

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

DIOGO CELESTINO TABOSA

**OS LIMITES DO PODER FISCALIZATÓRIO DO EMPREGADOR NO TRABALHO
X DIREITO À PRIVACIDADE/ INTIMIDADE**

SÃO PAULO

2016

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

DIOGO CELESTINO TABOSA

**OS LIMITES DO PODER FISCALIZATÓRIO DO EMPREGADOR NO TRABALHO
X DIREITO À PRIVACIDADE/ INTIMIDADE**

Monografia apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Especialista em Direito do Trabalho e Direito Processual do Trabalho, sob a orientação do Professor Doutor Marcelo Morelatti Valença.

SÃO PAULO

2016

DIOGO CELESTINO TABOSA

**OS LIMITES DO PODER FISCALIZATÓRIO DO EMPREGADOR NO TRABALHO
X DIREITO À PRIVACIDADE/ INTIMIDADE**

Monografia apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Especialista em Direito do Trabalho e Direito Processual do Trabalho, sob a orientação do Professor Doutor Marcelo Morelatti Valença.

Aprovado em:

BANCA EXAMINADORA

Professor Doutor Marcelo Morelatti Valença

COGEAE

Professor (a)

COGEAE

Professor (a)

COGEAE

AGRADECIMENTOS

Agradeço a deus por ter guiado meu caminho até aqui.

Aos meus pais pelas oportunidades oferecidas através de grande esforço e trabalho e pela educação que me foi concedida.

A todos os meus amigos que trilham o caminho árduo de cada profissão com destreza e alegria.

RESUMO

TABOSA, Diogo Celestino Tabosa. *Os limites do poder fiscalizatório do empregador no trabalho x direito a privacidade/ intimidade*. 2016. Monografia (Especialização em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2016.

O presente trabalho tem como escopo principal o estudo dos limites do poder diretivo do empregador no ambiente de trabalho e quais impactos ao trabalhador, passando inicialmente pelas modalidades apresentadas e seus limites impostos pelo ordenamento jurídico brasileiro passando pelos princípios constitucionais fundamentais. No decorrer do trabalho apresentado passaremos a analisar a conceituação de trabalho de assédio moral, sua gravidade e consequências, o *bullying*, fiscalização das ferramentas de trabalho. Por fim, falaremos sobre a responsabilidade do empregador e indenização.

Palavras-chave: Poder diretivo – limites – assédio – responsabilidade - indenização

ABSTRACT

TABOSA, Diogo Celestino. *Limits of the employer's directive power at work x right to privacy / intimacy*. 2016. Monograph (Specialization Degree) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2016.

This work has as main purpose the study of the limits of the governing power of the employer in the workplace and which impacts the worker, passing initially by the presented methods and their limits imposed by Brazilian law through the fundamental constitutional principles. During the work presented we will analyze the concept of bullying at work, their severity and consequences, bullying, oversight of work tools. Finally, we will talk about the employer's liability and compensation.

Key words: Directive Power – limits – harassment - responsibility - compensation

ÍNDICE

Introdução

1. O poder diretivo do empregador
 - 1.1. Conceito
 - 1.2. Modalidades do poder diretivo: poder de organização ou regulamentar, poder de controle ou fiscalizatório e poder disciplinar
 - 1.3. Limites do poder diretivo
 - 1.4. Garantias constitucionais fundamentais que limitam a utilização indiscriminada do poder diretivo pelo empregador

2. Assédio Moral
 - 2.1. Conceito
 - 2.2. Gravidades e consequências
 - 2.3. Assédio moral no trabalho e o *bullying*
 - 2.4. Do direito a privacidade/ fiscalização das ferramentas de trabalho

3. Responsabilidade do empregador e indenização

Conclusão

INTRODUÇÃO

Sabemos que nos dias atuais e em razão dos avanços tecnológicos que empregador vem fiscalizando de forma mais incisiva o trabalho e ferramentas de trabalho dos seus empregados. Em razão disso, têm-se percebido graves violações aos direitos de privacidade e intimidade dos seus empregados.

A gravidade do problema exige reflexão, empenho e atenção dos profissionais envolvidos, que precisam se unir em favor a de uma atuação mais efetiva na prevenção e no seu combate.

A temática, por ser complexa, abrange aspectos nitidamente interdisciplinares, relacionados não apenas ao Direito, mas a diversas outras esferas do conhecimento e da ciência.

As vítimas de assédio moral e de outras agressões semelhantes, em verdade, ainda permanecem, muitas vezes, sem a devida proteção em face da violência psicológica crescente na pós-modernidade e em nossa atual *sociedade da informação*.¹

Com isso a doutrina e a jurisprudência começam a disciplinar matérias e situações que pela antiguidade da legislação trabalhista não são previstas em nosso ordenamento jurídico, buscando muitas vezes apoio no direito comparado.

Analisando pelo lado dos empregadores, verificamos no presente trabalho a necessidade de imposição dos limites do poder diretivo do empregador no ambiente de trabalho.

Por fim, após o estudo destacado dos limites e conceitos sobre o poder diretivo do empregador, verificaremos suas consequências, tais como assédio moral, sua gravidade, o *bullying*, fiscalização das ferramentas de trabalho atualmente existentes as relações de trabalho e seus limites impostos tanto pela legislação como pela jurisprudência atual.

¹ GARCIA, Gustavo Felipe Barbosa. *Assédio Moral – Violencia Psicológica no Ambiente de Trabalho*. Salvador: JusPodivm, 2016.

CAPÍTULO 1 – O PODER DIRETIVO DO EMPREGADOR

1.1. Conceito

Para entendermos o conceito de poder diretivo do empregador e adentrar ao estudo da questão, devemos buscar, através da hermenêutica, o significado das palavras de forma isolada para então chegarmos ao conceito geral.

A palavra *poder* tem sua origem no latim

possum, potes, potūi, posse 'poder, ser capaz de'; a conj. de *possum* proveio da contaminação do v. **poteo, *potēre* que deu o tema do *perfectum potūi*, o do part. pres. *potens* e da locução comp. do adj. *potis* 'senhor, possuidor'; sobre o rad. do *perfectum*, com base nas f. citadas, a língua pop. refez secundariamente o inf. *potēre* > port. *poder*;².

Dentre inúmeras explicações, significados e valorações dadas à palavra poder, podemos concluir como sendo o direito de deliberar, agir e mandar e também, dependendo do contexto, a faculdade de exercer a autoridade, a soberania, ou o império de dada circunstância ou a posse do domínio, da influência ou da força. Além disso, na maioria das vezes onde está o poder, há a presença da política.

Quando pensamos no conceito de poder, naturalmente pensamos em uma figura, cujas determinações sejam cumpridas para satisfação de suas ideias/ideais individuais e/ou coletivos, visando a liberdade de um indivíduo em detrimento da liberdade de outro, isto é, daquele que cumpre as determinações de outrem, por motivo social, político ou econômico.

A palavra *diretivo*, por sua vez, é um adjetivo que significa “que dirige, imprime direção, orientação³” e, se somado ao conceito inicial de poder entende-se que *poder diretivo* é a

² Disponível em < <http://houaiss.uol.com.br/busca?palavra=poder>>. Acesso em 06 de janeiro de 2016

³ Disponível em < <http://houaiss.uol.com.br/busca?palavra=diretivo>>. Acesso em 06 de janeiro de 2016

possibilidade/intenção de deliberar, agir, mandar, em nome de alguém ou em nome próprio com objetivo identificado ou até mesmo com uma linha de pensamento coordenada e mantida sob controle e sob sua direção e orientação.

Por fim, para somarmos ao conceito em estudo temos a figura do *empregador* que, de acordo com o *caput* do artigo 2º da CLT, pode ser considerado como tal **a empresa, individual ou coletiva, que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviço.** Complementando o conceito inicial deve-se observar o conceito de empresário estabelecido no artigo 966 do Código Civil onde se **considera empresário quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços.**

Portanto, o empresário – que pode ser um empresário individual – também pode ser considerado empregador no caso de, assumindo os riscos da atividade econômica, admitir, assalariar e dirigir a prestação pessoal de serviço, o que se encaixa perfeitamente no conceito do *caput* do artigo 2º da CLT.

Assim, chegamos ao primeiro entendimento de que empregador é a pessoa física, natural e/ou a pessoa jurídica que admite, assalariar e dirige a prestação dos serviços, podendo haver a despersonalização da figura do empregador quando necessário.

Maurício Godinho Delgado, quando analisa o conceito empregado no artigo 2º da CLT aclara que:

na verdade, empregador não é a empresa – ente que não configura, obviamente, sujeito de direitos na origem jurídica brasileira. Empregador será a pessoa física, jurídica ou ente despersonalizado titular da empresa ou estabelecimento⁴.

Arnaldo Süssekind⁵ entende que tanto a pessoa física como a pessoa jurídica pode ser empregador, desde que dirija a prestação dos serviços desenvolvidos pelo empregado,

⁴ DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 12ª Ed. São Paulo: LTr, 2013, p. 400.

⁵ SÜSSEKIND, Arnaldo. *Curso de direito do trabalho*. 2ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 191.

estabelecendo comandos e regras a serem cumpridas, isto é, com subordinação de um em relação a outro e recebendo, por conta disso, a contraprestação pecuniária.

Ultrapassado este ponto e com o intuito de adentrar ao conceito final de poder diretivo do empregador, passaremos brevemente pelas teorias que podem ser adotadas e que o fundamentam.

Segundo Leda Maria Messias da Silva⁶ as teorias que fundamentam o poder diretivo do empregador são:

- a) Teoria da Propriedade Privada: o empregador detém o poder mandatário, pois é o dono do empreendimento;
- b) Teoria do Interesse: o poder do empregador em dirigir o negócio vem do seu interesse em organizar, controlar e disciplinar o trabalho que remunera, colocando objetivos para seu empreendimento;
- c) Teoria Institucionalista: tem a figura da empresa como de um governo, isto é, como uma instituição, cujo governante é o empregador;
- d) Teoria Contratualista: segundo a qual o poder de direção está no contrato de trabalho e o empregado se coloca subordinado em posição inferior ao empregador, ou seja, subordinado a este para que receba uma contraprestação pecuniária.

Maurício Godinho Delgado⁷ acrescenta às teorias citadas a teoria da autonomia, segundo a qual o fundamento do poder empregatício em sua dimensão disciplinar, residiria na autonomia das diversas instâncias da organização existente na sociedade e ainda acrescenta:

O fundamento jurídico desse poder (título jurídico) reside no contrato, pois sem este sequer existiria a própria relação entre empregado e empregador. Mas o fundamento político de tal poder não se encontra apenas no plano de relação interpessoal entre obreiro e empresário,

⁶ SILVA, Leda Maria Messias da. *Poder diretivo do empregador, emprego decente e direitos da personalidade*. Revista Jurídica Cesumar – mestrado. V.6, n.1, p. 266 a 281, 2006. p. 271.

⁷ DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 12ª ed. São Paulo: LTr, 2013. p. 672 e 679.

plasmando-se também no centro coletivo de poder que consubstancia a realidade da empresa, da negociação coletiva, da organização coletiva obreira e de todos os instrumentos inerentes a este processo.⁸

É certo que atualmente a teoria que predomina é, sem dúvida, a contratualista, pois o empregador, que detém a qualidade de produção, é quem fornece os meios, materiais e toda organização empresarial para que o empreendimento atinja seus objetivos e, conseqüentemente, o lucro da atividade empresarial. Através do capital investido pelo empregador será obtida a força do trabalho humano que, pelo contrato individual de trabalho, se coloca à disposição do empregador, isto é, subordinado ao empregador, para exercer todas as atividades compatíveis com sua condição pessoal e passará a exercer as atividades diárias para o fim destinado pelo próprio empregador.

