

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
CURSO DE ESPECIALIZAÇÃO EM DIREITO DO TRABALHO

Marília Zorge de Paula

OS LIMITES DO PODER DIRETIVO DO EMPREGADOR
E AS GARANTIAS E DIREITOS FUNDAMENTAIS DO
TRABALHADOR

São Paulo

2016

Marília Zorge de Paula

**OS LIMITES DO PODER DIRETIVO DO EMPREGADOR
E AS GARANTIAS E DIREITOS FUNDAMENTAIS DO
TRABALHADOR**

Monografia apresentada como
requisito para conclusão do
curso de Pós Graduação em
Direito do Trabalho da
Pontifícia Universidade Católica
de São Paulo.

Orientadora: Professora Maria Ivone Fortunato Laraia

São Paulo

2016

RESUMO

O presente estudo tem como finalidade uma análise comparativa entre o poder diretivo do empregador e os direitos e garantias fundamentais do empregado, sendo apresentados seus conceitos, evolução histórica e sua aplicação no ordenamento jurídico brasileiro, para melhor compreensão do tema. Também será abordada a questão sob o foco do conflito do poder diretivo do empregador, decorrente do direito de propriedade, com o direito à intimidade do empregado, assim como o da inviolabilidade do sigilo de correspondência, comunicações telegráficas, de dados e telefonemas e dignidade humana. A questão acerca do abuso do poder diretivo, que poderá ocasionar a configuração do assédio moral, também será estudada. Serão analisadas, ainda, as maneiras de se mitigar referidos conflitos, finalizando a análise com diversos posicionamentos dos tribunais pátrios acerca do tema, na tentativa de traçar um padrão acerca dos limites do poder diretivo do empregador.

Palavras-chave: Poder diretivo do empregador. Assédio Moral. Direito fundamentais do empregado. Direito constitucional de privacidade e dignidade humana.

ABSTRACT

This study aims at a comparative analysis between the governing power of the employer and the rights and guarantees of the employee, being presented their concepts, historical evolution and its application in the Brazilian legal and justice system, for better understanding of the subject. It will also address the issue from the perspective of the conflict of the governing power of the employer, that arises from property law, and the right to employee's privacy, as well as the inviolability of the secrecy of correspondence, telegraphic, data and telephone calls and also human dignity. The question about the abuse of the governing power, which may cause the configuration of moral harassment, will also be studied. There will also be analyzed the ways to mitigate these conflicts, finalizing the analysis with different positions of the Brazilian courts on the subject in an attempt to trace a pattern on the boundaries of the governing power of the employer.

Keywords: Steering power of the employer. Moral harassment. Employee's fundamental rights. Constitutional right to privacy and human dignity.

SUMÁRIO

CAPÍTULO I – ANÁLISE HISTÓRICA E CONCENTUAL	9
1. Breve exposição histórica da evolução do contrato de trabalho.....	9
2. Breve conceituação: empregador e empregado.....	14
CAPÍTULO II – O PODER DIRETIVO DO EMPREGADOR.....	18
1. Conceito e Limites do Poder Diretivo	18
2. Poder Diretivo e o Dano/Assédio Moral.....	24
CAPÍTULO III – PRIVACIDADE DO EMPREGADOR.....	29
1. Conceito de Privacidade	29
2. Modalidades de Fiscalização	32
2.1. Revista.....	33
2.2. Fiscalização por meio de instrumentos visuais	36
2.3. Controle das comunicações do empregado no local de trabalho ..	36
2.4. Limitação ao uso de banheiros no ambiente de trabalho.....	38
2.5. Pré contratação trabalhista	38
2.6. Dinâmica de metas de desempenho e respectivas cobranças e o uso	
de técnicas motivacionais abusivas e desrespeitosas	39
2.7. Condições degradantes no ambiente de trabalho	39
2.8. Violação à imagem	40
2.9. Anotação desabonadora em Carteira de Trabalho	41
2.10. Elaboração e/ou divulgação de “lista suja” de trabalhadores ...	42
2.11. Práticas discriminatórias	43

CAPÍTULO IV – ANÁLISE JURISPRUDENCIAL.....	45
1. Decisões – Revista	45
2. Decisões – Câmeras de Segurança.....	46
3. Decisões – Monitoramento E-mail Corporativo	49
4. Decisões – Limitação ao uso de banheiros no ambiente laborativo.....	51
5. Decisões – Violação à imagem	51
CONCLUSÃO	53
BIBLIOGRAFIA.....	55

INTRODUÇÃO

O presente estudo visa analisar as questões envolvendo o poder diretivo em contrapartida com os direitos e garantias fundamentais garantidos aos trabalhadores. A importância deste tema reside no fato de que o avanço da tecnologia nos levou a um cenário bastante singular no que tange a relação empregador-empregado, sendo imperiosa a análise dos efeitos sobre o poder diretivo do empregador, no entanto, resguardando os direitos e garantias fundamentais dos empregados da melhor forma viável, de modo a minimizar ao máximo o prejuízo para ambas as partes.

Para tanto, abordaremos nesse trabalho, primeiramente, a análise do contrato de trabalho e sua evolução e perante o ordenamento jurídico brasileiro e, em seguida, passaremos a análise das figuras integrantes dessa relação: o empregador e o empregado.

Em um segundo momento, o poder diretivo e poder diretivo do empregador (disciplinar, de organização e de controle) e seus limites previstos na Consolidação das Leis do Trabalho serão estudados, passando, então, para uma breve análise do assédio moral, por impactar diretamente com alguns aspectos práticos do poder diretivo. Serão estudadas algumas modalidades do assédio moral, as fundamentações doutrinárias e também jurisprudenciais.

Por fim, este estudo pretende analisar os limites do poder diretivo perante a privacidade e dignidade do trabalhador, de modo a resguardar os meios necessários para que o empregador mantenha a ordem no ambiente de trabalho, ante as novas tecnologias e desafios advindos dela, sem, contudo, violar quaisquer direitos e garantias fundamentais dos empregados. As consequências trazidas por esse fato para as cada uma das partes contratantes também serão objeto de estudo.

Diante de todo o exposto, pretende-se tecer breves, porém pertinentes exposições sobre cada um dos tópicos de importância para o tema do poder diretivo e o direito dos trabalhadores, com o objetivo de analisar, de maneira pormenorizada, grande parte das controvérsias que cercam o tema.

CAPÍTULO I – ANÁLISE HISTÓRICA E CONCENTUAL

1. Breve exposição histórica da evolução do contrato de trabalho

Antes de entrarmos diretamente no estudo acerca do poder diretivo do empregador, é de suma importância analisar, ainda que brevemente, a evolução histórica dos contratos de trabalho, a sua importância e aplicação no ordenamento jurídico brasileiro.

A conceituação do contrato individual de trabalho pode ser encontrada no artigo 442, "*caput*", da CLT, como sendo "*o acordo tácito ou expresso, correspondente à relação de emprego*".

Para Alice Monteiro de Barros, esse conceito não está inteiramente correto, uma vez que, em sua ilustre opinião, o contrato não corresponde à relação de emprego, mas este cria esta relação jurídica. E continua no sentido de que a relação jurídica, por sua vez, seria o vínculo que impõe a subordinação do prestador de serviços ao empregador, detentor do poder diretivo¹.

Já Valentim Carrion traz a definição de contrato de trabalho como aquele sendo de direito privado, consensual, sinalagmático (bilateral), comutativo

¹ BARROS, Alice Monteiro de. Curso de Direito do Trabalho. São Paulo: LTr, 2005. Página 185.

(equivalência de prestações), de trato sucessivo, oneroso e subordinativo². Na presente definição, inclusive, encontramos os elementos caracterizadores do vínculo empregatício, presentes no artigo 3º da CLT, ora transcrito:

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

Alguns doutrinadores ainda afirmam que o contrato de trabalho seria também um do tipo de adesão. No entanto, não concordamos com esse posicionamento como unanimidade. Isto porque, o fato é que o Direito deve evoluir juntamente com a sociedade, e essa realidade se aplica, inclusive, perante o Direito do Trabalho.

Não se pode desconsiderar o fato de que o acesso às informações e a disseminação das mesmas influenciou, e muito, a realidade dos trabalhadores brasileiros.

Com efeito, estudos recentes divulgaram que existem dois computadores para cada três habitantes, uma densidade "*per capita*" de 67%³, sendo certo que, mesmo diante de uma crise econômica sem precedentes no país, os empregados estão cada vez mais cientes dos direitos trabalhistas a que fazem jus.

Dessa forma, como será melhor abordado nos tópicos a seguir, o trabalhador, em minha opinião, perdeu o "*status*" de hipossuficiente e, portanto, não aceitam mais os termos do contrato de trabalho

² CARRION, Valentin. Comentários à consolidação das leis do trabalho. 31 ed. atual por Eduardo Carrion. São Paulo: Saraiva, 2008. Página 283.

³ <http://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2014-04/brasil-ja-tem-136-milhoes-de-computadores-em-uso-aponta-fgv>, consultado em 29/02/2016.

Nesse sentido, é notório o fato de que o direito do trabalho interage diretamente com diversas outras ciências e, para melhor introduzir o assunto, iremos abordar a interação do Direito do Trabalho com a Economia.

Nas palavras de Francisco Ferreira Jorge Neto e Jouberto de Quadros Pessoa Cavalcante, o trabalho humano “*é regulado pelo Direito, que, na sua atuação normativa, traça normas mínimas de proteção à dignidade do trabalhador*”⁴. E continuam explicando que é por este motivo que o Direito do Trabalho interfere nas relações econômicas. Isto porque os trabalhadores influenciam diretamente a capacidade de produzir e lucrar das empresas.

Nesse passo, Nelson Mannrich pontua que o debate acerca do tema “*envolve as mudanças a serem promovidas e a forma de conciliar a adaptação exigida por imperativos da ordem econômica aos princípios do Direito do Trabalho*”⁵.

O novo Presidente do Colendo Tribunal Superior do Trabalho pelo biênio de 2016-2018, o ministro Ives Gandra Filho, concedeu interessante entrevista ao jornal O Globo⁶, referindo-se à Justiça do Trabalho como extremamente paternalista, defendendo a flexibilização das leis trabalhistas como forma de auxílio na superação da crise econômica.

Para Sérgio Pinto Martins, a flexibilização do Direito do Trabalho surgiu como forma de adaptar o dinamismo contido intrinsecamente neste ramo do Direito.

⁴ JORGE NETO, Francisco Ferreira; CAVALCANTE, Jouberto Quadros Pessoa. Direito do Trabalho. 3 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. Página 67.

⁵ MANNRICH, Nelson. Flexibilização do direito de trabalho: ruptura e compromisso. Revista dos Acadêmicos de Direito da UNESP, Franca, v. 3, n. 6, p. 205-207, 1998. Página 205.

