ou de perda do emprego e, por consequência, mecanismo apto a instigar a comunicação de situações potencialmente ameaçadoras à saúde e segurança do empregado.[305]

Em relação à terceira função indicada por Aimo (2003), cooperativa ou de colaboração, impossível não registrar quão avançada é sua configuração, uma vez constituída da compreensão de que, ao assumir a postura conflitante, o empregado pode sim assegurar reais avanços para a própria empresa.

Nos dizeres da autora, isso é muito bem sublinhado pela magistratura italiana, *in verbis*:

> Una funzione che la magistratura há richiamato piú volte, sottolineando che denunciare con adeguata risonanza inadempienze, omissioni ou anche comportamenti sospetti oapertamente illegali nella conduzione aziendale, lungi dal porsi in conflito con Il doreve di fedeltà é collaborazione che

---

[303]AIMO, M. *Privacy, libertà di espressione e rapporto di lavor.* Napoli: Casa Editrice Jovene, Universitá di Torino Memorie Del Dpartamento di scienze giuridiche, 2003. p. 230.

[304]Ibid.

[305]Sobre o *whitstleblowing*, em nota de rodapé, Aimo esclarece que "è del 1989 il Whistleblower Protection Act (WPA), applicabile ai dipendenti pubblici federali, Il qual favorisce l'attività di denuncia in quanto finalizzata al mantenimento del processo democrático e della legalità e, di conseguenza, tutela Il whistleblower da qualsiais rappresagia di cui posso essere vitima a causa dell'esercizio di tale attività (la tutela del lavoratore denunciante, peraltro, è di regola subordinata Allá scelta di utilizare um procedimento interno di denuncia). AIMO, M. *Privacy, libertà di espressione e rapporto di lavor.* Napoli: Casa Editrice Jovene, Universitá di TorinoMemorie Del Dpartamento di scienze giuridiche, 2003. p. 226.

> incombe al dipendente, puó anzi giovare all'interesse dell'impresa rettamente intese e tradursi in un concetto piu generale ed elevato di collaborazione. (AIMO, 2003, p. 230).[306]

Ressalte-se que essa visão supera padrões de pensamento que vinculam o embate apenas a situações egoísticas dos atores sociais e passa a conceber a possibilidade de que existem propósitos e ideais mais elevados com vistas à preservação da própria comunidade produtiva.

Como se nota, se adotássemos a premissa de que nenhum direito é ungido pela garantia de seu exercício absoluto, mormente quando cotejado na vida real com outros direitos de dignidade semelhante, por exemplo o direito à honra e ao segredo, teríamos então a função do exercício desse direito, no nosso caso tratamos da função ou das funções do direito à liberdade de expressão na relação de emprego, como o fator que há de legitimar ou não o seu exercício no caso concreto. É o que nos parece sinalizar Aimo (2003).[307]

5.5.2 Dos Objetos da Liberdade de Expressão na Relação de Emprego

As relações jurídicas e o exercício de direitos podem adquirir multiformes aspectos exteriores, sendo essa a razão da dificuldade de tratar a liberdade de expressão em suas incontáveis caracterizações.

Por isso, melhor que enclausurá-la específica e casuisticamente, uma vez composta por incontáveis demonstrações de liberdade de expressão na relação de emprego, é classificar os objetos desse direito fundamental em campos ou aspectos da vida do empregado.

Considerando a promoção de um agrupamento classificatório que facilite a compreensão, sem, no entanto, desconsiderar os importantes lineamentos das funções do

---

[306]Trib. Palermo, 24 maggio 1995, in Or. giur, lav, 1995, 316; v. anche Trib. Frosinone, 8 ottobre 1986, in Foro it., 1987, I, 948, laddove si sottolinea che redere note le cose che non vano... non significa necessariamente infrangere l'obbligo di collaborazione, anzi ... la publicazione di anomalie strutturali e di cirscostanze assunte a sospetto, costituisce un comportamento che, fanalizzato al perseguimento di interessi individuali e collettivi e non al conseguimento di um mero torconaconto personale, appare próprio ispirato ad un più generale ed elevato concetto di collaborazione. AIMO, M. *Privacy, libertà di espressione e rapporto di lavor.* Napoli: Casa Editrice Jovene, Universitá di TorinoMemorie Del Dpartamento di scienze giuridiche, 2003. p. 230.

[307] AIMO, M. *Privacy, libertà di espressione e rapporto di lavor.* Napoli: Casa Editrice Jovene, Universitá di TorinoMemorie Del Dpartamento di scienze giuridiche, 2003.

direito à liberdade de expressão elencados por Aimo (2003) optou-se por abraçar a consideração mais ampla e genérica do que de fato o direito em debate.

A título de lembrança, este trabalho não deixa de abordar exemplos mais fechados e específicos do direito à liberdade de expressão na relação de emprego, bem como as consequências deles. No entanto, neste ponto, o objetivo é fixar critérios mais amplos.

Para isso recorreu-se ao artigo de Alves (2001), em que questões relativas à liberdade pessoal do empregado, liberdade de expressão e direitos fundamentais na relação de emprego são criteriosamente analisadas num viés comparativo com o direito do trabalho e com o direito constitucional francês. Nesse artigo, o mencionado autor demonstra que a questão da disciplina dos direitos fundamentais na relação de emprego, bem como o adequado contingenciamento do poder diretivo do empregador tem dois momentos ápices na França; o primeiro com as chamadas Leis Auroux (lei de 04.08.1982); o segundo, em 1992, com a conclusão do relatório Gerard Lyon Caen, conceituado professor da Universidade de Paris.[308]

Pois bem, com intuito de responder a indagação deste item, atinente aos objetos tutelados com a ideia de liberdade de expressão, transcrevemos a referência feita por Alves, acerca do aludido relatório:

> Todavia, talvez o ponto mais importante do relatório do eminente mestre da Universidade de Paris é justamente a definição clara de uma diretriz na matéria de proteção de direitos fundamentais: as restrições aos direitos fundamentais só podem ser efetuadas se a natureza da tarefa as justificar. Além disso, as referidas restrições devem ser proporcionais aos objetivos perseguidos. [309]

A *contrario sensu*, o relatório deixa entrever que o objeto dos direitos fundamentais do empregado é tudo quanto não diga respeito à relação de emprego. Mesmo que haja contato com a relação de emprego, somente poderá haver limitação se existir justificativa para tanto e de forma proporcional aos objetivos perseguidos – enfatize-se – pela empresa.

---

[308] ALVES, R. P. Vida pessoal do empregado: liberdade de expressão e direitos fundamentais do trabalhador considerações sobre a experiência do direito francês. *Revista de Direito do Trabalho*, São Paulo, v. 27, n. 104, p. 132-150, 2001.

[309] ALVES, R. P. Vida pessoal do empregado: liberdade de expressão e direitos fundamentais do trabalhador considerações sobre a experiência do direito francês. *Revista de Direito do Trabalho*, São Paulo, v. 27, n. 104, p. 132-150, 2001. O destaque que deve ser feito neste ponto é a transcrição, também feita por Paula Alves, do art. 120-2 do Code du Travail com a seguinte prescrição: "Nul ne peut apporter aux droits dês personnes et aux libertes individuelles et collectives dês restrictions qui NE seraint pás justifiées par la nature de la tâche à accomplir ni proportionnées au but recherché."

Fundamentado nessa evolução legislativa, Alves afirma os princípios que orientaram essa questão: "(i) a regra da indiferença relativa à vida do empregado fora da empresa, onde em princípio, não há atuação do poder do empregador; (ii) a regra da preservação das liberdades fundamentais no seio da empresa; (iii) o princípio da conciliação do 'interesse da empresa' e dos direitos fundamentais do trabalhador quando entre eles ocorrer interferência", Alves (2001, p. 136). [310]

Pois bem, de acordo com esse parâmetro doutrinário, os objetos da liberdade de expressão são todos os aspectos da vida que não tenham conexão com a relação de emprego, sejam eles de cunho cultural, comportamental, filosófico, de orientação sexual, religioso ou político. Tudo o que disser respeito à vida íntima, privada ou pessoal do empregado e que possa ser exteriorizado sem qualquer conexão com a relação de emprego é objeto de tutela desse direito fundamental cuja titularidade é assumida pelo empregado.

O debate problematiza-se, no entanto, se se aventar a possibilidade de direitos fundamentais na esfera da relação de emprego, seja no contexto intra ou extramuros da empresa. Interessa a esta reflexão a análise do exercício da liberdade de expressão no emprego, mormente mediante o exercício da crítica na relação de trabalho subordinado.

Sob esse aspecto, a questão equaciona-se graças à consagração do princípio da preservação das liberdades fundamentais no seio da empresa, princípio esse que orienta as limitações dessas liberdades tão somente se houver justificativa para tanto e se proporcionais aos objetivos perseguidos.[311]

Ainda a propósito dos exercícios fundamentais na relação de emprego, considere-se o terceiro princípio elencado por Alves (2001), mediante o qual é possível localizar um ponto de intersecção conciliatório entre os interesses da empresa e os direitos fundamentais do trabalhador.

Quer parecer a este estudo que o raciocínio da jurista Aimo (2003)[312] se compatibiliza com o texto de Alves (2001)[313], sobretudo quando se toma em conta a finalidade perseguida nessa busca do ponto de intersecção conciliatório de interesses e no atendimento da função de cooperação ou contribuição da liberdade de expressão no contexto da relação de trabalho subordinado.

---

[310]ALVES, R. P. Vida pessoal do empregado: liberdade de expressão e direitos fundamentais do trabalhador considerações sobre a experiência do direito francês. *Revista de Direito do Trabalho*, São Paulo, v. 27, n. 104, p. 132-150, 2001

[311]Ibid.

[312]AIMO, M. Privacy, liberta di espressione e rapporto di lavoro. Napoli: Casa Editrice Jovene, 2003.

[313]ALVES, 2001, passim.

Nele, o objeto da liberdade de expressão também é proteger as manifestações, ainda que aparentemente críticas e até mesmo aquelas realmente críticas, destinadas a contribuir para o avanço da atividade produtiva e o incremento das relações jurídicas defluentes delas.

Considerada a relação de emprego uma relação potencialmente conflitante, tanto o esclarecimento das funções da liberdade de expressão quanto a investigação sobre os objetos desse direito fundamental passam a ser questões essenciais para o estudo desse tema. Aliem-se a eles, por evidente, considerações sobre seus limites, que serão feitas imediatamente.

5.5.3 Dos Limites da Liberdade de Expressão na Relação de Emprego

Considerar quais são as funções da liberdade de expressão na relação de emprego, bem como avaliar o que pode ser objeto desse direito fundamental, é suficiente para que se trace uma definição, de forma lata, dos limites desse direito em debate.

É nas esferas existenciais do trabalhador mais ligadas a sua vida íntima, privada ou pessoal que se encontra uma primeira ausência de limitação da liberdade de expressão. Os limites dessa liberdade passam a ser considerados tão somente se esse direito fundamental ultrapassar as esferas que vão ser delineadas.

Ou seja, o que se afirma é que nos referidos campos da existência do empregado, vida íntima, privada e pessoal, não se mostra admissível a ingerência do poder diretivo, dada, em regra, a ausência de conexão dessas áreas com a relação de emprego. De outra forma, o que se afirma então é que a liberdade de expressão não tem limites nas matérias não condizentes com o trabalho subordinado.

Essa discussão, no entanto, radicaliza-se se e quando é avaliada a existência e o limite da liberdade de expressão no seio da empresa, no transcurso do trabalho e naquilo que diz respeito à empresa, às pactuadas condições de execução do contrato de trabalho subordinado. Sob esse aspecto, atenção necessária deve ser dada às chamadas organizações de tendências.

Mesmo em se tratando de consideração propedêutica, anterior aos casos de limites com base na casuística, não há propósito de se abordar caso a caso os limites da liberdade de expressão, razão pela qual optou-se por uma delimitação mais ampla, generalizante e apriorista cuja abordagem sim é propósito deste trabalho.

Para os setores doutrinários que concebem o contingenciamento da liberdade de expressão na relação de emprego, o exercício deste direito fundamental encontra o que a doutrina denomina limites externos e limites internos para seu gozo e efetivação nas relações jurídicas, de forma geral, e na relação de emprego, de maneira particular.

Se considerarmos superada a ideia de falta de limites para os chamados direitos fundamentais, tem-se que tanto a doutrina quanto a jurisprudência nacional e estrangeira envidam esforços para que se discipline a extensão dessa modalidade de direitos de tal maneira a se caracterizar com nitidez seus exatos contornos.

Na doutrina nacional, essa temática é abordada por Farias (2012, p. 4), em trabalho destinado a analisar a democracia, a censura e a liberdade de expressão e informação no texto Magno. Ele afirma que no artigo 220, parágrafo 1º, da CF, estão estabelecidos como limites externos "a vedação do anonimato, o direito de resposta, a indenização por danos materiais e morais, bem como os direitos à honra e à privacidade (a intimidade, a vida privada e a imagem)."[314]

Noutros dizeres, os limites externos da liberdade de expressão são colhidos graças ao balanceamento deles com outros direitos fundamentais, de mesmo nível constitucional.