Diante da conceituação de empregador pelo legislador, pode-se perceber que pela sua própria definição se faz necessário o surgimento do poder diretivo, ou seja, do poder de direção pelo empregador, pois é este quem assume os riscos da atividade econômica e é este quem deve dirigir as atividades que culminarão no atingimento de suas metas e objetivos traçados.

De toda sorte a doutrina não é uníssona quanto ao conceito do poder diretivo do empregador.

Octavio Bueno Magano⁹ leciona 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 empresariais.

Maurício Godinho Delgado¹⁰ aduz 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.

⁸ *Ibidem*, p. 679.

⁹ MAGANO, Octavio Bueno. *Do poder diretivo na empresa*. São Paulo: Saraiva, 1982, p. 94.

¹⁰ DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 12ª ed. São Paulo: LTr, 2013. p. 666.

Amauri Mascaro Nascimento¹¹ conceitua poder diretivo como a faculdade atribuída ao empregador para o fim de determinar o modo como a 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.

Sérgio Pinto Martins¹² ressalta que o empregado está sujeito ao poder de direção do empregador, por estar subordinado e sob o comando de quem define como serão desenvolvidas as atividades do empregado em decorrência do trabalho. Ao final, acrescenta que além de organizar, controlar e disciplinar o trabalho, também existe a possibilidade de o empregador regular o trabalho do empregado através da elaboração do regulamento da empresa, ato este intrínseco ao poder de direção.

Diante dos conceitos iniciais expostos, podemos entender que o poder diretivo do empregador é o meio pelo qual é exercido o controle da atividade econômica da qual assumiu o risco, admitindo, demitindo, regulando as atividades diárias internamente, cobrando resultados e aplicando penalidades (medidas disciplinares), sempre com respeito aos direitos de personalidade dos empregados, bem como respeitando todos os demais direitos fundamentais garantidos constitucionalmente, isto é, dentro de certos limites que estudaremos adiante.

1.2. Modalidades do poder diretivo: Poder de organização ou regulamentar, poder de controle ou fiscalizatório e poder disciplinar

É certo que não há posicionamento doutrinário pacífico acerca das modalidades do poder diretivo, sendo este o poder de direção do empregador que o exerce na sua atividade empresarial para atingir seus objetivos.

Alguns doutrinadores dividem o poder diretivo em três espécies, o poder de organização ou regulamentar, o poder de controle ou fiscalizatório e o poder disciplinar, divisão da qual comungamos do mesmo entendimento.

¹¹ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de direito do trabalho*. 17ed. São Paulo: Saraiva. 2001, p. 224.

¹² MARTINS, Sergio Pinto. *Direito do trabalho*. 25ª ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 198.

O poder de organização ou regulamentar consiste na faculdade atribuída ao empregador de regular as normas internas da empresa para que exista uma sinergia entre o trabalho/produção com o capital investido visando atingir os fins a que a empresa se destina.

Amauri Mascaro Nascimento¹³ leciona que a competência do empregador gira em torno da organização da atividade empresarial e este deve escolher os fins econômicos que favorecem o empreendimento, deve escolher qual o tipo de atividade será desenvolvida, isto é, comercial, industrial, agrícola, deve escolher a estrutura jurídica que a sociedade será apresentada, se uma sociedade limitada, uma sociedade por ações e escolher os cargos e funções que serão exercidos no âmbito da atividade empresarial.

Nas palavras de Maurício Godinho Delgado o poder regulamentar “consiste no conjunto de prerrogativas tendencialmente concentradas no empregador dirigidas à fixação de regras gerais a serem observadas no âmbito do estabelecimento e da empresa”.¹⁴

De acordo com o autor citado esse poder de organização ou regulamentar é apenas a exteriorização das metas estabelecidas pelo empregador e as diretrizes pelas quais os empregados devem se orientar para realização de suas atividades laborativas visando atingir o objetivo empresarial, é uma forma de normatização interna que deve sempre observar os preceitos legais constitucionais, infraconstitucionais e normativos da categoria vigentes.

O poder de controle ou fiscalizatório, por sua vez, nas palavras de Maurício Godinho Delgado é “o conjunto de prerrogativas dirigidas a propiciar o acompanhamento contínuo da prestação de trabalho e a própria vigilância efetivada ao longo do espaço empresarial interno¹⁵”.

De acordo com Gustavo Felipe Barbosa Garcia, o poder de controle autoriza

que o empregador gerencie a atividade laboral dos empregados, no que tange à prestação de serviços, no sentido de observarem as diversas regras e ordens por ele e pelo sistema jurídico exigidas. (...) Dessa

¹³ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Iniciação ao direito do trabalho*. São Paulo: LTr. 2007, p. 225

¹⁴ DELGADO. Mauricio Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 12ª ed., São Paulo: LTr, 2013, p. 666.

¹⁵ Idem, p. 594.

forma, o empregador pode, dentro dos limites estabelecidos pelo ordenamento jurídico, verificar se os empregados estão respeitando as exigências e diretrizes estabelecidas para o desempenho da atividade laborativa.¹⁶

Podemos exemplificar o poder de controle ou fiscalizatório através de inúmeras situações vivenciadas no dia-a-dia, nas empresas, tais como o controle de ponto, controle de entrada e saída nas portarias das empresas, circuitos internos de vigilância, a realização de prestação de contas, revistas pessoais, monitoramento de correio eletrônico, chamadas telefônicas, dentre outras situações, desde que sejam respeitados os direitos fundamentais e que não sejam invasivos à liberdade, à intimidade dos empregados, como veremos em capítulo específico deste trabalho.

Por derradeiro, o poder disciplinar consiste na possibilidade do empregador aplicar sanções ao empregado que viola os deveres do contrato de trabalho, da legislação vigente ou das normas coletivas aplicadas à espécie.

Esse poder nasce naturalmente, haja vista que os outros poderes estudados, inerentes à figura do empregador, de nada valeriam se não houvesse a possibilidade de aplicação de sanções disciplinares para aquelas situações irregulares praticadas pelos empregados.

Ademais, é fato que o poder disciplinar age em atenção à ordem da empresa e na busca do bom ambiente de trabalho, antes mesmo que ocorra qualquer lesão ao direito do empregador ou de outrem dentro da atividade laborativa.

Vale destacar que o poder disciplinar do empregador também não pode ser exercido de forma absoluta ou incondicionada, encontrando limitações na proteção dos direitos dos empregados e da pessoa natural conforme já dito e que será estudado com mais cautela adiante.

A aplicação de sanções ou medidas disciplinares está prevista no sistema jurídico nos casos de descumprimento de ordens internas (contratuais) e/ou legais, visando à manutenção da ordem interna e para que seja coibida a prática reiterada de atos faltosos pelos empregados.

¹⁶ GARCIA, Gustavo Felipe Barbosa. *Curso de direito do trabalho*. São Paulo: Método, 2007, p. 167.

1.3. Limites do poder diretivo

Vimos anteriormente que o poder diretivo do empregador é o meio pelo qual é exercido o controle da atividade econômica da qual assumiu o risco, admitindo, demitindo, regulando as atividades diárias internamente, cobrando resultados e aplicando penalidades (medidas disciplinares).

Também concluímos que o poder diretivo não pode ser incondicionalmente utilizado pelo empregador em total desrespeito às garantias fundamentais, aos preceitos constitucionais e legais, além das normas coletivas que abrangem às categorias, cada qual com sua respectiva.

Neste diapasão, podemos citar que o poder diretivo possui limites, sejam eles internos ou externos, ou seja, respectivamente os limites que consistem no respeito a boa-fé objetiva que regem os contratos, inclusive os de trabalho e com previsão no Código Civil (artigo 422)¹⁷ e aqueles limites previstos em nossa Constituição Federal, esculpido pela legislação infraconstitucional e pelas normas coletivas que traduzem leis entre as partes, além dos contratos individuais de trabalho.

De acordo com o enunciado n. 24¹⁸ do Conselho Superior da Justiça Federal a violação dos deveres anexos constitui espécie de inadimplemento, independentemente de culpa, em virtude do princípio da boa-fé disposto no artigo 422 do Código Civil.

Márcio Túlio Viana¹⁹ aduz que as limitações ao poder diretivo tem, em primeiro lugar, natureza constitucional, notadamente com previsão no artigo 5º da CF/88, motivo pelo qual o empregador não pode, em relação ao empregado, discriminá-lo (incisos I e VIII), obrigá-lo a fazer ou deixar de fazer algo que não está previsto em lei (inciso II), dar tratamento desumano ou degradante (inciso III), atuar com intuito de gerar dano moral, material ou à imagem (inciso V), violar sua liberdade de consciência ou crença (inciso VI), violar sua intimidade ou vida privada (inciso X), obrigá-lo a associar-se ou impedi-lo de fazê-lo (inciso XVI, XVII e XX),

¹⁷ *in verbis*: “os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé”).

¹⁸ Disponível em <<http://daleth.cjf.jus.br/revista/enunciados/IJornada.pdf>>. Acesso em 06 de janeiro de 2016

¹⁹ VIANA, Márcio Túlio. *Direito de resistência*. São Paulo: LTr, 1996, p. 110.

impedir seu acesso à justiça (inciso XXXIV e XXXV), privá-lo de seus bens ou de sua liberdade (inciso LIV) e outros.

Necessário salientar que apesar do poder diretivo ser inerente à atividade empresarial, não pode ser exercido de forma absoluta e indiscriminada pelo empregador, pois o empregado, mesmo estando subordinado às ordens e diretrizes aplicadas pela entidade patronal devendo obedecer às ordens do contrato de trabalho, deve ser tratado com respeito, dignidade e educação.

Ponderando sobre o poder diretivo do empregador e o direito à intimidade do empregado, Alice Monteiro de Barros ensina que

o legislador ordinário, reconhecendo o poder diretivo, legitima a limitação da esfera da intimidade do empregado, imposta pelas exigências do desenvolvimento da atividade laboral, mas o poder de direção também está sujeito a limites, aliás, inderrogáveis, como o respeito à dignidade do empregado e à liberdade que lhe é reconhecida no plano constitucional. A dificuldade consiste em estabelecer limites entre o direito à intimidade do trabalhador e o direito de dirigir a atividade do empregado, conferido ao empregador pelo art. 2º da CLT.²⁰

Assim, percebemos que o poder diretivo do empregador não é ilimitado e deve ser analisado de acordo com o caso concreto para que seja possível extrair conclusões sobre abusos ou até mesmo ilegalidades praticadas pelo empregador na condução da atividade empresarial em relação aos empregados, sempre sopesando de acordo com o princípio da razoabilidade para aplicação nos casos verificados. Além desses fatores é importante destacar que o empregado não está obrigado a toda e qualquer ordem direcionada pelo empregador na execução diária das tarefas laborativas.

1.4. Garantias constitucionais fundamentais que limitam a utilização indiscriminada do poder diretivo pelo empregador

²⁰ BARROS, Alice Monteiro de. *Proteção à intimidade do empregado*. São Paulo: LTr, 1997, p.73.