⁶ <http://oglobo.globo.com/economia/presidente-do-tst-defende-flexibilizacao-das-leis-trabalhistas-18766412>, consultado no dia 01.03.2016.

Diz ele ser o Direito do Trabalho um ramo da ciência extremamente dinâmico, constantemente em mudança, especialmente no que tange a harmonização entre o capital e o trabalho e, justamente por este motivo, surge uma nova teoria, chamada de “flexibilização dos direitos trabalhistas”⁷.

Também apresentamos a opinião de Amauri Mascaro Nascimento, bastante interessante, no sentido de que a flexibilização dos direitos trabalhistas é “*a corrente de pensamento segundo a qual necessidades de natureza econômica justificam a postergação dos direitos dos trabalhadores*”⁸. Ele apenas acrescenta que se deve preferencialmente evitar a palavra “flexibilização”, pois nela está contida uma ideologia liberal por muitos repudiada, daí a melhor adequação do vocábulo “modernização” do direito do trabalho⁹.

Arnaldo Süssekind ainda liga as transformações do mundo moderno como um “*fator coadjuvante da transformação da economia e dos seus reflexos nas relações de trabalho*”¹⁰.

Olhando sob o prisma da flexibilização aplicada no ordenamento estrangeiro, Arturo Martinez expõe duas correntes no México sobre a flexibilização do Direito do Trabalho mexicano, que pode ser aplicada, analogamente, à realidade nacional.

Escreve o autor que, no México, o tema da flexibilização laboral tem sido motivo de divisões e discussões, sendo que acabou resultando na divisão dos doutrinadores em duas correntes. Primeiramente, há aqueles que atacam o

⁷ MARTINS, Sérgio Pinto. Direito do Trabalho. 22 ed. São Paulo: Atlas, 2006. Página 456.

⁸ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. Curso de direito do trabalho: história e teoria geral do direito do trabalho: relações individuais e coletivas do trabalho. 23 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008. Página 168

⁹ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. Op. cit. Página 160.

¹⁰ SÜSSEKIND, Arnaldo. Instituições de Direito do Trabalho. São Paulo: LTr, 1997. Página 209.

sistema neoliberal e consideram que a flexibilização das normas laborais não é outra coisa senão o aniquilamento, destruição, extermínio, supressão das conquistas laborais, tanto legais como extralegis ou contratuais que implicam uma diminuição dos direitos dos trabalhadores, aduzindo que o desejo dos empresários é uma lei laboral retrógrada que lhes conceda total liberdade para agir conforme seus próprios interesses, sendo permitido, inclusive, o abuso.

A segunda corrente, por sua vez, estabelece que se deve maior flexibilidade à lei laboral, com a finalidade de chegar-se a um marco legal que alcance a produtividade, a qualidade e a competitividade da indústria em uma economia aberta e globalizada, que aproxime a mudança nacional e estrangeira e fomente a criação de novas indústrias, que, em suma, permita ao país superar a grave crise econômica e as altíssimas taxas de desemprego, subemprego e marginalização de que padece e encaminhá-lo a um crescimento sustentado, apoiado ¹¹.

Em suma, diversos autores discorrem acerca do fato de que flexibilizar as normas do Direito do Trabalho se traduz como um fenômeno que tem sido apresentado para modernizar e adaptar as leis frente às transformações sociais e econômicas atualmente sofridas. Trata-se, na realidade, de uma mudança de atitude com a finalidade de encontrar o equilíbrio entre os fatores de produção de maneira harmonizada com os interesses do capital com os do trabalho.

Nesse sentido, José Augusto Rodrigues Pinto pontua justamente esta questão, elucidando em sua obra que o Brasil, na configuração de potência industrial emergente, *“não teria como se subtrair a todo o complexo fenômeno – e a ele*

¹¹ MARTINEZ, Arturo. Flexibilização de normas e os novos rumos do direito do trabalho. In “Novos Rumos do Direito do Trabalho na América Latina”, Coordenação de Domingos Sávio Zainaghi e Yone Frediani, São Paulo: LTr, 2003, p. 132. Página 132

vem adaptando-se, nos planos de discussão de princípios, de formação de doutrina e de readaptação de normas”¹².

Importante ressaltar, ainda, que a crescente onda de desemprego que assola o nosso país, ante a existência de uma crise econômica sem precedentes, consequência também do fenômeno econômico da globalização e da revolução tecnológica iniciada nos anos 90, impõe, segundo especialistas advindos de diversos setores, a necessidade de se instruírem mecanismos legais tendentes a compatibilizar as mudanças de ordem econômica, tecnológica ou social existentes entre o capital e o trabalho.

2. Breve conceituação: empregador e empregado

O artigo 2º, da CLT, traz o conceito de empregador como sendo *"a empresa, individual ou coletiva que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviço"*.

O primeiro fato que se extrai a partir da leitura do artigo supramencionado é o fato de que o risco do negócio jamais pode ser transferido ao empregado. Isto significa que jamais poderia ser admitido que o empregador deixasse de quitar com as obrigações trabalhistas para com seu empregado sob o fundamento de que seus clientes encontram-se de qualquer maneira inadimplente.

Ademais, a definição trazida pela lei deixa bastante claro o fenômeno da despersonalização da figura física ou jurídica do empregador. Isto porque, a partir de referida desvinculação da pessoa física ou jurídica, diretamente, à

¹² PINTO, José Augusto Rodrigues. Curso de direito individual do trabalho: noções fundamentais de direito do trabalho, sujeitos e institutos do direito individual. 5 ed. São Paulo: LTr, 2003. Página 560.

figura do empregador, o legislador certamente buscou assegurar, na medida do possível, maior estabilidade no emprego, pois seria irrelevante quem figura como titular da empresa, diante de uma eventual decretação de falência ou alteração na estrutura jurídica da organização ¹³.

O §1º do artigo 2º da CLT ainda traz a previsão acerca dos empregadores equiparados, como sendo os profissionais liberais (médicos, advogados, engenheiros, etc.), as instituições de beneficência (asilos, hospitais, etc.), as associações recreativas ou outras instituições sem fins lucrativos, que admitem trabalhadores como empregados.

Alice Monteiro de Barros traz ainda como empregadores as figuras dos partidos políticos, quando contratarem, assalariarem e dirigirem a prestação pessoal de serviços desenvolvidos de forma não eventual ¹⁴.

A Autora continua expondo que não se situam como empregados dos partidos, tampouco dos candidatos, os que, por ocasião das eleições, engajam-se em campanhas eleitorais, entregando "santinhos" nos espaços públicos, dirigindo veículos em carreatas ou atuando na condição de "cabo eleitoral". Isto porque, a vinculação desse tipo de pessoal com o partido ou com o candidato vem sendo considerada de cunho ideológico ¹⁵.

Já no que tange ao empregado, antes de iniciarmos o processo de conceituação, cumpre ressaltar que relação de emprego, ainda que seja bastante semelhante, se distingue da relação de trabalho.

¹³ ALMEIDA, André Luiz Paes de. Direito do trabalho: material, processual e legislação especial. 9 ed. São Paulo: Rideel, 2011. Página 38.

¹⁴ BARROS, Alice Monteiro de. Curso de Direito do Trabalho. São Paulo: LTr, 2005. Página 296.

¹⁵ BARROS, Alice Monteiro de. Op. cit. Página 297.

Sendo o trabalho todo o esforço intelectual ou físico destinado à produção¹⁶, pode-se concluir que é possível haver uma relação de trabalho sem que exista uma relação de emprego. De todo forma, o inverso não é possível, pois toda relação de emprego necessariamente presume uma relação de trabalho.

Feitos esses esclarecimentos, nos reportamos ao artigo 3º da CLT, já transcrito no presente trabalho, o qual conceitua empregado como sendo a pessoa física que presta serviços de natureza não eventual a empregador mediante salário e subordinação jurídica, serviços estes que podem ser de natureza técnica, intelectual ou manual, integrantes das mais diversas categorias profissionais ou diferenciadas.

A partir de referido artigo é que se extraem os pressupostos do conceito de empregado, quais sejam: pessoalidade, habitualidade, onerosidade e subordinação. Estes requisitos deverão necessariamente estar presentes para que seja caracterizado o vínculo empregatício, sendo certo que, na falta de um deles, a relação de trabalho não será regida pela disciplina em estudo.

Iremos analisar agora, de maneira breve, mas pormenorizada, cada requisito supramencionado:

- **Pessoalidade:** o direito social ampara apenas o trabalho humano pessoal, de modo que os serviços prestados por pessoa jurídica não podem ser objeto de um contrato de trabalho. O caráter da relação de emprego será sempre "*intuitu personae*" e não personalíssimo, o que significa que o

¹⁶ CARRION, Valentin. Comentários à consolidação das leis do trabalho. 31 ed. atual por Eduardo Carrion. São Paulo: Saraiva, 2008. Página 35.

empregado não se pode fazer substituir, sob pena de não restar configurada a relação de emprego.

- Habitualidade: o presente item não se caracteriza apenas pela diariedade do serviço prestado, mas sobretudo pela expectativa de que o empregador tem pertinente ao retorno do empregado ao local de labor. Assim, havendo essa expectativa de que seu empregado voltará em determinado dia, estará caracterizada a habitualidade.

- Onerosidade: não existe vínculo de emprego voluntário, ou seja, gratuito. Toda prestação de emprego presume, necessariamente, uma contraprestação salarial. Em contrapartida, a ausência de pagamento, muito embora pactuado, obviamente não exclui a caracterização do vínculo trabalhista, uma vez que a inadimplência do empregador jamais caracterizaria um prejuízo ainda maior ao empregado.

- Subordinação: existem quatro espécies de subordinação: (i) hierárquica (a mais comum, também chamada de dependência jurídica); (ii) técnica (diz respeito à supervisão técnica do trabalho, podendo ser equiparada a um controle de qualidade); (iii) econômica (dependente da estrutura econômica gerada por ele); e (iv) social (resultante dos critérios de subordinação técnica e econômica).

Outro ponto que merece destaque é o fato de que o legislador não incluiu como requisito caracterizador do vínculo de emprego a exclusividade, de modo que é possível que o empregado tenha mais de um registro de trabalho em sua CTPS.

CAPÍTULO II – O PODER DIRETIVO DO EMPREGADOR

1. Conceito e Limites do Poder Diretivo

Consoante a corrente majoritariamente contratualista, ou seja, se atribuído a relação de emprego uma natureza jurídica de contrato, é possível encontrar os mesmos requisitos do contrato do direito civil, quais sejam: partes, objeto e preço.

Trazendo esses elementos para a seara do Direito do Trabalho, pode-se analisá-los da seguinte forma.

As partes são representadas pelo empregado e o empregador, onde o primeiro detém a força produtiva de desenvolver determinada atividade, da qual o segundo necessita, assim, o objeto dessa relação, pode ser entendido, como a função que será desempenhada pelo empregado, por fim o preço, é o salário pago pelo empregador é a contraprestação pecuniária.