A doutrina italiana, por seu turno, também se afina pelo mesmo diapasão, haja vista proceder a distinção entre limites externos e limites internos. No âmbito da pesquisa peninsular, a análise da liberdade de expressão no âmbito da relação de emprego feita por Martire conclui que ela é realizada a partir de uma decisão da Corte de Cassação.[315]

> Da qui, la ricostruzione sistemática degli orientamenti dottrinali e giurisprudenziali, ha permisso di individuare le categorie di limiti alle quali oggi il diritto di critica soggiace, distinguendo tra i limiti esterni – costituiti dal bilanciamento ter contrapposti interessi costituzionalmente garantiti a cui si è fatto ora riferimento.[316]

---

[314]FARIAS, E. Democracia, censura e liberdade de expressão e informação na Constituição Federal de 1988. Disponível em:<http://www.pi.trf1.gov.br/Revista/revistajf1_cap6.htm>. Acesso em 23 dez. 2012.

[315]"L'esercizio da parte del lavoratore del diritto di critica nei confronti del datore di laboro, con modalità tali che, superando i limiti del rispetto della verità oggettiva, si traducono in una condotta lesiva del decoro dell'impresa datoriale, suscettibile di provocare con la caduta della sua immagine anche um danno econômico in termini di perdita di commmesse e di occasioni di lavoro, è comportamento idôneo a ledere definitivamente la fidúcia che sta allá base del rapporto dei lavoro, integrando violazione del fidúcia che sta allá base del rapporto dei lavoro, integrando violazione del dovere scaturente dall'art. 2105 c.c., e puó costituire giusta causa di licenziamento. – Corte di Cassazione – Sezione Lavoro 10 dicembre 2008, n. 29008 – Pres. Ianniruberto. MARTIRE, G. *Diritto di critica del lavoratore e obbligio di fedeltà*: un equilíbrio delicato. Disponível em: <www.treccani.it/portale/sito/diritto>. Acesso em: 23 dez. 2012..

[316]MARTIRE, G. *Diritto di critica del lavoratore e obbligio di fedeltà*: un equilíbrio delicato. Disponível em: <www.treccani.it/portale/sito/diritto>. Acesso em: 23 dez. 2012.

Afinal, a liberdade de expressão na relação de emprego não pode ser objeto de proibição, sob o risco de malferir as disposições constitucionais de aplicação imediata constantes do inciso IV do artigo 5º, bem como do artigo 220 da CF. No entanto, o próprio texto constitucional alinha a limitação externa a esse direito, advinda de outros direitos de mesma estatura fundamental.

Em relação aos chamados limites internos à liberdade de expressão, no entanto, a doutrina lembra a submissão da matéria em debate aos chamados princípios do conteúdo substancial e do conteúdo formal.[317]

Em relação ao princípio do conteúdo substancial dos limites internos, demanda-se que o legitimo direito à liberdade de expressão do empregado seja exercido com o amparo da verdade, que os fatos narrados pelo empregado sejam efetiva e objetivamente verdadeiros.

E o é verdade objetiva no contexto do debate acerca dos limites internos da liberdade de expressão na relação de emprego? Martire (2012, p. 2) sugere que "in proposito è stato notato come l'orientamento della giurisprudenza sai improntato ad assoluto rigore, non ammettendo né la verità putativa di un fatto, né la verosimiglianza o la seria attendibilità dele notizie divulgate."[318]

Além do princípio do conteúdo substancial dos limites internos, abordados nas linhas imediatamente anteriores, mencione-se, uma vez mais, a existência daquilo que a doutrina denomina de principio do conteúdo substancial dos limites internos da liberdade de expressão. De novo, Martire (2012, p. 3) reporta excerto da jurisprudência pela Corte de Cassação italiana:

> la legitimità della critica del lavoratore soggiace altresì al principio di continenza formale che impone il ricorso Allá formulazione di opinioni ed espressioni che, anche se apertamente polemiche, siano rapportate ai parametri di correttezza e civiltà desumibili dalle fondamentali regole del vivere civile"[319]

---

[317]Os termos empregados retratam uma tradução livre do autor e baseiam em texto da Giovanna Martire que acerca da questão assim se posiciona: "... e limiti interni al diritto di crítica il cui rispetto è calibrato sull'osservanza del principio di continenza sostanziale de un lato, e del principio di continenza formale dall'altro." MARTIRE, G. *Diritto di critica del lavoratore e obbligio di fedeltà*: un equilíbrio delicato. Disponível em: <www.treccani.it/portale/sito/diritto>. Acesso em: 23 dez. 2012.

[318]MARTIRE, G. *Diritto di critica del lavoratore e obbligio di fedeltà*: un equilíbrio delicato. Disponível em: <www.treccani.it/portale/sito/diritto>. Acesso em: 23 dez. 2012.

[319]Ibid., p. 3. – Cfr. Cass., 14 giugno 2004, n. 11220; Cass.; 22ottobre 1998, n. 10511, in RIDL, 1999, II, 654; In dottrina, così Failla, Diritto di critica e rapporto di lavoro: una importante presa disposizione della Corte di Cassazione, in Mass. Giur, lav., 1998, p. 666

Não basta, pois, apenas o atendimento do princípio substancial atinente à verdade. É necessário também que se tome em consideração a real finalidade da critica pública, em muitos casos potencialmente caracterizadora de danos à empresa, e a forma como é formulada.

A linha esposada aqui é corroborada por Martire que, sobre a forma como a critica é trazida a público, afirma que "*la critica scorretta, espressa, cioè, non in forma moderata, ma con modalità lesive dell'immagine e del decoro del datore di lavoro, viene, pertanto, considerata illecita.*"[320]

Na doutrina jurídica nacional, Edilson Farias vincula o esse limite interno à veracidade dos fatos, com o que concordamos parcialmente, haja vista que, conforme entendimento popular, não se trata apenas do que se fala, mas como se fala e com qual propósito se fala.

Claro e evidente que não se trata de menosprezar os limites mais pormenorizadamente descritos, como os que condizem com a honra do empregador, dos colegas ou de terceiros, bem como os chamados segredos da empresa, os quais, em razão de suas especificidades serão tratados em tópicos seguintes.

5.6 LIBERDADE DE EXPRESSÃO E RELAÇÃO DE EMPREGO - EXEMPLOS

Os nossos estudos demonstram que o empregado jamais é destituído de sua condição de cidadão, inclusive porque este *status civitatis* precede à condição de trabalhador subordinado. Neste sentido, ainda que se admita o contingenciamento de determinados direitos na relação de emprego, jamais poderia ser tolerada a ideia de supressão do referido *status*. E neste sentido, tem-se então uma condição muito mais perene que àquela condição de trabalhador subordinado, a qual desaparece quando o vínculo de emprego é encerrado.

Por conta disso, registra-se então um potencial conflito entre a subordinação inerente à relação de emprego e a elevada dignidade da condição de cidadão, jamais apartada do trabalhador. O que determina sejam encontrados meios para a superação dessa antinomia existencial do individuo/cidadão/trabalhador.

Nas linhas anteriores, tencionamos demonstrar a existência de entendimentos que acolhem limites tanto para a ação do poder diretivo do empregador, quanto para o

---

[320]MARTIRE, G. *Diritto di critica del lavoratore e obbligio di fedeltà*: un equilíbrio delicato. Disponível em: <www.treccani.it/portale/sito/diritto>. Acesso em: 23 dez. 2012. p.3.

exercício da liberdade de expressão naquilo que diga respeito à relação de emprego. E nesse mister, fizemos abordagem mais genéricas, panorâmicas, destinadas tão somente oferecer critérios para eventuais conflitos que pudessem advir do contraponto exposto desde o início deste estudo.

A liberdade de expressão do empregado pode se manifestar no âmbito de sua vida íntima, de sua vida privada e de sua vida particular e neste universo, em geral, tende a não ter qualquer relevância para a relação de emprego.

Paralelamente, não se nega que essa liberdade de expressão possa ser exercida na relação de emprego, durante sua vigência e em sua execução, sem que o empregador possa opor resistência e objeções, exceção feita a determinadas matérias e à forma como é realizada.

Acrescente-se a esse debate acerca da liberdade de expressão as chamadas organizações de tendência, tema que o vem problematizar mais ainda. Não pode ser olvidado que traduz a possibilidade de exercício da liberdade de expressão não apenas por meio da palavra, falada ou escrita, eis que o comportamento, a forma de se vestir também caracterizam a liberdade de expressão.

A análise dos casos mais práticos de liberdade de expressão no contexto da relação de emprego parte das considerações sobre a chamada objeção de consciência. É um tema relevante uma vez que compreende a possibilidade fática de que uma determinada disposição legal ou, no caso da relação de emprego, contratual que possa ser objetada. Por certo, ela pode confrontar o chamado poder diretivo, num contexto de uma situação fática que demande posicionamento do poder judiciário.

5.6.1 Da Objeção de Consciência

O atual estágio do direito positivo brasileiro não permite e não tolera questionamentos incidentes sobre a inviolabilidade da consciência e da crença do cidadão, conforme se extrai do inciso VI do art. 5º da Constituição Federal. Tampouco concede que se tome por legalmente factível a privação de direitos em razão de religião ou de convicção filosófica ou política, conforme prescrição do inciso VIII do mesmo artigo constitucional.

Portanto, do próprio plano constitucional extrai-se a garantia de que o individuo pode trilhar o caminho religioso que satisfaça suas condições de transmitir a melhor experiência com o conceito de divino e de transcendental. Da mesma forma, todo cidadão tem o direito de adotar a orientação filosófica, bem como filiar-se a concepção política e

ideológica que lhe aprouver, sem que por isso seja privado de direitos de qualquer natureza.

Evidentemente, esses e outros direitos fundamentais, dentre os quais o direito à liberdade de expressão, previsto no inciso IV do art. 5º e no art. 220 da Constituição Federal, são extensíveis aos cidadãos, incluso ai o multicitado cidadão-empregado.

Uma vez mais, o debate ganha dramaticidade se se propõe cotejo, no mesmo patamar e no mesmo plano de comparação, do direito inerente ao cidadão de ter sua consciência religiosa ou de praticar sua religião sem entrechoque com o chamado poder diretivo. Na mesma toada há de ser considerada a questão da orientação filosófica, política e ideológica do individuo.

O debate perde importância se a atividade empresarial apresentar-se neutra ou indiferente à execução e desenvolvimento do credo, da orientação filosófica, política ou ideológica do empregado. Em razão disso, vale destacar apenas a exceção às chamadas organizações de tendência, a serem abordadas.

Afirma-se que a vida íntima, privada e pessoal do empregado não diz respeito à empresa e à execução do contrato de emprego, de tal sorte que o poder diretivo não estende seu alcance ao campo das convicções e das práticas aventadas neste item.

Mais ainda, nada há de ser oposto em contrariedade ao empregado, caso, no nascedouro da relação de emprego, tenha havido pacto que contemple a possibilidade de práticas religiosas em determinados dias da semana ou que possibilite a adaptação do ajuste laboral a determinadas datas de festas religiosas.

A questão ganha relevo se, no curso da relação de emprego, algum fato inédito referente ao empregado trouxer à tona a possibilidade de que surjam situações de conflitos na execução do contrato.

Se se veda a adoção de práticas discriminatórias em relação à conformação ideológica ou religiosa do empregado, como equacionar os potenciais conflitos na execução do ajuste de emprego defluentes desses aspectos da vida pessoal dele? Noutros dizeres, pode o empregado objetar razões decorrentes de sua consciência para não cumprir os ajustes firmados no contrato de trabalho sem que isso possa comprometer a própria continuidade da relação de emprego?

Estamos a falar da objeção de consciência, conceituada como recusa do empregado ao cumprimento de uma determinada ordem, determinação ou obrigação de natureza legal ou contratual em razão de convicções religiosas, morais ou ideológicos.

Em países cujos sistemas normativos contemplam positivamente a disciplina dessa matéria, tenciona-se a obtenção de um equilíbrio entre os reclamos gerais da sociedade e as peculiaridades culturais, étnicas, religiosas, dentre outras, cuja titularidade é assumida por grupos não hegemônicos sob o ponto de vista quantitativo e da detenção do poder.

