

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
PUC/SP**

Nilson de Oliveira Nascimento

**O Poder Diretivo do Empregador e os Direitos
Fundamentais do Trabalhador na Relação de Emprego**

**DOUTORADO EM DIREITO
Direito das Relações Sociais – Direito do Trabalho**

**São Paulo
2008**

Livros Grátis

<http://www.livrosgratis.com.br>

Milhares de livros grátis para download.

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
PUC/SP**

Nilson de Oliveira Nascimento

**O Poder Diretivo do Empregador e os Direitos
Fundamentais do Trabalhador na Relação de Emprego**

**DOUTORADO EM DIREITO
Direito das Relações Sociais – Direito do Trabalho**

São Paulo

2008

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
PUC/SP

Nilson de Oliveira Nascimento

**O Poder Diretivo do Empregador e os Direitos
Fundamentais do Trabalhador na Relação de Emprego**

DOUTORADO EM DIREITO

Tese apresentada à Banca Examinadora como exigência parcial para obtenção do título de Doutor em Direito (Direito das Relações Sociais – Direito do Trabalho) pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, sob a orientação da Prof. Dra. Carla Teresa Martins Romar.

São Paulo

2008

Banca Examinadora:

RESUMO

O presente trabalho trata do estudo do poder diretivo do empregador e as suas diversas formas de manifestação sobre a condição de subordinação do empregado no contexto da relação de emprego.

O poder diretivo (do empregador) e o trabalho subordinado (do empregado) se relacionam intensamente no cotidiano das relações trabalhistas, eis que são inerentes ao próprio contrato de trabalho.

Em razão da intensa interação entre o poder de ordenar e o dever de respeitar é que se justifica o estudo do poder diretivo do empregador a partir de uma concepção mais aprofundada, que não se limite aos métodos jurídicos tradicionais, mas que seja capaz de enfrentar o caráter interdisciplinar da questão, especialmente, para tratar do seu aspecto constitucional, relativamente à possibilidade de incidência dos direitos constitucionais e fundamentais nas relações individuais de trabalho.

O trabalho aborda os sujeitos do contrato de trabalho: empregado e empregador e a perspectiva legal, doutrinária e jurisprudencial desses atores sociais, enquanto partes integrantes da relação de emprego. Na continuação, estabelece os limites do poder diretivo do empregador no contrato de trabalho e, em contrapartida, o dever de subordinação do empregado. Em conclusão, analisa os direitos constitucionais e fundamentais do trabalhador e as possibilidades de incidência de tais direitos às relações individuais de trabalho.

Em conclusão, o trabalho estuda o contrato de trabalho e os seus sujeitos, o poder diretivo do empregador e as suas formas de manifestação e, finalmente, os direitos constitucionais e fundamentais do trabalhador como forma de limitação ao exercício do poder de comando no contexto do contrato de trabalho.

Palavras-chave: poder diretivo; contrato de trabalho; relações trabalhistas.

ABSTRACT

This paper deals with the study of the employer's managing power and its various forms of manifestation over the employee's subordination condition within the context of labor relationships.

The (employer's) managing power and the (employee's) subordinated labor are intensely related in the daily labor relationships, because such are inherent to the labor agreement itself.

Due to such intense interaction between the power of ordering and the duty of respecting, the study of the employer's managing power is justifiable as from a deeper conception, not being limited to the traditional legal methods, but actually capable of facing the interdisciplinary nature of the matter, especially with regards to its constitutional framework, relatively to the possibility of incidence of constitutional and fundamental rights in the individual labor relationships.

This paper approaches the subjects of a labor agreement: employee and employer and the legal, doctrinaire and jurisprudential perspectives of such social players, as integral parts of the labor relationship. It further establishes the limits of the employer's managing power, and on the other hand, the employee's subordination duty. In conclusion, this paper promotes an analysis of the constitutional and fundamental rights of workers and the possibility of such rights being incident upon the individual labor relationships.

Finally, this paper studies labor agreements and their subjects, the employer's managing power and its means of manifestation and, finally, the constitutional and fundamental rights of the employee as a means of limiting the command power within the context of labor agreements.

Keywords: managing power; labor agreement; labor relationships.

ÍNDICE

Introdução.....	10
Capítulo 1	
Contrato de Trabalho.....	13
1.1. Características do contrato de trabalho.....	13
1.2. Natureza jurídica.....	32
1.3. Obrigações das partes.....	35
Capítulo 2	
Sujeitos do Contrato de Trabalho.....	52
2.1. Empregado.....	53
2.2. Empregador.....	61
Capítulo 3	
Subordinação como característica fundamental do contrato de trabalho.....	64
3.1. Conceito de subordinação.....	66
3.2. Natureza da subordinação.....	68
3.2.1. Teoria da subordinação técnica.....	69
3.2.2. Teoria da subordinação econômica.....	71
3.2.3. Teoria da subordinação jurídica.....	73
Capítulo 4	
Poder diretivo do empregador.....	76
4.1. Conceito de poder diretivo.....	79
4.2. Fundamentos do poder diretivo.....	81
4.2.1. Teoria da propriedade privada.....	82
4.2.2. Teoria institucional.....	84
4.2.3. Teoria contratual.....	86

4.3. Divisão do poder diretivo.....	88
4.3.1. Poder de organização.....	88
4.3.2. Poder de controle ou de fiscalização.....	91
4.3.3. Poder disciplinar ou sancionador.....	93
4.4. Limites ao poder diretivo.....	95

Capítulo 5

Garantias constitucionais fundamentais e a proteção do empregado.....	101
5.1. Valorização do trabalho humano e livre iniciativa.....	102
5.2. Dignidade da pessoa humana e justiça social.....	108
5.3. Intimidade e vida privada.....	112
5.4. Honra e imagem.....	117
5.5. Livre manifestação do pensamento.....	121
5.6. Não-discriminação.....	124

Capítulo 6

Garantias constitucionais fundamentais do empregado como forma de limitação ao poder diretivo do empregador.....	133
6.1. Fase pré-contratual.....	134
6.1.1. Entrevistas.....	142
6.1.2. Exames médicos.....	146
6.1.3. Testes de gravidez e de esterilização.....	149
6.1.4. Testes psicotécnicos e grafotécnicos.....	152
6.2. Fase da execução do contrato de trabalho.....	155
6.2.1. Controle das atividades laborativas.....	156
6.2.1.1. Controles audiovisuais.....	157
6.2.1.2. Controles de revistas pessoais.....	165
6.2.1.3. Computador, internet e correio eletrônico.....	183
6.2.1.4. Assédio sexual.....	193
6.2.1.5. Assédio moral.....	212
6.3. Fase pós-contratual.....	229
6.3.1. Anotações desabonadoras na CTPS.....	230

6.3.2. Divulgação de informações desabonadoras inverídicas.....	235
6.3.3. Divulgação de informações desabonadoras verídicas.....	241
6.3.4. Divulgação de “listas negras”.....	243
Conclusão.....	249
Bibliografia.....	256

INTRODUÇÃO

O estudo do poder diretivo do empregador constitui um tema de grande importância para o Direito do Trabalho. Em razão da intensidade com que se manifesta no cotidiano das relações individuais de trabalho, é que este fenômeno desperta grande interesse da doutrina trabalhista.

O contrato de trabalho se desenvolve em torno de dois sujeitos: o empregador e o empregado e o seu conceito revela a supremacia do empregador e o estado de dependência e pessoalidade do empregado, restrito ao poder diretivo empresarial.

No contrato de trabalho os conceitos de *poder* e *trabalho* interagem intensamente. Todavia, não se pode esquecer que, nesse contexto, além do exercício das funções organizadoras, fiscalizadoras e de controle, estão em jogo regras e princípios relativos aos direitos, liberdades e garantias aplicáveis a toda pessoa humana e que nada têm a ver com a vida profissional, sendo legítimo ao trabalhador preservá-los e defendê-los frente a abusos do seu empregador.

O presente trabalho estuda o poder diretivo do empregador e os efeitos do seu exercício sobre a intimidade e a vida privada do cidadão, enquanto parte de uma relação de emprego, fazendo uma análise sobre os limites de interferência do empregador na esfera de privacidade do trabalhador.

O empregado, ainda que sujeito ao poder diretivo, atributo indeclinável da empresa, e mesmo estando vinculado ao dever de obediência às ordens que originam do contrato de trabalho, deve ser tratado com respeito e educação e dentro dos parâmetros da lei, eis que esse poder não é absoluto e nem ilimitado. Portanto, a incidência dos direitos fundamentais no âmbito do contrato de trabalho se assenta na necessidade de assegurar o respeito à dignidade do trabalhador e estabelecer limites ao exercício do poder diretivo do empregador, para tornar a relação de emprego mais justa e equilibrada.

No capítulo 1 fazemos uma análise do contrato de trabalho, com suas características, conceito, forma e duração, elementos típicos, natureza jurídica, obrigações das partes, destacando os aspectos que fundamentam os atributos do poder diretivo do empregador e o dever de subordinação do empregado.

No capítulo 2 analisamos os sujeitos do contrato de trabalho. O estudo reafirma a supremacia do empregador, eis que detentor do poder diretivo e, de outro modo, a subordinação ou o estado de dependência pessoal do trabalhador em relação ao poder empresarial, que se constituem nos traços característicos do contrato de trabalho.

No capítulo 3 o foco é o estudo da subordinação como característica essencial do contrato de trabalho, destacando seu conceito e a sua natureza jurídica. A subordinação ou o estado de dependência pessoal do trabalhador é o traço mais característico da configuração da relação de emprego no sentido específico do Direito do Trabalho. Subordinação e poder de direção representam os dois lados da mesma moeda. O empregado é subordinado porque concordou, por contrato, que o empregador dirigisse sua prestação pessoal de serviços. O poder diretivo representa a faculdade concedida ao empregador que, assumindo os riscos da atividade econômica, tem o poder de determinar o modo de execução das atividades dos empregados e de lhe dar ordens. Daí a importância do estudo da subordinação, eis que figura indissociável do poder diretivo do empregador e da fixação dos limites em que este se manifesta no contexto do contrato de trabalho.

O capítulo 4 contém a análise da diversidade das formas como o poder diretivo se manifesta no cotidiano das relações trabalhistas, seu conceito, seus fundamentos e as formas de limitação ao exercício desse poder empresarial, que representa um dos mais relevantes efeitos do contrato de trabalho, concentrando um conjunto de faculdades ao empregador, atribuindo-lhe o poder

de comando sobre a direção do trabalho do empregado, com vistas a adequá-lo à produção e à efetivação dos objetivos visados pelo empreendimento.

No capítulo 5 estudamos de forma aprofundada as garantias constitucionais fundamentais e a proteção do empregado. Ainda que o poder diretivo seja inerente ao empregador, é inegável que o mesmo não pode ser exercido de forma absoluta, eis que o estado de subordinação presente na relação de emprego não retira do empregado a garantia dos seus direitos fundamentais. O estudo destaca a valorização do trabalho humano e a livre iniciativa, a dignidade da pessoa humana e a justiça social, a intimidade e a vida privada, a honra e a imagem, a livre manifestação do pensamento e a não-discriminação, como direitos fundamentais que irradiam os seus efeitos sobre o contrato de trabalho para o fim de assegurar o respeito à dignidade do trabalhador e estabelecer parâmetros ao exercício do poder diretivo do empregador.

Por fim, no capítulo 6 o objetivo foi a análise das garantias constitucionais fundamentais do empregado como forma de limitação ao poder diretivo do empregador. O exercício do poder diretivo é marcado por regras gerais, abstratas, impessoais, que vão atuar sobre um universo relativamente restrito – o da empresa, sobre uma relação jurídica determinada – a do contrato de trabalho e sobre um destinatário certo – o empregado, que tem o dever de respeitá-las. Todavia, o poder diretivo empresarial não é absoluto e encontra limitações nas garantias constitucionais fundamentais do trabalhador, que impõem o respeito à intimidade, à vida privada, à honra, à imagem, à dignidade, dentre outros atributos de relevância, que devem ser respeitados, eis que nunca se separam do indivíduo, acompanhando-o em todas as relações, inclusive na de emprego. Nesse sentido, o estudo traz as situações práticas da relação de emprego onde se estabelece a intersecção entre o poder diretivo do empregador e o dever de sujeição do empregado, fixando os limites em que esses interesses devem ser exercidos para o fim de estabelecer a harmonia, o equilíbrio e a justiça social entre os sujeitos do contrato de trabalho.

Capítulo 1

CONTRATO DE TRABALHO

O contrato de trabalho será analisado segundo a importância dos seus traços característicos para a compreensão do poder diretivo e o dever de subordinação. A abordagem do contrato será feita conforme os seguintes aspectos: conceito, forma e duração, elementos típicos e natureza jurídica.

A análise dos aspectos acima identificados não tem a pretensão de esgotar o assunto com o rigor científico que um trabalho de doutoramento exige, mas objetiva destacar a relevância que os mesmos assumem na compreensão do poder diretivo do empregador e da situação de dependência do empregado no âmbito do contrato de trabalho, como fonte geradora de direitos e obrigações.

O poder diretivo do empregador (art. 2º da CLT) e o estado de subordinação do empregado (art. 3º da CLT) individualizam o contrato de trabalho e o diferem de outros contratos de direito privado, explicando a escolha das características supracitadas, que se revelam necessárias para a compreensão do poder de comando do empresário, bem como para estabelecer os limites do seu exercício.

1.1. CARACTERÍSTICAS DO CONTRATO DE TRABALHO

1.1.1. CONCEITO

O conceito de contrato de trabalho está previsto nos artigos 442 e 443 da Consolidação das Leis do Trabalho. Todavia, não existe um entendimento pacífico da doutrina trabalhista a respeito de sua definição.

Amauri Mascaro Nascimento conceitua contrato de trabalho como a relação jurídica de natureza contratual tendo como sujeitos o empregado e o empregador e como objeto o trabalho subordinado, continuado e assalariado.¹

Alice Monteiro de Barros propõe a seguinte conceituação para o contrato de trabalho: é o acordo expresso (escrito ou verbal) ou tácito, firmado entre uma pessoa física (empregado) e outra pessoa física, jurídica ou entidade (empregador), por meio do qual o primeiro se compromete a executar, pessoalmente, em favor do segundo, um serviço de natureza não eventual, mediante salário e subordinação jurídica.²

Orlando Gomes e Elson Gottschalk aduzem que contrato de trabalho é a convenção pela qual um ou vários empregados, mediante certa remuneração e em caráter não-eventual, prestam trabalho pessoal em proveito e sob direção do empregador.³

Maurício Godinho Delgado, conceitua contrato de trabalho como o negócio expresso ou tácito mediante o qual uma pessoa natural obriga-se perante pessoa natural, jurídica ou ente despersonalizado a uma prestação pessoal, não eventual, subordinada e onerosa de serviços.⁴

Proponho o conceito de que contrato de trabalho é o ajuste expresso (verbal ou escrito) ou tácito pactuado entre uma pessoa física que figura na condição de empregado e outra pessoa que figura na condição de empregador (pessoa física, jurídica ou qualquer outra que contrate outrem na condição de empregado), mediante o qual o empregado se compromete a trabalhar para o empregador de forma habitual, com pessoalidade, mediante subordinação e onerosidade.

¹ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. Curso de Direito do Trabalho, 17ª ed., São Paulo: Saraiva, 2001, p. 352.

² BARROS, Alice Monteiro de. Curso de Direito do Trabalho. 2ª ed., São Paulo: LTR, 2005, p. 215/216.

³ GOMES, Orlando e GOTTSCHALK Élson. Curso de Direito do Trabalho, 17ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 121.

⁴ DELGADO, Mauricio Godinho. Curso de Direito do Trabalho, 6ª ed., São Paulo: LTR, 2007, p. 491.

1.1.2. FORMA E DURAÇÃO

O contrato de trabalho é disciplinado pelos art. 442 e 443 da CLT, como sendo o acordo tácito ou expresso, correspondente à relação de emprego, conforme adiante transcrito.

“Art. 442. Contrato individual de trabalho é o acordo tácito ou expresso, correspondente à relação de emprego.”

“Art. 443. O contrato individual de trabalho poderá ser acordado tácita ou expressamente, verbalmente ou por escrito e por prazo determinado ou indeterminado.”

O art. 442 da CLT disciplina que o contrato de trabalho pode ser celebrado de forma tácita ou expressa. Isto significa que o simples fato de uma pessoa colocar a sua prestação de serviços à disposição de outra, na forma que a lei trabalhista considera característica da relação de emprego determina a condição de empregado.

O art. 443 da CLT disciplina que o contrato individual de trabalho poderá ser acordado tácita ou expressamente, verbalmente ou por escrito e por prazo determinado ou indeterminado. Portanto, não há formalidade especial, solene, prevista em lei para o fim de se acordar o contrato de trabalho que, de regra, é livre.

Portanto, de regra, para a formação do contrato de trabalho basta a simples manifestação da vontade das partes.

O contrato de trabalho expresso é aquele celebrado de forma verbal ou escrita e que se caracteriza pela manifestação de vontade das partes no sentido de contratar. As partes expressamente desejam contratar e pactuam todos os aspectos do contrato de trabalho.

O contrato de trabalho tácito é aquele cuja existência resulta de ações ou omissões que não aconteceriam se não houvesse por parte do agente o ânimo de aceitar a proposta. Nenhuma das partes assume a posição de pactuar verbalmente ou por escrito o contrato de trabalho, mas o modo como ambas se comportam na condução do negócio, permite a conclusão de que o trato tipifica um contrato de trabalho.

O art. 443 da CLT disciplina, ainda, que o contrato de trabalho pode ser celebrado por prazo determinado ou por prazo indeterminado.

O contrato de trabalho por prazo indeterminado é aquele em que as partes fixam o momento do seu início, mas não assinalam o prazo de sua extinção. Portanto, caracteriza-se pelos elementos da sucessividade e da continuidade e vigoram enquanto não se verificar uma das hipóteses previstas em lei para autorizar a sua rescisão.

Em razão da presença dos elementos da sucessividade e da continuidade é possível a conclusão de que indeterminação de prazo do contrato de trabalho, que é a regra, se presume, cabendo à parte interessada fazer a prova contra essa presunção, ou seja, de que o contrato de trabalho foi celebrado por prazo determinado.

O contrato por prazo indeterminado se constitui na regra geral incidente sobre a duração do contrato de trabalho.

Maurício Godinho Delgado destaca que dois aspectos principais atuam em favor do direcionamento da legislação trabalhista no sentido da celebração de contrato de trabalho sem determinação de prazo. Em primeiro lugar, a indeterminação da duração contratual é meio de se conferir concretude ao princípio da continuidade da relação de emprego. Em segundo lugar, a indeterminação da duração contratual é a que melhor realiza, na prática, o princípio da norma mais favorável, isto porque permite ao empregado alcançar

melhores condições de trabalho, maiores direitos trabalhistas e um conjunto maior de direitos rescisórios no instante da ruptura do contrato de trabalho.⁵

O § 1º do art. 443 da CLT regula o contrato de trabalho por prazo determinado, conforme a seguir transcrito:

“§ 1º. Considera-se como de prazo determinado o contrato de trabalho cuja vigência dependa de termo prefixado ou da execução de serviços especificados ou ainda da realização de certo acontecimento suscetível de previsão aproximada.”

O contrato de trabalho por prazo determinado é aquele em que as partes, por ocasião de sua celebração, assinalam o momento da sua extinção. Trata-se de uma exceção em relação à contratação sem determinação de prazo.

Por força do dispositivo celetista, só é possível a contratação por prazo determinado nos casos em que seja possível o estabelecimento de um termo prefixado para conclusão dos trabalhos ou da execução de serviços específicos ou da realização de certo acontecimento suscetível de previsão aproximada.

Pedro Paulo Teixeira Manus afirma que tanto a possibilidade de prefixar a duração do contrato de trabalho em dias ou em meses, como a possibilidade de prefixá-lo em função de um evento, possibilita a celebração de contrato por prazo determinado.⁶

A formalização de contrato com determinação de prazo somente é possível nas hipóteses previstas no § 2º do art. 443 da CLT.

“§ 2º. O contrato por prazo determinado só será válido em se tratando:

⁵ DELGADO, Mauricio Godinho. Op. cit. 522.

⁶ MANUS, Pedro Paulo Teixeira. Direito do Trabalho. 9ª ed., São Paulo: Atlas, 2005, p. 95.

a) de serviço cuja natureza ou transitoriedade justifique a predeterminação de prazo;

b) de atividades empresariais de caráter transitório;

c) de contrato de experiência.”

A primeira hipótese de contratação por prazo determinado é que a se refere ao serviço cuja natureza ou transitoriedade justifique a predeterminação do prazo. Nesta hipótese, as partes, desde o momento da celebração do contrato, têm condições de fixar as condições do trabalho e delimitar o tempo de sua duração. Trata-se de um trabalho certo e determinado, suscetível de previsão aproximada do tempo de duração. Exemplos de contratação a termo nesta hipótese: substituição de empregado regular e permanente que está afastado das atividades laborativas por motivo de férias, licença previdenciária, maternidade, dentre outros; contratação de empregado para suprir acréscimo extraordinário e provisório de serviços da empresa; contratação de empregado para executar um serviço certo com termo determinado para sua conclusão.

A segunda hipótese de contratação por prazo determinado é a que se refere aos serviços cuja natureza ou transitoriedade justifique a predeterminação de prazo. Neste caso, a necessidade transitória que legitima a contratação a termo não está ligada com a prestação de serviços do empregado, mas decorre da própria atividade da empresa, que, neste caso, é que é transitória e cuja existência vai se limitar no tempo pelos próprios fins a que se destina. A atividade empresarial terá uma duração fugaz, condicionada à conclusão dos serviços que justificaram a sua criação. Exemplos de contratação a termo nesta hipótese: contratação de empregado para trabalhar em feiras, exposições, atividades circenses, espetáculos teatrais.

Também pode ocorrer nesta hipótese a atividade empresarial passageira. Nesse caso não é a empresa que vai ter uma existência fugaz, mas um

dos seus serviços ou uma das suas divisões ou departamentos. Exemplo: uma empresa de doces que em certa época do ano resolve fabricar ovos de páscoa; uma empresa de máquinas de lavar que em certa época do ano resolve fabricar fogões. Trata-se da hipótese em que a empresa explora uma atividade diferente daquela que figura seus fins sociais, por tempo limitado, visando promover o atendimento de determinados pedidos e aproveitar uma oportunidade de mercado.

A terceira hipótese é a que trata do contrato determinado a título de experiência. Trata-se de um contrato em que as partes, desde o momento da celebração, fixam a sua predeterminação do prazo de duração.

Pedro Paulo Teixeira Manus destaca que nesta última hipótese, porém, relativa ao contrato de experiência, é preciso estabelecer alguma diferenciação com aquelas duas precedentes. Isto porque, nos casos das letras “a” e “b” do § 2º do art. 443 da CLT, tanto o empregado como o empregador, desde o início do contrato, já sabem que, findos os serviços, ou finda a atividade empresarial, o pacto automaticamente estará desfeito. Já no contrato de experiência, ainda existindo o prazo prefixado, há a expectativa de que, se o empregado for aprovado pelo empregador e se o serviço for do seu agrado, o contrato continuará, normalmente, aí, sem prazo determinado. Então, embora o contrato de experiência seja uma modalidade dos contratos à prazo, tem uma característica especial, que é exatamente a possibilidade de continuação do pacto, devendo ser esta a regra geral.⁷

Como forma de complementar a limitação aos contratos a termo, a lei trabalhista fixou que o seu prazo máximo de duração não poderá ultrapassar de dois anos e o contrato de experiência não poderá exceder de noventa dias.

Assim, ultrapassados tais prazos e continuando a relação de emprego o contrato de trabalho passará automaticamente a vigorar sem determinação de prazo.

⁷ MANUS, Pedro Paulo Teixeira. Op. cit. 96.

O artigo 445 e o parágrafo único da CLT regulam o prazo máximo de duração do contrato de trabalho por prazo determinado e de experiência:

“Art. 445. O contrato de trabalho por prazo determinado não poderá ser estipulado por mais de 2 (dois) anos, observada a regra do art. 451.

Parágrafo único – O contrato de experiência não poderá exceder de 90 (noventa) dias.”

A regra do art. 451 da CLT faculta ao empregador o direito de prorrogar o contrato de prazo determinado, uma única vez, desde que observado o prazo máximo de duração previsto no art. 445 da CLT. Porém, na hipótese de haver uma segunda prorrogação, tácita ou expressa, o contrato automaticamente passará a vigorar por prazo indeterminado.

“Art. 451. O contrato de trabalho, por prazo determinado que, tácita ou expressamente, for prorrogado mais de uma vez, passará a vigorar sem determinação de prazo.”

O disposto no art. 451 da CLT também se aplica ao contrato de trabalho a termo a título de experiência, razão pela qual, ultrapassado o prazo máximo de duração de noventa dias e continuando a relação de emprego entre as partes o contrato passará a vigorar sem determinação de prazo.

Também como forma de complementar a limitação aos contratos a termo, a lei trabalhista fixou no art. 452 da CLT que o contrato de duração determinada que suceder, dentro de seis meses, a outro contrato de trabalho por prazo determinado, salvo se a expiração deste dependeu da execução de serviços especializados ou da realização de certos acontecimentos, automaticamente considera-se por prazo indeterminado.

“Art. 452. Considera-se por prazo indeterminado todo contrato que suceder, dentro de seis meses, a outro contrato por prazo determinado, salvo se a expiração deste dependeu da execução de serviços especializados ou da realização de certos acontecimentos.”

Pedro Paulo Teixeira Manus destaca que a previsão legal é salutar, eis que considera por prazo indeterminado todo contrato que suceder a outro no lapso de seis meses e evita a sucessão de contratos a prazo em fraude à lei.⁸

1.1.3. ELEMENTOS TÍPICOS

Os elementos típicos do contrato de trabalho são aqueles que constituem o núcleo da relação de emprego e que necessariamente devem estar presentes para a sua configuração.

A análise dos elementos típicos do contrato de trabalho visa permitir a melhor compreensão do poder diretivo do empregador e do estado de dependência do empregado no âmbito da relação de emprego.

Na caracterização do contrato de trabalho pode se indicar um significativo grupo de elementos relevantes. Trata-se de um pacto de direito privado, em primeiro lugar. É contrato sinalagmático, além de consensual, e celebra-se *intuitu personae* quando ao empregado. É ele, ainda, pacto de trato sucessivo e de atividade. Finalmente é oneroso, dotado também de alteridade.⁹

Embora não haja uniformidade a respeito dos elementos que tipificam o contrato de trabalho, a doutrina trabalhista converge em torno da existência de algumas características básicas na sua tipificação, conforme os

⁸ MANUS, Pedro Paulo Teixeira. Op. cit. p. 97.

⁹ DELGADO, Mauricio Godinho. Op. cit. p. 494.

seguintes elementos: a) contrato de direito privado; b) sinalagmático; c) consensual; d) intuitu personae; e) comutativo; f) trato sucessivo; g) onerosidade; h) subordinação e i) alteridade.

1.1.3.1. DIREITO PRIVADO

O contrato de trabalho é de natureza privatista porque sua essência tem origem no direito privado. Trata-se de relação jurídica firmada no âmbito de direito privado.

A classificação do contrato de trabalho no âmbito privado decorre não somente da condição de particular dos sujeitos, mas também dos interesses envolvidos e da natureza da relação jurídica que se estabelece entre as partes contratantes, de índole privatista.

Mesmo nas situações em que o Estado figura como empregador a relação jurídica continua sendo de direito privado. Isto porque, quando o Estado contrata empregados sob o regime da CLT, passa a figurar no domínio privado e fica obrigado a cumprir todos os imperativos que irradiam das normas de proteção social em favor dos empregados contratados.

Aspecto relevante a ser destacado é o de que, em sede de direito do trabalho, a maioria das normas são de ordem pública, aplicando-se automaticamente ao contrato de trabalho, independente da vontade das partes contratantes, vinculando-as ao seu cumprimento. A imperatividade das normas trabalhistas firma a primazia da ordem pública na formação do contrato de trabalho, nas normas coletivas e nas leis que compõem o Direito do Trabalho, limitando a autonomia da vontade das partes.

Todavia, tais características não transformam o contrato de trabalho em contrato do ramo do direito público.

Destacam Evaristo de Moraes Filho e Antonio Carlos Flores de Moraes, que embora a maior parte das normas de direito do trabalho pertença ao campo do Direito Público, não há como se negar que o contrato de trabalho se enquadra no ramo do Direito Privado. Cercado por todos os lados de fontes normativas que lhe são superiores, regulamentado, na quase-totalidade dos benefícios que lhe servem de cláusulas obrigatórias, revestem-se as normas que o regulam de cogência, imperatividade, fazendo mais um ponto de chegada jurídica do que propriamente de partida. Resulta, não inicia.¹⁰

Maurício Godinho Delgado destaca que o posicionamento do contrato de trabalho no âmbito privado é, hoje, indubitável, embora já tenha sido, em períodos passados, objeto de certa controvérsia. Tal posicionamento deriva da natureza essencialmente privada não só dos sujeitos pactuantes (mesmo o Estado, quando contrata empregados, pois, neste caso, age como particular, sem prerrogativas especiais em face da legislação trabalhista), como também dos interesses envolvidos e, por fim, da própria relação jurídica central deste contrato.¹¹

Maurício Godinho Delgado sustenta, ainda, que a imperatividade das normas jurídicas trabalhistas (uma característica do direito do trabalho) não transforma o contrato de trabalho em contrato de direito público. É que no contrato de trabalho as partes, à diferença do ocorrido no direito público, colocam-se em situação de paridade jurídica, por ser nitidamente privada (e está aqui distinção fundamental com o direito público) a relação jurídica básica regulada por suas cláusulas contratuais.¹²

Com efeito, mercê da inegável imperatividade que irradia das normas de direito do trabalho, o entendimento doutrinário firmou posicionamento no sentido de que o contrato de trabalho é de natureza privada.

¹⁰ MORAES FILHO, Evaristo de; MORAES, Antonio Carlos Flores de. Introdução ao Direito do Trabalho. 9ª ed., São Paulo: LTR, 2003, p. 251.

¹¹ DELGADO, Mauricio Godinho. Op. cit. p. 494/495.

¹² *Ib idem*, p. 495.

1.1.3.2. SINALAGMÁTICO

O contrato de trabalho é sinalagmático porque dele derivam obrigações contrárias, equivalentes e recíprocas que devem ser cumpridas pelas partes contratantes.

Trata-se de pacto de natureza bilateral que gera obrigações recíprocas às partes contratantes, resultando um equilíbrio formal entre as prestações ajustadas.

O caráter sinalagmático do contrato de trabalho resulta do fato de que as partes se obrigam reciprocamente, como acontece na venda, na locação, etc. É sinalagmático perfeito porque gera direitos e obrigações para ambas as partes, livremente aceitos, desde o início. Nos contratos dessa natureza nenhuma das partes pode reclamar do cumprimento da prestação da outra se ainda não cumpriu a sua.¹³

O sinalagma característico do contrato de trabalho é interpretado de forma diferente de outros tipos de contrato. No contexto da relação de emprego esse elemento deve ser aferido levando-se em consideração o conjunto do contrato de trabalho e não apenas o contraponto de obrigações específicas (trabalho *versus* salário, por exemplo). É que o instituto da interrupção contratual (pelo qual o trabalhador não presta serviços, mas recebe as verbas integrais do contrato, como férias, ilustrativamente), eliminaria, por exemplo, o caráter sinalagmático da relação de emprego, caso a comparação fosse tópica, parcela contra parcela (o mesmo efeito seria produzido pelo art. 4º da CLT, que admite a existência de obrigações contratuais empregatícias, mesmo sem a efetiva prestação de serviços). Aferindo-se tal característica pelo conjunto contratual, preserva-se a validade da característica sinalagmática do contrato de trabalho.¹⁴

¹³ MORAES FILHO, Evaristo de; MORAES, Antonio Carlos Flores de. Introdução ao Direito do Trabalho. 9ª ed., São Paulo: LTR, 2003, p. 251.

¹⁴ DELGADO. Mauricio Godinho. Op. cit. op. 495.

No mesmo sentido, Alice Monteiro de Barros destaca que o caráter sinalagmático do contrato de trabalho tem em vista o contrato no todo e não prestação por prestação, o que explica, por exemplo, a possibilidade de existir salário enquanto ausente a prestação de serviços, como ocorre na interrupção do contrato de trabalho.¹⁵

1.1.3.3. CONSENSUAL

O contrato de trabalho é consensual porque pode ser ajustado livremente pelas partes contratantes, sem necessidade da observância de formalidades imperativas. O contrato de trabalho nasce da manifestação da vontade livre das partes e não depende de forma prevista em lei.

A consensualidade tem o significado de que o vínculo jurídico de emprego se aperfeiçoa entre as partes contratantes mediante a simples manifestação expressa ou tácita de vontades, independentemente da observância de quaisquer solenidades ou formalidades especiais previstas na legislação.

Maurício Godinho Delgado destaca que a consensualidade distingue o contrato cuja celebração não se sujeita a formalidades imperativas. Assim, é o contrato de trabalho, de maneira geral (art. 442, caput da CLT). Sendo meramente consensual (e não formal ou solene), o contrato empregatício pode ajustar-se tacitamente inclusive, sem necessidade de qualquer manifestação expressa oriunda das partes contratantes. No entanto, que há certos contratos de trabalho que escapam a esse característica da informalidade, sujeitando-se à pactuação formal para sua validação.¹⁶

Existem alguns tipos de contrato de trabalho que fogem da regra da informalidade, sujeitando-se à pactuação formal para sua validação, ou seja,

¹⁵ BARROS, Alice Monteiro de. Curso de Direito do Trabalho. 2ª ed., São Paulo: LTR, 2005, p. 217.

¹⁶ DELGADO. Mauricio Godinho. Op. cit. p. 495.

dependem de forma expressa escrita. A título de exemplo, podemos citar o contrato de atleta profissional de futebol, contrato de artistas, contrato de obra certa, contrato de safra, contrato a prazo determinado de empregado admitido acima do quadro fixo da empresa.

Porém, como regra, o contrato de trabalho pode ser celebrado livremente pelas partes e não depende de formalidades especiais. A regra consagra a consensualidade e a ausência de forma prescrita em lei, bastando o simples consentimento expresso ou tácito da parte para o fim de gerar efeitos entre as partes.

Todavia, cumpre repisar que, como regra, o contrato de trabalho decorre da simples manifestação escrita, verbal ou tácita das partes contratantes, significando dizer que não se trata de negócio jurídico cuja constituição dependa de forma especial, solene, prescrita em lei, para ter validade.

1.1.3.4. INTUITU PERSONAE

O contrato de trabalho possui a característica personalíssima ou *intuitu personae*, que significa levar em conta a pessoa do contratante para a sua celebração.

O contrato de trabalho gera uma obrigação pessoal em relação à figura do empregado. A obrigação de prestar serviços ao empregador é infungível ao empregado que não pode se fazer substituir por outra pessoa no trato de suas obrigações contratuais.

O contrato de trabalho é selado pela característica da fidúcia e o empregador tem o direito de exigir a prestação de serviços daquele que contratou como empregado.

A característica da pessoalidade pressupõe a existência de uma confiança especial que é depositada pelo empregador em relação ao empregado. Portanto, a prestação de serviços contratada é infungível e não pode ser executada por outra pessoa que substitua o empregado. A atividade contratada (obrigação de fazer) não constitui apenas prestação obrigacional, mas a prestação principal.

O empregador tem interesse que a execução das atividades laborativas seja cumprida por uma determinada pessoa, em razão da sua fidúcia, idoneidade, habilidades profissionais e técnicas, dentre outros atributos que detenha e que se constituíram na razão de ser da sua contratação.

A pessoa do empregado é crucial e determinante para a celebração do contrato de trabalho. A escolha do empregado é feita *intuitu personae* e se funda em uma série de fatores que o distinguem de outros candidatos e influenciam decisivamente na contratação.

Em razão da característica da pessoalidade que o contrato de trabalho impõe em relação ao empregado derivam várias obrigações intransmissíveis, que não podem ser cedidas ou transferidas, devendo ser executadas pelo próprio empregado contratado, que não pode se fazer substituir por outra pessoa na execução do objeto da sua prestação de serviços.

Conforme destaca Maurício Godinho Delgado, trata-se de característica que envolve uma única parte contratual – o empregado – sendo estranho ao outro pactuante (no que tange ao empregador predomina, como se sabe, a impessoalidade, isto é, a despersonalização de sua figura contratante). Enquanto o empregado é figura subjetivamente infungível no contexto do contrato de trabalho – sob pena de descaracterizar-se esse contrato – autoriza a ordem trabalhista, em princípio, a plena fungibilidade da figura do empregador, que pode, assim, ser sucedido por outrem no contexto da relação de emprego.¹⁷

¹⁷ DELGADO. Mauricio Godinho. Op. cit. p. 496.

1.1.3.5. COMUTATIVO

O requisito da comutatividade determina seja dado conhecimento prévio das vantagens que receberão as partes por conta do adimplemento do contrato: o empregado sabe quanto receberá de salário pelos serviços prestados e o empregador sabe quais atividades laborais poderá exigir do empregado.

A característica comutativa do contrato de trabalho reforça a característica da consensualidade. No contrato de trabalho deve haver uma equivalência entre a prestação de serviços e a contraprestação salarial.

Deve haver uma justiça comutativa entre as duas prestações contratuais. Uma parte não pode ficar obrigada no cumprimento de obrigações, além daquelas assumidas no contrato de trabalho, razão pela qual cada obrigação do empregado equivale a uma obrigação do empregador.

A característica da comutatividade remete ao conhecimento que deve ser dado às partes, no momento da celebração do contrato, a respeito da situação a que estão se obrigando, estabelecendo claramente as prestações e contraprestações proporcionais que devem ser atendidas pelas partes, determinando um equilíbrio contratual entre as mesmas.

As prestações de ambas as partes são equivalentes, certas e determinadas, conhecidas antecipadamente pelas partes, sem que existam imprevistos ou riscos que impliquem uma contingência incerta de ganho ou perda. A comutatividade deve ser analisada no conjunto de prestações de cada parte. O salário não se regula como por um taxímetro ou por um medidor de energia elétrica que traduzem em dinheiro exatamente e a cada momento o serviço que se presta, mas constitui um conjunto de benefícios que globalmente equivalem às prestações que o trabalhador tem que realizar. Daí as interrupções na prestação de serviços sem prejuízo da remuneração (descanso semanal

remunerado, férias, feriados, ausências justificadas) que não negam, mas confirmam o caráter comutativo do contrato de trabalho.¹⁸

1.1.3.6. TRATO SUCESSIVO

O contrato de trabalho é de trato sucessivo, pois vincula as partes contratantes ao cumprimento de obrigações de débito permanente, que se sucedem continuamente no tempo, cumprindo-se e vencendo-se seguidamente.

A característica de trato sucessivo encerra o sentido de que as obrigações do contrato de trabalho não se completam em um único ato e também não são instantâneas. O dever de trabalhar (do empregado) e o dever de pagar salário (do empregador) se sucedem e se renovam diariamente e retratam a natureza de continuidade e de permanência das obrigações contratuais.

Alice Monteiro de Barros assinala que a prestação de serviços é de trato sucessivo, pois não se esgota com a realização de um ato singular. Ela pressupõe a execução de prestações na execução empresarial, apesar da intermitência da relação jurídica e da condescendência dos critérios diretivos do empregador no tocante a determinados empregados.¹⁹

Maurício Godinho Delgado destaca que as prestações centrais do contrato de trabalho (trabalho e verbas salariais) sucedem-se continuamente no tempo, cumprindo-se e vencendo-se, seguidamente, ao longo do prazo contratual, gerando uma obrigação de débito permanente, que incorpora como seu elemento típico a continuidade, a duração. Também as verbas devidas pelo empregador em geral tendem a vencer continuamente, parcela a parcela, ao longo do tempo contratual, dessa forma, o caráter da continuidade e permanência.²⁰

¹⁸ RODRIGUEZ, Américo Plá. Curso de Direito do Trabalho. São Paulo: LTR, 1982, p. 64.

¹⁹ BARROS, Alice Monteiro de. Op. cit. p. 217.

²⁰ DELGADO, Mauricio Godinho. Op. cit. p. 496.

1.1.3.7. ONEROSIDADE

O contrato de trabalho é oneroso porque cada parte possui obrigações contratuais e em contrapartida do adimplemento de tais obrigações auferem vantagens recíprocas. A onerosidade se constitui em traço fundamental da relação de emprego e se a obrigação for prestada pela parte sem intuito de contraprestação o contrato existente não será de trabalho.

Conforme prelecionam Orlando Gomes e Elson Gottschalk, o contrato de trabalho é oneroso porque os contratantes auferem vantagens recíprocas, recebendo cada qual o equivalente ao que dá. A onerosidade é da essência do contrato de trabalho. Se a prestação for gratuita, o contrato não será de trabalho, na acepção técnica e restrita dessa expressão, não havendo, pois, contrato de trabalho sem salário.²¹

O empregado deve receber pelos serviços prestados. O trabalho é a prestação e o salário é a contraprestação. O empregado tem a obrigação de trabalhar e o empregador tem a obrigação de pagar o salário respectivo.

A onerosidade é um elemento fundamental da relação de emprego, posto que estabelece uma relação obrigacional indissociável entre os sujeitos do contrato de trabalho. Se ausente a característica da onerosidade o contrato não é de trabalho.

1.1.3.8. ALTERIDADE

O elemento da alteridade tem o significado de o empregado prestar serviços por conta alheia. A palavra alteridade vem de *alter*, *alteritas*, outro.

²¹ GOMES, Orlando e GOTTSCHALK Élson. Op. cit. 125.

O empregado trabalha sem assumir qualquer risco sobre o empreendimento do empregador. O empregado tem o direito de participar dos lucros da empresa, mas não pode compartilhar os prejuízos que a mesma acaso venha a suportar.

O essencial no contrato de trabalho não é tanto a relação de dependência como o fato de se trabalhar “por conta do outro”, isto é, de se trabalhar para outro ao qual se atribui direta e imediatamente direito sobre os frutos do trabalho como efeito essencial do contrato e que, em troca de garantir uma remuneração, assume o risco e o destino futuro dos bens produzidos ou dos serviços prestados, o que nada mais é do que uma consequência da alteridade. Este trabalhar “por conta do outro” exige normalmente que o que trabalha seja controlado por aquele para quem trabalha, a fim de garantir devidamente o interesse contratual deste último.²²

O empregador assume os riscos da atividade econômica e não os pode repassar aos empregados. O empregado trabalha por conta alheia. Por força do contrato de trabalho o empregador assume o poder de comandar o empreendimento e de dirigir e fiscalizar as atividades dos empregados, determinando o conteúdo da prestação de serviços dos mesmos.

Maurício Godinho Delgado destaca que a expressão alteridade traduz a noção de que a prestação laboral do tipo empregatício corre por conta alheia do prestador. O risco inerente à prestação de serviços e a seu resultado, além dos riscos do próprio empreendimento empresarial, todos são estranhos à figura do empregado, recaindo sobre o adquirente de tais serviços. Tipificado como empregatício o contrato, a alteridade surge-lhe como marca característica, independentemente do ajuste tácito ou expresso fixado pelas partes contratantes a respeito dos riscos do empreendimento ou do trabalho efetivado.²³

²² RODRIGUEZ, Américo Plá. Op. cit. p. 41.

²³ DELGADO, Mauricio Godinho. Op. cit. 497.

1.2. NATUREZA JURÍDICA

Encontrar a natureza jurídica de uma figura do direito (como a relação de emprego ou o contrato de emprego), consiste em se apreenderem os elementos fundamentais que integram a sua composição específica, contrapondo-os, em seguida, ao conjunto mais próximo de figuras jurídicas, de modo a classificar o instituto focado no universo de figuras existentes no direito.²⁴

A análise da natureza jurídica do contrato do trabalho tem a finalidade de enquadrá-lo no ordenamento jurídico.

O estudo do instituto destaca a existência de duas correntes doutrinárias majoritárias a esse respeito: a teoria contratualista e a teoria anticontratualista.

1.2.1. TEORIA CONTRATUALISTA

A corrente contratualista preleciona que a natureza jurídica da relação de emprego decorre de um contrato e o seu fundamento reside em uma única tese: a vontade das partes é a causa única e insubstituível que pode constituir o vínculo jurídico.²⁵

Trata-se de um contrato, pois a sua formação depende exclusivamente da manifestação da vontade das partes contratantes e a sua execução e efeitos decorrem do que foi pactuado. Não só o trabalho do empregado é livre, como também vigora a plena liberdade de manifestação de vontade da parte no sentido de aceitar proposta de emprego para trabalhar na empresa.

²⁴ *Ib idem*, p. 308.

²⁵ NASCIMENTO. Amauri Mascaro. *Iniciação ao Direito do Trabalho*. São Paulo: LTR, 2007, p. 149.

Amauri Mascaro Nascimento destaca que a natureza jurídica da relação de emprego é contratual, pois a sua formação depende única e exclusivamente do ajuste e da manifestação de vontade das partes. Os efeitos do contrato não derivam apenas da prestação de serviços, mas daquilo que foi ajustado entre as partes. A execução é decorrente do que foi ajustado. O mero ajuste de vontades produz, portanto, efeitos jurídicos. A eficácia jurídica ocorre desde o ajuste das partes, adquirindo eficácia com a execução do trabalho. A liberdade em assentir em ajustar o contrato de trabalho é fundamental. O trabalho do empregado é livre, assim como é livre a vontade da pessoa passar a trabalhar para a empresa.²⁶

O fundamento da teoria contratualista reside numa tese bastante sustentável: a vontade das partes é a causa insubstituível e única que pode constituir a relação jurídica de emprego. Ninguém será empregado de outrem senão por sua vontade. Ninguém terá outrem como seu empregado senão quando for da sua vontade. Portanto, o vínculo de emprego somente será possível pela vontade ou pelo interesse das partes.²⁷

Na medida em que a liberdade é o elemento fundamental a distinguir a relação de emprego das demais formas de relação de trabalho, surge a vontade como seu elemento constitutivo basilar.²⁸

Os argumentos da teoria contratualista são bastante razoáveis, na medida em que, mesmo que uma pessoa comece a trabalhar para outra sem que nada tenha sido combinado entre ambas, isso só será possível pela vontade ou pelo interesse das duas.

Os argumentos sustentados pela teoria contratualista são bastante valorizados e de grande importância na afirmação de sua aceitação pela doutrina trabalhista majoritária.

²⁶ *Ib idem*, p. 149.

²⁷ MARTINS, Sergio Pinto. *Direito do Trabalho*, 23ª ed., São Paulo: Atlas, 2007, p. 88.

²⁸ DELGADO, Mauricio Godinho. *Op. cit.* p. 314.

1.2.2. TEORIA ANTICONTRATUALISTA

A teoria anticontratalista explica a natureza jurídica da relação de emprego sem recorrer à idéia de contrato, sustentando que não há relação contratual entre os sujeitos.

Para a teoria anticontratalista as partes da relação de emprego não detêm autonomia para discutir as condições que vão reger o pacto, uma vez que as mesmas se encontram estabelecidas pelas normas jurídicas e são aplicadas no âmbito da relação de emprego, independentemente da vontade dos contratantes.

A referida teoria pode ser dividida em duas: teoria da instituição e teoria da relação de trabalho. De acordo com a primeira, a empresa é uma instituição, na qual existe uma situação estatutária e não contratual. O estatuto da empresa disciplina as condições de trabalho, que deverão ser prestadas à autoridade do empregador, que é o detentor do poder disciplinar, sendo certo que a relação de emprego decorre do simples engajamento do empregado na empresa e não através de uma livre discussão de cláusulas contratuais. De acordo com a segunda, a empresa é uma comunidade de trabalho na qual o empregado se incorpora para cumprir os fins objetivados pela produção nacional. Nessa comunidade não existe uma soma de particulares relações contratuais entre os interessados, mas só uma relação de trabalho em essência unitária, sem margem para a autonomia da vontade e constituída pela simples ocupação do trabalho humano pelo empregador.²⁹

Para os adeptos da teoria anticontratalista a natureza jurídica da relação de emprego não decorre de contrato. Para essa teoria a empresa é uma comunidade de trabalho onde o empregado se insere para o fim de simplesmente cumprir aos objetivos visados pelo empreendimento. Nesta comunidade não existe espaço para discussão das condições contratuais e nem a possibilidade do empregado expressar a sua autonomia de vontade.

²⁹ NASCIMENTO. Amauri Mascaro. Op. cit. p. 151.

A teoria anticontratalista preconiza que ao passar a integrar uma empresa o trabalhador recebe o conteúdo de uma relação obrigacional previamente definida em lei e normas coletivas, razão pela qual o dirigismo estatal se impõe sobre a autonomia da vontade das partes contratantes, vinculando-as e obrigando-as ao seu cumprimento, de forma automática.

Mesmo sem perder de vista o significativo contingente de normas de direito do trabalho que pertencem ao ramo do direito público e que servem para regulamentar a relação de emprego e lhe instituir cláusulas obrigatórias, dotadas de cogência e imperatividade que vinculam as partes contratantes, não há como se acolher a tese que sustenta a natureza jurídica anticontratal da relação de emprego.

Isto porque, a liberdade em assentir e pactuar se constitui em condição *sine qua non* da relação de emprego. O trabalho do empregado é livre, da mesma forma que o empregado também dispõe de plena liberdade e autonomia para o fim de manifestar sua vontade em trabalhar para uma determinada empresa.

1.3. OBRIGAÇÕES DAS PARTES

O estudo das obrigações das partes no contrato objetiva uma melhor compreensão dos institutos relacionados ao poder diretivo do empregador e do estado de dependência do empregado, aspectos que consubstanciam o núcleo deste trabalho de doutorado.

A análise das obrigações das partes nos permite identificar os sujeitos do contrato de trabalho, estabelecer os respectivos direitos e deveres e, ainda, compreender a existência e os limites do poder de direção do empregador e o correspondente estado de subordinação do empregado.

Como preleciona Américo Plá Rodriguez as obrigações das partes do contrato de trabalho derivam da lei ou do contrato. Entre as obrigações fixadas por lei estão aquelas relativas ao contrato de trabalho (CLT e CF), as determinadas por leis especiais que se referem aos diversos aspectos de proteção do trabalhador (descanso semanal remunerado, gratificação natalina, dentre outros) e as determinadas através da negociação coletiva (acordo ou convenção coletiva de trabalho).³⁰

Entre as obrigações que derivam do contrato de trabalho, estão aquelas pactuadas pelos próprios sujeitos do contrato de trabalho, materializadas pela liberdade de contratação e manifestação da autonomia de vontade das partes, que dispõem de liberdade para a formação dos direitos e obrigações que regerão a relação de emprego.

As obrigações das partes contratantes decorrem do contrato de trabalho e quando as cláusulas contratuais são omissas aplicam-se as disposições legais. Portanto, as obrigações do empregado e do empregador são fixadas no contrato de trabalho e na lei, assim consideradas as originárias das fontes de produção estatal e as fontes de produção autônoma.

Em relação às obrigações que derivam da afirmação da autonomia da vontade dos sujeitos do contrato de trabalho, ou seja, as obrigações de origem contratual é importante destacar que as mesmas podem ser objeto de livre estipulação entre as partes em após acordadas, serão expressamente incluídas no núcleo do contrato de trabalho, levando-se em consideração cada caso concreto. Por esta razão é que se torna praticamente inviável a análise de todas essas hipóteses em razão da variedade e especificidade que apresentam.

Como destacam Orlando Gomes e Elson Gottschalk, o contrato de trabalho, como contrato sinalagmático à base de troca, dá origem à disciplina de duas obrigações fundamentais: a obrigação da prestação de trabalho a cargo do

³⁰ RODRIGUEZ, Américo Plá. Op. cit. p. 129.

empregado e a obrigação da contraprestação de remuneração, a cargo do empregador. Constituem as duas obrigações principais que nascem do contrato. Ao lado delas, obrigações instrumentais ou acessórias e co-respectivas pretensões: poder de direção e correspondente estado de subordinação constituem os denominados poderes e deveres, os quais, permanecendo distintos do débito e do crédito de trabalho e de remuneração, constituem, todavia, necessariamente, a respectiva posição do empregado e do empregador.³¹

Dentre as principais obrigações atribuídas às partes do contrato de trabalho serão analisadas as seguintes obrigações do empregado: prestar serviços, obediência, diligência, fidelidade, colaboração. Outrossim, serão analisadas as seguintes obrigações do empregador: proporcionar trabalho, pagar salário, respeitar as normas de proteção, respeitar a dignidade pessoal do trabalhador.

1.3.1. OBRIGAÇÕES DO EMPREGADO

As obrigações do empregado basicamente se caracterizam em obrigações de fazer, ou seja, deveres de conduta, que impõem o cumprimento de atividades inerentes ao objeto do contrato de trabalho.

As obrigações do empregado podem ser divididas em duas modalidades: principal e acessórias. A principal obrigação do empregado é a prestar serviços. O empregado tem como principal obrigação trabalhar, conforme sua qualificação profissional e de acordo com o limite quantitativo e qualitativo das atividades pactuadas no contrato de trabalho.

Além da obrigação fundamental de trabalhar o empregado tem o dever de cumprir algumas obrigações acessórias, conforme segue: obediência, diligência, fidelidade e colaboração.

³¹ GOMES, Orlando e GOTTSCHALK Élson. Op. cit. p. 199.

1.3.1.1. PRESTAR SERVIÇOS

A obrigação fundamental do empregado é a de prestar serviços e esta se inicia a partir do momento em que o trabalhador se coloca à disposição do empregador para laborar.

A obrigação principal do empregado consiste em trabalhar. Trata-se de uma obrigação pessoal e o empregado não pode se fazer substituir por outra pessoa no cumprimento dessa tarefa.

Esta obrigação é própria do contrato de trabalho e o difere de outras espécies de contrato. Não se trata do cumprimento de qualquer obrigação, que pode ser prestada por qualquer pessoa. Trata-se do cumprimento de obrigação infungível, personalíssima e destinada à utilidade de uma outra pessoa.

O contrato de trabalho, sob a ótica do empregado, é *intuitu personae*. O trabalhador se obriga a trabalhar com sua própria força e de sua labuta é que depende a produtividade e a perfeição técnica dos serviços prestados, que, por esta razão, não podem ser executados por outra pessoa.

Do caráter pessoal da prestação de serviços derivam várias conseqüências ao empregado que se obriga a exercer as tarefas próprias de sua função com cuidado, competência, eficiência e qualificação profissional. O empregado também deve executar suas tarefas de conformidade com o aspecto técnico-funcional determinado pelo empregador, ou seja, no âmbito, no horário e no local ajustado no contrato.

Também surgem diversas outras obrigações de conduta exigíveis ao empregado relacionadas à própria natureza da prestação de serviços, consubstanciadas em obrigações de fazer e obrigações de não fazer que incidem sobre o trabalhador e que servem como instrumento da fidúcia que envolve as partes no contexto do contrato de trabalho.

1.3.1.2. OBEDIÊNCIA

A obrigação de obediência decorre da subordinação que é marca característica do contrato de trabalho. Ao empregador compete assumir os riscos da atividade econômica e dirigir a prestação pessoal de serviços do empregado, razão pela qual ao empregado cabe a obrigação de acatar a disciplina, respeitar as normas do regulamento e cumprir e fazer cumprir as ordens e diretrizes concretas fixadas pelo empregador quanto ao objeto da prestação de serviços.

A obediência se caracteriza por um sentido de lealdade do empregado não somente em relação à figura do seu empregador, como também em relação à empresa em que trabalha, encerrando expressão de boa-fé no cumprimento das obrigações contratuais.

O dever de obediência corresponde ao lado passivo da subordinação, que é essencial à relação de trabalho, tornando-a passível de execução e qualificando-a. Ao dever de obediência do empregado correspondem vários poderes do empregador, que se podem enumerar: poder de direção e de comando, poder de controle ou de fiscalização, poder disciplinar e, nas empresas, para regulamentar e de organização. Com o exercício desses poderes surge uma pretensão do empregador de obter determinado comportamento do empregado, comportamento este ao qual se obrigou contratualmente, e no qual se enquadra a prestação de serviços.³²

Sem perder de vista a amplitude da obrigação de obediência, esta sofre limites e restrições, sendo certo que o empregado pode se recusar a acatar ordens para a prática de atos ilícitos, ordens cuja execução importe perigo ou ameaça de perigo ao empregado ou terceiros; ordens impossíveis de serem cumpridas; ordens de subordinados que impliquem em violação de hierarquias funcionais, ordens que extrapolem a função para o qual o empregado foi contratado.

³² GOMES, Orlando e GOTTSCHALK Élson. Op. cit., p. 215.

Conforme destaca Alice Monteiro de Barros, o dever de obediência diz respeito às ordens lícitas, emanadas de quem esteja legitimado a fazê-lo, não contrárias à saúde, à vida ou à dignidade do trabalho, quando então a recusa ao seu cumprimento é legítima. Assim, está o empregado desobrigado de cumprir ordens capazes de gerar grave e iminente perigo à sua saúde ou as que o exponham a situações indignas e vexatórias. 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 poder diretivo do empregador.³³

O cumprimento da obrigação de obediência deve ser exigido com responsabilidade pelo empregador e emanar de ordens lícitas, concretas e diretamente relacionadas com as atividades profissionais que fazem parte do objeto da prestação de serviços do empregado.

A atitude do empregado que se recusa a cumprir ordem lícita relacionada à execução do objeto do contrato de trabalho, viola a obrigação de obediência que pode caracterizar justa causa para rescisão do contrato de trabalho.

Através de atos de obediência que se concretiza a subordinação do empregado. Na medida em que o empregado deixa de cumprir a obrigação de obediência incide na prática de falta capaz de levar à rescisão do contrato de trabalho por justa causa tipificada pela insubordinação ou indisciplina, conforme previsto na letra “h” do artigo 482 da CLT.

1.3.1.3. DILIGÊNCIA

A obrigação de diligência está relacionada com o dever de colaboração que o empregado deve nutrir em prol da empresa para o qual trabalha.

³³ BARROS, Alice Monteiro de. Op. cit. 583/584.

A execução do contrato de trabalho exige a utilização da prestação pessoal e subordinada do trabalho do empregado, que deve se empenhar na execução das atividades traçadas pelo empregador com zelo, cuidado e atenção.