Verificamos previamente que o poder diretivo do empregador possui suas limitações, principalmente no que tange aos direitos e garantias fundamentais garantidas pela Constituição Federal de 1988.

Portanto, temos que os direitos fundamentais, tais como o direito à vida, à intimidade, à privacidade, à igualdade, à segurança, dentre outros, são basilares para limitar o poder diretivo do empregador que deve ser praticado com coerência, transparência e sem transgressão.

Vale lembrar que antes mesmo do empregado estar submetido às ordens do empregador e de suas diretrizes, ele possui direitos fundamentais como qualquer cidadão que não se confundem ou são obstados no ambiente laboral.

O poder diretivo do empregador deve ser pautado sob a égide dos direitos fundamentais e deve respeitar a adequação e proporcionalidade para aplicação na atividade empresarial, mesmo porque os direitos fundamentais da pessoa natural no ambiente de trabalho também não são absolutos.

Neste mesmo sentido, preleciona Laert Mantovani Junior

No que tange o direito à vida privada e intimidade, estes também não devem ser considerados absolutos do trabalhador, uma vez que podem sofrer limitações, em razão da natureza contratual do trabalho. Assim, cabe ao empregador, detentor do comando da atividade realizada e responsável por seus riscos, fiscalizar e monitorar a atividade desenvolvida no local de trabalho, direitos esses que decorrem de seu direito à propriedade privada.²¹

O autor prossegue contrapondo a questão de que mesmo assim o empregador não pode transgredir a vida privada do empregado ilimitadamente, pois apesar de deter o poder diretivo não lhe é concebido o direito a ultrapassar os limites do contrato de trabalho que atingirá a pessoa natural do trabalhador.

²¹ JUNIOR. Laert Mantovani. O direito constitucional à intimidade e à vida privada do empregado e o poder diretivo do empregador. São Paulo: LTr, 2010, p. 44.

Fazendo uma comparação entre o direito da pessoa natural no ambiente de trabalho e em sua vida privada, Arion Sayão Romita observa:

Na vida profissional, a pessoa não desfruta o mesmo recato nem a mesma liberdade que desfruta em sua vida privada. Em casa, a pessoa pode vestir-se à vontade, mas os mesmos trajes caseiros são às vezes inadequados na empresa. Na vida profissional, a liberdade do empregado encontra limites nos poderes do empregador. Em contrapartida, sobre a vida privada do empregado, o empregador não exerce, em princípio, poder algum.²²

Podemos então admitir perfeitamente que formas de controle exercido pelo empregador, tais como controle por câmeras no local de trabalho, com a ciência dos empregados dessa forma de fiscalização, não invade a intimidade do empregado, porém um controle realizado através de revistas íntimas, por exemplo, irá transgredir o limite do poder de direção do empregador.

Obviamente deverá ser auferida a proporcionalidade e a razoabilidade das formas de controle, de organização e de disciplina aplicadas pelo empregador no exercício do seu poder diretivo, caso a caso, para que então possa ser ativada uma conclusão de preservação ou transgressão dos direitos fundamentais dos empregados quando exercitado o poder diretivo do empregador.

²² ROMITA, Arion Sayão. *Direitos fundamentais nas relações de trabalho*. 2. Ed. rev. e aum. São Paulo: LTr, 2007, p. 208.

CAPÍTULO 2 – ASSÉDIO MORAL

2.1. Conceito/ 2.2 Gravidades e consequências

O assédio moral ou terror psicológico no trabalho é conhecido como *mobbing*²³, é um problema social grave, que vem assumindo consequências cada vez mais alarmantes.

A jurisprudência trabalhista conceitua o assédio moral da seguinte forma:

EMENTA: ASSÉDIO MORAL. **O conceito de assédio moral está atrelado a conduta da empregadora que impõe à trabalhadora a presença de terror psicológico, repetitivo, com tratamento hostil, ameaçador e humilhante.** Revela conduta colocada em prática com o objetivo de desestabilizar emocionalmente a empregada. **É também chamado de mobbing e, se configurado, traduz ofensa de ordem moral e atinge diretamente patrimônio imaterial da obreira,** impondo o dever de indenizar.²⁴

EMENTA: ASSÉDIO MORAL - INDENIZAÇÃO TRABALHISTA - Segundo Marie-France Hirigoyen, **o assédio moral trabalhista caracteriza-se por qualquer conduta abusiva, que se manifesta por comportamentos da empregadora ou prepostos, que violam a honra e a dignidade do empregado.** Via de regra, são atos omissivos ou comissivos, podendo consistir em palavras, gestos, ou escritos, que acarretam dano à personalidade, à dignidade ou à integridade física/psíquica do empregado, colocando em risco tanto a sua pessoa quanto o seu emprego, degradando o ambiente de trabalho. Para a identificação do assédio moral nas relações de trabalho torna-se necessário que a dignidade do trabalhador seja violada por condutas abusivas desenvolvidas, em geral dentro do ambiente profissional, durante a jornada de trabalho e no exercício de suas funções. **Conceitualmente,**

²³ Cf. LEYMANN, Heinz. *Mobbing and psychological terror at workplaces. Violence and victims*, New York, Springer Publishing Company, v. 5, n.2, p.119-126, 199.

²⁴ TRT da 3.^a Região; PJe: 0010703-70.2014.5.03.0040 (RO); Disponibilização: 23/11/2015, DEJT/TRT3/Cad.Jud, Página 243; Órgão Julgador: Decima Turma; Relator: Taisa Maria M. de Lima

podemos dizer que o assédio moral caracteriza-se, via de regra, quando um empregado sofre perseguição no ambiente de trabalho, o que acaba por provocar uma espécie de psico-terror na vítima, desestruturando-a psicologicamente. O assédio moral pode se caracterizar de várias formas dentro do ambiente de trabalho, até mesmo entre colegas. Todavia, o terrorismo psicológico mais frequente no ambiente de trabalho é aquele denominado assédio descendente ou vertical, que se tipifica pelo abuso do poder empregatício, diretamente ou por superior hierárquico. Por se tratar de um instituto relativamente novo, com a sua tipificação ainda em aberto, inúmeras variações de comportamento do sujeito ativo podem se enquadrar na figura do assédio. Assim, a maneira mais segura para se avaliar a caracterização do assédio moral se dá mediante a análise do caso em concreto, ficando o conceito para a sua tipificação inteiramente em aberto. **Cumpra observar que o assédio moral viola a dignidade da pessoa humana, princípio em que se fundamenta todo o ordenamento jurídico, devendo, por isso, ser reprimido, pois causa sofrimento físico e psicológico ao empregado.**²⁵

Ou seja, a vítima passa a sofrer tratamento abusivo, perseguições, humilhações, discriminações, constrangimentos, de forma reiterada, normalmente velada, com o fim de desestabilizá-la psicologicamente, levando-a ao sofrimento psíquico, que muitas vezes alcança proporções insuportáveis²⁶.

Com isso, a crueldade de quem pratica o assédio moral, movido por sentimentos como inveja, além de transtornos de personalidade como sociopatia e psicopatia, acaba alcançando o seu fim, que é arruinar a pessoa, fazê-la perder tudo, em especial a saúde, o emprego, a fonte de subsistência e até mesmo a dignidade²⁷.

²⁵ TRT da 3.^a Região; PJe: 0010116-46.2014.5.03.0073 (RO); Disponibilização: 18/12/2014, DEJT/TRT3/Cad.Jud, Página 37; Órgão Julgador: Primeira Turma; Redator: Luiz Otavio Linhares Renault

²⁶ GARCIA, Gustavo Felipe Barbosa. *Assedio Moral – Violencia Psicológica no Ambiente de Trabalho*. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 12.

²⁷ Cf. PIÑUEL Y ZABALA, Iñaki. *Mobbing: como sobrevivir al acoso psicológico en el trabajo*. Santader: Sal Terrae, 2001. p. 55.

A perversidade do assédio moral pode ganhar aspectos assustadores, a ponto de distorcer e inverter a realidade, procurando criar artifícios que gerem a impressão de que o assediado é quem está errado, que o problema está com ele, e não na postura maldosa do assediador.

Muitos são os aspectos envolvidos, mas merece alerta o cuidado especial que os profissionais, inclusive da área da saúde, precisam ter ao tratar da vítima dessa prática abusiva.

Como o assédio moral normalmente acarreta sérias doenças²⁸, em especial de ordem psíquica, é preciso se conscientizar de que o paciente não tem somente, um desajuste emocional, um problema psicológico, de ordem puramente interna, mas sim que ele está passando, ou passou, por forte violência psíquica, que deixar sequelas profundas em seu ser, afetando o bem estar e o equilíbrio, necessários para higidez física e mental.

Vale dizer, embora também seja necessário, não é suficiente tratar, simplesmente, apenas a doença psíquica apresentada, mas deve-se levar em consideração que esta é, na realidade, a consequência do terror psicológico sofrido no meio social, ou seja, o resultado da exposição da pessoa à perversidade crescente no ambiente de trabalho.²⁹

Sem essa percepção bem clara do tema, que exige conhecimentos mais profundos e interdisciplinares, inclusive do que ocorre no meio social da pós-modernidade, e não somente sobre a esfera psíquica do ser humano (embora esta também seja relevante), corre-se o risco de, apenas com tratamentos convencionais, voltados a doenças mentais, físicas e psicológicas, acabar acontecendo o pior.

²⁸ “Assédio Moral. Valor da indenização. O Regional, com base na análise da prova testemunhal e pericial devidamente produzida e valorada, segundo seu livre convencimento motivado, registrou expressamente que o reclamante foi vítima de doença profissional decorrente do assédio moral que sofria no ambiente de trabalho e que implicou incapacidade para a sua atividade profissional devido ao transtorno psíquico com sintomas de ansiedade e depressão, com a concessão do respectivo auxílio-doença acidentário. Logo, porque presentes os requisitos legais para responsabilização civil subjetiva da reclamada, não há como divisar violação dos artigos 5º, X, e 7º, XXVIII, da CF/88 e 186 e 188 do CC. Por fim, constata-se da decisão recorrida que o Regional, ao fixar o valor da indenização por danos morais, observou os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, quantificando-o de acordo com a extensão do dano e com a capacidade econômica das partes, tendo em vista, ainda, o caráter pedagógico da medida e evitando, por outro lado, o enriquecimento sem causa da vítima. Recurso de revista não conhecido. 3. DANOS MATERIAIS. PENSÃO MENSAL. Ao contrário do que afirma a reclamada, a pensão mensal foi deferida de forma limitada, ou seja, até a alta previdenciária do reclamante, período em que reconhecidamente está incapacitado para o trabalho. Diante desse quadro fático-jurídico, não é possível divisar violação direta e literal do artigo 950 do CC ou a divergência jurisprudencial porque os arestos colacionados retratam hipótese de pensionamento mensal vitalícia pautado na redução parcial da capacidade de trabalho, premissa diversa da decisão recorrida. Recurso de revista não conhecido.” Processo: RR - 10340-80.2013.5.12.0036 Data de Julgamento: 15/04/2015, Relatora Ministra: Dora Maria da Costa, 8ª Turma, Data de Publicação: DEJT 17/04/2015

²⁹ GARCIA, Gustavo Felipe Barbosa. *Assedio Moral – Violencia Psicologica no Ambiente de Trabalho*. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 12.