A conceituação esposada é francamente inspirada no conceito da doutrina estrangeira, sobretudo de Aimo (2003, p. 198), cuja posição revela-se *in verbis*:

> L'obiezione di coscienza è infatti comunemente definita come il rifiuto di obbedire ad una norma positiva, sai esse di fonte legal o contrattuale, in nome di un principio avvertitio dal singo come prevalente; il rifiuto, cioè, di obbedire ad un imperativo giuridico in nome di un imperativo ético radicato nella conscienza (religioso o meno) e da questão ritenuto dotato di uma forza obbligante prevalente; obiezione di coscienza è proprio questo obicere, questo gettare contro l'imperativo giuridico un altro imperativo che scaturice da una legge diversa, ritenuta superiore dalla coscienza.[321]

Trata-se claramente de um potencial conflito, que Aimo traduz *in verbis*:

> A prescindere dalla specificità própria delle aziende di tendenza, l'ideologia e/o la fede religiosa dell'individuo sono comunque suscettibili di assumere rilevanza nell'ambito dei rapporti di lavoro, potendo in particolare risultare in conflitto com la specifica prestazione dedotta in contrato. In questo caso – per tornare alle "categorie" concettuali sopra utilizzate – la ragione di coscieniza sara eventualmente invocata per sotrarsi alle obbligazioni nascenti dal contrato di laboro subordinato, che è 'legge, tra le parti."[322]

No que toca a questão da lei, observa-se que a objeção de consciência posiciona-se tanto na direção da lei – *secundum legem* – quanto em sentido contrário aos textos legais – *contra legem*.

De acordo com Aimo (2003, p. 191):

> appartengono alla prima categoria quei comportamenti individuali, a prima vista contrari alla legge, la cui salda persistenza há condotto il legislatore ad accerttarli como legitimi, attribuendo all'obiettore la facoltà di optare per un'alternativa all'azione contraria alla sua coscienza, oppure dispensandolo da qualsiasi prestazione in luogo di quella rifiutata.[323]

---

[321]AIMO, M. *Privacy, libertà di espressione e rapporto di lavor.* Napoli: Casa Editrice Jovene, 2003.
[322]Ibid., p. 198.
[323]AIMO, op. cit., p. 191.

É possível, pois, que a previsão legal da possibilidade da objeção de consciência configura uma espécie de faculdade para o potencial agente da objeção, a qual, se não exercida nos termos da lei excepcional, determina que a obrigação seja cumprida nos exatos termos da legislação em vigor.

Sobre a outra categoria, Aimo (2003, p. 191) prossegue:

> appartengono invece alla categoria dell'obiezione contra legem tutti quei comportamenti individuali che, adottati per motivi di coscienza, si pongono in contrasto con uma norma generale impositiva di um precetto e la cui inosservanza implica una sanzione, senza che vi sai una norma particolare che li riconosca come legittimi e li esenti di conseguenza dalla sanzione giuridica prevista: in tali casi da norma interna impone di violare la norma esterna.[324]

Não se trata aqui de aventar todas as hipóteses em que a objeção de consciência pode se apresentar de fato, mas de fazer menção exemplificativa das hipóteses mais frequentes, como os casos de religiosos que se recusam a submeter a procedimentos médicos, ou de médicas que se negam a fazer aborto; de jovens que se recusam a prestar serviços militares; de pesquisadores que se recusam a procedimentos experimentais em animais vivos. Enfim, as possibilidades de observação da objeção de consciência são tão múltiplas, daí nossa escolha por uma diretriz exemplificativa.

O que de fato interessa é a maneira mediante a qual a objeção de consciência, como forma atinente à liberdade de expressão, é observada na relação de emprego, sobretudo em sua forma mais frequente, e se resolve a querela decorrente de sua exteriorização.

Inquestionavelmente, a causa mais frequente da objeção de consciência é de natureza religiosa, sobretudo no que diz respeito aos dias de trabalho na semana. Situações como essas acendem um vivo debate ainda não satisfatoriamente pacificado na jurisprudência trabalhista nacional.

Em linhas gerais, as correntes favoráveis à objeção de consciência de fundo religioso advogam que não acatar uma adaptação do contrato de trabalho, mormente em relação aos dias de trabalho como sábados ou domingos, constitui um atentado contra a liberdade religiosa.

Correntes favoráveis à objeção de consciência de fundo religioso advogam que não acatar uma adaptação do contrato de trabalho, mormente aos dias de trabalho, sábados

---

[324]AIMO, M. *Privacy, libertà di espressione e rapporto di lavor.* Napoli: Casa Editrice Jovene, 2003.

ou domingos, constitui atentado contra a liberdade religiosa. Mesmo não majoritárias, essas tendências enfrentam o contraponto de entendimento jurisprudencial predominante, que alberga a tese de que o desenvolvimento de trabalho habitual e anterior à conversão somente por acordo bilateral poderia ser modificado.[325]

Na jurisprudência internacional, a narrativa de Alves (2001, p. 141-142) sobre um caso de 1994 dá conta de que a Corte de Cassação lavrou um acórdão bastante elucidativo sobre o assunto:

> Um empregado de religião muçulmana, que por cumprir os jejus obrigatórios do mês de Ramadã, não almoçava nos refeitórios da empresa e, por isso, demandava judicialmente o pagamento de verbas indenizatórias previstas em Convenção Coletiva. Nesta convenção havia cláusula que obrigava o empregador a pagar indenização unicamente se o obreiro não pudesse tomar suas refeições em sua própria residência e se o empregador não fornecesse refeição em suas dependências.[326]

Prossegue a narrativa do caso é informar que:

> a Corte de Cassação entendeu que, razões – não oponíveis ao empregador e alheias a sua vontade – contribuíram para a recusa da refeição oferecida e, desta forma, o sentimento religioso não pode prevalecer diante de uma atitude não discriminatória do empregador. (ALVES 2001, p. 141-142).[327]

---

[325] "JUSTA CAUSA - FALTAS AO TRABALHO AOS SÁBADOS - LIBERDADE RELIGIOSA - tendo a empregada laborado habitualmente aos sábados, antes da conversão para atual religião, somente por acordo bilateral se admitiria alteração do clausulado para liberá-la do trabalho nesses dias. As obrigações decorrentes do contrato de trabalho emergem de livre pactuação das partes, de modo que não havendo mais o interesse da empregada em manter a prestação de serviços naqueles moldes, lhe é facultado, a qualquer momento, rescindir o contrato. A manutenção por parte da reclamada do trabalho aos sábados não importa em violação à liberdade de crença religiosa, por não se configurar em medida privativa de direito. A garantia fundamental à liberdade de crença presta-se a eximir o cidadão de obrigações legais contrárias às suas convicções religiosas, mas não para exonerá-lo do cumprimento de obrigações por ele mesmo contraídas. A recusa da empregada em trabalhar aos sábados, ocasionando faltas reiteradas, enseja a aplicação de justa causa, nos termos do artigo 482, 'h' da CLT. Recurso da autora a que se nega provimento." (TRT 2ª R. – 10ª Turma, - RO n.: 00213-2007-472-02-00-1; Acórdão: 20090883203; RELATOR(A): Rilma Aparecida Hemetério, Data de Julgamento : 13/10/2009. Disponível em: < www.trt2.jus.br>. Acesso em 20 dez. 2012.

[326] ALVES, R. P. Vida pessoal do empregado: liberdade de expressão e direitos fundamentais do trabalhador considerações sobre a experiência do direito francês. *Revista de Direito do Trabalho*, São Paulo, v. 27, n. 104, p. 132-150, 2001.

[327] ALVES, R. P. Vida pessoal do empregado: liberdade de expressão e direitos fundamentais do trabalhador considerações sobre a experiência do direito francês. *Revista de Direito do Trabalho*, São Paulo, v. 27, n. 104, p. 132-150, 2001.

Em seguida, Aimo (2003, apud ALVES, 2003, p. 141-142) informa que "o posicionamento da Corte de Cassação da França não permitiu que imperativos religiosos interferissem no transcurso normal das relações de trabalho."[328]

O balizamento doutrinário transcrito, os indicativos jurisprudências, bem como algumas disposições legais encontradas mundo afora apontam para um modelo de resolução de conflitos calcados na questão da objeção de consciência segundo a qual a validade dessa invocação apenas se opera em casos amparados por lei e em razões efetivamente relevantes.

No que toca à questão legal, o exemplo de positivação bastante a propósito diz respeito à lei italiana 194, de 22 de maio de 1978, que permite ao médico e ao paramédico apresentar objeção de consciência ao procedimento abortivo. Apesar de ela permitir essa objeção, destaque-se que a permissão restringe-se apenas ao momento exclusivo do procedimento de interrupção da gravidez. Ela não se estende à assistência e preparação anterior à interrupção, tampouco se aplica ao momento posterior à interrupção. (Aimo, 2003, p. 201).[329]

De fato, a objeção de consciência, ao mesmo tempo que se configura como uma forma de exercício da liberdade de expressão, também se põe como instrumento destinado a preservar outros direitos fundamentais, mormente aqueles relacionados à consciência, sua formação e manifestação. O entendimento que larga corrente adota, no entanto, é que essas duas características não podem se sobrepor ao fato de que a segurança jurídica pressupõe que se estabeleça regramentos acerca da objeção de consciência e ao mesmo tempo se perceba seu caráter excepcional, sob pena de se correr um risco de fragmentação da ordem jurídica, de cunho geral, impessoal e apriorístico, em razão de uma miríade de comportamento impeditivos e contrários ao cumprimento da lei e do contrato.

5.6.2 Das Organizações de Tendência

Os estudos que empreendemos e que descrevemos até este ponto, demonstraram que para o empregador, via de regra, é completamente irrelevante todo e qualquer aspecto da vida do empregado que seja alheio ao contrato de trabalho subordinado e à execução dos serviços que lhe são correspondentes.

---

[328]AIMO, 2003 apud ALVES, 2003, p. 141-142.
[329]AIMO, M. *Privacy, libertà di espressione e rapporto di lavor.* Napoli: Casa Editrice Jovene, 2003. p. 201.

A regra geral descrita anteriormente é excepcionada em alguns casos, mormente naqueles em que a atividade do empregador é marcada por um forte traço de valoração axiológica, seja do ponto de vista político, ideológico, sindical e até mesmo religioso.

Tratamos aqui das chamadas Organizações de Tendência, definidas por Mallet (2005, p. 32) como instituições vinculadas a determinada crença ou convicção.[330]

No que se refere à questão conceitual, a doutrina italiana, no esforço de diferenciar as empresas comuns, comandadas por empregadores para os quais aspectos religiosos, políticos, filosóficos e ideológicos do empregado fora da empresa se colocam com extrema indiferença, apresenta definições acerca das chamadas organizações de tendência.

Aimo (2003, p. 196), propõe-se fazer essa diferenciação, afirmando que:

> La figura del datore di lavoro 'neutrale', indefferente rispetto alle convinzioni ideologiche o religiose dei suoi dipendenti, diventa, da regola quale dovrebbe essere, eccezione nel caso delle cosiddette aziende di tendenza, e cioè di quei datori di lavoro la cui attività há un forte contenuto ideológico (sindacale, político o – ed è quanto qui interessa – religioso).[331]

Da Espanha, Rojas Rivero (1991, p. 188) afirma que:

> Las empresas de tendência se presentan como instituiciones en cuyo âmbito la dicotomia sócio-económica entre empresário y trabajador se anula completamente en virtud de la presencia del elemento ideológico que constituye la esencia de la institución. La intensidad de la relación va a suponer que la finalidad última de la organización penetre en la función causal del contrato de trabajo determinado reflejos sobre la fidelidad.[332]

Cumpre destacar aqui as chamadas organizações de tendência, diferentemente das tradicionais estruturações empresariais cujo objetivo estrito é ligar-se ao lucro. Aquelas devem cumprir um objetivo ou devem mirar finalidades mais atinentes ao interesse de uma coletividade e não apenas objetivos do empresário.[333]

---

[330]MALLET, E. *Direito, trabalho e processo em transformação*. São Paulo: LTr, 1995, p. 32.
[331]AIMO, M. *Privacy, libertà di espressione e rapporto di lavor.* Napoli: Casa Editrice Jovene, 2003. p. 196.
[332]ROJAS RIVERO, G. P. *La libertad de expresión del trabajador*. Madrid: Editorial Trotta, 1991, p. 188.
[333]Rojas Rivero afirma que "es preciso algo más: dichas organizaciones deben traspasar el simple interés del empresario y convertirse em portadoras de un interes colectivo de todos aquellos que la comparten resultando que la organización opera como um trâmite del interes colcectivo que resulta de la suma de los verdadeiro y propios derechos subjetivos de cada uno de los adherentes, deben aparecer hacia el exterior como defensoras de una determinada opción ideológica concebida con independencia de la interpretación personal del empresário." ROJAS RIVERO, G. P. *La libertad de expresión del trabajador*. Madrid: Editorial Trotta, 1991, p. 188.

Nessa esteira, vale dizer que o exercício pleno da livre iniciativa permitida ao empresário, mesmo a das organizações de tendência, lastreada nas disposições do artigo 170 da CF, pode gerar conflitos com os empregados, mormente se os aspectos crença ou convicção orientarem a ação empresarial.