O dever de diligência importa para o empregado na obrigação de dar, na prestação de trabalho, aquele rendimento qualitativo e quantitativo que o empregador pode legitimamente esperar. A diligência do empregado deve ser considerada tendo em vista a natureza da obrigação, as condições pessoais do trabalhador e as circunstâncias de tempo e lugar.³⁴

Age com zelo e diligência o empregado que não falta e não chega atrasado ao trabalho, que utiliza adequadamente as máquinas e ferramentas de trabalho, que cuida do patrimônio da empresa, que economiza recursos da empresa, que não pratica atos que resultem ou possam resultar em prejuízos à empresa.

O contrato de trabalho pressupõe que o empregado exerça o seu trabalho com cuidado, atenção, interesse, dentro dos padrões de produtividade e de perfeição técnica esperados pelo empregador.

A atitude do empregado que se recusa a executar as atividades que fazem parte do contrato de trabalho com zelo e dedicação, viola a obrigação de diligência que pode caracterizar justa causa para rescisão do contrato de trabalho.

Milita em desídia o empregado que labora com negligência, preguiça, má-vontade, omissão, desatenção e relaxamento no trato de suas atividades laborativas. Desídia corresponde à falta de exatidão, à omissão deliberada e injustificada do empregado em cumprir as obrigações contratuais, que pode justificar a rescisão do contrato de trabalho por justa causa, conforme disciplina a letra “e” do artigo 482 da CLT. .

³⁴ SUSSEKIND, Arnaldo et al. Instituições de Direito do Trabalho. 22ª ed. atual. São Paulo: LTR, 2005. v. 1, p. 259.

Conforme destaca Alice Monteiro de Barros, a violação do dever de diligência traduz a desídia e, portanto, implica sanções disciplinares que podem chegar à penalidade máxima, traduzida pela dispensa por justa causa (art. 482 da CLT), acrescida do ônus de responder o empregado por dano causado à empresa, na hipótese de ter sido ajustada essa possibilidade (art. 462, § 1º da CLT). Essa falta pressupõe culpa (imprudência, negligência ou imperícia).³⁵

Na medida em que o empregado, de forma contumaz, deixa de cumprir suas obrigações contratuais de forma diligente, com seriedade e consciência no que diz respeito à perfeição técnica e à produtividade a que está obrigado a cumprir por força do contrato de trabalho incide na prática de falta capaz de levar à rescisão do contrato de trabalho por justa causa tipificada pela desídia, conforme previsto na letra “e” do artigo 482 da CLT.

1.3.1.4. FIDELIDADE

Conforme destaca Octavio Bueno Magano, a fidelidade é a observância da fé devida. A inserção do trabalhador na empresa permite 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.³⁶

A obrigação de fidelidade encerra uma relação de boa-fé que deriva da inserção do empregado na empresa. Trata-se de um critério para medir o nível de comprometimento do empregado com seus deveres contratuais.

O empregado se integra à empresa e tem o dever de ser fiel e de seguir todos os princípios adotados pela mesma, executando suas atividades laborativas de acordo com a confiança que lhe foi outorgada pelo empregador.

³⁵ BARROS, Alice Monteiro de. Op. cit. p. 587.

³⁶ MAGANO, Octavio Bueno. Op. cit. p. 199.

A respeito da obrigação de fidelidade José Augusto Rodriguez Pinto destaca que o empregado é parte integrante de uma verdadeira comunidade, que é a empresa. Disso decorre sua natural obrigação de ser fiel aos fins e à vida dessa comunidade e, por extensão, de seu dirigente. A fidelidade se evidencia na defesa do empregador contra investidas de terceiros, que diminuam ou denigram a empresa e, de modo ainda mais concreto, pelo dever de não fazer concorrência desleal ao empregador nem lhe trair segredos dos quais tenha conhecimento por força do contrato de trabalho.³⁷

Evaristo de Moraes Filho e Antonio Carlos Flores de Moraes destacam que o empregado, como contratante e integrante da empresa, deve desempenhar suas tarefas como o faria um tipo médio de bom pai de família, com exatidão, probidade, boa conduta, seriedade e tem para com o empregador o dever de fidelidade, no sentido de que não deve divulgar fatos dos quais venha a ter conhecimento no desempenho de suas funções e cuja divulgação possa prejudicar o bom nome da empresa e o seu êxito econômico junto aos seus concorrentes e ao público em geral.³⁸

Alice Monteiro de Barros preleciona 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 técnico, cujo dever de fidelidade é uma das manifestações. Esse dever é a conduta humana honrada, que 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.³⁹

A obrigação de fidelidade também se traduz no compromisso profissional, moral e ético assumido pelo empregado de não difundir notícias que possam redundar em prejuízos morais ou materiais à empresa para o qual trabalha.

³⁷ PINTO, José Augusto Rodriguez. Tratado de Direito Material do Trabalho. São Paulo: LTR, 2007, p. 318.

³⁸ MORAES FILHO, Evaristo de e MORAES, Antonio Carlos Flores de. Op. cit. p. 330.331,

³⁹ BARROS, Alice Monteiro de. Op. cit. p. 588.

Uma forma usual de violação à obrigação de fidelidade se configura através da revelação de segredo ou de informação sigilosa ou confidencial que o empregado teve acesso em razão do cargo que ocupa na empresa e relação às quais tinha o dever de manter segredo.

A atitude do empregado que revela segredo, fato ou informação confidencial ou sigilosa da empresa, sem consentimento desta, tornando-a pública, causando-lhe prejuízo financeiro e moral, caracteriza violação à obrigação de fidelidade que pode caracterizar justa causa para rescisão do contrato de trabalho, conforme previsto na letra “g” do artigo 482 da CLT.

A atitude do empregado que pratica atos de comércio, sem conhecimento do empregador, com habitualidade, causando prejuízos à empresa e aos serviços prestados, tipifica ato de concorrência desleal que pode caracterizar justa causa para rescisão do contrato de trabalho.

Portanto, pratica concorrência desleal o empregado que, valendo-se de sua atividade laborativa, de forma habitual, explora atividade da mesma natureza ou ramo de produção do seu empregador, sem a permissão deste, causando-lhe prejuízos e agindo de forma prejudicial ao bom andamento da execução dos seus serviços. O empregado que incide nesta conduta funcional irregular incide em falta grave que pode caracterizar a rescisão do contrato de trabalho por justa causa, conforme previsto na letra “c” do artigo 482 da CLT.

1.3.1.5. COLABORAÇÃO

A obrigação de colaboração se concretiza através de um conjunto de atos praticados pelo empregado com o fim de garantir o bom andamento das atividades empresariais e o bem comum do empreendimento, auxiliando o empregador na organização empresarial e na realização dos objetivos sociais perseguidos pela empresa.

Américo Plá Rodriguez assinala que a obrigação de colaboração está estreitamente ligada à obrigação de fidelidade, a ponto de serem confundidas ou reunidas numa só e englobadas na denominação de obrigação de lealdade. A obrigação de colaboração leva a impor certos comportamentos positivos pelos quais, de algum modo, se vai além do cumprimento das obrigações regulares.⁴⁰

Francisco Ferreira Jorge Neto e Jouberto de Quadros Pessoa Cavalcante prelecionam que o dever de colaboração repousa na obrigação do empregado em atuar de forma participativa no desempenho de suas atribuições, com zelo e diligência e citam exemplos desse dever: a) a obrigação do empregado em levar ao conhecimento do empregador qualquer problema na execução de seu trabalho, tais como, defeitos nas máquinas, instalações, matérias-primas, etc.; b) ser precavido, evitando os problemas que possam advir do local de trabalho ou de instalações, zelando pelo patrimônio da empresa, bem como pela sua própria constituição física e de seus colegas de trabalho; c) denunciar os atos delituosos que são praticados em prejuízo aos interesses da empresa; d) levar ao conhecimento do empregador as faltas justificadas, para que a sua ausência não implique prejuízo para a produção, no sentido de que o empregador tome as precauções necessárias para contornar referidos transtornos; e) prestar serviços, nas situações em que há trabalhos inadiáveis, para evitar o perecimento da matéria-prima ou mesmo em função do acréscimo da própria produção.⁴¹

A obrigação de colaboração legítima, quando necessário, a externalização do *jus variandi* do empregador, consistente na possibilidade de promover pequenas alterações nas condições ajustadas no contrato de trabalho, relacionadas com a prestação de serviços do empregado, para o fim de exigir do trabalhador o cumprimento de atividades laborativas em situações excepcionais ou de emergência para atender à realização ou conclusão de serviços inadiáveis ou cuja inexecução possa acarretar prejuízo manifesto ao empregador.

⁴⁰ RODRIGUEZ, Américo Plá. Op. cit. p. 139.

⁴¹ JORGE NETO, Francisco Ferreira e CAVALCANTE, Jouberto de Quadros Pessoa. Manual de Direito do Trabalho. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 451.

1.3.2. OBRIGAÇÕES DO EMPREGADOR

Américo Plá Rodriguez sustenta que o empregador, além de pagar salário, tem as obrigações complementares de proporcionar trabalho, fornecer equipamentos, respeitar a dignidade e a consciência do empregado.⁴²

Luiz José de Mesquita destaca que o trabalhador tem o direito de ser tratado socialmente como uma pessoa maior. Tem o direito à cortesia comum exigida pelos chamados deveres sociais, o que significa dever portar-se o detentor do poder hierárquico como pessoa educada.⁴³

Segundo Octavio Bueno Magano, são deveres do empregador a boa-fé, a observância das normas de higiene e segurança, a não discriminação e o respeito às invenções do empregado.⁴⁴

Evaristo de Moraes Filho e Antonio Carlos Flores de Moraes destacam que o empregador, no uso dos seus poderes, além de proporcionar trabalho ao empregado, como contratado, deve lhe pagar o salário combinado, exercendo o seu poder de direção com respeito à personalidade do empregado. O empregador também fica responsável pela aplicação e cumprimento da legislação do trabalho no âmbito da sua empresa, proporcionando ao empregado boas condições de higiene e segurança, com todas as instalações necessárias à boa execução do trabalho e ao bem-estar do empregado.⁴⁵

Uma vez tecidas as opiniões doutrinárias supra a respeito das obrigações do empregador, podemos dizer que entre as principais figuram as de: proporcionar trabalho, pagar salário, respeitar as normas de proteção e respeitar a dignidade pessoal do trabalhador.

⁴² RODRIGUEZ, Américo Plá. Op. cit. p. 144.

⁴³ MESQUITA, Luiz José de. Direito Disciplinar do Trabalho. 2ª ed., São Paulo: LTR, 1991, p. 51.

⁴⁴ MAGANO, Octavio Bueno. Op. cit. p. 194.

⁴⁵ MORAES FILHO, Evaristo de e MORAES, Antonio Carlos Flores de. Op. cit. p. 331.

Octavio Bueno Magano aduz que o reconhecimento de poderes ao empregador gera necessariamente a figuração de deveres do empregado. Como tais poderes e deveres encontram-se sempre referidos ao contrato de trabalho, de natureza bilateral, daí resulta a emergência de direitos, deveres e obrigações atribuíveis ao empregado e ao empregador.⁴⁶

O empregador detém o poder diretivo para organizar a empresa, controlar e fiscalizar as atividades dos empregados e impor sanções aos trabalhadores faltosos. Todavia, não pode exercer essa prerrogativa de forma absoluta e em detrimento dos direitos dos trabalhadores.

Portanto, os deveres e obrigações de responsabilidade do empregador servem para fixar a dimensão do seu poder de direção e delimitar os parâmetros em que o mesmo pode ser exercido no contexto do contrato de trabalho.

Conforme destaca Alice Monteiro de Barros, o empregador não poderá descumprir direitos básicos do empregado previstos na legislação trabalhista e previdenciária, nas normas coletivas, no regulamento interno das empresas, no contrato individual de trabalho e principalmente na Constituição Federal, onde estão inseridos os direitos fundamentais, cerne do ordenamento jurídico e cuja existência está calcada na dignidade humana, que é erigida a um valor superior que deverá presidir as relações humanas, entre as quais as relações jurídico-trabalhistas.⁴⁷

Mauricio Godinho Delgado destaca que os principais efeitos próprios do contrato de trabalho, que fica sob responsabilidade do empregador, consubstanciam-se, essencialmente, em obrigações de dar, isto é, obrigações de pagamento, sendo manifestações desse conjunto de obrigações de dar o pagamento das verbas salariais e outras diversas parcelas econômicas decorrentes

⁴⁶ MAGANO, Octavio Bueno. Op. cit., p. 190.

⁴⁷ BARROS, Alice Monteiro de. Op. cit., p. 589.

do contrato (ainda que verbas trabalhistas sem natureza salarial, como o vale transporte, o FGTS, e outras). O contrato origina, ainda, certas obrigações de fazer, a serem adimplidas pelo empregador. A assinatura de CTPS e a emissão do documento CAT em situação de infortúnio do trabalhador são exemplos desse tipo de efeito resultante do contrato de trabalho.⁴⁸

1.3.2.1. PROPORCIONAR TRABALHO

O empregador tem a obrigação de dar trabalho e de proporcionar ao empregado todos os meios necessários para a execução das atividades que fazem parte do objeto do contrato de trabalho.

O trabalho é a principal obrigação do empregado. O salário é a principal obrigação do empregador. O trabalho é a prestação e o salário é a contraprestação, eis o caráter sinalagmático, oneroso e comutativo do contrato de trabalho. O empregado se coloca à disposição do empregador para trabalhar, trata-se de uma prestação positiva, uma obrigação de fazer.

O empregador tem a obrigação de determinar as funções a serem executadas pelo empregado, que fica vinculado ao cumprimento de uma obrigação de fazer. Não basta ao empregador o simples pagamento do salário, eis que o empregado não se coloca na posição de escolher as atividades que pretende executar e nem pode ficar indefinidamente aguardando que suas funções sejam fixadas pelo empregador.

Portanto, o inadimplemento da obrigação de dar trabalho, coloca o empregador em mora, facultando ao trabalhador o direito de pleitear a rescisão do contrato de trabalho por infração contratual praticada pelo empregador, qual seja: a de não proporcionar trabalho, com o pagamento regular dos salários, conforme disciplina a letra “d” do art. 483 da CLT.

⁴⁸ DELGADO, Mauricio Godinho. Op. cit., p. 608.

O trabalho, como atividade humana remunerada, não pode ser visto apenas como uma fonte de subsistência do empregado. O valor do trabalho transcende a uma simples contraprestação salarial e se relaciona com a mais pura fonte de realização humana. O trabalho dignifica e enobrece e faz com que o homem se sinta útil perante os seus pares e perante a sociedade.

A obrigação do empregador de proporcionar trabalho tem como desdobramento a obrigação de propiciar condições para o empregado executar suas atividades laborativas. O empregador deve fornecer todos os instrumentos, equipamentos e ferramentas de trabalho adequados e necessários para que o empregado possa executar a sua prestação de serviços.

Compete ao empregador a iniciativa de tornar possível a execução do trabalho por parte do empregado e a faculdade de aferir a qualidade, a quantidade, a perfeição técnica da prestação dos serviços prestados. Portanto, proporcionar trabalho, fornecer meios para a sua execução, controlar e fiscalizar a prestação dos serviços e receber o trabalho prestado pelo empregado são obrigações do empregador.

1.3.2.2. PAGAR O SALÁRIO

A principal obrigação assumida pelo empregador em razão do contrato de trabalho é de pagar salário ao empregado. Na maioria das vezes, o salário é a principal motivação pela qual o empregado se oferece para trabalhar para o empregador.

Para uma grande massa de trabalhadores o salário se constitui na única fonte de renda e de subsistência da família. Daí a origem da natureza alimentar da prestação e a razão pela qual se constitui na mais importante obrigação a ser adimplida pelo empregador no contexto do contrato de trabalho.

O contrato de trabalho é oneroso e por esta razão o seu objeto versa sobre o trabalho remunerado.

Orlando Gomes e Elson Gottschalk asseveram que o contrato de trabalho é essencialmente oneroso e, conseqüentemente, o seu objeto há de ser o trabalho remunerado, razão pela qual a remuneração do trabalhador subordinado, além de um elemento indispensável à configuração da relação de emprego, constitui, outrossim, a obrigação fundamental do empregador.⁴⁹

A contraprestação paga ao empregado subordinado, além de se constituir em elemento fundamental da caracterização da relação de emprego, se constitui na principal obrigação do empregador em relação à prestação de serviços do empregado, razão pela qual não existe trabalho sem a contrapartida de pagamento de salário.

1.3.2.3. RESPEITAR AS NORMAS DE PROTEÇÃO

O empregador tem o direito de dirigir, controlar e decidir sobre todos os rumos da empresa. É certo que também tem o poder de controlar e fiscalizar a prestação pessoal e subordinada dos empregados para garantir que a execução das atividades seja prestada de acordo com os interesses patronais.

A atuação do poder diretivo do empregador, porém, não é absoluta e o seu exercício regular fica condicionado ao respeito às normas de proteção ao trabalhador. O empregador tem a obrigação de cumprir os direitos do trabalhador previstos na Constituição Federal, na legislação trabalhista, na legislação previdenciária, nas normas coletivas, no regulamento interno da empresa e no contrato individual de trabalho.

⁴⁹ GOMES, Orlando e GOTTSCHALK Élson. Op. cit.. p. 215.

1.3.2.4. RESPEITAR A DIGNIDADE PESSOAL DO TRABALHADOR

O empregador deve respeitar a dignidade pessoal do trabalhador. A obrigação de respeitar a personalidade moral do empregado na sua plenitude de pessoa humana decorre da aplicação do princípio geral da execução de boa-fé dos contratos.

O trabalhador deve ser tratado pelo empregador com o mesmo respeito com que ele próprio deve tratar o patrão. Esta afirmação comporta diversas implicações. Uma delas tem a ver com o trato pessoal que deve ser correto e digno tanto pela linguagem como pelo tom de voz. Outra é a necessidade de ter a devida consideração para com o trabalhador diante da clientela ou de terceiros, abstendo-se de fazer observações ou recriminações. Outra tem relação com certas medidas que podem ser incômodas ou até vexatórias, como a realização de revistas pessoais à saída do trabalho, que devem ser feitas com a devida cautela e serenidade. Outra implicação é a atinente à preservação da intimidade do trabalhador: não se deve fazer perguntas ou investigações, nem obrigá-lo a responder questionamentos sobre o seu comportamento familiar ou sua vida privada.⁵⁰

O trabalho se constitui em dos mais importantes componentes da dignidade humana, razão pela qual compete ao empregador respeitar a dignidade pessoal do empregado, eis que este princípio atrai todos os direitos fundamentais do homem.

Como desdobramento da obrigação de respeitar a dignidade pessoal do trabalhador, figura a obrigação do empregador de manter a moralidade no ambiente de trabalho. É no ambiente de trabalho que o empregado passa grande parte de sua vida, razão pela qual o empregador tem a obrigação de preservá-lo dentro das melhores condições de moralidade.

⁵⁰ RODRIGUEZ, Américo Plá. Op. cit., p. 137.

Capítulo 2

SUJEITOS DO CONTRATO DE TRABALHO

Os sujeitos do contrato de trabalho serão analisados levando-se em consideração os seus aspectos mais relevantes para a compreensão do poder diretivo do empregador e do dever de subordinação do empregado.

Os sujeitos da relação de emprego, quais sejam, empregador e empregado, serão estudados apenas em suas características essenciais que justificam o poder diretivo patronal e a contrapartida indissociável do dever de subordinação do trabalhador.

Portanto, a identificação dos aspectos acima indicados sobre os sujeitos do contrato de trabalho não tem a pretensão de esgotar o assunto com o rigor científico que um trabalho de doutoramento exige, mas objetiva destacar a relevância que os mesmos assumem na compreensão do poder diretivo do empregador e da situação de dependência do empregado no âmbito do contrato de trabalho, como fonte geradora de direitos e obrigações.

O poder diretivo do empregador (art. 2º da CLT) e o estado de subordinação do empregado (art. 3º da CLT) individualizam o contrato de trabalho e o diferem de outros contratos de direito privado, explicando a escolha da análise das características supracitadas, que se revelam necessárias para a compreensão do poder de comando do empresário, bem como para estabelecer os limites do seu exercício.

Admitindo-se a natureza contratual da relação de emprego e considerando que o contrato de trabalho é sinalagmático, resta evidente que os seus sujeitos – empregador e empregado – estão ligados entre si por um vínculo obrigacional recíproco e equivalente.

Nesse sentido, o poder de direção e a situação de subordinação se constituem em fonte geradora de deveres e obrigações recíprocas e equivalentes aos sujeitos do contrato de trabalho, limitando e condicionando o poder de direção do empregador.

2.1. EMPREGADO

O contrato de trabalho é uma relação jurídica que se firma entre empregado e empregador. As normas de proteção social têm um destinatário certo e determinado: o empregado, daí decorrendo a importância da análise de seus elementos característicos.

Conforme destaca Amauri Mascaro Nascimento, o empregado está no centro nuclear do direito do trabalho como o seu destinatário principal e justificante desse ramo especializado do direito, a ponto de não faltar quem prefira dizer direito dos trabalhadores e não direito do trabalho.⁵¹

O artigo 3º da CLT define empregado como toda pessoa física que prestar serviços de natureza não eventual a empregador, sob a dependência deste e mediante salário. O complemento da definição de empregado se extrai da parte final do art. 2º da CLT que se refere à personalidade.

2.1.1. PESSOA FÍSICA

O empregado é sempre a pessoa física. Esta característica decorre da própria essência do contrato de trabalho, pelo qual se contrata a prestação pessoal de serviços, o que exclui a possibilidade de o empregado ser a pessoa jurídica.

⁵¹ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. Op. cit., p. 103.

As normas trabalhistas se destinam à proteção do ser humano que trabalha: o homem, a mulher, a criança e visa tutelar a vida, saúde, higiene, lazer, dentre outros aspectos.

Conforme destaca Mauricio Godinho Delgado, a prestação de serviços que o direito do trabalho toma em consideração é aquela pactuada por uma pessoa física (ou natural). Os bens jurídicos (e mesmo éticos) tutelados pelo direito do trabalho (vida, saúde, integridade física, lazer, etc.) importam à pessoa física, não podendo ser usufruídos por pessoas jurídicas. Assim, a figura do empregado há de ser, sempre, uma pessoa natural.

Orlando Gomes e Elson Gottschalk destacam que somente a pessoa natural pode ser empregado. O direito do trabalho protege o trabalhador, sobretudo, pela energia pessoal que despende na prestação de serviço, que consiste em energia humana de trabalho.⁵²

Para que alguém assuma a condição de empregado, não existe qualquer restrição decorrente de sexo, da cor, do estado civil, da idade, da graduação ou da categoria.⁵³

Em razão da peculiaridade da prestação pessoal de serviços que se exige do empregado é que a pessoa jurídica, dada a sua natureza, não é dotada de capacidade jurídica de trabalho e não pode figurar na posição de devedora de trabalho subordinado, sendo, portanto, insuscetível de ser considerada empregado. Os serviços prestados pelas pessoas jurídicas são regulados pelo direito civil. Por esta razão, a pactuação e a efetiva concretização de prestação de serviços por pessoa jurídica, sem fixação específica de uma pessoa física realizadora de tais serviços, afasta a relação jurídica que se estabelece no âmbito do direito do trabalho.⁵⁴

⁵² GOMES, Orlando e GOTTSCHALK Élson. Op. cit., p. 79.

⁵³ *Ib idem*, p. 79.

⁵⁴ DELGADO. Mauricio Godinho. Op. cit., p. 291.

2.1.2. PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE NATUREZA NÃO EVENTUAL

O empregado é aquele que trabalha com habitualidade. Para que o trabalhador seja destinatário da proteção das normas trabalhistas tem que prestar serviços de forma contínua ao empregador. A caracterização do conceito de empregado exige o cumprimento de prestação laborativa de trato sucessivo e continuado que integra o contrato de trabalho.

A prestação de serviços deve ser habitual e a força de trabalho do empregado deve ser utilizada como fator de produção ao atendimento dos objetivos sociais da empresa.

A habitualidade exigida como elemento característico do contrato de trabalho consiste em que a natureza da prestação de serviços por parte do empregado seja sucessiva durante sua vigência, eis que o contrato de trabalho é um pacto de trato continuado e não se exaure com uma única prestação, mas, ao reverso, consiste em que as prestações sejam sucessivas e se prolonguem por tempo indeterminado.

Conforme destacam Orlando Gomes e Élson Gottschalk, para que o trabalhador desfrute das prerrogativas que a legislação do trabalho lhe confere, é preciso que a prestação de serviços não tenha caráter episódico, eventual. A estabilidade da relação é essencial, como a sua onerosidade, porque a maior parte dos direitos do trabalhador está baseada na continuidade dos serviços, bem como na remuneração devida pelo empregador. Por esse motivo, o trabalho que se presta ocasional e transitoriamente não atribui ao seu executor a condição jurídica de empregado. Ainda que, pela conjunção de outros requisitos, a relação pudesse ser qualificada como relação contratual de trabalho, a transitoriedade do serviço impediria a sua constituição, no sentido estrito em que se toma a expressão contrato de trabalho.⁵⁵

⁵⁵ GOMES, Orlando e GOTTSCHALK Élson. Op. cit., p. 82.

O requisito da habitualidade converge com o princípio da continuidade da relação de emprego, disciplinando que as normas trabalhistas devem estimular ao máximo a preservação do contrato de trabalho e a manutenção do empregado no posto de trabalho.

No mesmo sentido, a continuidade do contrato de trabalho confere segurança ao empregado e tranqüilidade para o mesmo trabalhar, organizar a sua vida pessoal e profissional e planejar os compromissos futuros.

Em conclusão, a prestação de serviços não eventual pode ser definida como a vontade dos sujeitos do contrato de trabalho em se manterem ligados entre si por um vínculo obrigacional recíproco e equivalente de maneira sucessiva e duradoura, gerando estabilidade e segurança mútuas.

2.1.3. SOB DEPENDÊNCIA

O artigo 3º da CLT identifica o empregado como sendo aquele que presta serviços sob dependência. O significado da dependência corresponde à idéia de subordinação. O empregado é aquele que trabalha de forma subordinada e a proteção da legislação trabalhista tem como destinatário o empregado subordinado.

A subordinação é requisito indispensável da definição de empregado e se constitui, ainda, em elemento essencial da caracterização do contrato de trabalho e o que melhor o diferencia dos outros tipos de contrato.

Em razão da extraordinária importância emprestada ao requisito da subordinação no conceito de empregado, na caracterização do contrato de trabalho e na compreensão do poder diretivo do empregador é que a mesma será estudada de forma aprofundada em capítulo próprio.

A subordinação consiste na situação jurídica que emana da relação de emprego através da qual o empregado permite que sua força de trabalho seja utilizada como fator de produção na atividade econômica exercida por outrem, comprometendo-se a aceitar o poder de direção do empregador no sentido de dirigir a sua prestação pessoal de serviços.

O empregado é aquele que presta serviços sob a dependência de outrem. A dependência encerra o estado de sujeição do empregado frente ao poder de direção do empregador.

O empregado não pode executar as atividades laborativas de acordo com os seus próprios interesses, de forma autônoma. O empregado é um trabalhador subordinado, dependente, com atividades controladas pelo empregador. Por isso mesmo é que se constrói toda a legislação do trabalho, exatamente para proteger alguém que, ao celebrar o contrato, abdica da sua vontade, para subordinar-se durante os horários de trabalho e dentro de sua qualificação profissional. Cabe ao empregador dirigir, fiscalizar, controlar e aferir a produção do seu empregado, é ele o titular do negócio, a autoridade, o principal. Por isso mesmo também são seus os riscos da atividade econômica.⁵⁶

Conforme preleciona Délio Maranhão, o elemento da subordinação traduz, em suma, a situação em que se encontra o trabalhador, decorrente da limitação contratual da autonomia de sua vontade, para o fim de transferir ao empregador o poder de direção sobre a atividade que desempenhará. Subordinação e poder de direção são verso e reverso da mesma medalha. A subordinação é a situação em que fica o empregado. O poder de direção é a faculdade mantida pelo empregador, de determinar o modo de execução da prestação do trabalho para que possa satisfazer o seu interesse. Ambas se completam.⁵⁷

⁵⁶ MORAES FILHO, Evaristo de; MORAES, Antonio Carlos Flores de. Op. cit., p. 245.

⁵⁷ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. Op. cit., p. 164.

Délio Maranhão sustenta que a situação de subordinação em que se coloca o empregado frente ao empregador no contexto do contrato de trabalho é fonte de direitos e deveres para ambos os contratantes. Ao direito do empregador dirigir e comandar a atuação concreta do empregado corresponde o dever de obediência por parte do empregado.⁵⁸

2.1.4. MEDIANTE SALÁRIO

O contrato de trabalho tem como característica a onerosidade. O empregado deve receber pelos serviços prestados. O trabalho é a prestação e o salário é a contraprestação. O empregado tem a obrigação de trabalhar e o empregador tem a obrigação de pagar o salário respectivo.

O empregado coloca sua força de trabalho à disposição do empregador e em retribuição da prestação de serviços recebe salário. É da natureza do contrato de trabalho a onerosidade.

O contrato de trabalho é oneroso porque cada parte possui obrigações contratuais e em contrapartida do adimplemento de tais obrigações auferem vantagens recíprocas. A onerosidade se constitui em traço fundamental da relação de emprego e se a obrigação for prestada pela parte sem intuito de contraprestação o contrato existente não será de trabalho.

Evaristo de Moraes Filho e Antonio Carlos Flores de Moraes aduzem que o contrato de trabalho é oneroso, sendo esta uma das suas notas características e típicas, não se tratando de um ato jurídico de boa vizinhança, de boa vontade, a título gratuito. Pela prestação de serviços de uma das partes vê-se a outra sujeita a uma obrigação de dar, pagando-lhe o salário.⁵⁹

⁵⁸ SUSSEKIND, Arnaldo et al. Op. cit., p. 246.

⁵⁹ MORAES FILHO, Evaristo de e MORAES, Antonio Carlos Flores de. Op. cit., p. 245.

A onerosidade implica a reciprocidade de ônus que estão sujeitas as partes do contrato de trabalho, essenciais para a sua existência, tanto assim que, se o salário não for pago pelo empregador nas condições legais e contratuais e se o trabalhador não prestar a sua atividade nos termos em que deve fazê-lo, pode ser rescindido o contrato, pela inexistência mesma de requisito fundamental de seu desenvolvimento. Portanto, a onerosidade é da própria bilateralidade da relação jurídica, razão pela qual o trabalho de favor ou gracioso não pode, assim, caracterizar o vínculo de emprego.⁶⁰

A onerosidade, portanto, constitui característica indissociável do contrato de trabalho e corresponde ao pagamento de salário feito pelo empregador, de acordo com o valor combinado, para remunerar a prestação de serviços do empregado, de acordo com as obrigações pactuadas.

2.1.5. PESSOALIDADE

A característica da prestação pessoal de serviços que completa os elementos fático-jurídicos da definição de empregado é extraída da parte final do artigo 2º da CLT que regula a definição de empregador.

O contrato de trabalho gera uma obrigação pessoal em relação à figura do empregado. A obrigação de prestar serviços ao empregador é infungível ao empregado que não pode se fazer substituir por outra pessoa no trato de suas obrigações contratuais.

A pessoalidade implica na impossibilidade do empregado transferir o objeto de sua prestação de serviços, por sua iniciativa e sem consentimento do empregador, para outro trabalhador, ou seja, na vedação do empregado se fazer substituir por outrem na execução da prestação de serviços.

⁶⁰ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. Op. cit. p. 417.

O contrato de trabalho é marcado pela característica da *fidúcia* e ajustado em função de uma pessoa determinada. Por esta razão é que o contrato de trabalho é *intuitu personae*. O trabalho com o qual o empregador tem o direito de contar é o de um trabalhador específico e determinado, que não pode se fazer substituir por outrem no objeto da prestação de serviços.

Portanto, não pode o empregado, por sua iniciativa e sem consentimento do empregador, designar outro trabalhador para executar o objeto de sua prestação laboral.

A característica da *personalidade* pressupõe a existência de uma confiança especial que é depositada pelo empregador em relação ao empregado. Portanto, a prestação de serviços contratada é *infungível* e não pode ser executada por outra pessoa que o substitua. A atividade contratada (obrigação de fazer) não constitui apenas prestação obrigacional, mas a prestação principal, emergindo a *indissociabilidade* entre o empregado e o objeto da sua prestação de serviços.

A pessoa do empregado é crucial e determinante para a celebração do contrato de trabalho. A escolha do empregado é feita *intuitu personae* e se funda em uma série de fatores que o distinguem de outros candidatos e influenciam decisivamente na contratação.

Em razão da característica da *personalidade* que o contrato de trabalho impõe em relação ao empregado derivam várias obrigações *intransmissíveis*, que não podem ser cedidas ou transferidas, devendo ser executadas pelo próprio empregado contratado, que não pode se fazer substituir por outra pessoa na execução do objeto da sua prestação de serviços.

Em conclusão, as obrigações pactuadas no âmbito do contrato de trabalho são *infungíveis* e somente podem ser adimplidas pelo empregado contratado, que não pode se fazer substituir por outrem no cumprimento desta obrigação, de *cunho personalíssimo* e *infungível*.

2.2. EMPREGADOR

O contrato de trabalho é uma relação jurídica que se firma entre empregado e empregador. O empregador é a pessoa física ou jurídica que, assumindo os riscos da atividade econômica, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviços, conforme disciplina o artigo 2º da CLT.

Como sujeito da relação de emprego, o empregador é o tomador dos serviços, ou seja, aquele que contrata o trabalho prestado pelo empregado, de forma pessoal, subordinada, contínua e mediante remuneração.

A definição de empregador está diretamente ligada com a definição de empregado, ou seja, se de um dos pólos da relação jurídica existir trabalho prestado por alguém com pessoalidade, não eventualidade, subordinação e remuneração, do outro lado, haverá um empregador.

2.2.1. - ALTERIDADE

O texto celetista utiliza a expressão que o empregador “assume os riscos da atividade econômica”. Portanto a intenção do legislador foi a de atribuir ao empregador total responsabilidade pela condução dos negócios.

Ao estabelecer que o empregador tem a obrigação de suportar os riscos da atividade econômica, o legislador não pretendeu limitar a responsabilização do mesmo apenas em relação aos custos e resultados do trabalho prestado por seus empregados, mas também imputou-lhe a responsabilidade pela sorte de seu próprio estabelecimento ou atividade. Portanto, o empregador é responsável pelo pagamento dos salários e de todos os direitos trabalhistas de seus empregados, independentemente de exercer ou não atividade com finalidade lucrativa e independentemente de eventuais prejuízos, perdas ou dificuldades financeiras que venha a enfrentar.

Maurício Godinho Delgado destaca que a característica da assunção dos riscos do empreendimento ou do trabalho consiste na circunstância de impor a ordem trabalhista, à exclusiva responsabilidade do empregador, em contraponto aos interesses obreiros oriundos do contrato pactuado, os ônus decorrentes de sua atividade empresarial ou até mesmo do contrato empregatício celebrado. Por tal característica, em suma, o empregador assume os riscos da empresa, do estabelecimento e do próprio contrato de trabalho. Essa característica é também conhecida pela denominação alteridade, sugerindo a expressão que o contrato de trabalho transfere a uma única das partes os riscos a ele inerentes e sobre ele incidentes: os riscos do empreendimento empresarial e os derivados do próprio trabalho prestado.⁶¹

O empregado trabalha sem assumir qualquer risco sobre o empreendimento do empregador. O empregado participa dos lucros da empresa, mas não compartilha com os prejuízos que a mesma eventualmente venha suportar.

O empregador assume os riscos da atividade econômica e não os pode repassar aos empregados. O empregado trabalha por conta alheia. Por força do contrato de trabalho o empregador assume o poder de comandar o empreendimento e de dirigir e fiscalizar as atividades dos empregados, determinando o conteúdo da prestação de serviços dos mesmos. A direção da prestação pessoal de serviços é considerada como um poder hierárquico ou poder de direção exercido sobre as atividades laborativas do empregado.

Conforme assinala Délio Maranhão, a situação de subordinação é fonte de direitos e deveres para ambos os contratantes. Seja qual for a forma de trabalho subordinado, encontram-se, mas ou menos rigorosamente exercidos de fato, mas sempre, potencialmente, existentes, os seguintes direitos do empregador: a) de direção e de comando, cabendo-lhe determinar as condições para a utilização e aplicação concreta da força de trabalho do empregado, nos

⁶¹ DELGADO. Mauricio Godinho. Op. cit. p. 395.

limites do contrato; b) de controle, que é o de verificar o exato cumprimento da prestação de trabalho; c) de aplicar penas disciplinares, em caso de inadimplemento de obrigação contratual.

A subordinação é o elemento típico e caracterizador do contrato de trabalho. Analisando-se a subordinação como fonte de direitos e deveres às partes contratantes é que constrói o conceito do poder diretivo do empregador. Em razão da subordinação do empregado é que se atribui o direito ao empregador de dirigir e comandar a prestação pessoal de serviços do empregado.

Desta forma, o empregado, ao ser contratado, transfere para o empregador o poder de direção sobre o seu trabalho, passando a ser subordinado ao mesmo. Assim estrutura-se a relação jurídica objeto do direito do trabalho: de um lado, o poder de direção reconhecido pela ordem jurídica ao empregador e exercido como contrapartida aos riscos da atividade econômica inerentes à própria atividade empresarial e, de outro lado, o estado de subordinação do empregado, que se submete às regras que emanam do poder diretivo empresarial, ficando obrigado no seu cumprimento.

Octavio Bueno Magano destaca que o objeto do poder de direção do empregador é, por um lado, a organização empresarial, quer dizer, a determinação de sua estrutura e de seu funcionamento e, por outro, o comportamento do empregado, o qual compreende atividade e omissão de atividade. Quando o empregado trabalha, desincumbe-se de prestação obrigacional a que corresponde outra do empregador, de lhe pagar remuneração. Mas, ao lado da obrigação de trabalhar, assume também o empregado o dever de sujeição às ordens do empregador, por meio das quais se concretizam condições genericamente estabelecidas no contrato. A finalidade a ser alcançada com o exercício do poder diretivo é a realização do interesse da empresa e isso se explica por ser esta um centro de convergência de interesses.⁶²

⁶² MAGANO, Octavio Bueno. Op. cit., p. 95.

Capítulo 3

SUBORDINAÇÃO COMO CARACTERÍSTICA FUNDAMENTAL DO CONTRATO DE TRABALHO

A fixação de uma característica fundamental do contrato de trabalho, capaz de estabelecer um critério para identificar e regular os seus efeitos jurídicos e o diferenciar de outros tipos de contratos, vem sendo uma preocupação constante dos doutrinadores trabalhistas.

O trabalho humano pode ser prestado das mais diversificadas formas. Algumas formas de trabalho humano repercutem na esfera jurídica e produzem efeitos no mundo do direito, de acordo com a natureza própria de cada relação contratual.

Sendo muito vasto o campo da atividade humana e em consequência múltiplos os instrumentos jurídicos que podem ser utilizados para o seu exercício, a análise de uma relação jurídica concreta que tenha como objeto a prestação de serviço gera a necessidade de identificá-la com algum tipo de contrato.⁶³

Atualmente, as medidas de proteção legal não tutelam do mesmo modo todos os trabalhadores, destinando-se aos que prestam serviços sob o invólucro de um contrato específico: o contrato de trabalho. Todavia, o trabalho humano pode ser objeto de outros contratos, que não atribuem a um dos contratantes a condição jurídica de empregado. O interesse em distinguir o traço característico do contrato de trabalho dos demais contratos de atividade é um tanto maior, quanto se sabe que o direito somente protege os empregados, isto é, os sujeitos de um contrato de trabalho. Assim, a caracterização do contrato de

⁶³ SILVA Otavio Pinto e. Subordinação, Autonomia e Parassubordinação nas Relações de Trabalho. São Paulo: LTR, 2004, p. 13.

trabalho tem evidente utilidade prática, para que se possa saber, com certeza, se a relação de atividade gravita, ou não, na órbita do direito do trabalho.⁶⁴

Para distinguir o contrato de trabalho de outros contratos de atividade que tenham por objeto o trabalho humano, com o fim de autorizar a aplicação da tutela específica de proteção, o direito do trabalho adotou o critério da subordinação.

Maurício Godinho Delgado assinala que o contrato de trabalho resulta da síntese de um diversificado conjunto de fatores (ou elementos) reunidos em um dado contexto social ou interpessoal, razão pela qual a relação de emprego resulta da conjugação de certos elementos inarredáveis. São eles: a) a prestação de trabalho por pessoa física a um tomador qualquer; b) prestação efetuada com personalidade pelo trabalhador; c) também efetuada com não-eventualidade; d) efetuada ainda sob a subordinação ao tomador dos serviços; e) prestação de trabalho efetuada com onerosidade.⁶⁵

E, não obstante a relação de emprego resulte da síntese indissolúvel dos cinco elementos fático-jurídicos que a compõem, será a subordinação, entre todos esses elementos, o que ganha maior proeminência na conformação do tipo legal do contrato de trabalho e marca a diferença específica da relação de emprego de outras modalidades de relação de produção.⁶⁶

A subordinação caracteriza-se como traço fundamental da relação de emprego porque a prestação de serviços que o direito do trabalho leva em consideração para configuração do contrato de trabalho é a que decorre da pessoa física, os bens tutelados pelo direito do trabalho visam a proteção da pessoa humana, a prestação de serviços é infungível e pessoal e a relação de emprego é bilateral, sinalagmática e onerosa.

⁶⁴ GOTTSCHALK, Elson e GOMES, Orlando. Op. cit., p. 132.

⁶⁵ DELGADO. Maurício Godinho. Op. cit. p. 290.

⁶⁶ *Ib idem*, p. 301.

Conforme assevera Arion Sayão Romita, a importância da subordinação no contexto do contrato de trabalho pode ser explicada pelo poder de determinação ou de conformação do conteúdo das prestações devidas pelo empregado, que o contrato e a qualificação profissional do trabalhador só genericamente predetermina. Por força do contrato de trabalho o empregado coloca sua atividade profissional à disposição do empregador. Este, em consequência, adquire o direito de dirigir a tarefa que o trabalhador desempenhará. Em outras palavras, o empregador, em troca do pagamento de uma remuneração, assume a faculdade de dispor sobre a forma de utilizar a energia que o trabalhador coloca à sua disposição, razão pela qual se pode afirmar que a subordinação é o lado passivo do poder de comando do empregador, isto é, a faculdade que lhe é reconhecida de determinar, por meio de comandos, o conteúdo das prestações de trabalho.⁶⁷

Subordinação e poder de direção representam os dois lados da mesma moeda. O empregado é subordinado porque concordou contratualmente que o empregador dirigisse sua prestação pessoal de serviços. O poder de direção é a prerrogativa concedida ao empregador que, assumindo os riscos da atividade econômica, tem o poder de determinar o modo de execução das atividades do empregado e de lhe dar ordens. Daí a importância do estudo da subordinação, eis que figura indissociável do poder de direção do empregador e da fixação dos limites em que o mesmo se exterioriza no âmbito do contrato de trabalho.

3.1. CONCEITO DE SUBORDINAÇÃO

A palavra subordinação tem o significado de ordem de sujeição de um a outro, obediência, representando o conceito de estado de dependência de uma pessoa em relação à outra, segundo uma hierarquia de posição ou escala de valores.

⁶⁷ ROMITA, Arion Sayão. A Subordinação no Contrato de Trabalho. São Paulo: Forense, 1979, p.71.

Amauri Mascaro Nascimento conceitua subordinação como uma situação em que se encontra o trabalhador, decorrente da limitação contratual da autonomia da sua vontade, para o fim de transferir ao empregador o poder de direção da atividade que exercerá.⁶⁸

Maurício Godinho Delgado assinala que a subordinação consiste na situação jurídica derivada do contrato de trabalho, pela qual o empregado se compromete a acolher o poder de direção empresarial no modo de realização de sua prestação de serviços.⁶⁹

Luiz José de Mesquita aponta que o empregado trabalha sob dependência do empregador, que detém o poder diretivo de sua prestação pessoal de serviços. Todavia, no trato de suas atividades laborativas, o empregado não pode se despir de sua condição humana. Ele não se subordina à empresa em função de sua pessoa humana, pois a empresa é uma sociedade impessoal e não necessária em si mesmo. O empregado também não se subordina em função de toda sua atividade humana, pelo mesmo motivo, mas somente em relação àquela necessária para que a empresa atinja sua finalidade. O empregado se subordina à empresa somente pela sua atividade humana profissional.⁷⁰

Tendo em vista que é através do contrato de trabalho que o empregado, de livre e espontânea vontade, aceita transferir ao empregador o poder de direção sobre o seu trabalho e sobre a execução de suas atividades laborativas, limitando sua liberdade e sujeitando-o ao comando empresarial é que se avulta a importância do estudo do núcleo essencial sobre o qual se fundamenta a relação de emprego, qual seja: subordinação e poder de direção, com a finalidade de determinar a constituição, os limites e as formas de externalização desse poder diretivo por parte do empregador.

⁶⁸ NASCIMENTO. Amauri Mascaro. Op. cit., 164.

⁶⁹ DELGADO. Maurício Godinho. Op. cit. p. 302.

⁷⁰ MESQUITA. Luiz José de. Op. cit. p.49.

Embora o empregador seja detentor do poder diretivo e em razão desta prerrogativa possa dirigir a prestação pessoal de serviços do empregado, dando-lhe ordens e subordinando suas atividades, existem limites ao exercício desse poder de comando, com vistas a evitar abusos praticados pelo empregador.

Por tais motivos é que se avulta a importância do estudo da natureza da subordinação. A subordinação prestada pelo empregado em razão do poder diretivo do empregado não pode ser absoluta e os direitos fundamentais do trabalhador não podem desaparecer no curso da prestação de serviços.

3.2. NATUREZA DA SUBORDINAÇÃO

O art. 3º da CLT ao definir empregado, regula que os serviços devem ser prestados ao empregador, sob a dependência deste. Assim, empregado é aquele que presta serviços sob a dependência do empregador. A característica da direção é regulada pelo art. 2º da CLT que define empregador, como aquele que dirige a prestação pessoal de serviços.

Portanto, preconiza a legislação trabalhista que o empregado deve prestar serviços ao empregador, sob a dependência deste, restando encontrar o significado da palavra *dependência* para se afirmar a sua natureza.

Arion Sayão Romita, destaca que, caso fosse possível afirmar que a subordinação importa a dependência de uma pessoa a outra, não se diria um absurdo, mas a frase seria vaga e indeterminada. Bastaria dizer que uma pessoa depende de outra, sem, todavia, afirmar de que maneira: a dependência pode ser jurídica, pode ser econômica, pode derivar da lei ou do contrato, pode apresentar conteúdo afetivo, de ordem pessoal, moral, dentre outros. Por esta razão é que doutrina e na jurisprudência que se encontra o conceito de subordinação.⁷¹

⁷¹ ROMITA, Arion Sayão. Op. cit., p.77.

Divergem os doutrinadores trabalhistas quanto ao modo em que a subordinação é concebida e, portanto, serve de caracterização ao contrato de trabalho. Todavia, converge em torno da existência de três critérios para identificar a subordinação do trabalhador, quais sejam: subordinação técnica, subordinação econômica e subordinação jurídica,

3.2.1. SUBORDINAÇÃO TÉCNICA

Segundo o critério da subordinação técnica, empregador é aquele que, em virtude de assumir os riscos da atividade econômica, está em posição de dirigir tecnicamente o trabalho dos que se acham sob suas ordens. Por ser o proprietário do negócio o empregador necessariamente tem maiores conhecimentos técnicos do que os seus empregados com relação às atividades necessárias à execução das atividades da empresa.

Américo Plá Rodriguez destaca que o critério da subordinação técnica supõe a direção efetiva das tarefas por parte do empregador, que não somente sabe desempenhá-las, mas indica como devem ser cumpridas, controla sua execução, corrige e ajuda o trabalhador, quando necessário, e verifica os resultados. Essa concepção parte do pressuposto de que o empregador está capacitado tecnicamente para executar as tarefas que confiou ao empregado e que vigia efetivamente o trabalho realizado.⁷²

Maurício Godinho Delgado assinala que através da subordinação técnica o empregador monopoliza, naturalmente, o conhecimento necessário ao processo de produção em que se encontrava inserido o empregado, assegurando-se, em conseqüência, de um poder específico sobre o trabalhador. A assimetria no conhecimento técnico daria fundamento à assimetria na relação de emprego.⁷³

⁷² RODRIGUEZ, Américo Plá. Op. cit. p. 30.

⁷³ DELGADO, Maurício Godinho. Op. cit., p. 304.

A fragilidade da noção da subordinação técnica é flagrante. Ela não corresponde, sequer, a uma correta visualização do processo organizacional da empresa moderna, em que a tecnologia é adquirida e controlada pelo empresário mediante instrumentos jurídicos, sem necessidade de seu preciso descortinamento intelectual acerca dos serviços controlados. O empregador contrata o saber (e por seus agentes) exatamente por não possuir controle individual sobre ele e como organizador dos meios de produção, capta a tecnologia através de empregados especializados que arregimenta – subordinando-os, sem ter a pretensão de absorver, individualmente, seus conhecimentos.⁷⁴

Pedro Paulo Teixeira Manus também observa que a subordinação técnica não é a que melhor caracteriza o contrato de trabalho, eis que quanto maior o grau de escolaridade exigido pela função e quanto mais qualificado tecnicamente for o empregado, mais tênue vai se tornando a subordinação técnica exercida pelo empregador. Efetivamente, se pensarmos no trabalho de um técnico em computação eletrônica que seja empregado em uma empresa metalúrgica, podemos imaginar que o empregador desconheça totalmente a atividade desenvolvida pelo empregado. O mesmo pode ocorrer no caso de um médico, um dentista, um advogado, e inúmeras outras hipóteses em que o empregador pode ter conhecimentos totalmente alheios à formação do empregado.⁷⁵

A utilização do critério de subordinação técnica para caracterizar o contrato de trabalho não é o mais adequado, eis que distante da realidade que marca as relações trabalhistas na atualidade.

Embora possa existir uma situação em que o exercício do trabalho do empregado que não possua qualquer qualificação técnica vai exigir a ingerência exclusiva do empregador sobre as atividades laborativas do empregado, determinando-lhe o que fazer, como fazer e quando fazer, cumpre destacar que tal situação caracteriza uma exceção à regra.

⁷⁴ DELGADO, Maurício Godinho. Op. cit., p. 304/305.

⁷⁵ MANUS, Pedro Paulo Teixeira. Op. cit., p. 65.

A fragilidade do critério de subordinação técnica pode ser compreendida através da racionalização dos métodos de produção e de trabalho moderno, marcado pela formação profissional em larga escala, especialização da mão-de-obra e inovações tecnológicas utilizadas nos processos de produção.

As empresas buscam trabalhadores cada vez mais especializados e preparados e a cada dia que passa os postos de trabalho são ocupados por pessoas que possuem níveis de conhecimento sobre uma profissão, muito superiores aos níveis de conhecimento do próprio empregador.

3.2.2. SUBORDINAÇÃO ECONÔMICA

Segundo o critério da subordinação econômica o empregado recebe ordens porque depende do salário pago pelo empregador como única ou, pelo menos, a principal fonte de sustento próprio e de sua família.

A subordinação econômica é concebida de acordo com o grau de dependência econômica do empregado frente ao seu empregador e segundo a qual o empregado é economicamente mais fraco em relação àqueles que lhe emprega. O patrão, por ser dono do capital e dos meios de produção, reúne maior capacidade econômica que os empregados, que por esta razão aceitam se subordinar às ordens do empregador.

O empregado recebe ordens em razão da dependência econômica que fica em relação ao empregador. Por dependência econômica se entende a condição de alguém que, para subsistir, depende exclusivamente ou em grande parte da remuneração que recebe do trabalho prestado para outra pessoa. Assim, quem vive apenas da remuneração do trabalho está em estado de dependência.⁷⁶

⁷⁶ GOTTSCHALK, Elson. GOMES, Orlando. Curso de Direito do Trabalho. Op. cit., p. 138.

Paul Cuche, citado por Américo Plá Rodriguez, sustenta que para haver dependência econômica do empregado em relação a quem o remunera é indispensável dois requisitos: 1) que o empregado tenha em seu trabalho a fonte única ou principal de subsistência; que viva de seu trabalho e que a remuneração que recebe não exceda em muito suas necessidades e as de sua família; 2) que o empregador absorva integral e regularmente a atividade do empregado como tal, tomando seu tempo integral, a ponto de o empregado não necessitar nem ter a possibilidade de oferecer seus serviços a terceiros.⁷⁷

Pedro Paulo Teixeira Manus entende que este também não é o melhor critério para caracterização da subordinação inerente ao contrato de trabalho. Aduz que pode haver contrato de trabalho sem que o empregado dependa economicamente do empregador, embora normalmente assim não seja. De fato, pode o empregado ter dois empregos, exemplificadamente, sendo que em um deles receba 70% ou 80% dos seus rendimentos mensais e o restante seja a remuneração do outro emprego. Nesse caso, resulta inexistir dependência econômica desse empregado em relação ao segundo empregador, pois o não pagamento de tal salário, embora possa gerar problemas, não altera substancialmente o seu orçamento mensal.⁷⁸

A utilização do critério de subordinação econômica para caracterização do contrato de trabalho também não é mais adequado, eis que nem sempre o empregado está ligado a uma única fonte de trabalho que lhe tome todo o tempo, de sorte que o mesmo não tenha necessidade, nem possibilidade de oferecer os seus serviços para outros empregadores.⁷⁹

Outrossim, também não é correto afirmar que todo trabalhador dependa e sobreviva única e exclusivamente com salário que lhe é pago pelo empregador em decorrência do contrato de trabalho.

⁷⁷ RODRIGUEZ. Américo Plá. Op. cit., p. 33.

⁷⁸ MANUS, Pedro Paulo Teixeira. Op. cit., p. 64.

⁷⁹ MORAES FILHO, Evaristo de; MORAES, Antonio Carlos Flores de. Op. cit., p. 246.

Embora uma parte dos trabalhadores tenha na remuneração, a principal e, muitas vezes, a única fonte de renda e de subsistência, cumpre destacar que existem trabalhadores que desfrutam de confortável situação econômico-financeira que, em alguns casos, são melhores do que a do patrão.

3.2.3. SUBORDINAÇÃO JURÍDICA

Amauri Mascaro Nascimento destaca que a subordinação jurídica, significando a situação contratual do trabalhador em decorrência da qual está sujeito a receber ordens é a teoria que vem recebendo maior aceitação da doutrina trabalhista.⁸⁰

Maurício Godinho Delgado sustenta que a natureza jurídica da subordinação tem entendimento pacificado entre os estudiosos de direito do trabalho. A subordinação que deriva do contrato de trabalho é de caráter jurídico. A subordinação jurídica é o pólo reflexo do poder de direção empresarial, também de matriz jurídica. Ambos resultam da natureza da relação de emprego, da qualidade que lhe é ínsita e distintiva perante as demais formas de utilização do trabalho humano que já foram hegemônicas em períodos anteriores da história da humanidade: a escravidão e a servidão.⁸¹

O critério da subordinação jurídica se fundamenta no contrato de trabalho. O contrato de trabalho cria um estado de subordinação hierárquica, em virtude do qual o empregado trabalha sob a direção do empregador. O vínculo de subordinação se traduz: a) para o empregador, no poder de dirigir e fiscalizar as atividades do empregado; b) para o empregado, na obrigação correspondente de se submeter às ordens do empregador.⁸²

⁸⁰ NASCIMENTO. Amauri Mascaro. Op. cit., p. 164/165.

⁸¹ DELGADO. Maurício Godinho. Op. cit., p. 303/304.

⁸² ROMITA, Arion Sayão. Op. cit, p.61/62.

Paul Colin, citado por Evaristo de Moraes Filho e Antonio Carlos Flores de Moraes, aduz que, por subordinação jurídica entende-se um estado de dependência real criado por um direito, o direito do empregador de comandar, de dar ordens, donde nasce a obrigação correspondente, para o empregado, de se submeter a estas ordens; eis a razão pela qual chamou-se a esta subordinação de jurídica, para a opor principalmente à subordinação econômica e à subordinação técnica que comporta também uma direção a dar aos trabalhos do empregado, mas direção que emanaria apenas de um especialista. Trata-se aqui ao contrário do direito completamente geral de superentender a atividade de outrem, de interrompê-la ou de suscitá-la à vontade, de lhe fixar limites, sem que para isso seja necessário controlar continuamente o valor técnico dos trabalhos efetuados. Direção e fiscalização, tais são os dois pólos da subordinação jurídica.⁸³

Evaristo de Moraes Filho destaca que a conceituação de subordinação jurídica proposta por Paul Colin é exemplar. Aduz que a fiscalização e o controle do patrão não precisam ser constantes e permanentes, nem se torna necessária a vigilância técnica contínua dos trabalhos efetuados. É neste direito, que lhe assiste, de fiscalizar a atividade de outrem, de interrompê-la, de suscitá-la, que bem reside o verdadeiro conteúdo da subordinação jurídica.⁸⁴

A subordinação jurídica significa o estado de dependência do empregado em relação ao empregador. Em virtude desse liame de subordinação, nasce o dever de obediência do empregado às ordens do empregador, que é credor da obrigação prestada pelo empregado.

Délio Maranhão aduz que a subordinação do empregado é jurídica, porque resulta de um contrato e nele encontra seu fundamento e os seus limites.⁸⁵

⁸³ COLINS, Paul. *La Notion du Contrat de Travail*, Paris, 1912, p. 97. *in* MORAES FILHO, Evaristo de; MORAES, Antonio Carlos Flores de. *Introdução ao Direito do Trabalho*. 9ª ed., São Paulo: LTR, 2003, p. 246.

⁸⁴ MORAES FILHO, Evaristo. *Trabalho a Domicílio e Contrato de Trabalho*. São Paulo: LTR, 1994, p. 105.

⁸⁵ SUSSEKIND, Arnaldo et al. *Op. cit.*, p. 246.

Orlando Gomes e Élson Gottschalk destacam que as atividades do empregado consistem em se deixar guiar, se dirigir, de modo que as suas energias convoladas no contrato de trabalho, quase sempre indeterminadamente, sejam conduzidas, no caso por caso, segundo os fins desejados pelo empregador. Tanto ao poder de comando como ao de direção do empregador corresponde o dever específico do empregado de obedecer. O poder comando seria o aspecto ativo e o dever de obediência o passivo da subordinação jurídica. Em todas as formas de trabalho subordinado, em cada setor da atividade, seja na agricultura, seja na indústria, seja no comércio, na empresa ou em outro núcleo de trabalho, encontram-se, mais ou menos rigorosamente exercitados, esses poderes implicantes em outros tantos deveres.⁸⁶

Arion Sayão Romita destaca que o objeto do direito do trabalho é o trabalho subordinado, encarado como o aspecto fundamental de uma relação jurídica de origem contratual, travada entre dois sujeitos mediante a prestação, por parte de um deles, de energia destinada à utilização, pelo outro, que assume os riscos do empreendimento e remunera essa prestação de trabalho. Em razão do contrato de trabalho o sujeito trabalhador se obriga a prestar a própria atividade em favor do outro sujeito – o empregador – em posição de dependência e mediante retribuição.⁸⁷

⁸⁶ GOTTSCHALK, Elson. GOMES, Orlando. Op. cit., p. 133.