Se o paciente está sofrendo assédio moral, a violência, em si, é que deve ser combatida, de forma principal, por todos os meios possíveis e legítimos, inclusive levando o problema, de ordem social, às esferas institucionais competentes, pois a vítima, já fragilizada e mergulhada no desespero, normalmente não tem pleno discernimento e condições de buscar socorro por si.

Essas situações são mais do que recorrentes hoje em dia, o empregador se utiliza do seu “poder de gestão” para em muitos casos extrapolar o limite médio que deve nortear um ambiente de trabalho. Veja que nos dias atuais, a justificativa para essa desvirtuação seria a competição do mercado de trabalho, e tem sido esse argumento utilizado para macular os excessos da relação de emprego, o que não deve prevalecer.

Sobre esse aspecto, assim se posiciona essa justiça especializada:

EMENTA: REVISTA PESSOAL. DANO MORAL. 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 5-o, 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.**³⁰

Caso contrário, a pessoa, ainda que esteja em acompanhamento de saúde, não suportando mais o sofrimento, pode acabar se demitindo, ficar sem renda e sem amparo social e trabalhista, isso se algo pior já não tiver acontecido, concretizando os planos arquitetados pelo assediador.

Mesmo depois de um possível desligamento do ambiente agressivo, a pessoa muitas vezes carrega traumas emocionais gravíssimos, que a acompanham por vários anos, em alguns casos por toda a vida, incapacitando-a para outras atividades, em especial para o exercício do labor, em razão do medo de sofrer, novamente, experiências semelhantes, acarretando fobias, transtornos e incapacidade até mesmo para tarefas do dia a dia.

A vítima do assédio de assédio moral perde autoestima, esperança, força, confiança, capacidade de seguir em frente e somente um acompanhamento cuidadoso pode ajudar na recuperação.

Os profissionais envolvidos precisam, por isso, estar em constante diálogo e preparados para enfrentar a questão com eficiência e habilidade.³¹

2.2 Assédio moral no trabalho e o *bullying*

Conforme examinado anteriormente, o assédio moral no trabalho é a violência psicológica caracterizada por tratamentos abusivos, perseguições, humilhações, discriminações e constrangimentos,³² de modo reiterado, gerando sofrimento psíquico ao empregado, o que

³⁰ TRT da 3.^a Região; Processo: 0118400-61.2005.5.03.0010 RO; Data de Publicação: 10/06/2006, DJMG, Página 23; Órgão Julgador: Oitava Turma; Relator: Denise Alves Horta; Revisor: Convocada Olivia Figueiredo Pinto Coelho

³¹ Cf. GUIMARÃES, Liliana Andolpho Magalhães; RIMOLI, Adriana Odalia. “Mobbing” (assédio psicológico) no trabalho: uma síndrome psicossocial multidimensional. *Psicologia: teoria e pesquisa*, Brasília, v.22, n. 2, p. 183-191, ago. 2006. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-37722006000200008&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 13 de março de 2016.

³² ASSÉDIO MORAL. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. Comprovado que o reclamante, ao descumprir as metas de vendas estabelecidas, era submetido a constrangimentos perante outros empregados, uma vez que as chefias obrigavam-no a dar voltas pela sala de reuniões, fazer flexões, receber apelidos e ouvir expressões de baixo calão, patente a existência de assédio moral que enseja a devida reparação por danos morais. Recurso de revista parcialmente conhecido e provido. Processo: RR - 88440-91.2006.5.08.0008 Data de Julgamento: 06/10/2010, Relator Ministro: Horácio Raymundo de Senna Pires, 3^a Turma, Data de Publicação: DEJT 15/10/2010

muitas vezes alcança proporções insuportáveis, podendo acarretar o adoecimento, a demissão e até mesmo o suicídio da vítima.

Diversamente do assédio sexual, previsto expressamente no art. 216-A do Código Penal, acrescentado pela Lei 10.224/2001,³³ ainda não se observa a disciplina específica sobre o assédio moral no âmbito da legislação federal.

Embora com ênfase no chamado *assédio escolar*, a recente Lei 13.185, de 06 de novembro de 2015, com início de vigência após 90 dias da data de sua publicação oficial (art. 8º), ocorrida no Diário Oficial da União de 09.11.2015, institui o Programa de Combate à Intimidação Sistemática (*Bullying*) em todo território nacional (art. 1º).

Apesar de não se tratar de diploma específico quanto ao assédio moral no trabalho, tendo em vista a proximidade entre essas figuras, algumas das suas previsões certamente podem auxiliar na sua caracterização, prevenção e combate.³⁴

Desse modo, no contexto e para fins da Lei 13.815/2015, considera-se intimidação sistemática (*Bullying*) todo ato de violência física ou psicológica, intencional e *repetitivo* que ocorre sem motivação evidente, praticado por indivíduo ou grupo, contra uma ou mais pessoas, com objetivo de intimidá-la ou agredi-la, causando dor e angústia à vítima, em relação de desequilíbrio de poder entre as partes envolvidas (art. 1º, § 1º).

Aqui, abre-se um parêntese para ressaltar que essa prática infelizmente é mais comum do que se imagina no ambiente corporativa, são tantos os relatos que se têm conhecimento que os empregados são literalmente chantageados, por exemplo, a pedir demissão, a assumir/responder por alguma conduta que não tenha sido por eles praticada.

A justiça do trabalho, tem compreendido que a intimidação sistemática (o “*Bullying*”) da seguinte forma:

³³ Art. 216-A. 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 1 (um) a 2 (dois) anos. Parágrafo único. § 2º A pena é aumentada em até um terço se a vítima é menor de 18 (dezoito) anos

³⁴ GARCIA, Gustavo Felipe Barbosa. *Assedio Moral – Violencia Psicologica no Ambiente de Trabalho*. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 20.

EMENTA: ASSÉDIO MORAL. O assédio moral (ou "**bullying**" ou terror psicológico) **constitui uma espécie de dano moral que se reveste de algumas características peculiares, sendo que no âmbito do contrato de emprego consiste na conduta abusiva do empregador ao exercer o seu poder diretivo ou disciplinar, atentando contra a dignidade ou integridade física ou psíquica de um empregado, ameaçando o seu emprego ou degradando o ambiente de trabalho**, expondo o trabalhador a situações humilhantes e constrangedoras. Assim, estará configurado pela repetição de condutas tendentes a expor a vítima a situações incômodas ou humilhantes, com a finalidade específica de ocasionar um dano psíquico e social à vítima, marginalizando-a em seu ambiente de trabalho.³⁵

Deve-se notar que o assédio moral no trabalho, entretanto, pode ser praticado não apenas por superior hierárquico, em caso de relações assimétricas, isto é, de modo *vertical descendente*, mas também por colegas de trabalho (de forma *horizontal*) ou mesmo por empregados de hierarquia inferior (*assédio moral ascendente*).³⁶

O assédio moral, ademais, pode ser individual (quando voltado a um ou mais empregados individualmente considerados) ou coletivo, alcançando a coletividade de trabalhadores, também conhecido como organizacional ou institucional, por decorrer de formas abusivas de gestão empresarial.

Quanto à questão instrucional/organizacional, assim se posiciona nossa jurisprudência:

ASSÉDIO MORAL. COBRANÇA ABUSIVA DE METAS. AMEAÇAS DE DISPENSA. O Regional, diante da prova produzida, concluiu pela política organizacional de cobrança abusiva de metas de produtividade, com a utilização constante de ameaças de demissão, tratamento desrespeitoso, exigência de jornada extenuante, imposição

³⁵ TRT da 3.^a Região; Processo: 0002545-53.2013.5.03.0010 RO; Data de Publicação: 26/09/2014; Disponibilização: 25/09/2014, DEJT/TRT3/Cad.Jud, Página 109; Órgão Julgador: Primeira Turma; Relator: Emerson Jose Alves Lage; Revisor: Convocada Erica Aparecida Pires Bessa

³⁶ Cf. GARCIA, Gustavo Felipe Barbosa. *Curso de direito do trabalho*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 179-180.

de aquisição de produtos da reclamada com o endividamento do trabalhador, humilhação em reuniões, em condutas reiteradas, ao longo de todo o contrato de trabalho. Nesse contexto, não se viabiliza a revista por ofensa legal ou jurisprudencial, diante da moldura fática apresentada (TST, Súmula nº 126). Recurso de revista não conhecido.³⁷

Além disso, sobre as formas abusivas de gestão empresarial, ou seja, a extrapolação dos limites fiscalizatórios do empregador, assim aduz o TST:

INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL - COBRANÇA DE METAS. Incólumes os dispositivos indicados pelo reclamado diante da delimitação trazida no v. acórdão regional de que o conjunto probatório evidenciou que o reclamado agiu com ilicitude ao inserir a autora em um meio ambiente de trabalho no qual se estimulava a competição exacerbada entre os empregados e a exposição desnecessária da produtividade de cada um, visando unicamente atingir os objetivos econômicos do empregador; que há prova de que os métodos empresariais adotados subjagam o trabalhador, excedendo os limites da subordinação, a revelar autêntico assédio moral organizacional. Recurso de revista não conhecido.³⁸

Nesse sentido, caracteriza-se a intimidação sistemática (*Bullying*) quando há violência física ou psicológica em atos de intimidação, humilhação ou discriminação e, ainda: atos físicos; insultos pessoais; comentários sistemáticos e apelidos pejorativos; ameaças por quaisquer meios (art. 2º da Lei 13.185/2015).

No assédio moral no trabalho a violência psicológica é praticada, com reiteração, normalmente por meio de perseguição, intimidação, tratamento abusivo, humilhação ou discriminação, podendo haver afrontas verbais, posturas injustas, comentários negativos, rebaixamentos e imposição de inatividade e isolamento no ambiente laboral. Sobre isso, o TST já se pronunciou:

³⁷ Processo: RR - 74-33.2012.5.04.0831 Data de Julgamento: 16/09/2015, Relator Desembargador Convocado: Francisco Rossal de Araújo, 7ª Turma, Data de Publicação: DEJT 18/09/2015

³⁸ Processo: ARR - 788-17.2012.5.09.0002 Data de Julgamento: 28/10/2015, Relator Ministro: Aloysio Corrêa da Veiga, 6ª Turma, Data de Publicação: DEJT 03/11/2015

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA. INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL. *QUANTUM* INDENIZATÓRIO. A Corte Regional, em seu **v. acórdão, registrou que a empresa não viabilizou, à autora, condições para desempenhar a atividade, para qual fora contratada.** Consignou que a inatividade forçada gerou situação vexatória à autora, a qual atentou contra a sua dignidade, expondo-a inclusive perante seus colegas de trabalho. **Vê-se, da prova oral colhida, que a autora teve o seu acesso aos sistemas de computador bloqueado, levando-a a uma inatividade, por período superior a um ano.** Ainda, segundo a prova testemunhal, nesse interstício, a autora não realizou nenhuma tarefa. Diante do quadro fático exposto, não se constata a violação dos artigos 186 e 927 do Código Civil e 5º, V e X, da Constituição Federal, visto que restou configurado **o assédio moral sofrido pela autora, a qual teve bloqueado o acesso ao seu trabalho, sendo colocada em uma situação de ociosidade forçada, por período superior a um ano, além de ter sido exposta aos colegas de trabalho, inclusive com suspeita de ter cometido alguma irregularidade.** Em relação ao *quantum* indenizatório, constata-se que a Corte Regional entendeu ser razoável a quantia de R\$ 10.000,00(dez mil reais), considerando a gravidade da lesão e a finalidade pedagógica da cominação, que deve garantir uma compensação ao ofendido pelo sofrimento decorrente do dano que lhe foi causado. Considerou também a capacidade financeira da empresa. Agravo de instrumento não provido.³⁹

A Lei 13.185/2015 prevê, ainda, a intimidação sistemática na rede mundial de computadores (cyberbullying), ou seja, quando forem utilizados os instrumentos que lhe são próprios (como mensagens eletrônicas e redes sociais) para depreciar, incitar a violência,

³⁹ Processo: AIRR - 2498-90.2012.5.18.0012 Data de Julgamento: 06/08/2014, Relator Ministro: Alexandre de Souza Agra Belmonte, 3ª Turma, Data de Publicação: DEJT 15/08/2014.

adulterar fotos e dados pessoais com intuito de criar meios de constrangimento psicossocial (art. 2º, parágrafo único).⁴⁰

Na esfera do mencionado diploma legal, a intimidação sistemática (*bullying*) pode ser classificada, conforme as ações praticadas, como (art. 3º da Lei 13.185/2015):

- *verbal*: insultar, “xingar” e apelidar pejorativamente;
- *moral*: difamar, caluniar, disseminar rumores;

Em se tratando de assédio moral no trabalho, é importante capacitar gestores de recursos humanos, gerentes, supervisores, diretores, prepostos e responsáveis pelos departamentos pessoais das empresas, de modo a prevenir e combater o problema da forma mais célere e eficaz possível.