De fato, a indagação é pertinente. Se, em situações ditas corriqueiras, o empregado tem direito ao desenvolvimento pleno de sua vida íntima, privada e pessoal, sem que se procedam ingerências em seus aspectos existenciais ligados a seu credo, sua visão política, seus embasamentos filosóficos, sua ideologia, o que dizer dessa mesma questão se atinente às instituições, empresas ou não, cujo objeto, cuja atividade central está vinculada à crença ou à convicção?

Aimo (2003, p. 196) faz referências às lições de Pedrazzoli e apresenta a questão sob a óptica do jurista italiano que afirma que:

> accanto alla libertà ideológica del singolo, in tali casi, è in gioco la libertà e l'autonomia dell'organizzazione ideologicamente orientata, anch'esse costituzionalmente garantite: il perseguimento della 'tendenza' comporta la necessità, all'interno dell'organizzazione, di una misura accentuata di omogeneità – che deve improntare purê le prestazioni lavorative a ciò finalizzate – come condizione perchè la tendenza sai vitale é si espanda. [334]

A questão é de fato diferenciada, porquanto nas chamadas organizações de tendência, a vinculação do empregado às convicções religiosas, filosóficas, políticas ou ideológicas do empregador não são dados laterais da relação de emprego. São elementos que apenas ancoram a celebração do ajuste entre as partes.

Em razão disso mesmo, a celeuma em torno dessa situação é tão intensa, haja vista que em muitos casos uma sobrevinda incompatibilidade do empregado, seja por que motivo for, gera uma situação de xeque para a continuidade da relação de emprego.

Eventual situação conflitante entre a organização de tendência e o emprego traz à tona questões sobre a possibilidade de se manter ou não a relação de emprego, uma vez que a vigência do contrato de trabalho demanda mais que a simples fidúcia laboral. Demanda, isso sim, uma situação de identidade de crença e valores entre empregado e empregador.

Eis, pois, o dilema que se apresenta. Considerando que o empregador da organização de tendência exercita seu poder diretivo em searas regularmente não

---

[334]PEDRAZZOLI, 1987 apud AIMO, 2003, p. 196.

alcançadas por outros empregadores, mais especificamente incidente sobre aspectos da vida íntima, privada ou pessoal do empregado, como resolver a situação do contrato de trabalho, se no curso da execução do ajuste alterar-se a situação existencial do empregado? O que fazer, se um professor de uma tradicional escola católica, casado, que sempre se posicionou publicamente contra o divórcio, apaixonar-se por outra pessoa e desejar contrair novas núpcias? Como proceder com um âncora de determinado programa de uma organização religiosa que descobre outro sentido para sua orientação sexual? Qual seria o posicionamento correto de um determinado instituto político ou filosófico, se um importante componente de seu quadro de empregados aderir à convicção distinta daquela professada pelo empregador? Que relevância teria a mudança de fé religiosa de um empregado que desempenhar função técnica estrita em entidade definida como organização de tendência?

Por certo, essas indagações não constituem questões cerebrinas, haja vista que, mesmo como hipóteses, projetam uma situação conflitante que pode sim alcançar a relação de emprego no caso de organizações de tendência. E propõem a possibilidade de o exercício da liberdade inata do empregado entrar em conflito com a atividade objeto da empresa. Como solucionar demandas com essas características?

Ao longo do tempo, a solução judicial de questões atinentes às organizações de tendência tem se alterado em todo o mundo desde de um marco estritamente vinculado a uma visão contratualista para uma análise mais incidente sobre funcionalidade da execução do contrato de trabalho e sobre os eventuais prejuízos que as situações relativas ao empregado possam gerar à empresa.

Essa dificuldade é bem registrada por Alves (2001, p. 140) que ao tratar da questão no âmbito do direito francês afirma que "é extremamente difícil conciliar o 'interesse da empresa' e algumas das escolhas existenciais do empregado, se o empregador estiver constituído em uma organização de tendência."[335]

Na sequencia, o autor informa que no passado a Corte de Cassação da França admitira que o divórcio configurava justa causa para a ruptura de uma relação de emprego de um trabalhador empregado de uma organização católica. E em outro caso, registra uma

---

[335] ALVES, R. P. Vida pessoal do empregado: liberdade de expressão e direitos fundamentais do trabalhador considerações sobre a experiência do direito francês. *Revista de Direito do Trabalho*, São Paulo, v. 27, n. 104, p. 132-150, 2001.

situação de um professor de teologia protestante que estava compromissado a efetuar seu trabalho em comunhão de pensamento com o seu empregador.[336]

No entanto, o mesmo autor informa uma evolução da jurisprudência da Corte de Cassação da França em relação às organizações de tendência, de tal maneira que "deixando de considerar uma perspectiva estritamente contratual, para buscar uma visão mais funcional de sua proteção."[337]

Logo em seguida, nos informa sobre um caso de um sacristão homossexual, em que a Corte de Cassação censurou a decisão da Corte de Apelação que não procurou saber quais foram as perturbações causadas porem esta atitude do empregado dentro da empresa (ALVES, 2001, p. 140).[338]

A descrição acerca da evolução desse pensamento judicial é paradigmática para a melhor solução de conflitos e demandas advindas de situações que tais. De acordo com o precitado autor, a jurisprudência francesa indica que "deve-se trazer ao processo uma prova irrefutável que o comportamento do empregado gerou à Igreja um real dano à sua imagem."[339]

Não bastando "a questão de foro íntimo do trabalhador e a mera afirmação de um possível contratualização dos princípios que são professados pela instituição, mas sim uma efetiva perturbação na imagem da organização."[340]

O que temos então é que a visão contratualista, concernente à interpretação do "pacta sunt servanda" do comportamento do trabalhador passa a ceder espaço para um visão mais funcional, atinente à questão da potencial geração de prejuízos para a organização em caso de determinadas condutas do empregado. E essa diretriz passa então a servir de diapasão também em outras paragens jurídicas trabalhistas, sobretudo a doutrinária.

Ainda de forma não absolutamente pacificada, a doutrina passa então a distinguir, no universo das organizações de tendência, as chamadas "funções de tendência" e as chamadas "funções neutras."

---

[336]ALVES, R. P. *Vida pessoal do empregado*: liberdade de expressão e direitos fundamentais do trabalhador considerações sobre a experiência do direito francês. *Revista de Direito do Trabalho*, São Paulo, v. 27, n. 104, p. 132-150, 2001. Ass. Plein, 19.05.1978 (B. Civ., n.1) e Decisão da Câmara Social da Corte de Cassação, 20.11.1986 (Cahiers Sociaux du Barreau de Paris) n. 30,1986, p. 134.

[337] Ibid.

[338]ALVES, R. P. *Vida pessoal do empregado*: liberdade de expressão e direitos fundamentais do trabalhador considerações sobre a experiência do direito francês. *Revista de Direito do Trabalho*, São Paulo, v. 27, n. 104, p. 132-150, 2001.

[339]Ibid., p. 140.

[340]Ibid.

Passa-se a buscar uma situação de diferenciação entre empregados mais estreitamente vinculados às funções de tendência, daqueles empregados menos afeitos à diretriz de convicções de credo ou de outra natureza da organização. O que conduz então a adoção de diferentes critérios decisórios, tratando-se de empregado mais ligado ao objeto e à imagem pública da instituição, ou de empregado com atribuições tecnicamente neutras, a título de exemplo, o eletricista, o encanador, o responsável pela limpeza, etc.

Na Itália, esse critério distintivo é aceito, mas não com muito entusiasmo, como bem demonstra Aimo (2003, p. 196-1970), quando assevera, *in verbis*:

> L'adesione del lavoratore all'ideologia perseguita, qualora le mancioni affidategli siano ad essa strettamente collegate (cosiddette 'mancioni di tendenza'), rappresenta – secondo unanime opinione – un requisito essenziale per il corretto adempimento degli obblighi assunti, il cui venir meno può giustificare il licenziamento (cosiddetto ideololigico) del dipendente 'portatore della tendenza': d'altro canto, l'individuazione di un critério seletivo tra mansioni di tendenza e mansioni netre è nient'affatto smprelice, né scontata. Si tratta invero di una distinzione manchevolmente ignorata dalla legislazione che há riconosciuto, per la prima volta, sul piano normativo la rilevanza delle organizzazioni di tendenza (l'art. 4 della L. n. 108/90) [...].[341]

Acerca dos exemplos aqui ofertados, Rojas Rivero (1991, p. 220) afirma que:

> si una vez iniciada la relación de trabajo se produce un cambio em las creencias del trabajador que antes eran coincidentes com las de la empresa, se producirá la impossibiidad de continuar la prestación, siempre que se exterioricen y se traduzcan en un incumplimiento contractual, o sea, un comportamiento con ella incompatible, puesto que mientras permanezcan en el fuero interno del trabajador no tendrán relevância jurídica alguna. Es necessário, a estos efectos, demostrar tal grado de repercusión en el cumplimiento de la prestación, que hiciera imposible el correcto desarrollo de todos o sus fundamentales cometidos.[342]

O exame doutrinário aqui realizado, mostra a necessidade de levar em consideração nas organizações de tendência, tanto na admissão quanto na ruptura do contrato de trabalho, a caracterização das posturas lícitas ou ilícitas mais ou menos concernentes ao núcleo duro do empreendimento.[343] Em razão disso, é evidente que o

---

[341]AIMO, M. *Privacy, libertà di espressione e rapporto di lavor.* Napoli: Casa Editrice Jovene, 2003. p. 196-197.

[342]ROJAS RIVERO, G. P. *La libertad de expresión del trabajador*. Madrid: Editorial Trotta, 1991, p. 220.

[343]Acerca dessa questão, assim se posiciona Rojas Rivero: "Por el contrario, cualquier outro comportamiento contrario a la ideologia de la empresa, y con más razón cuando está expressamente referido a la vida privada del trabajador, aunque sea externamente manifestado, si bien puede repercutir en el cumplimiento

exercício do direito fundamental à liberdade de expressão do empregado que não desempenhe funções relativas ao núcleo duro do negócio não pode gerar a investida punitiva do empregador. E mesmo nos casos de empregados mais afeitos aos aspectos essenciais da atividade, como no caso do sacristão homossexual, a melhor decisão sempre há de levar em conta o grau de prejuízo que o comportamento do empregado proporciona ou pode proporcionar à organização.

5.6.3 Do Direito de Crítica na Relação de Emprego

Os estudos desenvolvidos nesta reflexão revelam que a relação de emprego alberga situações de contradição e de contraposição, sejam as que dizem respeito à relação dicotômica travada entre empregador e empregado, sejam as que dizem respeito à exclusiva figura do empregado em si mesmo.

Apresentar contrapontos entre empregador e empregado não é tarefa das mais difíceis, eis que a noção de poder diretivo do empregador é diametralmente oposta à subordinação, característica central da figura do empregado. No entanto, a mesma facilidade não se verifica se observada mais de perto a figura do empregado.

E de fato, aqui fazemos referência a um dado concreto, qual seja; embora submetido ao poder de direção do empregador e, via de consequência, vivenciando uma situação de subordinação, o empregado tem na cidadania livre uma condição mais estável que o status de prestador de serviços subordinados.

Esse contexto nos remete a algumas indagações; onde e como fica a cidadania durante a vigência da relação de emprego? Os direitos fundamentais titularizados pelo cidadão, condição mais perene, adormecem quando o cidadão fica investido no status de empregado? Mais ainda; há espaço para a cidadania na empresa?

Pois bem, o que a doutrina nos coloca é que em estágios anteriores do direito do trabalho vigorava uma compreensão de que a relação entre empregado e empregador, até

---

de la prestación de trabajo (en el caso de comportamientos de la vida privada, ló hará en los supuestos de notoriedade de la conducta y cuando forme parte importante incluso decisiva de la labor encomendada, STC 5/81, cit.) será constitutivo de despido por ineptitud pero nunca disciplinario procedente conforme al art. 54 CT. En cuanto al resto de los trabajadores al servicio de empresas ideológicas que realicen tareas neutras, si no se sienten identificados con la ideologia de la empresa, su conducta Professional há de informarse en el deber de discreción, de consideración y reserva. La neutralidad de estas tareas respecto al fin ideológico del empresário elimina cualquier diversidad respecto a los trabajadores que desarrollan análogas tareas em empresas no de categoria dee la tutela de la estabilidad real y del mecanismo antidiscriminatorio que trata de garantizar la eficácia de los derechos fundamentales reconocidos en la CE. ROJAS RIVERO, G. P. *La libertad de expresión del trabajador*. Madrid: Editorial Trotta, 1991, p. 222.

pela existência da subordinação imposta àquele, impunha à parte mais débil dessa relação jurídica um dever absoluto de fidelidade.