⁸⁷ ROMITA, Arion Sayão. Op. cit., p. 92.

Capítulo 4

PODER DIRETIVO DO EMPREGADOR

Ao ser contratado pela empresa o empregado transfere ao empregador o poder de direção do seu trabalho, passando a ser subordinado ao mesmo. Assim estrutura-se a relação jurídica objeto do direito do trabalho: de um lado: o poder de direção reconhecido pela ordem jurídica ao empregador e exercido como contrapartida aos riscos da atividade econômica inerentes à atividade empresarial; de outro lado: o estado de subordinação do empregado, que se submete às regras de caráter hierárquico emanadas do empregador..

O poder diretivo consiste na faculdade, para o empregador, de determinar as normas, de caráter prevalentemente técnico, às quais o trabalhador deve subordinar-se no cumprimento de sua obrigação. Mais precisamente: com o exercício do poder diretivo o empregador dá uma destinação concreta (sobretudo em relação à matéria, mas igualmente quanto ao lugar e tempo) à energia de trabalho (físico e intelectual) em que o trabalhador é contratualmente obrigado a colocar e conservar a disposição da empresa de que ele depende.⁸⁸

A diversidade e a intensidade das formas como o poder diretivo se manifesta no cotidiano das relações trabalhistas e o empenho da doutrina, da jurisprudência e da legislação, na busca do conceito, fundamentos do poder diretivo, formas de externalização e, principalmente, fixação dos limites de atuação desse poder, revelam a inegável importância desse estudo para o direito do trabalho.

Em sua essência, o poder diretivo empresarial está fundamentado no contrato de trabalho e no estado de subordinação do empregado.

⁸⁸ SANSEVERINO, Rita. Corso di Diritto del Lavoro. Padova, 1937, p. 250 e Diritto del Lavoro. Padova, 1949, p. 153. In REIS, Nélío. Alteração do Contrato de Trabalho. 4ª ed., Rio de Janeiro: 1968, p. 55.

É com base no contrato de trabalho que o empregador exerce a faculdade de comandar todas as atividades tendentes à direção do seu negócio, planejando sua organização e funcionamento, dando destinação concreta ao trabalho dos empregados e dirigindo e controlando as atividades laborativas.

O art. 2º da CLT dispõe que o empregador dirige a prestação pessoal de serviços, pois assume os riscos da atividade econômica. O art. 3º da CLT regula que o empregado trabalha sob dependência do empregador. Em razão desses dispositivos é que a doutrina vem conferindo ao empregador o direito de intervir na esfera jurídica do empregado para comandar sua prestação de serviços.

Arion Sayão Romita destaca que o objeto do direito do trabalho é o trabalho subordinado, encarado como o aspecto fundamental de uma relação jurídica de origem contratual, travada entre dois sujeitos mediante a prestação, por parte de um deles, de energia destinada à utilização, pelo outro, que assume os riscos do empreendimento e remunera essa prestação de trabalho. Em razão do contrato de trabalho o sujeito trabalhador se obriga a prestar a própria atividade em favor do outro sujeito – o empregador – em posição de dependência e mediante uma retribuição.⁸⁹

Orlando Gomes e Élon Gottschalk destacam que as atividades do empregado consistem em se deixar guiar de dirigir, de modo que as suas energias convoladas no contrato de trabalho sejam conduzidas, no caso por caso, segundo os fins desejados pelo empregador. Ao poder de comando do empregador corresponde o dever específico do empregado de obedecer. O poder comando é o aspecto ativo e o dever de obediência o passivo da subordinação jurídica. Em todas as formas de trabalho subordinado, em cada setor da atividade, seja na indústria, seja no comércio, na empresa, encontram-se, mais ou menos rigorosamente exercitados, esses poderes implicantes em outros tantos deveres.⁹⁰

⁸⁹ ROMITA, Arion Sayão. Op. cit. p. 92.

⁹⁰ GOTTSCHALK, Elson. GOMES, Orlando. Op. cit., p. 133.

Para Evaristo de Moraes Filho e Antonio Carlos Flores de Moraes o poder hierárquico do empregador decorre da própria natureza do contrato de trabalho, do estado de subordinação em que, de maneira contínua e geral, se encontra o empregado, destacando, ainda, que este poder de comando corresponde, como contrapartida, aos riscos da atividade econômica inerente à própria atividade empresarial.

Tendo em vista o entendimento predominante de ser a subordinação a pedra de toque da caracterização do contrato de trabalho é que através de sua análise a doutrina chega ao conceito de poder diretivo do empregador. Nesse sentido, a situação de subordinação é fonte de direitos e deveres para ambos os contratantes. Seja qual for a forma de trabalho subordinado, encontram-se, mais ou menos rigorosamente exercidos de fato, mas sempre potencialmente existentes, os seguintes direitos do empregador: a) de direção e de comando; b) de controle e de fiscalização; c) de aplicar sanções disciplinares. Ao direito do empregador de dirigir e comandar a atuação concreta do empregado corresponde o dever de obediência por parte deste.⁹¹

O poder diretivo do empregador representa um dos mais relevantes efeitos do contrato de trabalho. Esse poder se manifesta de diversas formas (organização, controle e disciplinar) e concentra um conjunto de direitos e prerrogativas em favor do empregador, atribuindo-lhe o poder de comando sobre a direção do trabalho do empregado, com vistas a adequá-lo à produção e à conseqüente efetivação dos objetivos visados pelo empreendimento.

Todavia, embora a doutrina reconheça o poder diretivo do empregador para comandar a destinação concreta da prestação de serviço do empregado, evidentemente que esta prerrogativa não é absoluta e deve ser exercida dentro de limites legais, respeitando-se o campo de incidência dos direitos individuais e direitos constitucionais fundamentais do trabalhador.

⁹¹ SUSSEKIND, Arnaldo et al. Op. cit., p. 246/247.

4.1. CONCEITO DE PODER DIRETIVO

Embora a doutrina trabalhista reconheça de forma pacífica que o empregador seja detentor do poder diretivo, não há um entendimento uniforme sobre o seu conceito. Este fato decorre da grande divergência apresentada entre os doutrinadores quanto à natureza jurídica e os fundamentos do poder diretivo.

Octavio Bueno Magano define poder diretivo do empregador como a capacidade oriunda do seu direito subjetivo, ou então, da organização empresarial, para determinar a estrutura técnica e econômica da empresa e dar conteúdo concreto à atividade do trabalhador, visando a realização das atividades do empreendimento.⁹²

Luiz José de Mesquita aduz que poder diretivo é a faculdade em virtude da qual uma pessoa, o sujeito ativo chamado superior hierárquico, exerce um direito-função sobre a atividade humana profissional de outra, o sujeito passivo chamado inferior hierárquico, segundo o interesse social da instituição, para legislar, governar e sancionar, no que respeita à ordem da empresa.⁹³

Mauricio Godinho Delgado preleciona que o poder diretivo é o conjunto de prerrogativas asseguradas pela ordem jurídica e tendencialmente concentradas na figura do empregador, para o contexto no conjunto da relação de emprego. Pode ser conceituado, ainda, como o conjunto de prerrogativas com respeito à direção, regulamentação, fiscalização e disciplinamento da economia interna e correspondente à prestação de serviços.⁹⁴

Emílio Gonçalves destaca que o poder diretivo consiste no complexo de faculdades de que dispõe o empresário para a organização e coordenação do trabalho na empresa, com vistas aos seus fins e necessidades⁹⁵

⁹² MAGANO, Octavio Bueno. Op. cit., p. 94.

⁹³ MESQUITA, Luiz José de. Op. cit., p. 48.

⁹⁴ DELGADO. Mauricio Godinho. Op. cit., p. 631.

⁹⁵ GONÇALVES. Emílio. Op. cit., p. 24.

Amauri Mascaro Nascimento conceitua poder de direção como a faculdade atribuída ao empregador para o fim de determinar o modo como atividade do empregado, em decorrência do contrato de trabalho, deve ser exercida e destaca que o mesmo se desdobra em três: poder de organização, poder de controle e o poder disciplinar.⁹⁶

Sergio Pinto Martins destaca que como o empregado é um trabalhador subordinado, está sujeito ao poder de direção do empregador, que é a forma como o mesmo define como serão desenvolvidas as atividades do empregado em decorrência do trabalho. Destaca que compreende o poder de direção não só o de organizar, como também de controlar e disciplinar o trabalho, de acordo com os fins do empreendimento. Acrescenta, ainda, que dentro do poder de direção existe a possibilidade de o empregador regular o trabalho do empregado através da elaboração do regulamento de empresa.⁹⁷

Octavio Bueno Magano destaca que o objeto do poder diretivo é, por um lado, a organização empresarial, quer dizer, a determinação de sua estrutura e de funcionamento e, por outro lado, o comportamento do empregado, o qual compreende atividade e omissão de atividade. Quando o empregado trabalha, desincumbe-se de prestação obrigacional, a que corresponde outra do empregador, de lhe pagar remuneração. Mas, ao lado da obrigação de trabalhar, assume também o empregado o dever de sujeição às ordens do empregador, por meio das quais se concretizam condições genericamente estabelecidas no contrato. A sujeição em causa consiste nos deveres básicos de diligência, de obediência e de fidelidade e a finalidade a ser alcançada com o exercício do poder diretivo é a realização do interesse da empresa.⁹⁸

Verifica-se, portanto, que o conceito de poder diretivo está diretamente relacionado com o contrato de trabalho e a sujeição do empregado.

⁹⁶ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. Op. cit., p. 224.

⁹⁷ MARTINS, Sergio Pinto. Op. cit., p. 193.

⁹⁸ MAGANO, Octavio Bueno. Op. cit., p. 94.

O empregador, na qualidade de detentor dos meios de produção, alia o seu capital ao trabalho humano e obtém, através do contrato individual de trabalho, a disposição da força de trabalho alheio. Desse fato deriva uma consequência importante: empresário passa a deter autoridade sobre a pessoa dos trabalhadores que admite a serviço da empresa. E assim, como empregador, passar a deter o poder diretivo sobre a atividade profissional dos empregados, dirigindo-a e subordinando-a de acordo com os fins colimados pela empresa.⁹⁹

4.2. FUNDAMENTOS DO PODER DIRETIVO

A análise dos fundamentos do poder de direção do empregador pode ser dividida em legal e doutrinária. A análise legal busca o amparo das normas jurídicas que outorgam supedâneo ao seu reconhecimento. A análise doutrinária busca a efetiva fundamentação do poder de direção, que lhe confira substrato e permita sua incorporação no ordenamento jurídico pátrio.

No que diz respeito ao aspecto legal, não existe em nosso ordenamento qualquer norma jurídica para o fim de instituir ou regular o poder de direção do empregador. O reconhecimento do poder de direção decorre do próprio contrato de trabalho e do conjunto de direitos e deveres inerentes às partes contratantes. Todavia, a legislação trabalhista pátria, implicitamente, trata do assunto, estabelecendo algumas disposições a esse pretexto.

O art. 2º da CLT disciplina que o empregador dirige a prestação pessoal de serviços, eis que assume os riscos da atividade econômica. O art. 3º da CLT estabelece que a prestação de serviços do empregado sob a dependência do empregador. Eis o fundamento que garante ao empregador o direito de atuar na esfera da prestação de serviços do empregado para dirigir, comandar, fiscalizar e subordinar o seu trabalho com vistas a atingir os seus objetivos.

⁹⁹ GONÇALVES. Emílio. Op. cit, p. 25.

Sendo o empregado um trabalhador subordinado, o empregador possui direitos não sobre sua pessoa, mas sobre o modo como a sua atividade é exercida. 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.¹⁰⁰

No aspecto doutrinário cumpre destacar três principais teorias que procuram interpretar o fundamento do poder diretivo do empregador. São elas: teoria da propriedade privada, teoria institucional e teoria contratual, conforme adiante explicado.

4.2.1. TEORIA DA PROPRIEDADE PRIVADA

Para a teoria da propriedade privada o poder diretivo empregador se fundamenta no seu direito de propriedade.

Maurício Godinho Delgado destaca que a propriedade privada, como título e fundamentação do poder do empregador, constrói-se sumamente impressionada com a estrutura e dinâmica rigidamente unilaterais e assimétricas do fenômeno do poder no âmbito da empresa, característica exponencial das primeiras fases do industrialismo capitalista.¹⁰¹

Esta teoria é talvez a mais antiga entre aquelas que procuram interpretar o fundamento do poder diretivo do empregador. Para essa teoria o empregador é soberano na direção da empresa e na direção das atividades dos trabalhadores. Essa posição de superioridade perante os trabalhadores decorre da sua condição de patrão e proprietário da empresa e é exatamente nesse direito de propriedade é que reside o fundamento do poder diretivo empresarial.

¹⁰⁰ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. Op. cit., p. 472.

¹⁰¹ DELGADO. Mauricio Godinho. Op. cit., p. 641.

Para a teoria da propriedade privada o empregador é aquele que, aliando os fatores de produção, suporta os riscos da atividade econômica e dirige a prestação pessoal de serviços, coordenando as atividades do trabalhador, que dele depende economicamente, daí resultando o dever de subordinação.

É com base no direito de propriedade que se fundamenta, para essa teoria, o poder diretivo do empregador, reduzindo-o a um complexo de prerrogativas unilaterais deferidas ao empregador que é o proprietário da empresa. O empregador manda porque é o dono e o empregado, que é subordinado, tem o dever de respeitar a ordem do empregador.

A teoria que consagra a propriedade privada como fonte do poder de direção é construída a partir da concepção de uma estrutura empresarial rígida e unilateral que expressa o estado de subordinação do trabalhador como uma prerrogativa natural do empregador e que não precisa ser formalmente previsto no contrato de trabalho.¹⁰²

Para essa teoria o empregador é soberano na condução do seu negócio e é na propriedade privada que se concentra todo o poder hierárquico e disciplinar reconhecido em seu favor para condução dos seus negócios empresariais.¹⁰³

A idéia de dependência hierárquica do trabalhador em relação ao empregador é que serve de base para a teoria da propriedade privada. A empresa é propriedade de alguém, que a dirige e a administra, com amplo poder de deliberação, razão pela qual o poder diretivo empresarial realmente emana deste fato social, histórico e econômico: o empresário corre os riscos do negócio e, em conseqüência, a ele cabe a prerrogativa de ditar ordens.¹⁰⁴

¹⁰² DELGADO, Mauricio Godinho. Op. cit., p. 641.

¹⁰³ MORAES FILHO, Evaristo. In NASCIMENTO, Amauri Mascaro. Compêndio de Direito do Trabalho. São Paulo: LTR, 1976, p. 397.

¹⁰⁴ RUSSOMANO, Mozart Victor. In DELGADO, Mauricio Godinho. O Poder Empregatício. São Paulo: LTR, 1996, p. 166.

Esta teoria caiu em desuso, eis que o seu conjunto teórico característico não exprime com fidelidade a verdadeira essência e fundamento do poder de direção do empregador. Não mais se concebe a idéia de que o empregado aceite se subordinar ao poder diretivo do empregador em razão do mesmo ser o proprietário da empresa, eis que, modernamente, por exemplo, a atividade empresarial nem sempre é exercida pelos titulares do direito de propriedade da empresa.

E, sem perder de vista que o regime capitalista ainda subsista nas relações trabalhistas contemporâneas, resta claro que perdeu força a concepção que fundamentava no direito de propriedade privada a origem do poder diretivo do empregador. Não é apenas o fato do empregador ser o proprietário da empresa que fundamenta o seu poder diretivo.

4.2.2. TEORIA INSTITUCIONAL

Para a teoria institucional a empresa é equiparada a uma instituição na qual o empregado tem o dever de colaborar para atingir aos objetivos sociais propostos pelo empregador.

A teoria institucional se baliza na prevalência do bem comum sobre o interesse particular, razão pela qual o poder de direção do empregador se funda na concepção institucional ou comunitária da empresa e possui caráter mais político e social do que jurídico.¹⁰⁵

Essa teoria, por conceber a empresa como uma instituição, defende o direito do empregador de nela exercer a sua autoridade e governo, condições indispensáveis e características de todo grupo social institucionalizado.¹⁰⁶

¹⁰⁵ MONTOYA MELGAR, Alfredo. Derecho del Trabajo. Madrid: Tecnos, 2003, p. 364.

¹⁰⁶ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. Op. cit., p. 224.

A empresa é uma instituição que decorre da organização do trabalho para a obtenção de utilidades. Pressupõe a hierarquia e a colaboração entre seus membros. Quem dirige a empresa está naturalmente investido do poder de dar ordens sobre serviços e de impor a disciplina no ambiente de trabalho. Esse poder provém não do livre contrato entre as partes celebrado, mas da natureza da instituição, não podendo deixar de ser juridicamente reconhecido.¹⁰⁷

José Luiz de Mesquita, explicando a teoria institucionalista, vê na empresa uma instituição, isto é, um grupo de pessoas que realizam um empreendimento econômico-social através de uma organização permanente. Essencial para a realização dos fins da empresa, a existência de órgãos, que a organizem hierarquicamente, os quais devem ser exercidos pela direção da mesma, mas tendo em vista o seu bem comum, e como que por delegação de todos os quais participam do grupo humano constitutivo da comunidade de trabalho. O fundamento do poder hierárquico está, portanto, no interesse social ou coletivo da empresa. Não no contrato, que é, quando muito, apenas uma condição para o seu exercício.¹⁰⁸

A teoria institucional também não exprime com fidelidade a fundamentação do poder de direção do empregador. Trata-se, na verdade, preferentemente de concepção justificadora de certo tipo de situação de poder (uma situação de poder bastante assimétrica e despótica), mais do que de uma concepção explicativa dessa situação. Dissimula a presença da liberdade na relação empregatícia – embora essa liberdade seja-lhe conceitual e distintiva perante as relações de produção anteriormente existentes na história. Nega o caráter dialético do poder nessa relação, reduzindo-o a um instrumento de direção e manipulação uniformes. Dissimula a presença dos sujeitos envolvidos no fenômeno do poder empregatício através da idéia de instituição, supostamente agregadora da vontade e interesses próprios.¹⁰⁹

¹⁰⁷ PRADO, Roberto Barreto. Tratado de Direito do Trabalho, vol. I, São Paulo: Editora RT, 1971, p. 157. In DELGADO, Mauricio Godinho. O Poder Empregatício. Op. cit., p. 168.

¹⁰⁸ MESQUITA, Luiz José de. Op. cit., p. 47.

¹⁰⁹ DELGADO, Mauricio Godinho. Op. cit., p. 643.

Alice Monteiro de Barros também argumenta que essa teoria, preconizando que o poder diretivo se funda na concepção institucional ou comunitária da empresa e possui um caráter mais político e social do que jurídico, encontra-se em franco declive.¹¹⁰

4.2.3. TEORIA CONTRATUAL

Para a teoria contratual o poder de direção do empregador encontra o seu fundamento no contrato de trabalho, ajuste de vontades através do qual o empregado, de livre e espontânea vontade, se coloca em estado de sujeição e aceita a direção da sua prestação pessoal de serviços por parte do empregador. Esta é a teoria mais aceita para fundamentar o poder diretivo do empregador.

O poder de direção decorre naturalmente do contrato de trabalho, de modo que o empregado, desde o momento da celebração do contrato, tem ciência de que ficará sujeito ao cumprimento de ordens do empregador e, ainda, que este é quem lhe dirigirá a prestação pessoal de serviços.

Nélio Reis sustenta que é através do contrato individual do trabalho que o poder diretivo do empregador se torna público e esse poder, essa subordinação jurídica à vontade patronal é que constitui a essência do contrato individual de trabalho subordinado.¹¹¹

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 dos seus negócios.

¹¹⁰ BARROS, Alice Monteiro de. Op. cit., p. 555.

¹¹¹ REIS, Nélio. Alteração do Contrato de Trabalho. 4ª ed., Rio de Janeiro: 1968, p. 45.

A teoria contratual parte do pressuposto de que é do contrato de trabalho e do acordo de vontade do empregado e do empregador que se nasce a estrutura em torno da qual se desenvolvem as relações entre as partes contratantes, notadamente as que originam os conceitos de subordinação e de poder de direção.

Essa teoria, que atribui a existência do poder de direção do empregador ao contrato de trabalho, consiste naquela que melhor traduz o fundamento jurídico deste fenômeno. Trata-se da concepção que melhor revela o título e o substrato jurídico do poder de direção e melhor explica a razão de ser jurídica desse fenômeno. É o contrato, de fato, o elemento que melhor confere suporte à origem e reprodução jurídicas de tal fenômeno de poder. Efetivamente o pacto de vontades (expresso ou tácito), que dá origem à relação de emprego, importa em um conjunto complexo de direitos e deveres interagentes de ambas as partes, em que se integra o poder empresarial interno.¹¹²

Alice Monteiro de Barros ratifica que esta teoria é a mais consistente e fundamenta a existência dos poderes do empregador no contrato de trabalho. Tais poderes é consequência imediata da celebração do ajuste entre empregado e empregador, o qual coloca sob a responsabilidade deste último a organização e a disciplina do trabalho realizado na empresa, quer vista sob a forma de empresa capitalista, quer sob o prisma de empresa socializada.¹¹³

Em conclusão, podemos afirmar que o poder diretivo do empregador se fundamenta no contrato individual de trabalho. É através da relação de emprego na qual a subordinação do empregado às ordens do empregador é cláusula essencial e implícita. É o contrato de trabalho, livremente pactuado pelas partes contratantes, que nasce o fundamento do poder diretivo do empregador e a base sobre a qual repousa o dever de obediência do empregado no curso da relação de emprego.

¹¹² DELGADO. Mauricio Godinho. Op. cit., p. 646.

¹¹³ BARROS, Alice Monteiro de. Op. cit., p. 555.

4.3. DIVISÃO DO PODER DIRETIVO

Não existe um posicionamento pacífico da doutrina sobre a forma de divisão do poder diretivo. Este fato decorre da divergência doutrinária a respeito do conceito, natureza jurídica e fundamentos do poder diretivo.

Octavio Bueno Magano ratifica a falta de uniformidade da nossa doutrina a respeito da divisão do poder diretivo. Aduz que alguns autores adotam o critério bipartido, ora se referindo ao poder de direção e poder disciplinar, ora se referindo ao poder de direção e poder de fiscalização e outros preferem adotar o critério de divisão tripartido, a saber, poder de direção, controle e disciplinar.¹¹⁴

Délio Maranhão sustenta que a situação de subordinação é fonte de direitos e deveres para ambos os contratantes e seja qual for a forma do trabalho subordinado, encontram-se, mais ou menos rigorosamente, exercidos de fato, mas sempre, potencialmente existentes, os seguintes direitos do empregador: poder de organização, poder de controle e poder de aplicar penas disciplinares.¹¹⁵

Neste estudo, optamos pela análise da divisão tripartida do poder diretivo, que é compartilhada por Octavio Bueno Magano, Maurício Godinho Delgado, Sergio Pinto Martins, Amauri Mascaro Nascimento, Délio Maranhão.

4.3.1. PODER DE ORGANIZAÇÃO

O poder de organização consiste na faculdade atribuída ao empregador de harmonizar fatores de produção - trabalho e capital - para determinar as condições da utilização concreta da prestação de serviços do empregado a que este se obrigou através do contrato de trabalho, visando atender aos fins da empresa.

¹¹⁴ MAGANO, Octavio Bueno. Op. cit., p. 94.

¹¹⁵ SUSSEKIND, Arnaldo et al. Op. cit., p. 246/247.

Nas palavras de Amauri Mascaro Nascimento compete ao empregador organizar sua atividade empresarial, decorrendo deste poder a faculdade de escolher os fins econômicos visados pelo empreendimento, escolher se a atividade a ser desenvolvida será comercial, industrial ou agrícola, escolher a estrutura jurídica a ser adotada, organizar o negócio sob a forma de sociedade anônima, sociedade por cotas de responsabilidade limitada, escolher os cargos e funções que serão preenchidos pelos trabalhadores segundo as necessidades da atividade econômica.¹¹⁶

Octavio Bueno Magano assevera que o poder de organização é básico, por que está relacionado com a própria existência da empresa, implicando, por primeiro, o desígnio de criá-la, depois, o de dotá-la de uma forma jurídica e de um regulamento para a disciplinação da atividade nela exercida, finalmente o de lograr um determinado objetivo. Relaciona-se com a admissão de empregados, com a determinação do número dos que devem ser mantidos, com a escolha do local em que há de funcionar a empresa, que só desaparece por intermédio da atuação deste poder.¹¹⁷

O citado autor destaca que melhor se conceitua o poder de organização, afirmando-se consistir na capacidade do empresário de determinar a estrutura técnica e econômica da empresa bem como a estratégia tendente à realização dos objetivos desta. A estrutura técnica diz respeito à forma jurídica da empresa, ao local onde funciona, ao equipamento de que se utiliza, às condições de trabalho que nela devem prevalecer. A estrutura econômica relaciona-se com a composição do capital. A estratégia refere-se aos objetivos da empresa e aos métodos adotados para a sua consecução.¹¹⁸

O poder de organização consiste na faculdade atribuída ao empresário para exercer as atividades concernentes à organização e funcionamento do negócio, nos aspectos técnico e econômico.

¹¹⁶ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. Op. cit, p. 225.

¹¹⁷ MAGANO, Octavio Bueno. Op. cit, p. 98.

¹¹⁸ *Ib idem*, p. 99.

A concentração do poder de organização se reúne na figura do empregador. Tal fato pode ser explicado em razão do controle jurídico, sob diversos ângulos, que o empregador exerce sobre o conjunto da estrutura empresarial e em face da assunção dos riscos do empreendimento que sobre ele recai.¹¹⁹

A atividade regulatória que decorre do poder de organização do empregador tem grande importância no cotidiano das relações trabalhistas e do contrato de trabalho. Embora o poder de organização não tenha o condão de produzir normas jurídicas, mas, sim, meras cláusulas contratuais, ou seja, atos jurídicos unilaterais, as mesmas aderem ao contrato de trabalho na qualidade de cláusulas contratuais.¹²⁰

Outrossim, não existe dúvida de que a atividade regulamentar do empregador contém regras gerais, abstratas, impessoais e de cumprimento obrigatório no contexto do contrato de trabalho, embora incidentes sobre um universo relativamente restrito – o estabelecimento ou a empresa. Contudo, é inquestionável também que tais diplomas, resultam, em geral, do exercício unilateral da vontade do empregador. Assim, fruto de uma vontade unilateral, tais dispositivos empresariais não podem assumir o status de norma jurídica, sendo tratados, desse modo, pelo Direito do trabalho, como cláusula contratual.¹²¹

Em conclusão, e através do poder de organização que o empregador fixa as regras que serão adotadas na empresa para o fim de organizar, estruturar e viabilizar as regras gerais e especiais do empreendimento, adequando os fatores de produção - capital e trabalho - e dando um caráter específico à mão-de-obra de cada trabalhador, adequando-a de acordo com as finalidades almejadas pela empresa.

¹¹⁹ DELGADO. Mauricio Godinho. Op. cit. p. 631.

¹²⁰ *Ib idem*, p. 633.

¹²¹ *Ib idem*, p. 633 e 634.

4.3.2. PODER DE CONTROLE OU DE FISCALIZAÇÃO

O poder de controle consiste na faculdade atribuída ao empregador para o fim de comandar as atividades laborativas do empregado e aferir se as mesmas estão sendo realizadas de acordo com as condições fixadas no contrato de trabalho.

Através do poder controle cabe ao empregador a faculdade de fiscalizar e controlar a prestação de serviços do empregado, aferindo a produção, perfeição técnica e a conduta do empregado no ambiente de trabalho, adequando-a de conformidade com o contrato de trabalho e com os propósitos da empresa.

Dentre as formas de externalização 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.

Mauricio Godinho Delgado destaca que o poder de controle consiste no conjunto de prerrogativas dirigidas a propiciar o acompanhamento contínuo da prestação do trabalho e da própria vigilância efetivada ao longo do espaço empresarial interno. Medidas como o controle de portaria, as revistas, o circuito interno de televisão, o controle de horário e frequência, a prestação de contas e outras medidas correlatas é que se referem à manifestação do poder de controle.¹²²

Através dessa faculdade, o empregador fiscaliza e controla os passos do empregado durante a jornada de trabalho, com vistas a aferir se as atividades estão sendo executadas conforme pactuado no contrato de trabalho e, ainda, se estão de acordo com os fins almejados pela empresa.

¹²² DELGADO, Maurício Godinho. Op. cit., p. 636.

Segundo Octavio Bueno Magano o poder de controle consiste na fiscalização da atividade do empregado para verificar se ela se conforma com as ordens dadas. Fiscalizar significa velar por, vigiar, examinar, observar. 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. A finalidade primordial do poder de controle é a de obter o pontual cumprimento das ordens dadas pelo empregador, em conformidade com o contrato de trabalho.¹²³

Para Amauri Mascaro Nascimento significa o direito de o empregador fiscalizar as atividades profissionais dos seus empregados. Justifica-se uma vez que, sem controle, o empregador não pode ter ciência de que, em contrapartida do salário que paga, vem recebendo os serviços dos empregados da forma ajustada no contrato de trabalho.¹²⁴

São formas de exercício do poder de controle por parte do empregador: controle de ponto, revistas pessoais, monitoramento de circuito interno nas áreas de trabalho, monitoramento de ligações telefônicas, monitoramento de correio eletrônico, vigilância constante.

O poder de controle é inerente ao empregador. No entanto, embora seja indispensável à atuação empresarial o seu exercício não é absoluto ou incondicionado.

O empregador tem que exercer esse poder com respeito aos direitos fundamentais do empregado, não podendo invadir a sua privacidade ou a intimidade a pretexto de controlar as atividades laborativas. Assim, o seu exercício fica sujeito a uma série de limitações, conforme será estudado de forma detalhada no próximo capítulo deste trabalho.

¹²³ MAGANO, Octavio Bueno. Op. cit, p. 118.

¹²⁴ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. Op. cit, p. 226.

4.3.3. PODER DISCIPLINAR OU SANCIONADOR

O poder disciplinar consiste na capacidade atribuída ao empregador de aplicar sanções ao empregado que viola os deveres do contrato de trabalho, da norma coletiva ou da lei.

José Luis Gil e Gil, citado por Alice Monteiro de Barros, entende que o exercício do poder disciplinar qualifica uma forma de autotutela privada, ou seja, a possibilidade concreta de se aplicar uma sanção ou uma despedida disciplinar ao empregador que terá que provir não do contrato, mas da lei e da negociação coletiva, isto é, de uma fonte de integração do contrato. O caráter de autotutela privada no âmbito das relações trabalhistas fundamenta a vigência do princípio da legalidade e, conseqüentemente, reconhece a possibilidade concreta de aplicar uma sanção por motivos disciplinares que estejam reconhecidos em uma fonte heterônoma.¹²⁵

Conforme destaca Luiz José de Mesquita, o poder de direção sem a possibilidade de ser realmente assegurado, consistiria em uma irrealidade jurídica, uma vez que não é concebível uma autoridade que não possua os meios para se fazer valer. Deve haver na empresa, mecanismos com que se possa assegurar juridicamente a autoridade do empregador e o cumprimento das normas por ele editadas para o fim de que interesse coletivo do empreendimento seja atingido, justificando a existência de um poder disciplinar para manter a ordem da empresa e aplicar sanções aos empregados faltosos.¹²⁶

Octavio Bueno Magano, destaca que, caso não fosse conferido ao empregador o poder disciplinar, o poder diretivo converter-se-ia em mera influência moral, suscitando não obediência, mas benevolência.¹²⁷

¹²⁵ GIL Y GIL, José Luis. Autotutela Privada y Poder Disciplinario en la Empresa. Madrid: Din Impresores, SL, 1994, p. 36, 42,76, 80 e 81. In BARROS, Alice Monteiro de. Curso de Direito do Trabalho. 2ª ed., São Paulo: LTR, 2006, p. 580.

¹²⁶ MESQUITA, José de Mesquita. Op. cit., p. 81.

¹²⁷ MAGANO, Octavio Bueno. Op. cit, p. 99.

É natural o reconhecimento do poder disciplinar ao empregador, posto que de nada lhe valeria ser detentor do poder de organizar e de controlar a prestação de serviços do empregado se não dispusesse de meios para tipificar condutas irregulares, praticadas em desacordo com os deveres contratuais e aplicar sanções disciplinares ao empregado faltoso.

Luiz José de Mesquita destaca que o poder disciplinar faz parte da administração da empresa, competindo aos superiores hierárquicos o seu exercício. Ele se efetiva sempre que ocorra algum atentado contra os fins da empresa, pela falta de cumprimento aos deveres profissionais que em serviço ou razão dele, incumbe a cada empregado da mesma. Todas as vezes que um empregado deixar de exercer suas funções com zelo e cuidado necessários ou, por atos indisciplinados, perturbar a finalidade da empresa, haverá um desequilíbrio na organização desta, devendo o superior hierárquico restaurar a ordem por meio de sanções que corrijam e previnam aquelas falhas. O poder disciplinar procurar resguardar a ordem, tutelando o bem comum através da manutenção da disciplina.¹²⁸

O poder disciplinar age preventiva e repressivamente na manutenção da ordem da empresa e do bom ambiente de trabalho. Atua preventivamente, através de medidas profiláticas, defendendo a ordem antes que ocorra a lesão. Atua repressivamente, depois da ocorrência da lesão, através da aplicação das sanções disciplinares, com vistas à restituição da ordem interna e para servir de exemplo ao empregado para que não reitere na prática faltosa.

O exercício do poder disciplinar, embora indispensável à atuação empresarial, não é absoluto ou incondicionado. O empregador deve exercer o poder disciplinar com respeito aos direitos fundamentais do empregado, não podendo invadir a sua privacidade ou a intimidade a pretexto de punir e aplicar-lhe sanções disciplinares.

¹²⁸ MESQUITA, José de Mesquita. Op. cit. p. 84.

Embora o poder disciplinar seja pacificamente reconhecido em favor do empregador, para se aplicado em face do empregado em caso de inadimplemento da obrigação contratual, resta claro que este poder não pode ser exercido de forma absoluta, ficando sujeito a limitações que visam proteger os direitos do empregado.

4.4. LIMITES AO PODER DIRETIVO

Através do poder diretivo o empregador organiza a empresa, controla a prestação de serviços e dá destinação concreta à prestação de serviços do empregado, com vistas à realização das finalidades do empreendimento.

Esse poder não é absoluto e nem permite que o empregador possa comandar a empresa de forma unilateral, sufocando a autonomia da vontade dos empregados. Não existem razões de ordem ética, moral ou legal capazes de permitir o acolhimento da idéia de que o empregado que figura como parte em um contrato de trabalho não possa desfrutar dos seus direitos fundamentais.

O empregado, ainda que sujeito ao poder diretivo, atributo indeclinável da empresa, e mesmo estando vinculado ao dever de obediência às ordens que se originam do contrato de trabalho, deve ser tratado pelo empregador com respeito e educação.

Portanto, embora o poder diretivo seja inerente à atividade empresarial, este não pode ser exercido de forma absoluta pelo empregador.

O poder de direção sofre várias restrições e limites estabelecidos pelos direitos fundamentais assegurados a todas as pessoas e que envolvem sua intimidade e vida privada. O exercício do poder diretivo também sofre limitações das seguintes origens: matéria, tempo e lugar, lei, normas coletivas, regulamento interno e contrato de trabalho.

Márcio Túlio Viana preleciona que as limitações ao poder diretivo do empregador têm, principalmente, natureza constitucional, previstas no artigo 5 da Constituição Federal de 1988, razão pela qual não pode o empregador, em relação ao seu empregado: discriminá-lo (inc. I e VIII); obrigá-lo a fazer ou não fazer algo não previsto em lei (inc. II), submetê-lo a tratamento desumano ou degradante (inc. III); provocar-lhe dano material, moral ou à sua imagem; violar sua liberdade de consciência ou de crença (inc. VI); violar sua intimidade ou sua vida privada (inc. X); obrigá-lo a associar-se ou impedi-lo de fazê-lo)inc. XVI, XVII e XX), obstar o seu acesso à justiça (inc. XXXIV e XXXV), privá-lo de sua liberdade ou de seus bens (inc. LIV), dentre outros. Destaca, ainda, que a Carta de 1988, em seus artigos 7º a 9º, sujeitam o empregador a uma série de obrigações positivas e negativas, tais como, pagar salário mínimo e não discriminar pessoas portadoras de deficiência.¹²⁹

O poder diretivo do empregador encontra limites na dignidade da pessoa humana. A atividade do trabalhador na empresa está protegida pelos direitos fundamentais assegurados a todas as pessoas e cidadãos e envolvem respeito à sua intimidade, vida privada, imagem.

Sandra Lia Simon destaca que o legislador constituinte teve uma grande preocupação em assegurar, em todas as suas formas, o direito à intimidade e à vida privada. Primeiro, no caput do art. 5º, protegeu, de forma genérica, o direito à liberdade e à vida. Depois, protegeu a intimidade, como a vida privada (inc. X) e, na seqüência, assegurou a inviolabilidade de domicílio e das comunicações (postais, telegráficas, telefônicas e de dados), razão pela qual os direitos de personalidade passaram a ter um amparo constitucional explícito.¹³⁰

Por serem direitos da personalidade, intrinsecamente relacionados ao direito à liberdade e á vida e com a dignidade humana, a intimidade e a vida privada nunca se dissociam do indivíduo e o acompanham e todas as suas

¹²⁹ VIANA, Márcio Túlio. *Direito de Resistência*. São Paulo: LTR, 1996, p. 110.

¹³⁰ SIMON, Sandra Lia. *Op. cit.*, p. 98.

relações. Logo, numa relação de emprego, ainda que o poder direito do empregador seja incontestável, não há como se negar que encontre limitação nas liberdades públicas e no respeito aos direitos fundamentais do trabalhador.¹³¹

A atuação do poder diretivo do empregador fica limitada à observância das normas constitucionais que garantem ao trabalhador os seus direitos fundamentais e que possuem repercussão nas suas relações jurídicas da esfera privada. Tendo em vista que o contrato de trabalho é uma relação jurídica privada, evidentemente que deve ser alcançado pela ordem constitucional, razão pela qual as condições contratuais e conseqüentemente os direitos do trabalhador devem estar de acordo com os direitos fundamentais previstos no texto constitucional.

As atividades do empregado fora do contexto do contrato de trabalho, relacionadas com suas crenças religiosas, seus pensamentos políticos, sua vida privada, sua intimidade, sua liberdade física, escapam da autoridade empresarial, desde que não repercutam prejudicialmente no contrato de trabalho e no exercício das atividades laborativas do empregado.

Orlando Gomes e Élon Gottschalk prelecionam que o empregador deve usar dos poderes diretivos dentro da ordem jurídica e que esse poder encontra-se limitado em dois sentidos: pela lei, pelas fontes de produção profissional mista e pelo próprio contrato individual de trabalho e pela finalidade do direito de direção.¹³²

Destarte, o empregador no uso do poder disciplinar há de conformar-se às leis, as sentenças normativas, às convenções coletivas e outros regulamentos profissionais, e ao contrato de trabalho. Não pode dar ao empregado ordem contrária às prescrições sobre a regulamentação do trabalho em geral, ou às exigências de ordem pública ou dos bons costumes, como, por exemplo, ordens

¹³¹ VIANA, Márcio Túlio. Op. cit., p. 101.

¹³² GOTTSCHALK, Elson. GOMES, Orlando. Op. cit., p. 71.

que atentem contra a moralidade, as convicções religiosas, a liberdade de opinião ou que atinjam a sua integridade física. Está por outro lado, preso às obrigações do contrato de trabalho e, sobretudo, por aquelas que se relacionem com qualificação profissional e com o montante da remuneração.¹³³

O outro sentido em que deve ser tomado esse poder é o da finalidade do direito de direção. Com efeito, esse poder é conferido ao empregador para alcançar uma boa organização do trabalho na empresa. O seu exercício, assim, não se justificaria se fosse utilizado para fins persecutórios ou por mero capricho, Tratar-se-ia, então de um desvio de sua finalidade, reprovado pela ordem jurídica.¹³⁴

O empregador também autolimita o seu poder diretivo quando estabelece normas indicando a maneira como vai exercê-lo. Isto ocorre quando cria regulamento interno na empresa para o fim de regular a atividade empresarial e a prestação de serviços dos empregados que, em razão do contrato de trabalho, colocam sua força de trabalho em prol do empregador, visando a consecução dos objetivos empresariais.

O regulamento da empresa consiste no conjunto sistemático de normas escritas, estabelecidas pelo empregador para reger a conduta das pessoas no âmbito da empresa. A partir do momento em que o empregado adere ao regulamento da empresa as suas cláusulas se convertem em cláusulas integrantes do contrato de trabalho. Por esta razão o instituto é, a um só tempo, fonte reveladora e criadora de normas trabalhistas no âmbito privado da empresa, auto-limitando o poder diretivo do empregador.¹³⁵

O contrato de trabalho também se constitui em circunstância limitadora do poder diretivo do empregador. As condições fixadas através do contrato de trabalho não podem ser modificadas pelo empregador, eis que sobre

¹³³ GOTTSCHALK, Elson. GOMES, Orlando. Op. cit., p. 71.

¹³⁴ *Ib idem*, p. 71.

¹³⁵ MAGANO, Octavio Bueno. Op. cit., p. 103/104.

as mesmas incide o princípio da força obrigatória dos contratos, tornando imperativo a fiel observância das condições ajustadas.

No âmbito do contrato de trabalho vigora o princípio da imodificabilidade de suas condições, que veda o empregador de promover alterações no contrato de trabalho que possam resultar em prejuízos ao empregado.

São circunstâncias limitativas do poder de direção do empregador os aspectos da matéria, lugar e tempo do trabalho. Pela definição que até aqui adotada se constata que através do poder de direção é que o empregador dá a destinação concreta ao trabalho que o empregado, por força do contrato de trabalho, coloca à disposição do empregador. O poder diretivo do empregador não pode ir além da matéria, do lugar e do tempo do trabalho.

O poder diretivo do empregador encontra limites claros no cumprimento das obrigações do empregado que derivam do contrato de trabalho e que estão relacionadas com a prestação de serviços do mesmo, no âmbito da empresa e no horário de trabalho. Portanto, o poder diretivo só pode se referir ao trabalho e suas circunstâncias, ou seja, à da prestação de trabalho do empregado e aos seus elementos acessórios.¹³⁶

Márcio Túlio Viana destaca que o poder diretivo sofre limitações de ordem temporal e espacial, eis que tem os seus contornos definidos apenas durante e no âmbito da prestação de serviços do empregado, pois o poder diretivo do empregador tem um objetivo de alcançar, de modo que o empregador somente pode dar ordens aos seus empregados que estejam em consonância com esse objetivo, ou seja, relacionadas com as obrigações do contrato de trabalho, no local, âmbito, horário e na execução da prestação de serviços.¹³⁷

¹³⁶ SANSEVERINO, Rita. *Curso di Diritto del Lavoro*. Padova, 1937, p. 99. In *O Contrato de Trabalho e sua Alteração*. BERNARDES, Hugo Gueiros. 2ª ed., São Paulo: LTR, 1986, p. 32.

¹³⁷ VIANA. Márcio Túlio. *Op. cit.*, p. 140.

Em conclusão, observa-se que o poder diretivo através do qual o empregador exerce o domínio sobre o seu empreendimento não implica em afirmar que o mesmo seja detentor de poder absoluto em relação à prestação de serviços do empregado, eis que o trabalhador não está obrigado a se sujeitar a toda e qualquer ordem emanada do empregador.

Capítulo 5

GARANTIAS CONSTITUCIONAIS FUNDAMENTAIS E A PROTEÇÃO DO EMPREGADO

Ainda que o poder de direção seja inerente ao empregador, é inegável que o mesmo não pode ser exercido de forma absoluta, eis que o estado de subordinação presente na relação de emprego não retira do trabalhador a garantia dos seus direitos fundamentais.

Embora a norma trabalhista não contenha dispositivos para regular o poder diretivo e os limites do seu exercício pelo empregador, esse comando não pode ser utilizado em violação às garantias constitucionais intrinsecamente relacionadas ao indivíduo e que dele nunca se separam, acompanhando-o em todos os momentos de sua vida, inclusive no curso da relação de emprego.

O empregado não se subordina ao empregador em função de toda a sua atividade humana, mas somente em relação à atividade profissional necessária à que a empresa atinja seus objetivos, razão pela qual é possível concluir que na execução do contrato de trabalho o empregado é titular de direitos que lhe socorrem como pessoa humana e titular de direitos fundamentais que são aplicáveis unicamente no contexto do contrato de trabalho.

Arion Sayão Romita destaca que ao inserir sua atividade laborativa na organização empresarial, o trabalhador adquire direitos decorrentes dessa nova posição jurídica, sem perder, contudo, aqueles de que era titular anterior. Em suas relações com o empregador o trabalhador tem direitos que lhe assistem como pessoal. A regulação das relações de trabalho não escapa ao raio de ação dos direitos fundamentais, parte que é do ordenamento jurídico.¹³⁸

¹³⁸ ROMITA, Arion Sayão. Op. cit., 201/202.

Lyon Caen, citado por Arion Sayão Romita, aduz que como sujeito de uma relação de emprego o trabalhador desfruta simultaneamente o gozo dos diversos direitos fundamentais, qualquer que seja a família de direitos a ser considerada. Em tempo e local trabalho, embora submetido ao poder de direção do empregador em virtude do vínculo de subordinação, o empregado conserva sua qualidade de homem livre.¹³⁹

Dentre as obrigações assumidas pelo empregador por força do contrato de trabalho, figura a de respeitar a personalidade moral do empregado na sua dignidade absoluta de pessoa humana. Conforme Arion Sayão Romita esta é, de fato a obrigação básica do empregador, decorrente do reconhecimento da existência de direitos fundamentais do trabalhador, como sujeito de um contrato de trabalho. No âmbito da relação de emprego os direitos fundamentais correspondem à projeção da dignidade da pessoa humana na disciplina jurídica do contrato.¹⁴⁰

Portanto, a incidência dos direitos fundamentais no âmbito do contrato de trabalho está diretamente ligada com a necessidade de assegurar o respeito à dignidade do trabalhador e estabelecer um limite ao exercício do poder diretivo do empregador.

5.1. VALORIZAÇÃO DO TRABALHO HUMANO E LIVRE INICIATIVA

A Constituição Federal de 1988 no seu art.170 disciplina que a ordem econômica deve ser fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, com a finalidade de assegurar a todos uma existência digna, conforme os ditames da justiça social.

¹³⁹ LYON CAEN, Antonie et VACARIE, Isabele. *Droits Fondamentaux et Droit du Travail*, In AAVV. *Droit Syndical et Droits de l'homme à l'aube du XXe Siècle – Mélanges em l'honneur de Jean Maurice Verdier*, Paris: Dalloz, 2001, p. 449. In ROMITA, Arion Sayão. *Direitos Fundamentais nas Relações de Trabalho*. São Paulo: LTR, 2007, p. 203.

¹⁴⁰ ROMITA, Arion Sayão. *Op. cit.*, p. 205.

“Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e da livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios.”

O art. 170 do texto constitucional pressupõe uma ordem econômica fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, que servem de base à sustentação da República Federativa do Brasil, com entidade política constitucionalmente organizada, nos termos do seu inc. IV do artigo 1º.

O art. 1º inc. III da Constituição Federal destaca a dignidade da pessoa humana como um dos princípios fundamentais e inc. IV enfatiza os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa entre os direitos fundamentais e reforça a importância da valorização do trabalho humano e da livre iniciativa como bens socialmente tuteláveis.

“Art. 1º. A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos

III – a dignidade da pessoa humana.

IV – os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa.”

O art. 193 da Constituição Federal prevê que a ordem social tem como base e fundamento o primado do trabalho e como objetivo o bem-estar e justiça sociais.

“Art. 193. A ordem social tem como base o primado do trabalho e como objetivo o bem estar e a justiça sociais.”

Analisando o fundamento e a natureza da ordem econômica, José Afonso da Silva destaca que a mesma está fundada na valorização do trabalho humano e na iniciativa privada, o que significa dizer, em primeiro lugar, que a Constituição consagra uma economia de mercado, de natureza capitalista, pois a iniciativa privada é um princípio básico da ordem capitalista. Em segundo lugar, significa que, embora capitalista, a ordem econômica dá prioridade aos valores do trabalho humano sobre todos os demais valores da economia de mercado. Conquanto se trate de declaração de princípio, essa prioridade vem no sentido de orientar a intervenção do Estado na economia, a fim de fazer os valores sociais do trabalho que, ao lado da iniciativa privada, constituem o fundamento não só da ordem econômica, mas da própria República Federativa do Brasil (art. 1º, IV).¹⁴¹

Alice Monteiro de Barros aponta que houve uma sensível evolução do direito de propriedade que, de simples relação entre um indivíduo e a coletividade (que tinha o dever de respeitá-lo) passou ao patamar atual, de direito complexo, regulamentado não só por normas de direito privado, senão também de direito público, em virtude da forte carga social que sustenta.¹⁴²

A Constituição Federal de 1988 rompeu com as diretrizes da ordem econômica até então vigente que consagrava as diretrizes do liberalismo em sua forma clássica para estabelecer uma ordem econômica fundada na livre iniciativa e na valorização do trabalho humano visando assegurar a todos uma existência digna conforme os ditames da justiça social.

A ordem econômica estabelecida pela Constituição Federal de 1988, criou um novo paradigma de direito de propriedade, onde a valorização do trabalho humano e a livre iniciativa passam a figurar como bens socialmente tuteláveis, inseridos entre os princípios fundamentais do Estado.

¹⁴¹ SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo, 29ª ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2007, p. 788.

¹⁴² SIMÓN, Sandra Lia. Op. cit., p. 115.

O texto constitucional no seu inc. IV do art. 1º expressa como fundamento da República Federativa do Brasil, o valor social do trabalho e no caput do art. 170, disciplina que a ordem econômica deve ser fundada na valorização do trabalho humano.

O caput do art. 170 da Carta Magna também trata da valorização do trabalho humano como princípio fundamental da ordem econômica.

A valorização do trabalho humano é tratada como princípio fundamental e distinguida com uma característica essencial: embora capitalista, a economia tem como principal pilar a valorização do trabalho, de sorte que a liberdade dos agentes que atuam no mercado deverá ser exercida de modo a respeitar e valorizar o trabalho humano, visando o bem estar e a justiça social.

A valorização do trabalho humano como fundamento da ordem econômica funciona como exigência da humanização no plano das relações sociais e econômicas. O trabalho não pode ser visto como um mero fator de produção ou mecanismo de produção de riquezas, mas através do seu caráter humanitário. Valorizar o trabalho significa valorizar a pessoa humana.

Esse princípio tem por finalidade permitir a participação do trabalhador no processo produtivo, sem o afastar da sua condição de ser humano e, ainda, colocar o seu trabalho em posição de destaque.

Como destaca Tércio Sampaio Ferraz Júnior, a valorização do trabalho humano significa a legitimação da ordem econômica, desde que construída sobre um empenho constante e permanente de promover a dignidade humana do trabalho na atividade econômica.¹⁴³

¹⁴³ OTTAVIANO, Vittorio. Il Governo dell'economia: i Principi Giuridici, in *Tratato di Diritto Commerciale e di Diritto Pubblico dell'economia* – v. I: La Costituzione Economica. p. 200/201. In SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 29ª ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2007, p. 793/794.

A livre iniciativa foi fixada no texto constitucional de 1988, como fundamento da ordem econômica, conforme a disciplina do caput do artigo 170 determinando seja esta fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa com o fim de assegurar a todos uma existência digna conforme os ditames da justiça social.

Vittorio Ottaviano, citado por José Afonso da Silva, assevera que a liberdade de iniciativa é certamente o princípio básico do liberalismo econômico, Surgiu como um aspecto da luta dos agentes econômicos para se libertar dos vínculos que sobre eles recaiam sobre herança, seja no período feudal, seja dos princípios do mercantilismo. De início até a primeira Guerra Mundial (1914-1918), a liberdade de iniciativa econômica significava garantia aos proprietários da possibilidade de usar e trocar os seus bens; garantia, portanto, do caráter absoluto da propriedade; garantia da autonomia jurídica e, por isso, garantia aos sujeitos da possibilidade de regular suas relações do modo que tivessem por mais conveniente; garantia a cada um para desenvolver livremente a atividade escolhida.¹⁴⁴

Em razão da evolução das relações de produção e a necessidade de propiciar melhores condições de vida aos trabalhadores, bem como o mau uso dessa liberdade e a falácia da harmonia natural dos interesses do estado liberal, fizeram surgir mecanismos de condicionamento da iniciativa privada, em busca da realização da justiça social.¹⁴⁵

Afirmar que a livre iniciativa é fundamento da ordem econômica é também afirmar que a estrutura desta está centrada na atividade das pessoas e dos grupos e não na atividade do Estado. Não significa a exclusão deste, mas ressalta que o exercício da atividade econômica, na produção, na gestão, na direção, na empresa, está regulado originariamente pelo chamado princípio da exclusão: o

¹⁴⁴ GRAUS, Eros Roberto. A Ordem Econômica na Constituição de 1988. Op. cit., p. 220.

¹⁴⁵ SILVA, José Afonso da. Op. cit., p. 794.

que não está proibido, está permitido. Obviamente, isto não é um reconhecimento do *laissez faire*. Há de se ter em conta que livre iniciativa e valorização do trabalho humano devem estar conjugados. Trata-se de uma ordem de dois fundamentos. Liberdade, como base, está em ambos. Na iniciativa, em termos de liberdade negativa, de ausência de impedimentos para a expansão da própria criatividade. Na valorização do trabalho, em termos de liberdade positiva, de participação sem alienação na construção da riqueza econômica. Conjugada com a valorização do trabalho humano a livre iniciativa se define como participação, como construção positiva da dignidade humana na produção de riqueza, isto é, como tarefa social que os homens realizam em conjunto. É no respeito a esse duplo fundamento que a ordem econômica revela sua própria legitimidade. Sob este fundamento ergue-se uma ordem, cujo fim, diz no caput do art. 170 é assegurar a todos a existência digna, conforme os ditames da justiça social.¹⁴⁶

Conforme Roberto Vieira de Almeida Rezende, a atividade privada tem papel essencial na ordem econômica constitucionalmente prevista. Desse modo, aquele que assume uma atividade econômica em caráter privado, além de ser possuidor dos meios de produção, traz para si os ônus e riscos do empreendimento. Nesse diapasão, a livre iniciativa já esboça a possibilidade de um poder de direção do empreendedor sobre os que lhe devem sua força de trabalho: não suportando riscos e não sendo proprietários dos meios de produção, os trabalhadores devem, em princípio, agir na obtenção dos fins visados pelo empregador que assim tem a faculdade de dirigir a prestação de serviços.¹⁴⁷

Desta forma, embora legitimadora do poder de direção, a livre iniciativa também atua como fonte de limitação para sua atuação. O poder diretivo não pode mais ser exercido no interesse egoísta do empresário ou mesmo da empresa, devendo redundar sua utilização na produção de um resultado socialmente valioso: a geração de riquezas para a sociedade e o desenvolvimento

¹⁴⁶ FERRAZ JÚNIOR. Tércio Sampaio. Direito e Cidadania na Constituição Federal. Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo. nº 47/48, janeiro-dezembro de 1997, p. 11.

¹⁴⁷ REZENDE, Roberto Vieira de Almeida. Delineamento Constitucional do Poder Diretivo. Tese de Doutorado apresentada ao Departamento de Direito do Trabalho da Faculdade Direito da USP. São Paulo: 2004, p. 129.

socioeconômico. Estará também o poder de direção sujeito à primazia do valor social do trabalho e sobre todos os demais princípios e valores informadores da ordem econômica, de sorte que, no seu exercício, deve o empregador respeitar o trabalhador e sua atividade como fatos socialmente destacados. Qualquer ação patronal tendente a desrespeitar o trabalhador ou mesmo a desvalorizar ou desprestigiar sua honra profissional poderia conduzir a anulação judicial do ato ou mesmo à reparação por dano moral.¹⁴⁸

5.2. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E JUSTIÇA SOCIAL

Conforme preleciona Orlando Teixeira da Costa, a palavra dignidade provém do latim – *dignitas, dignitatis* – e significa, entre outras coisas, a qualidade moral que infunde respeito, e consciência do próprio valor. Ao falar-se de dignidade humana, quer-se significar a excelência que esta possui em razão da sua própria natureza. Se é digna qualquer pessoa humana, também o é o trabalhador, por ser uma pessoa humana. É a dignidade da pessoa humana do trabalhador que faz prevalecer os seus direitos, estigmatizando toda manobra tendente a desrespeitar ou corromper de qualquer forma que seja esse instrumento valioso, feito à imagem de Deus.¹⁴⁹

A Constituição Federal de 1988 no inciso III do art. 1º erigiu a dignidade da pessoa humana a um dos pilares de sustentação da ordem econômica e social ao incluí-la nos princípios fundamentais do estado democrático de direito do Brasil.

O art. 170 da Carta Constitucional revigora o princípio fundamental previsto no inciso III do art. 1º para consagrar que a ordem econômica, fundada

¹⁴⁸ Id Ibid, p. 131.

¹⁴⁹ COSTA. Orlando Teixeira da. O Trabalho e a Dignidade do Trabalhador. Revista LTR. v. 59, nº 5, maio de 1996, p. 592.

na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por finalidade assegurar a todos uma existência digna, conforme os ditames da justiça social.

A relevância atribuída ao princípio da dignidade da pessoa humana importa em lhe reconhecer os atributos de cláusula pétrea voltada à efetivação dos direitos fundamentais, constituindo-se na garantia das faculdades jurídicas necessárias à existência digna da pessoa humana.

Além de se constituir em cláusula pétrea, o princípio da dignidade da pessoa humana faz parte dos direitos e das garantias individuais, elevando-o a uma importância maior que a de outros princípios constitucionais., em face de sua fundamentabilidade.