A conscientização, por sua vez, deve alcançar todos os envolvidos no ambiente laboral.

Notadamente em casos de assédio sexual e de assédio moral, além da prevenção, não se pode afastar a necessidade de rigorosa sanção aos responsáveis, nas esferas penal, civil, administrativa e trabalhista, além de justa e adequada indenização (como será visto mais a frente) da vítima pelos eventuais danos morais e materiais sofridos.

2.3 Do direito a privacidade/ fiscalização das ferramentas de trabalho

Conforme a doutrina trabalhista mais tradicional, o poder de fiscalização (ou de controle) é indispensável à produção na empresa, tendo em vista que, sem essa potestade, o poder diretivo restaria vazio de conteúdo. Não haveria como fiscalizar se os empregados estavam cumprindo, com rigor, todas as diretrizes estabelecidas pelo empregador, tanto em sua forma organizacional como regulamentar. Ademais, não seria possível controlar a pessoa do empregado, saber se ele está mesmo trabalhando, e, acima disso, conhecer a maneira como está trabalhando.

⁴⁰ Cf. WENDT, Guilherme Walter; CAMPOS, Débora Martins de; LISBOA, Carolina Saraiva de Macedo. Agressão entre pares e vitimização no contexto escolar: *bullying*, *cyberbullyng* e os desafios para educação contemporânea. *Cadernos de psicopedagogia*, São Paulo, v.8, n.14, p. 41-52, 2010.

Nos últimos vinte anos, porém, o poder de fiscalização transformou-se muito em razão do desenvolvimento da informática. Toda a sistematização e uniformização adotadas no interior da empresa foram potencializadas, em níveis nunca antes sequer supostos, pelo incremento das tecnologias da informática à produção, que auxiliam a aplicação executiva do poder organizacional e regulamentar do empregador.

Por meio da comunicação em rede torna-se possível avaliar em tempo real, quantitativamente, quanto o trabalhador produz, ou o que o trabalhador produz. Pode-se mensurar o tempo gasto pelo empregado para alcançar a produção, verificar o número de falhas ocorridas, e, enfim, avaliar o trabalhador de forma virtual, distante, impessoal, sem levar em consideração sequer as peculiaridades do local de trabalho.⁴¹

Conforme Maria do Rosário Palma Ramalho, em cada contrato individual de trabalho há direitos e deveres que podem se situar em esferas distintas, porém bastante interligadas: uma diz respeito ao caráter obrigacional do contrato, que se caracteriza por seu caráter sintagmático e de execução continuada: temos, assim, o dever de o empregado trabalhar, e o dever de o empregador prestar-lhe a remuneração devida. No entanto, no mesmo contrato há outra zona, a que a autora chama de *laboral*, na qual se especifica o dever genérico de sujeição do trabalhador às ordens do empregador, inclusive disciplinares, posto haver subordinação contratual entre as partes.⁴²

Para a autora lusitana, é a zona laboral que diferencia o contrato de trabalho de todos os demais tipos existentes de contratos, e, ainda mais especificamente, é o poder punitivo do empregador que marca essa diferenciação. Comparando o negócio jurídico trabalhista com outros, a autora salienta que

esta apreciação comparativa conduz-nos a uma conclusão fundamental: enquanto que se pode constatar a presença de manifestações do fenómeno directivo noutros negócios jurídicos privados e, nomeadamente, em alguns contratos afins do contrato de trabalho, não se encontram no domínio do direito privado manifestações assimiláveis

⁴¹ Disponível em <http://www.direitorp.usp.br/wp-content/uploads/2014/11/RenatoMucoucahFerramentas.pdf>. Acesso em 13 de março de 2016

⁴² Do fundamento do poder disciplinar laboral, 1993, p. 147-150.

ao poder disciplinar laboral, na sua caracterização nuclear básica – ou seja, como poder de punir, com as características de unilateralidade, heterodeterminação e discricionariedade que lhe assistem.⁴³

Todavia, à vista do exposto, podemos notar como o poder punitivo trabalhista perdeu, historicamente, o seu significado. A persuasão encontrada na empresa lastreia-se não no medo de uma punição específica pelo descumprimento de ordens, mas na disciplina online em que os empregados sufocam seus impulsos e suas doenças, submetem-se a humilhações apenas para que a relação jurídica de emprego seja mantida. Os Tribunais – especialmente o Tribunal Superior do Trabalho – tem reiteradamente compreendido ser o *e-mail* ou a navegação cibernética do empregado passível de fiscalização pelo empregador,⁴⁴ mormente em face do direito de propriedade.

O consentimento do trabalhador não é verdadeiramente livre; por isso nos contratos de trabalho há uma espécie de dirigismo contratual, pois as partes não são faticamente iguais. Assim, favorece-se a parte mais fraca com normas imperativas a atuarem em seu favor, contra a outra parte contratante, economicamente mais forte. Assim o Estado coloca no contrato de trabalho, obrigatoriamente, cláusulas que podem ser consideradas como de interesse e de ordem pública⁴⁵. No entanto, cabe ressaltar uma vez mais: no vazio do dirigismo contratual, terão validade as normas fixadas pelas partes.

⁴³ Ramalho, Do fundamento do poder disciplinar laboral, 1993, p. 279.

⁴⁴ Ementa: A) RECURSO DE REVISTA OBREIRO: I) DANO MORAL - NÃO CARACTERIZAÇÃO - ACESSO DO EMPREGADOR A CORREIO ELETRÔNICO CORPORATIVO - LIMITE DA GARANTIA DO ART. 5º, XII, DA CF. 1. O art. 5º, XII, da CF garante, entre outras, a inviolabilidade do sigilo da correspondência e da comunicação de dados. 2. A natureza da correspondência e da comunicação de dados é elemento que matiza e limita a garantia constitucional, em face da finalidade da norma: preservar o sigilo da correspondência - manuscrita, impressa ou eletrônica - da pessoa - física ou jurídica - diante de terceiros. 3. Ora, se o meio de comunicação é o institucional - da pessoa jurídica -, não há de se falar em violação do sigilo de correspondência, seja impressa ou eletrônica, pela própria empresa, uma vez que, em princípio, o conteúdo deve ou pode ser conhecido por ela. 4. Assim, se o "e-mail" é fornecido pela empresa, como instrumento de trabalho, não há impedimento a que a empresa a ele tenha acesso, para verificar se está sendo utilizado adequadamente. Em geral, se o uso, ainda que para fins particulares, não extrapola os limites da moral e da razoabilidade, o normal será que não haja investigação sobre o conteúdo de correspondência particular em "e-mail" corporativo. Se o trabalhador quiser sigilo garantido, nada mais fácil do que criar seu endereço eletrônico pessoal, de forma gratuita, como se dá com o sistema "gmail" do Google, de acesso universal. 5. Portanto, não há dano moral a ser indenizado, em se tratando de verificação, por parte da empresa, do conteúdo do correio eletrônico do empregado, quando corporativo, havendo suspeita de divulgação de material pornográfico, como no caso dos autos. Processo: ED-RR - 996100-34.2004.5.09.0015 Data de Julgamento: 18/02/2009, Relator Ministro: Ives Gandra Martins Filho, 7ª Turma, Data de Publicação: DEJT 20/02/2009.

⁴⁵ Cabanellas, Tratado de Derecho Laboral, v. 2, 1949, p. 126.

De mais a mais, e por fim, existe uma grande discussão se em razão desses avanços tecnológicos, se haveria a possibilidade do empregador de fiscalizar, por exemplo, o e-mail pessoal de seus empregados para resguardar o patrimônio corporativo da empresa.

Nesse sentido, eu entendo que essa hipótese ou circunstância não é aplicável ao contrato de trabalho, pois o poder disciplinar compreende uma faculdade atribuída ao empregador destinada à aplicação de penalidades disciplinares aos empregados em situações de descumprimento de regras contidas no contrato de trabalho, no regulamento de empresa, na norma coletiva e na Lei. O direito disciplinar se manifesta pela possibilidade de execução de sanções ou faltas disciplinares aos trabalhadores cujo comportamento se revele incompatível com os seus deveres profissionais. A punição disciplinar aplicada pelo empregador vai desde a advertência, passando pela suspensão contratual (não superior a 30 dias – art. 474, CLT), até a dispensa por justa causa (art. 482, CLT), quando houver violação das obrigações de diligência, obediência e fidelidade por parte do empregado.

Existem mensagens eletrônicas enviadas pelos trabalhadores que não chegam diretamente ao destinatário, por transitarem, antes, pelo servidor do correio empresarial, que os memoriza e os conserva. Esse sistema de comunicação utilizado pelo empregador viola a privacidade do empregado, pois o conteúdo do e-mail passa a ser de conhecimento da empresa através de programas e de outros meios instalados no processador da mesma.⁴⁶

O e-mail particular representa um meio de comunicação estritamente pessoal, inviolável e intransponível. Somente poderá ser interceptado mediante prévia autorização do empregado ou judicialmente. Nesta hipótese, para fins de prova, nos processos de natureza processual penal, civil e trabalhista. Qualquer intromissão não autorizada pelo empregado será considerada invasão de intimidade e quebra de sigilo de correspondência ou violação da intimidade.

A Constituição Federal em seu art. 5º, inciso XII, garante a inviolabilidade do sigilo de correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, como forma de preservar a intimidade e a privacidade, salvo, em ultimo caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma em que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal.