Por exemplo, ao tratar desse estágio embrionário do direito do trabalho, Rojas Rivero (1991, p. 59) manifesta-se assim sobre esse tema, *in verbis*:

> e habla de un deber de fidelidad como deber del súbdito frente al soberena, correlativo a la proteccion recibida e inseparable de la idea feudal de sujeción y entrega devota y obediencia al superior¿Tiene sentido aplicar un concepto (fidelidad) originario de las relaciones entre cónyues, y de las relaciones feudales, al mundo de las relaciones de trabajo¿ [344]

Pois bem, o que o trecho transcrito já nos sugere é que a subordinação do empregado e seu contraponto, o poder de direção do empregador, detém uma tal intensidade que alcançam com facilidade a noção de uma subordinação pessoal do empregado em relação à figura do empregador. Visão essa tão exacerbada que conduz, necessariamente, a associação da subordinação a conceitos radicais de boa-fé e de lealdade pessoal à figura do empregador. Sobre esse último termo, Rojas Rivero (1991, p.59)[345], afirma que:

> la lealtad podría entenderse como el absoluto respeto a la posición del director, así como la ausencia total de opiniones críticas sobre las funciones por este desarrolladas. De esta forma, cualquier crítica pública a la gestión de la empresa, independientemente de su contenido real, convierte la conducta del trabajador em desleal.[346]

Ou seja, os conceitos de fidelidade, de boa-fé e de lealdade são sempre expressos num sentido de sujeição pessoal ao empregador. E dentro de um contexto de propalada inexistência de conflitos entre as partes, eis que concernente a um contato em que o empregado tem apenas e tão somente o interesse em receber salário e o empregador o de obter a prestação de serviços com vistas à posterior aquisição do lucro decorrente da atividade empresarial. Assim, o que afirmamos é que a figura do empregador e do empregado, dentro desse contexto mais conservador, apenas se tangenciam. Não tem trato

---

[344]ROJAS RIVERO, G. P. *La libertad de expresión del trabajador*. Madrid: Editorial Trotta, 1991, p. 59.
[345] Idem.
[346]Sobre a questão, Rojas Rivero nos transcreve trecho de uma decisão expressa nos seguintes termos:"La lealtad y fidelidade que el trabajador debe a la empresa no puede constreñirse a la simple ejecución del trabajo que tenga encamendado, sino que, como vínculo de orden moral, exige rectitud hacia los intereses patronales, dentro y fuera del lugar del trabajo" (STS 9-IV-60, R. 1531) ROJAS RIVERO, G. P. *La libertad de expresión del trabajador*. Madrid: Editorial Trotta, 1991, p. 60.

direto. Não tem contato. Não tem interesses comuns que sustentem uma convivência dentro do universo da empresa.

De acordo com essa linha de pensamento, o empregado se sujeita à prestação de serviços e ao recebimento da remuneração, uma vez que ele não diz respeito à empresa, ele é coisa do empresário.

Assim, tendo em vista que não faz parte do universo da empresa, claro e evidente que a figura do empregado somente pode se ligar a empresa ela através dessa anacrônica visão de um dever de fidelidade amplo, total, irrestrito, feudal e vinculado à figura pessoal do empregador.

A questão passa a ser vista de forma diferente quando se desenvolve a noção de que o empregado está inserido no contexto do universo empresarial, não apenas como uma simples peça subordinada ao empregador, mas sobretudo como um dos atores do cenário empresarial, se não com o protagonista, ao menos como um ator de enorme importância.

Por essa nova diretriz, o que se tem é o empregado envolvido em conceitos mais modernos de fidelidade, boa-fé e lealdade, agora com a empresa, tida aqui como centro coletivo de interesses.

Claro que esse nova noção não exime o empregado de responsabilidades defluentes do dever de fidelidade, boa-fé e lealdade. No entanto, o que aduzimos neste ponto é que o foco das obrigações albergadas pelos referidos conceitos desloca-se da figura do empregador para a figura da própria empresa, dentro de um cenário em que o empregado não é apenas um agente débil que simplesmente recebe salário em troca de prestação de serviços, mas também um dos atores do próprio destino da empresa.

Neste quadro novo, o exercício de direitos fundamentais no seio empresarial toma outra dimensão, não mais configurando, por si mesmo, uma afronta ao empregador. Repita-se, em que pese a existência de entendimento em sentido contrário, fato é que algumas correntes doutrinárias concebem que o exercício dos direitos fundamentais, no nosso caso a liberdade de expressão passa por um contingenciamento na execução do trabalho subordinado. De toda a sorte, mesmo que assim se entenda, e isso precisa ser destacado, não mais se constitui de per si em violação dos deveres de fidelidade, boa-fé e lealdade.

Temos então que a realização de criticas no contexto da empresa não é violação aos deveres decorrentes da subordinação, eis que, conforme preleciona Rojas Rivero (1991, p. 67):

> en la crítica pública a la empresa, sin alteración del orden y sin ofensas habia las personas que dañem su honor, se está ejerciendo un derecho fundamental de la persona que en la empresa tiene unos intereses concretos que defender y unos fines propios, no necessariamente coincidentes con la otra parte, la cual tendrá todo el derecho a sua disposción para defenderse o negar las acusaciones que se le imputan. Estas son las reglas de la convivência democrática y deben imponerse en cualquier grupo humano obligado a relacionarse, más aún, si cabe, en la empresa donde no existe la posibilidad del cmabio de papeles, puesto que gobieno y oposición permanecen siempre fijos.[347]

No precedente item 5.4, referimo-nos às considerações doutrinárias expendidas por Alves (2001)[348], que nos ofertou análise sobre a liberdade de expressão do empregado sobre seu próprio trabalho pautada no Acórdão Clavaud, decisão em que se debate justamente o direito de critica de um trabalhador feito em um jornal do Partido Comunista Francês.

Rememorando a decisão em comento, lembramos que a Corte de Cassação orientou-se pela diretriz segundo a qual o art. 461-1 do Code du Travail, permite ao empregado o exercício da liberdade de expressão limitada em seu objeto pelas conjunturas do contrato de trabalho, de tal sorte que, se dentro da empresa há liberdade de expressão, por mais razão ainda haver essa mesma liberdade fora do ambiente empresarial.[349]

O traço de interpretação ampla acerca da ideia da boa-fé parece ser marca comum das correntes conservadoras em diversos países e isso porque tencionam restringir à liberdade de expressão no trabalho através de procedimento intelectivo largo.

Na Itália, por exemplo, a ampla interpretação pautou-se nos deveres estabelecidos no art. 2.105 do Código Civil italiano, descurando-se propositadamente do art. 1ºdo Statuto dei Lavoratori. Mas não só isso. Essas correntes também buscam calcar suas diretrizes em visões que negam os conflitos entre empregados e empregadores.

Pois bem, no que toca à questão dos conflitos, vale apontar para um certo sentido dialético neste tema, porquanto ao admitir a existência de potenciais conflitos entre empregado e empregador, a doutrina passa a inserir o empregado no cenário decisório e de interesses da empresa e com isso a desempenhar uma atividade de crítica muitas vezes

---

[347]ROJAS RIVERO, G. P. *La libertad de expresión del trabajador*. Madrid: Editorial Trotta, 1991, p. 67.

[348]ALVES, R. P. Vida pessoal do empregado: liberdade de expressão e direitos fundamentais do trabalhador considerações sobre a experiência do direito francês. *Revista de Direito do Trabalho*, São Paulo, v. 27, n. 104, p. 132-150, 2001.

[349]Ibid., p. 145. (Acórdão da Câmara Social da Corte de Cassão. Soc. 22.04.1988.)

conciliável com os próprios interesses da empresa, criticar não significa apenas a fixação de uma situação de beligerância com o empregador.

Para comprovar esta asserção, remetemos o leitor ao item 5.4, em que Aimo (2003, p. 236) informa que:

> in una nota sentenza della Corte di Cassazione in matéria di diritto di critica se legge, ad esempio, che nell'ambito del rapporto di lavoro Il diritto di critica del dipendente nei confronti del datore li lavoro ... si attegia in modo particolare in ragione degli obblighi di collaborazione, fedeltà e subordinazione del primo, ... Che accentuano il dovere di chiunque di astenersi, in assenza di adeguate ragioni, della diffusione di notizie e giudizi pregiudizievoli all' esercizio dell'impresa.[350]

Claro e evidente que esse direito de crítica, como forma peculiar do direito à liberdade de expressão, passa por filtros e impedimentos, relacionados, por exemplo, à questão do respeito à honra da parte contrária (registre-se corrente que admite a existência de direitos fundamentais atribuíveis à empresa), aos segredos da empresa, todavia, não é e não pode ser suprimido.

Retomando os apontamentos doutrinários articulados por Alves (2001, p. 146), o autor afirma que na França, de acordo com a evidencia extraída do acórdão "Clavaud", "o único limite para o exercício da liberdade de expressão é o abuso de direito ou a utilização de expressões injuriosas, difamatórias, claramente excessivas."[351]

No plano nacional, o artigo 482, da CLT, prescreve como determinante da justa causa a prática de atos de violação de segredo da empresa (alínea "g"), atos contrários à honra ou à boa fama contra qualquer pessoa ou contra o empregador (alíneas "j" e "k").

Em item anterior (5.4) fez-se referência aos limites da liberdade de expressão em razão do que afirmou-se que o particular exemplo desse direito fundamental, direito de critica, também é orientado por limitações externas – demais direitos fundamentais – e internas – forma, pertinência – da crítica formulada.

Em face de provável questão sobre o direito de critica no contexto da relação de emprego, a resposta afirmativa conformaria sua existência e seu poder de exercído sem que *a priori* ele configurasse violação aos direitos do empregador. Noutros dizeres, é possível

---

[350] AIMO, M. *Privacy, libertà di espressione e rapporto di lavor.* Napoli: Casa Editrice Jovene, 2003. p. 236.

[351] ALVES, R. P. Vida pessoal do empregado: liberdade de expressão e direitos fundamentais do trabalhador considerações sobre a experiência do direito francês. *Revista de Direito do Trabalho*, São Paulo, v. 27, n. 104, p. 132-150, 2001.

adotar parâmetros de resolução; todavia, tão somente a análise do caso real e o sopeso dos direitos envolvidos encaminhariam a solução de eventuais litígios.

A jurisprudência nacional, por exemplo, alberga a tese aqui esposada, sobretudo quando aponta para o fato de que o exercício da liberdade de expressão no decorrer e na vigência da relação de emprego não é motivo para a rescisão contratual por justa causa.[352]

5.6.4 Da Liberdade de Expressão Relativa à Autodeterminação Comportamental e à Aparência do Empregado

A exteriorização da liberdade de expressão é fenômeno que se apresenta em múltiplas e incontáveis formas, seja mediante manifestações sobre aspectos de convicção política, filosófica, ideológica, religiosa etc., seja mediante formas de vestir, hábitos de consumo e até mesmo formas de construção – arquitetura, por exemplo.

Os estudos também denotam que aspectos de autodeterminação pessoal, sobretudo os condizentes com a aparência física, podem concernir com o legitimo direito à liberdade de expressão do cidadão, uma vez capazes de traduzir a adesão do cidadão a um determinado movimento cultural, político ou religioso – *punks*, judaicos, budistas...

Pois bem, de acordo com toda a exposição até aqui desenvolvida, questões relacionadas aos dados de autodeterminação do empregado são irrelevantes no contexto da relação de emprego se vivificadas em ambientação alheia ao contexto do trabalho. Não é crível admitir importância à forma ou ao modelo do cabelo do empregado fora do ambiente de trabalho, bem como, em seu período de férias, o tamanho da barba ou a extravagância de seus trajes e adereços ostentados em finais de semana ou períodos de folga.

No entanto, o debate sobre tais questões ganha fôlego se esses e outros aspectos de autodeterminação exterior, como hábitos de compras, corporificarem-se em situações adstritas à relação de emprego, desde que esses comportamentos ou aspectos de imagem tenham relação com a forma de inter-relação do indivíduo com o mundo.

Noutros dizeres, ao usar o corte ou o penteado do cabelo de tal ou qual forma, o cidadão pode pretender exteriorizar um traço de identidade que o posiciona como adepto

---

[352]EMENTA: DESPEDIDA POR JUSTA CAUSA. INEXISTÊNCIA DE ABUSO DO DIREITO À LIBERDADE DE EXPRESSÃO (ART. 5º, IV, DA CF). Não configura conduta capitulada no art. 482, "k", da CLT o empregado que envia e-mail a outros obreiros e ao próprio empregador relatando as infrações da legislação trabalhista cometidas pela empresa, desde que não represente abuso de direito à liberdade de expressão, mormente quando se considera o atraso na remuneração de férias que justificou a procedência parcial da demanda. (TRT 2ª Região, Processo nº: 00752-2006-019-02-00-8 – RO, Acórdão n.20090215766; Relator (a): Adalberto Martins: Data de Julgamento: 19/03/2009 – Data de Publicação: 03/04/2009. Disponível em: <www.trtsp.jus.br>. Acesso em 20 dez. 2012.

de uma religião, de um movimento cultural ou de uma posição política. Não foi esse o caso de milhares de brasileiros que, no início dos anos 1990, saíram às ruas vestidos de preto em protesto contra o governo eleito?