Conforme estudado no capítulo anterior, a legislação trabalhista brasileira conceituou empregador como sendo a empresa, individual ou coletiva, que, assumindo os riscos da atividade econômica, contrata, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviços. E, conforme bem observou Alice Monteiro de Barros, essa direção tem sido vista pela doutrina como um poder hierárquico ou

como um poder diretivo ou de comando exercido pelo empregador sobre a atividade do empregado ¹⁷.

Essa relação faz nascerem dois outros elementos, altamente relevantes para o contrato de trabalho, que são o poder de direção e a subordinação.

Maurício Godinho Delgado conceitua o poder empregatício como sendo "o conjunto de prerrogativas asseguradas pela ordem jurídica e tendencialmente concentradas na figura do empregador, para exercício no contexto da relação de emprego" ¹⁸.

Ainda a respeito do conceito e dos fundamentos do poder diretivo, Alice Monteiro de Barros tece argumentações brilhantes, as quais se pede vênias para transcrevê-las, *verbis*:

"O poder diretivo é conceituado por Augusto Venturini como 'a faculdade que assiste ao chefe de ditar normas de caráter prevalentemente técnico' ou 'técnico- administrativas', como quer Riva Sansverino.

São três as principais correntes utilizadas para fundamentar a existência do poder diretivo: a **teoria da propriedade privada**, a **teoria institucional** e a **teoria contratual**.

Afirmam os adeptos da primeira corrente que esse poder conferido ao empregador reside no fato de ser a empresa objeto do seu direito de propriedade, logo, o empregador comanda porque é dono.

A opinião segundo a qual o poder diretivo funda-se na concepção institucional ou comunitária da empresa possui caráter mais político e social do que jurídico, encontrando-se em franco declive.

Mais consistente é a teoria que fundamenta a existência dos poderes do empregador no contrato de trabalho. Esses poderes são consequência imediata da celebração do ajuste entre empregado e empregador, o qual coloca sob a responsabilidade deste último a organização e disciplina do trabalho realizado na empresa, quer vista sob a forma de empresa capitalista, quer sob o prisma da empresa socializada." ¹⁹ (destaques no original)

¹⁷ BARROS, Alice Monteiro de. Curso de Direito do Trabalho. São Paulo: LTr, 2005. Página 459.

¹⁸ DELGADO, Maurício Godinho. Curso de direito do trabalho. 8. ed. - São Paulo: LTr. Página 590.

¹⁹ BARROS, Alice Monteiro de. Op. cit. Página 460.

Acerca da titularidade do poder diretivo, parece bastante claro no sentido de pertencer ao empregador e seus prepostos, aos quais o primeiro delega parte de seu poder, podendo variar de acordo com a natureza da relação de emprego.

Nesse sentido, bem resume José Luiz Ferreira Prunes:

“Também é de se dizer que tal poder não necessita ser exercido pessoalmente, podendo ser delegado. Tal poder pode ser exercido por gerentes, chefes de pessoal, chefe de ‘relações humanas’ ou outros prepostos. De fato, isso ocorre amiúde, quando o dador de trabalho comete a prepostos e outros exercentes de cargo de confiança, as tarefas diretoras.”²⁰

Arnaldo Süssekind entende que constituem as sanções disciplinares os meios de que dispõe o empregador, para a imediata tutela de seus direitos em caso de violação das obrigações assumidas pelo empregado, sendo este o motivo pelo qual o dever de obediência é limitado em razão da matéria (obrigações relativas ou conexas à prestação do trabalho) e em razão do tempo (vigência do contrato).

Ocorre, contudo, que dado o elemento da confiança, intrínseco aos contratos de trabalho, a última limitação mencionada deve ser entendida em termos, uma vez que, mesmo nos períodos em que o contrato de trabalho encontra-se suspenso ou interrompido, o empregado permanece sujeito à obrigação de acatar às normas de disciplina e respeito ao empregador e à seus superiores hierárquicos²¹.

A aplicação de punições disciplinares tem como finalidade restabelecer o equilíbrio na execução do trabalho, permitindo a consecução dos fins a que se destina a empresa, sendo que uma das condições de sua aplicação é a imediatidade. Em outras palavras, ocorrido o ato faltoso por parte do

²⁰ PRUNES, José Luiz Ferreira. *Justa causa e despedida indireta*. E. Ed. Curitiba: Juruá, 2004. Página 22.

²¹ SÜSSEKIND, Arnaldo. *Instituições de Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, 1997. Página 250.

empregado, deve o empregador aplicar a punição cabível e proporcional de forma imediata, sob pena de restar configurado o perdão tácito.

Nesse sentido, inclusive, é o posicionamento uníssono da jurisprudência:

JUSTA CAUSA. NÃO RECONHECIMENTO. AUSÊNCIA DE IMEDIATIDADE DA PUNIÇÃO. A ausência de imediatidade da dispensa fundada em justa causa afasta a atualidade da falta praticada pelo empregado e importa perdão tácito, que desautoriza a resolução contratual. (TRT-1 - RO: 00012749820135010451, Relator: Marcos Cavalcante, Sexta Turma, Data de Publicação: 02/06/2014)

RECURSO ORDINÁRIO. JUSTA CAUSA. REQUISITO. IMEDIATIDADE DA PUNIÇÃO. Apelo a que se dá provimento, para afastar a justa causa aplicada pela reclamada ao reclamante, em virtude da ausência de imediatidade da punição. Reza a doutrina pátria, no tocante a esse aspecto: “Exige a ordem jurídica que a aplicação de penas trabalhistas se faça tão logo se tenha conhecimento da falta cometida. Com isso evita-se eventual situação de pressão permanente ou, pelo menos, por largo e indefinido prazo sobre o obreiro, em virtude de alguma infração cometida”. Assim, havendo transcorrido aproximadamente dois meses entre o alegado flagrante imputado ao autor, segundo o qual ele tomara para si dois brindes destinados aos clientes da reclamada, e a efetivação de sua dispensa, tem-se que a ex-empregadora abriu mão do direito potestativo de aplicar-lhe a pena capital insculpida no artigo 482 da Consolidação das Leis do Trabalho. (TRT-6 - RO: 0000079-68.2010.5.06.0023, Relator: Valdir José Silva de Carvalho, Data de Publicação: 31/03/2011)

No entanto, é imperioso que o poder diretivo, a possibilidade de o empregador aplicar sanções seja proporcional à falta cometida pelo empregado, sob pena de configuração de abuso do poder diretivo.

José Luiz Ferreira Prunes eloquentemente coloca que a infração legal ou contratual, por parte do empregado, pode desencadear o ímpeto de o empregador puni-lo de alguma forma, dentro dos limites aceitáveis do Direito do Trabalho,

sendo uma forma de se exigir e obter o satisfatório cumprimento do quanto pactuado, de modo que prevaleça o caráter pedagógico da medida.²²

Pra melhor compreensão dos limites do poder diretivo, imperioso faz-se analisar a natureza jurídica do poder diretivo, as quais diversos doutrinadores classificam em duas vertentes, quais sejam, direito potestativo e direito-função.

Nas palavras de Alice Monteiro de Barros, para os seguidores da primeira vertente, que entende que o poder diretivo se trata de um direito potestativo, seria no sentido do que é o que habilita uma pessoa a estabelecer uma relação jurídica com outra ou a determiná-la especificamente em seu conteúdo, modificá-la ou extingui-la mediante uma declaração de vontade unilateral. À outra parte caberia apenas aceitar e tolerar a modificação jurídica e a invasão súbita em sua própria esfera jurídica²³.

Antes de adentrar na análise da segunda corrente, especialmente nos dias presentes, onde o politicamente correto impera sobre as relações sociais, nos parece pouco sustentável a defesa do pensamento da primeira vertente, que nos remete ao autoritarismo e ausência de consideração com o bem-estar e dignidade do trabalhador, fato este que imperava nos primórdios das relações de emprego e que encontraria enorme resistência na sociedade atual.

Pois bem. Já a segunda corrente atribui ao poder diretivo a natureza de um direito-função, o qual consiste *"na imposição do exercício de uma função pela norma jurídica a alguém, com o que o titular do direito passa a ter obrigações"*²⁴.

²² PRUNES, José Luiz Ferreira. *Justa causa e despedida indireta*. E. Ed. Curitiba: Juruá, 2004. Página 23.

²³ BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2005. Página 461.

²⁴ BARROS, Alice Monteiro de. *Op. cit.* Página 462.

Em nosso respeitoso entendimento, a segunda corrente nos parece absolutamente mais razoável, uma vez que se trata de um direito com fins altruístas, o qual deve ser cumprido conforme sua finalidade, da maneira mais útil possível pela pessoa habilitada.

Esta teoria, diga-se de passagem, está absolutamente em consonância com a função social do contrato, reconhecida pelo artigo 421 do Código Civil Brasileiro. Isto porque, a função social mitiga o princípio da autonomia contratual e, como o poder diretivo do empregador emana do contrato, aquele também deverá ser exercido com restrições.

As primeiras restrições dignas de serem mencionadas dizem respeito às ordens emanadas por quem não tem está legitimado a fazê-las, além das ordens ilícitas ou capazes de lesar direitos à integridade física ou moral do trabalhador. Ordens dessa natureza, certamente, poderão ser desobedecidas.

Da mesma forma, não estão os empregados obrigados a acatar ordens sobre aspectos alheios à relação de emprego e sem qualquer repercussão sobre ela. Tal fato se dá, pois, via de regra, a vida privada do empregado, seus costumes, amizades, ideais, orientação sexual e opiniões estão fora do campo de incidência do poder diretivo do empregador. O mesmo vale para suas crenças religiosas, convicções políticas e liberdade sindical.

Especificamente no que pertine as funções diretivas, pode-se classificá-las como de decisões executivas, de instrução e de controle.

Mais uma vez, pedimos vênias para transcrever as brilhantes palavras de Alice Monteiro de Barros acerca da questão:

"A primeira função é traduzida pelas **decisões executivas**, que dizem respeito à organização do trabalho e se manifestam por meio de atos meramente constitutivos, não determinando nenhuma conduta para os trabalhadores.

A segunda é a de **instrução**, que se exterioriza por intermédio de ordens ou recomendações, cuja eficácia real depende de uma observância do trabalhador.

Finalmente, o poder de direção tem ainda a **função de controle**, que consiste na faculdade do empregador de **fiscalizar** as atividades profissionais de seus empregados." ²⁵ (destaques no original)

Especificamente no que tange o poder de fiscalização do empregador, Maurício Godinho Delgado destaca que nada mais é do que simples manifestação do poder diretivo, em geral realizada como pressuposto do poder disciplinar.