⁴⁶ Disponível em < <http://www.jurisite.com.br/doutrinas/Trabalho/douttrab100.html> >. Acesso em 20 de março de 2016

Como se vê, o e-mail pessoal está abrangido pela proteção da privacidade e da intimidade, não possuindo os mesmos efeitos jurídicos do e-mail corporativo, cuja verificação é colocada à disposição do empregado para a execução das suas tarefas. Em nenhum momento, o empregador poderá monitorar o conteúdo das mensagens enviadas ou recebidas por intermédio do e-mail pessoal do empregado. E isso é o que se extrai do aresto a seguir transcrito:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. JUSTA CAUSA. O Tribunal de Origem entendeu que o uso de e-mail particular para envio de mensagens pessoais não caracteriza justa causa. Entender diversamente encontra óbice na Súmula nº 126/TST. Sustenta a Recorrente que todo empregado contratado é orientado a não utilizar sites de entretenimento na Internet ou enviar mensagens eletrônicas (e-mails) particulares, afirmando que o próprio Recorrido reconheceu em seu depoimento que foi dispensado por justa causa porque ofendeu o supervisor através de e-mail que passou para seus amigos, devendo ser validade a dispensa por justa causa, julgando-se improcedente o pedido de diferenças de verbas rescisórias e indenização relativa ao suposto período de estabilidade. Não lhe assiste razão. Essencial destacar, para o deslinde da controvérsia, que a rede mundial de computadores (Internet) e as correspondências eletrônicas (e-mails) incorporam-se ao cotidiano das pessoas, como uma forma rápida de comunicação e acesso à informação, motivo pelo qual, no âmbito das relações empregatícias, deve haver uma ponderação e interesses entre o sigilo das comunicações e dados do empregado com o direito de propriedade e livre iniciativa da empresa. Ambos com amparo em normas fundamentais da Constituição Federal (art. 1º, IV, e 5º, XII e XXII, CF). Em importante julgamento proferido recentemente pelo C. Tribunal Superior do Trabalho (RR 613/00.7), o ilustre Ministro João Oreste Dalazen esclareceu brilhantemente em seu voto que os direitos do empregado à privacidade e ao sigilo de correspondência concernem à comunicação estritamente pessoal, ainda que virtual, ressaltando que apenas o e-mail pessoal ou particular do empregado desfruta da proteção constitucional, o que não ocorre com o e-mail corporativo, por

se tratar de endereço eletrônico que lhe é disponibilizado pela empresa, visando a transmissão de mensagens de cunho estritamente profissional, ostentando natureza jurídica equivalente à de uma ferramenta de trabalho proporcionada pelo empregador ao empregado para a consecução do serviço. A disparidade de tratamento jurídico, conforme as lições do próprio Ministro Josão Oreste Dalazen, decorrem do fato de ser o e-mail corporativo destinado somente para assuntos e matérias afetas ao serviço, envolvendo o exercício do direito de propriedade do empregador sobre o computador capaz de acessar a rede mundial de computadores (Internet) e sobre o próprio provedor, levando-se em conta também a responsabilidade do empregador, perante terceiros, pelos atos de seus empregados em serviço (art. 932, III, CC), bem como que está em xeque o direito à imagem do empregador, igualmente merecedor de tutela constitucional. Evidente que o empregado, ao receber uma caixa de e-mail de seu empregador para uso corporativo, mediante ciência prévia de que nele somente podem transitar mensagens profissionais, não tem razoável expectativa de privacidade quanto a esta, podendo o empregador monitorar e rastrear a atividade do empregado no ambiente de trabalho, o que não se justifica em se tratando de e-mail particular, pois nesta hipótese o direito à intimidade protege a vida privada do empregado, salvaguardando um espaço íntimo não passível de intromissões ilícitas externas (art. 5º, X, CF), inclusive por parte de seu empregador. Compulsando o caderno processual, verifica-se que a dispensa por justa causa aplicada ao Reclamante, de acordo com a informação trazida com a 1 Reclamada (CBCC – Participações S/A), decorreu do envio de mensagens eletrônicas não relacionadas ao seu trabalho para pessoas da sua relação de emprego, restando esclarecido em audiência de instrução que em uma ocasião houve ofensa a honra e boa fama de superior hierárquico, enquadrando-se na hipótese prevista no art. 482, k, da CLT. Entretanto, ainda que o empregador possa tipificar a justa causa para fins de resolução do contrato de trabalho, não se afasta a posterior averiguação pelo Poder Judiciário (art. 5º, XXXV, CF), levando-se em conta o princípio da razoabilidade e a gravidade do ato praticado pelo

empregado, o que não restou comprovado no caso subjudice, uma vez que a suposta ofensa perpetrada pelo empregado teria ocorrido através de e-mail particular (conta no Yahoo, fls. 723/724), não passível de acesso por parte do empregador (art. 5º, LVI, CF), inexistindo qualquer elemento nos autos que demonstre a prévia ciência do Reclamante quanto à suposta proibição de utilização de correio eletrônico para tratar de assuntos pessoais.⁴⁷

⁴⁷ AIRR – 3058/2005 – 013-09-40.0, j. 06.05.09, Relª Minª Maria Cristina Irigoyen Peduzzi, 8ª T., DEJT 22.05.09

CAPÍTULO 3 – RESPONSABILIDADE DO EMPREGADOR E INDENIZAÇÃO

3.1 – Conceito de Responsabilidade

Neste Capítulo iremos analisar a responsabilidade civil objetiva do empregador em relação a atos cometidos por seus empregados, serviçais e prepostos, bem como a responsabilidade do empregador pelo cometimento de atos ilícitos em face de seus empregados.

Antes de adentrarmos neste tema, se faz necessário realizarmos uma breve análise do conceito de responsabilidade, que segundo José Náufel, “*É a obrigação jurídica de responder alguém pelos seus próprios atos ou pelos atos de outrem, em virtude de determinação da lei ou de obrigação à qual se vinculou voluntariamente, quando esses atos implicam em dano a terceiros ou em violação da ordem jurídica*”.⁴⁸

A responsabilidade civil objetiva a reparação dos prejuízos suportados pela vítima, restabelecendo a situação de equilíbrio anteriormente existente.

O responsável então, pelo ato danoso coloca-se exposto a situações não desejadas, cujo efeito final é a reparação do dano, podendo ser forçado a restaurar o *status quo ante*.

3.2 – Responsabilidade Objetiva e Responsabilidade Subjetiva

Para que seja configurada a responsabilidade civil, deve-se existir uma conduta (na maioria das vezes ilícita), um dano, e a ligação entre a conduta e o dano.⁴⁹

O elemento culpa é o elemento diferenciador entre a Responsabilidade Civil Subjetiva e Objetiva. Na lição dos autores Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho, podemos verificar a seguinte definição de culpa:

⁴⁸ NAÚFEL, José. *Novo Dicionário Jurídico Brasileiro*, 11ª ed.- São Paulo: Saraiva, 2008, p.795.

⁴⁹ Disponível em <<http://blog.newtonpaiva.br/direito/wp-content/uploads/2012/08/PDF-D14-16.pdf>> Acessado em: 14 de março de 2016.

Culpa (em sentido amplo) deriva da inobservância de um dever de conduta, previamente imposto pela ordem jurídica, em atenção à paz social.⁵⁰

Assim, é caracterizada a culpa, quando o agente age com negligência, imprudência ou imperícia.

Nos casos da responsabilidade objetiva não se exige prova de culpa do agente para que seja obrigado a reparar o dano. A culpa nesta responsabilidade, é irrelevante para a caracterização do dever de indenizar, podendo esta existir ou não. “*Em alguns, ela é presumida pela lei. Em outros, é de todo prescindível.*”⁵¹

3.3 – Da responsabilidade por atos de terceiros

A lei faz menção a situações em que se configura a responsabilidade civil por ato de terceiro, em que o agente que causou o dano mantém algum vínculo jurídico, seja de natureza legal ou contratual, com quem terá o dever de indenizar.

O novo Código Civil estabeleceu a responsabilidade objetiva para aquelas hipóteses que eram tratadas como responsabilidade subjetiva com presunção de culpa, estando presentes nos art. 932 e 933. Deste modo, demonstraremos no próximo tópico, em uma das hipóteses tratadas nesta normativa, a análise da responsabilidade do empregador em relação ao empregado.

3.3.1 – Da responsabilidade do empregador pelos atos cometidos pelo empregado.

Como regra geral estabelecida no art. 927⁵² do Código Civil possuímos a diretriz de que aquele que for responsável pelo cometimento de um dano é responsável por repará-lo.

⁵⁰ GAGLIANO, Pablo Stolze; FILHO, Rodolfo Pamplona, Novo Curso de Direito Civil: Responsabilidade Civil, 4ª ed – São Paulo: Saraiva, 2006, p. 123

⁵¹ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro, volume IV: responsabilidade civil*, 11ª ed. – São Paulo: Saraiva, 2016, p. 30.

⁵² Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo. BRASIL. Lei nº 10.406/2002. Código Civil.

Esta regra, no entanto, não ocorre quando tratamos de responsabilidade do empregador por atos de seus empregados no exercício da função ou em razão desta, sendo o empregador responsável por estas ações mesmo que ocasionadas por atos culposos.⁵³

Ocorre no entanto, que o Código Civil de 1916 aduzia que a responsabilidade pelos atos dos prepostos, serviçais ou empregados dependia de comprovação de que o empregador tivesse concorrido com culpa ou negligência para o implemento do dano, conforme previa o art. 1.523. Essa exigência, contudo, foi mitigada, em 1963, quando o Supremo Tribunal Federal adotou a Súmula 341 com o seguinte teor: “*É presumida a culpa do patrão ou comitente pelo ato culposo do empregado ou preposto*”.

A responsabilidade objetiva do empregador por danos cometidos por seus empregados ou prepostos não se restringe somente a atos relacionados a seus empregados diretos, mas por todos os trabalhadores que lhe prestem serviços ou alguma atividade em seu nome ou proveito, pouco importando a natureza jurídica do vínculo.

O vocábulo “preposto”, indicado no art. 933, III, do Código Civil, tem sido interpretado com bastante amplitude, entendendo-se como tais os autônomos, prestadores de serviços em geral, estagiários, mandatários, parceiros, representantes comerciais, entre outros⁵⁴. Neste sentido fica claro que não é intrínseca para a caracterização da relação de trabalho a existência de um contrato de trabalho típico, bastando existir a relação de subordinação ou dependência de um com outrem, como claramente fica ilustrado através da citação de Maria Helena Diniz:

O preposto ou empregado é o dependente, isto é, aquele que recebe ordens, sob o poder de direção de outrem, que exerce sobre ele vigilância a título mais ou menos permanente. O serviço pode consistir numa atividade duradoura ou num ato isolado (pessoa que se incumbem de entregar uma mercadoria), seja ele material ou intelectual. Pouco importará que o preposto, serviçal ou empregado seja salariado ou não; bastará que haja uma subordinação voluntária entre ele e o comitente,

⁵³ Art. 932. São também responsáveis pela reparação civil:

III - o empregador ou comitente, por seus empregados, serviçais e prepostos, no exercício do trabalho que lhes competir, ou em razão dele; BRASIL. Lei nº 10.406/2002. Código Civil.

Art. 933. As pessoas indicadas nos incisos I a V do artigo antecedente, ainda que não haja culpa de sua parte, responderão pelos atos praticados pelos terceiros ali referidos. BRASIL. Lei nº 10.406/2002. Código Civil.