Conforme Flávia Piovesan, considerando que toda a Constituição há de ser compreendida como uma unidade e como um sistema que privilegia determinados valores sociais, pode-se afirmar que a Constituição de 1988 elegeu o valor da dignidade da pessoa humana como um valor essencial que lhe dá unidade de sentido. Isto é, o valor da dignidade humana informa a ordem constitucional de 1988, imprimindo-lhe uma feição particular.¹⁵⁰

Conforme assinala José Afonso da Silva a dignidade da pessoa humana é um valor supremo do ser humano, posto que se refere ao respeito, ao brio, à honra, e quando reconhecida pelo direito, coloca o homem, seu destinatário, no mesmo patamar de todos os outros, sem qualquer distinção ou ressalva relativa aos seus direitos de personalidade. Esse princípio atrai o conteúdo de todos os direitos fundamentais do homem, a começar pelo direito à vida.¹⁵¹

Flademir Jerônimo Belinati Martins aduz que a dignidade da pessoa humana é inerente a cada pessoa que a faz destinatária do respeito e da proteção

¹⁵⁰ PIOVESAN. Flávia. *Temas de Direitos Humanos*. São Paulo: Max Limonad, 1998, p. 133/134.

¹⁵¹ SILVA. José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 6ª ed., São Paulo: RT, 1990, p. 23/24.

tanto do Estado, quanto das demais pessoas, impedindo que ela seja alvo não só de quaisquer situações desumanas ou degradantes, como também lhe garantindo o direito de acesso a condições existenciais mínimas. Por outro lado, a dignidade implica considerar que a pessoa humana é chamada a ser responsável não somente por seu próprio destino, mas também pelos das demais pessoas humanas, sublinhando-se, assim, o fato de que todos possuem deveres para com a sua comunidade.¹⁵²

Ingo Wolfgang Sarlet, citado por Arion Sayão Romita, afirma que, por ter a Constituição de 1988, elevado a dignidade da pessoa humana à categoria de valor supremo e fundante de todo o ordenamento brasileiro, fácil é atribuir aos direitos sociais a característica de manifestações dos direitos fundamentais de liberdade e de igualdade material porque, encarados em sua vertente prestacional (direitos e prestações não só jurídicas, mas também fáticas), tais direitos têm por objetivo assegurar ao trabalhador proteção contra necessidades de ordem material, além de uma existência digna. Cumpre, em conseqüência, atribuir a máxima eficácia (jurídica e social) aos preceitos que os consagram, com o intuito de obter a realização prática do valor supremo da dignidade da pessoa humana.¹⁵³

O trabalho, inegavelmente, figura como um dos componentes da condição de dignidade da pessoa. Não há dúvida que o trabalho é uma das mais puras fontes de realização humana. O trabalho é a vida do homem e através do trabalho que o homem se sente útil na sociedade e se realiza.

A dignidade da pessoa humana, enquanto princípio constitucional, coloca em evidência o ser humano, intrinsecamente considerado, para o qual deve convergir todo o esforço de proteção do Estado, através do seu ordenamento jurídico. O trabalho, indiscutivelmente, figura como um dos componentes da condição da dignidade da pessoa humana. É para o bem-estar do ser humano que

¹⁵² MARTINS, Fladimir Jerônimo Belinati. Princípio Constitucional Fundamental da Dignidade da Pessoa Humana. Dissertação de Mestrado apresentada à Instituição Toledo de Ensino. Bauru, 2002, p. 152

¹⁵³ SARLET, Ingo Wolfgang. Os Direitos Fundamentais Sociais na Constituição de 1988. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999, p. 169. In ROMITA, Arion Sayão. Direitos Fundamentais nas Relações de Trabalho. São Paulo: LTR, 2007, p. 268/269.

o trabalho se direciona. É para garantir seu estado de bem viver, condignamente, que o respaldo moral de poder assegurar a si e a sua família o sustento, a saúde, o lazer e o progresso material contínuo e crescente, que deve voltar-se o emprego. As empresas, os meios de produção e todo o engenho voltado ao desenvolvimento de bens e serviços só se justificam se forem respeitados, acima de tudo, os valores humanos do trabalho e, longe de visarem apenas o lucro e o enriquecimento do empregador, deve destinar-se ao bem-estar e ao progresso coletivo.¹⁵⁴

A justiça social está disposta como preceito jurídico no caput do art. 170 e no art. 193 da Constituição Federal e consagra o entendimento de que a ordem econômica deve caminhar em harmonia com o valor social do trabalho visando assegurar a todos uma existência digna, conforme os ditames da justiça social.

A realização da justiça social se constitui, no principal propósito da ordem econômica constitucionalmente organizada. A observância dos ditames da justiça social constitui um direcionamento que o legislador constituinte impôs à atividade econômica e à atuação dos poderes públicos no trato das relações econômicas. Cuida-se, pois, de uma norma constitucional dirigente, na medida em que fixa uma finalidade específica para a ordem econômica nacional, vinculando todas as atuações que se possam operar no seu âmbito.¹⁵⁵

Em conclusão das considerações expostas, resta claro que as manifestações concretas do princípio da dignidade da pessoa humana nunca se dissociam do indivíduo e o acompanham em todas as suas atividades. Assim, mesmo que o trabalhador se encontra em situação hierarquicamente inferior ao empregador, o poder diretivo encontrará limites no exercício de todos os direitos fundamentais.

¹⁵⁴ DAL COL. Helder Martinez. O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, o Direito ao Trabalho e a Prevenção da Infortúnica. Revista Juristas. ISSN: 8074, p. 15.08.05.

¹⁵⁵ REZENDE, Roberto Vieira de Almeida. Delineamento Constitucional do Poder Diretivo. Op. cit., p. 137.

Desta maneira, vislumbra-se na ordem econômica constitucional a existência de potente justificativa para submeter o poder de direção e, por conseguinte, o poder de determinação do conteúdo dinâmico do contrato individual de trabalho pelo empregador, à observância de direitos fundamentais que, em última análise, são direitos tendentes a promover a concretização da dignidade humana. Para tanto, tais direitos reclamada que sejam considerados em sua dimensão objetiva, ultrapassando as fronteiras das relações entre o cidadão o Estado para alcançar também as relações jurídicas em sentido interprivado. A constituição deve ser interpretada em seu conjunto, como todo harmônico, exigindo a ordem econômica constitucional a concretização da dignidade humana, impondo respeito aos direitos fundamentais em todas as relações envolvidas no processo econômico, mesmo as natureza privada como a relação de emprego. A ordem econômica constitucional, ao prever como um dos seus fins a dignidade da pessoa humana, funciona também como limitação ao poder patronal e exigência de sua sujeição aos ditames constitucionais voltados à proteção dos direitos fundamentais.¹⁵⁶

5.3. INTIMIDADE E VIDA PRIVADA

A palavra intimidade traduz a qualidade daquilo que é íntimo, do interior da alma e do coração. No sentido jurídico, o direito à intimidade consiste na prerrogativa que tem a pessoa de estar só e de evitar que pessoas estranhas se intrometam em sua vida ou que tenham acesso ou tenham conhecimento sobre fatos e coisas que pertençam ao seu foro íntimo e privado.

A Constituição de 1988 no inc. X do art. 5º declara serem invioláveis a intimidade e a vida privada das pessoas, cujo fundamento é a liberdade individual. Esses direitos são emanções do princípio dignidade da pessoa humana e estão inseridos no título dos direitos e garantias fundamentais.

¹⁵⁶ REZENDE, Roberto Vieira de Almeida. Op. cit, p. 143.

“Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e propriedade, nos termos seguintes:

.....

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.”

Tércio Sampaio Ferraz Júnior destaca que a intimidade é o âmbito exclusivo que alguém reserva para si, sem nenhuma repercussão social, nem mesmo ao alcance de sua vida privada que, por mais isolada que seja, e sempre um viver entre os outros (na família, no trabalho, no lazer comum). A intimidade não compreende qualquer forma de repercussão.¹⁵⁷

Eugenio Haddock Lobo e Júlio César do Prado Leite prelecionam que a intimidade é um direito da personalidade do indivíduo e, portanto, direito do trabalhador no âmbito da relação de emprego. Proteger a vida privada significa assegurar a proteção a certos aspectos da vida íntima da pessoa, que tem o direito de resguardá-los da intromissão de terceiros. Trata-se de um direito negativo, no sentido de excluir do conhecimento de outrem aquilo que só a própria pessoa diz respeito. Reservar seus assuntos íntimos só para si: eis em resumo, a expressão do direito à intimidade, que se revela na vedação do acesso a estranhos ao domínio do confidencial. Como direito da personalidade, imiscui-se na integridade da pessoa, que não abrange apenas a dimensão antropológica e física, mas reveste também conteúdos psíquicos, morais, mentais e éticos.¹⁵⁸

¹⁵⁷ FERRAZ JÚNIOR. Tércio Sampaio. Sigilo de Dados: Op. cit., p. 449.

¹⁵⁸ LOBO, Eugenio Haddock et LEITE, Júlio César do Prado. Comentários à Constituição Federal. Rio de Janeiro: Ed. Trabalhistas, 1989, v. 1º, p. 36.

Luiz Alberto David Araujo destaca que a vida social do indivíduo se divide em duas esferas: a pública e a privada. Nesta última, estariam compreendidos atos e fatos que a pessoa pretende manter fora do alcance do público em geral, tais como a vida familiar, as aventuras amorosa, o lazer. A privacidade resguarda o indivíduo da publicidade. Ocorre que, dentro dessa esfera de vida privada, há outra esfera, ainda menor, que o indivíduo pode querer deixar impenetrável até dos mais próximos: trata-se da intimidade.¹⁵⁹

Aparecida I. Amarante, citada por João Carlos Casella, assina que os fatos da vida da pessoa estão situados, segundo a possibilidade de acesso a eles, de outras pessoas, em esferas concêntricas, de modo que as menores limitam as maiores, destacando que a esfera da intimidade abrange fatos que dizem respeito apenas à própria pessoa em sua relação consigo mesma, com suas opiniões políticas, sua fé religiosa, seu pudor, seus sentimentos, sua saúde, cabendo-lhe decidir acerca da divulgação, ou não, destes fatos.¹⁶⁰

O direito à intimidade, por estar consagrado expressamente no texto constitucional, é oponível ao empregador, devendo ser respeitado, independentemente do fato do trabalhador figurar numa relação de emprego.

Ruiz Miguel, citado por Alice Monteiro de Barros, destaca que não é o fato de um empregado encontrar-se subordinado ao empregador ou de deter este último o poder diretivo que irá justificar a ineficácia da tutela à intimidade no local de trabalho, do contrário, haveria degeneração da relação jurídica em um estado de sujeição do empregado. O contrato de trabalho não pode constituir um título legitimador de recortes no exercício dos direitos fundamentais assegurados ao empregado como cidadão; essa condição não deverá ser afetada quando o empregado se insere no organismo empresarial, admitindo-se, apenas, sejam

¹⁵⁹ ARAUJO. Luiz Alberto David. A Proteção Constitucional das Pessoas Portadoras de Deficiência. Brasília: CORDE – Coordenadoria Nacional para Integração da Pessoa Deficiente, 1994, p. 82/83.

¹⁶⁰ AMARANTE, Aparecida I. Responsabilidade Civil por Dano à Honra. 2ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1994, p. 85. In CASELLA, João Carlos. Proteção à Intimidade do Trabalhador. Estudos em Homenagem a Octavio Bueno Magano. São Paulo: LTR, 1996, p. 482.

modulados os direitos fundamentais na medida imprescindível do correto desenvolvimento do processo produtivo.¹⁶¹

Para Alice Monteiro de Barros o direito à intimidade significa o direito de não ser reconhecido em certos aspectos pelos demais. É o direito ao segredo, a que os demais não sabiam o que somos ou o que fazemos, resguardando a vida privada da pessoa da ingerência alheia.¹⁶²

Em relação à vida privada, José Afonso da Silva preleciona aduz que se relaciona com a vida interior do indivíduo, fazendo contraponto com a vida exterior. Esta envolve a pessoa nas relações pessoais e nas atividades públicas, pode ser objeto das pesquisas e das divulgações de terceiros, porque é pública. Aquela se debruça sobre a mesma pessoa, sobre os membros de sua família, sobre os seus amigos, é a que integra o conceito de vida privada. Assim, a vida privada abrangeria a proteção contra: (i) divulgação – levar ao conhecimento do público ou de algumas pessoas fatos relevantes à sua vida pessoal e familiar; (ii) investigação – pesquisar sobre eventos da vida pessoal e familiar; e (iii) a conservação de documentos relativos ao indivíduo e que tenham sido obtidos de forma ilícita.¹⁶³

O direito à vida privada está relacionado com o respeito à vida exterior da pessoa humana no âmbito das seguintes esferas: vida familiar, vida profissional, liberdade e inviolabilidade de domicílio, sigilo de correspondências, sigilo de comunicações, convicção sexual. É o conjunto de atributos que cada pessoa elege para fazer parte de sua vida privada e mantê-lo a salvo de intromissões indesejadas de estranhos.

¹⁶¹ RUIZ MIGUEL, Carlos. La Configuración Constitucional del Derecho a la Intimidad. Madrid: Editorial Tecnos, 1995, p. 44. In BARROS, Alice Monteiro de. Proteção à Intimidade do Empregado. São Paulo: LTR, 1997, p. 29.

¹⁶² BARROS, Alice Monteiro de. Proteção à Intimidade do Empregado. São Paulo: LTR, 1997. p. 29.

¹⁶³ SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 13ª ed. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 204.

A norma constitucional garante tanto o respeito ao segredo como o direito à liberdade da vida privada. Através do respeito à vida privada a constituição permite que a pessoa desenvolva uma personalidade saudável e que possa preservá-la contra a intromissão de estranhos não autorizados. O respeito à esse direito é essencial atendimento da dignidade da pessoa humana.

Verifica-se, portanto, que o direito à intimidade e à vida privada são aqueles que recaem sobre certos atributos físicos, intelectuais ou morais do homem, com a finalidade de resguardar a dignidade da pessoa humana.¹⁶⁴

Os direitos de personalidade são os direitos interiores, de que o sujeito do direito necessita para preservar a sua integridade física, intelectual ou 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. Quando exercidos em face do Estado, alguns desses direitos recebem o nome de liberdades públicas; já no que relacionamento entre particulares, são denominados de direitos da personalidade, inatos ou personalíssimos.¹⁶⁵

Verifica-se, pois, que a Constituição Federal de 1988 declara a inviolabilidade da intimidade e da vida privada também alcança o empregado no contexto da relação de emprego.

Assim, o empregado, na qualidade de sujeito do contrato de trabalho, evidentemente que também titula os mesmos direitos fundamentais assegurados a todas as pessoas. Embora sujeito ao poder de direção do empregador e em patamar hierarquicamente inferior ao do empregador, o empregado continua a ser cidadão na empresa e, como tal, tem direito ao respeito à sua vida privada. Portanto, o poder diretivo do empregador fica subordinado ao respeito aos direitos fundamentais do trabalhador que lhe garantem a proteção à intimidade e a proteção à vida privada.

¹⁶⁴ FRANÇA. R. Limongi. Instituições de Direito Civil. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 1337.

¹⁶⁵ BITTAR, Carlos Alberto. Curso de Direito Civil. Rio de Janeiro: Forense, p. 201/2002.

Em conclusão, os direitos fundamentais, fruto de normas disciplinadas pelo texto constitucional, devem orientar todas as relações entre os indivíduos e, conseqüentemente, não escaparia desta regra a relação de emprego, o que permite considerar que o direito à intimidade e à vida privada se incorpora implicitamente ao contrato de trabalho e lhe constituem uma limitação fundamental ao poder diretivo do empregador.

5.4. HONRA E IMAGEM

O direito à honra importa no respeito à boa fama e a estima que a pessoa desfruta nas relações sociais. A honra é o conjunto de qualidades que caracterizam a dignidade, o bom nome, a reputação e a honorabilidade da pessoa.

A moral do indivíduo, como síntese de sua subjetividade, de sua honra, reputação, bom nome, é atributo essencial da vida em sociedade e se constitui em um dos traços marcantes do homem civilizado. Esses direitos são outorgados a toda pessoa, indistintamente, no seu nascimento com vida.

Adriano de Cupis, citado por Sandra Lia Simon, aduz que a honra é tanto o valor moral íntimo do homem, como a estima dos outros, ou a consideração social, o bom nome, como, enfim, o sentimento, ou consciência, da própria dignidade pessoal, refletida na consideração dos outros e no sentimento da própria pessoa. Portanto, a honra compreende a dignidade pessoal, ou seja, o sentimento que a tem a própria pessoa de ser digna, mais o reconhecimento da comunidade a que ela pertence, isto é, a estima e a consideração dos outros.¹⁶⁶

A Constituição Federal de 1988 no inc. X do art. 5º disciplina a inviolabilidade da honra da pessoa humana.

¹⁶⁶ CUPIS, Adriano de. Os Direitos da Personalidade. Lisboa: Livraria Moraes, 1961, p. 111/112. In SIMON, Sandra Lia. A Proteção Constitucional da Intimidade e da Vida Privada do Empregado. São Paulo: LTR, 2000. p. 79.

“Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e propriedade, nos termos seguintes:

.....

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.”

Alice Monteiro de Barros assinala que a honra é a dignidade que a pessoa realiza em si mesma, refletida na consideração dos demais. Ela assenta na dignidade da pessoa humana e apresenta dois aspectos: objetivo – que consiste na valoração de nossa personalidade feita pelos membros da sociedade. É a boa reputação que compreende a estima política, profissional, artísticas, comercial e de outros âmbitos de respeitabilidade: subjetivo – é o sentimento de dignidade pela própria pessoa. É a auto-estima. Se identifica com o sentimento que a pessoa tem de sua própria dignidade. Compreende o conjunto de valores morais, como retidão, probidade, lealdade, comuns às pessoas, em geral, e que o indivíduo atribui a si mesmo.¹⁶⁷

Manoel Gonçalves Ferreira Filho aduz que a honra é o respeito devido a cada um pela comunidade. Assim o direito da inviolabilidade se traduz na proibição de manifestações ou alusões que tendam a privar o indivíduo desse valor. A honra veste a imagem de cada um. Esta- a imagem – é antes, a visão social a respeito de um indivíduo determinado.¹⁶⁸

¹⁶⁷ BARROS, Alice Monteiro de. Op. cit. p. 608.

¹⁶⁸ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Op. cit. p. 36.

A honra se constitui em um caractere da personalidade atribuível a todas as pessoas. Portanto, o empregado também tem direito à proteção consagrada pela Constituição Federal a esse pretexto. O ordenamento jurídico protege a honra do empregado em todas as fases do contrato de trabalho, preservando a inviolabilidade de sua honra para o fim de limitar o exercício do poder de direção do empregador.

A proteção à honra do empregado se materializa de duas maneiras: 1) através da previsão da inviolabilidade deste instituto (inc. X do art. 5º da CF) e 2) através da possibilidade da indenização em razão da lesão material ou moral praticada pelo empregador (inc. V do art. 5º da CF).

O conceito de imagem está atrelado a uma dimensão pública da personalidade, o que a pessoa representa, estética e eticamente, perante a coletividade. Trata-se de um direito de personalidade que não pode ser separado de seu titular.

O conceito de imagem é dotado de uma dupla noção: a imagem-retrato, que é a imagem da pessoa e a imagem-atributo, que representa a imagem da pessoa no núcleo das suas relações sociais, ou seja, o conceito pessoal que irradia às pessoas.

Arion Sayão Romita destaca que a imagem-atributo se relaciona com a intimidade, com a vida privada, com a honra e revela-se no trato das relações sociais mantidas pela pessoa, se aproximando da reputação. Atos, gestos, palavras e ações podem manchar a imagem atributo da pessoa. A imagem-retrato diz respeito a representação da forma ou do aspecto exterior de um ser por meios técnicos (fotografia, cinema, televisão) ou artísticos (desenho, gravura, escultura, pintura).¹⁶⁹

¹⁶⁹ ROMITA, Arion Sayão. Op. cit., p. 285.

Ao longo da vida as pessoas formam e consolidam a imagem-atributo: a do bom advogado, do bom pai de família, do bom profissional, imagem essa constituída por qualidades e atributos capazes de levar ao sucesso profissional, pessoal e familiar.

Em relação à imagem-retrato é vedada qualquer ação que importe em lesão à honra, à reputação, ao decoro (ou à chamada imagem moral ou conceitual), à intimidade e a outros valores da pessoa que a individualiza no seio da coletividade. Incide a proteção à imagem, sobre a conformação da pessoa física, compreendendo esse direito um conjunto de caracteres que a identifica no meio social. Por outras palavras, é o vínculo que une a pessoa à sua expressão externa, tomada em conjunto, ou em partes significativas (como a boca, os olhos, as pernas, enquanto individualizadoras das pessoas).¹⁷⁰

Como decorrência do direito à imagem, temos o direito à identidade. O indivíduo tem direito à sua imagem como forma de sua identidade. A correlação entre imagem e identidade é direito do cidadão, que pode, portanto, utilizar-se de sua imagem ao lado de seu nome. Também é derivado do direito de imagem o direito à integridade da imagem, o que faz com que se indenize o dano estético. A esse propósito, o texto constitucional tratou de elencar, como formas de proteção da violação da privacidade, intimidade, imagem e honra, a indenização por dano material e moral, consistindo este em uma forma de proteção da integridade moral.¹⁷¹

A proteção à imagem humana está assegurada pela Constituição Federal, compreendendo o respeito à reputação pessoal, familiar e profissional que a pessoa construiu no meio em que convive.

¹⁷⁰ BITTAR, Carlos Alberto. Op. cit., p. 93/94.

¹⁷¹ ARAUJO, Luiz Alberto David et Nunes Júnior, Vidal Serrano. Op. cit., p. 155/156.

João de Lima Teixeira Filho assinala as dimensões do direito à imagem no contexto do contrato de trabalho: a) a de figura da pessoa ou a representativa da mesma, para fins de correlação, com algum fato, que o empregador transmite ao seu público interno, com fim que não seja de valorizá-la; b) a compreensiva de uma boa reputação pessoal ou profissional que o indivíduo construiu no meio em que convive e frente a terceiros.¹⁷²

O direito à honra e à imagem importa no respeito à boa fama e à estima que o indivíduo goza na sociedade e que compõe o patrimônio de sua dignidade, bom nome reputação e honorabilidade.

Em conclusão, podemos afirmar que embora o empregador seja detentor do poder diretivo e em razão desse poder, possa dirigir a prestação pessoal de serviços do empregado, o exercício do poder diretivo não pode elidir a eficácia da tutela à honra e à imagem do trabalhador, eis que direitos constitucionalmente garantidos a toda pessoa humana, inclusive, o trabalhador, e dele podem se separar no âmbito da relação de emprego.

5.5. LIVRE MANIFESTAÇÃO DO PENSAMENTO

A liberdade de expressão é um dos mais relevantes e preciosos direitos fundamentais, correspondendo a uma das mais antigas reivindicações dos homens de todos os tempos. O ser humano se forma no contato com seus semelhantes, mostrando-se a liberdade de se comunicar como condição relevante para a própria higidez psicossocial da pessoa. O direito de se comunicar livremente conecta-se com a característica da sociabilidade, essencial ao ser humano.¹⁷³

¹⁷² SUSSEKIND, Arnaldo et al. Op. cit., p. 655.

¹⁷³ MENDES, Gilmar Ferreira et al. Op. cit., p. 349/350.

Alexandre de Moraes argumenta que a liberdade de expressão constitui um dos fundamentos essenciais de uma sociedade democrática e compreende não somente as informações consideradas como inofensivas, indiferentes ou favoráveis, mas como também aquelas que possam causar transtornos, resistência, inquietar pessoas, pois a Democracia somente existe a partir da consagração do pluralismo de idéias e pensamentos, de tolerância de opiniões e do espírito aberto ao diálogo.¹⁷⁴

A liberdade de expressão engloba não somente o direito de se exprimir, como também o de não se expressar, de se calar e de não se informar. Desse direito fundamental, não obstante a sua importância para o funcionamento do sistema democrático, não se extrai uma obrigação para o seu titular de buscar e de expressar opiniões.¹⁷⁵

A Constituição Federal de 1988 dispõe no inc. IV do art. 5º a livre manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato.

“Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e propriedade, nos termos seguintes:

.....

IV – é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato.”

Conforme preleciona José Afonso da Silva a exteriorização do pensamento pode dar-se entre interlocutores presentes ou ausentes. No primeiro caso, pode verificar-se de pessoa a pessoa (em forma de diálogo, de conversação)

¹⁷⁴ MORAES, Alexandre de. Direitos Humanos Fundamentais. 2ª ed., São Paulo: Atlas, 1998, p.118.

¹⁷⁵ MENDES, Gilmar Ferreira et al. Op. cit., p. 351.

ou de uma pessoa para outras (em forma de exposição, de conferência, palestras, discursos, etc.). No segundo caso, pode ocorrer entre pessoas determinadas, por meio de correspondência pessoal e particular, sigilosa (carta, telegrama, telefone) ou expressar-se para pessoas indeterminadas, sob a forma de livros, jornais, revistas, periódicos, televisão e rádio.¹⁷⁶

No âmbito das relações trabalhistas a livre manifestação do pensamento está sujeita à observância de limites internos e externos. Os limites internos são os seguintes: veracidade; b) dever de diligência na averiguação da notícia; c) relevância pública da comunicação. Os limites externos são os seguintes: princípio da boa-fé contratual; b) dever de segredo; c) honra da empresa e do empresário; d) interesse da empresa.¹⁷⁷

Embora o texto constitucional garanta a livre manifestação do pensamento, cumpre destacar que o § 1º do art. 220 do mesmo diploma faz a ressalva que tal direito deverá ser exercido com observância no disposto ao artigo 5º, incisos IV, V, X, XIII e XIV.

A livre manifestação do pensamento admite restrição para: (IV) proibir o anonimato; (V) para impor o direito de resposta e a indenização por danos morais e patrimoniais e à imagem; (X) para preservar a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas (XIII) para exigir qualificação profissional dos que se dedicam aos meios de comunicação e (XIV) para assegurar à todos o direito à informação.

A livre manifestação do pensamento no âmbito das relações de trabalho também se materializa através em dimensão negativa e positiva. Quanto à dimensão negativa, o empregador não pode perguntar sobre os dados sensíveis do empregado (aqueles atinentes à sua convicção religiosa e política, por

¹⁷⁶ SILVA, José Afonso da. Op. cit., p. 244.

¹⁷⁷ MORAES, Luis Filipe do Nascimento. Elementos para o Exercício da Liberdade de Expressão e do Direito à Informação pelos Trabalhadores. Revista Crítica Jurídica. Curitiba: Faculdades do Brasil, n. 19, jul/dez 2001, p. 308.

exemplo), exatamente para evitar qualquer tipo de discriminação. Alias, o empregado tem a prerrogativa de não dar conhecimento ao empregador de suas opiniões, podendo, portanto, recusar-se a responder perguntas e indagações atentatórias à sua intimidade, seja por ocasião da contratação ou no curso da relação de emprego. Quanto à sua dimensão positiva, o empregado tem o direito de emitir opiniões sobre assuntos relacionados com o contrato de trabalho.¹⁷⁸

Assim, no âmbito da relação de emprego o empregador tem a obrigação de respeitar a livre manifestação do pensamento do empregado, seja pelo seu aspecto negativo, seja pelo seu aspecto positivo. Além de ser corolário fundamental das sociedades contemporâneas, já que a pluralidade de opiniões, idéias e pensamentos integra a própria essência da democracia, no âmbito das relações de trabalho, em especial, o seu reconhecimento, dá origem à configuração de direitos sociais básicos, como o de liberdade sindical e de greve, assegurados, respectivamente, nos artigos 8º e 9º da Constituição Federal.¹⁷⁹

Os direitos previstos na Constituição Federal que asseguram ao cidadão o direito à livre manifestação do pensamento, também se aplicam ao trabalhador no âmbito da relação de emprego. O empregado goza das referidas prerrogativas constitucionais, que impõem limites ao poder diretivo do empresário e devem ser respeitados pelo empregador.

5.6. NÃO-DISCRIMINAÇÃO

A palavra discriminar tem o significado de estabelecer diferença, distinguir, discernir, separar. Em todas as fases da vida é natural que a pessoa humana estabeleça diferenças entre coisas e fatos que fazem parte do seu cotidiano, adotando comportamentos de acordo com a convicção política, social, cultural, moral, religiosa, dentre outras.

¹⁷⁸ SIMÓN, Sandra Lia. Op. cit., p. 168/169.

¹⁷⁹ *Ib idem*, p. 170.

Ocorre, porém, que em algumas ocasiões, a pessoa humana estabelece diferenças e critérios valorativos contrários aos fixados pelas normas jurídicas para ditar o comportamento social. Quando o comportamento se baseia em critérios proibidos por lei com o intuito de produzir efeito de distinção prejudicial à pessoa humana, incide o juízo de reprovabilidade da conduta, caracterizando discriminação.

O ordenamento jurídico procura coibir condutas discriminatórias para o fim de concretizar o imperativo de justiça, através da aplicação da lei igualmente a todos os que se encontram em condições de igualdade.

Maurício Godinho Delgado preleciona que discriminação é a conduta pela qual nega-se à pessoa tratamento compatível com o padrão jurídico assentado para a situação concreta por ela vivenciada. A causa da discriminação reside, muitas vezes, no cru preconceito, isto é, um juízo sedimentado desqualificador de uma pessoa em virtude de uma características, determinada externamente, e identificadora de um grupo ou segmento mais amplo de indivíduos (cor, raça, sexo, nacionalidade, riqueza, etc). Mas pode, é óbvio, também derivar a discriminação de outros fatores relevantes a um determinado caso concreto específico.¹⁸⁰

Flávia Piovesan conceitua discriminação como toda distinção, exclusão, restrição ou preferência que tenha por objetivo prejudicar ou anular o reconhecimento, o gozo, o exercício, em igualdade de condições, dos direitos humanos e das liberdades fundamentais, nos campos político, econômico, social, cultural, ou civil ou em qualquer outro campo. Implica em exclusão e intolerância à diferença e diversidade. Pelo princípio da não-discriminação, proíbe-se a marginalização em função de critério desqualificante, que a ordem social não admite como fato de distinção entre os indivíduos.¹⁸¹

¹⁸⁰ DELGADO, Maurício Godinho. Proteções contra Discriminações na Relação de Emprego. In Discriminação, LINHARES, Luiz Otávio e Viana, Márcio Túlio (coordenadores). São Paulo: LTR, 2000, p. 97.

¹⁸¹ PIOVESAN, Flávia. Op. cit., p.132.

A idéia de pessoa é incompatível com a desigualdade entre elas. A tutela jurídica do direito à igualdade passará, normalmente, pela declaração de inconstitucionalidade das normas que a violem no domínio privado e incluirá a obrigação de indenizar por parte de quem praticar atos discriminatórios em razão de raça, estado civil, religião, sexo, orientação sexual, convicção filosófica, política e social dentre outros. A não discriminação é provavelmente a mais expressiva manifestação do princípio da igualdade, cujo reconhecimento como valor constitucional inspira o ordenamento jurídico brasileiro no seu conjunto.¹⁸²

O tratamento discriminatório pode prestar-se a inserir alguém em dado grupo social ou situação jurídica como a excluí-lo do grupo ou privá-lo de direitos. Com o direito de não ser discriminado, o indivíduo se credencia à inserção no grupo social e, via de consequência, ao gozo dos direitos inerentes ao modo de organização desse grupo. A discriminação, portanto, será positiva ou negativa, conforme a hipótese considerada.

A discriminação positiva é caracterizada pela adoção de políticas públicas com vistas a diminuir ou eliminar situações de desigualdades, como por exemplo, o sistema de cotas visando o ingresso em algumas faculdades.

A discriminação negativa decorre da noção comum de discriminação e é caracterizada por uma série de normas de natureza negativa, proibindo a prática de comportamentos discriminatórios, como por exemplo, a diferença de salário por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil.

O ordenamento jurídico pátrio é dotado de um aparato de normas destinadas a combater as formas de discriminação, com vistas a permitir a igualdade de participação a todos os cidadãos brasileiros. Por serem normas auto-aplicáveis, que conferem direitos intrinsecamente relacionados à dignidade humana, liberdade, intimidade e vida privada, nunca se separam do indivíduo e o acompanham em todas as suas relações. Portanto, o conjunto de direitos

¹⁸² BARROS, Alice Monteiro de. Op. cit. p.1082.

fundamentais que o trabalhador possui, na qualidade de ser humano, tem repercussão sobre o contexto da relação de emprego e atuam como limite ao poder diretivo do empregador.

A Constituição Federal, no Título I, que trata dos princípios fundamentais, disciplina no inc. IV do art. 3º, que constitui um dos objetivos do Estado Brasileiro promover o bem de todos, sem preconceito de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação. O preceito constitucional é complementado pelo inciso XLI do art. 5º do mesmo diploma, regulando que a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais.

A Constituição Federal, no título II, que trata dos direitos e garantias fundamentais, disciplina no art. 5º que 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. O inc. I do art. 5º do mesmo diploma proclama que homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos da Constituição.

No que diz respeito à relação de emprego o ordenamento jurídico brasileiro possui diversas normas jurídicas com a finalidade de combater a discriminação no ambiente de trabalho. A proibição de discriminar se aplica à relação de emprego em todo o seu contexto e abrange o contrato de trabalho em todas as fases, desde a pré-contratação, vigência até a sua extinção

Marly A. Cardone, citada por Arion Sayão Romita, destaca que quando a norma jurídica emite um comando que determina uma medida diferente e mais favorável para certos empregados, diz-se que a discriminação é positiva. Na hipótese inversa (discriminação negativa), a vedação de discriminação constitui modalidade de realização prática da noção de justiça, pois nada mais injusto se pode imaginar do que tratar de modo desigual alguém, em confronto

com os demais situados em posições iguais, com o resultado da privação de direitos.¹⁸³

A discriminação também pode se manifestar de forma direta e indireta. A discriminação direta é a forma mais corriqueira no ambiente de trabalho e resulta do comportamento que produz efeito de distinção prejudicial ao trabalhador, fundado em motivos proibidos, tais como: raça, cor, sexo, idade, dentre outros previstos na lei. A discriminação indireta se constitui num tratamento formalmente igual, mas que produzirá efeito diverso sobre determinados grupos de pessoas. Nesta hipótese estão em jogo medidas de natureza legislativa, administrativa ou empresarial, que aparentam neutralidade, ou que são desprovidas da intenção discriminatória, pressupondo uma situação preexistente de desigualdade, cujo efeito é exatamente acentuar ou manter tal desigualdade. O efeito discriminatório da aplicação da medida prejudica de maneira desproporcional determinados grupos ou pessoas.¹⁸⁴

Luiz de Pinho Pedreira da Silva, citado por Alice Monteiro de Barros, explica que no tocante ao trabalho são consideradas como discriminação indireta, medidas ou práticas que excluem maior número de mulher (ou homens) como exigência de requisito de altura, peso, idade, provas físicas, quando a atividade não necessita desses requisitos, e também critérios subjetivos, como agressividade e capacidade de liderança.¹⁸⁵

O inc. XXX art. 7º da Constituição Federal prevê a proibição de diferença de salários, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil.

¹⁸³ CARDONE, Marly A. Discriminação no Emprego. Repertório IOB de Jurisprudência 2. São Paulo: IOB, 2ª quinzena de julho de 2000, nº 2/16292, p. 272. In ROMITA, Arion Sayão. Direitos Fundamentais nas Relações de Trabalho. São Paulo: LTR, 2007, p. 312/313

¹⁸⁴ ROMITA, Arion Sayão. Op. cit., p.p. 315.

¹⁸⁵ SILVA, Luiz de Pinho Pedreira da. A Discriminação Indireta. Revista Synthesis 331, 2001, p. 123. In BARROS, Alice Monteiro de. Op. cit., p. 1082.

O inc. XXXI do art. 7º da Constituição Federal disciplina a proibição e qualquer discriminação no tocante a salário e critérios de admissão do trabalhador portador de deficiência. O inc. XXXII do art. 7º da Constituição Federal disciplina a proibição de distinção entre trabalho manual, técnico e intelectual ou entre os profissionais respectivos.

A Convenção nº 111, aprovada pela Organização Internacional do Trabalho em 1958, ratificada pelo Brasil em 26/11/65 e promulgada pelo Decreto nº 62.150, de 19/01/68, trata de medidas relativas à proibição de discriminação em matéria de emprego e profissão e assim conceitua discriminação: 1. Para os fins desta Convenção, o termo “discriminação” compreende: a) toda distinção, exclusão ou preferência, com base em raça, cor, sexo, religião, opinião política, nacionalidade ou origem social, que tenha por efeito anular ou reduzir a igualdade de oportunidade ou de tratamento no emprego ou profissão; b) qualquer outra distinção, exclusão ou preferência que tenha por efeito anular ou reduzir a igualdade de oportunidade ou tratamento no emprego ou profissão, conforme pode ser determinado pelo País-Membro concernente, após consultar organizações representativas de empregadores e de trabalhadores, se as houver, e outros organismos adequados. 2. qualquer distinção, exclusão ou preferência, com base em qualificações exigidas para um determinado emprego, não são consideradas como discriminação. 3. para os fins desta Convenção, as palavras “emprego” e “profissão” compreendem o acesso à formação profissional, acesso a emprego e a profissões, e termo e condições de emprego.

O art. 5º da Consolidação das Leis do Trabalho proclama que para todo trabalho de igual valor, corresponderá salário de igual, sem distinção de sexo.

O art. 461 da CLT consagra o princípio da isonomia salarial, disciplinando que sendo idêntica a função, a todo trabalho de igual valor, prestado ao mesmo empregador, na mesma localidade, corresponderá igual salário, sem distinção de sexo, nacionalidade ou idade.

A Lei nº 7.716, de 05/01/89, define os crimes resultantes de discriminação ou preconceito e o 4º do referido diploma disciplina que se constitui crime de discriminação ou preconceito, negar ou obstar emprego em empresa privada a pessoa em razão de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional.

A Lei nº 9.029, de 13/04/95, no seu art. 1º estabelece a proibição de qualquer prática discriminatória e limitativa para efeito de acesso à relação de emprego, ou sua manutenção, por motivo de sexo, origem, raça, cor, estado civil, situação familiar ou idade, ressalvadas as hipóteses de proteção ao menor previstas no inc. XXXIII do art. 7º da Constituição Federal.

O art. 2º da citada lei, trata da proteção específica da mulher e dispõe que constituem crimes a seguintes práticas discriminatórias: I) a exigência de teste, exame, perícia, laudo, atestado, declaração ou qualquer outro procedimento relativo à esterilização ou a estado de gravidez; II) a adoção de quaisquer medidas, de iniciativa do empregador, que configurem: a) indução ou instigamento à esterilização genética; b) promoção de controle de natalidade, assim não considerado o oferecimento de serviços e de aconselhamento ou planejamento familiar, realizados através de instituições públicas ou privadas, submetidas às normas do Sistema Único de Saúde – SUS.

A Lei 9.799, de 26/05/99, acrescentou o art. 373-A ao texto da Consolidação das Leis do Trabalho, criando dispositivos de proteção ao trabalho da mulher, destinadas a corrigir as distorções que afetam o acesso da mulher ao mercado de trabalho e certas especificidades estabelecidas nos acordos trabalhistas.

O artigo 373-A da CLT tipifica várias situações configuradoras de discriminação que afetam o acesso da mulher no mercado de trabalho, estabelecendo no texto da lei a vedação às seguintes práticas: I) publicar ou fazer publicar anúncio de emprego no qual haja referência ao sexto, à idade, à cor, ou

situação familiar, salvo quando a natureza da atividade a ser exercida, pública e notoriamente, assim o exigir; II) recusar emprego, promoção ou motivar a dispensa do trabalho em razão de sexo, idade, cor, situação familiar ou estado de gravidez, salvo quando a natureza da atividade seja notória e publicamente incompatível; III) considerar o sexo, a idade, a cor ou situação familiar, como variável determinante para fins de remuneração, formação profissional e oportunidades de ascensão profissional; IV) exigir atestado ou exame, de qualquer natureza, para comprovação de esterilidade ou gravidez, na admissão ou permanência no emprego; V) impedir o acesso ou adotar critérios subjetivos para deferimento e inscrição ou aprovação em concursos, em empresas privadas, por motivo de sexo, idade, cor, situação familiar ou estado de gravidez; VI) promover o empregador ou preposto a revistas íntimas nas empregadas ou funcionárias.

A Lei nº 7.853/89, de 24/10/89, dispõe sobre o apoio às pessoas portadoras de deficiência, visando sua integração social. A lei estabelece normas para o fim de assegurar o pleno exercício dos direitos individuais e sociais das pessoas portadoras de deficiências e sua integração social.

A citada lei fixa normas gerais que tem a finalidade de assegurar às pessoas portadoras de deficiência o pleno exercício dos seus direitos individuais e sociais, precipuamente o da igualdade de tratamento e de oportunidades.

O art. 2º da referida lei estabelece que compete ao Poder Público e aos seus órgãos assegurar às pessoas portadoras de deficiência as ações governamentais necessárias às pessoas portadoras de deficiências o pleno exercício de seus direitos básicos, inclusive os direitos à educação, à saúde, ao trabalho, ao lazer, à previdência social, ao amparo à infância e a maternidade, dentre outros decorrentes da Constituição Federal e das Leis.

Os dispositivos normativos visam a proteção do trabalhador e a melhoria de suas condições de vida, proibindo comportamentos discriminatórios com relação à diferenciação de salários, de exercício de funções e de critério de

admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil, proibição de discriminação no tocante a salário e critério de admissão do trabalhador portador de deficiência, proibição de trabalho manual, técnico e intelectual entre os profissionais respectivos.

O texto constitucional regula diversas disposições sobre os direitos de personalidade, prevendo a garantia do bem-estar de todos, sem distinção de origem, raça, sexo, cor, idade ou quaisquer outros critérios discriminatórios.

Os dispositivos legais constitucionais e infraconstitucionais asseguram ao cidadão-trabalhador uma série de direitos consagrados pela supremacia da ordem pública, dotados de imperatividade e que se inserem no âmbito do contrato de trabalho, independentemente da vontade das partes, vinculando-as ao seu cumprimento, sendo, pois, auto-aplicáveis.

Capítulo 6

GARANTIAS CONSTITUCIONAIS FUNDAMENTAIS DO EMPREGADO COMO FORMA DE LIMITAÇÃO AO PODER DIRETIVO DO EMPREGADOR

O poder diretivo (do empregador) e o trabalho subordinado (do empregado) se relacionam intensamente no cotidiano das relações trabalhistas, eis que elementos indissociáveis do contrato individual de trabalho.

O exercício do poder diretivo do empregador é marcado por regras gerais, abstratas, impessoais, que vão atuar sobre um universo relativamente restrito – o da empresa, sobre uma relação jurídica determinada – a do contrato de trabalho e sobre um destinatário certo - o empregado, que deve respeitá-las. Também é verdadeiro que o empregador, embora detentor do poder diretivo, tem o dever de respeitar os direitos fundamentais do trabalhador, que se colocam como limites ao exercício do comando empresarial.

O poder diretivo não é absoluto e encontra limitações nos direitos constitucionais e fundamentais, que impõe o respeito à sua intimidade, à sua vida privada, a sua honra, imagem do trabalhador.

O estado de subordinação jurídica presente na relação de emprego não retira do trabalhador o direito de ser respeitado nos seus direitos constitucionais e fundamentais, eis que os mesmos nunca se separam do indivíduo, acompanhando-o em todas as relações, inclusive a de emprego.

Nesse sentido é que estudaremos as principais garantias constitucionais e fundamentais do trabalhador, analisando-as no âmbito das relações individuais de trabalho e sob o enfoque de que se constituem em formas legítimas de limitação ao exercício do poder diretivo do empregador.

6.1. FASE PRÉ-CONTRATUAL

O empregador, de uma forma geral, goza de ampla liberdade para contratar trabalhadores para a realização dos seus objetivos empresariais, sendo poucas as restrições colocadas à autonomia da vontade empresária.

O art. 442 da CLT disciplina que contrato individual de trabalho é o acordo tácito ou expresso, correspondente à relação de emprego. O art. 443 da CLT prevê que o contrato individual de trabalho pode ser acordado tácita ou expressamente, verbalmente ou por escrito.

A legislação trabalhista permite que o pacto de disposições contratuais seja formalizado através de dois modos: expresso ou tácito. Expresso escrito, quando o contrato é formalizado por escrito. Expresso verbal, quando o contrato é formalizado por palavras. Tácito, quando o silêncio ou outro comportamento revele a intenção de celebrar o contrato.

Portanto, no âmbito do direito do trabalho, não é imprescindível a existência de um acordo expresso escrito para concretizar o caráter sinalagmático da relação jurídica e permitir a responsabilização das partes em caso de violação dos deveres de conduta. Assim, revela-se possível a estipulação de um acordo com natureza de pré-contrato, promessa de contratar ou fase pré-contratual.

A fase pré-contratual compreende a análise de currículo, entrevistas, testes, dentre outros aspectos fixados pela empresa no processo de seleção, com a finalidade de aferir as habilidades profissionais dos candidatos e permitir a contratação daquele que a empresa considerar mais apto para o preenchimento do posto de trabalho ofertado.

Com a participação do trabalhador no processo seletivo inicia-se a fase pré-contratual da relação jurídica.

Todavia, o simples fato das partes iniciarem tratativas acerca de uma relação de emprego não gera força obrigatória. Vale dizer: a participação do trabalhador em um processo seletivo, por si só, não lhe confere a certeza da admissão na empresa, vez que a aprovação e a contratação do candidato fica condicionada ao preenchimento de exigências técnicas e funcionais fixadas pela empresa.

Délio Maranhão preleciona que, no contrato de trabalho, como nos demais contratos, pode haver um período pré-contratual. É que nem sempre o contrato tem formação instantânea, embora a formação progressiva do contrato de trabalho constitua uma exceção. Nesse caso, não há como se confundir a proposta do contrato, que pressupõe que este se forme pelo único fato da aceitação, e que, por isso, obriga o proponente, com os entendimentos preliminares da fase pré-contratual.¹⁸⁶

A característica principal dessas conversações preliminares consiste em serem entabuladas sem qualquer propósito de obrigatoriedade. Tais conversações, porém, se não obrigam a concluir o contrato, nem por esse motivo deixa de produzir, em alguns casos, efeitos jurídicos. Assim é que, se os entendimentos preliminares chegaram a um ponto que faça prever a conclusão do contrato e uma das partes os romper sem um motivo justo e razoável, a outra parte terá o direito ao ressarcimento do dano causado por este rompimento, quando possa provar que, confiando na previsível conclusão do contrato, fez despesas em virtude de tais entendimentos, ou deixou de aceitar outra oferta tanto ou mais vantajosa. Dir-se-á que essa relação não chegou a se completar. Mas o dano se apura, na hipótese, em função de sua previsível formação e a culpa ocorre na fase preliminar de um contrato de trabalho: a controvérsia se origina, pois, de uma relação de trabalho, embora no nascedouro.¹⁸⁷

¹⁸⁶ SUSSEKIND, Arnaldo et al. Op. cit., p. p. 251.

¹⁸⁷ *Ib idem.*, p. 251.

Se num sentido amplo qualquer relação humana tem uma determinada natureza contratual (se cada um é moralmente responsável pelo que cativeira), seria pouco ético, como incongruente, que o direito não reconhecesse a responsabilidade decorrente de pré-contratações corroboradas por manifestações de vontade juridicamente relevantes que, na verdade, constituem a essência dos contratos. Sem dúvida é bastante dialética a relação de derivação entre os conceitos de contrato, obrigação, responsabilidade e vontade. Se a princípio temos que a vontade é a fonte dos contratos, que por sua vez ensejam obrigações fundamentadoras de responsabilidade, a mesma vontade denota a existência de uma responsabilidade, ligada ao conceito de capacidade (jurídica, econômica e intencional) em assegurar o cumprimento das obrigações acerca das quais um possível contrato possa deliberar.¹⁸⁸

Portanto, vale observar o negócio jurídico, seus caracteres e efeitos, como constituintes de um complexo encadeamento de manifestação de vontades e obrigações, inerente aos relacionamentos humanos que a partir de um determinado momento adquirem relevância jurídica por culminarem numa espécie de responsabilidade que antecede um encontro volitivo firmado formalmente, em virtude da possibilidade concreta de danos reais por recusa ou desistência injustificadas em contratar. Assim, vê-se que as implicações contratuais não se iniciam e encerram nos parâmetros formais de celebração e de extinção, mas possuem eflúvios que precedem e sucedem o vínculo estrita e fixadamente contratual.¹⁸⁹

E, mesmo sem perder de vista que as conversações preliminares não sejam dotadas de obrigatoriedade, quem as celebra, desde o início, se prepara e age de forma que as condições ajustadas sejam passíveis de cumprimento e espera o mesmo comportamento da outra parte.

¹⁸⁸ ARRIBAS, Bruno Felipe. GOMES, Diego et al. Apontamentos acerca da Responsabilidade Pré-contratual. Jus Navigandi, Teresina: ano 7, n. 66, jun. 2003. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4152>>. Acesso em: 22 jan. 2008, p. 05.

¹⁸⁹ *Ib idem*.

Isso porque, desde o momento da manifestação da vontade de contratar, as partes assumem o compromisso de negociar com confiança mútua, lealdade, honestidade, boa-fé, para que eventual desistência de contratar não venha causar prejuízos financeiros ou morais injustos para a outra parte.

O principal fundamento da responsabilidade pré-contratual deriva do dever de obediência ao princípio da boa-fé que deve nortear a conduta das partes, não apenas no período pré-contratual, mas também durante a vigência e no momento da extinção do ajuste.

Ao se invocar o princípio da boa-fé como norma de conduta o que se pretende é garantir que as obrigações decorrentes da manifestação de vontade recebam a tutela jurídica de proteção e atribuição de responsabilidade às partes.

Conforme assinala Alice Monteiro de Barros, o autor de dano ocasionado a outra pessoa tem o dever de repará-lo, antes mesmo da celebração do contrato, ou seja, na fase das negociações, dos atos preparatórios. Esse dever de ressarcimento do dano acarreta a responsabilidade civil pré-contratual. Essa responsabilidade se verifica quando uma das partes viola o dever de boa-fé na fase das negociações que antecedem o contrato e lesa, com esse comportamento, a outra pessoa. Destaca também os elementos genéricos da responsabilidade pré-contratual: o consentimento às negociações, o dano patrimonial, a relação de causalidade e a inobservância ao princípio da boa-fé e os elementos específicos da responsabilidade pré-contratual: a confiança na seriedade das tratativas e a enganosidade da informação.¹⁹⁰

Amauri Mascaro Nascimento também destaca que podem surgir controvérsias na fase da pré-contratação, que é aquela na qual o trabalhador ainda não é considerado empregado pelo empregador e quando existe um contrato escrito para início futuro da relação de emprego e esta não começa na data aprazada por oposição do empregador que, supervenientemente, desinteressou-se

¹⁹⁰ BARROS, Alice Monteiro de. Op. cit., p. 487.

do empregado. A lei não resolve a questão. Se resultarem prejuízos ao empregado, que contava com o emprego e se desfez de outras obrigações em função do ajuste com o novo empregador, o empregado terá direito às reparações, que serão aplicáveis, de acordo com o princípio da indenização por danos.¹⁹¹

Nesse sentido é que vem se firmando o entendimento dos Tribunais Regionais do Trabalho sobre esta matéria:

“DANO MORAL. PERÍODO PRÉ-CONTRATUAL. Se todos os atos tendentes à formalização do contrato são praticados, mas, ao final, ele não é concluído por culpa da empresa e se o empregado comprova que o fato lhe trouxe prejuízos, faz jus ao recebimento de indenização por danos morais. (TRIBUNAL: 15ª região – DECISÃO: 17/07/07 – TIPO: RO – ANO 2007 – NÚMERO ÚNICO PROC: RO 01509-2006-016-15-00-7 – TURMA: 5ª CÂMARA – 3ª TURMA – Publicação: 03/08/2007 - Rel: Juíza EDNA PEDROSO ROMANINI).

“I - PROCESSO SELETIVO. FASE PRÉ-CONTRATUAL. OBRIGAÇÕES DO PROPONENTE. A sujeição a um processo seletivo de emprego não confere a certeza de admissão, em razão do risco inerente a esse tipo de admissão. Mas à medida em que o processo seletivo avança, a álea típica dessa forma de seleção diminui e a relação se torna cada vez mais individualizada. Começam a surgir, então, direitos e obrigações recíprocos próprios da fase pré-contratual (CC/2002, art. 427). A autorização para realização de exames médicos admissionais se equipara à proposta de emprego, cujo distrato depende da concordância de ambas as partes. A recusa na contratação, sem qualquer explicação, importa dano juridicamente relevante, sujeito a reparação compatível. II –

¹⁹¹ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. Op. cit., p. 245.

PROCESSO SELETIVO. APROVAÇÃO EM TODAS AS FASES. RECUSA INJUSTIFICADA DA CONTRATAÇÃO. FUNÇÃO SOCIAL DA EMPRESA. DANO MORAL. A faculdade de sujeitar os candidatos a processo seletivo prévio, composto por entrevistas e dinâmicas de grupo, é uma faculdade do empregador que deve ser exercida com observância dos direitos subjetivos dos trabalhadores. Aceita a forma de seleção pelos postulantes, cabe ao empregador, após a aprovação dos candidatos em todas as fases, implementar a contratação. Salvo a limitação de vagas, que deve ser comunicada de início, a recusa em admitir o postulante ao emprego, sem motivo justificado, importa subjetivismos que infligem danos imateriais aos lesados. A reparação deve levar em consideração, menos os aspectos subjetivos, e mais a penalização da empresa que não cumpriu sua função social.” (TRIBUNAL: 2ª Região - ACÓRDÃO NUM: 20060494187 DECISÃO: 12/06/2006 - RO NUM: 00500 ANO: 2004 - NÚMERO ÚNICO DO PROCESSO: RO01 - 00500-2004-064-02-00 - RECURSO ORDINÁRIO - ÓRGÃO JULGADOR - TERCEIRA TURMA – D.O.E. / SÃO PAULO, PJ, TRT 2ª Data: 11/07/2006 – Relator: ROVIRSO APARECIDO BOLDO).

DANO MORAL. Aprovação do empregado em processo seletivo com posterior contratação para cargo elevado (gerente de RH), importando mudança de domicílio (de São Paulo para Fortaleza), com posterior cancelamento da contratação. Procedimento da empresa que tentou inclusive dissimular a contratação, preparando uma nova entrevista para o empregado já aprovado à contratação. Transtorno expressivo ao empregado e à organização familiar, com dano moral associado à conduta furtiva do empregador. Dano moral configurado. Indenização equivalente a dez salários do empregado. (TRIBUNAL: 2ª Região - ACÓRDÃO NUM: 20060211460 DECISÃO: 28/03/2006- RO NUM: 02798 - ANO: 2005 -

NÚMERO ÚNICO PROC: RO01 – 02798-2004-069-02-00 - RECURSO ORDINÁRIO - ÓRGÃO JULGADOR – SEXTA TURMA - DOE SP, PJ, TRT 2ª - Data: 25/04/2006 – Relator: RAFAEL E. PUGLIESE RIBEIRO).

“PROMESSA DE CONTRATAR - PRÉ-CONTRATO - DESCUMPRIMENTO - REPARAÇÃO DE DANOS - A Justiça do Trabalho é competente para apreciar e decidir pedido de reparação de dano causado pelo descumprimento da promessa de celebrar contrato de trabalho, por tratar-se de controvérsia decorrente de uma relação de trabalho prometida e que não teria se consumado por culpa de uma das partes. Embora refutada por muitos, existe a chamada responsabilidade pré-contratual, decorrente de ação ou omissão culposa ocorrida entre a proposta e a aceitação. Se a aceitação da proposta é manifestada no tempo oportuno, o contrato estará perfeito e acabado pelo simples acordo de vontades. Mas em se tratando de proposta que não exige aceitação imediata, pode o peticitante retratar-se antes de manifestar o peticitado sua vontade. Entretanto, se este foi ilaqueado em sua boa-fé e frustrado na sua fundada esperança de contratar, tem ele o direito à reparação dos prejuízos sofridos. O dever de indenizar, no caso, explica-se, segundo alguns, pela teoria da culpa *"in contrahendo"* ou, segundo outros, pelo abuso de direito, mesmo que nessa fase não se entenda já existirem direitos.” (TRIBUNAL: 3ª Região - DECISÃO: 08/11/2000 - RO NUM: 17739 ANO: 2000 - NÚMERO ÚNICO PROC: RO - Quarta Turma - DJMG DATA: 25/11/2000 PG: 22 – Relator: Luiz Otávio Linhares Renault).

Em harmonia com o posicionamento jurisprudencial acima transcrito é possível concluir que: se uma pessoa participa do processo seletivo, ultrapassa fases, participa de dinâmicas, realiza testes psicológicos, participa de entrevistas com futuros superiores hierárquicos, entrega documentos, realiza

exames médicos, evidentemente que as tratativas se encontram em um estado de evolução que faz presumir, de forma clara e segura, que houve uma definição da empresa em favor da contratação desta pessoa, fazendo surgir direitos e obrigações recíprocos e próprios da fase pré-contratual, que devem ser respeitados.

E, após a consumação dessas tratativas, caso a empresa desista da contratação, poderá acarretar prejuízos à pessoa nas seguintes modalidades: a) perda do emprego anterior, deixado em razão da proposta de contratação mais vantajosa que foi feita pela empresa e que não se concretizou; b) perda de outras oportunidades de trabalho, recusadas em razão da proposta de contratação que foi feita pela empresa e que não se concretizou; c) prejuízos financeiros, decorrentes de viagens, hospedagens e demais gastos realizados para deslocamento a local distante da residência para participar do processo seletivo; d) danos morais se do ato praticado pela empresa resultou algum abalo à honra pessoal e profissional.

Portanto, uma vez concretizada a situação onde o candidato aceita as regras do processo seletivo, avança as etapas e, ao final, o empregador desiste da contratação, sem justo motivo, fica assegurado ao mesmo o direito de ingressar com ação judicial para que a empresa condenada no pagamento de indenização que possua caráter ressarcitório dos prejuízos materiais e ou morais suportados em razão da conduta irregular praticada pela empresa.

Isso porque, embora ao empregador tenha assegurado o poder de direção do empreendimento e, por derivação, ampla autonomia e liberdade para selecionar e contratar empregados, sujeitando-os a processo seletivo prévio, de acordo com necessidades e expectativas exclusivas da empresa, não se pode olvidar que essa faculdade deva ser exercida de acordo com os limites fixados no plano do direito para evitar a ocorrência de lesões materiais ou morais ao trabalhador.