E continua, ao afirmar que

"Se assim se manifesta a disciplina do poder diretivo, tal poder continua a realizar-se, transformando-se em poder de controle, pela vigilância sobre a efetiva e regular atuação, seja da organização do trabalho estabelecida, seja pelas funções confiadas a cada prestador individualmente." ²⁶

2. Poder Diretivo e o Dano/Assédio Moral

Na língua portuguesa, assédio dignifica "*insistência importuna, junto de alguém com perguntas, propostas, pretensões*", ou outra forma de abordagem forçada.

O assédio moral caracteriza-se pela degradação deliberada das condições de trabalho e do próprio ambiente de trabalho em que prevalecem atitudes e condutas negativas dos superiores hierárquicos em relação a seus subordinados, constituindo uma experiência subjetiva que acarreta prejuízos práticos e emocionais para o trabalhador.

²⁵ BARROS, Alice Monteiro de. Curso de Direito do Trabalho. São Paulo: LTr, 2005. Página 462.

²⁶ DELGADO, Maurício Godinho. Curso de direito do trabalho. 8. ed. - São Paulo: LTr. Página 594.

Um ato isolado de humilhação não é assédio moral, uma vez que o assédio pressupõe as seguintes condutas: (i) repetição sistemática; (ii) intencionalidade (forçar o outro a adotar uma postura, uma atitude); (iii) direcionalidade (uma pessoa do grupo é escolhida); (iv) temporalidade (durante a jornada de trabalho, por dias e meses); e (v) degradação deliberada das condições de trabalho.

O assédio moral é uma das formas de dano aos direitos personalíssimos do indivíduo. Dessa maneira, um ato violador de qualquer desses direitos poderá configurar, dependendo das circunstâncias, o assédio moral, seja ele em sua modalidade de assédio sexual ou a lesão ao direito de personalidade propriamente dita, através de lesão à honra, à intimidade, à privacidade e à imagem.

Importante ressaltar que a Lei nº 9.029/1995 proíbe a adoção de qualquer prática discriminatória e limitativa para efeito de acesso a relação de emprego, ou sua manutenção, por motivo de sexo, origem, raça, cor, estado civil, situação familiar ou idade, ressalvadas, neste caso, as hipóteses de proteção ao menor, previstas no inciso XXXIII, do artigo 7º da Constituição Federal.

Cumpre salientar, ainda, a previsão contida na Convenção 111 da OIT, a qual considera como discriminação toda distinção, exclusão ou preferência que tenha por efeito destruir ou alterar a igualdade de oportunidades ou de tratamento em matéria de emprego ou profissão.

O foco principal desse trabalho também se encontra no assédio moral coletivo, como sendo aquele que é cometido em desfavor de várias pessoas, por meio de uma única ação, sendo conceituado pelo jurista João Carlos Teixeira como

*"a injusta lesão a interesses metaindividuais socialmente relevantes para a coletividade (maior ou menor), e assim tutelados juridicamente, cuja ofensa atinge a esfera moral de determinado grupo, classe ou comunidade de pessoas ou até mesmo de toda a sociedade, causando-lhes sentimento de repúdio, desagrado, insatisfação, vergonha, angústia ou outro sofrimento psicofísico".*²⁷

Para que haja a configuração do dano moral coletivo, bem como para que a tutela coletiva possa ser efetivada pelo Judiciário, é necessária a prevalência dos interesses comuns sobre os individuais, tal como defende Ada Pellegrini Grinover no trecho abaixo transcrito:

*"Sendo os direitos heterogêneos, haverá impossibilidade jurídica do pedido de tutela coletiva. Chega-se, por esse caminho, à conclusão de que a prevalência das questões comuns sobre as individuais, que é condição de admissibilidade no sistema das class actions for damages norte-americanas, também o é no ordenamento brasileiro, que só possibilita a tutela coletiva dos direitos individuais quando estes forem homogêneos. Prevalendo as questões individuais sobre as comuns, os direitos individuais serão heterogêneos e o pedido de tutela coletiva se tornará juridicamente impossível".*²⁸

O assédio moral coletivo é concretizado quando há violação de interesses coletivos que pertençam a um grupo, ou a uma categoria ou ainda a uma classe formada por determinados indivíduos que são passíveis de identificação. Essa modalidade de assédio também pode surgir quando interesses individuais homogêneos são violados.

Citamos alguns exemplos de condenações impostas à empresas por assédio moral coletivo: revista íntima vexatória, instalação de câmeras em banheiros

²⁷ TEIXEIRA, João Carlos. Dano Moral Coletivo. São Paulo, LTr, 2004. Página 141.

²⁸ GRINOVER, Ada Pellegrini. *Das class action for damages à ação de classe brasileira: os requisitos de admissibilidade*. Rio de Janeiro, Revista Forense, 2000, v.1. Página 352, extraído de <http://jus.com.br/artigos/12367/assedio-moral-coletivo-no-direito-do-trabalho#ixzz3FPhHtiUL>, consultado em 29.02.2016.

dos empregados, controles de idas ao banheiro, terceirização fraudulenta, Condutas antissindicais das mais diversas, discriminação racial e obesidade, danos ambientais e à saúde do trabalhador, imposição de metas inatingíveis.

Especificamente em relação à discriminação racial, por oportuno, ressaltamos a pertinente observação de Arnaldo Süssekind, no sentido de se configurar crime, estatuído na Lei 7.716/1989, a discriminação racial para admissão do trabalhador no emprego, quer no serviço público, quer nas empresas privadas.²⁹

Importante ressaltar, ainda na esfera penal, a Lei 9.029/1995, por meio da qual foi expressamente proibida a prática discriminatória no acesso a emprego ou sua manutenção, por motivo de sexo, origem, cor, estado civil, situação familiar ou idade, determinando que o descumprimento dos preceitos de referida legislação (ou seja, caso o vínculo empregatício seja rompido de maneira discriminatória), cabe a reintegração do trabalhador ao cargo ou, se assim preferir, o pagamento em dobro da remuneração do período de afastamento, devidamente corrigido e com a incidência de juros.

Destacamos, finalmente, a prática do assédio moral organizacional, o qual tem por objetivo a sujeição de um grupo de trabalhadores às agressivas políticas mercantilistas da empresa por meio do estabelecimento abusivo de metas.

As organizações laboriosas são geralmente o local de ocorrência maior do assédio moral. As organizações passaram a ver apenas recentemente a sua parcela de responsabilidade sobre tal prática, e implantando mais recentemente

²⁹ SÜSSEKIND, Arnaldo. Direito constitucional do trabalho. 2. ed. (ampl. e atual.). Rio de Janeiro: Renovar, 2001. Página 265.

ainda atitudes para evitar tal situação, considerando que o assédio moral é um fenômeno recente, tendo sido estudado a partir da década de 80.

Com a globalização e o aumento das competições entre empresas líderes de segmentos, surge também o acirramento das competições internas de seus empregados, cegos por se manter ou elevar a uma boa colocação na empresa, e acabando por preterir a saúde mental e psicológica tanto individual quanto do coletivo.

As empresas têm então que implantar a cultura do crescimento sustentável aplicado ao indivíduo, pois de nada adiante lucros altíssimos e trabalhadores doentes, promovendo diversas demandas judiciais e trabalhistas. Tal situação, e isso vem sendo melhor observado pelas empresas nos últimos anos, acaba por minar a imagem daquela organização, reduzindo os lucros e conseqüentemente sua atuação no mercado.

Importante o posicionamento da Ministra Maria Cristina Irigoyen Peduzzi, conforme se colaciona abaixo:

*“Nesse contexto, se por um lado, o aumento de competitividade e o desenvolvimento tecnológico colocam cada vez mais em risco a saúde do trabalhador, por outro, é fundamental que esse mesmo desenvolvimento lhe propicie condições adequadas para o exercício saudável da profissão. Assim, é dever do empregador promover a gestão racional das condições de segurança e saúde do trabalho. Ao deixar de providenciar essas medidas, viola o dever objetivo de cuidado exigido, configurando-se a conduta culposa. (...) Caberá ao empregador, assim, fiscalizar o ambiente de trabalho, coibindo o abuso de poder nas relações de trabalho e tomando medidas para impedir tais práticas, de modo que as relações no trabalho se desenvolvam em clima de respeito e harmonia. O empregador de hoje, ciente da função social da empresa e da sua responsabilidade em assegurá-la, deve implementar programas de prevenção e proteção contra práticas viabilizadoras do assédio moral.”*³⁰

³⁰ PEDUZZI, Maria Cristina Irigoyen. Rev. TST, Brasília, vol. 73, nº 2, abr/jun 2007. Página 44.

CAPÍTULO III – PRIVACIDADE DO EMPREGADOR

1. Conceito de Privacidade

Conforme já exposto nos primeiros capítulos do presente trabalho, a ciência jurídica deve necessariamente acompanhar o desenvolvimento e evolução da sociedade, de modo que não seria possível que o Direito do Trabalho não acompanhasse tal evolução.

Como bem observado por Arnaldo Süssekind,

“O nosso mundo está vivendo, indubitavelmente, uma fase de transição resultante da nova revolução tecnológica, que se processa de forma acelerada, desde o invento dos chips. A informática, a telemática e a robotização têm profunda e ampla repercussão intra e extra empresa, configurando a chamada época pós-industrial.”³¹

Antes da mencionada evolução tecnológica, o empregador poderia apenas fiscalizar seus empregados por meio de revista, seja ela pessoal ou de seus pertences, o que encontrava alguma resistência por parte dos empregados, que sentiam violação ao princípio da dignidade, privacidade e presunção de inocência.

³¹ SÜSSEKIND, Arnaldo. Direito Constitucional do Trabalho. 2.ed. (ampl. e atual.). Rio de Janeiro: Renovar, 2001. Página 41.

Os direitos à intimidade e à própria imagem formam proteção constitucional à vida privada, salvaguardando um espaço íntimo intransponível por intromissões ilícitas externas.

Imperioso ressaltar que referida proteção constitucional, consubstanciada no artigo 5º, inciso X, da Constituição Federal de 1988, refere-se tanto a pessoas físicas quanto a pessoas jurídicas, conforme entendimento consagrado pelo Superior Tribunal de Justiça ³².

Alexandre de Moraes, brilhantemente, apresenta a seguinte definição para intimidade, nos seguintes termos:

“Os conceitos constitucionais de intimidade e vida privada apresentam grande interligação, podendo, porém, ser diferenciados por meio da menor amplitude do primeiro, que se encontra no âmbito de incidência do segundo. Assim, intimidade relaciona-se às relações subjetivas e de trato íntimo da pessoa, suas relações familiares e de amizade, enquanto vida privada envolve todos os demais relacionamentos humanos, inclusive objetivos, tais como relações comerciais, de trabalho, de estudo etc.”³³

Outro ponto que prescinde de análise é a garantia ao sigilo de correspondência e de comunicação, uma vez que, não raramente, os empregados se utilizam das ferramentas de trabalho para fins pessoais e, eventual interferência do empregador neste tocante gera indiscutível mal estar.