⁵⁴ Disponível em: < <http://portal2.trttrio.gov.br:7777/pls/portal/docs> > Acessado em: 13 de março de 2016.

ou patrão, pois a admissão de um empregado dependerá, em regra, da vontade do empregador, que tem liberdade de escolha. O empregado ou preposto são pessoas que trabalham sob a direção do patrão, não se exigindo que entre eles haja um contrato de trabalho. Bastará que entre eles exista um vínculo hierárquico de subordinação.⁵⁵

A responsabilidade do empregador conforme exposto no art. 933 do Código Civil por ser objetiva, por mais que o empregado atue de forma abusiva ou além do estabelecido para suas funções, o empregador irá responder perante terceiros independentemente da comprovação de dolo ou culpa, desde que, o dano tenha ocorrido no exercício ou razão do trabalho.

O nosso Direito não exige rigorosa relação funcional entre o dano e a atividade do empregado. Diferentemente de outros países, basta que o dano tenha sido causado em razão do trabalho — importando, isso, dizer que o empregador responde pelo ato do empregado ainda que não guarde com suas atribuições mais do que simples *relação incidental, local ou cronológica*. Na realidade, a fórmula do nosso Código Civil é muito ampla e bastante severa para o patrão. Bastará que a função tenha oferecido ao preposto a oportunidade para a prática do ato ilícito; que a função tenha lhe proporcionado a ocasião para a prática do ato danoso.⁵⁶

Neste sentido, possuímos inúmeras decisões proferidas por Tribunais Superiores reconhecendo a responsabilidade do empregador, bem como concedendo a exclusão desta mesma responsabilidade em decorrência de ausência de vínculo ou de subordinação:

Ementa: EMENTA: DANO MORAL. CONFIGURAÇÃO. BRINCADEIRAS OFENSIVAS PRATICADAS POR COLEGAS DE TRABALHO. OMISSÃO DA EMPREGADORA. Ficando evidenciada a conduta omissiva da empregadora, que, embora tivesse conhecimento das brincadeiras ofensivas de seus empregados com relação ao colega,

⁵⁵ DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil*. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. v. 7, p. 518.

⁵⁶ CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2010. p. 203.

por causa de sua opção sexual, não tomou qualquer atitude para coibi-las, resta configurado o dano e, portanto, há o dever de indenizar.⁵⁷

Ementa: RECURSO DE REVISTA - DANO MORAL E MATERIAL. ACIDENTE DE TRABALHO. RESPONSABILIDADE DO EMPREGADOR PELA AÇÃO CULPOSA DE SEU PREPOSTO . O Regional, com base no acervo fático-probatório dos autos, absolveu a Reclamada da condenação ao pagamento de indenização por dano moral e material imposta pela sentença, por entender que a hipótese dos autos, em que se verifica a ocorrência de acidente provocado por empregado da demandada, colega da Reclamante, enseja a exclusão da responsabilidade da empregadora. Contudo, nos termos da previsão do art. 932 , III , do Código Civil , da Súmula 341 do STF e com base na jurisprudência do TST, o empregador é responsável pelos atos que seu preposto pratica, devendo responder pelo dano ocorrido em decorrência de conduta de seu empregado, desde que exista relação entre o exercício do trabalho e o dano causado. Recurso de revista conhecido e provido.⁵⁸

3.3.2 – Da indenização do empregador por atos cometidos pelo empregado.

A responsabilidade objetiva por atos de terceiro por ser considerada solidária, ou seja, um agente deve responder pelos atos de outrem em igual proporção, possui o responsabilizado direito de regresso⁵⁹ contra o causador do dano, quando este agir dolosamente para o cometimento da ação.

Se no entanto o empregado que cometeu o dano agiu apenas com culpa, o empregador deverá, além de comprova-la de forma inequívoca, atender a uma ressalva feita em relação ao direito de regresso do empregador sobre o empregado a luz do art. 462 da CLT segundo o qual:

⁵⁷ TRT-1 - Recurso Ordinário RO 00016580420125010061 RJ (TRT-1). Julgamento:14/04/2014. Publicação: 07/05/2014

⁵⁸ TST - RECURSO DE REVISTA RR 46006320065120012 4600-63.2006.5.12.0012 (TST). Julgamento: 09/11/2011. Publicação:11/11/2011

⁵⁹ Art. 934. Aquele que ressarcir o dano causado por outrem pode reaver o que houver pago daquele por quem pagou, salvo se o causador do dano for descendente seu, absoluta ou relativamente incapaz. BRASIL. Lei nº 10.406/2002. Código Civil.

Art. 462 - Ao empregador é vedado efetuar qualquer desconto nos salários do empregado, salvo este resultar de adiantamento, de dispositivo de lei ou contrato coletivo.

§ 1º - Em caso de dano causado pelo empregado, o desconto será lícito, desde que esta possibilidade tenha sido acordada ou na ocorrência de dolo do empregado.

Desta forma, fica claro que o empregador somente terá direito de regresso em dano culposo causado pelo empregado se esta questão for previamente pactuada.

Ocorre porém, em determinadas situações a concorrência tanto do agente causador como da vítima para o cometimento do dano, é a chamada culpa concorrente. Sílvio Rodrigues em relação à concorrência de culpa afirma que:

Casos em que existe culpa da vítima, paralelamente à culpa concorrente do agente causador do dano. Nessas hipóteses o evento danoso decorreu tanto do comportamento culposo daquela, quanto do comportamento culposo deste. Por conseguinte, se houver algo a indenizar, a indenização será repartida entre os dois responsáveis, na proporção que for justa.⁶⁰

A culpa concorrente não irá mitigar a responsabilidade do empregador em relação as ações de seus empregados ou prepostos, responsabilidade esta que permanecerá, ela traz a obrigação de a vítima que concorreu culposamente para a ocorrência do dano, seja responsabilizada em conjunto ao seu empregador e tenha a indenização que lhe é devida, reduzida na proporção das suas ações cometidas.⁶¹

São pacíficas as decisões dos Tribunais Superiores neste sentido:

Ementa: o que enseja a indenização por dano estético em razão da repercussão das sequelas físicas. Nesse sentido , e nos termos da

⁶⁰ RODRIGUES, Sílvio. Direito Civil, Volume IV, Editora Saraiva, 19ª Edição, São Paulo, 2002, pg.166.

⁶¹ Art. 945. Se a vítima tiver concorrido culposamente para o evento danoso, a sua indenização será fixada tendo-se em conta a gravidade de sua culpa em confronto com a do autor do dano. BRASIL. Lei nº 10.406/2002. Código Civil.

Súmula 387 do STJ e da jurisprudência desta Corte, " é lícita a cumulação das indenizações de dano estético e dano moral". Recurso de revista conhecido por divergência jurisprudencial e desprovido. DANOS MORAIS E ESTÉTICOS. VALOR DA INDENIZAÇÃO . A empresa pretende a redução do valor das indenizações por danos morais e estéticos, afirmando que a reparação pecuniária deve observar a extensão do dano e o grau de culpa para traduzir valores justos e razoáveis. Por considerar que houve culpa concorrente, o Tribunal Regional manteve a condenação da empresa ao pagamento de indenizações por danos morais e estéticos, mas reduziu os valores fixados na sentença. Arbitrou à reparação por danos morais o valor de R\$75.000,00 (setenta e cinco mil reais) e fixou em R\$50.000,00(cinquenta mil reais) o valor da reparação por danos estéticos. Entretanto, não há no acórdão regional elementos configuradores da extensão do dano, tendo sido observado o grau de culpa ao reconhecer a concorrência das partes para o evento danoso. Desse modo, não é possível constatar eventual violação dos artigos 5º, V, da Constituição Federal e 944 do Código Civil, ante a inviabilidade de se aferir na decisão recorrida a compatibilidade dos valores fixados para a reparação com a proporcionalidade e a extensão do dano. Os arestos apresentados são inespecíficos, nos termos da Súmula 296 do TST. Recurso de revista não conhecido. CONCLUSÃO: Recurso de revista parcialmente conhecido quanto à possibilidade de cumulação de danos morais e estéticos e desprovido.⁶²

3.4 – Da responsabilização em casos de assédio moral

3.4.1 – Da responsabilização do empregador que comete assédio moral

Não existe norma expressa que discipline a responsabilidade civil do empregador por dano ao empregado, sendo que a doutrina esclarece que, nesse caso, a responsabilidade civil será

⁶² TST - RECURSO DE REVISTA RR 868007120075150057 (TST). Julgamento: 29/06/2015. Publicação: 02/07/2015

subjetiva, salvo previsão legal específica de objetivação da responsabilidade, como a do Estado ou decorrente de ato de empregado.⁶³

Desta forma, para que haja a responsabilização por dano causado ao empregado, deve aquele praticar o ato com dolo ou culpa, nos moldes da responsabilidade civil subjetiva adotada pela legislação, excluindo-se desta forma, os casos em que são aplicáveis a responsabilidade objetiva do empregador.

O art. 927 do Código Civil em seu parágrafo único traz uma situação em que será aplicável a responsabilidade objetiva do empregador quando “*a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, riscos para os direitos de outrem.*”

O empregador fere direitos intrínsecos do empregado como a honra e a dignidade humana quando no cometimento de condutas dolosas (gritos, humilhações, situações vexatórias) com intenção de denegrir ou de causar dano consideradas assédio, de modo que, está cometendo ato ilícito. Da mesma forma também será considerado o empregador que age de forma culposa, porém na proporção de seus atos.

A responsabilidade civil do empregador face à prática do assédio moral contra seus empregados ainda encontra respaldo na própria Constituição Federal, a qual tem como fundamentos a dignidade da pessoa humana e os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa (art. 1º, incisos III e IV). A conduta de violência psicológica fere os direitos fundamentais da pessoa humana, e, dessa forma, ensejam o pagamento de indenização, nos moldes do art. 5º, inciso X.⁶⁴

A Constituição Federal também em seu art. 7º, inciso XXII, traz o direito dos trabalhadores a um ambiente de trabalho saudável.⁶⁵

⁶³ Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=05a99c00b975ff15>> Acessado em: 15 de março de 2016

⁶⁴ Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=05a99c00b975ff15>> Acesso em: 19 de março de 2016

⁶⁵ Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: [...] XXII - redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança; BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

Pode-se concluir que o empregador possui responsabilidade pela manutenção de um adequado ambiente de trabalho com condições dignas e adequadas para a realização das atividades pelos empregados. Ao realizar o assédio, o empregador não está cumprindo com estes deveres, praticando agressões à saúde mental do trabalhador, cometendo assim, ato ilícito, devendo ser responsabilizado por seus atos.

3.4.2 - Responsabilidade do empregador face ao assédio moral cometido por outro empregado

Conforme previsto na Súmula 341 do Supremo Tribunal Federal, citada anteriormente, “é presumida a culpa do patrão ou comitente pelo ato culposo do empregado ou preposto”, bem como nos artigos 932, inciso III e 933 do Código Civil

De modo que, em caso de um preposto, gerente ou outro empregado subordinado ao empregador, realizar uma conduta de assédio a outro funcionário, o empregador poderá ser responsabilizado quanto a este ato, podendo a vítima acioná-lo judicialmente para conseguir a reparação destes danos.

Cumprido ressaltar que nestes casos também é possível a aplicação de ação regressiva prevista no art. 934 do Código Civil do empregador em face do empregado causador do dano.

3.4.1 – Da indenização em casos de assédio moral.