A atitude praticada pelo empregador, que desiste da contratação de trabalhador que se candidatou a um posto de trabalho - sem motivo justificado - após a consumação de procedimentos seletivos, que permitia a conclusão razoável e segura de que já havia uma definição em favor deste, importa subjetivismo inaceitável por parte do empresário que pode resultar na violação do patrimônio moral do trabalhador.

A conduta praticada pelo empregador pode acarretar danos materiais (perda do posto de trabalho anterior) e/ou de danos morais (lesões à honra profissional, à reputação profissional perante o mercado de trabalho) ao trabalhador, caracterizando violação às garantias fundamentais da intimidade, vida privada, honra e imagem, direitos constitucionalmente assegurados através do inc. X do art. 5º da Constituição Federal.

Em conclusão, o uso do poder de organização, derivação do poder diretivo do empregador, deve ser exercido de acordo e nos limites dos dispositivos constitucionais e infraconstitucionais de proteção ao trabalhador, de sorte a não lhe acarretar prejuízos na fase da pré-contratação.

6.1.1. ENTREVISTAS

O empregador desfruta de liberdade para contratar empregados e as limitações impostas à autonomia da vontade empresária são poucas.

Amparado no poder diretivo e na liberdade de contratação o empregador desfruta de autonomia para contratar os colaboradores, verificando suas aptidões profissionais, submetendo-as a processos seletivos fixados de acordo com as necessidades empresariais.

A prática revela legítima forma de manifestação do poder diretivo do empregador que contrata força de trabalho compatível com a necessidade empresarial, visando a obtenção dos resultados esperados.

A empresa precisa obter informações detalhadas sobre as pessoas que se candidatam a uma vaga de emprego e é comum que possa submeter os candidatos a entrevistas para verificação de conhecimentos técnicos e habilidades profissionais, visando selecionar e contratar pessoas capacitadas para a execução da futura prestação de serviços.

O procedimento de entrevista deve se limitar a obter informações sobre o candidato ao emprego e relacionadas aos seguintes aspectos: a) histórico escolar e profissional; b) experiência, qualificações e aptidões profissionais; c) organização de trabalho; d) desenvolvimento de atividades; e) outros assuntos relacionados com o perfil da vaga e com o objeto da prestação de serviços.

No exercício do seu poder diretivo o empregador deve se limitar a obter informações relevantes à aferição das qualidades, atividades e aptidões profissionais do candidato e com o objeto da prestação de serviços, não sendo permitido a utilização de questionamentos com a finalidade de descobrir aspectos que guardem relação com a personalidade do candidato e com a sua esfera de intimidade e de privacidade.

O empregador não pode fazer entrevistas e nem perguntas que versar sobre a vida pessoal, familiar, afetiva e sexual do trabalhador e nem fazer indagações sobre as opiniões políticas, filosóficas ou religiosas do mesmo, eis que tais informações não interferem nas aptidões profissionais do candidato e nem no objeto de sua futura prestação de serviços.

Portanto, perguntas relacionadas à intimidade e à vida privada do trabalhador podem caracterizar ato de discriminação, o que não é permitido.

Alice Monteiro de Barros destaca que a primeira regra que deve nortear um processo de seleção é o da não-discriminação, corolário do princípio da igualdade. O princípio da não-discriminação possui conexão com a garantia dos direitos da personalidade e atua como limite imposto pela Constituição Federal à autonomia do empregador, quando da obtenção de dados a respeito do candidato ao emprego, e se projeta durante a execução do contrato.¹⁹²

Ocorre, porém, que em algumas ocasiões, a pessoa humana estabelece diferenças e critérios valorativos contrários aos fixados pelas normas jurídicas para ditar o comportamento social. Quando o comportamento se baseia em critérios proibidos por lei com o intuito de produzir efeito de distinção prejudicial à pessoa humana, incide o juízo de reprovabilidade da conduta, caracterizando discriminação.

Em tais hipóteses, as normas jurídicas servem para o fim de coibir e eliminar as condutas discriminatórias praticadas pelo empregador e promover a igualdade de participação a todos os trabalhadores.

Por esta razão é que o empregador, por ocasião das entrevistas pessoais, não pode exercitar o poder diretivo para o fim de formular perguntas sobre a vida pessoal, familiar, afetiva, religiosa ou sexual do trabalhador e nem fazer indagações sobre opiniões políticas, filosóficas, eis que tais informações não interferem nas aptidões profissionais e nem se constituem no objeto da prestação de serviços do trabalhador.

Durante o procedimento de entrevista o empregado não está obrigado a responder às perguntas formuladas pelo empregador que estejam relacionadas com a sua intimidade e com a sua vida privada, eis que dissociadas do objeto do contrato de trabalho e nada têm a ver com o trato das obrigações contratuais.

¹⁹² BARROS, Alice Monteiro. Op. cit., p. 58.

Nesse sentido, perguntas relacionadas com a intimidade e com a vida privada do candidato podem caracterizar a prática de ato de discriminação por parte do empregador em violação ao disposto no inc. X do art. 5º que declara serem invioláveis a intimidade e a vida privada das pessoas, cujo fundamento é a liberdade individual. Esses direitos são emanções do princípio dignidade da pessoa humana e estão inseridos no título dos direitos e garantias fundamentais.

“Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e propriedade, nos termos seguintes:

.....

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.”

O dispositivo constitucional supracitado proíbe qualquer tipo de discriminação por ocasião das entrevistas pessoais e preserva as garantias constitucionais e fundamentais do trabalhador, assegurando-lhe o direito da inviolabilidade da intimidade e da vida privada e colocando-os fora dos limites de atuação do poder diretivo do empregador.

Em conclusão, resta claro que por ocasião das entrevistas pessoais o empregador deve se abster de fazer perguntas ao trabalhador relacionadas com a intimidade e com a vida privada do mesmo. Todas e quaisquer informações obtidas neste procedimento de avaliação devem ser relacionadas apenas com as atividades profissionais do trabalhador e com o objeto de sua prestação de serviços. Trata-se, portanto, de nítido e legítimo limite imposto pela ordem constitucional ao limite de alcance do exercício do poder diretivo do empregador.

6.1.2. EXAMES MÉDICOS

O art. 168 da CLT disciplina que o empregador tem a obrigação de submeter o trabalhador a exames médicos, por ocasião da admissão, demissão e periodicamente. O empregador também deve arcar com o pagamento dos exames médicos.

Conforme o inc. I do art. 168 da CLT, por ocasião da admissão o empregador tem a obrigação de submeter o candidato selecionado a um exame médico admissional, devendo a avaliação clínica ser realizada por médico do trabalho, antes do início das atividades laborativas. O médico tem papel importante na seleção do candidato, eis que verifica as aptidões físicas para a função que o mesmo irá desempenhar na empresa.

O inc. II do art. 168 da CLT disciplina que será obrigatório exame médico por ocasião da demissão do empregado. O exame médico demissional deverá ser obrigatoriamente realizado até a data da homologação da rescisão do contrato de trabalho. O exame servirá para a investigação clínica posterior das condições de adaptação do empregado ao novo serviço, permitindo que o mesmo volte ao mercado de trabalho em condições de conseguir nova colocação profissional.

O inc. III do art. 168 da CLT disciplina que os empregados deverão ser submetidos a exames médicos periódicos, fixados de acordo com o grau de risco da atividade da empresa e o tempo de exposição a agentes nocivos à saúde. Outros exames complementares poderão ser exigidos a critério médico, para apuração da capacidade ou aptidão física e mental do empregado para a função que deva exercer (§ 2º do art. 168 da CLT).

O PCMSO – Programa de Controle Médico de Saúde Ocupacional, regulado pela Norma Regulamentadora 7 do Ministério do Trabalho e Emprego, estabelece normas obrigatórias que devem ser adotadas por todos os

empregadores, visando promover e preservar a saúde dos trabalhadores. É esse programa que disciplina, dentre outros aspectos, os tipos e as periodicidades da realização obrigatória de exames médicos aos quais devem ser submetidos os empregados.

O resultado dos exames médico deverá ser comunicado ao trabalhador, inclusive o complementar, observados os preceitos da ética médica (§ 4º do art. 168 da CLT).

Depois da realização dos exames médicos, uma vez comprovada ou sendo objeto de suspeita, a existência de doenças profissionais ou produzidas em virtude das condições especiais de trabalho, o empregador é obrigado a fazer notificação, conforme as instruções expedidas pelo Ministério do Trabalho e Emprego (art. 169 da CLT).

A realização de exames médicos no ensejo da contratação dá ao empregador a possibilidade de conhecer o estado geral de saúde do seu futuro empregado, para verificar se este se encontra apto a desenvolver a função para a qual está sendo contratado. Da mesma forma, se forem realizados exames médicos periodicamente, no caso de ser detectada alguma enfermidade, o empregador tem a oportunidade de evitar uma piora nas condições gerais, que poderia causar um prejuízo maior. Até aqui, ainda que se imiscuindo na intimidade dos trabalhadores o empresário estará apenas preservando-o.¹⁹³

O empregado deve realizar apenas os exames médicos exigidos pelos dispositivos legais supracitados ou aqueles determinados pelo médico do trabalho em razão da necessidade imposta pela especificidade da atividade laborativa e das condições de saúde do trabalhador. Fora disso, não existe amparo jurídico para autorizar a submissão do empregado à realização de exames médicos por vontade exclusiva do empregador.

¹⁹³ SIMÓN, Sandra Lia. Op. cit., p. 133.

Em relação à proteção do trabalho da mulher o art. 2º da Lei 9.029, de 13/04/95, dispõe que constitui crime as seguintes práticas discriminatórias: I) a exigência de teste, exame, perícia, laudo, atestado, declaração ou qualquer outro procedimento relativo à esterilização ou a estado de gravidez.

O artigo 373-A da CLT também tipifica situações que prejudicam o acesso da mulher no mercado de trabalho e estabelece através do inc. IV do art. 373-A as seguintes práticas discriminatórias: exigir atestado ou exame, de qualquer natureza, para comprovação de esterilidade ou gravidez, na admissão ou permanência no emprego.

Verifica-se, pois, que a legislação infraconstitucional ampara de forma expressa o trabalho da mulher e considera prática discriminatória, inclusive tipificada como crime, a exigência de exames médicos no ato da admissão ou como condição de permanência no emprego, fora das hipóteses legais.

A decisão do empregador de submeter o trabalhador a outros exames médicos, além das hipóteses legais, fere os direitos constitucionais e fundamentais disciplinados no inc. X do art. 5º que consagram a inviolabilidade do direito à intimidade e à vida privada, cujo fundamento é a liberdade individual.

“Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e propriedade, nos termos seguintes:

.....

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.”

As normas fixam expressamente as hipóteses de obrigatoriedade da realização de exames médicos pelos empregados ao ensejo da admissão, vigência e rescisão do contrato de trabalho. Também estabelecem o dever de sigilo das informações médicas dos empregados

Desta forma, fica assegurado um âmbito de reserva, inacessível ao poder de direção da empresa, que garante a esfera de intimidade e de privacidade do trabalhador, impedindo que o empregador faça uso desta prerrogativa como forma uso indiscriminado do seu poder diretivo.

O dispositivo constitucional proíbe qualquer tipo de discriminação ao trabalhador por ocasião das entrevistas pessoais, notadamente através da exigência de atestados ou exames médicos, assegurando-lhe o direito da inviolabilidade da intimidade e da vida privada e colocando-os fora dos limites de do alcance de atuação do poder diretivo do empregador.

Trata-se, portanto, de nítido e legítimo limite imposto pela ordem constitucional ao limite de alcance do exercício do poder diretivo do empregador.

6.1.3. TESTES DE GRAVIDEZ E DE ESTERILIZAÇÃO

Questão controvertida é a que diz respeito à possibilidade do empregador determinar a realização de exame médico para detectar a existência de eventual estado de gravidez da candidata a emprego ou da empregada durante a vigência ou por ocasião da extinção do contrato de trabalho.

A princípio, a gravidez é um fato que faz parte da vida privada da pessoa humana e não interfere no exercício da atividade profissional e nem na prestação de serviços da mesma. Além disso, os pagamentos do salário do período de afastamento não são de responsabilidade do empregador.

Todavia, a partir do momento em que gestação fica caracterizada, a empregada adquire o direito à estabilidade provisória no emprego que vai, desde a confirmação da gravidez, até 5 meses após o parto (inc. II, letra b, art. 10, ADCT) limitando o poder diretivo do empregador não somente no que diz respeito ao momento do término do contrato de trabalho, mas também no decorrer da relação laboral, no que tange às atividades que a empregada poderá desempenhar.¹⁹⁴

A possibilidade do empregador exigir testes de gravidez das mulheres candidatas a um emprego ou a empregadas encontra óbices em dois valores fundamentais: no direito à intimidade e à vida privada e no direito da não discriminação. Submeter a mulher a esse tipo de tratamento, pela condição pura e simples de ser mulher, fere, portanto, o princípio da igualdade.¹⁹⁵

Sandra Lia Simon destaca que em razão do princípio da igualdade e considerando-se que a vida privada e a intimidade do empregado são invioláveis, o teste de gravidez não pode ser exigido, sob pena de não se efetivarem as normas que vedam a discriminação. Isso porque o empregador, ciente do estado de gestação da empregada, fatalmente não irá admiti-la e ela estará desprovida de meio processual para obrigá-lo a contratá-la.¹⁹⁶

No mesmo sentido, o texto da Lei 9.029/95 não deixa qualquer dúvida a respeito da vedação ao empregador de adotar meios para diagnosticar se a empregada está grávida. A lei proíbe tanto o teste de gravidez como a comprovação de esterilidade em candidata a emprego.

A Lei nº 9.029, no seu art. 1º estabelece a proibição de qualquer prática discriminatória e limitativa para efeito de acesso à relação de emprego, ou sua manutenção, por motivo de sexo, origem, raça, cor, estado civil, situação familiar ou idade.

¹⁹⁴ SIMÓN, Sandra Lia. Op. cit., p.133/134.

¹⁹⁵ Ib idem, p. 134

¹⁹⁶ Ib idem, p. 134.

O art. 2º da citada lei, trata da proteção específica da mulher e dispõe que constituem crimes a seguintes práticas discriminatórias: I) a exigência de teste, exame, perícia, laudo, atestado, declaração ou qualquer outro procedimento relativo à esterilização ou a estado de gravidez; II) a adoção de quaisquer medidas, de iniciativa do empregador, que configurem: a) indução ou instigamento à esterilização genética; b) promoção de controle de natalidade, assim não considerado o oferecimento de serviços e de aconselhamento ou planejamento familiar, realizados através de instituições públicas ou privadas, submetidas às normas do Sistema Único de Saúde – SUS.

A referida lei prevê uma pena de detenção de um a dois anos e multa para a pessoa física empregadora ou para o representante legal do empregador, como definido na legislação trabalhista.

Assim, proibida a exigência de comprovação de gravidez ou prova de esterilidade em qualquer circunstância do contrato de trabalho, seja na fase pré-contratual, seja durante a vigência do contrato de trabalho, seja por ocasião de sua extinção, sob pena de caracterização de crime de discriminação contra o trabalho da mulher.

O dispositivo constitucional e infraconstitucional invocados proíbem qualquer tipo de discriminação em relação ao trabalho da mulher, proibindo ao empregador a exigência de atestados ou exames médicos para o fim de comprovar a gravidez ou a esterilização da trabalhadora, assegurando-lhe o direito da inviolabilidade da intimidade e da vida privada e o da não-discriminação, colocando-os fora dos limites de alcance da atuação do poder diretivo do empregador.

Trata-se, portanto, de nítido e legítimo limite imposto pela ordem constitucional ao exercício do poder diretivo do empregador.

6.1.4. TESTES PSICOTÉCNICOS E GRAFOLÓGICOS

É comum a forma de avaliação prévia do candidato através de testes psicológicos, psicotécnicos e grafotécnicos, que são aplicados buscando finalidades específicas: inteligência, capacidade de raciocínio, capacidade de concentração, características emocionais, interesse, dentre outros. De modo geral, o que se pretende através dessas avaliações é investigar a personalidade do candidato e aferir se está de acordo com o perfil buscado pela empresa.

O empregador desfruta de ampla liberdade para contratar seus empregados. A avaliação prévia da aptidão do candidato se torna freqüente, sendo comum submetê-lo a exames de seleção que poderão compreender entrevistas, questionários, prova grafotécnica ou testes psicológicos, os quais, em geral, consistem em questionamentos sobre o caráter e personalidade do candidato com o objetivo de aferir não só a aptidão para desenvolver a atividade a contento, mas também as suas características psíquicas, a fim de averiguar se poderão repercutir sobre a regularidade da execução do contrato no futuro. A licitude desses métodos dependerá das cautelas que forem adotadas para não interferir na esfera privada do candidato, além do que for necessário.¹⁹⁷

Os testes psicotécnicos são largamente utilizados no Brasil, sobretudo em concursos públicos, apesar da subjetividade do teste e do sigilo do resultado, por ética profissional, em contraste com os princípios do julgamento objetivo e da publicidade dos atos da administração pública. Difere o psicotécnico da prova grafotécnica, na medida em que não se aprofunda sobre o âmago do ser. O exame psicotécnico aplicado ao trabalho tem que ver com fatores motivacionais e de adaptabilidade do candidato ao cargo, o que é compatível com a possibilidade de aferição das condições de saúde do pretendente ao posto de trabalho.¹⁹⁸

¹⁹⁷ BARROS, Alice Monteiro. Op. cit., p. 61.

¹⁹⁸ SUSSEKIND, Arnaldo et al. Op. cit., p. 645.

Todavia, cumpre destacar que o resultado desses exames permite aferir não somente se o candidato tem aptidão para realizar as tarefas exigidas para o cargo, mas também e principalmente, todas as suas características psíquicas, abrindo margem para invasão da esfera de intimidade e da privacidade do candidato.

Por este motivo é que Sandra Lia Simón sustenta que os exames psicotécnicos abrem uma indesejável oportunidade para se atentar contra a intimidade do aspirante ao trabalho. Adverte que por ocasião da aplicação desses exames deverão ser expostos ao candidato os aspectos da personalidade que interessam ao empregador, evitando os métodos que não guardam correspondência com o fim proposto. Destaca que alguns critérios têm sido acrescentados, com a concordância do empregado com a realização do teste, que deverá ser aplicado por psicólogo devidamente habilitado e que interpretará o resultado ao empregador, relatando-lhe apenas os aspectos que têm relevância, ou seja, a capacidade profissional ou psicológica do candidato para executar a função, sempre de forma compatível com a dignidade humana, evitando-se os elementos detalhados e muito pessoais em que se baseou o psicólogo para emitir a sua opinião.¹⁹⁹

A prova grafológica é, em tese, demolidora da tutela à intimidade. Partindo da escrita do candidato, visa desnudar seus recatos, revelar, por uma fórmula-matriz, o caráter, a personalidade da pessoa. Sua invasividade é evidente. E a lesão ao direito não está no vazamento do resultado da prova, mas na aplicação do teste em si, já que a recusa do pretendente a emprego de submeter-se aos desígnios da grafologia tolherá a possibilidade de sua contratação.²⁰⁰

Alice Monteiro de Barros sustenta que esse critério comporta um conhecimento profundo da personalidade e, contrariamente a outros testes, não torna possível isolar certos traços, sem conhecer o restante, logo não permite

¹⁹⁹ BARROS, Alice Monteiro de. Op. cit., p. 63.

²⁰⁰ SUSSEKIND, Arnaldo et al. Op. cit., p. 645.

analisar apenas os que estão em conexão direta com o cargo a ser ocupado; a grafologia implica intromissão ilegítima e por isso mesmo não poderá ser utilizada como critério de seleção, nem mesmo se precedida da concordância do empregado.²⁰¹

Francisco Rossal de Araújo aponta os critérios que devem ser observados pelo empregador como condição de validade à aplicação desses tipos de exames: a) a concordância do candidato; b) o candidato deve ser informado da forma de realização do teste e quais são os dados sobre sua pessoa que se pretende obter; c) os dados aferidos devem ser relacionados ao trabalho que será exercido; d) não deve haver outro modo menos intrusivo para a obtenção dos dados desejados; e) o trabalho de aplicação dos testes deve ser feito por meio de profissionais qualificados; f) o relatório feito ao empregador deve ater-se às características relevantes para a avaliação da condição para a ocupação do posto de trabalho, evitando-se comentário adicional que possa expor de forma desnecessária elementos pessoais do candidato.²⁰²

Na hipótese do empregador vir a submeter o trabalhador a testes grafológicos ou grafotécnicos, como condição de admissão na empresa, sem, contudo, observar as medidas de cautela indicadas certamente incidirá em intromissão indevida na intimidade e na vida privada do trabalhador, o que não é tolerado pelas normas constitucionais.

A decisão do empregador de submeter o trabalhador a testes grafológicos ou grafotécnicos, sem a observância de critérios e sem dar conhecimento ao trabalhador da real dimensão das informações e dados que pretende descobrir do trabalhador através dos mesmos, fere os direitos constitucionais e fundamentais disciplinados no inc. X do art. 5º que consagram a inviolabilidade do direito à intimidade e à vida privada, cujo fundamento é a liberdade individual.

²⁰¹ BARROS, Alice Monteiro de, Op. cit., p. 62.

²⁰² ARAÚJO, Francisco Rossal de. A Boa-fé no Contrato de Emprego. São Paulo: LTR, 1996, p. 62/63.

O dispositivo constitucional em comento proíbe o empregador de submeter o trabalhador a testes grafológicos ou grafotécnicos, assegurando-lhe o direito da inviolabilidade da intimidade e da vida privada e o da não-discriminação, colocando-os fora dos limites de alcance da atuação do poder diretivo do empregador.

Trata-se, portanto, de nítido e legítimo limite imposto pela ordem constitucional ao exercício do poder diretivo do empregador.

6.2. FASE DA EXECUÇÃO DO CONTRATO DE TRABALHO

A legislação trabalhista não dispõe de normas para regular as formas de utilização e os limites do exercício do poder diretivo sobre as atividades do empregado durante a execução do contrato de trabalho.

É com base no poder diretivo que o empregador: fixa a estrutura técnica e econômica da empresa, dirige e fiscaliza as atividades profissionais dos empregados e aplica punições disciplinares aos faltosos, quando necessário.

Todavia, sem perder de vista a indispensabilidade da utilização do poder diretivo pelo empregador no dia-a-dia das relações trabalhistas para o atendimento das expectativas empresariais, resta claro que esta forma de poder não pode ser exercida de forma absoluta ou incondicionada. O empregador deve sempre respeitar os direitos fundamentais do trabalhador.

A atuação do poder diretivo sofre as limitações dos preceitos constitucionais que garantem a inviolabilidade da intimidade, vida privada, honra, imagem, não-discriminação e igualdade, direitos esses que estão intrinsecamente relacionados ao indivíduo e que dele nunca se separam, acompanhando-o em todos os segmentos e relações jurídicas de sua vida, inclusive na condição de trabalhador e partícipe de uma relação de emprego.

6.2.1. CONTROLE DAS ATIVIDADES LABORATIVAS

Não existem dispositivos específicos na legislação trabalhista para o fim de disciplinar as formas pelas quais o empregador possa dirigir e controlar a prestação de serviços dos empregados no âmbito do contrato de trabalho.

Também não existem dispositivos específicos na legislação trabalhista ao ensejo de fixar proibições ao empregador para o fim de dirigir e controlar a prestação de serviços dos empregados, através da adoção de mecanismos de controle de ponto, revista pessoal, controles visual, controle de vídeo, controle de computadores, controle de correspondência eletrônica, controle de telefonemas, controle de escuta telefônica, dentre outros.

O empregador também pode exercer o controle do ambiente de trabalho e fiscalizar o andamento das atividades laborativas, pode aferir o uso de materiais, produtos, ferramentas, equipamentos de proteção e, principalmente, dirigir a prestação pessoal dos serviços.

Verifica-se, portanto, que modernamente inúmeros são os mecanismos utilizados pelo empregador como forma de controlar e fiscalizar as atividades dos empregados e verificar se as mesmas estão sendo realizadas de acordo com as expectativas empresariais. Conseqüentemente, também são bastante significativas as possibilidades da interferência de tais controles sobre a vida do trabalhador.

E, sem perder de vista que o reconhecimento do poder diretivo do empregador - do qual derivam o poder de controle e o poder disciplinar - implica na natural redução da esfera de privacidade do trabalhador, cumpre destacar que a Constituição Federal de 1988 rejeita a adoção de condutas de fiscalização e de controle que possam assumir caráter discriminatório ou ofendam a intimidade, vida privada, honra e a imagem do trabalhador.

Com o avanço tecnológico, surgiram novos mecanismos de controle, como circuito interno de televisão nos locais de trabalho, sensores nas revistas, cartões magnéticos, fotos automáticas de documentos de identidade e de pessoas para entrar nos prédios onde estão estabelecidas. Em muitos casos, essas técnicas são utilizadas para atender a imperativo de segurança. Os princípios trabalhistas aplicáveis são os mesmos, não havendo motivo para se alterada a regra, que é o respeito à privacidade da pessoa, e as exceções, que são a as exigências de segurança e da organização.²⁰³

O importante é fazer uma análise sobre essas novas formas de controle e fiscalização das atividades laborativas instituídas pela empresa no ambiente de trabalho para o fim de estabelecer se o poder de controle assegurado ao empregador legitima essa prática ou se as mesmas encontram limites e restrições nos direitos fundamentais do trabalhador.

Dentre as formas de manifestação do poder diretivo, o poder de controle é o que mais concentra a possibilidade de gerar conflito com os direitos fundamentais do trabalhador, posto que presente em todos os momentos do desenvolvimento das atividades laborativas, inclusive no que respeita ao controle do comportamento do trabalhador, com vistas a aferir o cumprimento das ordens de comando dadas pelo empregador.

6.2.1.1. CONTROLES AUDIOVISUAIS

A legislação trabalhista não proíbe que o empregador exerça o seu poder diretivo através da implantação de sistemas visuais com câmeras de vídeo no ambiente de trabalho. Tal medida visa fiscalizar os empregados no exercício de suas atividades, acompanhar a execução dos trabalhos, preservar a ordem e proteger o patrimônio do empregador e dos próprios trabalhadores.

²⁰³ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. Op. cit., p. 624.

Isto porque, observados os limites do respeito à intimidade e à privacidade do empregado, sempre foi permitido ao empregador exercer o controle direto sobre a execução das atividades prestadas pelo trabalhador, pessoalmente ou através de gerentes, supervisores, chefes ou prepostos indicados para o fim de aferir a produção e a qualidade dos serviços do trabalhador.

A adoção de controles audiovisuais por parte do empregador para o fim de fiscalizar as atividades do trabalhador, trata-se de medida nova apenas em relação ao procedimento, eis que, na essência, exerce o mesmo fim do controle direto da execução das atividades do mesmo.

A utilização de câmeras ou circuitos internos de televisão no ambiente de trabalho não encontra óbice na legislação constitucional ou infraconstitucional, sendo prática admitida como forma de fiscalização do controle das atividades laborativas e da proteção do patrimônio da empresa e dos empregados, desde que exercida dentro dos limites do respeito à intimidade e à vida privada do trabalhador.

Alice Monteiro de Barros destaca que a jurisprudência nacional vem admitindo a fiscalização da atividade dos empregado através de circuito interno de televisão, visando o melhor funcionamento do processo produtivo e não aspectos de caráter íntimo do empregado. Assinala que a vigilância eletrônica poderá ter um futuro promissor, desde que utilizada de forma humana, combatendo-se abusos na sua utilização e permitindo-se o acesso do trabalho às informações que lhe digam respeito. Entretanto, torna-se indispensável que esses instrumentos audiovisuais não sejam utilizados ilegalmente, com o objetivo de gravar, reproduzir ou divulgar aspectos de caráter íntimo ou pessoal do empregado. Logo, a inovação tecnológica na fiscalização é eficaz, inadmissíveis são as atividades que impliquem utilização indevida dos avanços mecânicos e técnicos de vigilância.²⁰⁴

²⁰⁴ BARROS, Alice Monteiro de. Proteção à Intimidade do Empregado. São Paulo: LTR, 1997, p. 80/81.

Sandra Lia Simon destaca que a instalação de equipamentos audiovisuais (circuito interno de vídeo ou televisão e escutas) é prática comum entre as empresas brasileiras, que não encontra óbices na legislação infraconstitucional. A polêmica diz respeito à invasão da intimidade e da vida privada do empregado constantemente filmado ou ouvido. Destaca que se o objetivo da instalação dos equipamentos audiovisuais é o controle da atividade laboral devem ser colocados apenas em locais em que o trabalho é desenvolvido, excluindo-se aqueles que servem para descanso ou uso exclusivo do trabalhador, tais como banheiros, refeitórios, cantinas ou salas de café. Se o objetivo da instalação é a segurança, a colocação dos aparatos deve limitar-se aos locais de acesso de pessoas estranhas ao serviço. Ademais, em qualquer das duas hipóteses, a filmagem não pode ser sorrateira, nem ter a conotação de estar servindo para espionar os empregados. Por isso, eles devem ter ciência da instalação do equipamento para poderem evitar qualquer tipo de situação inocente, mas constrangedora, que passaria despercebida se inexistisse o referido controle.²⁰⁵

Sergio Pinto Martins também considera lícita a instalação de câmeras ou microfones no local de trabalho para fiscalizar o empregado, desde que não violem a intimidade do trabalhador, nem sejam vexatórios. Todavia, aduz que fica expressamente vedado ao empregador utilizar tais mecanismos de controle em locais de intimidade do empregado, como em banheiros, vestiários, etc.²⁰⁶

Francisco Ferreira Jorge Neto e Jouberto de Quadros Pessoa Cavalcante também entendem que o empregador, como detentor do poder diretivo, tem o direito de estabelecer a vigilância eletrônica nas dimensões espaciais dos setores de produção. É um desdobramento de sua qualidade de empregador (poder diretivo) e de preservação do seu direito de propriedade. Para tanto, adotará o monitoramento por imagem e som, cujas razões são: o controle

²⁰⁵ SIMÓN, Sandra Lia. Op. cit., p. 152.

²⁰⁶ MARTINS, Sergio Pinto. Op. cit., p. 195.

do acesso às dependências da empresa e de trânsito de pessoas nas áreas comuns, além da proteção ao patrimônio – processos e produtos críticos. Acentuam que para que não haja violação à privacidade ou a intimidade de seus empregados ou colaboradores, o empregador deverá tomar alguns cuidados com a preservação da dignidade dos empregados, razão pela qual as câmeras não poderão ser instaladas dentro das empresas em locais que possam ser considerados como de violação a intimidade e a privacidade dos trabalhadores, tais como: vestiários, banheiros, restaurantes e áreas comuns. Destacam o entendimento de que a câmara não deve ficar focada apenas no posto de trabalho de um empregado e sim no ambiente, como um todo, sob pena de vulnerar o seu direito à intimidade.²⁰⁷

José Carlos Casella também se posiciona favorável à instalação de aparelhos audiovisuais para controle das atividades laborativas, mas traça limites nos quais a utilização desse procedimento deve se conciliar com a preservação da intimidade do trabalhador. Tais limites podem ser assim resumidos: a) a instalação deve corresponder a uma necessidade técnica da produção ou da segurança, não se justificando quando destinada exclusivamente ao controle dos empregados; b) a instalação deve ser do conhecimento dos empregados; c) os aparelhos devem ser instalados estritamente nos locais onde as tarefas sejam realizadas, evitando-se sua instalação em refeitórios, vestiários, etc.; d) as imagens e os sons gravados só poderão ser utilizados nas condições previamente divulgadas; e) os empregados deverão ter livre acesso aos próprios sons e imagens gravadas, sempre que o desejarem.²⁰⁸

A jurisprudência trabalhista também vem admitindo a possibilidade da fiscalização das atividades dos empregados por meio de controles audiovisuais, desde que exercida dentro dos limites do respeito à intimidade e à vida privada do trabalhador.

²⁰⁷ JORGE NETO, Francisco Ferreira e CAVALCANTE, Jouberto de Quadros Pessoa. Op. cit., p. 453.

²⁰⁸ CASELLA, João Carlos. In MALLETT, Estevão e ROBORTELLA, Luiz Carlos Amorim (coordenadores). Direito e Processo do Trabalho, Estudos em Homenagem a Octavio Bueno Magano. São Paulo: LTR, 1996, p. 490.

“DANO MORAL - VIOLAÇÃO DA INTIMIDADE DO FUNCIONÁRIO. A instalação de câmera no local de trabalho, com prévia ciência dos empregados, cientes onde estão, por medida de segurança patrimonial de todos, não ofende o direito à inviolabilidade da intimidade assegurado no inciso X do art. 5o., da CF.” (TRIBUNAL: 3ª Região - DECISÃO: 29 04 2003- TIPO: RO NUM: 4165 ANO: 2003- NÚMERO ÚNICO PROC: RO - 01288-2002-106-03-00 - TURMA: Segunda Turma- DJMG DATA: 07-05-2003 PG: 12 –Relator Juiz José Maria Caldeira).

“PODER DISCIPLINAR. ABUSO. FISCALIZAÇÃO COM APARELHO DE TV EM CIRCUITO FECHADO. Não pratica abuso de direito empregador que, na busca de melhor produtividade, coloca circuito fechado de televisão, com o intuito de fiscalizar os empregados e o andamento dos serviços.” (TRT – CP – RO 2.217/89 – Rel.: Juiz Antônio Mazzuca – 4ª T. – Ac. 10.767/89) *In* Valentin Carrion. Nova Jurisprudência em Direito do Trabalho. São Paulo: Saraiva: 1990, p. 371.

Verifica-se que a jurisprudência trabalhista vem admitindo que o empregador, no poder diretivo da empresa, utilize do poder de controle para o fim de implantar recursos audiovisuais o fim de fiscalizar as atividades do trabalhador, com vistas à realização dos seus objetivos sociais, desde que dessa prática não resulte prejuízos à esfera de intimidade e de privacidade do mesmo.

A validade desse tipo de controle fica condicionado aos seguintes parâmetros: a) os equipamentos devem ser instalados apenas nos locais onde ocorre o controle da produção ou dos serviços ou da segurança, tanto do patrimônio da empresa como dos próprios trabalhadores; b) todos os trabalhadores devem ter ciência da adoção desse tipo de controle; as imagens e os sons gravados somente poderão ser utilizados em situações estabelecidas; c) os trabalhadores, quando desejarem, devem ter acesso às imagens e sons gravados.

Quando o empregador utiliza os controles audiovisuais como forma de fiscalização dos empregados dentro dos limites acima traçados, age em conformidade com os ditames constitucionais, harmonizando interesses opostos: o do empregador, de fiscalizar a prestação de serviços do empregado e o do empregado, de ver tutelada a intimidade e vida privada.

O empregador precisa conciliar o seu legítimo interesse em defesa do seu negócio, controlando e fiscalizando a execução das atividades dos seus empregados, com o indispensável respeito à dignidade do trabalho e à esfera de intimidade e de privacidade dos trabalhadores. Esse é o equilíbrio que se reconhece legítimo para autorizar a adoção desse mecanismo de controle.

De outro modo, é pacífico o entendimento da nossa doutrina e jurisprudência a respeito da impossibilidade do empregador instalar equipamentos audiovisuais para exercer o controle a fiscalização dos empregados em locais destinados ao descanso ou ao uso exclusivo dos mesmos.

Não se pode admitir que o empregador, indiscriminadamente, utilize os equipamentos de controle audiovisuais em qualquer dependência da empresa, instalando-o em locais de uso privativo do trabalhador, como nos banheiros, vestiários ou em dependências onde não haja prestação de serviços, nem processo produtivo e que sejam destinadas ao descanso e ao lazer do trabalhador, como por exemplo, de refeitórios, salas de jogos, locais de café, cantinas, salas de leitura.

Sempre que a adoção do exercício do poder de controle do empregador implicar em atentado à intimidade ou à vida privada do trabalhador, o efeito é o cabimento das reparações pertinentes, como o pleito de indenização por danos morais, conforme assegura o preceito constitucional no inc. X do art. 5º.

A esse respeito tem se pronunciado os nossos Tribunais Regionais Trabalhistas Pátrios:

“INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL. DIREITO CONSTITUCIONAL À INTIMIDADE. A instalação de câmeras de vídeo nas dependências do banheiro da empresa afronta o direito à intimidade dos seus empregados, subvertendo ilicitamente o direito à intimidade do reclamante, que é inviolável por força de preceito constitucional (artigo 5o, inciso X, da CR/88). Esse ato ilícito dá lugar para a reparação do dano moral, sendo irrelevante o fato de as câmeras terem estado desconectadas durante a sua permanência no banheiro da empresa ou que tal se tenha dado por curto período. Ainda que a empresa tivesse produzido prova efetiva disso nos autos, o que não ocorreu, a instalação de tais câmeras, com o alegado objetivo de produzir apenas "efeito psicológico", deu-se para intimidar seus empregados, o que configura igual e repreensível abuso de direito e não retira a ilicitude do ato, atuando tão-só na consideração do valor da reparação.” (TRIBUNAL: 3ª Região - DECISÃO: 03 08 2004 – RO NÚMERO ÚNICO PROC: RO - 00205-2004-043-03-00 - Quinta Turma - DJMG DATA: 14-08-2004. PG: 14 – Relatora Juíza Taísa Maria Macena de Lima).

“INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL. DIREITO CONSTITUCIONAL À INTIMIDADE. O trabalhador, ao ingressar em uma empresa na qualidade de empregado, não se despe dos direitos e garantias fundamentais asseguradas pela Constituição da República a todos os cidadãos, dentre os quais figura com destaque a inviolabilidade de sua intimidade, de sua honra e de sua imagem (artigo 5o., inciso X, do Texto Fundamental). A instalação de câmeras de vídeo nas dependências do banheiro da empresa afronta o direito à intimidade dos seus empregados, dando lugar para a reparação do dano moral decorrente desse ato ilícito, sendo irrelevante o fato de as câmeras não terem estado conectadas à energia elétrica. Mesmo que a reclamada tivesse produzido prova efetiva disso nos autos, o que não ocorreu, a instalação de tais

câmeras, com o alegado objetivo de produzir apenas "efeito psicológico", deu-se para intimidar seus empregados, o que configura igual e repreensível abuso de direito. Irrelevante ainda o fato de as referidas câmeras terem permanecido por pouco tempo no banheiro da empresa: isso não retira a ilicitude do ato, atuando tão-só na consideração do valor da reparação. A fixação dessa indenização, de difícil mensuração por critérios estritamente objetivos, deve atentar, por um lado, à necessidade de seu valor mitigar a ofensa causada pela vulneração abusiva do patrimônio moral ofendido, mas, por outro, emprestar à sanção jurídica aplicada sobre a ofensora efetivo caráter pedagógico, com o fim de desestimular esta e outras empresas a reincidir na prática de condutas ilícitas como a que constituiu objeto da presente ação. Se a bem elaborada decisão de primeiro grau já atendeu a todos esses aspectos, o recurso empresarial deve ser desprovido por inteiro.” (TRIBUNAL: 3ª Região - DECISÃO: 04 05 2004- RO NÚMERO ÚNICO PROC: RO - 01508-2003-043-03-00 - Quinta Turma - DJMG DATA: 15-05-2004 PG: 14 – Relator Juiz José Roberto Freire Pimenta).

Portanto, embora o empregador, através do poder diretivo, tenha a prerrogativa de exercer o controle das atividades do trabalhador, isto não lhe dá o direito de intervir na intimidade e na privacidade do mesmo.

A inserção do trabalhador no ambiente de trabalho não lhe retira os direitos de personalidade, dentre os quais, o direito à intimidade e à vida privada, razão pela qual não se pode admitir que a atuação empresarial possa se ampliar a ponto de sobrepujar os direitos fundamentais do trabalhador para macular o princípio da dignidade humana e ofender a sua intimidade e a sua vida privada.

Assim, quando o empregador utiliza o poder de controle através da instalação de equipamentos de controle audiovisuais em qualquer dependência da

empresa, instalando-os indiscriminadamente, em locais de uso privativo do trabalhador, milita em patente violação ao disposto no inc. X do art. 5º que declara serem invioláveis a intimidade e a vida privada das pessoas, cujo fundamento é a liberdade individual. Esses direitos são emanções do princípio dignidade da pessoa humana e dos direitos e garantias fundamentais.

O dispositivo constitucional supracitado preserva as garantias constitucionais e fundamentais do trabalhador, assegurando-lhe o direito da inviolabilidade da intimidade e da vida privada, colocando-os fora dos limites de atuação do poder de controle do empregador.

Trata-se de legítimo limite imposto pela ordem constitucional ao exercício do poder diretivo do empregador, que não pode controlar e fiscalizar a prestação de serviços por meio de mecanismos que violem a intimidade e a vida privada do trabalhador.

6.2.1.2. CONTROLES DE REVISTAS PESSOAIS

O único dispositivo celetista que trata da questão relacionada a revistas pessoais no ambiente de trabalho é o inc. VI do art. 373-A, disciplinando que é vedado ao empregador ou seus prepostos promover a revistas íntimas nas empregadas ou funcionárias.

O dispositivo consolidado veda a prática de revistas íntimas em relação às mulheres empregadas, todavia, não traz qualquer indicação a respeito do significado da expressão “revistas íntimas”.

A questão relativa às revistas pessoais no ambiente de trabalho coloca em conflito dois direitos fundamentais. De um lado, tutela-se o direito à intimidade do trabalhador e, de outro lado, o direito de propriedade do empregador, garantidos pelo art. 5º, inc. X e XX da Constituição Federal.

A polêmica gira em torno da configuração, ou não, da invasão da intimidade e conseqüente violação de direitos fundamentais do empregado que é forçado a se submeter a revistas pessoais no ambiente de trabalho.

O domínio do empregador sobre a empresa não significa que ele detenha poder absoluto em relação aos empregados e que estes sejam obrigados a se sujeitarem a toda e qualquer ordem. No exercício do poder diretivo o empresário, fundamentado no seu direito de propriedade, encontra substanciais limites no respeito aos direitos da intimidade e vida privada dos trabalhadores.

Em razão da ausência de regulação específica na legislação trabalhista sobre a possibilidade do empregador promover revistas pessoais no ambiente de trabalho é tratada com fundamento no poder diretivo do empregador e no posicionamento firmado pela doutrina e jurisprudência a esse respeito.

Luiz José de Mesquita entende que a revista é explicável, mas não justificável, por ferir um direito individual do empregado, diante do qual a autoridade da empresa deve se curvar.²⁰⁹

Sandra Lia Simón também aduz ainda que, no Brasil esse seja o entendimento doutrinário e jurisprudencial predominante, parece difícil, nos dias de hoje, com a grande evolução tecnológica, não exista outra forma de controle sobre os produtos que saem furtivamente da empresa. Ainda que não existissem essas formas – o que, repita-se, é bastante questionável – há meios previstos na legislação criminal, de apurar a autoria de delitos como o furto e o empregador deve, portanto, lançar mão desses meios. Percebe-se, portanto, que se trata de forma muito simplista e acomodada de o empresário defender o seu patrimônio. E é indiscutivelmente atentatória à dignidade da pessoa humana do trabalhador.²¹⁰

²⁰⁹ MESQUITA, José Luiz de. Op. cit., p. 56.

²¹⁰ SIMÓN, Sandra Lia. Op. cit., p. 147/148.

Para a autora, a revista pessoal não figura na relação dos direitos inerentes ao poder de direção do empregador, posto que incompatível com o respeito às garantias fundamentais do trabalhador, violando os princípios da dignidade (art. 1º, inc. III), intimidade (art. 5º, inc. X), contraditório e ampla defesa (art. 5º, inc. LV), presunção de inocência (art. 5º, inc. LVII) e igualdade (art. 5º, caput).²¹¹

Todavia, a jurisprudência trabalhista brasileira inclina-se, há mais de meio século, pela possibilidade da revista pessoal, mormente quando prevista em regimento interno da empresa, com o fundamento de que é um direito do empregador e uma salvaguarda ao seu patrimônio.²¹²

Paulo Emílio Ribeiro de Vilhena, citado por Márcio Túlio Viana entende que ao ingressar na empresa, o empregado e o empregador abdicam de certos direitos públicos subjetivos e embora a relação jurídica seja basicamente protegida pelo rol dos direitos fundamentais, também será informada pelo espírito das normas que cuidam da ordem econômica e social. A revista, instituída por uma empresa pública ou privada em seus empregados, parte do exercício do direito de propriedade, cercado da situação contratual, ante os que, em nome do empregador, se utilizam de seus bens. No seu exercício, exige-se à revista seja regular. Pela regularidade entende-se dar-se ela num critério de generalidade e impessoalidade e se destina a todos, igualmente.²¹³

João de Lima Teixeira Filho aduz que a revista, quando necessária, deve ser feita com a finalidade de evitar a subtração de bens, cercada de discricção, ter abrangência à generalidade dos trabalhadores ou a um grupo determinar, não transparecer uma denúncia contra o revistado, ser realizada por pessoas do mesmo sexo e não chegar a exposição a nudez ou a posições vexatórias.²¹⁴

²¹¹ BARROS, Alice Monteiro de. Op. cit., p. 559.

²¹² *Ib idem*, p. 559.

²¹³ VILHENA, Paulo Emílio Ribeiro de. Direito do Trabalho & Fundo de Garantia. Temas Atuais de Direito Material, de Direito Processual e Direito Coletivo do Trabalho. São Paulo: LTR, 1978, p. 68. In VIANA, Márcio Túlio. Op. cit., p. 232.

²¹⁴ SUSSEKIND, Arnaldo et al. Op. cit., p. 676.

Alice Monteiro de Barros entende que a revista se justifica, não quando traduza um comodismo do empregador para defender o seu patrimônio, mas quando constitua o último recurso para satisfazer o interesse empresarial, à falta de outras medidas preventivas. Essa fiscalização visa à proteção do patrimônio do empregador e à salvaguarda da segurança das pessoas, mormente na época em que vivemos, com o fenômeno terrorista atemorizando o mundo. Não basta a tutela genérica da propriedade, deverão existir circunstâncias concretas que justifiquem a revista. Necessário que haja, na empresa, no estabelecimento ou no setor bens suscetíveis de subtração e ocultação, com valor material, ou que tenham relevância para o fundamento da atividade empresarial e para a segurança das pessoas. Quando utilizada, a revista deve ser em caráter geral, impessoal, para evitar suspeitas, por meio de critério objetivo, mediante ajuste prévio com a entidade sindical ou com o próprio empregado, na falta daquela, respeitando-se, ao máximo os direitos da personalidade humana.²¹⁵

Assim, em princípio, a doutrina trabalhista vem admitindo ao empregador promover revista pessoal nos empregados, independentemente do sexo, para salvaguarda dos interesses empresariais, tratando-se de medida de ordem geral em defesa do seu patrimônio. Todavia, esse mecanismo deve ser exercido em harmonia com o princípio da dignidade humana. O empregador deve realizar as revistas com prudência, urbanidade e razoabilidade. As revistas pessoais, quando necessárias, devem ser realizadas a partir de critérios claros, de conhecimento geral, sem discriminações, de forma reservada, sem excessos, evitando agressões morais e exposições a vexames no ambiente de trabalho e preservando os direitos fundamentais do trabalhador.

A jurisprudência trabalhista vem se posicionando favoravelmente à possibilidade de revista pessoal no ambiente de trabalho, quando utilizada para salvaguarda e como medida de segurança do patrimônio do empregador. Assim, desde que exercida nos limites do direito e preservando os direitos fundamentais do trabalhador a revista pessoal pode ser admitida. Vejamos:

²¹⁵ BARROS, Alice Monteiro de. Op. cit., p. 560.

“DANO MORAL. REVISTA. A revista, de caráter geral, em que se examina apenas o conteúdo de bolsos e mochilas, esvaziadas pelos próprios empregados, sem qualquer contato físico por parte do revistador, e também sem a menor indicação de constrangimento ou abuso, não caracteriza ato ilícito e, portanto, não enseja reparação de dano moral. Recurso da ré a que se dá provimento.” (TRIBUNAL: 2ª Região - DECISÃO: 04/12/2007 - TIPO: RO - ANO: 2007 - NÚMERO ÚNICO PROC: RO - 02219-2005-072-02-00-9 - TURMA: Décima Primeira Turma - DJSP DATA: 18/12/2007 - Rel: Eduardo de Azevedo Silva).

“REVISTA. DANO MORAL. A reclamada, diante de seu poder diretivo e na busca da preservação de seu patrimônio, pode realizar os atos necessários a tal fim, observados os limites que decorrem do ordenamento jurídico. Na hipótese, não se verifica ter havido violação à honra, imagem, dignidade, intimidade ou privacidade da reclamante e tampouco ter a reclamada agido de forma discriminatória. Revista realizada indistintamente em todos os empregados, consistindo em mera visualização do conteúdo de bolsas e sacolas, sem contato com esse conteúdo e sem contato físico com o empregado. Dano moral não caracterizado.” (TRT 4ª REGIÃO – RO – ACÓRDÃO 00415-2006-104-04-00-9 – F. 1.1. – Decisão: 28/06/2007 – 1ª Turma – Rel.: Juíza Eurídice Josefina Bazo Tôrres – Publicação: 03/07/2007 – DORGS).

“DIREITO DE REVISTA. EXERCÍCIO DO PODER DE FISCALIZAÇÃO - LIMITES. OBSERVÂNCIA. DANO MORAL. NÃO CONFIGURAÇÃO. O fundamento legal no qual a empresa alicerça todos os seus poderes, que, aliás, não são poucos - organizacional, diretivo, fiscalizatório e disciplinar - é o art. 2º da CLT. O sistema de freios e contrapesos descortina-se no desdobramento do ordenamento justabalhista e se potencializa nos

arts. 9º, 444 e 468. O direito de revista, em si e por si, não constitui abuso de direito, nem caracteriza a prática de ato ilícito. Ao revés, diante da falta de democratização das relações trabalhistas, que poderia ser obtida pela co-gestão, as tensões, as divergências, o mudismo, a falta de diálogo franco, e o distanciamento entre empregadora e empregado, sugerem a adoção de medidas de proteção patrimonial, que poderiam ser obtidas por outras vias menos desgastantes e tão ou mais eficientes. Em se tratando da prática da revista pessoal, o melhor seria que a disciplina fosse adotada pela via do acordo coletivo de trabalho, ou por norma interna de cuja elaboração participassem os empregados e a empregadora diretamente interessados. Os justos, às vezes, pagam pelos pecadores, embora não seja vexatório para ninguém submeter-se a uma revista, que preserva o respeito à dignidade do ser humano. Esse tipo de controle já é feito em vários setores, como é o caso dos aeroportos, e, pessoalmente, não me sentiria constrangido se o órgão público para o qual presto serviços essencialmente públicos estabelecesse, por necessidade, um sistema de revista. Quem não deve não teme. O que me parece importante, *int`erieurement et sous la peau*, é, em última análise, o respeito à dignidade humana, da qual ninguém pode se despojar e ninguém violar. Desde que a empregadora não extrapole os limites da razoabilidade, exercendo o seu poder fiscalizatório com prudência e equilíbrio, respeitando a intimidade e a dignidade do trabalhador, inclusive sem nenhum traço de perseguição pessoal, lícita se revela a prática da revista, pois por intermédio dela a empresa visa a preservar o patrimônio investido no negócio e cujo risco ela solitariamente assume. Assim, a empregadora, em princípio, tem o direito de revista em seus empregados, que deve se harmonizar com o princípio da proporcionalidade, eis que, como dizia Voltaire, *un droit porté trop loin, devient une injustice*. Neste contexto, na qualidade de gestor do empreendimento econômico, a

empregadora pode proteger o seu patrimônio, especialmente quando exerce atividade-fim ligada à logística de produtos pertencentes a terceiros, desde que não exponha o empregado a situações vexatórias ou humilhantes, com ofensa à sua intimidade e à dignidade do homem. Verificado que a Ré não extrapolou os limites do poder de fiscalização, que a lei lhe atribui, tendo realizado a revista visual em todos os empregados eventualmente sorteados ao fim da jornada laboral, sem que ficasse caracterizada a perseguição ou a discriminação, não se configura ofensa à honra ou à moral do Autor a ensejar o direito ao recebimento de indenização por danos morais.” (TRIBUNAL: 3ª Região - DECISÃO: 02/05/2007 - TIPO: RO - NUM: 01052 - ANO: 2006 - NÚMERO ÚNICO PROC: RO - 01052-2006-062-03-00-7 - TURMA: Quarta Turma - DJMG DATA: 19/05/2007 PG: 17 – Rel: Luiz Otávio Linhares Renault).

“DANO MORAL. REVISTA DE BOLSAS E SACOLAS NA SAÍDA DO TRABALHO. A revista se justifica, não quando traduza um comodismo do empregador para defender o seu patrimônio, mas quando constitua um meio para satisfazer o interesse empresarial, à falta de outras medidas preventivas; essa fiscalização visa à proteção do patrimônio do empregador e à salvaguarda da segurança das pessoas. Quando utilizada, a revista deve ser em caráter geral, impessoal, para evitar suspeitas, através de critério objetivo (sorteio, numeração, todos os integrantes de um turno ou setor), mediante ajuste prévio com a entidade sindical ou com o próprio empregado, na falta daquela, respeitando-se, ao máximo, os direitos da personalidade (intimidade, honra, entre outros). A revista não implica exercício abusivo do poder diretivo, na sua manifestação concreta de fiscalização, quando a empresa possui bens suscetíveis de apropriação e o procedimento ocorria, ao término da jornada, em bolsas, sacolas e mochilas, com o consentimento do empregado, em caráter geral sem qualquer

tratamento discriminatório, capaz de tornar suspeito determinado trabalhador. Pedido de compensação de dano moral julgado improcedente porque não violado nenhum direito da personalidade. (TRIBUNAL: 3ª Região - DECISÃO: 09/02/2006 - TIPO: RO - NUM: 01173 - ANO: 2006 - NÚMERO ÚNICO PROC: RO - 01173-2005-005-03-00-3 - TURMA: Sétima Turma - DJMG DATA: 16/02/2006 PG: 16 – Rel: Alice Monteiro de Barros).

“REVISTA EM BOLSA DO EMPREGADO. DANO MORAL, NÃO CARACTERIZAÇÃO. A vistoria realizada em bolsas dos empregados, com previsão em norma coletiva, e em conformidade com as regras observadas em relação a todos os empregados, não configura qualquer ofensa aos denominados direitos de personalidade. O desconforto pessoal causado pelo procedimento, sem que haja qualquer circunstância excepcional que demonstre a ocorrência de excessos suscetíveis de macular a honra subjetiva da operária ou mesmo o seu conceito moral no universo profissional a que pertence, não é suficiente para justificar a reparação patrimonial pretendida. (TRIBUNAL: 19ª Região - DECISÃO: 14/09/2004 - TIPO: - ANO: 2003 - NÚMERO ÚNICO PROC: RO - 01766-2003-001-19-00-5 - TURMA: Tribunal Pleno – DOE/AL - DATA: 20/10/2004 - Rel: José Abílio)

“DANO MORAL - REVISTA DOS EMPREGADOS. Tratando-se de estabelecimento comercial, é justificável que a empresa utilize da revista em seus empregados, a fim de proteger seu patrimônio, desde que não empregue outros meios de vigilância. O ato de revistar se insere no âmbito do poder diretivo da empresa, mormente quando realizado em caráter geral, mediante sorteio, sem discriminação e sem abuso no exercício desta prerrogativa. Respeitadas a honra, a imagem, a privacidade e a dignidade dos empregados, não se pode falar em dano moral, razão pela qual

andou bem a sentença ao indeferir o pleito de indenização.”
(TRIBUNAL: 3ª Região - DECISÃO: 28/09/2004 - TIPO: RO -
NUM: 00742 - ANO: 2004 - NÚMERO ÚNICO PROC: RO -
00742-2004-109-03-00-6 - TURMA: Quinta Turma - DJMG
DATA: 09/10/2004 PG: 12 – Rel: Eduardo Augusto Lobato).

“DANO MORAL. REVISTA EM PROCEDIMENTO DE
SEGURANÇA. Não enseja reparação por dano moral a revista
pessoal, quando é necessária e inevitável diante das circunstâncias
específicas, em procedimento rotineiro de segurança, em
empregados aleatoriamente escolhidos, sem discriminações, de
forma reservada, sem excessos e realizada por pessoa do mesmo
sexo. Direito assegurado ao empregador – e a qualquer um – que é o
de proteger seu patrimônio, desde que exercido nos limites e de
forma a não agredir a dignidade do trabalhador.”(TRIBUNAL: 2ª
Região - DECISÃO: 14/03/2002 - TIPO: RO - - ANO: 2001 -
NÚMERO ÚNICO PROC: RO - 20010097257 - TURMA:
Primeira Turma - DJSP - DATA: 09/04/2002– Rel: Eduardo de
Azevedo Silva).

A análise dos julgados trazidos à colação, permite a conclusão de
que a revista pessoal, quando necessária, vem sendo admitida pelos Tribunais
Trabalhistas, desde que exercida dentro dos limites do direito e de forma a não
agredir a dignidade e a intimidade do trabalhador.

Os Tribunais Trabalhistas vêm reprimindo com rigor as atitudes
praticadas por maus empregadores que, extrapolando os limites do poder diretivo
impõem revistas pessoais constrangedoras, humilhantes, causadoras de agressões
morais e situações vexatórias ao trabalhador, justificando as decisões que
concedem indenizações por danos morais.

“DANO MORAL. REVISTA ÍNTIMA CONSTRANGIMENTO. O respeito à dignidade da pessoa humana constitui um dos fundamentos da Constituição da República, devendo tal fundamento ser garantido em todos os cidadãos nos diversos segmentos da sociedade. Deste modo, não se pode admitir que, em nome do poder diretivo e fiscalizador que a lei confere ao empregador e da subordinação decorrente da relação de emprego, venha o patrão submeter seus empregados a revista íntima de forma primitiva e humilhante, mormente nos dias atuais em que a tecnologia disponibiliza ao consumidor meios de fiscalização e de vigilância de ambientes de forma eficaz, sem constranger tanto as pessoas vigiadas como ocorre nas revistas íntimas e pessoais. A circunstância de o empregador fabricar ou comercializar medicamentos psicotrópicos ou de uso controlado pela saúde pública não justifica a adoção de revistas íntimas degradantes e humilhantes como vinha sendo praticada pela ré, pelo que mantém-se a indenização por danos morais deferidas em primeira instância.” (TRIBUNAL: 3ª Região - DECISÃO: 19/04/2007 - TIPO: RO - NUM: 00928 - ANO: 2006 - NÚMERO ÚNICO PROC: RO - 00928-2006-037-03-00-8 - TURMA: Sétima Turma - DJMG DATA: 08-05-2007 - PG: 21 – Rel: Juiz Rodrigo Ribeiro Bueno).