Conforme previsão expressa constante no artigo 5º, inciso XIII, da CF/1988, é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas

³² Súmula: 227 do Superior Tribunal de Justiça: “A pessoa jurídica pode sofrer dano moral”.

³³ MORAES, Alexandre de. Direito constitucional. 20 ed. São Paulo: Atlas, 2006. Página 48.

hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal.

No entanto, a doutrina e jurisprudência majoritária se posicionam no sentido de que, muito embora a exceção constitucional diga respeito apenas à inviolabilidade do sigilo telefônico, nenhuma liberdade individual é absoluta, sendo possível, respeitados certos parâmetros, a interceptação de correspondências e comunicações telegráficas e de dados sempre que as liberdades públicas estiverem sendo utilizadas como instrumento de mitigação da prática de atos ilícitos.

Nesse sentido, e mais uma vez, fazendo-nos valer dos sábios ensinamentos de Alexandre de Moraes,

“O preceito que garante o sigilo de dados engloba o uso de informações decorrentes da informática. Essa nova garantia, necessária em virtude da existência de uma nova forma de armazenamento e transmissão de informações, deve coadunar-se com as garantias de intimidade, honra e dignidade humanas, de forma que impeçam interceptações ou divulgações por meio ilícitos.”³⁴

Em contrapartida, colacionamos o posicionamento – com o qual não compactuamos – de Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery:

“Pelo texto da norma, a inviolabilidade da correspondência e dos dados é absoluta. Nem por ordem judicial poderia ser quebrada, já que a parte final do inciso sob comentário só autoriza a quebra judicial do sigilo das comunicações telefônicas. Assim, a contrario sensu, as demais inviolabilidade – incluindo-se a de dados – não podem ser quebradas nem por ordem judicial. Isso é o que se encontra escrito na CF 5º XII. O art. 38 da L 4595/64, que autoriza a quebra de sigilo bancário, não foi recepcionado pela norma comentada. Nada obstante, sobreveio a LC 105, de 10.1.2001 (DOU 11.1.2001), que autoriza a quebra de sigilo dos dados em instituições financeiras, inclusive por funcionário do Poder Executivo. A norma

³⁴ MORAES, Alexandre de. Direito constitucional. 20 ed. São Paulo: Atlas, 2006. Página 53.

*comentada, garantia fundamental do cidadão contra o poder público, não permite ao legislador infraconstitucional autorizar a quebra de sigilo bancário pelo próprio Estado, pois isso caracteriza ofensa ao princípio do Estado Democrático de Direito, garantido pela CF 1º, caput. A LC 105/06 6º, que autoriza a quebra de sigilo bancário pelo Poder Executivo, é inconstitucional”.*³⁵

Feitos esses esclarecimentos, passaremos à análise das modalidades de fiscalização das atividades profissionais de seus empregados, pelo empregador.

2. Modalidades de Fiscalização

Para Maurício Godinho Delgado, a manifestação do poder fiscalizatório do empregador se daria justamente a partir de medidas como o controle de portaria, as revistas, os circuitos internos de televisão, o controle de horário e frequência, a prestação de contas (em certas funções e profissões) e outras providências correlatas.³⁶

Dessa forma, no presente tópico, analisaremos de maneira mais detalhada apenas 11 (onze) das diversas formas de apresentação do poder diretivo do empregador por meio da fiscalização, por entendermos serem os meios mais comumente utilizados, quais sejam: (i) procedimento de revista; (ii) fiscalização por meio de instrumentos visuais; (iii) controle das comunicações do empregado no local de trabalho; (iv) limitação ao uso de banheiros no ambiente laborativo; (v) pré contratação trabalhista; (vi) dinâmica de metas de desempenho e respectivas cobranças e o uso de técnicas motivacionais abusivas e desrespeitosas; (vii) condições degradantes no ambiente de trabalho; (viii) violação à imagem; (ix) anotação desabonadora em Carteira de Trabalho; (x) elaboração e/ou divulgação de "lista suja" de trabalhadores; e (xi) práticas discriminatórias.

³⁵ NERY JUNIOR, Nelson e NERY, Rosa Maria de Andrade, Constituição Federal Comentada e legislação constitucional. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006. Página 129.

³⁶ DELGADO, Maurício Godinho. Curso de direito do trabalho. 8. ed. - São Paulo: LTr. Página 594.

2.1. Revista

Temos diante de nós um assunto que jamais esgota discussões entre os doutrinadores, mas não apenas pelo fato de ser este um tema relativamente controvertido, mas também por tratar-se de um tema de grande uso no dia-a-dia de grande parte dos empregadores.

No entanto, em nossos estudos, verificamos a existência de poucos doutrinadores que se posicionam contra a revista, por considerá-la atentatória ao direito individual do empregado, diante do qual a autoridade na empresa deveria curva-se.

Alice Monteiro de Barros bem observa que a jurisprudência brasileira tem se firmado no sentido de que a revista pessoal é possível, principalmente se prevista em regimento interno da empresa, com o fundamento de que é um direito do empregador e uma salvaguarda ao seu patrimônio. Entende-se, inclusive, que a insurgência do empregado contra esse procedimento permite a suposição de que a revista viria a comprovar a suspeita que a determinou, autorizando o reconhecimento da rescisão por justa causa.³⁷

Já no que diz respeito a revista íntima no ambiente de trabalho, como já dito, este tema bastante discutido atualmente, tendo sido alvo de muitas discussões, uma vez que tem se mostrado um verdadeiro desafio conciliar o legítimo direito de o empregador realizar as revistas, tendo em vista a defesa do direito de propriedade, garantido pelo artigo 5º, inciso XXII, da Constituição Federal, com o argumento dos trabalhadores da invasão da intimidade e privacidade, prevista no inciso X do mesmo artigo.

³⁷ BARROS, Alice Monteiro de. Curso de Direito do Trabalho. São Paulo: LTr, 2005. Página 463.

Importante ressaltar que a legislação brasileira, por meio da Lei nº 9.799/99, inseriu na CLT o artigo 373, A, que, dispondo sobre o acesso da mulher ao mercado de trabalho, previu, no inciso VI, a proibição pelo empregador ou seu representante de realizar revista íntima nas funcionárias.

Como homens e mulheres são iguais perante a lei, em direitos e deveres, nos termos do artigo 5º, inciso I, da CF/1988, entendemos que os homens poderão invocar, por analogia, referido dispositivo legal para se protegerem de revistas íntimas.

Nesse sentido, bem observou Maurício Godinho Delgado:

*"Registre-se, a propósito, que apenas mais recentemente é que a ordem jurídica heterônoma estatal insculpiu preceito vedatório expresso (Lei n. 9.799, de 26.5.1999(de revistas íntimas em trabalhadoras no contexto empresarial (o novo dispositivo estabelece ser vedado 'proceder o empregador ou preposto a revistas íntimas nas empregadas ou funcionárias' - art. 373-A, inciso VI, CLT, conforme Lei 9.799/99). Entretanto, conforme já examinado, tal vedação já era implicitamente resultante dos preceitos constitucionais acima expostos (e, no fundo, dirige-se a pessoas físicas, independentemente de seu sexo)."*³⁸

De todo modo, para que a revista seja válida e atinja a finalidade a que se destina, qual seja, tutelar a propriedade do empregador, certamente deve haver circunstâncias concretas que justifiquem a revista.

Mais uma vez, com base no posicionamento da ilustre doutrinadora Alice Monteiro de Barros, é imperioso que, para se justificar a revista, haja, na empresa, no estabelecimento ou no setor, bens suscetíveis de subtração e

³⁸ DELGADO, Maurício Godinho. Curso de direito do trabalho. 8. ed. - São Paulo: LTr. Página 596.

ocultação, com valor material, ou que tenham relevância para o funcionamento da atividade empresarial e para a segurança das pessoas.³⁹

Vale ressaltar, contudo, que, atualmente, há diversos meios tecnológicos de se evitar furtos, tais como aqueles utilizados em lojas que colocam etiquetas magnéticas em seus produtos, o que tornaria desnecessária a revista em bolsas e sacolas nos estabelecimentos comerciais.

De todo modo, imperioso ressaltar que a revista, para que tenha menos chances de serem consideradas discriminatórias, deverão ser de caráter geral e impessoal. Eventual acordo com entidade sindical ou com o próprio empregado também seria de grande valia para mitigar as chances de uma eventual condenação em uma reclamatória trabalhista.

A revista também deverá ser realizada da maneira mais discreta possível, por empregado do mesmo sexo e, dependendo da situação, diante de um colega também do mesmo sexo, sempre de modo a respeitar a dignidade pessoal do empregado.

A respeito da revista íntima por meio da qual o empregador exige que o trabalhador se desnude completamente, ainda que diante de preposto do mesmo sexo, é fortemente rejeitada pela doutrina e jurisprudencial, uma vez que essa modalidade de revista viola diretamente o direito à intimidade do empregador. Esse tema será melhor abordado no capítulo a seguir.

O fato é que a revista, para que o próprio empregador se resguarde de eventual ação trabalhista, deverá ocorrer de forma geral, não discricionária e apenas em

³⁹ BARROS, Alice Monteiro de. Curso de Direito do Trabalho. São Paulo: LTr, 2005. Página 464.

circunstâncias excepcionais, respeitando-se, ao máximo, a esfera de privacidade do empregado.

2.2. Fiscalização por meio de instrumentos visuais

Não há qualquer dispositivo na legislação brasileira impedindo a instalação de câmeras de segurança nos estabelecimentos comerciais, sendo certo que as mesmas regras ligadas ao bom senso, abordadas no tópico anterior, também sejam observadas no presente caso.

Nas palavras de Alice Monteiro de Barros, inclusive, a instalação de câmeras de segurança poderá consistir em um instrumento probatório valioso na apreciação da conduta do empregado.⁴⁰

Nos parece bastante claro, ainda, que não seria possível a instalação de câmeras de segurança em locais que são privados por natureza, ou que se destinam ao descanso do empregado.

O que pode se concluir é que a inovação tecnológica na fiscalização é eficaz, mas que são inadmissíveis as atividades que impliquem na utilização indevida dos avanços mecânicos e técnicos de vigilância.

2.3. Controle das comunicações do empregado no local de trabalho

O desenvolvimento da informática, além de permitir maior agilidade, diminuição de custos, maior capacidade de armazenamento e outras praticidades, gerou uma explosão de informações, que reforçaram o controle do empregador sobre o empregado. As novas tecnologias facilitaram a obtenção de

⁴⁰ BARROS, Alice Monteiro de. Curso de Direito do Trabalho. São Paulo: LTr, 2005. Página 472.

dados pessoais e profissionais, num contexto de concorrência acirrada no mercado nacional e internacional.