O Código Civil reconhece em seu art. 186 a possibilidade de reparação dos danos morais:

Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

Atualmente porém, no Brasil, não há, nenhum regramento legal estabelecendo critérios objetivos para fixação da indenização por danos morais no direito do trabalho. Sendo assim, a fixação do valor da indenização por danos morais deve levar em consideração dois aspectos relevantes: o punitivo e o compensatório.

No que concerne ao aspecto punitivo, o valor da indenização a ser fixada deverá possuir caráter educativo, ou seja, deverá desestimular a prática de novos constrangimentos e humilhações por parte do assediador (teoria do desestímulo).

Ademais, ao se determinar a pena pecuniária a ser aplicada, deverá ser ponderado ainda a intensidade dos conflitos em questão, atingindo efetivamente o patrimônio do lesante, para que este sinta a reação da ordem jurídica como resposta ao dano praticado, e se abstenha de agir do mesmo modo no futuro.

Com relação ao caráter compensatório, o intuito é restituir a pessoa que sofreu o dano ao *status quo ante*, de maneira que ela seja reparada em seu lado psicológico.

O pagamento de quantia em dinheiro somente poderá amenizar um pouco o sofrimento, não havendo como ter restaurada a sua psique através de uma indenização, por maior que seja seu valor. O quantum estipulado deve ser um valor razoável e que lhe permita talvez comprar-se um serviço ou um bem como lenitivo capaz de aliviar o mal-estar decorrente de sua vida profissional.⁶⁶ Ressaltando apenas, que para a que a pena tenha caráter punitivo, ela deverá levar em consideração a situação econômica do causador do dano.

Deve-se criar a cultura dentro na empresa ou no causador do dano de que não vale a pena praticar, ou permitir que se pratique o terror psicológico na empresa –deve-se coibir o empregador assediador.⁶⁷

⁶⁶ Disponível em: < <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=05a99c00b975ff15>> Acessado em: 19 de março de 2016

⁶⁷ Disponível em: < <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=05a99c00b975ff15>> Acessado em: 19 de março de 2016

CONCLUSÃO

As relações de trabalho vêm se desenvolvendo e se modernizando juntamente com os avanços tecnológicos permitindo aos empregados e empregadores optarem por uma moderna forma de contratar e de executar as atividades empresariais.

Todavia, o poder diretivo do empregador que se mostra em três formas (fiscalizatória, regulamentar e disciplinar), não poderá transgredir os direitos individuais fundamentais dos empregados, principalmente no que tange ao direito à intimidade e à vida privada, sem contar na dignidade da pessoa humana.

Essas novas formas de relação de trabalho que surgem com o avanço da tecnologia merecem atenção especial do poder legislativo para que não encontremos em um futuro muito distante um enorme abismo entre a realidade e a legalidade.

Devemos levar em consideração que a atual legislação trabalhista foi concebida em um cenário econômico e político totalmente diferenciado e que, por conta disso, os magistrados que se deparam com as situações apresentadas devem se socorrer ao direito comparado e outras fontes do direito para que possa decidir sobre uma relação de trabalho, uma relação de emprego, um empregado autônomo ou até mesmo uma situação híbrida existente.

Além disso, devemos trabalhar para que os meios tecnológicos não sirvam de escusa para que o empregador ultrapasse os limites de seu poder fiscalizatório, sob pena, de incorrerem diariamente em um desequilíbrio das relações de trabalho.

BIBLIOGRAFIA

BARROS, Alice Monteiro de. Proteção à intimidade do empregado. São Paulo: LTr, 1997.

Cabanellas, Tratado de Derecho Laboral, v. 2, 1949, p. 126.

CAVALIERI FILHO, Sergio. Programa de responsabilidade civil. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2010. p. 203.

DELGADO, Mauricio Godinho. Direitos Fundamentais na Relação de Trabalho. In Revista LTr, São Paulo, n° 6, Junho de 2006.

_____. Curso de direito do trabalho. 12ª ed. São Paulo: LTr, 2013.

DINIZ, Maria Helena. Curso de direito civil. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. v. 7, p. 518.

GAGLIANO, Pablo Stolze; FILHO, Rodolfo Pamplona, Novo Curso de Direito Civil: Responsabilidade Civil, 4ª ed – São Paulo: Saraiva, 2006, p. 123

GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro, volume IV: responsabilidade civil, 11ª ed. – São Paulo: Saraiva, 2016, p. 30

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

_____. Manual de direito do trabalho. 4ª ed. ver. e atual. – São Paulo: Método, 2011.

GARCIA, Gustavo Felipe Barbosa. Assédio Moral – Violência Psicológica no Ambiente de Trabalho. Salvador: JusPodivm, 2016.

GUIMARÃES, Liliana Andolpho Magalhães; RIMOLI, Adriana Odalia. “Mobbing” (assédio psicológico) no trabalho: uma síndrome psicossocial multidimensional. Psicologia: teoria e pesquisa, Brasília, v.22, n. 2, p. 183-191, ago. 2006.

Cf. LEYMANN, Heinz. Mobbing and psychological terror at workplaces. Violence and victims, New York, Springer Publishing Company, v. 5, n.2, p.119-126, 199.

JUNIOR. Laert Mantovani. O direito constitucional à intimidade e à vida privada do empregado e o poder diretivo do empregador. São Paulo: LTr, 2010.

MAGANO, Octavio Bueno. Do poder diretivo na empresa. São Paulo: Saraiva, 1982.

MARTINS, Sergio Pinto. Direito do trabalho. 25ª ed. São Paulo: Atlas, 2009.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. Curso de direito do trabalho. 17ª ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

_____. Iniciação ao Direito do Trabalho. 31ª ed. São Paulo: LTr, 2005.

_____. Iniciação ao Direito do Trabalho. 33ª ed. São Paulo: LTr, 2007.

NAÚFEL, José. Novo Dicionário Jurídico Brasileiro, 11ª ed.- São Paulo: Saraiva, 2008, p.795.

PIÑUEL Y ZABALA, Iñaki. Mobbing: como sobrevivir al acoso psicológico en el trabajo. Santader: Sal Terrae, 2001. p. 55.

RODRIGUES, Sílvio. Direito Civil, Volume IV, Editora Saraiva, 19ª Edição, São Paulo, 2002, pg.166.

ROMITA, Arion Sayão. Direitos fundamentais nas relações de trabalho. 2ª ed. rev. e aum. São Paulo: LTr, 2007.

SILVA, Leda Maria Messias da. Poder diretivo do empregador, emprego decente e direitos da personalidade. Revista Jurídica Cesumar – mestrado. V.6, n.1, p. 267 a 281, 2006.

SÜSSEKIND, Arnaldo. Curso de direito do trabalho. 2ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

VIANA, Márcio Túlio. Direito de resistência. São Paulo: LTr, 1996.

VILHENA, Paulo Emílio Ribeiro de. Relação de emprego: estrutura legal e supostos. 3ª ed. São Paulo: LTr, 2005.

WENDT, Guilherme Walter; CAMPOS, Débora Martins de; LISBOA, Carolina Saraiva de Macedo. Agressão entre pares e vitimização no contexto escolar: bullying, cyberbullyng e os desafios para educação contemporânea. Cadernos de psicopedagogia, São Paulo, v.8, n.14, p. 41-52, 2010.

Julgados:

TRT da 3.^a Região; PJe: 0010703-70.2014.5.03.0040 (RO); Disponibilização: 23/11/2015, DEJT/TRT3/Cad.Jud, Página 243; Órgão Julgador: Decima Turma; Relator: Taisa Maria M. de Lima

TRT da 3.^a Região; PJe: 0010116-46.2014.5.03.0073 (RO); Disponibilização: 18/12/2014, DEJT/TRT3/Cad.Jud, Página 37; Órgão Julgador: Primeira Turma; Redator: Luiz Otavio Linhares Renault

Processo: RR - 10340-80.2013.5.12.0036 Data de Julgamento: 15/04/2015, Relatora Ministra: Dora Maria da Costa, 8ª Turma, Data de Publicação: DEJT 17/04/2015

TRT da 3.^a Região; Processo: 0118400-61.2005.5.03.0010 RO; Data de Publicação: 10/06/2006, DJMG , Página 23; Órgão Julgador: Oitava Turma; Relator: Denise Alves Horta; Revisor: Convocada Olivia Figueiredo Pinto Coelho

TRT da 3.^a Região; Processo: 0002545-53.2013.5.03.0010 RO; Data de Publicação: 26/09/2014; Disponibilização: 25/09/2014, DEJT/TRT3/Cad.Jud, Página 109; Órgão Julgador: Primeira Turma; Relator: Emerson Jose Alves Lage; Revisor: Convocada Erica Aparecida Pires Bessa

Processo: RR - 88440-91.2006.5.08.0008 Data de Julgamento: 06/10/2010, Relator Ministro: Horácio Raymundo de Senna Pires, 3ª Turma, Data de Publicação: DEJT 15/10/2010

Processo: RR - 74-33.2012.5.04.0831 Data de Julgamento: 16/09/2015, Relator Desembargador Convocado: Francisco Rossal de Araújo, 7ª Turma, Data de Publicação: DEJT 18/09/2015

Processo: ARR - 788-17.2012.5.09.0002 Data de Julgamento: 28/10/2015, Relator Ministro: Aloysio Corrêa da Veiga, 6ª Turma, Data de Publicação: DEJT 03/11/2015

Processo: AIRR - 2498-90.2012.5.18.0012 Data de Julgamento: 06/08/2014, Relator Ministro: Alexandre de Souza Agra Belmonte, 3ª Turma, Data de Publicação: DEJT 15/08/2014.

Processo: ED-RR - 996100-34.2004.5.09.0015 Data de Julgamento: 18/02/2009, Relator Ministro: Ives Gandra Martins Filho, 7ª Turma, Data de Publicação: DEJT 20/02/2009.

AIRR – 3058/2005 – 013-09-40.0, j. 06.05.09, Relª Minª Maria Cristina Irigoyen Peduzzi, 8ª T., DEJT 22.05.09

TRT-1 - Recurso Ordinário RO 00016580420125010061 RJ (TRT-1). Julgamento:14/04/2014. Publicação: 07/05/2014

TST - RECURSO DE REVISTA RR 46006320065120012 4600-63.2006.5.12.0012 (TST). Julgamento: 09/11/2011. Publicação:11/11/2011

TST - RECURSO DE REVISTA RR 868007120075150057 (TST). Julgamento: 29/06/2015. Publicação: 02/07/2015

Endereços Eletrônicos:

Fonte: < <http://houaiss.uol.com.br/busca?palavra=poder>>. Acesso em 06 de janeiro de 2016

Fonte: <<http://daleth.cjf.jus.br/revista/enunciados/IJornada.pdf>>. Acesso em 06 de janeiro de 2016

Fonte:<<http://www.direitorp.usp.br/wp-content/uploads/2014/11/RenatoMucoucahFerramentas.pdf>>. Acesso em 13 de março de 2016

Fonte: <<http://www.jurisite.com.br/doutrinas/Trabalho/douttrab100.html>>. Acesso em 20 de março de 2016

Fonte: <<http://blog.newtonpaiva.br/direito/wp-content/uploads/2012/08/PDF-D14-16.pdf>>
Acessado em: 14 de março de 2016

Fonte: <<http://portal2.trtrio.gov.br:7777/pls/portal/docs>> Acessado em: 13 de março de 2016

Fonte: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=05a99c00b975ff15>> Acessado em: 15 de março de 2016