“DANO MORAL. VIOLAÇÃO À INTIMIDADE E À IMAGEM. Filmagens efetuadas no interior no banheiro da reclamada, flagrando empregadas em trajes íntimos ou desnudas. Violação à intimidade e à imagem da reclamante. Dano moral caracterizado. Aplicação do art. 5º, incisos V e X, da Constituição Federal e do art. 186 do Código Civil. Excessivo valor da indenização fixado na origem. Redução. Apelo da reclamada parcialmente provido.” (TRT 4ª REGIÃO – RO – ACÓRDÃO 00219-2006-006-04-00-9 – F. 1.1. – Decisão: 15/03/2007 – 3ª Turma – Rel.: Juíza EURÍDICE JOSEFINA BAZO TÔRRES - Publicação: 20/03/2007 – DORGS).

“DANO MORAL. REVISTA ÍNTIMA. ABUSO DO PODER DIRETIVO EMPRESARIAL. VIOLAÇÃO À INTIMIDADE COMO DIREITO DA PERSONALIDADE. Não se pode acolher que, no intuito de se evitarem furtos de mercadorias, seja dado às empresas o poder de ridicularizarem seus empregados, constringendo-os a se despirem diante de vigilantes, após se submeterem às agruras prévias de um sorteio, com bolas pretas e brancas, a definir se o constringimento será "maior" ou "menor". As obrigações de conduta no ambiente de trabalho não retiram do empregado, ou sequer enfraquecem, os direitos da personalidade, dentre os quais o respeito à intimidade. Sendo certo que o empregado, enquanto submetido ao poder diretivo patronal, deve suportar algumas limitações em razão da própria circunstância de trabalho, não é de se admitir, contudo, que o empregador adote procedimentos capazes de comprometer ou violar a intimidade e a dignidade da pessoa humana, pois o poder direcional conferido aos empregadores não pode ser exercido de maneira absoluta, em face da sua coexistência com princípios e regras que norteiam o contrato de trabalho. Vez que indubitável a conduta abusiva e constringedora da Ré, excedente aos limites do poder diretivo, e efetivamente ofensiva à dignidade da pessoa humana, impõe-se a devida reparação da lesão moral, constatando-se, ainda, caracterizados todos os pressupostos para o pagamento da indenização decorrente da responsabilidade civil, quais sejam, o dano, a culpa e o nexo causal.” (TRIBUNAL: 3ª Região - DECISÃO: 28/02/2007 - RO NÚMERO ÚNICO PROC: RO - 00864-2006-062-03-00-5 – Oitava Turma – DJMG - DATA: 10/03/2007 - PG: 27 – Relatora: Maria Cecília Alves Pinto).

“AÇÃO INDENIZATÓRIA. DANO MORAL. SITUAÇÃO VEXATÓRIA. INDENIZAÇÃO DEVIDA. Prova que atesta a

instalação de câmera de vídeo no vestiário das empregadas da loja e que atingiu também a dignidade pessoal da autora. Violação da intimidade e da dignidade da trabalhadora, que caracteriza ato ilícito causador de dano aos direitos da personalidade, ensejando o dever de indenizar. Prova que indica a sujeição da autora à situação vexatória provocada por chacotas e comentários de empregados da loja, independentemente de ter sido ou não alvo das filmagens ilegais. Imputação da iniciativa do ato ilícito ao gerente da loja, que não exime a empresa da responsabilidade de reparar o dano. Culpa que se atribui à empresa, a teor do art. 932, III, do Novo Código Civil. Entendimento de que o valor fixado na sentença a título de indenização, de R\$ 30.000,00, atende razoavelmente à finalidade da sua estipulação, não ensejando necessidade de revisão nesta instância recursal.” (TRT 4ª Região – RO – Acórdão 00514-2005-002-04-00-9 – Decisão 17/10/2006 – 7ª Turma – Rel.: Juiz Flavio Portinho Sirangelo – Publicação: DOE-RS: 20/10/2006).

“REVISTA PESSOAL. DANO MORAL. CARACTERIZAÇÃO. A questão relativa às revistas pessoais coloca em conflito dois direitos fundamentais: o direito à intimidade e o direito de propriedade, ambos assegurados pelo artigo 5º, da CF/88, nos incisos X e XXII, respectivamente. Para a sua solução, não se pode olvidar que a Constituição Federal deve ser interpretada como um todo harmônico, de maneira a evitar contradições entre suas normas (princípio da unidade da constituição); de modo a atribuir à norma a máxima eficácia (princípio da máxima efetividade) e de forma adequada ao fim colimado, sem excessos e sem desconsiderar o conjunto dos interesses contrapostos (princípio da proporcionalidade). No caso da relação de emprego, caracterizada, principalmente, pela subordinação jurídica do empregado em relação ao empregador, exerce este sobre aquele poder diretivo e fiscalizador. Contudo, esses poderes do empregador de ditar as

regras quanto à prestação dos serviços e de fiscalizá-los não retiram do empregado a sua condição de cidadão, possuidor de direitos, dentre eles o de ser respeitado na sua intimidade e vida privada. Nesse passo, o procedimento de revista dos empregados para a garantia do direito de propriedade encontra limites no princípio da dignidade da pessoa humana. Embora possa ser praticado, dependendo do ramo e da atividade em que atua o empregador, há de ser moderado, sem abusos e de forma suficiente ao fim colimado. Havendo excesso, impõe-se a condenação por dano moral.” (TRIBUNAL: 3ª Região - DECISÃO: 31/05/2006 - TIPO: RO - NUM: 01184 -ANO: 2005 - NÚMERO ÚNICO PROC: RO - 01184-2005-010-03-00-9 - TURMA: Oitava Turma - DJMG DATA: 10-06-2006 DJMG PG: 23 – Rel: Denise Alves Horta).

“REVISTA PESSOAL. PODER DIRETIVO DO EMPREGADOR. RESPEITO À EMINENTE DIGNIDADE HUMANA. Com suporte nos poderes de direção, disciplinamento e fiscalização da prestação de serviços, ante a ausência de legislação trabalhista à espécie, os empregadores costumeiramente utilizam-se das revistas pessoais nos seus empregados, durante o expediente, argumentando que estão em defesa de seu patrimônio, o que admitimos como correto. Porém, invariavelmente, alguns procedimentos de revistas extrapolam os limites de atuação e atingem a dignidade do ser humano trabalhador. Ora, a dignidade humana é um bem juridicamente tutelado, que deve ser preservado e prevalecer em detrimento do excesso de zelo de alguns maus empregadores com o seu patrimônio. O que é preciso o empregador conciliar, é seu legítimo interesse em defesa do patrimônio, ao lado do indispensável respeito à dignidade do trabalhador. A Constituição Federal (artigo 5º, incisos V e X) e a legislação sub-constitucional (artigo 159 do Código Civil Brasileiro de 1916, vigente à época dos fatos) não autorizam esse tipo de agressão e asseguram ao

trabalhador que sofrer condições vexaminosas, a indenização por danos morais. Importante frisar, ainda, que a inserção do empregado no ambiente do trabalho não lhe retira os direitos da personalidade, dos quais o direito à intimidade constitui uma espécie. Não se discute que o empregado, ao ser submetido ao poder diretivo do empregador, sofre algumas limitações em seu direito à intimidade. O que é inadmissível, sim, é que a ação do empregador se amplie de maneira a ferir a dignidade da pessoa humana.” (TRIBUNAL: 2ª Região - ACÓRDÃO NUM: 20050598583 - DECISÃO: 30/08/2005 - TIPO: RO01 - NUM: 02635 - ANO: 2004 - NÚMERO ÚNICO PROC: RO01 - 02635-2003-016-02-00 - RECURSO ORDINÁRIO - TURMA: 6ª - ÓRGÃO JULGADOR - SEXTA TURMA – REL.: VALDIR FLORINDO - DOE SP, PJ, TRT 2ª REG. - Data: 16/09/2005).

“DANO MORAL. REVISTA DE BOLSA DO EMPREGADO. VIOLAÇÃO AO DIREITO À INTIMIDADE. A revista de bolsa de empregado constitui-se em nítida violação ao direito à intimidade, constitucionalmente assegurado. Tal fato, somente, comporta exceção em hipótese de situação concreta capaz de caracterizar a prática de determinado ato ilícito por aquele cometido. No presente caso, indiscutível as constantes revistas desmotivadas da bolsa do empregado violaram a intimidade deste, gerando, assim, a obrigação da reclamada ao pagamento de indenização por dano moral. Recurso ordinário, parcialmente, provido.” (TRIBUNAL: 19ª Região - DECISÃO: 09 12 2004 - TIPO: RO NUM: 00357-2003-003-19-00-4 ANO: 2003 - REGIÃO: 3ª VARA DO TRABALHO DE MACEIÓ - NÚMERO ÚNICO PROC: RO - 00357-2003-003-19-00-4 - RECURSO ORDINÁRIO - TURMA: TP - TRIBUNAL PLENO - DOE/AL DATA:17-12-2004 – REL. JUIZ JOSÉ ABÍLIO).

“DANO MORAL. REVISTA. NUDEZ - A "piori", a revista dos empregados ao final da jornada de trabalho, por si só, não constitui motivo para provocar o constrangimento, nem viola a intimidade da pessoa, de modo a gerar direito à indenização por danos morais. Entretanto, apurando-se que o Autor trabalhava usando apenas um macacão sem bolsos e um par de chinelos, com a finalidade de impedir que subtraísse valores, escondendo-os nos bolsos ou no interior dos calçados, não se encontra justificativa plausível para a exigência de que se despisse totalmente antes da troca de roupa no vestiário, quando era revistado por seguranças, na presença de outros colegas de trabalho. O uniforme utilizado já afasta qualquer possibilidade de furto, sendo a revista despicienda, até porque há circuito interno monitorado por câmeras de filmagem. Dessa forma, restou vulnerada a inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem do trabalhador, asseguradas pela Constituição Federal, pelo que resta-lhe assegurado o direito à indenização pelo dano moral.” (TRIBUNAL: 3ª Região - DECISÃO: 17 05 2004 - RO - PROC: RO - 01619-2003-010-03-00 - Sexta Turma - DJMG DATA: 27-05-2004 PG: 16 – Relatora Juíza Emília Facchini).

“DANO MORAL. REVISTA CONSTRANGEDORA. Restou evidenciado nos autos, que a reclamada exorbitou do exercício regular do poder disciplinar, quando por exacerbada fiscalização, submeteu o reclamante ao constrangimento de desnudar-se diante do vigilante da empresa no momento da revista. Nesta hipótese, a empregadora atentou contra o direito à intimidade do empregado, preservada pela Constituição da República (art. 5o. inc. X), respondendo pelo pagamento de indenização por dano moral.” (TRIBUNAL: 3ª Região - DECISÃO: 24/07/2000 - RO NÚMERO ÚNICO PROC: RO - 12727/99 – Primeira Turma – DJMG - DATA: 18/08/2000 - PG: 5 – Relatora: Juíza Maria Lúcia Cardoso de Magalhães).

As decisões supra permitem concluir que os Tribunais Trabalhistas vêm reputando abusivas as revistas pessoais feitas pelo empregador que - a pretexto de garantir o patrimônio da empresa - adota práticas abusivas à dignidade e à intimidade dos trabalhadores.

As revistas pessoais, quando necessárias, são autorizadas pela doutrina e jurisprudência trabalhista, respaldando-se no poder diretivo do empregador e na necessidade de satisfazer o interesse empresarial para proteção do seu patrimônio e segurança das pessoas.

É necessário que o empregador concilie o legítimo interesse em defesa do seu patrimônio e das pessoas, com o indispensável respeito ao princípio da dignidade humana e do direito à intimidade e vida privada, dos quais ninguém pode se despojar, nem mesmo o trabalhador subordinado, quando integrante do contexto da relação de emprego.

É certo que os direitos de personalidade, tanto quanto os direitos fundamentais não são absolutos. A própria execução do contrato de trabalho impõe limitações ao direito à intimidade, não só em virtude do estado de subordinação em que se encontra o trabalhador no contexto da relação de emprego, como também porque está exposto à observação de seus colegas de trabalho, especialmente, chefes e supervisores. Todavia, também é certo que a realização de revistas em caráter sistemático, ainda que cercadas de cautelas que configuram o exercício regular do direito, coloca os empregados em uma situação desconfortável. Destarte, torna-se difícil conciliar a realização da revista pessoal com a dignidade do trabalhador.²¹⁶

A controvérsia envolve a colisão de valores jurídicos distintos e importantes: de um lado, a prerrogativa atribuída ao empregador de, apoiado no seu direito de propriedade e no poder diretivo, adotar medidas com o fim de

²¹⁶ CASELLA, João Carlos. Proteção à Intimidade do Trabalhador. In MALLET, Estêvão e ROBORTELLA, Luiz Carlos Amorim (coordenadores). Op. cit. p. 488.

preservar o seu patrimônio, do outro lado, o direito do trabalhador a sua intimidade e dignidade.

A legislação trabalhista não contém normas específicas sobre os limites à fiscalização e controle das atividades laborativas dos empregados através da revista pessoal. Somente proíbe a revista íntima em relação às mulheres (art. 373-A), razão pela qual se pode aceitar que as demais formas de revistas encontram amparo no poder diretivo do empregador e não estão afastadas pelo ordenamento jurídico.

Se é certo que ao se submeter ao poder de direção do empregador o empregado fica sujeito a algumas limitações do seu direito de intimidade, não é menos verdade que o trabalhador tenha que ser preservado no respeito aos seus direitos fundamentais, donde se conclui que a adoção de mecanismos de fiscalização por parte do empregador através de revistas pessoais deve se compatibilizar com o respeito à dignidade e a intimidade do trabalhador, sob pena de caracterizar abuso e mau uso do poder de controle.

Ante a relevância dos valores jurídicos envolvidos nesse tipo de controle e fiscalização, revela-se impostergável ao empregador assegurar a observância de parâmetros imparciais e objetivos para fixar os procedimentos dos empregados que serão revistados, que funcionam como verdadeiros limites à atuação empresarial: a) deve ser feita no âmbito da empresa, no horário e no curso da execução das atividades laborativas; b) deve ser do amplo e prévio conhecimento do trabalhador; c) deve ser feita com razoabilidade, equilíbrio, prudência, discricção e bom senso; d) deve ser feita de modo geral e impessoal, envolvendo todos os trabalhadores; e) deve ser feita por pessoas do mesmo sexo, de forma reservada, com privacidade e respeito; f) os procedimentos de revista devem ser ajustados com o sindicato profissional e previstos em regulamento ou circulares internas da empresa.

Portanto, embora o empregador, através do poder diretivo, a princípio, tenha a prerrogativa de exercer o controle de revistas pessoais sobre o trabalhador, isto não lhe confere o direito de intervir na esfera da dignidade e da intimidade e vida privada do mesmo.

A inserção do trabalhador no ambiente de trabalho não lhe retira os direitos de personalidade, dentre os quais, a dignidade da pessoa humana e o direito à intimidade e à vida privada, razão pela qual não se pode admitir que a atuação empresarial possa se ampliar a ponto de sobrepujar os direitos fundamentais do trabalhador para macular o princípio da dignidade humana e ofender a sua intimidade e a sua vida privada.

Nesse sentido, quando o empregador utiliza o poder de controle através da adoção de revistas pessoais, sem adoção de critérios que possam preservar os direitos fundamentais do trabalhador, resta claro que milita em patente violação ao disposto no inc. X do art. 5º que declara serem invioláveis a intimidade e a vida privada das pessoas, cujo fundamento é a liberdade individual. Esses direitos são emanções do princípio dignidade da pessoa humana e estão inseridos no título dos direitos e garantias fundamentais.

O dispositivo constitucional supracitado preserva as garantias constitucionais e fundamentais do trabalhador, assegurando-lhe a dignidade da pessoa humana e o direito da inviolabilidade da intimidade e da vida privada, colocando-os fora dos limites de atuação do poder de controle do empregador.

Trata-se de legítimo limite imposto pela ordem constitucional ao exercício do poder diretivo do empregador, que não pode controlar e fiscalizar a prestação de serviços por meio de revistas pessoais que violem a intimidade e a vida privada do trabalhador.

6.2.1.3. COMPUTADOR, INTERNET E CORREIO ELETRÔNICO

Vários avanços tecnológicos são criados diariamente para servir a humanidade e facilitar a vida em sociedade. A tecnologia trouxe avanços extraordinários na área de informática e de transmissão de dados e através da internet, o interesse instantâneo de milhões de pessoas em todo o mundo que se comunicam ligadas em torno de uma rede de computadores.

Os avanços tecnológicos na área de informática e transmissão de dados também chegaram ao mundo do trabalho e se incorporaram definitivamente às relações trabalhistas. A utilização de computadores, internet, correio eletrônico e outros meios de comunicação é amplamente difundida no cotidiano trabalhista, constituindo indispensável instrumento de trabalho, que facilita a execução das atividades laborativas e contribui decisivamente para a concretização dos fins almejados pela empresa. A utilização de computadores e de meios eletrônicos é um fato irreversível e que integra o ambiente do trabalho de grande parte dos trabalhadores brasileiros.

O desenvolvimento da informática, além de permitir maior agilidade, diminuição de custos, maior capacidade de armazenamento e outras praticidades, gerou uma explosão de informações, que reforçam o controle do empregador sobre os empregados. As novas tecnologias facilitaram a obtenção de dados pessoais e profissionais, num contexto de concorrência acirrada no mercado nacional e internacional.²¹⁷

É cada vez mais freqüente o uso de computadores, internet e outros meios de comunicação eletrônica no ambiente de trabalho. Através da comunicação eletrônica de redes internas (intranet) e redes externas (internet) os trabalhadores conversam entre si ou com qualquer outro usuário da rede mundial de computadores, mediante correios eletrônicos.

²¹⁷ BARROS, Alice Monteiro de. Op. cit., p. 573.

Em razão desta utilização cada vez mais intensa do computador e da internet no ambiente de trabalho, questiona-se se o empregado desfruta de ampla liberdade de usar estes instrumentos computacionais durante o trabalho, inclusive para suas comunicações particulares, ou se o empregador detém o direito de estabelecer normas sobre o uso da correspondência eletrônica, e, ainda, de monitorá-la, ou proibi-la, dentro da empresa, sem que isto seja ofensivo ao direito do empregado de se comunicar e de ter preservada a sua privacidade e o sigilo de sua correspondência.²¹⁸

A utilização dos computadores no ambiente de trabalho estreitou a linha divisória existente entre o trabalho e a vida privada do empregado, colocando em choque dois direitos fundamentais importantes: de um lado, a privacidade e a inviolabilidade de correspondência do empregado e, de outro lado, o poder diretivo e o direito da propriedade do empregador.

Todavia, não existe previsão legislativa e nem uma corrente jurisprudencial consolidada para o fim de regular a formas de utilização desses recursos na relação de emprego, o que torna necessário achar o equilíbrio entre o direito de privacidade do trabalhador e o poder de direção do empregador.

Trata-se, em essência, de se aferir se o poder diretivo do empregador torna legítima essa forma de controle e fiscalização das atividades laborativas ou se a mesma esbarra nos limites da privacidade do empregado e na garantia da inviolabilidade da correspondência e comunicações.

Embora o empregador seja detentor do poder direção e tenha o direito de dirigir a prestação pessoal e subordinada de serviços do trabalhador, resta claro que não possa exercê-lo indiscriminadamente e em descompasso com os limites fixados pelas normas jurídicas e em respeito aos direitos fundamentais do trabalhador.

²¹⁸ SUSSEKIND, Arnaldo et al. Op. cit., p. 648.

A Constituição Federal de 1988 proclama no inc. XII do art. 5º a inviolabilidade do sigilo da correspondência e das comunicações, telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, neste último caso, por ordem judicial para fins de investigação criminal ou instrução processual penal.

Portanto, o que mais de perto interessa é a análise da proteção da privacidade e a proteção do sigilo da correspondência e das comunicações do trabalhador no contexto da relação de emprego, quando o mesmo está trabalhando sob dependência e subordinação jurídica do empregador.

Parte da doutrina trabalhista se posiciona contrariamente à possibilidade do empregador acessar e fiscalizar o computador e o correio eletrônico do empregado no ambiente de trabalho, sob a alegação de que esta prática ofende a privacidade e o princípio da inviolabilidade da correspondência e das comunicações, direito consagrado no inc. XII do art. 5º da Constituição Federal.

Manoel Gonçalves Ferreira Filho afirma que o direito de escolher o destinatário da comunicação é correlato à liberdade de expressão do pensamento e por tal motivo a Constituição Federal assegura a inviolabilidade das comunicações do pensamento que não visam a público indeterminado, seja por meio de cartas, seja através do telefone, do telégrafo, ou por qualquer outra técnica que se inventar. Por conseqüência, entende que o sigilo do email, caracterizado como dados transmitidos através da internet está protegido constitucionalmente no art. 5º, inciso XII.²¹⁹

Jorge Luiz Souto Maior também entende que a subordinação e o direito de propriedade do empregador sobre os meios de produção não geram a negação ao empregado dos direitos que advêm de sua condição humana. Aduz que ao se permitir que uma pessoa tenha acesso a mensagens de outra, emitidas em mecanismos que, naturalmente, trazem aspectos de intimidade, mesmo que o

²¹⁹ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Op. cit., p.37.

meio utilizado para a comunicação seja de propriedade daquele que monitora, abre-se uma porta muito perigosa no que diz respeito à implementação dos direitos fundamentais, pois, na confrontação de valores, acaba-se possibilitando que o direito de propriedade sobressaia sobre o direito da personalidade, ligado à intimidade. O princípio jurídico que se estabelece com este entendimento extrapola a mera relação de emprego, podendo atingir a todos os cidadãos em qualquer situação. O contrário seria discriminação: considerar que apenas a privacidade do empregado, porque subordinado, está sujeita a restrições imotivadas por ingerência do direito de propriedade.²²⁰

Ernesto Lippmann também considera que o correio eletrônico “e-mail” está protegido pelo mesmo sigilo destinado às cartas fechadas e é absoluto, face ao art. 5º, inc. XII da Constituição Federal. Aduz que a interceptação de dados, ainda que relativos à comunicação efetuada na rede interna de uma empresa, é ato criminoso, e como tal, não poderia ser praticada pelo empregador, sem a prévia autorização judicial. Isto ocorre porque o empregado usuário do sistema sente-se seguro pelo uso da senha, que garante que somente ele terá acesso às mensagens a ele dirigidas, tal e qual uma carta lacrada. É irrelevante, neste contexto, o fato de a correspondência ter sido dirigida ao local de trabalho, posto que tampouco seria lícito ao empregador abrir um envelope fechado dirigido ao empregado. Aduz que não pretende defender que o computador situado na mesa de trabalho deva ser local para tratar de assuntos particulares ou alheios aos serviços. Mas, face ao sigilo, o empregado frequentemente exerce o seu direito a privacidade no correio eletrônico, contando desde uma inocente piada, até uma destruidora crítica ao chefe, ou à empresa, julgando-se amparado pela intimidade.²²¹

Roberto Senise Lisboa destaca que preocupados com o uso indevido do sistema disponibilizado por um provedor de acesso a sua empresa, vários empregadores têm procurado monitorar os e-mails encaminhados e recebidos por

²²⁰ DALAZEN, João Orestes; SOUTO MAIOR, Jorge Luiz, Op. cit., p.10/11.

²²¹ LIPPMANN, Ernesto. Do Direito à Privacidade do Empregado nos Tempos da Internet. Revista LTR, São Paulo: LTR, v. 62, n. 4, Abril/98, p. 483/484.

seus empregados. Muitos são os motivos a serem apontados na direção desse monitoramento: a) e-mails com palavras como “confidential” ou “proprietary” pode constituir em indício de divulgação, mesmo que não intencional, de informações sigilosa da empresa; b) e-mails com linha de assunto e frases como “procura de emprego” ou “currículo em anexo” podem indicar a intenção do empregado deixar a empresa; c) e-mails encaminhados por um único funcionário a muitos destinatários e no mesmo dia podem sobrecarregar o sistema e indicar que o tempo de trabalho está sendo desperdiçado; d) e-mails com a linha de assunto e a designação de “fwd” ou “re” aparecendo diversas vezes em uma mensagem podem se tratar de piadas direcionadas a diversas pessoas ou bate-papos indevidos; e) e-mails com mensagens que possuem anexos “exe”, com vídeos sobrecarregam a rede e propiciam a lentidão do computador, podendo paralisar o sistema.²²²

Roberto Senise Lisboa destaca que não é recomendável a violação da privacidade do empregado em encaminhar e receber e-mails. A segurança da empresa não é juridicamente mais relevante que a segurança e a privacidade de seu empregado. Ao se proporcionar a um empregado a utilização da internet e o incumbi-lo a remessa e o recebimento de e-mails, fica clara a confiança nele depositada pelo seu empregador, por si ou através do preposto que chefia a sessão. Pouco importa se o monitoramento vem a ser utilizado através de aparelho de propriedade da empresa, pois o fim a ele dado configura ilícito penal e civil.²²³

Sergio Pinto Martins destaca que o sigilo da comunicação de dados, como o e-mail, é inviolável. Entretanto, essa regra não pode ser entendida de forma absoluta, principalmente diante da má-fé do empregado e ressalta que em casos de interesses relevantes, que podem, posteriormente, ser examinados pela Justiça, o empregador poderá monitorar os e-mails do empregado, desde que digam respeito ao serviço.²²⁴

²²² LISBOA, Roberto Senise. Op. cit., p. 481/482.

²²³ Op. cit., p. 482.

²²⁴ MARTINS, Sergio Pinto. Op. cit., p. 194.

Os principais argumentos utilizados por esta parte da doutrina que não admite o controle dos meios eletrônicos são assim indicados: a) o direito de propriedade e o poder de direção do empregador não são absolutos e encontram limites no respeito aos direitos fundamentais do trabalhador, que garantem a inviolabilidade da intimidade, vida privada, correspondência e comunicações; b) o correio eletrônico e o seu conteúdo estão protegidos pelo mesmo sigilo assegurado às cartas fechadas, portanto, garantidos constitucionalmente.

Outra parte da doutrina admite a possibilidade do empregador acessar e fiscalizar o computador e o correio eletrônico do trabalhador no ambiente laborativo.

Para tais doutrinadores a prerrogativa se funda no contrato de trabalho, no poder de controle do empregador e no dever de obediência do empregado. Sustentam que não há intimidade ou privacidade a ser preservada em razão do acesso ao computador e às mensagens eletrônicas, posto que utilizadas com o fim exclusivo da atividade empresarial.

João Oreste Dalazen sustenta que o correio eletrônico é um simples instrumento de trabalho que o empregador confia ao empregado para auxiliá-lo no desempenho de suas atividades laborais. Bem se compreende que assim seja visto, pois as mensagens eletrônicas trafegam pelo sistema operacional do empregador exclusivamente para fins corporativos. Portanto, não há como estender ao e-mail corporativo a inviolabilidade das correspondências postal e telefônica. A senha pessoal de acesso para a caixa de correio eletrônico também não gera qualquer expectativa de privacidade em relação ao e-mail corporativo: dita senha é mecanismo de proteção do empregador, pois visa evitar que terceiros alheios à sua confiança acessem o conteúdo das mensagens profissionais. Por fim, não se pode esquecer que a lei fixa a responsabilidade do empregador por quaisquer danos que seus empregados causem a terceiros.²²⁵

²²⁵ DALAZEN, João Orestes; SOUTO MAIOR, Jorge Luiz, Op. cit., p.10/11.

Estevão Mallet assinala que não havendo proibição de fiscalização do trabalho por meio eletrônico, como programas instalados no computador da empresa para rastrear páginas consultadas na rede mundial (internet) ou mensagens eletrônicas enviadas e recebidas, que expõem mais intensamente a intimidade do empregado, deve considerar-se a prática lícita e admitida. Ressalta a indispensabilidade de informar previamente o empregado a respeito da existência da fiscalização, não admitindo a vigilância clandestina, oculta ou dissimulada, a qual é incompatível com a dignidade da pessoa humana.²²⁶

O mesmo autor conclui que a utilização de meio de comunicação a que de antemão se sabe não ser reservado e estar sujeito à fiscalização impede que se invoque a proteção conferida à intimidade. Há consentimento à quebra da intimidade, que atua como pré-excludente da ilicitude, independentemente de prévia autorização judicial. Assim, não se configura ilegal a gravação de conversa telefônica que o empregado entabula no aparelho cedido pela empresa, para uso durante o serviço e em atividade ligada ao objeto do contrato de trabalho, sempre que previamente divulgado o procedimento de fiscalização. O mesmo vale para o exame de mensagens eletrônicas e para o rastreamento de páginas consultadas na rede mundial (internet).²²⁷

Os principais argumentos que podem ser utilizados para o fim se concluir pela possibilidade do empregador ter acesso, controle e fiscalização sobre o computador, internet e correio eletrônico usados pelo trabalhador no ambiente de trabalho são os seguintes: a) o empregador é detentor do poder diretivo, o qual lhe permite dirigir e controlar a prestação pessoal de serviços; b) o empregador assume exclusivamente os riscos da atividade econômica; c) o empregado trabalha subordinado às ordens do empregador, que define o objeto das atividades laborativas; d) o empregador é o proprietário dos equipamentos e da infra-estrutura utilizada no ambiente de trabalho, tais como: computadores, hardware, software, rede, provedores, etc.; e) o empregador é o responsável pelos

²²⁶ MALLET, Estevão. Op. cit., p. 68.

²²⁷ *Ib idem.*, p. 69.

atos do empregado e pelo uso indevido do correio eletrônico do seu domínio; f) os meios de comunicação intranet, internet, correio eletrônico, endereço eletrônico são acessórios do computador, colocados à disposição do empregado e propiciam a comunicação eletrônica para o exercício das atividades laborativas.

Conforme aduz João de Lima Teixeira Filho, o direito de sigilo, constitucionalmente garantido, se refere, evidentemente, à correspondência privada do cidadão, e não ao conteúdo de atos funcionais que o empregado pratica na empresa, para executar seu contrato de trabalho, usando maquinário que o empregador põe a seu alcance. Não se pode confundir o direito do cidadão à privacidade e ao sigilo da correspondência (direitos do cidadão em sua vida privada) com atos praticados em sua vida funcional (sujeitos ao poder diretivo do empregador).²²⁸

O computador é fornecido ao empregado por força do contrato de trabalho e destinado a tornar mais ágil e eficiente o objeto da prestação de serviços e a execução de suas atividades funcionais. O computador é usado pelo empregado como ferramenta de trabalho e o correio eletrônico - que é um acessório do computador - também pertence ao empregador e é fornecido ao empregado para lhe autorizar a receber e a transmitir informações, dados, correspondências, propostas, contratos, realizar negócios e a praticar todos os demais atos relacionados com as atribuições funcionais exigíveis por conta da relação de emprego e, principalmente, com os fins almejados pela empresa.

Desta forma, o empregador fornece o computador e o correio eletrônico ao trabalhador para ser utilizado como ferramenta de trabalho e para que o mesmo possa executar suas atividades a contento dos interesses empresariais, razão pela qual o empregador tem a prerrogativa de controlar e fiscalizar o uso desta ferramenta de trabalho.

²²⁸ SUSSEKIND, Arnaldo et al. Instituições de Direito do Trabalho. 22ª ed. atual. São Paulo: LTR, 2005. v. 1, p. 648.

Está implícito no contrato de trabalho que as correspondências eletrônicas recebidas e enviadas pelo empregado estão afetas ao desenvolvimento dos serviços, tendo como objetivo a realização do trabalho. O empregador, tomando conhecimento delas, não viola o sigilo de correspondência do empregado. As informações e dados gerados nos equipamentos são de propriedade do empregador, que pode requisitá-las ou delas tomar conhecimento no momento que entender conveniente.²²⁹

O empregador tem o direito de exercer o poder de comando, porque a ele cabe não só dirigir a prestação pessoal de serviços, mas organizar o modo de funcionamento da empresa em decorrência dos riscos da atividade econômica que assume. Daí ser lícito ao empregador, no exercício regular do seu poder diretivo, baixar normas ou rotinas dando a conhecer aos empregados como quer que sejam usados, no ambiente de trabalho, o computador, o endereço eletrônico e a internet, que são instrumentos de trabalho.²³⁰

O empregador é o proprietário dos meios eletrônicos e aplicativos tecnológicos que são colocados à disposição do empregado como ferramentas para a execução das atividades laborativas. O empregador é quem dirige, controla e subordina o trabalho do empregado, dando destinação concreta à mão de obra dos trabalhadores com vistas ao atendimento dos fins da empresa. Os meios eletrônicos são fornecidos ao trabalhador por força da relação de emprego e para o exercício das atividades laborativas objeto do contrato de trabalho.

Portanto, resta claro que os dispositivos eletrônicos se convertem em ferramentas de trabalho, que são disponibilizadas pelo empregador ao empregado para serem utilizadas única e exclusivamente na execução das atividades laborativas que lhe são exigíveis por força de contrato de trabalho.

²²⁹ FINATI, Cláudio Roberto. As Relações de Trabalho na Era da Informática. In Revista Síntese Trabalhista, n.136. Outubro de 2000. São Paulo, p. 18.

²³⁰ SUSSEKIND, Arnaldo et al. Op. cit. p. 651.

Não obstante a inexistência de normas específicas para o fim de regular tal forma de controle e de fiscalização das atividades laborativas pelo empregador é de bom alvitre sejam buscadas, individual e coletivamente, medidas e soluções de equilíbrio para o fim de conciliar e compatibilizar os direitos de privacidade do trabalhador com o poder de direção do empregador.

Revela-se importante que a empresa adote uma política para regular o uso e as formas de controle e fiscalização dos meios eletrônicos disponibilizados ao empregado para utilização no trabalho. Essa política pode ser materializada através de circular interna, regulamento interno ou acordo coletivo de trabalho.

O empregador precisa dar conhecimento prévio ao trabalhador das regras instituídas para o fim de regular a utilização e o controle dos meios eletrônicos, fixando o que é permitido, o que é proibido e as sanções previstas para a hipótese de não cumprimento das regras.

Se assim o fizer, evidentemente que da sua conduta patronal não se pode extrair qualquer fato que resulte em violação à intimidade do trabalhador e ao direito do sigilo da correspondência.

Diante das considerações supra, a conclusão a que se chega é no sentido de que o empregador - no exercício regular do seu poder diretivo - pode instituir mecanismos para controlar e fiscalizar as atividades profissionais dos empregados que são prestadas por ferramentas de trabalho eletrônicas, tais como, computadores, internet, correio eletrônico, sem que tal procedimento resulte na violação aos direitos fundamentais do trabalhador que protegem a vida privada e o sigilo da correspondência e das comunicações.

Não se vislumbra, pois, qualquer ofensa aos direitos fundamentais do trabalhador o controle das atividades prestadas pelos empregados por meios eletrônicos.

6.2.1.4. ASSÉDIO SEXUAL

O assédio sexual está diretamente relacionado com a moral individual e coletiva que permeia as relações humanas. Não se pode dizer que em determinado período histórico tenha havido homogeneidade no que diz respeito à conduta moral humana. As relações humanas e os padrões de comportamento variam em razão do tempo, da religião, da cultura e de vários outros fatores.

A liberdade sexual é uma das expressões do direito à intimidade e à vida privada. Num primeiro momento, relaciona-se com o direito à integridade física, considerado como o direito à vida e o direito ao próprio corpo. Por outro lado, como pode envolver a vontade mais recôndita do indivíduo, assim como diversos outros fatores de ordem moral e cultural próprios desse mesmo indivíduo, é possível considerar a liberdade sexual espécie do gênero direito à integridade moral. Sob esse aspecto é clara a sua relação com a intimidade e a vida privada, já que o indivíduo tem pleno direito de exercer essa liberdade, em todas as suas manifestações, sem dar conhecimento às demais pessoas. Ademais, como todos os direitos da personalidade, a relação com a dignidade humana e com o próprio direito à vida é incontestável.²³¹

A evolução da sociedade, juntamente com o desenvolvimento das relações sexuais provocou uma alteração substancial na noção de liberdade sexual. Convicções religiosas, filosóficas ou até mesmo políticas, assim como fatores morais e culturas, influenciam diretamente o alcance desta liberdade. Por conseqüência, dependendo da época, do local e das pessoas envolvidas, a noção de liberdade sexual é complementemente diferente. Um fato, porém, é comum na maioria das situações: como expressão do direito à vida e corolário da dignidade humana a liberdade, caracterizada superficialmente como poder de autodeterminação, é essencial. Assim, a vontade do indivíduo para usufruir dessa prerrogativa deve ser pura e linear e deve estar desimpedida por completo. Por tal motivo, sempre que a liberdade é vilipendiada, caracteriza-se lesão ao direito à

²³¹ SIMÓN, Sandra Lia. Op. cit. p. 171/172.

vida e à dignidade da pessoa e, dependendo da situação, lesão à intimidade e à vida privada.²³²

As garantias constitucionais de proteção à dignidade, à intimidade e à privacidade da pessoa humana, enquanto normas emanadas da Constituição Federal, orientam todas as relações entre os indivíduos e, evidentemente, a esta regra não escapa a relação de emprego. Assim, os direitos fundamentais se incorporam de forma automática à relação de emprego, irradiando seus efeitos aos sujeitos do contrato de trabalho, independentemente de manifestação de vontade, constituindo-se em limitação ao poder de direção do empregador.

As peculiaridades do contrato de trabalho, marcado, de um lado: pela hipossuficiência do trabalhador e pelo seu estado de sujeição, e de outro lado: pelo poder de direção do empregador, são propensas a instalar na relação de emprego um ambiente bastante propício à ocorrência de lesões.

Conforme destaca Rodolfo Pamplona Filho, se a subordinação jurídica, que é requisito essencial da relação de trabalho subordinado, implica a submissão contratual do empregado ao empregador, podendo vir acompanhada, acidentalmente, inclusive de uma subordinação sócio-econômica, não há dúvidas que a relação de emprego é um campo fértil para a ocorrência de lesões no patrimônio jurídico (tanto material, quanto moral) dos seus contratantes.²³³

O trabalho nas empresas favorece a aproximação entre as pessoas, não apenas em razão da duração prolongada da jornada de trabalho, mas também porque a execução das atividades determina um contato freqüente entre elas. Esse relacionamento profissional não raro pode transformar-se em relacionamento afetivo livremente estabelecido entre os trabalhadores. Todavia, pode ocorrer que um relacionamento seja pretendido por um e não seja correspondido por outro. Nesta hipótese, quando quem pretende o relacionamento é superior hierárquico e

²³² SIMÓN, Sandra Lia. Op. cit. p. 172.

²³³ PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Oo. Cit., p. 81.

este relacionamento não tenha caráter puramente afetivo, mas restritamente um relacionamento de natureza sexual, estaremos diante de uma situação que atenta contra a liberdade sexual e a intimidade da pessoa humana.²³⁴

No âmbito do contrato de trabalho a ocorrência do assédio sexual, como regra, decorre do dever de subordinação do empregado em relação ao poder diretivo do empregador. A conduta de assédio se consuma em razão de uma hierarquia de poder, onde uma pessoa, em razão de sua condição de superior hierárquico, constrange outra pessoa a adotar um procedimento sexual que a mesma não adotaria fora deste estado de dependência.

Algumas definições doutrinárias, independentemente da lei penal, já destacavam a superioridade hierárquica do empregador como requisito essencial para a configuração do assédio sexual no ambiente de trabalho.

Para José Wilson Ferreira Sobrinho, assédio sexual é o comportamento consistente na explicitação de intenção sexual que não encontra receptividade concreta da outra parte, comportamento esse reiterado após a negativa.²³⁵

Cássio Mesquita Barros, citado por Valdir Florindo, preleciona que a Organização Internacional do Trabalho desenvolveu uma definição jurídica para esse comportamento, segundo a qual, no conceito da OIT, o assédio sexual, assim considerado: insinuações, contatos físicos forçados, convites ou pedidos impertinentes, deve apresentar pelo menos uma das seguintes características: 1) ser claramente uma condição para dar ou manter o emprego; 2) influir nas promoções ou na carreira do assediado; 3) prejudicar o rendimento profissional, humilhar, insultar ou intimidar a vítima.

²³⁴ CASELLA, João Carlos. In MALLETT, Estevão e ROBORTELLA, Luiz Carlos Amorim (coordenadores). Op. cit., p. 491/492.

²³⁵ FERREIRA SOBRINHO, José Wilson. Op. cit., p. 60.

Paulo Viana de Albuquerque Jucá preleciona que para a configuração do assédio sexual é necessário que a conduta tenha conotação sexual, que não haja receptividade, que seja repetitiva em se tratando de assédio verbal e não necessariamente quando o assédio é físico (...) de forma a causar um ambiente desagradável no trabalho, colocando em risco o próprio emprego, além de atentar contra a integridade e dignidade da pessoa, possibilitando pedido de indenização por danos físicos e morais.²³⁶

Marly A. Cardone conceitua assédio sexual como a atitude de alguém que, desejando obter favores libidinosos de outra pessoa, causa a esta constrangimento, por não haver reciprocidade (...) Se assédio é insistência, para que exista o comportamento que estamos pretendendo definir, necessário se torna que haja freqüentes investidas do assediador junto à pessoa molestada.²³⁷

Amauri Mascaro Nascimento aduz que o assédio sexual se configura mediante uma conduta reiterada, nem sempre muito clara, por palavras, gestos, outros indicativos do propósito de constranger ou molestar alguém, contra a sua vontade, a corresponder ao desejo do assediador, de efetivar uma relação de índole sexual com o assediado. Portanto, explicita-se como manifestação de intenção sexual sem receptividade do assediado, de modo a cercear a sua liberdade de escolha, a ponto de atingir a sua dignidade, o que difere de pessoa para pessoa da mesma maneira que a moral, também, deve ser interpretada em consonância com as variações do tempo e do espaço. Para o autor, as hipóteses de configuração do assédio sexual no ambiente de trabalho são as seguintes:²³⁸

a) do empregador contra o subordinado, que é o mais grave, porque envolve uma relação de poder, como a de emprego, na qual aquele se situa na posição dominante e este na de dominado;

²³⁶ JUCÁ, Paulo Viana de Albuquerque. O Assédio Sexual como Justa Causa Típica. Revista LTR. São Paulo: LTR, vol. 61, nº 2, fev. 97, págs. 176/177.

²³⁷ CARDONE, Marly A. Op. cit., p. 393.

²³⁸ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. Op. cit., p. 117/118.

b) a do preposto do empregador sobre o empregador, podendo configurar a dispensa indireta por justa causa do empregador por ato lesivo da honra e boa fama do empregado (CLT, art. 483, letra “e”), além de reparações civis, as mesmas previstas para o dano moral;

c) do empregado contra colega, o que mostra que o assédio sexual não tem como única situação uma relação de poder, podendo sujeitá-lo a punição disciplinar ou dispensa por justa causa de incontinência de conduta (CLT, art. 482), ou clientes, o que põe em discussão o problema da responsabilidade civil da pessoa jurídica pelos atos praticados por seus prepostos, prevista no Código Civil, art. 1521, III e art. 1522, aspecto que exige da empresa cuidados especiais, medidas preventivas e rigor na seleção e fiscalização dos empregados para não ser acusada por atos dos mesmos.

d) embora mais difícil, a de empregado sobre superiora hierárquica, punível também como justa causa e as mesmas reparações civis.

O autor amplia as hipóteses de ocorrência de assédio sexual no ambiente de trabalho, que vão além do típico abuso do exercício do direito de poder diretivo sobre o trabalho subordinado, destacando a possibilidade de ocorrência de assédio sexual entre empregado contra colega de trabalho e até mesmo do subordinado em face de superior hierárquico. Esse posicionamento que contempla outras possibilidades de assédio moral é compartilhado por outros doutrinadores.

Rodolfo Pamplona Filho conceitua assédio sexual como toda conduta de natureza sexual não desejada que, embora repelida pelo destinatário, é continuamente reiterada, cerceando-lhe a liberdade sexual. Ressalta que se normalmente há uma relação de poder entre assediante e assediado, este não é um requisito essencial, pois o assédio sexual trabalhista poderá ocorrer, também,

entre colegas de serviço, entre empregado e cliente da empresa e até mesmo entre empregado e empregador, figurando este último como vítima.²³⁹

José Pastore e Luiz Carlos Amorim Robortella discorrem que o assédio sexual no trabalho tem um ingrediente peculiar, que o distingue de outras formas de abuso: a chantagem. O assédio ocorre quando uma pessoa tenta usar o seu poder para obter favores sexuais da outra. Trata-se, portanto, de uma ação unilateral e assimétrica. O assediador deseja obter, por chantagem, o que o assediado não quer proporcionar. O elemento da chantagem é essencial. O simples "flirt", os jogos recíprocos e a cantada, sem intenção de chantagear, não são assédio sexual. Destaca que o uso do poder no assédio sexual assume as mais variadas formas e que frequentemente é o superior hierárquico que promete promoções ou ameaça despedir, em troca de favores sexuais, embora haja casos bem mais raros, em que o subordinado procura chantagear o superior, fazendo uso de informações confidenciais.²⁴⁰

Marcus Vinicius Lobregat também partilha desta visão menos restritiva, asseverando que existem casos em que o relacionamento afetivo pretendido por um dos trabalhadores (ou pelo empregador) não é correspondido pelo outro (em que pese a insistência do primeiro), gerando conseqüências na vida pessoal dos envolvidos e, de maneira significativa, no mundo laboral. Aliás, quando essa circunstância se dá entre trabalhadores de nível hierárquico diferente e/ou entre empregador e empregado (quando uma das pessoas tem o poder de decidir sobre a permanência ou não da outra no emprego, como também de influir nas promoções ou na carreira da mesma), temos a situação (nada obstante seja extremamente desconfortável e prejudique o rendimento profissional) gera humilhação, insulto e intimidação do subordinado, notadamente quando a conduta do assediante se traduz em pressões ou ameaças (explícitas ou implícitas), objetivando obter a capitulação do assediado e traduzindo-se num dano moral.²⁴¹

²³⁹ PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Op. cit., p. 41.

²⁴⁰ PASTORE, José e ROBORTELLA, Luiz Carlos Amorim. Op. cit.

²⁴¹ LOBREGAT, Marcus Vinicius. Dano Moral nas Relações Individuais de Trabalho. São Paulo: LTR, 2001, p. 56.

Valdir Florindo aduz que o assédio sexual ocorre quando o superior se vale de sua posição hierárquica para exigir favores sexuais, ou então do próprio patrão, todos muitas vezes sob ameaça de dispensar ou de prejudicar a vítima na carreira. Há que se considerar também que pode ocorrer entre colegas do mesmo nível hierárquico, quando o assédio prejudica o rendimento profissional da vítima e a humilha.²⁴²

Embora o fator da superioridade hierárquica do empregador sobre o empregado sirva de amparo a significativa parcela das decisões judiciais relacionadas à caracterização de assédio sexual no ambiente de trabalho, entendo que existem várias outras hipóteses na relação de emprego.

Não vislumbro na posição de superioridade laboral do empregador a única forma de caracterização da prática de assédio sexual no ambiente de trabalho. Além dessa forma mais habitual, o assédio sexual também por ser praticado entre colegas de trabalho do mesmo nível hierárquico e até mesmo pelo subordinado em face do superior hierárquico ou do empregador.

A configuração do assédio sexual exige a prática de conduta reiterada do assediador, de coagir, insinuar, molestar, perseguir com insistência o assediado com intuito sexual. A conduta ofensiva deve ser resistida. O assédio pode se configurar por meio de atos ou palavras de conotação sexual que violem a dignidade do assediado. Portanto, os elementos caracterizados do ato ilícito são os seguintes: sujeitos, conduta de ordem sexual, resistência e reiteração da conduta.

Na esfera penal, o assédio sexual foi disciplinado pela Lei nº 10.224/01, que acrescentou o art. 316-A ao Código Penal Brasileiro com a seguinte redação: Constranger alguém com o intuito de obter vantagem ou favorecimento sexual, prevalecendo-se o agente da sua condição de superior hierárquico ou ascendência inerentes ao exercício de emprego, cargo ou função. Pena - detenção, de um a dois anos.

²⁴² FLORINDO, Valdir. *Dano Moral e o Direito do Trabalho*, 3ª ed., São Paulo: LTR, 1999, p. 86.

Conforme preleciona Luiz Carlos Amorim Robortella a Lei nº 10.224 se conecta com o direito do trabalho quando, clara e definitivamente, pune o assédio sexual na relação de emprego, mas não o apanha em suas múltiplas manifestações. Todavia assinala que o texto parece admitir apenas o assédio do superior hierárquico sobre o subordinado, afastando as demais modalidades, razão pela qual entende que estará excluída, a prevalecer esta interpretação, o assédio entre trabalhadores do mesmo nível, que é muito comum, especialmente na forma de ambiente hostil e intolerável. Aduz que os comportamentos não alcançados pela Lei nº 10.224, ficarão circunscritos às regras de direito do trabalho, lá se exaurindo a tutela jurídica, no que concerne à relação de emprego.²⁴³

A mulher é a principal vítima do assédio sexual na relação de emprego, mas este também pode se configurar através de outras situações, como por exemplo, o assédio da mulher em relação ao homem ou o assédio envolvendo pessoas do mesmo sexo.

Independentemente do sexo da vítima ou o motivo do assédio (grande inserção da mulher no mercado de trabalho, forma de afastá-la de cargo tipicamente masculino, temor de perda de emprego, condição para a contratação, dentre outros), o elemento que o caracteriza no ambiente de trabalho é o poder (de direção ou derivado/delegado do poder de direção) que o sujeito ativo tem, em maior ou menor grau, em relação ao passivo.²⁴⁴

Por não ser uma situação que constranja apenas a mulher, o assédio é condenado não em virtude da discriminação que carrega consigo (desrespeito ao princípio da igualdade), mas sim em razão da lesão à liberdade sexual e, dependendo da situação, à intimidade e à vida privada.²⁴⁵

Alice Monteiro de Barros destaca que existem dois tipos de assédio sexual:

²⁴³ ROBORTELLA. Luiz Carlos Amorim Robortella. Assédio Sexual no Emprego. Op. cit. p.42/43.

²⁴⁴ SIMÓN, Sandra Lia. Op. cit., p. 174.

²⁴⁵ Ib. idem, p. 174.

a) assédio sexual por intimidação: que se efetiva através da coação, do exercício sobre a vontade da vítima para obrigá-la a se submeter à vontade do assediador, ou seja, há um abuso de autoridade que se manifesta através de ameaça de perda de benefícios ou até de demissão para que a vítima preste favores sexuais. Esta é a forma mais comum de manifestação do assédio sexual;

b) assédio sexual por chantagem, que se efetiva mediante insinuações de ordem sexual ou outras manifestações da mesma índole com o intuito de criar uma situação ofensiva, um ambiente de trabalho hostil e intolerável para a vítima. Esta situação é também denominada de assédio sexual ambiental, pois o seu objetivo é de criar uma situação hostil, de intimidação que venha a prejudicar a situação profissional da vítima. Nesse caso, são utilizadas frases com conotação sexual, de duplo sentido, embaraçosas ou humilhantes, insinuações sexuais, exibição de material pornográfico e outras práticas irregulares. Esse tipo de assédio tem finalidade de criar uma ambiente insuportável à vítima, forçando-a a pedir transferência ou a pedir demissão da empresa.²⁴⁶

Nas duas hipóteses de assédio sexual fica caracterizada a conduta do assediador com fim sexual, utilizando-se tanto da coação moral como da coação material, que no ambiente de trabalho se caracteriza por ameaças concernentes à permanência em cargo ou emprego, além de outras de natureza laboral.

A prática do assédio sexual no trabalho traz graves e indesejáveis conseqüências para a vítima, para a empresa e para todo o ambiente de trabalho, que terá suas condições de normalidade degradadas.

O assédio pode também deteriorar o relacionamento entre os colegas de trabalho e a imagem da empresa perante o público e seus clientes, além da indenização envolvida na sua reparação.

²⁴⁶ BARROS, Alice Monteiro de. Proteção à Intimidade do Empregado. São Paulo: LTR, 1997, p. 142 e 144.

Para o assediado, no plano profissional, pode se verificar uma alteração na sua conduta funcional, com diminuição de rendimento e faltas injustificadas como forma de se esquivar do problema. No plano pessoal, podem ocorrer seqüelas psicológicas e físicas, podendo resultar em ansiedade e depressão. Além disso, a divulgação do fato gera uma situação vexatória e constrangedora para a vítima no âmbito profissional, pessoal e familiar.

A questão do assédio sexual no ambiente de trabalho não se enquadra em uma típica colisão de direitos. O direito de propriedade do empregador, materializado através do seu poder diretivo, não lhe concede o direito de “assediar”. Assim, o assédio sexual não é situação que contemple colisão de direitos, mas caracteriza-se como abuso no exercício do direito de propriedade e de poder de direção do empregador.²⁴⁷

O empregador tem o dever de assegurar um ambiente de trabalho sadio e isento de vícios ou agressões aos seus colaboradores, razão pela qual quando a liberdade sexual é violada, resta caracterizada lesão à dignidade à intimidade e à vida privada do trabalhador.

A legislação constitucional consagra a garantia da dignidade da pessoa humana e dispõe que são invioláveis a intimidade e a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurando o direito à indenização pelo dano moral ou material decorrente de sua violação (art. 5º, inc. II e X). Eis a base que garante os direitos fundamentais do trabalhador contra práticas abusivas do emprego.

O art. 216-A do Código penal disciplina que constituirá assédio sexual constranger alguém com o intuito de levar vantagem ou favorecimento sexual, prevalecendo-se o agente de sua condição de superior hierárquico ou ascendência inerente ao exercício de emprego, cargo ou função.

²⁴⁷ SIMÓN, Sandra Lia. Op. cit., p. 176.

Além de ilícito penal, a prática de assédio sexual no ambiente de trabalho configura violação aos direitos constitucionais. E, uma vez comprovada a prática do ato lesivo pelo empregador, o mesmo deve ser responsabilizado. Eis o posicionamento dos nossos Tribunais Regionais do Trabalho sobre o assunto:

“ASSÉDIO SEXUAL. INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL. Tendo a autora comprovado que o dirigente da empresa onde laborava, valendo-se da circunstância de superior hierárquico, tentou obter dela favorecimento sexual, não há dúvida quanto à caracterização do assédio sexual, pelo que deve a ré arcar com o pagamento de indenização por danos morais, como forma de minorizar o prejuízo de ordem íntima sofrido pela vítima e de coibir condutas que atentam contra a dignidade e a integridade física ou moral da pessoa humana.” TRIBUNAL: 3ª Região – DECISÃO: 29/06/05 – TIPO: RO – ANO 05 – NÚMERO 00119 – TURMA: 8ª TURMA – Pub.: 10/03/06 – Rel: Juiz José Miguel de Campos).

“DANO MORAL. ASSÉDIO SEXUAL. PROVA. Restando inequivocamente demonstrada a prática de assédio sexual, trazendo a certeza de que, efetivamente o acusado se comportou de forma imoral, ferindo a liberdade sexual da reclamante, suficiente para caracterizar o dano moral, é inteiramente justo o pedido de reparação vindicado.” (TRIBUNAL: 3ª Região – DECISÃO: 03/07/02 – TIPO: RO – ANO 2002 – NÚMERO ÚNICO 04799 - RO - TURMA: 3ª TURMA – Publicação: 16/07/2002 – Rel: Juíza Maria Lúcia Cardoso de Magalhães)

ASSÉDIO SEXUAL. DANOS MORAIS. Demonstrada a prática de ato lesivo à honra e à dignidade da obreira, em face do comportamento assediante dos prepostos, de conotação sexual, resta configurado o dano moral, que deve ser reparado pelo empregador, a teor do disposto nos artigos 2o./CLT, 159 e 1521, III, do Código

Civil. (TRIBUNAL: 3ª Região – DECISÃO: 03/12/01 – TIPO: RO – ANO 2001 – NÚMERO ÚNICO 14134 – RO TURMA: 1ª TURMA – Publicação: 14/12/2001 – Rel: Juíza Maria Auxiliadora Machado Lima).

ASSÉDIO SEXUAL. DANO MORAL. A comprovação do proceder indecoroso do empregador que culmina em agressão à honra e à intimidade da trabalhadora, por si só, faz emergir o dano moral experimentado por esta, e, por conseguinte, o dever de indenizar. O valor da indenização deve prestar-se à reparação do dano causado e à prevenção da reincidência patronal. Seguindo essas lições, e assim considerando o ato reincidente da reclamada, nenhuma reforma merece a sentença de origem. Recurso ao qual se nega provimento. (TRIBUNAL: 23ª Região – DECISÃO: 25/05/04 – TIPO: RO – ANO 2001 – NÚMERO ÚNICO 01024-2003-005-23-00-3 – RO - TURMA: 1ª TURMA – Publicação: 29/06/2004 – Rel: JUIZ JOSÉ SIMIONI).

Verifica-se que ao empregador incumbe a obrigação de manter o ambiente de trabalho moralmente sadio, pressuposto mínimo para o trabalhador exercer suas atividades laborativas com tranqüilidade. Nesse sentido, caso venha ocorrer a prática de assédio moral no ambiente de trabalho, seja de autoria do empregador ou de seus prepostos, evidentemente deve o mesmo ser responsabilizado pelos atos irregulares, exatamente da forma como vem reconhecendo e decidindo nossos Tribunais Trabalhistas. Tal conduta tem como consequência a condenação em indenização por danos morais.

Se o assédio sexual for praticado pelo empregador ou por superior hierárquico em face de trabalhador que lhe é subordinado, poderá o empregado considerar rescindido indiretamente o contrato de trabalho e pleitear a devida indenização, sob o fundamento de justa causa praticada pelo empregador, conforme disciplina o art. 483, letra “e” da CLT.

A dispensa indireta se funda na falta grave imputada ao empregador ou por seus prepostos e consistente na prática de ato lesivo da honra e boa-fama do trabalhador. Resta, ainda, ao trabalhador assediado, a possibilidade de pleitear indenização por dano moral, por violação dos direitos fundamentais (dignidade da pessoa humana, intimidade, vida privada).