O debate que orbita questões a respeito das roupas, dos modelos de corte e penteado de cabelo ou de barba dos empregados, bem como de adereços corporais ou de seus hábitos de consumo não retrata uma discussão cerebrina. Bem ao contrário. Tais manifestações demandam a adoção de posições, a tomada de partido e a motivação necessária para que se procedam avaliações sobre elas.

Nos Estados Unidos, esse debate é incandescente,como afirma Aimo (2003, p. 283-284):

> L'autodeterminazione dell'immagine non è affatto un elemento insignificante nel processo di realizazzarione pernale dell'individuo: dalla casistica giudiziaria statunitense emerge chiaramente che i lavoratori danno moltissima importanza ai problemi connessi all'aspetto personale; si offendono, si rritano e si vergognano quando le loro scelte estetiche sono ostacolate dal datore di lavoro...; sono disposti a rischiare una sanzione disciplinare e persino il licenziamento per difendere le proprie scelte sull'aspetto personale.[353]

Se o empregado de fato é titular do direito de autodeterminação em relação aos aspectos exteriores de vestimenta, corte de cabelo, forma da barba e hábitos de consumo, para alguns, em algumas hipóteses, essa mesma titularidade de direitos não se dá de forma absoluta. Senão, é oportuno valer-se das lições de Barros (2009, p. 137) acerca desse debate:

> é inegável que a intimidade e a vida privada do empregado não podem ser protegias em caráter absoluto. Dessa forma, poderá o empregador intervir na vestimenta, na higiene e na apresentação do empregado, exigindo-lhe, por exemplo, o corte de barba, sempre que esses circunstâncias constituírem exigência do serviço forem imprescindíveis ao eficiente desenvolvimento do trabalho ou suscetível de escandalizar as pessoas.[354]

Das reflexões da mesma jurista extrai-se o posicionamento da jurisprudência nacional. Em linhas gerais, há acórdãos que avalizam vetos à autodeterminação exterior do empregado, sempre que sua conduta conflitar com medidas de caráter sanitário e de

---

[353]AIMO, M. *Privacy, libertà di espressione e rapporto di lavor.* Napoli: Casa Editrice Jovene, 2003. p. 283-284.

[354]BARROS, A. M. de. *Proteção à intimidade do empregado.* São Paulo. LTr, 2009, p. 137.

higiene imprescindíveis às atividades da empresa, lesivas à imagem dela, comprometedoras da eficiência do trabalho ou potencialmente escandalosas.[355]

No campo doutrinário, o mesmo balizamento nos é transmitido por Aimo (2003, p. 293), que acerca da questão afirma que:

> la facoltà dell'imprenditore di dettare disposizioni in matéria di aspetto personale, quindi, seppur riconducibile nell'ambito dell'esercizio del potere direttivo próprio di ogni datore di lavoro, non puó essere arbitraria, dovendo risultare motivata da esigenze produttive, di sicurezza o di igiene della lavorazione, o di immagine dell'azienda e trovando in ogni caso un limite invalicabile nel dovere di rispetto della liberta e dignità dei lavoratori, alla stregua dell'art. 41, comma II, Cost. e del titolo I dello Statuto dei lavoratori.[356]

O posicionamento do empregado, enquanto consumidor e como exemplo do exercício da liberdade de expressão, em regra, não pode sofrer restrições, por parte do empregador e conforme nos informa Alves (2001) a jurisprudência da Corte de Cassação francesa é pródiga em exemplificar situações nas quais as decisões do empregador são tidas por nulas e não sérias quando investem nessa seara da vida do empregado.[357]

O jurista referido no parágrafo imediatamente anterior, acerca do tema aqui enfrentado, retrata um curioso acórdão também da lavra da Corte de Cassação da França que declara a nulidade da dispensa, mas faz algumas ressalvas sobre a liberdade de consumo do empregado. E, de fato, de acordo com o autor, a Corte de Cassação julgou uma demanda em que "uma secretária que laborava para a Renault comprou um carro Peugeot, sendo imediatamente dispensada e embora a Corte de Cassação tenha decidido pela inexistência de uma causa real e séria de dispensa, o acórdão em voga evidenciou que em certos casos, em função da atividade do empregado, a sua escolha por um produto da

---

[355]BARROS transcreve decisão lavrada no Tribunal Regional do Trabalho da 12ª Região, em que se discutia a justa causa aplicada a um empregado que descumpriu diretrizes de natureza sanitária e apresentou-se ao emprego de barba. (In, AC. TRT – 12ª Reg. Proc. RO 1.874/82. Rel.: Juiz Anselmo Raimundo, proferido em 14/02/84. CALHEIROS BOMFIM, B., SANTOS, Silvério dos. Dicionário de decisões Trabalhistas. 20. ed., p. 421.

[356]AIMO, M. *Privacy, libertà di espressione e rapporto di lavor.* Napoli: Casa Editrice Jovene, 2003. p. 293.

[357]Ricardo de Paula Alves, sobre a questão aqui enfrentada, nos informa que "a jurisprudência por diversas vezes pôde decidir sobre tais questões, e conforme um acórdão que já data de 1992, 'em sua vida privada, o empregado é livre para adquirir os bens que quiser, porém ele não deve gerar nenhuma perturbação objetiva à empresa onde trabalha." [357]ALVES, R. P. Vida pessoal do empregado: liberdade de expressão e direitos fundamentais do trabalhador considerações sobre a experiência do direito francês. *Revista de Direito do Trabalho*, São Paulo, v. 27, n. 104, p. 132-150, 2001.

concorrência pode ser um fato demasiadamente grave, a ponto de justificar o despedimento."(ALVES, 2001, p. 139).[358]

Em linhas gerais, a pesquisa empreendida conclui que de modo algum o empregado é alijado de seu direito à autodeterminação, seja em relação à aparência exterior, seja em relação à vestimenta, ao uso de cabelos, barba ou *body pearcing*.

No entanto, na mesma pesquisa sobressaiu que o exercício de direitos de personalidade ou de direitos fundamentais, dentre eles a liberdade de expressão em suas multifárias formas, não se opera de maneira absoluta, razão pela qual essa autodeterminação do empregado passa necessariamente por temperamentos e contingências no momento da execução do trabalho, sobretudo se a natureza do negócio assim o exigir, bem como se o exercício dessas prerrogativas do empregado albergar o risco de condições de lesar o empregador ou terceiros, seja em relação às normas internas da empresa, às disposições tuitivas da honra, da segurança, das normas de higiene e normas sanitárias, bem como em relação a dados essenciais da empresa.

5.6.5 Da Liberdade de Expressão e da Dispensa Discriminatória – Critérios de Resolução

A questão da liberdade de expressão na relação de emprego em vista dos estudos até aqui desenvolvidos apresenta um inconteste traço de tensão com o chamado poder diretivo.

Em países signatários da Convenção 158, da Organização Internacional do Trabalho – OIT, esse potencial conflituoso tem em regra um tipo de encaminhamento mais seguro para o hipossuficiente.

Para situações como a do Brasil, a questão torna-se mais delicada, porquanto o encerramento da relação de emprego pode ser dar de maneira imotivada, dependente apenas e tão somente de um ato de vontade do empregador.

Em casos assim, não se pode negar a possibilidade de rompimentos contratuais faticamente "motivados" única e exclusivamente por propósitos persecutórios do empregador, o que configuraria a verdadeira ocorrência de dispensa discriminatória.

---

[358]ALVES, R. P. Vida pessoal do empregado: liberdade de expressão e direitos fundamentais do trabalhador considerações sobre a experiência do direito francês. *Revista de Direito do Trabalho*, São Paulo, v. 27, n. 104, p. 132-150, 2001.

Ainda que o Brasil não seja signatário da Convenção 158 da OIT, vale ressaltar que o ordenamento jurídico brasileiro não é destituído de prescrições legais que vedam a dispensa discriminatória.

No âmbito da liberdade de expressão, as considerações do Ministro Belmonte em entrevista em 18 de novembro de 2012, sobre o caso de um bispo de Guarulhos que queria proibir professores da PUC manifestarem-se sobre aborto em sala de aula. Na ocasião, o Ministro Belmonte (2012) afirmou que:

> considerada a não obrigação do professor de ministrar aulas sobre dogmas da Igreja católica, caso de um professor de Matemática, por exemplo, sua liberdade de expressão acerca do tema, sobretudo em intervalos de aula, não pode ser objeto de penalização alguma, sob pena de caracterizar medida discriminatória proscrita pela lei 9.029/95 e de possibilitar a condenação do empregador a pagamento de indenização dobrada.[359]

Na mesma entrevista, o ministro Belmonte (2012), ao tratar do aspecto comportamental da liberdade de expressão, de autodeterminação ou de aparência física, afirma textualmente que fora situações de caráter de higiene, o empregador não pode se imiscuir nas questões atinentes à liberdade de expressão do empregado e que uma dispensa calcada nessa motivação seria exemplo de decisão discrimitória.[360]

No entanto, tal questão é problematizada, se se levar em conta a imensa dificuldade de o empregado fazer prova de que a dispensa foi orientada por propósitos discriminatórios. Em face da prerrogativa de ruptura imotivada da dispensa, constituir-se-ia, em regra, um ônus probatório pesadíssimo sobre o empregado. O desenvolvimento doutrinário nacional, no entanto, também oferta diretrizes para o melhor equacionamento dessas situações.

Basicamente, o que a doutrina propõe para esses casos é a observação de uma distribuição dinâmica do ônus da prova nas lides orientadas sobretudo pela hipossuficiência de uma das partes.

Curioso notar que essa visão de redimensionamento do ônus da prova não é uma prerrogativa apenas da doutrina trabalhista, porquanto especialistas de outros ramos

---

[359]BELMONTE, A. A. *Ministro Alexandre Agra Belmonte fala sobre a liberdade de expressão no trabalho*. Brasília, 2012. Disponível em: <http://www.tst.jus.br/materias-especiais/-/asset_publisher/89Dk/content/id/3253513>. Acesso em: 10 mar. 2012.

[360]BELMONTE, A. A. *Ministro Alexandre Agra Belmonte fala sobre a liberdade de expressão no trabalho*. Brasília, 2012. Disponível em:<http://www.tst.jus.br/materias-especiais/-/asset_publisher/89Dk/content/id/3253513>. Acesso em: 10 mar. 2012.

doutrinários também orientam suas considerações para essa redistribuição do ônus da prova. Sarmento (2010, p. 264), por exemplo, afirma que:

> seria extremamente complexo exigir, por exemplo, que um empregado comprovasse que a sua autonomia contratual foi meramente aparente, numa reclamação trabalhista em que alegasse a violação de algum direito a que houvesse renunciado contratualmente. O ônus da prova ser-lhe-ia extremamente pesado, favorecendo a posição da parte mais forte.[361]

Ora, se a questão da distribuição dinâmica do ônus da prova é aplicável em situações de assimetria de poder, cuja base dos debates incide sobre questões de cunho patrimonial/financeiro, o que não dizer da sua pertinência em situações cujo fundo são temas atinentes aos direitos fundamentais, no nosso caso, a liberdade de expressão?

Nessa direção, vale citar as lições de Schiavi (2011, p. 64-65), que, acerca dessa distribuição dinâmica ou acerca da teoria da carga dinâmica do ônus da prova no processo do trabalho, afirma que:

> atualmente, a moderna doutrina vem defendendo interpretações mais flexíveis das regras de repartições do ônus da prova fixadas nos arts. 818, da CLT, e 333, do CPC. Diante da necessidade de se dar efetividade ao acesso à ordem jurídica justa e não inviabilizar a tutela do direito à parte que tem razão, mas não apresenta condições favoráveis de produzir a prova do fato constitutivo do seu direito, é possível ao Juiz do Trabalho atribuir o encargo probatório à parte que tem melhores condições de produzir a prova. É o que a doutrina tem denominado de carga dinâmica na produção do ônus da prova A carga dinâmica do ônus da prova tem suporte nos princípios da aptidão para a prova, cooperação processual, boa-fé objetiva das partes no processo também em critérios de justiça e razoabilidade.[362]

No plano jurisprudencial há a aplicação desse critério aos casos concretos, comprovada por julgados recentes que tratam justamente da questão da inversão do ônus da prova para os casos de dispensa de portadores do vírus HIV.[363]

---

[361]SARMENTO, D. *Direitos fundamentais e relações privadas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 264.

[362]SCHIAVI, M. *Provas no processo do trabalho*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2011, p. 64-65.