O posicionamento majoritário é no sentido de que, se o empregado se utilizar, no horário de serviço, do e-mail do empregador (e-mail corporativo) para enviar suas mensagens particulares, o empregador poderá controlar os sites visitados, como também ter acesso às mensagens eletrônicas enviadas e recebidas. Deverá, entretanto, comunicar ao empregado essa fiscalização, lembrando que o uso do computador dirige-se exclusivamente à atividade funcional. Nesse caso, o poder diretivo justifica a fiscalização, pois o computador constituiu instrumento de trabalho.

No entanto, a liberdade de comunicação continua sendo regra. Ora, se o empregador confere ao empregado um endereço eletrônico articular, em princípio, não se admite a fiscalização do conteúdo das mensagens enviadas e recebidas. E mais, se a mensagem for de conteúdo íntimo, o empregador violará dois preceitos constitucionais: o que assegura o direito à intimidade (artigo 5º, inciso X, CF) e o que garante o sigilo das correspondências (artigo 5º, XIII). A violação a esses direitos, no caso, autoriza a rescisão indireta do contrato de trabalho e a compensação por dano moral e/ou material em favor do empregado.

O empregador poderá, contudo, coibir os abusos capazes de sobrecarregar o sistema, devendo o controle, neste caso, limitar-se ao número e aos horários das mensagens, sem incluir o exame de seu conteúdo, salvo mediante autorização judicial.

Ainda assim, o empregador deverá agir com moderação.

2.4. Limitação ao uso de banheiros no ambiente de trabalho

Muito embora seja parte integrante do poder diretivo do empregador, conforme será melhor abordado no capítulo a seguir, a jurisprudência tem condenado a gestão do tempo do empregado por parte do empregador no sentido de limitar o uso ao banheiro.

Isto porque, as decisões tem sido no sentido de que é abusiva a conduta do empregador por afrontar o direito à privacidade do empregado (artigo 5º, X, CF/1988), e até mesmo o próprio princípio da dignidade da pessoa humana (artigo 1º, III, CF/1988).

2.5. Pré contratação trabalhista

Para Maurício Godinho Delgado⁴¹, há a possibilidade de danos, caso verificada a ocorrência de forte expectativa frustrada e/ou de despesas necessárias efetivadas. Isto porque, a regra geral civilista de que a proposta de contratação, uma vez formulada pelo solicitante, estabelece sua vinculação (artigo 427, CCB/2002).

Parece-nos, inclusive, um pensamento bastante razoável, considerando que, a partir do momento em que se gera uma presunção real de contratação, o empregado buscando recolocação no mercado de trabalho pode passar a recusar outras ofertas de menor interesse, mas que, na ausência de uma certeza, poderia tê-la aceitado.

Importante ressaltar que, inobstante os casos refiram-se essencialmente à hipótese de dano material, também podem ensejar dano moral, desde que as

⁴¹ DELGADO, Maurício Godinho. Curso de direito do trabalho. 15. ed. - São Paulo: LTr. Página 892.

circunstâncias fáticas envolvam desproporcional ferimento de alguma dimensão do patrimônio moral da pessoa.

2.6. Dinâmica de metas de desempenho e respectivas cobranças e o uso de técnicas motivacionais abusivas e desrespeitosas

Muito embora a livre iniciativa seja reconhecida pela Constituição, os instrumentos para alcance de melhor e maior produtividade do trabalho tem como limites os princípios e regras constitucionais tutelares da dignidade da pessoa humana, da valorização do trabalho e do emprego, da segurança e do bem estar e da saúde da pessoa humana trabalhadora.

Nesse sentido, a adoção de métodos, técnicas e práticas de fixação de desempenho e de realização de cobranças tem de se compatibilizar com os princípios e regras constitucionais prevalecentes, sob pena de causar dano, que se toma reparável na forma prevista pela ordem jurídica.

Ademais, imperioso ressaltar que também a adoção de métodos, técnicas e práticas de motivação de pessoal devem obedecer às mesmas regras e princípios supramencionados, pois a sua não observância implicaria na incidência da obrigação de reparar as lesões perpetradas.

Frise que é fundamental que o poder empregatício se atualize e se renove, adotando critérios e técnicas motivacionais e de críticas compatíveis com a modernidade jurídica instaurada pela Constituição de 1988.

2.7. Condições degradantes no ambiente de trabalho

Cabe ao empregador ofertar a seus empregados (e aos terceirizados também quando houver) ambientes de trabalho regular, digno e com a devida higiene e segurança.

A Constituição Federal dispõe que todos tem direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado (artigo 225, caput), sendo certo que o ambiente de trabalho é parte integrante do conceito constitucional de “meio ambiente”.

A CLT, por sua vez, informa que incumbe às empresas cumprir e fazer cumprir as normas de segurança e medicina do trabalho, de modo que o empregador é o responsável pela garantia de que seus empregados contarão com um ambiente de trabalho digno. Para tanto, deve haver o fornecimento adequado de Equipamentos de Proteção Individual (EPIs), manter a ergonomia correta e disponibilizar ferramentas de trabalho que sejam condizentes com o desempenho das atividades.

2.8. Violação à imagem

O conceito de imagem traduz a ideia de projeção da pessoa em seus relacionamentos próximos e na comunidade mais ampla.

Para Maurício Godinho Delgado⁴², a imagem da pessoa humana trabalhadora pode ser violada de duas maneiras: de um lado, por meio da agressão ao próprio patrimônio moral do ser humano, de modo a lhe atingir também a imagem, sua projeção em relacionamentos próximos e no cenário da comunidade (é o que ocorreria, por exemplo, com injusta e despropositada acusação de ato ilícito feita pelo empregador a seu empregado).

⁴² DELGADO, Maurício Godinho. Curso de direito do trabalho. 15. ed. - São Paulo: LTr. Página 703.

De outro lado, pode se perpetrar por meio da utilização não autorizada ou não retribuída da imagem do indivíduo. É o que prevê o artigo 20 do CCB/2002, que estipula indenização pelo uso irregular da imagem:

"Salvo se autorizadas, ou se necessárias à administração da justiça ou à manutenção da ordem pública, a divulgação de escritos, a transmissão da palavra, ou a publicação, a exposição ou a utilização da imagem de uma pessoa poderão ser proibidas, a seu requerimento e sem prejuízo da indenização que couber, se lhe atingirem a honra, a boa fama ou a respeitabilidade, ou se se destinarem a fins comerciais".

O preceito legal menciona três condutas mais próximas de ocorrência no contrato de emprego: a) condutas que violam a imagem, em face de agredi-la; b) condutas que se utilizam da imagem – sem a ofender, é claro –, porém sem autorização; c) condutas que se utilizam da imagem -também sem ofensas -, mas sem autorização e com fins comerciais. Segundo o Código Civil, é cabível falar-se em reparação indenizatória em qualquer desses três casos hipotéticos.

2.9. Anotação desabonadora em Carteira de Trabalho

Consoante os artigos 29, 32 e 35 da CLT, o empregador dever lançar na CTPS de cada empregado estritamente as anotações obrigatórias, devendo se abster de agregar outras informações, em razão do caráter oficial do documento, sendo regulado especificamente pela ordem jurídica imperativa, sem espaço para a criatividade privada.

O lançamento de observações indevidas na Carteira de Trabalho, mesmo que referentes à existência de ação trabalhista ou de determinação judicial quanto à anotação de dados contratuais, considera-se conduta maliciosa do empregador, voltada a causar prejuízo ao trabalhador ao instituir potencial discriminação em sua busca por trabalho na comunidade empresarial.

Verificada a prática de referido ato, tendo causado desnecessário e injustificável prejuízo ao trabalhador, além de propiciar a deflagração de potenciais condutas discriminatórias subsequentes, certamente origina a obrigação de reparar o dano moral.

2.10. Elaboração e/ou divulgação de “lista suja” de trabalhadores

A confecção e divulgação de listas de nomes de trabalhadores que tenham proposto ação judicial contra seus empregadores (ou que tenham participado de movimentos paredistas, a par de outras situações similares) têm sido compreendidas pela jurisprudência como conduta deflagradora de manifesto dano moral, seja com respeito a cada indivíduo presente na lista (dano moral individual ou até mesmo plúrimo), seja com respeito a toda a comunidade de trabalhadores (dano moral coletivo).

Isto porque, tais listas sujas não conteriam outra finalidade que não um nítido intuito discriminatório, visando potencial retaliação de seus componentes pelo mercado empresarial circundante - em conformidade com a compreensão da experiência advinda da observação das práticas sociais no cotidiano - tão bem inferida e sopesada por juízes e tribunais.

Em termos práticos, inclusive, é por este motivo que não é possível efetuar buscas processuais pelo nome do Reclamante, perante os Tribunais Regionais. Tal fato certamente dificultaria uma recolocação profissional do empregado, ou, em contrapartida, obstaria seu direito de ação, uma vez que não ajuizaria uma reclamatória com receio de repreensão por parte do futuro empregador.

2.11. Práticas discriminatórias

É notório o fato de que a Constituição de 1988 proibiu a discriminação em qualquer contexto da sociedade e do Estado brasileiros. Há exponenciais princípio e regras constitucionais da não discriminação na ordem jurídica do Brasil.

A discriminação é afronta direta à dignidade da pessoa humana. No âmbito empregatício, além da incidência desse princípio e regra gerais fixados amplamente na Constituição, há regra e princípio específicos na mesma direção.

Maurício Godinho Delgado conceitua discriminação como a diferenciação em vista de fator injustamente desqualificante, os quais seriam, por exemplo, o sexo (ou gênero), a etnia, raça ou cor, a origem, a idade, o estado civil, a situação familiar, a opção sexual, a nacionalidade e outros.⁴³

A diferenciação, obviamente, pode ocorrer, desde que considerada em vista de fator essencial ou efetivamente relevante ao tipo de relação jurídica ou função objetivada no contrato ou desde que ressalvada pela própria lei em virtude de fatores importantes também considerados. A título exemplificativo, temos a diferenciação quanto à remoção de pesos (60 kg para homens, e 20 kg para mulheres), trabalho de crianças e adolescentes.

Não sendo, porém, consistente, justificada, lícita a diferenciação, desponta a ofensa ao princípio e às regras antidiscriminatórias, incidindo o dever de reparação.

⁴³ DELGADO, Maurício Godinho. Curso de direito do trabalho. 15. ed. - São Paulo: LTr. Página 701.

Outro ponto que merece destaque é o fato de que a jurisprudência é uníssona no sentido de que é presumidamente discriminatória a despedida de empregado portador de vírus HIV ou de outra doença grave que suscite estigma ou preconceito, *verbis*:

Súmula nº 443 do TST

DISPENSA DISCRIMINATÓRIA. PRESUNÇÃO. EMPREGADO PORTADOR DE DOENÇA GRAVE. ESTIGMA OU PRECONCEITO. DIREITO À REINTEGRAÇÃO

Presume-se discriminatória a despedida de empregado portador do vírus HIV ou de outra doença grave que suscite estigma ou preconceito. Inválido o ato, o empregado tem direito à reintegração no emprego.