Nossos Tribunais Trabalhistas vêm reconhecendo o direito do empregado assediado considerar rescindido indiretamente o contrato de trabalho e de pleitear judicialmente a indenização devida, na hipótese de falta grave do empregador consistente na prática de assédio sexual. Vejamos:

“ASSÉDIO SEXUAL. RESCISÃO INDIRETA. A empregada que sofre assédio sexual por superior hierárquico, registrando a ocorrência e sem que a administração empresarial tome quaisquer providências, tem autorizada a rescisão indireta do contrato de trabalho.” (TRIBUNAL: 12ª região – DECISÃO: 13/02/01 – TIPO: RO – ANO 2000 – NÚMERO 02896 - TURMA: 1ª TURMA – Publicação: 30/03/2001 – Pág. 295 - Rel: Juiz C. A. Godoy Ilha).

“ASSÉDIO SEXUAL. CARACTERIZAÇÃO. A doutrina destaca dois conceitos básicos do assédio sexual. O primeiro deles, chamado de assédio sexual por chantagem, ocorre quando o agressor vale-se da sua posição hierárquica superior e comete verdadeiro abuso de autoridade ao exigir favor sexual sob ameaça de perda de benefícios. Quando esse tipo de assédio é praticado na relação de emprego, a coação resulta da possibilidade da vítima perder o emprego. A segunda hipótese de assédio sexual, chamada assédio por intimidação, ocorre quando se verifica a prática de incitações sexuais inoportunas, solicitações sexuais ou qualquer manifestação dessa mesma índole, verbal ou física, cujo efeito é prejudicar a atuação da vítima, por criar uma situação que lhe é hostil. A casuística dessa modalidade de assédio sexual é ampla e abrangem abuso verbal, comentários sexuais sobre a aparência

física do empregado; frases ofensivas ou de duplo sentido; alusões grosseiras, humilhantes ou embaraçosas; perguntas indiscretas sobre a vida privada do trabalhador; além de insinuações sexuais inconvenientes e ofensivas. O empregador que dirige à uma empregada insistentes manifestações de afeto, acompanhadas da oferta de bens materiais, vinculadas à aceitação de suas propostas amorosas, pratica assédio sexual nessa segunda modalidade, de molde a autorizar o rompimento indireto do contrato de trabalho.” (TRIBUNAL: 3ª região – DECISÃO: 10/05/07 – TIPO: RO – ANO 2006 – NÚMERO ÚNICO 01161-2006-081-03-00-2 RO - TURMA: 7ª TURMA – Publicação: 17/05/2007 – Rel: Juíza Convocada Wilméia da Costa Benevides).

“ASSÉDIO SEXUAL - RESCISÃO INDIRETA - DANO MORAL. Considerando os fatos e circunstâncias constantes dos autos, a respaldar a narrativa da inicial no sentido da prática de assédio sexual pelo gerente da reclamada, sem que esta tomasse providência acerca do noticiado pela autora, plenamente justificado o motivo da rescisão indireta do contrato de trabalho, com o conseqüente deferimento das verbas rescisórias pertinentes, bem como de indenização por danos morais.” (TRIBUNAL: 3ª região – DECISÃO: 08/08/01 – TIPO: RO – ANO 2001 – NÚMERO 08703 - TURMA: 4ª TURMA – Publicação: 15/09/2001 – Pág. 10 - Rel: Caio L. de Vieira de Mello).

A legislação constitucional consagra a dignidade da pessoa humana e dispõe que são invioláveis a intimidade e a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurando o direito à indenização pelo dano moral ou material decorrente de sua violação. O assédio sexual praticado na relação de emprego caracteriza infração aos dispositivos de proteção da norma consolidada (art. 483, “e”) e, ainda, violação às garantias fundamentais asseguradas pela Carta Magna.

As decisões judiciais proferidas confirmam que nossas Cortes Trabalhistas vêm rechaçando a odiosa prática de assédio sexual no ambiente de trabalho e condenando a empresa no pagamento de indenizações por danos morais, decorrente da violação dos direitos fundamentais.

Se o assédio sexual é praticado por um empregado em face de outro colega de trabalho ou em face de superior hierárquico ou do empregador, poderá o empregador considerar rescindido o contrato de trabalho, sob o fundamento de justa causa praticada pelo empregado, caracterizada por incontinência de conduta, conforme disciplina o art. 482, letra “b” da CLT.

Considerando que a Constituição Federal de 1988 exalta a dignidade da pessoa humana e consagra a inviolabilidade da intimidade e a vida privada da pessoa humana, assegurando o direito à indenização pelo dano moral ou material decorrente de sua violação (art. 5º, inc. II e X), são plenamente compatíveis os pedidos de reparação patrimonial e indenização por dano moral por parte da vítima de assédio. O fato gerador pode ser único, com múltiplas conseqüências, gerando danos de distinta natureza. Embora decorrentes do mesmo fato, ensejam reparação cumulativa.²⁴⁸

No campo do direito penal o autor do assédio sexual pode ser processado criminalmente pela prática do delito previsto no art. 216-A do Código Penal, que prevê pena de detenção de um a dois anos.

Outra questão importante é a que diz respeito à responsabilidade atribuída ao empregador em razão dos atos praticados por prepostos ou por empregados do mesmo nível no ambiente de trabalho, caracterizadores de assédio sexual.

A corrente majoritária sustenta a responsabilidade solidária do empregador com o autor do assédio sexual, sob o fundamento do art. 186 do

²⁴⁸ ROBORTELLA. Luiz Carlos Amorim Robortella. Op. cit., p.46.

Código Civil, proclamando que aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar o direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

O art. 186 do Código Civil se complementa com o disposto no parágrafo único do art. 927 do mesmo diploma prevendo que haverá a obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa e com o inc. III art. 1521 do mesmo código, disciplinando a responsabilidade do patrão pelos atos praticados pelos empregados no exercício do trabalho.

Para a corrente majoritária, a responsabilidade do empregador por assédio sexual praticado por preposto ou empregado de mesmo nível hierárquico deve ser objetiva e independe de culpa, bastando a ocorrência do ato ilícito para fazer com que a empresa seja responsabilizada solidariamente pela reparação do evento danoso praticado pelo empregado.

Conforme destaca Luiz Carlos Amorim Robortella, a corrente majoritária proclama a responsabilidade solidária do empregador com o autor do assédio sexual, com fundamento na teoria da culpa *in eligendo* e *in vigilando*. Entretanto, salienta que adoção de mecanismos efetivos de veiculação de queixas, com ampla possibilidade de prevenção e repressão do assédio sexual, deve afastar, ou pelo menos, mitigar a responsabilidade do empregador pelo evento danoso. Aduz que a empresa que adota medidas preventivas com regras claras e precisas, merece tratamento diferenciado. Outrossim, aduz que, à falta de tais medidas preventivas, o empregador deve ser responsabilizado, pouco importando se trate de ato praticado por prepostos ou empregados do mesmo nível.

Rodolfo Pamplona filho destaca que se o empregador não diligencia meios de impedir ou coibir o assédio sexual no local de trabalho, ele falha quanto à sua obrigação, em face dos empregados, de oferecer um ambiente laboral moralmente sadio e ressalta que a condenação, neste caso, deve ser imposta por ser o empregador o titular do poder diretivo e assumir os riscos do

empreendimento econômico, nos termos do art. 2º da CLT. Logo, deve zelar não só pela organização técnica, como também pela boa ordem na empresa, onde deverá existir um padrão mínimo de moralidade e de garantia pessoal, sendo o respeito ao direito à intimidade dos trabalhadores uma manifestação dessa garantia.²⁴⁹

Manoel Jorge e Silva Neto possui outro entendimento, destacando que o empresário não é o senhor absoluto dos desígnios e das condutas dos seus subordinados e também não é ele o domador dos ímpetos sexuais dos trabalhadores. Portanto, malgrado procedimento reprovável sob todos os aspectos, o assédio sexual representa uma conduta humana que invariavelmente refoge à fiscalização empreendida pelo empregador, razão pela qual seria, assim, desarrazoado admitir a condenação da empresa por dano moral tão só à conta de consumado o assédio nos seus domínios. Torna-se imprescindível para consentir a responsabilização o conhecimento do empregador quanto à ocorrência de assédio e a omissão a respeito de medidas destinadas a paralisar a iniciativa.²⁵⁰

O empregado deve provar a comunicação feita ao empregador, por escrito ou verbalmente, bem como a reiteração da conduta assediante após o fato ter sido levado à apreciação do empresário. Uma vez perpetrado o assédio e ultimada providência tendente a obstar a sua continuidade, inclusive com a adoção da medida extrema de dispensa com justa causa do elemento assediador, não há causa a legitimar a condenação da empresa. Mas, em verdade, as medidas a serem adotadas devem ser efetivas, vale dizer: o empregador tem o dever de lançar mão de expedientes proporcionais ao agravo cometido ao(à) empregado(a). Não poderá se utilizar do poder diretivo meramente para dar uma "satisfação" à coletividade dos trabalhadores, fugindo, pela via oblíqua, da responsabilidade que lhe é cometida.²⁵¹

²⁴⁹ PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Op. cit., p. 41.

²⁵⁰ SILVA NETO, Manoel Jorge e. Op. cit., p.224/233.

²⁵¹ *Ib idem*, p. 224/233.

Se o autor do assédio sexual for o próprio empregador, entendo que deva incidir sobre a espécie os efeitos da responsabilidade objetiva, ficando o empregador sujeito ao pagamento de indenização por danos morais e materiais. Além disso, responderá criminalmente pela prática de crime de assédio sexual, ficando sujeito às cominações previstas na lei penal.

Outrossim, se o assediante for um preposto do empregador ou um colega de trabalho do mesmo nível hierárquico, entendo que não se deva incidir sobre a espécie, automaticamente, os efeitos da responsabilidade objetiva. Não se pode atribuir ao empregador, indiscriminadamente, a responsabilidade pelos impulsos sexuais dos trabalhadores.

Normalmente o assédio sexual se perfaz por condutas sub-reptícias, silenciosas, que não deixam rastros, razão pela qual, na maioria das vezes, a prática irregular não se torna pública no ambiente de trabalho e, muito menos, chega ao conhecimento do empregador, razão pela qual não há como se aplicar a teoria da culpa *in eligendo* e *in vigilando* na espécie. Trata-se de conduta praticada de forma velada pelo assediante, sem deixar rastros ou provas.

Por esta razão, entendo que não se revela razoável a condenação do empregador no pagamento de indenização por dano moral e material em razão da prática de assédio moral, sob o único fundamento de que o ato ilícito foi praticado no âmbito da empresa. Para autorizar a responsabilização do empregador se faz necessário o seu conhecimento prévio a respeito da prática de assédio sexual no ambiente de trabalho e a sua omissão em adotar medidas para resolver a questão.

Se a empresa adota medidas que garantem um ambiente de trabalho moralmente sadio, prevenindo e reprimindo a prática de assédio sexual, evidentemente que sobre a mesma não pode incidir a pura e simples responsabilidade objetiva em razão de conduta irregular do empregado. É impossível ao empregador fiscalizar os desejos íntimos do empregado,

relacionados com a sua moral sexual, eis que, muitas vezes, escondidos atrás de conduta pessoal e profissional irreparável.

Em tal hipótese, entendo que para haver a responsabilização da empresa, o empregado tem o dever de provar que levou o fato ao conhecimento do empregador e que este, embora instado a respeito do assédio sexual, não adotou qualquer medida para resolver a questão, permitindo, com sua omissão, a reiteração da conduta do assediante e a perpetração de efeitos deletérios à vítima do assédio.

Todavia, se o empregador não adota medidas para manter o ambiente de trabalho moralmente sadio e também não procura inibir ou impedir a ocorrência de assédio sexual na relação de emprego, entendo que neste caso deva assumir a responsabilidade objetiva sobre a conduta irregular do empregado, seja ela praticada por preposto ou por colega de trabalho do mesmo nível hierárquico.

Não pode o empregador utilizar o seu poder diretivo para o fim praticar assédio sexual em face dos seus empregados. Tal situação caracteriza patente abuso no exercício do comando empresarial.

A legislação constitucional consagra a garantia da dignidade da pessoa humana e dispõe que são invioláveis a intimidade e a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurando o direito à indenização pelo dano moral ou material decorrente de sua violação (art. 5º, inc. II e X). Eis a base legal que garante os direitos fundamentais do trabalhador e proíbe práticas abusivas de assédio sexual.

Também cumpre destacar que o assédio sexual constitui crime previsto no artigo 316-A do Código Penal, com a seguinte redação: Constranger alguém com o intuito de obter vantagem ou favorecimento sexual, prevalecendo-se o agente da sua condição de superior hierárquico ou ascendência inerentes ao exercício de emprego, cargo ou função. Pena - detenção, de um a dois anos.

Diante das considerações supra, a conclusão a que se chega é no sentido de que o poder diretivo do empregador não pode ser utilizado com a finalidade de permitir ao empregador ou aos seus prepostos praticarem crime de assédio sexual.

O empregador, por ser o detentor do poder diretivo da empresa, compete-lhe o dever de manter o ambiente de trabalho moralmente respeitoso, saudável e harmonioso e além de se abster da prática de assédio sexual, também deve zelar para que seus prepostos e demais empregados não venham a incidir na prática de tais condutas irregulares e reprováveis aos olhos da lei e da moralidade.

O poder diretivo do empregador, neste caso, realça a importância do papel e das responsabilidades que devem ser assumidas pelo empregador, eis que já que não subsiste argumento lógico, ético, moral ou jurídico que permita a conclusão de que um trabalhador inserido numa relação de emprego possa ser despojado do exercício dos direitos fundamentais, dentre os quais se destacam o dignidade, o direito à intimidade, vida privada, honra e imagem.

6.2.1.5. ASSÉDIO MORAL

O assédio moral na relação de emprego é um dos problemas mais sérios enfrentados pela sociedade atual. O fenômeno é resultado de um conjunto de fatores, tais como a globalização econômica predatória, vislumbradora somente da produção e do lucro e a atual organização de trabalho, marcada pela competição agressiva e pela opressão dos trabalhadores através do medo e da ameaça. Esse constante clima de terror psicológico gera, na vítima assediada moralmente, um sofrimento capaz de atingir diretamente sua saúde física e psicológica, criando uma predisposição ao desenvolvimento de doenças crônicas, cujos resultados a acompanharão por toda a vida.²⁵²

²⁵² FERREIRA, Hádassa Dolores Bonilha. Assédio Moral nas Relações de Trabalho. São Paulo: Russel, 2004, p. 37.

As particularidades do contrato de trabalho, marcado, de um lado: pela hipossuficiência e subordinação do trabalhador e, de outro lado: pelo poder de diretivo do empregador, cria na relação de emprego um ambiente fértil para a ocorrência de lesões morais e materiais.

No âmbito do contrato de trabalho, a ocorrência de assédio moral, de regra, decorre do dever de subordinação do empregado em relação ao poder diretivo do empregador. A conduta de assédio moral se consuma através de uma hierarquia de poder, onde uma pessoa, em razão de sua condição de superior hierárquico, impõe à outra pessoa um verdadeiro “terrorismo psicológico” no ambiente de trabalho, expondo-a situações humilhantes e constrangedoras em patente desrespeito ao princípio da dignidade humana.

No ordenamento jurídico trabalhista não existe qualquer dispositivo sobre a definição de assédio moral e nem tampouco sobre a sua ocorrência no ambiente de trabalho. Por esta razão é que a doutrina e jurisprudência vêm estudando o conceito de assédio moral e identificando as formas de incidência e as repercussões dessa prática nas organizações e na vida do empregado.

Marie-France Hirigoyen conceitua o assédio moral toda e qualquer conduta abusiva manifestada, sobretudo, por comportamentos, palavras, atos, gestos e escritos que possam trazer dano à personalidade, à dignidade ou à integridade física ou psíquica de uma pessoa ou pôr em perigo seu emprego ou, em última análise, degradar o ambiente de trabalho.²⁵³

Heinz Leymann, citado por Marie-France Hirigoyen, destaca que o assédio moral, também conhecido como terrorismo psicológico, é uma forma de violência psíquica praticada no local de trabalho, e que consiste na prática de atos, gestos, palavras e comportamentos vexatórios, humilhantes, degradantes e constrangedores, de forma sistemática e prolongada, cuja prática assediante pode

²⁵³ HIRIGOYEN, Marie-France. Assédio Moral – A Violência Perversa no Cotidiano. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2001, p.65.

ter como sujeito ativo o empregador ou superior hierárquico (assédio vertical), um colega de serviço (assédio horizontal), ou um subordinado (assédio descendente), com clara intenção discriminatória e perseguidora, visando eliminar a vítima da organização do trabalho.²⁵⁴

Para Sônia A. C. Mascaró Nascimento o assédio moral caracteriza-se por ser uma conduta abusiva, de natureza psicológica, que atenta contra a dignidade psíquica, de forma repetitiva e prolongada, e que expõe o trabalhador a situações humilhantes e constrangedoras, capazes de causar ofensa à personalidade e à dignidade ou à integridade psíquica, e que tenha por efeito excluir a posição do empregado no emprego ou deteriorar o ambiente de trabalho, durante a jornada de trabalho e no exercício de suas funções.²⁵⁵

Podemos afirmar que o assédio moral é toda conduta reiterada que é praticada com o fim de depreciar a imagem ou o desempenho do empregado no ambiente de trabalho, colocando em risco a saúde física e psíquica do mesmo.

Na maioria dos casos, o autor do assédio moral é o próprio empregador ou superior hierárquico subordinado a este (assédio moral vertical descendente). Todavia, o assédio moral também pode ser praticado por colega de trabalho contra colega de trabalho (assédio moral horizontal) ou contra superior hierárquico (assédio moral vertical ascendente). A vítima do assédio moral normalmente é o empregado, individualmente ou coletivamente considerado, que está subordinado ao assediante.

Sônia A. C. Mascaró Nascimento destaca que são quatro as principais formas de concretização do assédio moral: a) provocar o isolamento da vítima no ambiente de trabalho; b) exigir o cumprimento rigoroso de trabalho como pretexto para maltratar psicologicamente a vítima; c) fazer referências

²⁵⁴ LEYMANN, Heinz. *Mobbing*. Paris: Seuil, 1996. In HIRIGOYEN, Marie-France. *Assédio Moral – A Violência Perversa no Cotidiano*. Op. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2001, p.66.

²⁵⁵ NASCIMENTO, Sônia A. C. Mascaró. *O Assédio Moral no Ambiente de Trabalho*. Jus Navegandi, Teresina, ano 8, nº 371, 13 jul. 2004. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5433>. acesso em 30 jan. 2008.

indiretas negativas à intimidade da vítima; d) ausência de justificativa (gratuidade) para discriminar negativamente a vítima.²⁵⁶

Cláudio Armando Couce de Menezes, apresenta as várias hipóteses que podem caracterizar a ocorrência de assédio moral no ambiente de trabalho, elencando-as de 1 a 10, conforme abaixo:²⁵⁷

1) muito comum é o assédio em circunstâncias em que o empregado ou a empregada gozam de estabilidade ou de alguma garantia no emprego. Nesses casos, o assédio moral é perpetrado através da discriminação; rigor excessivo; provocações; inação forçada; serviços superiores às forças do trabalhador, vexatórios ou distintos daqueles relacionados às suas funções.

2) no caso de ação movida pelo trabalhador contra o patrão, quando este não é sumariamente despedido, não raro passa o empregador ou seu preposto a infernizar a vida do mesmo, através de uma infinidade de expedientes, sendo ainda muito freqüente a preterição em promoções, rebaixamento de função, retorno àquela anteriormente exercida, etc.

3) despedida, antecedida de atos humilhantes (sala trancada, pertences pessoais na porta, gavetas esvaziadas, repreensão pública, circular interna), culminando um procedimento de assédio.

4) colocar o empregado em relação a quem se nutre uma antipatia, a trabalhar em espaço exíguo, mal iluminado e mal instalado.

5) impor tarefas e objetivos irrealizáveis, à equipe ou funcionário, coisa bastante comum em tempos de crise. Nesse item também cita empresas com metas de produtividade que, inalcançadas, acarretam “brincadeiras” de mau gosto.

²⁵⁶ NASCIMENTO, Sônia A. C. Mascaro. O Assédio Moral no Ambiente de Trabalho. Jus Navegandi, Teresina, ano 8, nº 371, 13 jul. 2004. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5433>. acesso em 30 jan. 2008.

²⁵⁷ MENEZES, Cláudio Armando Couce de. Assédio Moral e seus Efeitos Jurídicos. Juris Síntese, nº 41, mai/jun de 2003, p. 5 e 6.

- 6) ameaças constantes de dispensa, coletiva ou individual; comentários desabonadores, irônicos ou sarcásticos.
- 7) superior hierárquico que põe sempre em dúvida o trabalho e a capacidade do trabalhador.
- 8) determinado chefe que trata seus subordinados rudemente, com sistemáticas agressões verbais.
- 9) empregado que é vítima de comentários maldosos de ordem sexual, racial ou social.
- 10) retorno de empregado após período de licença médica ou de outra natureza, especialmente quando de longa duração. O empresário e seus gerentes e chefes, não raro, buscam se descartar desse aproblemático trabalhador, através da inação forçada, transferência de funções e de local de trabalho e congelamento funcional, entre outros procedimentos.

As hipóteses de caracterização de assédio moral acima indicadas são apenas exemplificativas e não esgotam a relação das causas que podem levar à configuração dessa ação abusiva no ambiente de trabalho. Os casos concretos que chegam aos Tribunais Trabalhistas onde se discute a ocorrência de assédio moral infelizmente revelam a adoção de práticas cada vez mais humilhantes e vexatórias.

Se o assédio moral for praticado pelo empregador ou por superior hierárquico em face de trabalhador que lhe é subordinado, poderá o empregado considerar rescindido o contrato de trabalho e pleitear a devida indenização, sob o fundamento de justa causa praticada pelo empregador, conforme disciplina o art. 483, letras “a” a “g” da CLT.

Se o assédio moral for praticado pelo empregado contra colega de trabalho do mesmo nível hierárquico ou contra o empregador, poderá o empregador rescindir o contrato de trabalho do assediante pela prática de falta grave, conforme preceitua o art. 482, caput e letras “b”, “j” e “k” da CLT. Na mesma cominação, ficará sujeito o superior hierárquico que praticar assédio moral contra trabalhador que lhe é subordinado ou contra o empregador.

Considerando que a Constituição Federal de 1988 exalta a dignidade da pessoa humana e consagra a inviolabilidade da intimidade e a vida privada da pessoa humana, assegurando o direito à indenização pelo dano moral ou material decorrente de sua violação (art. 5º, inc. II e X), são plenamente compatíveis os pedidos de reparação patrimonial e indenização por dano moral por parte da vítima de assédio. O fato gerador pode ser único, com múltiplas conseqüências, gerando danos de distinta natureza. Embora decorrentes do mesmo fato, ensejam reparação cumulativa.²⁵⁸

A prática de assédio moral impõe ao assediante as cominações da legislação trabalhista (rescisão indireta na hipótese de assédio vertical) e dispensa por justa causa (na hipótese de assédio horizontal e ascendente). Além disso, enseja a responsabilidade civil e patrimonial do agente causador do ato ilícito que violar e causar dano à outrem.

A responsabilidade do empregador pela prática de assédio moral no ambiente de trabalho é objetiva, com fundamento no art. 186 do Código Civil, proclamando que aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar o direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito. O art. 186 do Código Civil se complementa com o disposto no parágrafo único do art. 927 do mesmo diploma prevendo que haverá a obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa e com o inc. III art. 1521 do mesmo código, disciplinando a responsabilidade do patrão pelos atos praticados pelos empregados no exercício do trabalho.

²⁵⁸ ROBORTELLA. Luiz Carlos Amorim. Op. cit., p.46.

O assédio moral se consuma através de práticas ofensivas, que são ostensivas, reiteradas, prolongadas e a exposição do trabalhador a situações humilhantes e constrangedoras na maioria dos casos é de notório conhecimento dos trabalhadores no ambiente de trabalho (em algumas situações, até mesmo compartilhadas pelos mesmos). Portanto, a responsabilidade do empregador por assédio moral praticado por preposto ou empregado de mesmo nível hierárquico deve ser objetiva e independe de culpa, bastando a ocorrência do ato ilícito para fazer com que a empresa seja responsabilizada solidariamente pela reparação do evento danoso praticado pelo empregado.

O empregador tem o dever de manter o ambiente de trabalho moralmente sadio e de adotar medidas para inibir ou impedir a ocorrência de assédio moral na relação de emprego, zelando pela integridade física e psicológica do trabalhador e pela preservação dos seus direitos e garantias fundamentais.

No exercício do seu poder diretivo compete ao empregador punir os atos faltosos dos empregados que violam as regras legais e contratuais. Na medida em que não cumpre com suas obrigações patronais e pratica ou permite a prática de ato ilícito no ambiente trabalho consistente em assédio moral, deve responder de forma objetiva pela conduta irregular e responder pela satisfação de danos morais e materiais em favor da vítima.

Ocorre, porém, que infelizmente a prática de assédio moral no ambiente de trabalho, a cada dia que passa, se torna mais freqüente, conforme se verifica das decisões proferidas pelos nossos Tribunais Trabalhistas.

Uma vez provada prática de assédio moral no ambiente de trabalho, fica caracterizada a ocorrência de dano moral, o direito de o trabalhador postular a indenização e o dever do empregador de arcar com o seu pagamento.

EMENTA: ASSÉDIO MORAL. CONFIGURAÇÃO. Caracteriza assédio moral a atitude empresarial de não ofertar trabalho à laborista, deixando-a ociosa, sentada em uma cadeira, durante toda a jornada de trabalho, situação essa humilhante e constrangedora. Há, nesse caso, evidente violação ao direito à dignidade do trabalhador e abuso do poder diretivo, o que deve ser rechaçado, com a condenação do empregador ao pagamento de indenização por danos morais. (TRIBUNAL: 3ª região – DECISÃO: 21/11/07 – TIPO: RO – ANO 2007 – NÚMERO ÚNICO PROC: 00996-2007-048-03-00-1-RO - TURMA: 8ª TURMA – Publicação: 30/01/2008 - Rel: Juiz DENISE ALVES HORTA).

“ASSÉDIO MORAL - CONTRATO DE INAÇÃO - INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL - A tortura psicológica, destinada a golpear a auto-estima do empregado, visando forçar sua demissão ou apressar sua dispensa através de métodos que resultem em sobrecarregar o empregado de tarefas inúteis, sonegar-lhe informações e fingir que não o vê, resultam em assédio moral, cujo efeito é o direito à indenização por dano moral, porque ultrapassa o âmbito profissional, eis que minam a saúde física e mental da vítima e corrói a sua auto-estima. No caso dos autos, o assédio foi além, porque a empresa transformou o contrato de atividade em contrato de inação, quebrando o caráter sinalagmático do contrato de trabalho, e por conseqüência, descumprindo a sua principal obrigação que é a de fornecer trabalho, fonte de dignidade do empregado.” (TRT - 17ª Região - RO 1315.2000.00.17.00.1 - Ac. 2276/2001 - Rel. Juíza Sônia das Dores Dionízio – data: 20/08/02

BANCÁRIA. DANO MORAL. PRESSÃO POR METAS. TIRANIA. INDENIZAÇÃO DEVIDA. A prática reiterada do empregador, através da gerência, de enfatizar sempre os aspectos negativos da atuação dos subordinados, com a formulação de

comentários desabonadores, geralmente acompanhados de ameaças de dispensa, veladas ou explícitas, infundindo clima de terror, atinge a dignidade e o patrimônio moral do trabalhador, resultando na obrigação de reparar. Não se pode considerar como "normal" que detentores de postos de comando busquem maior eficiência submetendo o corpo funcional a ameaças veladas de dispensa como forma de pressão para o atingimento de metas. In casu, ainda que a conduta opressiva não chegue a configurar o assédio moral, porquanto ausente a situação de cerco e discriminação, resvala na intolerável figura da gestão por injúria, a que alude MARIE-FRANCE HIRIGOYEN (in "Mal-Estar no Trabalho - Redefinindo o Assédio Moral", Bertrand Brasil). Com efeito, mesmo que a pressão exagerada como política de metas fosse dirigida de forma indistinta aos empregados da reclamada, tal circunstância não legitima a tirania patronal, incompatível com a dignidade da pessoa da trabalhadora, com a valorização do trabalho humano e a função social da propriedade, asseguradas pela Constituição Federal (art. 1º, III e IV, art.5º, XIII, art. 170, caput e III). De todo razoável a indenização arbitrada na origem, ante o salário da autora, seu tempo de casa e o porte do empregador, uma instituição bancária.” (TRIBUNAL: 2ª região – DECISÃO: 23/10/07 – TIPO: RO – ANO 2007 – NÚMERO ÚNICO PROC: RO 00526-2006-301-02-00-3 - TURMA: 4ª TURMA – Publicação: 09/11/2007 - Rel: Juiz RICARDO ARTUR COSTA E TRIGUEIROS).

“DANO MORAL. APELIDOS PEJORATIVOS. DISCRIMINAÇÃO. MOBBING COMBINADO. Se a empresa troca o empregado de setor e o deixa sem serviços ou com poucos encargos, não pode valer-se desse sub-aproveitamento para discriminá-lo e transformá-lo em alvo de chacotas e apelidos por parte da chefia e colegas. As ofensas repetidas, sob a forma de exposição do trabalhador ao ridículo por meio de apelidos

pejorativos (marajá, maçã podre, super-homem) configuram mecanismo perverso de discriminação identificado na literatura psiquiátrica e jurídica como modalidade de assédio moral. Quando o constrangimento parte do próprio empregador ou de preposto deste (superior hierárquico do empregado discriminado), pode ser identificado como assédio vertical descendente, mobbing descendente ou simplesmente bossing. Trata-se da forma mais comum de assédio moral no âmbito das relações de trabalho. Irrelevante, para a caracterização do fenômeno, se o assédio for praticado por chefes, sem o conhecimento do dono da empresa. Com efeito, para as finalidades da lei, o empregador é a empresa (art. 2º, CLT), que responde por atos de seus prepostos. Na situação dos autos, conforme esclareceu a testemunha (fls. 98/99), o mau exemplo dado pela chefia acabou contaminando os colegas do reclamante, que por medo ou subserviência adotaram em relação a ele epítetos ofensivos, sem que tivessem sido coibidos pelo superior. Aqui a figura passa a ser do mobbing horizontal, praticado no mesmo plano hierárquico em que se encontra o assediado, entrelaçando-se com o assédio vertical descendente retro mencionado, e produzindo um tertium genus, qual seja, o mobbing combinado, a tornar ainda mais insuportável a pressão no ambiente de trabalho. O atentado repetido à dignidade do reclamante enseja a indenização por dano moral. (TRIBUNAL: 2ª região – DECISÃO: 09/10/07 – TIPO: RO – ANO 2007 – NÚMERO PROC: RO 01605-2006-061-02-00-0 - TURMA: 4ª TURMA – Publicação: 19/10/07 - Rel: Juiz RICARDO ARTUR COSTA E TRIGUEIROS).

ASSÉDIO MORAL. ISOLAMENTO. AMBIENTE DEGRADADO. APELIDOS HUMILHANTES. MAJORAÇÃO DA INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL. O confinamento da empregada por meio ano num porão da instituição, local sujo, mal iluminado, isolado e impróprio para o cumprimento do contrato de

trabalho, submetendo-a a gerência, ainda, a apelidos jocosos ("ratazana", "gata borralheira", "cinderela"), ofensivos à sua dignidade, personalidade e imagem perante os colegas, afetando-a no plano moral e emocional, pelas características da discriminação e reiteração no tempo, configura assédio moral. Justifica-se assim, maior rigor na imposição de indenização reparatória em importe mais expressivo que aquele fixado na origem: a uma, em face da capacidade do ofensor, um dos maiores Bancos privados do país; a duas, pelo caráter discriminatório, prolongado e reiterado da ofensa; a três, pela necessidade de conferir feição pedagógica e suasória à pena, mormente ante o descaso do ofensor, que insiste em catalogar a prática como "corriqueira". Recurso a que se dá provimento parcial para incrementar a condenação por dano moral. (TRIBUNAL: 2ª região – DECISÃO: 30/05/06 – TIPO: RO – ANO 2004 – NÚMERO ÚNICO PROC: 01346-2003-041-02-00-0 - TURMA: 4ª TURMA – Publicação: 09/06/2006 - Rel: Juiz RICARDO ARTUR COSTA E TRIGUEIROS).

“INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL. O assédio moral é a exposição do trabalhador a situações humilhantes e constrangedoras, repetitivas e prolongadas durante a jornada de trabalho e no exercício de suas funções. A prova oral evidenciou que o diretor do reclamado tinha o hábito de tratar rispidamente todos os empregados, utilizando-se de expressões injuriosas para submetê-los a situações constrangedoras, ferindo, portanto, a honra e a imagem de seus subordinados. O trabalhador é sujeito e não objeto da relação contratual. Assim, tem direito a preservar sua integridade física, intelectual e moral, em face do poder diretivo do empregador. A subordinação no contrato de trabalho não diz respeito à pessoa do empregado, mas tão-somente a sua atividade laborativa, esta sim submetida de forma limitada. Vale lembrar que a condenação por danos morais deve revestir-se em alerta ao

causador da lesão, sob pena de tornar-se incentivo às práticas não contempladas pelo nosso Direito.” (TRIBUNAL: 2ª região – DECISÃO: 31/05/07 – TIPO: RO – ANO 2006 – NÚMERO ÚNICO PROC: 00437-2006-314-02-00-3 - TURMA: 12ª TURMA – Publicação: 15/06/2007 - Rel: Juiz DELVIO BUFFOLIN).

ASSÉDIO MORAL. DEGRADAÇÃO DO AMBIENTE DE TRABALHO. DIREITO À INDENIZAÇÃO. A sujeição dos trabalhadores, e especialmente das empregadas, ao continuado rebaixamento de limites morais, com adoção de interlocução desabrida e sugestão de condutas permissivas em face dos clientes, no afã de elevar as metas de vendas, representa a figura típica intolerável do assédio moral, a merecer o mais veemente repúdio desta Justiça especializada. Impor, seja de forma explícita ou velada, como conduta profissional na negociação de consórcios, que a empregada "saia" com os clientes ou lhes "venda o corpo e ainda se submeta à lubricidade dos comentários e investidas de superior hierárquico, ultrapassa todos os limites plausíveis em face da moralidade média, mesmo nestas permissivas plagas abaixo da linha do Equador. Nenhum objetivo comercial justifica práticas dessa natureza, que vilipendiam a dignidade humana e a personalidade da mulher trabalhadora. A subordinação no contrato de trabalho diz respeito à atividade laborativa e assim, não implica submissão da personalidade e dignidade do empregado em face do poder patronal. O empregado é sujeito e não objeto da relação de trabalho e assim, não lhe podem ser impostas condutas que violem a sua integridade física, intelectual ou moral. Devida a indenização por danos morais (art. 159, CC de 1916 e arts. 186 e 927, do NCC).” (TRIBUNAL: 2ª região – DECISÃO: 20/05/05 – TIPO: RO – ANO 2003 – NÚMERO ÚNICO PROC: 01531-2001-464-02-00-0 - TURMA: 4ª TURMA – Publicação: 20/05/2005 - Rel: Juiz RICARDO ARTUR COSTA E TRIGUEIROS).

“ASSÉDIO MORAL. INDENIZAÇÃO. A violência psíquica por parte do empregador, que submete seus vendedores ao terror constante de não atender às expectativas ou às metas de produtividade por ele fixadas, sendo, em razão disso, expostos ao ridículo perante toda a empresa, através de fotos e e-mails, além de serem obrigados a submeter-se a brincadeira vexatória que os identifiquem com imagens negativas ou pejorativas, atinge o que há de mais caro ao ser humano, no âmbito de suas relações sociais e de trabalho: imagem e auto-estima. Caracteriza, pois, a figura do assédio moral no trabalho, sendo devida a indenização reparadora do dano, nos termos dos arts. 186 e 927 do CCB.” (TRIBUNAL: 3ª região – DECISÃO: 20/05/05 – TIPO: RO – ANO 2007 – NÚMERO ÚNICO PROC: 00460-2007-114-03-00-7 - TURMA: 8ª TURMA – Publicação: 30/01/2008 – Rel: Juiz CLEUBE DE FREITAS PEREIRA).

“INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL. ASSÉDIO. RESCISÃO INDIRETA. IMEDIATIDADE. Comprovada a prática de atos pela preposta da Empresa, que exorbitaram o poder discricionário do empregador, configurando o assédio, traduzido pela violência psicológica, sistemática e freqüente contra a empregada, causando-lhe desequilíbrio emocional e dor íntima, reconhece-se a rescisão indireta do contrato de trabalho decorrente de ofensa moral e a obrigação de indenizar, constitucionalmente assegurada. Nesse sentido, não se pode acolher a tese patronal de ausência de imediatidade, porquanto as situações de assédio moral relatadas causaram angústia na obreira, pouco a pouco, não se podendo entender que houve perdão tácito, só por não ter ela se insurgido, quando da primeira vez em que se sentiu ofendida.” (TRIBUNAL: 3ª região – DECISÃO: 14/11/07 – TIPO: RO – ANO 2007 – NÚMERO ÚNICO PROC: 00809-2007-131-03-00-6 RO -

TURMA: 3ª TURMA – Publicação: 24/11/2007 – Rel: Juiz Irapuan de Oliveira Teixeira Lyra).

“DANOS MORAIS. ASSÉDIO MORAL. A indenização por dano moral decorrente do contrato de trabalho pressupõe a existência de um ato ilícito praticado pelo empregador, de um prejuízo suportado pelo ofendido e de um nexo de causalidade entre a conduta injurídica do primeiro e o dano experimentado pelo último. Na presente hipótese, o conjunto probatório dos autos revelou a prática adotada na reclamada, de exposição dos vendedores que não cumprissem as metas propostas a situações vexatórias incompatíveis com a dignidade do ser humano e a valorização do trabalho, ocasionando sofrimento moral ao empregado, fazendo-o se sentir ridicularizado e humilhado. Configura-se, portanto, o ato ilícito praticado pela empregadora, por seus representantes, e o nexo de causalidade com o dano moral infligido ao reclamante.” (TRIBUNAL: 3ª região – DECISÃO: 12/11/07 – TIPO: RO – ANO 2007 – NÚMERO ÚNICO 00199-2007-106-03-00-0 RO - TURMA: 6ª TURMA – Publicação: 22/11/2007 – Rel: Juiz Antônio Fernando Guimarães).

“ASSÉDIO MORAL. CONFIGURAÇÃO. O assédio moral caracteriza-se pela reiterada perseguição a alguém, devendo haver por parte do empregador o ânimo de depreciar a imagem e o conceito do empregado perante si próprio e seus pares, o que causa problemas de ordem psicológica e de auto-estima ao empregado prejudicado pelo ato atentatório de sua dignidade. Trata-se, em verdade, de uma conduta do empregador direcionada ao indivíduo com o intuito de prejudicá-lo. Constatada essa animosidade pessoal, com objetivo de depreciar o empregado ou os diversos empregados sujeitos à mesma regra no ambiente de trabalho, deve-se concluir pela configuração do assédio moral e arbitramento de indenização

nestas hipóteses.” (TRIBUNAL: 3ª região – DECISÃO: 10/09/07 – TIPO: RO – ANO 2006 – NÚMERO ÚNICO 01763-2006-143-03-00-1 RO - TURMA: 8ª TURMA – Publicação: 29/09/2007 – Rel: Juiz Cleube de Freitas Pereira).

O conteúdo das decisões judiciais proferidas em sede de ações que reconhecem a prática de assédio moral no ambiente de trabalho revela um infeliz repertório de atitudes cada vez mais humilhantes e vexatórias, caracterizando verdadeiro atentado à dignidade e ao patrimônio moral do trabalhador.

A prática de assédio moral contamina o ambiente de trabalho e ofende a dignidade do trabalhador em seus aspectos fundamentais, tais como a intimidade, vida privada, liberdade, honra, boa fama, não-discriminação.

Não é o fato de o empregado encontrar-se subordinado ao empregador ou de deter este último o poder diretivo que irá justificar a ineficácia da tutela à dignidade e intimidade no local de trabalho, do contrário, haveria degeneração da subordinação jurídica em um estado de sujeição do empregado. O contrato de trabalho não pode constituir um título legitimador de recortes no exercício dos direitos fundamentais assegurados ao empregado como cidadão, admitindo-se, apenas, sejam modulados os direitos fundamentais na medida imprescindível do correto desenvolvimento da atividade produtiva.²⁵⁹

Conforme destaca Arion Sayão Romita, ao inserir sua atividade laborativa na organização empresarial, o trabalhador adquire direitos decorrentes dessa nova posição jurídica, sem perder, contudo, aqueles de que era titular anterior. Em suas relações com o empregador, o trabalhador tem direitos que lhe assistem como pessoa. A regulação das relações de trabalho não escapa ao raio de ação dos direitos fundamentais, parte que é do ordenamento jurídico.²⁶⁰

²⁵⁹ DALLEGRAVE NETO, José Afonso. Responsabilidade Civil No Direito do Trabalho. São Paulo: LTR, 2005, p. 233.

²⁶⁰ ROMITA, Arion Sayão. Op.cit., p. 201/202.

Dentre as obrigações assumidas pelo empregador por força do contrato de trabalho, figura a de respeitar a personalidade moral do empregado na sua dignidade de pessoa humana. Conforme Arion Sayão Romita esta é, de fato a obrigação básica do empregador, decorrente do reconhecimento da existência de direitos fundamentais do trabalhador, como sujeito de um contrato de trabalho. No âmbito da relação de emprego os direitos fundamentais correspondem à projeção da dignidade da pessoa humana na disciplina jurídica do contrato.²⁶¹

O reconhecimento dos direitos fundamentais no âmbito do contrato de trabalho significa tratar o trabalhador como pessoa humana dentro e fora da relação de emprego e admitir que este, além dos direitos trabalhistas, tem o direito de ser tratado dignamente pelo empregador, que deve respeitar a sua intimidade, vida privada, liberdade, honra, boa fama e não discriminação e se abster da prática de ações ou omissões, físicas, verbais ou comportamentais, que possam expor o trabalhador a situações humilhantes ou constrangedoras no ambiente de trabalho durante a jornada de trabalho e na execução das atividades laborativas.

Entretanto, sob a roupagem do exercício do poder de direção, os detentores do poder, visando uma organização do trabalho produtiva e lucrativa, acabam por incidir no abuso de poder, adotando posturas utilitaristas e manipuladoras através de gestão sob pressão (onde se exige horários variados e prolongados, diversificação de função, cumprimento a todo custo de metas, etc.), notadamente o superior hierárquico que se vale de uma relação de domínio, cobranças e autoritarismos por insegurança e medo de perder a posição de poder, desestabilizando o ambiente de trabalho pela intimidação, insegurança e medo generalizado, afetando o psiquismo do empregado e, conseqüentemente sua saúde mental e física, além de prejudicar a produtividade com a queda no rendimento do empregado afetado pela situação assediante ou pelo absenteísmo.²⁶²

²⁶¹ ROMITA, Arion Sayão. Op. cit., p. 205.

²⁶² ALKIMIN, Maria Aparecida. Assédio Moral e seus Efeitos na Relação de Emprego. Tese de Mestrado em Direito das Relações Sociais – Área de Concentração em Direito do Trabalho, apresentada na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo: 2004, p. 54.

A prática do assédio moral no ambiente de trabalho configura hipótese de abuso de direito, eis que o fato do empregador ter poder diretivo lhe concede o direito de assediar moralmente os empregados.

Embora a norma jurídica não estabeleça proteção para as hipóteses de assédio moral, não se trata apenas de uma violação de um “dever-ser de implicação moral”, viola o dever jurídico traçado pelo ordenamento jurídico sob o aspecto trabalhista e constitucional, posto que a conduta do assediante caracteriza violação das obrigações contratuais (art. 483 e 482 da CLT) e do dever legal de respeito à dignidade da pessoa humana do trabalhador e aos seus direitos de personalidade (intimidade, liberdade, não discriminação, honra, integridade física e psíquica), havendo no ordenamento constitucional proteção a tais direitos como garantia individual e fundamental, sujeitando o autor da violação à responsabilização por dano moral, conforme inc. X do art. 5º da CF de 1988.²⁶³

A submissão do trabalhador ao poder diretivo da empresa deve se limitar aos exatos contornos da execução das atividades laborativas fixadas no contrato de trabalho e não pode ser utilizada para a prática de abusos pelo empregador no ambiente de trabalho.

Em conclusão, a inserção do trabalhador no ambiente de trabalho não lhe retira os direitos fundamentais, dentre os quais, o da dignidade da pessoa humana e os seus direitos de personalidade, tais como: intimidade, liberdade, não discriminação, honra, integridade física e psíquica, assegurados através do inc. X do art. 5º da Constituição Federal, estabelecendo um limite intransponível ao exercício do poder diretivo do empregador.

²⁶³ ALKIMIN, Maria Aparecida.. Op. cit., p. 54.

6.3. FASE PÓS-CONTRATUAL

O contrato de trabalho nasce da manifestação da vontade das partes e gera uma série de obrigações equivalentes que devem ser cumpridas e respeitadas pelos pactuantes. A diversidade de obrigações integra um complexo de deveres e poderes que concorrem, englobadamente, para identificar a posição jurídica do empregado e do empregador no núcleo da relação de emprego.

As obrigações contratuais envolvem o dever de proteção das partes contratantes e visam à proteção do patrimônio, reciprocamente, de uma parte contra danos causados pela outra. O corolário da lealdade e boa-fé é que inspira o cumprimento das obrigações contratuais e a conseqüente proteção das partes.

Com base na observância do princípio da lealdade e boa-fé contratual os sujeitos envolvidos na relação de emprego devem agir com probidade em todas as fases do contrato de trabalho, quais sejam: pré-contratual, contratual e pós-contratual.

Mesmo após a extinção do contrato de trabalho o empregado continua vinculado à observância dos compromissos profissional, ético e moral, assumidos durante a contratualidade, razão pela qual não pode divulgar ou difundir fatos ou notícias desabonadoras que possam causar prejuízos morais ou materiais ao seu ex-empregador.

Da mesma forma, o empregador continua vinculado ao cumprimento dos compromissos assumidos em relação ao empregado durante a contratualidade, devendo de abster de divulgar ou difundir fatos ou notícias desabonadoras que possam causar prejuízos morais ou materiais ao empregado, sob pena de caracterizar violação aos seus direitos fundamentais.

Portanto, mesmo após a extinção da relação de emprego, algumas regras de conduta devem continuar sendo respeitadas pelas partes – de proteção, lealdade e informação. Na hipótese de configuração de ato ilícito pela inobservância dessas regras e na ocorrência de prejuízo patrimonial ou moral fica assegurado à parte inocente o direito de pleitear a indenização cabível.

6.3.1. ANOTAÇÕES DESABONADORAS NA CTPS

O inc. 4º do art. 29 da CLT disciplina que é vedado ao empregador efetuar anotações desabonadoras à conduta do empregado em sua Carteira de Trabalho e Previdência Social e o inc. 5º do mesmo artigo celetista disciplina que o descumprimento sujeitará o empregador ao pagamento de multa.

De acordo com a previsão legal fica proibido ao empregador fazer qualquer registro desabonador da conduta funcional do empregado na CTPS, tais como: motivação da rescisão do contrato de trabalho, motivação de justa causa, motivação da conduta reprovável. Tais informações dificultariam a recolocação profissional do empregado em razão do seu passado funcional desabonador.

A carteira de trabalho é um documento indispensável à proteção do trabalhador. As anotações constantes na CTPS, tais como: qualificação civil, contrato de trabalho, salário, aumentos salariais, funções, alterações e promoções funcionais, férias, afastamentos previdenciários, se constituem em elementos importantes para aferição da qualificação profissional do empregado e facilitam a sua recolocação profissional.

Por essas razões é que o texto consolidado proíbe a anotação de informações desabonadoras na carteira profissional do empregado para o fim de proteger o empregado e permitir que o mesmo, após ter sido dispensado, não seja discriminado por um novo empregador.

A informação da conduta desabonadora, ainda que verídica, não pode ser anotada na CTPS do trabalhador, sob pena de dificultar a obtenção de um novo empregado e de ferir o princípio da liberdade de trabalho e o da dignidade da pessoa humana, além de criar dificuldade para recolocação profissional.

Nossos Tribunais Trabalhistas vêm reconhecendo a existência de conduta abusiva na decisão do empregador que elabora “lista” negra para discriminar o empregado que procura recolocação profissional e dificultar a sua recolocação no mercado de trabalho

“ANOTAÇÃO RELATIVA AO AJUIZAMENTO DE AÇÃO TRABALHISTA NA CTPS DO EMPREGADO - DANO MORAL - CONFIGURAÇÃO. Não há autorização legal para que o empregador lance na CTPS do empregado que o registro de um contrato de trabalho foi determinado judicialmente. Tal conduta se mostra excessiva, podendo, até mesmo, ser considerada desabonadora da conduta da reclamante, eis que os empregadores tendem a rejeitar trabalhadores que vão buscar o reconhecimento de seus direitos na Justiça do Trabalho. Desse modo, a adoção pela empregadora desse tipo de prática expõe o ex-empregado à possibilidade de sofrer constrangimentos e retaliações no mercado de trabalho, impondo-lhe, por conseqüência, um sofrimento que se traduz no medo de ser discriminado ao apresentar sua CTPS a outro futuro empregador. Patente, pois, o desrespeito à dignidade e à privacidade do trabalhador, o que atrai o pagamento da reparação pecuniária.” (TRIBUNAL: 3ª Região - DECISÃO: 09/05/2007 - TIPO: RO NUM: 00722 - ANO: 2006 - NÚMERO ÚNICO PROC: RO - 00722-2006-082-03-00-2 - TURMA: Oitava Turma - DJMG DATA: 26/05/2007 - PG: 31 – Rel.: Cleube de Freitas Pereira).

“INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL - ANOTAÇÃO APOSTA NA CTPS NOTICIANDO No. DO PROCESSO E VARA ONDE TRAMITOU A AÇÃO TRABALHISTA. As anotações legais a serem efetuadas pelo empregador na CTPS obreira, segundo dispõem os artigos 29/40 da CLT, constituem elementos básicos ajustados entre as partes quando da contratação e condições especiais ocorridas durante o trato laboral. Observa-se, assim, que o legislador cuidou de exigir somente as condições inerentes à vida laboral do empregado. Ademais, não se pode olvidar da existência de norma expressa a proibir o empregador de efetuar "anotações desabonadoras à conduta do empregado em sua Carteira de Trabalho e Previdência Social" (art. 29, parágrafo 3-o, CLT), com as quais se pode comparar o registro na CTPS de ação judicial ajuizada pelo trabalhador, haja vista a realidade econômica e social do país e o fato de não ser bem vista, pelos empregadores, a procura do Judiciário pelo candidato a emprego. As anotações na CTPS do reclamante no sentido de que o contrato de trabalho foi registrado em razão de decisão judicial trabalhista, sem dúvida, configura dano ao trabalhador, passível de reparação.” TRIBUNAL: 3ª Região - DECISÃO: 08/02/2006 - TIPO: RO - NUM: 01505 - ANO: 2005 - NÚMERO ÚNICO PROC: RO - 01505-2005-035-03-00-1 - TURMA: Oitava Turma - DJMG DATA: 18/02/2006 - PG: 24 – Rel.: Juiz Paulo Maurício Ribeiro Pires).

“ANOTAÇÕES DESABONADORAS À CONDUTA PROFISSIONAL DA OPERÁRIA. DANO MORAL. CONFIGURAÇÃO. 1. A comprovação do pagamento de salários deve ser feita com a exibição dos recibos correspondentes (CC, art. 940, c/c art. 464, da CLT). No entanto, no campo das relações domésticas, em que ainda subsiste a informalidade, a jurisprudência dos tribunais do trabalho, com sua vocação equitativa, tem flexibilizado o rigor da prescrição legal, admitindo, embora com

reservas, que a comprovação do pagamento salarial seja feita por intermédio de testemunhas, cujo valor deve ser definido com rigor especial e de acordo com a diretriz da livre persuasão racional (art. 131, do CPC). 2. A oposição de anotações desabonadoras à conduta profissional do empregado na Carteira de Trabalho e Previdência Social, além de ilegal (art. 29 da CLT c/c Lei nº 10.270/01), configura ato lesivo à honra e à imagem (CF, art. 5º, V e X), autorizando, em face do inquestionável propósito lesivo do ex-empregador, a reparação do dano moral tipificado. 3. Recurso conhecido e parcialmente provido.” (TRIBUNAL: 10ª Região - ORIGEM: 05ª VARA - BRASÍLIA/DF - 05-0620/2001 NA VARA DE ORIGEM - DECISÃO: 01 02 2002 - TIPO: ROPS - NUM: 03219 ANO: 2001 - REGIÃO: 10 - NÚMERO ÚNICO PROC: ROPS - TURMA: 3ª TURMA – Rel.: Juiz DOUGLAS ALENCAR RODRIGUES).

“INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL – ANOTAÇÃO DA CTPS – CONSIGNAÇÃO DE QUE O REGISTRO FOI EFETIVADO NO CURSO DE AÇÃO TRABALHISTA – ILICITUDE – PROCEDÊNCIA 1. As anotações feitas na carteira profissional do trabalhador devem restringir-se aos elementos contratuais especificados em lei (CLT, art. 29). 2. A conduta empresarial de anotar na CTPS que o contrato de trabalho havido entre as partes foi registrado por determinação judicial violou direito e provocou dano, pois indiscutivelmente a referência ao ajuizamento de ação trabalhista representa real obstáculo à obtenção de nova colocação no mercado de trabalho. 3. Embora a busca da tutela jurisdicional se revele como um direito incontestável de todo trabalhador brasileiro, é inegável que a revelação pública do fato tem causado dificuldades para o laborista, pois muitas empresas utilizam tal informação como critério admissional decisivo. 4. Além de ilegal, o registro do fato na CTPS do obreiro perpetua uma

informação que, para muitos potenciais empregadores, terá conotação desabonadora. 5. Dano moral caracterizado e indenização deferida. 6. Decisão unânime.” (TRIBUNAL: 24ª Região - DECISÃO:14/07/2004 - TIPO: RO NUM: 1346 ANO: 2003 - NÚMERO ÚNICO PROC: RO - 1346-2003-001-24-01 - TURMA: TP - Tribunal Pleno - DATA: 03/08/2004 DO-MS nº 6300 - PG: 39 – Rel. Juiz: AMAURY RODRIGUES PINTO JÚNIOR).

“DANO MORAL. ANOTAÇÃO DELIBERADA DO EMPREGADOR DE RECLAMAÇÃO TRABALHISTA NA CTPS DO EMPREGADO. A Consolidação das Leis do Trabalho conferiu especial atenção à Carteira de Trabalho, dedicando-lhe capítulo inteiro, em um de cujos artigos prescreveu que "é vedado ao empregador efetuar anotações desabonadoras à conduta do empregado em sua Carteira de Trabalho e Previdência Social". Ainda que a referência à reclamação trabalhista ajuizada pelo empregado não seja entendida como a anotação desabonadora a que se refere a lei, é indubitoso que, numa sociedade na qual se sabe circular "listas negras de trabalhadores" em época de inegável escassez de empregos, a observação inscrita numa Carteira de Trabalho deixa de ter uma conotação de mera notícia para assumir uma outra e nefasta perspectiva: a de registro de contra-indicação do seu portador. Ainda mais quando essa anotação não decorre de determinação judicial, é feita deliberadamente pelo empregador e não contém nenhuma informação que seja absolutamente necessária para o registro da vida profissional do empregado e que assim a tornasse justificável. Essa conduta tem nítida intenção de frustrar ao trabalhador nova colocação no mercado de trabalho e possui o caráter ilícito que dá ensejo à reparação por danos morais.” (TRIBUNAL: 3ª Região - DECISÃO: 03/02/2004 - TIPO: RO NUM: 00577 - ANO: 2003 - NÚMERO ÚNICO PROC: RO -

00577-2003-082-03-00-7 - TURMA: Quinta Turma - DJMG
DATA: 14-02-2004 PG: 14 – Rel.: Juiz João Bosco Pinto Lara).

Portanto, o empregador não pode fazer anotações desabonadoras à conduta do empregado na CTPS e, na hipótese de vir a fazê-lo, além da condenação no pagamento de multa pecuniária, também pode ser condenada no pagamento de indenização por danos materiais e morais em favor do trabalhador se deste ato ilícito resultou prejuízos ao mesmo.

6.3.2. DIVULGAÇÃO DE INFORMAÇÕES DESABONADORAS INVERÍDICAS

Quando um trabalhador se candidata a um novo posto de trabalho é muito comum que o futuro empregador busque informações a respeito das habilitações profissionais do candidato, através de consultas junto aos antigos empregadores.

Nesta hipótese, as informações prestadas pelo ex-empregador devem se limitar exclusivamente aos aspectos da vida profissional e habilidades técnicas do ex-empregado, abstendo-se de divulgar ou insinuar fatos relacionados com a vida pessoal do empregado ou apresentar justificativas sobre os motivos que o levaram a rescindir o contrato de trabalho.

Tendo em vista que as informações a serem prestadas pelo antigo empregador devem se limitar à divulgação de aspectos técnicos e funcionais da vida profissional do trabalhador, quaisquer outras informações acaso divulgadas, caracterizam prática de abuso de poder diretivo e nítido propósito de prejudicar o trabalhador e dificultar ou impedir o seu legítimo direito de trabalhar.

Não pode o empregador divulgar informações inverídicas, falsas, mentirosas, difamatórias, caluniosas ou distorcidas do verdadeiro status pessoal e profissional do ex-empregado com o fim de prejudicar ou impedir o acesso do mesmo ao mercado de trabalho. Essa prática é abusiva e condenável e cerceia o empregado de trabalhar e de prover o sustento próprio e o de sua família.

Quando o ex-empregador divulga informações inverídicas para o fim de denegrir a vida pessoal e profissional do ex-empregado após a extinção do contrato de trabalho, viola dever de conduta, pautado pela boa-fé contratual, o que implica no pagamento de indenização por danos materiais e morais em favor do trabalhador se deste ato ilícito resultou prejuízos ao mesmo.