[363]Recurso de Revista – Empregado Portador do Vírus HIV – Dispensa Imotivada – Presunção de ato discriminatório –- Direito à Reintegração. A jurisprudência desta Corte é firme no sentido de que a dispensa imotivada de empregado soropositivo é presumidamente discriminatória, salvo comprovação de que o ato decorreu de motivo diverso. Viabilizado o recurso por divergência válida e específica, merece reforma a decisão do Regional, para que se restabeleça a r. sentença que concedeu ao reclamante o direito à reintegração. Recurso de revista conhecido e provido. (Processo: RR 1244004320045020074 124400-43.2004.5.02.0074 – Relator(a): José Pedro de Camargo Rodrigues de Souza Julgamento: 25/04/2012, Órgão Julgador: 1ª Turma, Publicação: DEJT 11/05/2012) – Disponível em: <http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudncia/21614867/recurso-de-revista-rr-1244004320045020074-124400-4320045020074-tst>. Acesso em: 11 mar. 2013.

O que todo o conjunto doutrinário e jurisprudencial parece indicar é: em casos de entrechoque entre o poder diretivo do empregador e a liberdade de expressão do empregado, não basta adotar o critério resolutivo do sopesamento ou da ponderação, porquanto no bojo da relação trabalhista observa-se uma discrepância de poderes entre seus atores. Por essa razão, é fundamental orientar as decisões também pelo respeito ao valor fundamental da dignidade humana, bem como desenvolver o *iter* processual no que diz respeito à prova, observando a moderna teoria da carga dinâmica do ônus da prova.

CAPÍTULO VI
CONCLUSÃO

Em razão disso, é de meridiana clareza a existência de uma parte que detém inegáveis poderes e supremacia na relação de emprego paralelamente a outra, premida pela necessidade fática de garantir a própria subsistência e notabilizada por uma situação de debilidade na relação jurídica, base do direito do trabalho. Poder de dirigir e dever de se subordinar, eis os componentes dessa equação.

Mediatamente, este trabalho envidou esforços para avaliar o grau do poder de direção de um e o dos limites da subordinação de outro. De forma imediata, procurou avaliar se o poder diretivo do empregador tem o condão de congelar, suspender ou suprimir direitos inerentes ao empregado e anteriores a sua ligação à relação jurídica de emprego, bem como avaliar se aspectos da cidadania, imanentes à condição do cidadão-empregado, são restringidos quando da celebração do ajuste de emprego.

Dentre os diferentes aspectos da cidadania de que é detentor o cidadão-empregado, a atenção desta análise voltou-se para o direito fundamental concernente à liberdade de expressão e a avaliação de como o chamado poder diretivo do empregador interage com esse direito.

Com vistas à melhor aproximação de uma compreensão sobre o tema, fez-se inicialmente uma breve análise conceitual do poder, mediante retrospectiva da compreensão desse fenômeno da Antiguidade clássica até as idades Moderna e Contemporânea. Constatou-se que certa fatalidade naturalista limitou, durante muito tempo, uma compreensão racional dessa matéria até as reflexões dos filósofos da modernidade, Maquiavel, Bodin e Hobbes.

Esse percurso trilhou caminhos paralelos à ciência política, que acabou por servir ao propósito de demonstrar que o poder propriamente considerado é exercido em bases racionais, independentemente da forma exclusiva do soberano, de suas idiossincrasias, da natureza ou da divindade que tal.

O objetivo do debate foi, pois, demonstrar que o poder tem explicação e que essa explicação é racional e assimilável. Ora, se essa postura vale para essa noção de poder mais abrangente, não seria também válida para o entendimento sobre o chamado poder diretivo?

Em etapa seguinte a conclusão voltou-se para essa direção, qual seja: o poder diretivo, primitivamente teorizado como decorrência da propriedade privada, ganha em

seguida sua explanação mais plausível, mais racional como resultado da institucionalização própria da empresa no plano contratual, eis que, portanto, decorrente não de atributos do empregador, mas do contexto atinente a ambos os contratantes, ainda que desnivelados. Essa visão é fundamental para a compreensão do tema, na medida em que desloca o eixo da explicação anacrônica para as figuras exclusivas do empregador e do empregado, cuja consequência inarredável incide sobre a compreensão da natureza jurídica do poder diretivo.

Para o contingenciamento e melhor compreensão doutrinária acerca do poder de direção, registre-se a evolução por que passou o caminho trilhado. Se primitivamente foi pautado pela visão da potestade do empregador, instância de sentido subjetivo atavicamente ligada à ideia de dono da empresa, ultrapassou a visão reacionária de que o poder diretivo era expressão da natureza senhorial e hierárquica até alcançar seu melhor sentido mediante a compreensão da natureza jurídica do chamado direito função.

Ora, entender a natureza do poder diretivo como expressão do direito função também é limitá-lo, sobretudo porque a natureza jurídica de sua forma determina a atribuição de deveres ao exercente do poder diretivo. Deveres em relação à empresa como congregação de interesses, alguns deles até mesmo conflitantes.

Os estudos avançaram para a observação das formas de expressão do poder diretivo do empregador em relação ao poder de organização, de controle, se fiscalização e disciplinar.

A análise das formas de expressão do poder diretivo do empregador revelam uma marcha inexorável para a limitação desses mesmos poderes e uma compreensão mais racional e mais congregadamente institucionalizada. Compreensão de que o poder de direção não deve ser exercício apenas para a satisfação dos interesses do empregador, bem como para consecução de resultados que atendam os próprios interesses e os da empresa.

No terceiro capítulo do trabalho, envido-se a tarefa de esclarecer que o empregador não é um ator da debatida relação jurídica detentor de poderes apenas. Ele é um agente submetido a deveres para com a empresa e com o empregado. Deveres concernentes à segurança e à higidez física e moral do trabalhador que lhe é subordinado. É nesse sentido que os estudos apontam uma vez mais para o contingenciamento e limitação do poder de direção.

Não se olvide também que o empregado tem suas obrigações e deveres no contexto da relação jurídica subordinante. No entanto, nessa posição, já classicamente

compreendida, o mais relevante foi avaliar as limitações do ator historicamente preponderante, o empregador.

O capítulo seguinte dedicado à análise não específica da liberdade de expressão, mas de acordo com a posição dela no contexto dos chamados direitos humanos, direitos fundamentais e direitos da personalidade, teve justamente o escopo de localizar o posicionamento do direito fundamental objeto do presente trabalho. A importância dada a esse aspecto do tema deveu-se à tentativa de vislumbrar o direito debatido em comparação com o chamado poder diretivo do empregador.

Noutras palavras, pinçar os direitos fundamentais, de forma geral, e do direito à liberdade de expressão, em particular, teve o objetivo de medir a estatura da liberdade de expressão, de sorte que fosse possível cotejá-la com o poder direito do empregador em situações de fato, bem como apreciar eventuais conflitos decorrentes desse entrechoque de direitos.

No afã de esclarecer essa questão, palmilharam-se os caminhos de breve conceituação acerca dos direitos humanos, direitos fundamentais e direitos da personalidade. Tratou-se dos direitos fundamentais e apresentou-se a distinção entre os chamados direitos trabalhistas fundamentais específicos e inespecíficos. Devotaram-se olhares para os direitos da personalidade e afirmou-se que esse conceito tem mais afinidade com as relações travadas entre particulares. O capítulo conclui com a apresentação das características dos direitos da personalidade e dos objetos de sua tutela.

O quinto capítulo dedicou-se a olhar para a liberdade de expressão, levando em conta sobretudo sua contextualização no universo da relação de emprego. A partir de uma delimitação conceitual da vida íntima, da vida privada e da vida pessoal do empregado, pretende-se apresentar as esferas da vida do trabalhador subordinado infensas à longa *manus* do poder diretivo do empregador, como regra geral.

As análises perpassaram a eficácia desse direito fundamental na relação de emprego, as formas de expressão da liberdade de expressão do empregado, bem como as objeções que lhe são opostas.

Considerando, o debate apresentado entre correntes que advogam o caráter absoluto e relativo dos direitos fundamentais, investiu-se numa análise ampla e genérica dos limites da liberdade de expressão na relação de emprego, num primeiro momento, que levou à conclusão de que a limitação desse direito fundamental tem perfeita vinculação com as funções que a orientam.

Ainda no quinto capítulo, tratou-se dos objetos da liberdade de expressão, com vistas a delimitar o que pode considerado no exercício desse direito fundamental na relação de emprego. Em seguida tratou-se dos limites da liberdade de expressão, desta feita de forma mais específica e concernente a hipóteses fechadas no universo laboral.

Os casos apresentados de liberdade de expressão na relação de emprego tematizados na reta final destes estudos voltaram os olhos desta reflexão para as chamadas organizações de tendência, em cujo seio emergem questões a respeito do direito de crítica na relação de empregado e de sua liberdade de expressão exemplificada na sua autodeterminação comportamental e maneira de condução de sua aparência exterior.

Em linhas gerais, este estudo permite concluir que o empregado, antes de ser investido dessa condição, quando da celebração do contrato de trabalho, é detentor de direitos de personalidade e de cidadania, dos quais não é destituído no desempenho de seu papel de trabalhador subordinado. Ainda que se conceba uma situação, no contexto da relação de emprego, de contingenciamento, o fato é que o empregado é alijado da condição de homem com liberdade para expressar anseios, receios, medos, para denunciar ilícitos e externar insatisfações com o desenvolvimento do contrato de trabalho. Tais atitudes não constituem descumprimento do dever de fidelidade com suas obrigações e do dever de atuar com boa-fé.

A violação do dever de fidelidade ou a inobservância dos princípios da boa-fé serão sempre caracterizadas nos casos em que a liberdade de expressão não se exercitar com vistas ao aprimoramento da relação jurídica firmada entre empregador e empregador.

REFERENCIAS

AIMO, M. *Privacy, liberta di espressione e rapporto di lavoro*. Napoli: Casa Editrice Jovene, 2003.

ALEXEY, R. *Teoria dos direitos fundamentais*. São Paulo: Editora Moderna, 2011.

ALVES, R. P. Vida pessoal do empregado: liberdade de expressão e direitos fundamentais do trabalhador, considerações sobre a experiência do direito francês. *Revista de Direito do Trabalho*, São Paulo, v. 27, n. 104, p. 132-150, out./dez., 2001.

AMARAL, J. R. de. *Eficácia dos direitos fundamentais nas relações trabalhistas.* São Paulo: LTr, 2007

ARISTÓTELES. Política. São Paulo: Nova Cultural, 1999.

BARACAT, E. M. *Controle do empregado pelo empregador:* procedimentos lícitos e ilícitos. Curitiba: Juruá, 2008.

BARACAT, E. M. *Manual do poder diretivo do empregador*. São Paulo: LTr, 2009

BARROS, A. M. de. *Proteção à intimidade do empregado.* São Paulo. LTr, 2009.

_____. *Curso de direito do trabalho*. 8.ed. São Paulo: LTr, 2012.

BELMONTE, A. A. *Instituições civis no direito do trabalho:* curso de direito civil aplicado ao direito do trabalho. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

BITTAR, C. A. *Os direitos da personalidade*. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

BOBBIO, N. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 2004.

BONAVIDES, P. *Curso de direito constitucional*. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

BRANCO, P. G.G.; MENDES, G. F.; COELHO, I. M. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraira, 2002.

BRASIL. *CLT*. São Paulo: Saraiva, 2008

BRASIL. CLT. São Paulo: Saraiva, 2012.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF : Senado, 2007.

BRASIL. Código civil. 30.ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

BRASIL. Vade mecum. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

CANOTILHO, J, J. G. *Direito constitucional e teoria da constituição. Coimbra:* Almedina, 2001.

CESARINO JUNIOR, A. F. *Direito social brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1970.

CHEQUER, C. *A liberdade de expressão como direito fundamental preferencial prima facie:*análise crítica e proposta de revisão ao padrão jurisprudencial brasileiro. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2011.

CORREA. L. C. Direito da comunicação social. Coimbra: Almedina, 2005. v.1.

COSTA, M. F. S. *Eficácia dos direitos fundamentais entre particulares*: juízo de ponderação no processo do trabalho. São Paulo: LTr, 2010.

CESARINO JR, A. F. *Direito social brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1970.

COMPARATO, F. K. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

DELGADO, M. G. *Curso de direito do trabalho*. 3. ed. São Paulo: LTr, 2004.

_____. _____. 5.ed. São Paulo: LTr, 2006.

DELGADO, M. G. Curso de direito do trabalho. 9. ed. São Paulo: LTr., 2010

_____._____. *10*. ed.. São Paulo: LTr., 2011.

_____. *O poder empregatício*. São Paulo: LTR, 1996.

DONATO, M. *Curso de direito do trabalho*. São Paulo: Saraiva, 1981.

FARIAS, E. *Democracia, censura e liberdade de expressão e informação na Constituição Federal de 1988*. Disponível em:<http://www.pi.trf1.gov.br/Revista/revistajf1_cap6.htm>. Acesso em 23 dez. 2012

FERREIRA FILHO, M. G. *Princípios fundamentais do direito constitucional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

FERRAZ JR, T. S. *Introdução ao estudo do direito*: técnica, decisão, dominação. São Paulo: Atlas, 1991.