A conduta discriminatória, conforme já visto, é gravemente censurada pela ordem jurídica. Configurada a conduta discriminatória no momento da ruptura do contrato (assim como no instante de sua formação, tal como durante o desenrolar da vida do contrato), incide o dever de reparação do dano moral perpetrado.

Como no caso da súmula supramencionada, além da indenização por danos morais, vale ressaltar, ainda, os efeitos jurídicos decorrentes do ato ilícito no que tange ao próprio rompimento do contrato. Neste quadro, a ilicitude quanto à causa da extinção contratual pode levar a três alternativas: a) à própria reintegração no emprego; b) à indenização rescisória pertinente, se incabível ou não recomendável a reintegração, conforme o caso; c) à conversão em dispensa sem justa causa do tipo de rescisão imposto pelo empregador (caso tenha ocorrido irregular dispensa por justa causa), em contexto da presença de outros fatores rescisórios relevantes.

CAPÍTULO IV – ANÁLISE JURISPRUDENCIAL

Tal como analisado no capítulo acima, a questão acerca da ingerência do poder fiscalizatório por parte do empregador está longe de ser considerada pacífica perante os Tribunais Pátrios.

Com efeito, a seguir, mostraremos alguns posicionamentos acerca da aceitação (ou não) da revista, utilização de câmeras e controle das ferramentas de trabalho como forma de aplicação do poder diretivo do empregador.

1. Decisões – Revista

REVISTA ÍNTIMA - DANOS MORAIS. A questão referente às revistas íntimas coloca em conflito dois direitos fundamentais: o direito à intimidade e o direito de propriedade, ambos assegurados pela Constituição Federal (CF/1988), no art. 5º, incisos X e XXII, respectivamente. Com efeito, considerando-se que todos os princípios fundamentais são imediatamente aplicáveis, deve-se adotar, na solução do caso concreto, a técnica da ponderação, recorrendo o aplicador do direito ao princípio da proporcionalidade, de modo a aplicar a norma de forma adequada ao fim colimado, sem excessos e sem desconsiderar o conjunto dos interesses contrapostos. Nesse passo, a evolução tecnológica permite que outras formas de controle sejam adotadas, como a entrada e a saída de estoque, filmagens por meio de circuito interno, colocação de etiquetas magnéticas, vigilância por serviço especializado, e outras medidas sem que se faça necessária a revista pessoal do trabalhador, sobre o seu corpo e vestimenta. (TRT-3 - RO 0000257-39.2010.5.03.0075; Relatora: Denise Alves Horta; Órgão Julgador: Oitava Turma; Publicação: 04/10/2010)

No primeiro caso que analisaremos, a decisão foi no sentido de que, em razão de a tecnologia permitir diversos meios de proteção o patrimônio de uma empresa, a revista íntima do trabalhador não se mostraria viável. Dessa forma, no entendimento dos Doutos Desembargadores da 8ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região, o empregado faria jus ao recebimento de uma indenização por danos morais.

TRT-PR-02-02-2010 REVISTA EM BOLSAS E JAQUETAS. INEXISTÊNCIA DE DANO MORAL.

Por mais que a abertura da bolsa e jaquetas perante a recepcionista pudesse causar constrangimentos ao Autor, tal situação não tem o condão de se caracterizar como dano moral, tendo em vista que o procedimento adotado pela empresa não era abusivo e se direcionava indistintamente a todos os empregados, tendo sido adotados os devidos cuidados para não expor o empregado e nem tratá-lo de forma discriminatória.

(TRT-9 - 485-2009-245-9-0-6; Relator: Luiz Eduardo Gunther; Órgão Julgador: Quarta Turma; Publicação: 02/02/2010)

INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL – REVISTA VISUAL EM BOLSAS E SACOLAS – O fato da Reclamada efetuar fiscalização diária nos pertences pessoais do Reclamante, de forma impessoal e indiscriminada, por si só, não caracteriza a prática de ato ilícito da Reclamada passível de gerar indenização por danos morais. O Reclamante não conseguiu demonstrar que a Reclamada tenha exacerbado seu poder de direção e fiscalização, de forma que sua conduta pudesse causar ofensa a sua imagem, honra ou intimidade. Dessa feita, nenhuma indenização seria devida ao Reclamante, contudo, a fim de evitar a reforma da decisão para pior, mantenho o valor fixado originariamente. Nego provimento. (TRT23 – RO 0172600-06.2010.5.23.0036; Relatora: Leila Calvo; Órgão Julgador: Terceira Turma; Publicação: 16.03.2011)

Já nos próximos dois arestos colacionados, o entendimento dos Tribunais das 9º e 23º Regiões foi no sentido de que a mera revista visual não afeta a dignidade do trabalhador, pelo que não há que se falar em reparação de qualquer dano, eis que inexistente.

2. Decisões – Câmeras de Segurança

DANO MORAL. USO DE CÂMERAS NO AMBIENTE DE TRABALHO. INDENIZAÇÃO INDEVIDA. O uso de câmeras no ambiente de trabalho, quando colocadas em locais que não constrojam as pessoas, como banheiros ou vestiários, e, ainda, quando sinalizada a sua utilização, não invade a privacidade dos obreiros. Isso porque, a utilização de monitoramento insere-se no poder diretivo do empregador, que deve zelar pela segurança de seus clientes e funcionários, bem como tem o poder de fiscalizar seu patrimônio. A fiscalização das atividades dos empregados por meio de

câmeras apenas cria uma logística de funcionamento para a empresa, sendo que, utilizada as imagens apenas no ambiente de labor, não há como ensejar violação da privacidade, pois é exatamente o momento no qual o empregado está exercendo suas atividades e não em situação de sua vida íntima. Recurso do autor ao qual se nega provimento.

(TRT9 - RO 189-2010-656-9-0-5; Relatora: Sueli Gil El-Rafih; Órgão Julgador: Quarta Turma; Publicação: 04/02/2011)

Na ementa transcrita acima, tem-se a situação de um empregado que postulou a condenação da empresa ao pagamento de uma indenização por danos morais, em razão da existência de um circuito de câmeras no local de trabalho. Corretamente, entendemos, decidiu a 4ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região, uma vez que a privacidade do empregado não restou invadida.

Novamente, aqui, ressaltamos ser imperioso o bom senso, no sentido de que não seria razoável a câmera estar posicionada em direção apenas a um empregado, ou nos locais destinados à refeição ou descanso, até para que seja possível fazer uso do argumento de se promover a segurança de todos os envolvidos: empregador, empregado e até clientes.

Na próxima ementa a ser analisada, veremos a decisão contrária ao entendimento acima:

SISTEMA DE VIGILÂNCIA MANTIDO NO AMBIENTE LABORAL. DANO MORAL. A presença de câmeras de vídeo no ambiente laboral, ao argumento de que o objetivo do sistema de vigilância era tanto preservar as informações dos clientes atendidos pelo call center, como preservar o patrimônio empresarial, já sucumbe pela própria natureza da atividade (atendimento via telefone junto à terminal de computador), não se cogitando, então, de preservação do cliente, mas tão-somente do patrimônio empresarial. Em tese e sem abuso, é legítimo o poder de direção empresarial voltado à vigilância no ambiente de trabalho, desde que justificado por razões de segurança. A lide em análise exige ponderação entre a dignidade da pessoa humana e a segurança do patrimônio empresarial, aqui entendido como o substrato material da empresa e clientela. No entanto, essa ordem axiológica (pessoa humana e patrimônio) não

admite ressalva injustificada. A ponderação não se faz em tese, nem de maneira apriorística, o que por certo esbarraria na primazia da dignidade humana. No caso, a escusa absolutória invocada pela ré (exercício regular do poder diretivo para salvaguardar o patrimônio empresarial) não lhe socorre, haja vista que se revelou não apenas desnecessária, como abusiva. Desnecessária, porque a vigilância dos empregados por câmeras enquanto atendem os consumidores via telefone e utilizando terminais de computadores é fator inócuo na segurança daqueles, pois nada obsta que a informação pessoal prestada nesse modo e ambiente seja melhor preservada porque gravada a imagem do trabalhador. Note-se que a discussão não envolve a gravação da conversa telefônica do atendimento no call center, ingerência esta que, em tese e sem abuso, encontraria justificativa. Abusiva, porque, uma vez que não encontra justificativa de ordem fática que a legitime, evidente está que a vigilância, eis que esvaziada no próprio ato de controle de "vigiar e punir" de que já nos alertou FOUCAULT em sua clássica e homônima obra. Uma ingerência tal, voltada mesmo aos mais comezinhos atos implica em franco abuso, que gera dano moral indenizável, justamente porque desarrazoada e violadora da intimidade do trabalhador. A melhor doutrina converge no sentido de que a instalação de câmera de vídeo ou de filmagem constitui uma medida ajustada ao princípio da proporcionalidade (GOÑI SEIN, José Luis. *La videovigilancia empresarial y la protección de datos personales*. Thompson/Civitas, 2007, p. 30, 31, 37, 50 e 54) DESDE QUE a instalação em local onde o empregado executa suas atividades seja medida justificada, equilibrada e imprescindível. Não se olvide que, também se repele, aqui, a tentativa de se "coisificar" o homem, posto ser gente e, como tal, suscetível a sentimentos das mais variadas ordens, inclusive o da humilhação de ver-se obrigado a se expor e ser controlado diariamente pelo sistema de vigilância da ré, a fim de garantir sua própria subsistência. Não sobressai razoável a violação da intimidade para fins de atender a interesse privado ou meramente econômico. A abusividade da reclamada em adentrar invasivamente a privacidade do empregado resultou patente, além de manifestamente desnecessária e em menoscabo à garantia constitucional assegurada. Concessa venia, não há justificativa plausível para a adoção de tal medida em atividades como a da reclamada (call center), nem proporcionalidade ajustada entre a dimensão do vilipêndio à privacidade e a finalidade meramente econômica de proteger o bem patrimonial. Configurado está o dano moral, haja vista que a Carta Constitucional em seu artigo 5º, X, prevê que "são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurando o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação."

(TRT-9 - 2347-2008-664-9-0-1; Relatora: Rosemarie Diedrichs Pimpão; Órgão Julgador: Segunda Turma; Publicação: 09/03/2010)

Conforme adiantado, por se tratar de empresa de *call center/telemarketing*, entenderam os Douto Julgadores da 2ª Turma do Tribunal Regional da 9ª Região

pela condenação da Reclamada ao pagamento de indenização por danos morais, uma vez que a atividade econômica a qual a empresa está engajada não justifica a gravação em vídeo de seus empregados, que se ativam em um Posto de Atendimento, falando no telefone com os clientes.

De fato, no caso concreto acima analisado, certamente o intuito do empregador foi no sentido de vigiar seus empregados, talvez para coibir eventuais danos às ferramentas de trabalho, uma vez que o patrimônio empresarial, por si só, não corria qualquer risco.