Conforme destaca Valdir Florindo, alguns maus empregadores prestam informações desabonadoras de seus ex-empregados para empresas onde estes buscam emprego, deixando nitidamente claro não só o objetivo em prejudicá-los, impedindo futuras contratações, mas, sobretudo, denegrir a imagem dos mesmos, e, ofender-lhes a honra, impedindo-os ainda de exercer os próprios ofícios, direitos esses que trazem proteção certa na Constituição Federal.²⁶⁴

Luiz de Pinho Pedreira aduz que a imputação mentirosa que cause atentado à honra do empregado constituirá por esse fato uma falta caracterizada que compromete a responsabilidade do empregador que agiu com espírito de malícia ou pelo menos com uma leviandade censurável.²⁶⁵

Nossos Tribunais Trabalhistas vêm reconhecendo a existência de conduta abusiva na decisão do empregador que divulga informações desabonadoras para discriminar o empregado que procura recolocação profissional e dificultar a sua recolocação no mercado de trabalho.

²⁶⁴ FLORINDO, Valdir. Op. cit., p. 64.

²⁶⁵ PEDREIRA, Luiz Pinho. Op. cit., p. 561.

“DANOS MORAIS. INDENIZAÇÃO. EMPREGADA DOMÉSTICA. INFORMAÇÕES DESABONADORAS FORNECIDAS PELA RÉ, POR TELEFONE, A PROVÁVEIS NOVOS EMPREGADORES. PUBLICIDADE. FATO JURÍDICO CONCRETO ATRAÇÃO DA NORMA LEGAL. O fornecimento de informações sobre pessoas, em especial ex-empregados, constitui hoje um campo extremamente nevrálgico, tormentoso e perigoso, tenha ou não o informante previamente se assegurado do sigilo, uma vez que envolve, a um só tempo o direito de informar com fidelidade e exatidão; a obrigação de fazê-lo até sob possível risco de futura responsabilidade (a omissão de dados importantes pode redundar em reivindicações dos prejudicados) e o dever de não ultrapassar a linha, indefinida e sutil, entre o cumprimento da obrigação, o expendimento de opiniões próprias e a agressão sem causa à personalidade do outro. Sendo uma coisa fornecer-se informações objetivas, exatas, precisas, comprovadas ou comprováveis sobre alguém, dando ao novo empregador os dados concretos existentes sobre a conduta de uma pessoa a fim de que tome decisões e outra é transmitir a terceiros impressões subjetivas, dúvidas e desconfianças pessoais que a própria informante jamais buscou apurar devidamente ou se o fez guardou exclusivamente para si e nem mesmo preocupou-se em punir a empregada ou rescindir o contrato. Ou seja, se guardou para si as dúvidas, suspeitas ou certezas, mantendo tudo no seu íntimo, sem as medidas próprias para por cobro aos fatos ou trazê-los ao conhecimento das autoridades competentes agindo como lhe era lícito fazer, pois cada um sabe como gerir e administrar os conflitos internos no seu lar não pode mais utilizar disso para alertar terceiros ou lançar dúvida pública depois sobre o comportamento da ex-empregada. Enquanto o fato permaneceu no íntimo da Ré, dele não se ocupa o Direito, eis que território infenso à invasão por ele. Mas a partir do instante em que lhe deu publicidade e circulação, provocou fato jurídico

concreto, hábil para atrair a norma legal e gerar direitos e obrigações. Deferindo-se à Autora, empregada doméstica, diante da prova produzida, a reparação do dano moral em razão de meras suspeitas desabonadoras, de eventuais pequenos furtos, nunca apurados, nem jamais antes sequer mencionadas à empregada, mas fornecidas a prováveis novos empregadores, impedindo que obtivesse os empregos. Indenização devida que é arbitrada em um ano de salário da prejudicada, incluída a gratificação de natal. TRIBUNAL: 20ª Região - ORIGEM: 2ª VARA DO TRABALHO DE ARACAJU - PROCESSO Nº 01.02.1273/00 NA VARA DE ORIGEM - ACÓRDÃO NUM: 1697/01 - DECISÃO: 28 08 2001 - TIPO: RECURSO ORDINÁRIO - NUM: 324 - ANO: 01 - NÚMERO ÚNICO PROC: RECURSO ORDINÁRIO - TURMA: TRIBUNAL PLENO - DIÁRIO DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SERGIPE - DATA: 26/09/2001 – Rel.: Juiz ANTÔNIO CARLOS PACHECO DE ALMEIDA).

“AÇÃO CIVIL PÚBLICA TRABALHISTA - DANOS MORAIS COLETIVOS. A prática adotada pela Reclamada de discriminar parentes de ex-empregados que ingressam com reclamação trabalhista, bem como de fornecer informações desabonadoras de ex-empregados, dificultando-lhes a obtenção de nova colocação no mercado de trabalho, constituem ilícitos vedados pelo ordenamento jurídico. Tais condutas violam o direito à cidadania, à dignidade da pessoa humana, ao valor social do trabalho, à igualdade, à não-discriminação, à inafastabilidade da tutela jurisdicional, à proteção ao emprego, dentre outros direitos constitucionalmente assegurados. Os danos decorrentes extrapolam a esfera individual dos sujeitos lesados, atentando também contra direitos difusos e coletivos, os quais são definidos no CDC (art. 81, parágrafo único, incisos I e II), como os transindividuais, de natureza indivisível. A evolução do instituto do dano moral no nosso sistema jurídico permite,

atualmente, com base na Constituição Federal e nas Leis que regulamentam a tutela coletiva, a condenação da lesante à reparação dos danos morais coletivos. Busca-se com esta indenização oferecer à coletividade de trabalhadores uma compensação pelo dano sofrido, atenuando, em parte, as conseqüências da lesão, como também visa aplicar uma sanção pelo ilícito praticado. A indenização a título de danos morais coletivos deve ser revertida ao Fundo de Amparo do Trabalhador (art. 13 da Lei 7.347/85), em razão deste ser destinado ao custeio de programas assistenciais dos trabalhadores.” (TRIBUNAL: 3ª Região - DECISÃO: 30/06/2004 - TIPO: RO NUM: 01107 ANO: 2003 - NÚMERO ÚNICO PROC: RO - 01107-2003-103-03-00-7 - TURMA: Quarta Turma - DJMG - DATA: 24/07/2004 - PG: 09 – Rel.: Juiz Luiz Otávio Linhares Renault).

“DANO MORAL. Demonstrado o prejuízo sofrido pelo empregado, pela dificuldade encontrada na obtenção de novo emprego em virtude de informações incorretas e desabonadoras prestadas pela ex-empregadora às empresas nas quais buscava nova colocação no mercado de trabalho, é devida a indenização por dano moral.” (TRIBUNAL: 4ª Região - DECISÃO: 04/11/1999 - TIPO: RO/RA - NUM: 00310.341/97-3 - ANO: 1997 - NÚMERO ÚNICO PROC: RO/RA - TURMA: 5a. TURMA - 06-12-1999 – Rel. Juiz: RICARDO LUIZ TAVARES GEHLING).

“Dano Moral. Dano Patrimonial. Traduz a verdade o ressaltado informe de que o trabalhador fora dispensado por motivo de participação em movimento paredista, pendente de julgamento pela justiça do trabalho. Todavia, o registro de modo algum pode ser entendido como conduta não merecedora de reparos, a não se estabelecer a mentira como critério positivo, por diversas razões. Em primeiro lugar, porque a informação não dizia respeito a

qualificação e conduta profissionais do autor propriamente ditas. Em segundo lugar, porque a motivação se encontrava sub-judice, já proferida sentença originária que a arredava. Em terceiro lugar, porque fato público e notório a resistência empresarial a atividades sindicais, movimentos paredistas e exercício do direito de ação pelos trabalhadores perante a justiça do trabalho. Tanto assim que o TST eliminou a possibilidade de pesquisa de andamento processual pelo nome do trabalhador de sua página na internet, após denúncia do procurador-geral do trabalho a propósito da prática de formação de "listas negras" contendo nomes de trabalhadores que já recorreram à justiça do trabalho. O procedimento foi considerado crime contra a organização do trabalho pelo então Presidente, Ministro Francisco Fausto. O registro, sem dúvida, outra intenção não teve senão a de alertar potencial empregadora a propósito de trabalhador que não abriria mão de exercer direitos - o que, lamentavelmente, haja vista subsistência de mentalidade ainda refratária ao valor social do trabalho, à dignidade do trabalhador como pessoa humana e cidadão e ao princípio da não-discriminação, é considerado defeito e não qualidade. A conduta patronal antijurídica emerge inequívoca, porque manejado informe verdadeiro com a finalidade de dificultar ou impedir nova colocação do trabalhador. Recurso ordinário conhecido e parcialmente provido.” (TRIBUNAL: 1ª Região - DECISÃO: 28/06/2004 - NÚMERO ÚNICO PROC: - 01672-2002-205-01-00 - TURMA: 2a. TURMA - DORJ, III, DE 12/05/2005 – REL.: JUÍZA GLÓRIA REGINA FERREIRA MELLO).

Portanto, é abusiva a decisão do ex-empregador de divulgar informações inverídicas sobre a conduta profissional do seu ex-empregado, para o fim de impedir ou dificultar o direito de trabalhar. Tal decisão é arbitrária e caracteriza lesão aos direitos fundamentais do trabalhador, notadamente, o princípio da dignidade da pessoa humana e o sagrado direito de trabalhar.

6.3.3. DIVULGAÇÃO DE INFORMAÇÕES DESABONADORAS VERÍDICAS

Outra questão importante sobre o tema se refere à possibilidade do antigo empregador prestar informação desabonadora, porém, verdadeira, sobre a conduta profissional do ex-empregado, quando instado pela empresa que está em vias de contratação do mesmo.

Embora a CLT tenha sido expressa apenas em relação à vedação de justa causa ou informação desabonadora na CTPS, a Constituição Federal dispõe no seu artigo 170, que a ordem econômica está fundada na valorização do trabalho humano e tem por fim assegurar a todos uma existência digna, observados o princípio da função social da propriedade e a busca do pleno emprego (inciso III e VIII). Entende-se, pois, que o ordenamento jurídico, numa interpretação sistemática, veda a conduta patronal de prestar informações desabonadoras verídicas de forma ilimitada. Desse modo, o empresário que presta esse tipo de informação fora dos parâmetros da proporcionalidade comete abuso do direito de falar a verdade, numa atitude inescrupulosa que se esconde sob o manto de uma pseudo-legalidade.²⁶⁶

Quando o núcleo da informação desabonadora - embora verdadeiro - versar sobre as hipóteses de justa causa praticadas pelo empregado, o ex-empregador deve se abster de divulgar esse fato, em homenagem ao princípio constitucional da dignidade humana e do respeito ao direito ao trabalho.

Se fosse possível ao ex-empregador divulgar os motivos pelos quais rescindiu o contrato de trabalho do empregado por justa causa, esse fato dificultaria ou até mesmo impediria que o trabalhador fosse recontratado pelo futuro empregador, privando-o do direito de trabalhar, eis que não se revela razoável que o mesmo, entre vários candidatos, fosse escolher um candidato com

²⁶⁶ TAGLIALEGNA, Aldon do Vale Alves e COLLO, Janilda Guimarães de Lima. A Informação Desabonadora Verifica à Luz dos Princípios da Proporcionalidade e Razoabilidade. Artigo extraído da biblioteca virtual do site do TRT da 18ª Região - <http://www.trt18.gov.br/>, p. 7.

histórico de dispensa por justa causa, portanto, detentor de maus antecedentes profissionais reconhecidos pelo antigo empregador.

Quando estão em jogo as hipóteses de rescisão do contrato de trabalho por justa causa, tais como, desídia, indisciplina, insubordinação, mau procedimento, abandono de emprego e outras questões de ordem patrimonial, conclui-se que o patrão não poderá prestar informação desabonadora. Com efeito, a tendência do escasso mercado de trabalho é a de preterir o empregado com esse tipo de referência. Compreende-se, nesse caso, que a atitude correta seria o patrão recusar-se a dar qualquer informação, visto que ninguém está obrigado por lei a fornecer carta de recomendação. Entendimento contrário seria anuir com comportamento que impede o empregado de mudar de vida. O empregado já foi punido e sofreu com a despedida, agora ser punido novamente, com uma informação desabonadora não é justo, Isto seria retirar-lhe o resgate de sua própria dignidade por meio do trabalho. Assim, o comportamento a ser universalizado é a abstenção, ou seja, que a informação não seja prestada.²⁶⁷

A informação desabonadora somente poderá ser prestada em situações excepcionais, quando houver perigo para a integridade física ou psicológica do possível contratante, como no caso, por exemplo, da babá que maltratou a criança, do professor que seviciou o aluno, a enfermeira que agrediu o idoso. A mesma informação desabonadora não se justifica se o antigo empregado estiver procurando um emprego de balconista no shopping ou como pedreiro na construção civil, porque nesses locais, pelo tipo de trabalho realizado, o labor do empregado não colocará em risco a integridade de seus colegas de trabalho.²⁶⁸

Somente em casos especiais, quando o princípio da liberdade de expressão do ex-empregador superar o princípio da dignidade humana, fica permitido a divulgação de informações desabonadoras sobre a conduta

²⁶⁷ TAGLIALEGNA, Aldon do Vale Alves e COLLO, Janilda Guimarães de Lima. Op. cit., p. 5.

²⁶⁸ *Ib idem*, p. 4/5.

profissional do ex-empregado, com vistas a proteger a integridade física e psicológica de colegas de trabalho da empresa que está em vias de contratá-lo. .

Portanto, a informação desabonadora da conduta profissional do ex-empregado somente poderá ser divulgada em situações excepcionais, valendo a regra da abstenção desse tipo de informações, sob pena de caracterização de prática abusiva que pode resultar em indenização por danos morais e materiais.

6.3.4. DIVULGAÇÃO DE LISTAS NEGRAS

Uma outra prática reprovável e abusiva adotada por alguns maus empregadores consiste na elaboração de “listas negras” com a inserção do nome de ex-empregados com a finalidade de discriminar e impedir ou dificultar a recontração dos mesmos por outras empresas.

Rodolfo Pamplona Filho destaca que embora muitas vezes possa soar como uma paranóia conspiratória, o fato é que é comum se falar, em determinados setores de atividade econômica, na existência de listas negras, em que constariam nomes de empregados indesejáveis, de tal modo a obstar suas contratações ou simplesmente criar empecilhos a que isto ocorra.²⁶⁹

O autor assevera que, ocorrido o fato, inquestionavelmente estará caracterizada a lesão ao trabalhador, tanto na sua esfera patrimonial quanto moral, vez que foi expurgado do mercado de trabalho, sem ter direito sequer à defesa do que lhe foi imputado. Destaca que essa lesão não está sendo perpetrada ao trabalhador somente enquanto empregado, mas sim também como cidadão, pois se estará tolhendo até mesmo a possibilidade de sua subsistência e de sua família (dano patrimonial) e violentando sua honra e dignidade perante a sociedade (dano moral), ensejando seu legítimo interesse na reparação desses danos.²⁷⁰

²⁶⁹ PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Op. cit. p. 100.

²⁷⁰ *Ib idem*, p. 100.

A elaboração de tais listas negras tem como motivação identificar os ex-empregados que tenham participado de greve ou que tenham ajuizado reclamação trabalhista contra o antigo empregador e sua principal finalidade é a de discriminar e impedir ou dificultar a recolocação profissional. A lista cria uma relação de trabalhadores indesejáveis e que não devem ser recontratados por outras empresas. Trata-se de prática abusiva e que frustra direitos fundamentais dos trabalhadores.

Nossos Tribunais Trabalhistas vêm reconhecendo a existência de conduta abusiva na decisão do empregador que elabora lista negra para discriminar o empregado que procura recolocação profissional e dificultar a sua recolocação no mercado de trabalho

“INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS - DISCRIMINAÇÃO NO ATO DA ADMISSÃO - O princípio da igualdade, talhado ao longo dos séculos pelo homem e para o homem, é um autêntico direito fundamental delineador da personalidade humana e dirige-se tanto em face do Estado, quanto do particular, que não podem pautar-se por condutas discriminatórias, preconceituosas ou racistas. No caso em tela, a prova oral e documental revela que a 2ª Reclamada teria prometido aos empregados da 1ª Reclamada a manutenção do emprego, com a sucessão trabalhista operada, a não ser quanto àqueles que "tivessem levado a Prosegur na Justiça". No plano internacional, o Brasil ratificou a Convenção n. 111 da OIT, que trata da discriminação em matéria de emprego e ocupação, e que tem como principais preocupações a afirmação dos valores constantes da Declaração de Filadélfia, dentre os quais se inscrevem a igualdade de oportunidades, a dignidade e o progresso material, assim como a conscientização de que a discriminação constitui violação aos direitos enunciados na Declaração Universal dos Direitos do Homem. Observa Márcio Túlio Viana, em estudo em torno da Lei n. 9.029, de 13 de abril de 1995, que proíbe

discriminações para efeito de acesso à relação de emprego, ou sua manutenção, por motivos "numerus clausus", de sexo, origem, raça, cor, estado civil, situação familiar ou idade, que o legislador já deixara "de fora outras hipóteses, previstas expressamente na Constituição, como as práticas discriminatórias decorrentes de deficiência (art. 7º, inciso XXXI)" (Viana, Márcio Túlio, "Proteção contra atos discriminatórios", In: "O que há de novo em Direito do Trabalho", Coordenadores. Márcio Túlio Viana e Luiz Otávio Linhares Renault, São Paulo: LTr, 1997, pág. 97). Não significa isto que os juízes não estejam buscando uma solução equânime para as demais formas de discriminação. A jurisprudência, como fonte formal de direito, vem de algum tempo para cá, fornecendo subsídios preciosos para o intérprete. E é este o caso dos autos, em que nos deparamos com a discriminação por força de fator não incluído no rol da lei supracitada, mas igualmente odiosa, evoluindo a jurisprudência no sentido de ceifar, na raiz, as chamadas "listas negras". Lembre-se de que o direito de ação é constitucionalmente assegurado (art. 5º, XXXV) e as chamadas "listas negras" são de há muito repudiadas pelo ordenamento jurídico, por impedir, injustamente, a admissão de trabalhadores que exerceram direito legitimamente assegurado. Assim, demonstrado que a atitude da Reclamada foi lesiva à honra e à intimidade do Reclamante, causando-lhe frustração pela oportunidade perdida injustamente, indubitável o dano moral ocasionado e a relação de causalidade entre o ato e o efeito, pelo que deve ser deferida a indenização específica, ressaltando ainda o caráter pedagógico da pena, que visa a coibir a prática discriminatória, pela Reclamada." (TRIBUNAL: 3ª Região - DECISÃO: 05/07/2006 - TIPO: RO NUM: 00951 - ANO: 2005 - NÚMERO ÚNICO PROC: RO - 00951-2005-015-03-00-4 - TURMA: Quarta Turma - DJMG DATA: 15-07-2006 PG: 13 – Rel.: Juiz Fernando Luiz Gonçalves Rios Neto).

“DANO MORAL. LISTA NEGRA. ELABORAÇÃO E DIVULGAÇÃO. PROVA DO PREJUÍZO. DESNECESSIDADE.

1. A elaboração e divulgação de lista negra relacionando trabalhadores que ajuizaram ação trabalhista e recomendando a não contratação dos mesmos é conduta gravíssima, que atenta contra a ordem constitucional, afronta o Poder Judiciário e desconsidera a dignidade humana. 2. Os trabalhadores relacionados na referida lista fazem jus à indenização por dano moral, ainda que tenham conseguido colocação no mercado de trabalho e não tenham provado prejuízo material. 3. Na concepção moderna do ressarcimento por dano moral, prevalece a responsabilização do agente por força do simples fato da violação, de modo a tornar-se desnecessária a prova do prejuízo em concreto, ao contrário do que se dá quanto ao dano material. (STJ, 4ª Turma, RE 2003/0101743-2 Rel. Ministro Cesar Asfor Rocha). 4. Decisão por maioria.” (TRIBUNAL: 24ª Região - DECISÃO:/2004 /05 12 - TIPO: RO NUM: 1671 ANO: 2003 - NÚMERO ÚNICO PROC: RO - 1671-2003-002-24-00 - TURMA: TP - Tribunal Pleno – DATA: 02/06/2004 DO-MS nº 6258 PG: 42 – Rel.: Juiz MARCIO V. THIBAU DE ALMEIDA).

“DANO MORAL – DIVULGAÇÃO DE LISTA NEGRA. A propagação da conhecida “lista negra”, contendo nomes de reclamantes perante a Justiça do Trabalho, com intuito malévolo de dificultar a obtenção de novo emprego, por si só, expõe o ex-empregado ao dano, conferindo-lhe direito à respectiva indenização moral.” (TRIBUNAL: 24ª Região - DECISÃO: 17/12/2003 - TIPO: RO - NUM: 560 - ANO: 2003 - NÚMERO ÚNICO PROC: RO - 560-2003-003-24-03 - TURMA: TP - Tribunal Pleno - DATA: 22/01/2004 DO-MS nº 6169 - PG: 21 – Rel.: Juiz MARCIO V. THIBAU DE ALMEIDA).

“DANO MORAL – "LISTAS NEGRAS". Restou incontroverso nos autos que a reclamada elaborava e atualizava, de tempos em tempos, a chamada "lista negra", com o nome de todos os ex funcionários que vieram a pleitear seus direitos no Poder Judiciário Trabalhista. No caso presente, a reclamada adotava procedimentos vis, não apenas discriminando ex empregados que ajuizaram reclamações trabalhistas, quando do fornecimento de referência, mas também coagindo as empresas que lhe prestavam serviços para que não contratassem ou até mesmo demitissem tais pessoas. Se o fato de que a reclamada elaborar tal listagem e encaminhá-la a uma única firma já é motivo bastante para configurar o dano à pessoa da autora, quanto mais se considerarmos as centenas de empresas que lhes prestavam serviços ou comercializavam seus jornais. Caracterizada a lesão ao trabalhador, impõe-se o ressarcimento do dano. Recurso a que se dá provimento parcial (tão somente para reduzir o valor da indenização).” (TRIBUNAL: 24ª Região - DECISÃO:04/03/2003 - TIPO: RO NUM: 452 ANO: 2002 - NÚMERO ÚNICO PROC: RO - 452-2002-001-24-07 - TURMA: TP - Tribunal Pleno - DATA: 16/05/2003 - DO-MS nº 5958 - PG: 47 – Rel.: Juíza DALMA DIAMANTE GOUVEIA).

Conforme destaca João de Lima Teixeira Filho, estas listas negras visam discriminar e impedir a admissão em novo emprego do trabalhador no emprego que tenha participado de greve ou que tenha ajuizado ação trabalhista no emprego anterior. São formas ilegais de seleção ao emprego, que, além de odiosas, violam dispositivos constitucionais, pois discriminam quem fez uso legítimo de um direito, o direito de greve, assegurado no art. 9º da CF/88, e o direito de acesso ao Poder Judiciário, para defesa de direito que julgue, como garantido no art. 5º da CF, inciso XXXV, ofendem, ainda, o próprio direito ao trabalho, garantido como direito fundamental do trabalhador.²⁷¹

²⁷¹ SUSSEKIND, Arnaldo et al. Instituições de Direito do Trabalho. 22ª ed. atual. São Paulo, LTR, 2005. v. 1, p. 638.

Desta forma, embora o empregador seja titular do poder diretivo e detenha o direito de propriedade sobre os negócios, evidentemente que não pode exercer tais prerrogativas em desacordo com os demais princípios e direitos fundamentais vigentes no ordenamento jurídico.

A Constituição Federal de 1988 em seu art. 170 pressupõe uma ordem econômica fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, com a finalidade de assegurar a todos uma existência digna, conforme os ditames da Justiça Social.

O inc. III do art. 1º da Constituição ressalta a dignidade da pessoa humana como um dos seus princípios fundamentais e o inc. IV do art. 1º destaca os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa como bens socialmente tuteláveis.

As manifestações concretas do princípio da dignidade da pessoa humana, da valorização do trabalho humano e do valor social do trabalho acompanham o indivíduo em todas as suas atividades e limitam a atuação do poder diretivo e do direito de propriedade do empregador, que exercerá tais prerrogativas dentro desses limites.

Diante das considerações supra, é correto afirmar que o empregador deve exercer o seu poder diretivo e o seu direito de propriedade com respeito aos direitos fundamentais do ex-empregado e, na hipótese de divulgar informações desabonadoras ou informações inverídicas, elaborar listas negras ou praticar qualquer outra atitude que venha causar danos ao patrimônio do trabalhador em violação à sua dignidade, intimidade, privacidade, honra ou ao seu sagrado direito de trabalhar a sua responsabilização se estenderá mesmo após a extinção do contrato de trabalho, implicando na obrigação de indenizar por danos morais ou materiais se do ato ilícito praticado resultar prejuízo ao trabalhador.

CONCLUSÃO

O contrato de trabalho se desenvolve em torno do empregador e do empregado e o seu núcleo essencial revela que o primeiro, por assumir os riscos da atividade econômica, tem o direito de dirigir e controlar as atividades laborativas do segundo, que, por força de contrato, se obrigou a respeitá-las.

No contexto do contrato de trabalho a intersecção que se estabelece entre os sujeitos é intensa e se renova a cada dia no cotidiano das relações individuais trabalhistas, caracterizando-se, de um lado, pelo poder diretivo do empregador e, de outro lado, pelo dever de obediência do empregado.

Embora o poder diretivo seja ínsito ao empresário, da mesma forma que o dever de obediência ao empregado, evidentemente que esses papéis devem ser exercidos com moderação no contexto do contrato de trabalho.

Nesse compasso, ainda que o empregado esteja sujeito ao poder diretivo do empregador e ao dever de obediência às ordens que originam do contrato de trabalho, deve ser tratado com respeito e educação, dentro dos parâmetros da lei, eis que o poder de comando não é absoluto e nem ilimitado.

A incidência dos direitos fundamentais no âmbito do contrato de trabalho se assenta na necessidade de assegurar o respeito à dignidade do trabalhador e fixar limites ao exercício da prerrogativa empresarial e tornar a relação de emprego mais justa e equilibrada.

Portanto a atuação do poder diretivo deve ficar limitada à observância das normas constitucionais que garantem ao trabalhador os seus direitos fundamentais e que possuem repercussão nas suas relações jurídicas da esfera privada. O contrato de trabalho é uma relação jurídica privada e, evidentemente, deve ser alcançado pela ordem constitucional, razão pela qual as

condições contratuais e, conseqüentemente, os direitos fundamentais do trabalhador devem ser respeitados.

O poder diretivo do empregador encontra limites na dignidade da pessoa humana. A atividade do trabalhador está protegida pelos direitos fundamentais assegurados a todas as pessoas e incluem o respeito à intimidade, à vida privada, à honra, à imagem, à liberdade de expressão e à não discriminação, que lhe são inerentes e que a ele pertencem ligados indissolúvelmente.

Nas situações práticas da relação de emprego onde se estabelece a intersecção entre o poder diretivo do empregador e o dever de sujeição do empregado, o primeiro, no gozo da prerrogativa empresária e o segundo, administrando o dever de sujeição, resta claro que o poder diretivo não pode assumir caráter ilimitado, mas ater-se ao que se revela necessário a aferir o cumprimento do contrato naquilo que se relaciona com a melhoria da organização produtiva da empresa e com o objeto da prestação de serviços do empregado, buscando se valer de mecanismos lógicos, racionais e razoáveis, com níveis de intromissão mínimos na vida particular do empregado, limitados e justificados ao que se faça necessário ao atendimento das necessidades empresariais.

Nesse quadro, é inquestionável que a Constituição Federal de 1988 rejeitou condutas fiscalizatórias e de controle das atividades laborativas que sejam ofensivas à liberdade e à dignidade mínima do trabalhador e impõe a aplicação de preceitos ao contrato de trabalho para o fim de garantir o respeito aos seus direitos fundamentais.

Uma vez tecidas as considerações supra, urge destacar as conclusões a que chegamos através do presente trabalho a respeito da possibilidade de aplicação das garantias constitucionais fundamentais como forma de limitar o poder diretivo do empregador.

A – No período pré-contratual, embora as tratativas preliminares encetadas pelas partes não possuam força obrigatória, quem as celebra, desde o início, se prepara e age de forma que as condições ajustadas sejam passíveis de cumprimento e espera o mesmo cumprimento da outra parte. Como corolário, urge destacar os princípios da lealdade, da honestidade e da boa-fé que devem nortear a atitude das partes, para que eventual desistência de contratar não venha resultar em prejuízos injustos à parte inocente. Partindo dessa premissa, se todos os atos tendentes à formalização do contrato de trabalho foram consumados e, ao final, o mesmo não foi concluído por culpa da empresa, resta evidente que a mesma agiu de forma desarrazoada e em patente abuso de poder diretivo.

B – Na fase da contratação o empregador somente pode exigir a realização do exame médico admissional, conforme previsão da legislação trabalhista. Os dispositivos constitucionais proíbem qualquer tipo de discriminação ao trabalhador por ocasião das entrevistas pessoais, notadamente a exigência de atestados médicos, assegurando-lhe o direito à intimidade e à vida privada e colocando-os fora dos limites do poder diretivo do empregador. No curso do contrato de trabalho é imperativo que somente podem ser realizados exames médicos periódicos com a concordância do empregado, que deverá ser comunicado dos resultados, assegurando-lhe, ainda, o sigilo do diagnóstico. A decisão do empregador em submeter o trabalhador a outros exames médicos, além das hipóteses legais, fere os direitos constitucionais e fundamentais e, portanto, não pode efetivada.

C – Na fase da contratação é vedado ao empregador submeter o trabalhador a testes grafológicos ou grafotécnicos, como condição de admissão, sem observância de medidas de cautela e sem dar conhecimento ao trabalhador da real dimensão das informações e dados que se pretende descobrir através da aplicação dos testes. Tal atitude do empregador caracteriza intromissão indevida na intimidade e na vida do trabalhador, o que não é tolerado pelos dispositivos constitucionais. Os testes devem se limitar à aferição da capacidade técnica e profissional do trabalhador, relacionadas com o objeto da prestação de serviços.

D - Na execução do contrato de trabalho a empresa pode exercer o controle e fiscalização das atividades laborativas do empregado através da adoção de mecanismos audiovisuais para o fim de verificar se as mesmas estão sendo prestadas de acordo com os desígnios do empregador. Nossa jurisprudência trabalhista, de forma pacífica, vem admitindo a fiscalização das atividades dos empregados através de circuitos internos de televisão, para o fim de garantir o melhor controle do setor de produção e das atividades prestadas. Todavia, esse tipo de controle e fiscalização deve ser exercido dentro dos limites do respeito à intimidade e à vida privada do trabalhador, sendo instalados apenas em locais de trabalho. Não pode o empregador adotar esse mecanismo de controle em locais inapropriados (banheiro, vestiário, refeitório), eis que tal fato implica em patente atentado contra a intimidade e a vida privada do trabalhador, o que não é tolerado pelos dispositivos constitucionais.

E – Na execução do contrato de trabalho a empresa pode fazer, com reservas, revistas pessoais nos empregados. Embora haja entendimento doutrinário em sentido contrário, a jurisprudência trabalhista vem se posicionando favoravelmente à possibilidade de revista pessoal no ambiente de trabalho quando utilizada para salvaguarda e como medida de segurança ao patrimônio do empregador. Deve, pois, ser exercida dentro dos limites do direito e preservando os direitos fundamentais do trabalhador à intimidade, à vida privada e à dignidade. A empresa, diante do seu poder diretivo, quando absolutamente necessário e, ainda, observando os critérios da razoabilidade, pode promover revistas pessoais nos empregados. Todavia, na medida em que, extrapola os limites e submete os trabalhadores a revistas pessoais constrangedoras, humilhantes, causadoras de agressões morais e de situações vexatórias, evidentemente que pratica abuso de poder diretivo, o que não é tolerado pelos dispositivos constitucionais.

F – Na execução do contrato de trabalho a empresa pode controlar e fiscalizar o computador, a internet e o correio eletrônico no ambiente de trabalho e no contexto das atividades laborativas e do contrato de trabalho. Embora haja

entendimento doutrinário em sentido contrário, a conclusão a que se chega é no sentido de que o empregador - no exercício regular do seu poder diretivo - pode instituir mecanismos para controlar e fiscalizar as atividades profissionais dos empregados que são prestadas por ferramentas de trabalho eletrônicas, tais como, computadores, internet, correio eletrônico, sem que tal procedimento resulte na violação aos direitos fundamentais do trabalhador que protegem a vida privada e o sigilo da correspondência e das comunicações. Como corolário, urge destacar que O empregador é o proprietário dos meios eletrônicos e aplicativos tecnológicos que são colocados à disposição do empregado como ferramentas para a execução das atividades laborativas. É ele quem dirige, controla e subordina o trabalho do empregado, dando destinação concreta à mão de obra dos trabalhadores com vistas ao atendimento dos fins da empresa. Os meios eletrônicos são fornecidos ao trabalhador por força da relação de emprego e para o exercício das atividades laborativas objeto do contrato de trabalho.

G – Em relação ao assédio sexual a prática revela-se totalmente abusiva, caracterizando, ainda, ilícito penal. Os dispositivos constitucionais consagram a garantia da dignidade da pessoa humana e dispõem que são invioláveis a intimidade e a vida privada, a honra e a imagem das pessoas. Eis a base legal que garante os direitos fundamentais do trabalhador e proíbe práticas abusivas de assédio sexual. Também cumpre destacar que o assédio sexual constitui crime previsto no artigo 316-A do Código Penal. Portanto, a conclusão a que se chega é no sentido de que o poder diretivo do empregador não pode utilizado com a finalidade de permitir ao empregador ou aos seus prepostos praticarem crime de assédio sexual. O empregador, por ser o detentor do poder diretivo da empresa, compete-lhe o dever de manter o ambiente de trabalho moralmente respeitoso, saudável e harmonioso e além de se abster da prática de assédio sexual, também deve zelar para que seus prepostos e demais empregados não venham a incidir na prática de tais condutas irregulares e reprováveis aos olhos da lei e da moralidade. O poder diretivo neste caso realça a importância do papel e das responsabilidades que devem ser assumidas pelo empregador, eis que já que não subsiste argumento lógico, ético, moral ou jurídico que permita a conclusão de que um trabalhador

inserido numa relação de emprego possa ser despojado do exercício dos seus direitos fundamentais.

H – Em relação ao assédio moral destaca-se que o empregador tem o dever de manter o ambiente de trabalho moralmente sadio e de adotar medidas para inibir ou impedir a ocorrência dessa prática insidiosa na relação de emprego, zelando pela integridade física e psicológica do trabalhador e pela preservação dos seus direitos e garantias fundamentais. A prática de assédio moral contamina o ambiente de trabalho e ofende a dignidade do trabalhador em seus aspectos fundamentais, tais como a intimidade, vida privada, liberdade, honra, boa fama, não-discriminação. A submissão do trabalhador ao poder diretivo da empresa deve se limitar aos exatos contornos da execução das atividades laborativas fixadas no contrato de trabalho e não pode ser utilizada para a prática de abusos pelo empregador no ambiente de trabalho. A inserção do trabalhador no ambiente de trabalho não lhe retira os direitos fundamentais, dentre os quais, o da dignidade da pessoa humana e os seus direitos de personalidade, tais como: intimidade, liberdade, não discriminação, honra, integridade física e psíquica, assegurados pelos dispositivos constitucionais e estabelecem um limite intransponível ao poder diretivo do empregador.

I – Na fase pós-contratual, da mesma forma, o empregador continua vinculado ao cumprimento dos compromissos assumidos em relação ao empregado durante a contratualidade, devendo de abster de divulgar ou difundir fatos ou notícias desabonadoras que possam causar prejuízos morais ou materiais ao empregado, sob pena de caracterizar violação aos seus direitos fundamentais. Portanto, mesmo após a extinção da relação de emprego, algumas regras de conduta devem continuar sendo respeitadas pelas partes – de proteção, lealdade e informação. Na hipótese de configuração de ato ilícito pela inobservância dessas regras e na ocorrência de prejuízo patrimonial ou moral fica assegurado à parte inocente o direito de pleitear a indenização cabível. Nesse sentido, é proibido ao empregador fazer qualquer registro desabonador da conduta funcional do empregado na CTPS, tais como: motivação da rescisão do contrato de trabalho, motivação de

justa causa, motivação da conduta reprovável. Tais informações dificultariam a recolocação profissional do empregado em razão do seu passado funcional desabonador. Da mesma forma, também é proibido ao empregador divulgar informações inverídicas, falsas, mentirosas, difamatórias, caluniosas ou distorcidas do verdadeiro status pessoal e profissional do ex-empregado com o fim de prejudicar ou impedir o acesso do mesmo ao mercado de trabalho. Essa prática é abusiva e condenável e cerceia o empregado de trabalhar e de prover o sustento próprio e o de sua família. Ainda que verídicas, as informações desabonadoras da conduta profissional do ex-empregado, somente poderão ser divulgadas em situações excepcionais, valendo a regra da abstenção desse tipo de informações, sob pena de caracterização de prática abusiva que pode resultar em indenização por danos morais e materiais. Também é proibido ao empregador elaborar listas negras que têm como motivação identificar os ex-empregados que tenham participado de greve ou que tenham ajuizado reclamação trabalhista contra o antigo empregador, sendo sua principal finalidade a de discriminar e impedir ou dificultar a recolocação profissional. A lista cria uma relação de trabalhadores indesejáveis e que não devem ser recontratados por outras empresas. Assim, resta claro que o empregador deve exercer o seu poder diretivo e o seu direito de propriedade com respeito aos direitos fundamentais do ex-empregado e, na hipótese de divulgar informações desabonadoras ou informações inverídicas, elaborar listas negras ou praticar qualquer outra atitude que venha causar danos ao patrimônio do trabalhador em violação à sua dignidade, intimidade, privacidade, honra ou ao seu sagrado direito de trabalhar a sua responsabilização se estenderá mesmo após a extinção do contrato de trabalho, implicando na obrigação de indenizar por danos morais ou materiais se do ato ilícito praticado resultar prejuízo ao trabalhador.

BIBLIOGRAFIA

ALKIMIN, Maria Aparecida. Assédio Moral e seus Efeitos na Relação de Emprego. Tese de Mestrado em Direito das Relações Sociais – Área de Concentração em Direito do Trabalho, apresentada na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo: 2004.

AMARANTE, Aparecida I. Responsabilidade Civil por Dano à Honra. 2ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1994, p. 85. In CASELLA, João Carlos. Proteção à Intimidade do Trabalhador. Estudos em Homenagem a Octavio Bueno Magano. São Paulo: LTR, 1996.

ARAÚJO, Francisco Rossal de. A Boa-fé no Contrato de Emprego. São Paulo: LTR, 1996.

ARAUJO. Luiz Alberto David. A Proteção Constitucional das Pessoas Portadoras de Deficiência. Brasília: CORDE – Coordenadoria Nacional para Integração da Pessoa Deficiente, 1994.

ARAUJO, Luiz Alberto David et Nunes Júnior, Vidal Serrano. Curso de Direito Constitucional. 11ª ed, São Paulo: Editora Saraiva, 2007.

ARRIBAS, Bruno Felipe. GOMES, Diego et al. Apontamentos acerca da Responsabilidade Pré-contratual. Jus Navigandi, Teresina: ano 7, n. 66, jun. 2003. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4152>>. Acesso em: 22 jan. 2008.

BACHILLER, Sergio. Teoria General de la Subordinacion. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1980.

BARROS, Alice Monteiro de. Proteção à Intimidade do Empregado. São Paulo: LTR, 1997.

_____ Curso de Direito do Trabalho. 2ª ed., São Paulo: LTR, 2005.

_____ Poder Hierárquico do Empregador: Poder Diretivo. In: BARROS, Alice Monteiro. Curso de Direito do Trabalho: Estudos em Memória de Célio Goyatá. 3ª ed. vol. I. São Paulo: LTR, 1997.

BATISTA, Lygia Maria de Godoy. Poderes do Empregador. In: DUARTE, Bento Herculano (coord.). Manual de Direito do Trabalho: Estudos em Homenagem ao Professor Cássio Mesquita de Barros. São Paulo: LTR, 1998.

BAYLOS GRAU, Antonio. Direito do Trabalho: Modelo para Amar. Trad. Flávio Benites e Cristina Schultz, São Paulo: LTR, 1999.

BELTRAN, Ari Possidônio. Dilemas do Trabalho e do Emprego na Atualidade. São Paulo: LTR, 2001.

_____. Direito do trabalho: Limites ao Poder Diretivo e Outras Questões da Atualidade. Revista dos Advogados. São Paulo: Associação dos Advogados de São Paulo. nº 82: 10-21, 2005.

BERNARDES, Hugo Gueiros. O Contrato de Trabalho e sua Alteração. 2ª ed. Rev e Atual. São Paulo: LTR, 1986.

BITTAR, Carlos Alberto. Curso de Direito Civil. Rio de Janeiro: Forense.

_____ Os Direitos da Personalidade. 4ª ed., São Paulo: Forense Universitária, 2000.

CARDONE, Marly A. Discriminação no Emprego. Repertório IOB de Jurisprudência 2. São Paulo: IOB, 2ª quinzena de julho de 2000, nº 2/16292. In ROMITA, Arion Sayão. Direitos Fundamentais nas Relações de Trabalho. São Paulo: LTR, 2007.

_____ O Assédio Sexual como Justa Causa. Repertório IOB de Jurisprudência. São Paulo, nº 23/94.

CARRION, Valentin. Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho: Legislação Complementar e Jurisprudência. 31ª ed. Atual. por Eduardo Carrion. São Paulo: Editora Saraiva, 2006.

CASELLA, João Carlos. Proteção à intimidade do trabalhador. In: MALLET, Estevão; ROBORTELLA, Luiz Carlos Amorim (coords.). Direito e Processo do Trabalho: Estudos em Homenagem ao Professor Octavio Bueno Magano. São Paulo: LTR, 1996.

CAUPERS, João. Direitos Fundamentais dos Trabalhadores e a Constituição. Coimbra: Almedina, 1985.

COLINS, Paul. La Notion du Contrat de Travail, Paris, 1912, p. 97. in MORAES FILHO, Evaristo de; MORAES, Antonio Carlos Flores de. Introdução ao Direito do Trabalho. 9ª ed., São Paulo: LTR, 2003.

COSTA, Edgardo A. Ferrari. El Concepto de Subordinacion. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1967.

COSTA. Orlando Teixeira da. O Trabalho e a Dignidade do Trabalhador. Revista LTR. v. 59, nº 5, maio de 1996.

CUPIS. Adriano de. Os Direitos da Personalidade. Lisboa: Livraria Moraes, 1961. In SIMON, Sandra Lia. A Proteção Constitucional da Intimidade e da Vida Privada do Empregado. São Paulo: LTR, 2000.

DALAZEN, João Orestes; SOUTO MAIOR, Jorge Luiz, O Empregador pode Monitorar E-mail de Empregado? OAB/SP, Jornal do Advogado. Ano XXXI, n. 299, Outubro/2005.

DAL COL. Helder Martinez. O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, o Direito ao Trabalho e a Prevenção da Infortunistica. Revista Juristas. ISSN: 8074. DELGADO, Mauricio Godinho. Curso de Direito do Trabalho, 6ª ed., São Paulo: LTR, 2007.

_____ Proteções contra Discriminações na Relação de Emprego. In Discriminação, LINHARES, Luiz Otávio e Viana, Márcio Túlio (coordenadores). São Paulo: LTR, 2000.

_____ O Poder Empregatício. São Paulo: LTR, 1996.

DALLEGRAVE NETO, José Afonso. Responsabilidade Civil No Direito do Trabalho. São Paulo: LTR, 2005.

FERNANDES, António Lemos Monteiro. Direito do Trabalho. 11ª ed. Coimbra: Almedina, 1999.

FERRARI, Irany; MARTINS, Melchíades Rodrigues. Julgados Trabalhistas Seleccionados. vol. VIII. São Paulo: LTR, 2003.

_____ Julgados Trabalhistas Seleccionados. vol. IX. São Paulo: LTR, 2005.

FERRAZ JÚNIOR. Tércio Sampaio. Direito e Cidadania na Constituição Federal. Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo. nº 47/48, janeiro-dezembro de 1997.

_____ Sigilo de Dados: O Direito à Privacidade e os Limites à Função Fiscalizadora do Estado. Revista da Faculdade de Direito da USP, v. 88, 1993.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Comentários à Constituição Brasileira de 1988. São Paulo: Saraiva, 1990.

FERREIRA SOBRINHO, José Wilson. Assédio Sexual e Justa Causa. In Repertório IOB de jurisprudência. São Paulo: IOB, Fev/1996.

FLORINDO, Valdir. Dano Moral e o Direito do Trabalho, 3ª ed., São Paulo: LTR, 1999.

FINATI, Cláudio Roberto. As Relações de Trabalho na Era da Informática. In Revista Síntese Trabalhista, n.136. Outubro de 2000. São Paulo

FRANÇA. R. Limongi. Instituições de Direito Civil. São Paulo: Saraiva, 1994.

GIL Y GIL, José Luis. Autotutela Privada y Poder Disciplinario en la Empresa. Madrid: Din Impresores, SL, 1994. In BARROS, Alice Monteiro de. Curso de Direito do Trabalho. 2ª ed., São Paulo: LTR, 2006.

GOMES, Orlando e GOTTSCHALK Élson. Curso de Direito do Trabalho, 17ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2005.

GONÇALVES. Emílio. O Poder Regulamentar do Empregador, 2ª ed., São Paulo: LTR, 1997.

GOTTSCHALK, Elson. GOMES, Orlando. Curso de Direito do Trabalho. 17ª ed., Rio de Janeiro: 2005.

GRAUS, Eros Roberto. A Ordem Econômica na Constituição de 1988. Op. cit., p. 220.

HIRIGOYEN, Marie-France. Assédio Moral – A Violência Perversa no Cotidiano. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2001.

JORGE NETO, Francisco Ferreira e CAVALCANTE, Jouberto de Quadros Pessoa. Manual de Direito do Trabalho. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

JUCÁ, Paulo Viana de Albuquerque. O Assédio Sexual como Justa Causa Típica. Revista LTR. São Paulo: LTR, vol. 61, nº 2, fev. 97.

KRAUSPENHAR, Rogério. Os Limites do Poder Disciplinar do Empregador. São Paulo: LTR, 2001.

LEITE, Carlos Henrique Bezzera. Curso de direito do trabalho. 3ª ed. vol. I. Curitiba: Juruá, 2000.

LEWICKI, Bruno. A privacidade da pessoa humana no ambiente de trabalho. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

LEYMANN, Heinz. Mobbing. Paris: Seuil, 1996. In HIRIGOYEN, Marie-France. Assédio Moral – A Violência Perversa no Cotidiano. Op. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2001.

LIPPMANN, Ernesto. Do Direito à Privacidade do Empregado nos Tempos da Internet. Revista LTR, São Paulo: LTR, v. 62, n. 4, Abril/98.

LISBOA, Roberto Senise. A Inviolabilidade de Correspondência na Internet. DE LUCCA, Newton de e Adalberto Simão Filho (coordenadores). Direito & Internet – Aspectos Jurídicos Relevantes. São Paulo: Edipro, 2001.

LOBO, Eugenio Haddock et LEITE, Júlio César do Prado. Comentários à Constituição Federal. Rio de Janeiro: Ed. Trabalhistas, 1989, v. 1º.

LOBREGAT, Marcus Vinicius. Dano Moral nas Relações Individuais de Trabalho. São Paulo: LTR, 2001.

LÓPES, Manuel Carlos Palomeque; ÁLVAREZ de LA ROSA, Manuel. Derecho del trabajo. 13ª ed. Madrid: Ramón Areces, 2005.

LYON CAEN, Antonie et VACARIE, Isabele. Droits Fondamentaux et Droit du Travail, In AAVV. Droit Syndical et Droits de l'homme à l'aube du XXe Siècle – Mélanges em l'honneur de Jean Maurice Verdier, Paris: Dalloz, 2001. In ROMITA, Arion Sayão. Direitos Fundamentais nas Relações de Trabalho. São Paulo: LTR, 2007.

_____ Droits Fondamentaux et Droit du Travail, In AAVV. Droit Syndical et Droits de l'homme à l'aube du XXe Siècle – Mélanges em l'honneur de Jean Maurice Verdier, Paris: Dalloz, 2001. In ROMITA, Arion Sayão. Direitos Fundamentais nas Relações de Trabalho. São Paulo: LTR, 2007.

MACEDO, Pedro de Sousa. Poder Disciplinar Patronal. Coimbra: Almedina, 1990.

MAGANO, Octavio Bueno. Do Poder Diretivo na Empresa. São Paulo: Saraiva, 1982.

_____ Manual de Direito do Trabalho: Direito Individual do Trabalho. 4ª ed. vol. II. São Paulo: LTR, 1993.

_____ Dos Direitos da Personalidade e o Direito do Trabalho. Revista de Direito do Trabalho. São Paulo: Revista dos Tribunais. v. 29, n. 111: 154-157, 2003.

MALLET, Estevão. Direitos de Personalidade e Direito do Trabalho. Revista do Advogado. São Paulo: Associação dos Advogados de São Paulo. nº 76: 12-20, 2004.

MANUS, Pedro Paulo Teixeira. Direito do Trabalho. 9ª ed., São Paulo: Atlas, 2005.

MARCHESINI, Gualtiero Martin. El Poder de Dirección. Revista de Direito do Trabalho. São Paulo: Revista dos Tribunais. v. 12, nº. 65: 18- 33, 1987.

MARTINS. Flademir Jerônimo Belinati. Princípio Constitucional Fundamental da Dignidade da Pessoa Humana. Dissertação de Mestrado apresentada à Instituição Toledo de Ensino. Bauru, 2002.

MARTINS, Sergio Pinto. Direito do Trabalho, 23ª ed., São Paulo: Atlas, 2007.

MELGAR, Alfredo Montoya. Derecho del Trabajo. 21ª ed. Madrid: Tecnos, 2000.

MENDES, Gilmar Ferreira et al. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Editora Saraiva, 2007.

MENEZES, Cláudio Armando Couce de. Assédio Moral e seus Efeitos Jurídicos. Juris Síntese, nº 41, mai/jun de 2003.

MESQUITA. Luiz José de. Direito Disciplinar do Trabalho. 2ª ed., São Paulo: LTR, 1991.

MONTOYA MELGAR, Alfredo. Derecho del Trabajo. Madrid: Tecnos, 2003.

MORAES, Alexandre de. Direitos Humanos Fundamentais. 2ª ed., São Paulo: Atlas, 1998.

MORAES, Luis Filipe do Nascimento. Elementos para o Exercício da Liberdade de Expressão e do Direito à Informação pelos Trabalhadores. Revista Crítica Jurídica. Curitiba: Faculdades do Brasil, n. 19, jul/dez 2001.

MORAES FILHO, Evaristo. Trabalho a Domicílio e Contrato de Trabalho. São Paulo: LTR, 1994.

MORAES FILHO, Evaristo de; MORAES, Antonio Carlos Flores de. Introdução ao Direito do Trabalho. 9ª ed., São Paulo: LTR, 2003.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. Curso de Direito do Trabalho, 17ª ed., São Paulo: Saraiva, 2001.

_____ Iniciação ao Direito do Trabalho. São Paulo: LTR, 2007.

_____ Teoria Geral do Direito do Trabalho. São Paulo: LTR, 1998.

NASCIMENTO, Sônia A. C. Mascaro. O Assédio Moral no Ambiente de Trabalho. Jus Navegandi, Teresina, ano 8, nº 371, 13 jul. 2004. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5433>. acesso em 30 jan. 2008.

NUNES, Luiz Antonio Rizzatto. O Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana. São Paulo: Saraiva, 2002.

OLIVEIRA, Paulo Eduardo V. O Dano Pessoal no Direito do Trabalho. São Paulo: LTR, 2002.

OTTAVIANO, Vittorio. Il Governo dell'economia: i Principi Giuridici, in *Tratato di Diritto Commerciale e di Diritto Pubblico dell'economia – v. I: La Costituzione Economica*. In SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 29ª ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2007.

PAMPLONA FILHO, Rodolfo. O Dano Moral na Relação de Emprego, 2ª ed., São Paulo: LTR, 1999.

PASTORE, José e ROBORTELLA, Luiz Carlos Amorim. Assédio Sexual é Crime? O Jornal da Tarde, edição de 22/09/1997.

PINTO, José Augusto Rodriguez. Tratado de Direito Material do Trabalho. São Paulo: LTR, 2007.

PIOVESAN, Flávia. Temas de Direitos Humanos. São Paulo: Max Limonad, 1998.

PRADO, Roberto Barreto. Tratado de Direito do Trabalho, vol. I, São Paulo: Editora RT, 1971. In DELGADO, Mauricio Godinho. O Poder Empregatício.

REIS, Nélío. Alteração do Contrato de Trabalho. 4ª ed., Rio de Janeiro: 1968.

REZENDE, Roberto Vieira de Almeida. Delineamento Constitucional do Poder Diretivo. Tese de Doutorado apresentada ao Departamento de Direito do Trabalho da Faculdade Direito da USP. São Paulo: 2004.

ROBORTELLA, Luiz Carlos Amorim Robortella. Assédio Sexual no Emprego. Repressão Penal e Reparação Civil. Revista do Advogado. Ano XXII, nº 66, junho/2002.

RODRIGUEZ PINTO, José Augusto. Curso de Direito Individual do trabalho. 5ª ed. São Paulo: LTR, 2003.

RODRIGUEZ, Américo Plá. Curso de Direito do Trabalho. São Paulo: LTR, 1982.

ROMITA, Arion Sayão. Direitos Fundamentais nas Relações de Trabalho. São Paulo: LTR, 2007.

_____ A Subordinação no Contrato de Trabalho. São Paulo: Forense, 1979.

RUIZ MIGUEL, Carlos. La Configuración Constitucional del Derecho a la Intimidad. Madrid: Editorial Tecnos, 1995, p. 44. In BARROS, Alice Monteiro de. Proteção à Intimidade do Empregado. São Paulo: LTR, 1997.

RUSSOMANO, Mozart Victor. In DELGADO, Mauricio Godinho. O Poder Empregatício. São Paulo: LTR, 1996.

SANTOS, Enoque Ribeiro dos. O Dano Moral na Dispensa do Empregado. 3ª ed. rev. e amp. com Enxertos sobre os Direitos da Personalidade. São Paulo: LTR, 2002.

SANSEVERINO, Rita. Corso di Diritto del Lavoro. Padova, 1937, e Diritto del Lavoro. Padova, 1949. In REIS, Nélío. Alteração do Contrato de Trabalho. 4ª ed., Rio de Janeiro: 1968.

_____ Corso di Diritto del Lavoro. Padova, 1937. In O Contrato de Trabalho e sua Alteração. BERNARDES, Hugo Gueiros. 2ª ed., São Paulo: LTR, 1986.

SARLET, Ingo Wolfgang. Os Direitos Fundamentais Sociais na Constituição de 1988. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999, p. 169. In ROMITA, Arion Sayão. Direitos Fundamentais nas Relações de Trabalho. São Paulo: LTR, 2007.

SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo, 29ª ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2007.

_____ Curso de Direito Constitucional Positivo. 13ª ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

_____ Curso de Direito Constitucional Positivo. 6ª ed., São Paulo: RT, 1990.

SILVA, Luiz de Pinho Pedreira da. A Discriminação Indireta. Revista Synthesis 331, 2001. In BARROS, Alice Monteiro de. Curso de Direito do Trabalho. 2ª ed., São Paulo: LTR, 2006.

SILVA. Otavio Pinto e. Subordinação, Autonomia e Parassubordinação nas Relações de Trabalho. São Paulo: LTR, 2004.

SILVA NETO, Manoel Jorge e. Questões Controvertidas sobre o Assédio Sexual. Gênesis: Revista de Direito do Trabalho, v. 16, nº 92, agosto de 2000.

SIMÓN, Sandra Lia. A Proteção Constitucional da Intimidade e da Vida Privada do Empregado. São Paulo: LTR, 2000.

SUSSEKIND, Arnaldo et al. Instituições de Direito do Trabalho. 22ª ed. atual. São Paulo: LTR, 2005.

_____ Tutela da Personalidade do Trabalhador. Revista LTR. São Paulo: LTR. vol. 59, nº 5: 595-598, 1995.

VIANA. Márcio Túlio. Direito de Resistência. São Paulo: LTR, 1996.

VILHENA, Paulo Emílio Ribeiro de. Direito do Trabalho & Fundo de Garantia. Temas Atuais de Direito Material, de Direito Processual e Direito Coletivo do Trabalho. São Paulo: LTR, 1978, p. 68. In VIANA, Márcio Túlio. Direito de Resistência. São Paulo: LTR, 1996.

XAVIER, Bernardo da Gama Lobo. Curso de direito do trabalho. 2ª ed. Lisboa: Verbo, 1993.

Livros Grátis

(<http://www.livrosgratis.com.br>)

Milhares de Livros para Download:

[Baixar livros de Administração](#)

[Baixar livros de Agronomia](#)

[Baixar livros de Arquitetura](#)

[Baixar livros de Artes](#)

[Baixar livros de Astronomia](#)

[Baixar livros de Biologia Geral](#)

[Baixar livros de Ciência da Computação](#)

[Baixar livros de Ciência da Informação](#)

[Baixar livros de Ciência Política](#)

[Baixar livros de Ciências da Saúde](#)

[Baixar livros de Comunicação](#)

[Baixar livros do Conselho Nacional de Educação - CNE](#)

[Baixar livros de Defesa civil](#)

[Baixar livros de Direito](#)

[Baixar livros de Direitos humanos](#)

[Baixar livros de Economia](#)

[Baixar livros de Economia Doméstica](#)

[Baixar livros de Educação](#)

[Baixar livros de Educação - Trânsito](#)

[Baixar livros de Educação Física](#)

[Baixar livros de Engenharia Aeroespacial](#)

[Baixar livros de Farmácia](#)

[Baixar livros de Filosofia](#)

[Baixar livros de Física](#)

[Baixar livros de Geociências](#)

[Baixar livros de Geografia](#)

[Baixar livros de História](#)

[Baixar livros de Línguas](#)

[Baixar livros de Literatura](#)
[Baixar livros de Literatura de Cordel](#)
[Baixar livros de Literatura Infantil](#)
[Baixar livros de Matemática](#)
[Baixar livros de Medicina](#)
[Baixar livros de Medicina Veterinária](#)
[Baixar livros de Meio Ambiente](#)
[Baixar livros de Meteorologia](#)
[Baixar Monografias e TCC](#)
[Baixar livros Multidisciplinar](#)
[Baixar livros de Música](#)
[Baixar livros de Psicologia](#)
[Baixar livros de Química](#)
[Baixar livros de Saúde Coletiva](#)
[Baixar livros de Serviço Social](#)
[Baixar livros de Sociologia](#)
[Baixar livros de Teologia](#)
[Baixar livros de Trabalho](#)
[Baixar livros de Turismo](#)