FIDELITAS. In: Dicionário etimológico. Disponível em: < www.dicionarioetimologico.com.br>. Acesso em: 16 nov. 2012.

GARCIA, G. F. B. *Curso de direito do trabalho*. 5. ed. rev. atual., ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

GARCÍA FERÑANDEZ, M. *Manual de derecho del trabalho*. Barcelona: Editorial Ariel, 1990.

GARCIA OVIEDO, C. *Tratado elementar de derecho social*. Madrid: Editora Victoriano Suárez, 1934.

GOMES, O.; GOTTSCHALK, E. *Curso de direito do trabalho*. 19. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 1998

GRANDI, M. ; PERA, G. *Commentario breve alle leggi sul lavoro*. Padova: Casa Editrice Dott. Antonio Milani, 1996,

GRAU, E. R. *A ordem econômica na constituição de 1988.* 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

HOBBES, Thomas. Leviatã ou matéria, forma e poder de um estado esclesiástico e civil. 3.ed. São Paulo: Abril Cultural, 1983.

HUBERMAN, L. *História da riqueza do homem*: do feudalismo ao século XXI. 22. ed. rev. ampl. Rio de Janeiro, Zahar, 2011.

JABUR, G. H. *Liberdade de pensamento e direito à vida privada*: conflitos entre direitos da personalidade. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

LEBRUN, G. *O que é poder?* São Paulo: Abril Cultural/Brasiliense, 1984. (Primeiros Passos)

LOPES, L. D. S. Colisão de direitos fundamentais: visão do Supremo Tribunal Federal. **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, RS, v.15., n. 98, p. 1-6, mar. 2012. Disponível em:<http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11242>. Acesso em: 10 mar. 2013.

MALLET, E. *Direito, trabalho e processo em transformação*. São Paulo: LTr, 2005.

MAGANO, O. B. *Direito individual do trabalho*. 4. ed., rev. e atual. São Paulo: LTr, 1993. v. 3.

_____. *O poder diretivo na empresa*. São Paulo: Saraiva, 1982.

MAQUIAVÉL. O Príncipe. São Paulo. Ed. Abril, 1979.

MARTINEZ, P. R. et al., *Código do trabalho anotado*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2007.

MARTINS, S. P. *Direito do trabalho*. 5. ed. rev. e ampl. São Paulo: Moderna, 2001.

MARTIRE, G. *Diritto di critica del laboratore e obbligo di fedeltà*: un equilíbrio delicato. Disponível em: <http://www.treccani.it/enciclopedia/ricerca/MARTIRE,-G.-Diritto-di-critica-del-laboratore-e-obbligo-di-fedelt%C3%A0:-un-equil%C3%ADbrio-delicato/>. Acesso em: 20 dez. 2012.

MARQUES, A. N. G. *Liberdade de expressão e colisão entre direitos fundamentais.* Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2010.

MEYER- PFLUG, S. R. *Liberdade de expressão e discurso do ódio*: racismo, pornografia, discriminação, financiamento público das atividades artísticas e das campanhas eleitorais, preconceito. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

MESQUITA, L. J. de. *Direito disciplinar do trabalho*. 2.ed. São Paulo: LTr, 1991.

MICHAELIS: dicionário escolar da língua portuguesa. 1. ed. São Paulo: Melhoramentos, 1998.

MIRANDA, J. *Manual de direito constitucional*: direitos fundamentais. 3. ed. Coimbra: Ed., 2000. t. 4.

NASCIMENTO, A. M. *Compêndio de direito sindica*l. 6. ed. São Paulo: LTr, 2011.

_____ *Curso de direito do trabalho*. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

NASCIMENTO, N. de O. *Manual do poder diretivo do empregador.* São Paulo: LTr, 2009.

NOVELINO. M. *Manual de direito constitucional*. 8. ed. atual. São Paulo: Método, 2013.

OLIVEIRA, P. E. V. *O dano pessoal no direito do trabalho*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2010.

PASSARELI, F. S. *Nozioni di diritto del lavoro*, 8. ed. Napoli: Casa Editrice Dott Eugênio Jovene, 1955.

PAVELSKI, A. P. *Os direitos da personalidade do empregado, em face do exercício abusivo do poder diretivo do empregador*. Curitiba: Juruá, 2009.

PIOVESAN, F.; CARVALHO, L. P. V. de. *Direitos humanos e direito do trabalho.* São Paulo: Atlas, 2010.

PLÁ RODRIGUEZ, A. *Princípios de direito de trabalho.* 3. ed. São Paulo, LTr, 2002.

_____.*Curso de direito do trabalho*: contratos de trabalho. São Paulo: LTr, 1982.

ROJAS RIVERO, G. P. *La libertad de expresión del trabajador*. Madrid: Editorial Trotta, 1991.

ROMITA, A. S. *Direitos fundamentais nas relações de trabalho*. 3. ed. São Paulo: LTr, 2009.

RUSSOMANO, M. V. *O empregado e o empregador no direito do trabalho brasileiro*. São Paulo: LTr, 1978.

SAMPAIO, C. M. F. Eficácia dos direitos fundamentais entre particulares: juízo de ponderação no processo do trabalho. São Paulo: LTr, 2010.

SARMENTO, D. *Direitos fundamentais e relações privadas*. 2. ed. Rio de Janeiro. Lumen Juris, 2010.

SARLET, I. W. *A eficácia dos direitos fundamentais:* uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10. ed. Porto Alegre: Liv. e Ed. do Advogado, 2011.

SAVINO, M. *La subordinazione nel rapporto di lavoro*. Torino: Libreria Scientifica G. Giappichelli, 1943.

SILVA, B. M. da. *Curso de direito do trabalho aplicado.* São Paulo: Elsevier, 2009.

SILVA, J. A. da. *Curso de direito constitucional positivo*. 35. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

_____. *Aplicabilidade das normas constitucionais.* 5. ed. São Paulo: Moderna, 2001.

WADY, A. F. *Qual a diferença entre vida privada e intimidade?* 2008. Disponível em: <http://www.lfg.com.br/public_html/article.php?story=20080722095043227>. Acesso em 17 dez. 2012.

BIBLIOGRAFIA CONSULTADA

AGUIAR, A. R. *Direito, poder e opressão*. 3. ed. São Paulo: Alfa-Omega, 1990.

ALMEIDA, R. R. de. *Direitos fundamentais aplicados ao direito do trabalho*. São Paulo. LTr, 2010.

ASSÉDIO MORAL NO TRABALHO. Disponível <http://www.assediomoral.org/site/legisla/I-portugal.php>. Acesso em: 24 out. 2012.

BARASSI, L. *Il diritto del lavoro*. Milano: Editora, 1936. v. 2.

BARBOSA JUNIOR, F. *Direito à intimidade*: direito fundamental e humano na relação de emprego. São Paulo, LTr, 2008.

BATTAGLIA, F. *Filosofia do trabalho*. Tradução: Luis Washintogton Vita e Antonio D' Elia. São Paulo: Saraiva, 1958.

BELMONTE, A. A. *União Européia e o direito do trabalho* – São Paulo, LTr, 2012.

BELTRAN, A. P. *Direito do trabalho e direitos fundamentais*. São Paulo: LTr, 2002.

BIDART CAMPOS, Germán J. *Teoria general de los derechos humanos.* México: Universidad Nacional Autônoma de México, 1989.

BOBBIO, N. *Teoria do ordenamento jurídico*. Brasília: Polis, 1991.

BONAVIDES, P. *Teoria constitucional da democracia participativa*: por um direito constitucional de luta e resistência, por uma nova hermenêutica, por uma repolitização da legitimidade. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

CAPPELLETTI, M.; GARTH, B. *Acesso à justiça*. Tradução Ellen Gracie Northfleet, Porto Alegre: Sergio Antonio Frabris Editor, 2002.

CARELLI, R. L. *O mundo dos trabalhos e os direitos fundamentais*: O ministério público do trabalho e a representação funcional dos trabalhadores. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2011.

CRIVELLI, E. *Direito internacional do trabalho contemporâneo*. São Paulo: LTr, 2010.

CUNHA, P. de P. *A constituição européia*: uma perspectiva crítica. Curitiba: Juruá, 2006.

DELGADO, M. G. *Capitalismo, trabalho e emprego*: entre o paradigma da destruição e os caminhos da reconstrução. São Paulo: LTr, 2008.

FARIA, J. E. *O direito na economia globalizada*. São Paulo: Malheiros, 1999.

GALANTINO, LL., *Diritto comunitário del lavoro*. 3. ed. Torino: G. Giappichelli Editore, 2003.

GARCIA, F. *El derecho al honor y las libertades de información y expresión*: algunos aspectos del conflicto entre ellos. Valencia: Editorial Tirant ló Blanch Alternativa, 1999.

GIORGI, D. di: CAMPILONGO, C. F.; PIOVESAN, F. *Direito cidadania e justiça*: ensaios sobre lógica, interpretação, teoria, sociologia e filosofia jurídicas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

HOBSBAWM, E. J. *Mundos do trabalho:* novos estudos sobre a história operária. 5.ed. São Paulo: Paz e Terra, 2008.

_____. *Os trabalhadores: estudos sobre a história do operariado.* São Paulo, Paz e Terra, 1981.

HUSEK, C. R. *Curso básico de direito internacional público e privado do trabalho*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2011.

KANT, I. *Crítica da razão pura*. São Paulo: Martin Clarer, 2003.

KELSEN, H. *Teoria pura do direito.* 2.ed. São Paulo: Martins Fontes, 1987.

LAFER, C. *A reconstrução dos direitos humanos*: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt. São Paulo: Companhia das Letras, 1988.

_____. *A reconstrução dos direitos humanos*: um diálogo com o pensamento de HannahArendt. São Paulo: Companhia das Letras, 2001.

LEGAL, C. *La capacità lavorativa e la sua tutela giuridica*. 2. ed. Milano: Giufrè, 1950.

LEITE, C. H. B. *Curso de direito processual do trabalho*. 6.ed. São Paulo. LTr, 2008.

MONTOVANI JUNIOR, L. *O direito constitucional à intimidade e à vida privada do empregado e o poder diretivo do empregador.* São Paulo: LTr, 2010

MARTINS, S. P. *Direito processual do trabalho:* doutrina e prática forense, modelos de petições, recursos, sentenças e outros. São Paulo: Atlas, 2003.

MEYER- PFLUG, S. R. *Direitos humanos e justiça internacional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

MONTEIRO, A. P.; NEUNER, J.; SARLET, I. *Direitos fundamentais e direito privado*: uma perspectiva de direito comparado. Coimbra: Almedina, 2007.

MORAES, A. de. *Direito constitucional.* 15. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

MORAES, A. *Direitos humanos fundamentais*: teoria geral. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

MAQUIAVEL, N. *Os pensadores*. São Paulo: Nova Cultural, 1999.

MURARI, M. M. *Limites constitucionais ao poder de direção do empregador e os direitos fundamentais do empregado*: o equilíbrio está na dignidade da pessoa humana. São Paulo: LTr, 2008.

NASCIMENTO, A. M. *Direito contemporâneo do trabalho*. São Paulo: Saraiva, 2011.

PERONE, G. C. *A ação sindical nos Estados-Membros da União Européia*: lições. São Paulo, LTr, 1996.

PERONE, G. C. *Lineamenti di diritto del lavoro, evoluzione e partizione della matéria tipologie lavorative e fonti*. Torino: Giappichelli Editore, 1999.

RAGO, L. M. ; MOREIRA, E. F. P. *O que é taylorismo*? São Paulo: Brasiliense, 2003.

REALE, M. *Teoria tridimensional do direito*: situação atual. São Paulo: Saraiva, 2000.

SÜSSEKIND, A. *Direito internacional do trabalho*. 3. ed. atual. São Paulo: LTr, 2000

SANKIEVICZ, A. *Liberdade de expressão e pluralismo*: perspectivas de regulação. São Paulo: Saraiva, 2011.

SANTOS JUNIOR, R. F. C. dos. *A eficácia dos direitos fundamentais dos trabalhadores.* São Paulo: LTr, 2010.

SILVA NETO, M. J. e. *Direitos fundamentais e o contrato de trabalho*. São Paulo: LTr, 2005.

SMITH, P. *Moral, política, liberdade, direitos, igualdade e justiça social.* São Paulo: Madras, 2009.

SOUTO MAIOR, J. L. *O direito do trabalho como instrumento de justiça social.* São Paulo. LTr,

_____. *Curso de direito do trabalho*: teoria geral do direito do trabalho. São Paulo: LTr, 2011, v.1, pt.1.2000.

_____. *Direito processual do trabalho*: efetividade, acesso à justiça, procedimento oral. São Paulo: LTr, 1998.

TEMER, M. *Elementos de direito constitucional*. 12. ed. rev. e ampl. São Paulo: Moderna, 1996.