Ainda que seja notória a alta rotatividade nas empresas de telemarketing, a vigia indiscriminada do trabalhador fere o princípio da boa-fé e da confiança que devem reger as relações contratuais, de modo que nos parece compreensível o abalo de ordem moral sofrido pelo Reclamante.

3. Decisões – Monitoramento E-mail Corporativo

Iniciaremos a análise acerca da controvérsia do tema relacionado à eventual invasão da privacidade do empregado em decorrência de o empregador acessar seu e-mail corporativo sem a anuência do primeiro, com uma brilhante e esclarecedora ementa proferida pelo Colendo Tribunal Superior do Trabalho:

AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA - E-MAIL CORPORATIVO - ACESSO PELO EMPREGADOR SEM A ANUÊNCIA DO EMPREGADO - PROVA ILÍCITA NÃO CARACTERIZADA.

Consoante entendimento consolidado neste Tribunal, o e-mail corporativo ostenta a natureza jurídica de ferramenta de trabalho, fornecida pelo empregador ao seu empregado, motivo pelo qual deve o obreiro utilizá-lo de maneira adequada, visando à obtenção da maior eficiência nos serviços que desempenha. Dessa forma, não viola os arts. 5º, X e XII, da Carta Magna a utilização, pelo empregador, do conteúdo do mencionado instrumento de trabalho, uma vez que cabe àquele que suporta os riscos da atividade produtiva zelar pelo correto

uso dos meios que proporciona aos seus subordinados para o desempenho de suas funções. Não se há de cogitar, pois, em ofensa ao direito de intimidade do reclamante. Agravo de instrumento desprovido.

(TST – AIRR 164040-86.2003.5.01.0051; Relator: Luiz Philippe Vieira de Mello Filho; Órgão Julgador: Primeira Turma; Publicação: DJ 24/10/2008)

Pelo fato de o e-mail corporativo ser incontroversamente responsabilidade da empresa, mormente por se tratar de o serviço disponibilizado ao empregado com a única e exclusiva finalidade de que este mantenha contato com os clientes e demais membros da empresa através do canal apropriado, nos parece bastante razoável que o empregador exerça algum tipo de ingerência sobre o mesmo.

Dessa forma, concordamos integralmente com o posicionamento uníssono do TST, seguido pela grande parte dos Tribunais Regionais, conforme ementas abaixo transcritas:

DISPENSA POR JUSTA CAUSA. MAU PROCEDIMENTO. USO INDEVIDO DO CORREIO ELETRÔNICO CORPORATIVO. Demonstrado que a autora utilizava o correio eletrônico corporativo para travar diálogos íntimos com o diretor da empresa, resta caracterizada a justa causa por mau procedimento tendo em vista que o serviço de 'e-mail' corporativo é ferramenta fornecida para uso estritamente profissional.

(TRT-3 - RO: 0002198-22.2011.5.03.0032, Relator: Luiz Ronan Neves Koury, Segunda Turma, Data de Publicação: 30/05/2012)

"E-MAIL" CORPORATIVO. RASTREAMENTO PELA EMPRESA. INEXISTÊNCIA DE DANO MORAL. 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, sem que tal situação configure dano moral ao empregado.

(TRT9 - 1502-2006-1-9-0-9; Relator: Luiz Celso Napp; Órgão Julgador: Quarta Turma; Publicação: 12/09/2008)

4. Decisões – Limitação ao uso de banheiros no ambiente laborativo

Conforme já exposto, o posicionamento dos Tribunais é praticamente uníssono no sentido de que a limitação dos empregados ao uso de banheiros constitui abuso no poder diretivo do empregador, *verbis*:

RECURSO DE REVISTA. RESPONSABILIDADE CIVIL DO EMPREGADOR. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. LIMITAÇÃO AO USO DE BANHEIRO. RECURSO INTERPOSTO ANTES DA LEI Nº 13.015/2014. A limitação ao uso de banheiro configura abuso do poder diretivo do empregador e ofensa à dignidade e à privacidade do trabalhador, a caracterizar dano moral passível de reparação. Precedentes da SDI-1 e de todas as Turmas do TST. Recurso de revista conhecido e provido. (TST – 0224900-55.2013.5.13.0023; Relatora: Maria Helena Mallmann; Órgão Julgador: Quinta Turma; Publicação: 30/04/2015)

RECURSO DE REVISTA. RESPONSABILIDADE CIVIL DO EMPREGADOR. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. LIMITAÇÃO AO USO DE BANHEIRO. RECURSO INTERPOSTO ANTES DA LEI Nº 13.015/2014. A limitação ao uso de banheiro configura abuso do poder diretivo do empregador e ofensa à dignidade e à privacidade do trabalhador, a caracterizar dano moral passível de reparação. Precedentes da SDI-1 e de todas as Turmas do TST. Recurso de revista conhecido e provido. (TRT01 – 0001052-82.2010.5.01.0016; Relator: Flávio Ernesto Rodrigues Silva; Órgão Julgador: Décima Turma; Publicação: 23/02/2016)

5. Decisões – Violação à imagem

Conforme já analisado, o poder diretivo do empregador também não pode violar o direito de imagem do empregado, de modo que sua afronta certamente resultará na condenação da empresa ao pagamento de indenização por danos morais, como se depreende das ementas ora transcritas:

USO INDEVIDO DA IMAGEM DO EMPREGADO PARA FINS COMERCIAIS SEM AUTORIZAÇÃO. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS.

Verificada a utilização da imagem do empregado para fins comerciais, sem sua autorização, fica caracterizado o ato ilícito por parte da empresa. O dano moral é considerado *in re ipsa*, não sendo necessária a prova objetiva do sofrimento ou do abalo psicológico, uma vez que este reside na própria violação do direito da personalidade praticado pela ofensora. O nexo de causalidade, por sua vez, consiste no próprio comportamento censurável das Reclamadas que expuseram a imagem do empregado, sem seu consentimento, o que resultou em dano. Presentes os elementos necessários para a configuração da responsabilidade civil, é devida a indenização por danos morais. (TRT-3 - RO: 0001951-59.2012.5.03.0144, Relator: Sercio da Silva Pecanha, Oitava Turma, Data de Publicação: 25/10/2013)

RECURSO ORDINÁRIO. USO DA IMAGEM DO EMPREGADO. INDENIZAÇÃO INDEVIDA.

Em se tratando de uso de imagem do empregado, o ato ilícito se configura com a utilização sem a devida autorização da pessoa ou, em havendo a autorização, de forma indevida (art. 20, do Código Civil). O ato de o reclamante simplesmente trajar camisas com logomarcas de fornecedores da empresa reclamada não implica em uso indevido da imagem do empregado. Tal hipótese constitui vestimento de uniforme pelos empregados, o que não gera direito adicional ao trabalhador. (TRT-1 - RO: 0000664-48.2011.5.01.0016, Relator: Alexandre Teixeira de Freitas Bastos Cunha, Sétima Turma, Data de Publicação: 27/07/2012)

CONCLUSÃO

Por todo o exposto no presente estudo, temos que o poder diretivo do empregador está constantemente em conflito com os direitos e garantias fundamentais do trabalhador, uma vez que o empregador deve resguardar o seu negócio, sem, contudo, atropelar a privacidade ou dignidade do empregador.

Vimos, no decorrer deste trabalho, que a possibilidade de se flexibilizar alguns direitos trabalhistas constitui importante instrumento para a manutenção das atividades empresarias, bem como do contingente de empregados de uma determinada empresa.

Isto se dá porque o Direito do Trabalho tem ligação direta com a ciência econômica, sendo certo que o ordenamento jurídico buscou na flexibilização uma forma de conciliar o interesse dos empregadores e dos empregados, tendo sido assunto já discutido, inclusive, pelo novo Presidente do Tribunal Superior do Trabalho, que até discute o fato de que uma reforma na legislação trabalhista seria de grande valia como forma de combate à grave crise econômica que assola o país.

Não há, na legislação brasileira, grandes diretrizes acerca dos limites impostos ao poder diretivo do empregador, de modo que toda e qualquer medida de proteção ao patrimônio da empresa deve observar os limites da razoabilidade.

Conforme verificamos no decorrer deste estudo, ainda há divergência tanto doutrinária quanto jurisprudencial a respeito dos limites do poder diretivo fiscalizatório do empregador. Contudo, após reflexão sobre o tema, verifica-se que o empregador deve basicamente sopesar os direitos trabalhistas, juntamente com os direitos e garantias dos trabalhadores, de modo que não haja violação à privacidade ou dignidade de seus empregados.

Restou absolutamente demonstrado, por fim, que jamais esgotará discussões acerca deste tema tão controvertido, certamente devido à sua importância na realidade das relações de emprego, até se considerarmos o caráter econômico que possui.

Todavia, em poucas palavras, há que se concluir, por todo o quanto exposto nesta monografia, que o poder diretivo do empregador ainda possui aspectos mais positivos do que negativos, de modo que possibilitam a harmonia do interesse econômico dos empregadores e dos empregados.

BIBLIOGRAFIA

ALMEIDA, André Luiz Paes de. *Direito do trabalho: material, processual e legislação especial*. 9 ed. São Paulo: Rideel, 2011.

BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2005.

CARRION, Valentin. *Comentários à consolidação das leis do trabalho*. 31 ed. atual por Eduardo Carrion. São Paulo: Saraiva, 2008.

DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 8. E 15. ed. - São Paulo: LTr.

JORGE NETO, Francisco Ferreira; CAVALCANTE, Jouberto Quadros Pessoa. *Direito do Trabalho*. 3 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

MANNRICH, Nelson. *Flexibilização do direito de trabalho: ruptura e compromisso*. Revista dos Acadêmicos de Direito da UNESP, Franca, v. 3, n. 6, p. 205-207, 1998.

MANUS, Pedro Paulo Teixeira. *Direito do Trabalho*. 6 ed. São Paulo: Atlas, 2001.

MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito do Trabalho*. 22 ed. São Paulo: Atlas, 2006.

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 20 ed. São Paulo: Atlas, 2006.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de direito do trabalho: história e teoria geral do direito do trabalho: relações individuais e coletivas do trabalho*. 23 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Iniciação ao direito do trabalho*. 32 ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade, *Constituição Federal Comentada e legislação constitucional*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

PINTO, José Augusto Rodrigues. *Curso de direito individual do trabalho: noções fundamentais de direito do trabalho, sujeitos e institutos do direito individual*. 5 ed. São Paulo: LTr, 2003.

PRUNES, José Luiz Ferreira. *Justa causa e despedida indireta*. 3. Ed. Curitiba: Juruá, 2004.

SÜSSEKIND, Arnaldo. *Instituições de Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, 1997

SÜSSEKIND, Arnaldo. *Direito constitucional do trabalho*. 2. ed. (ampl. e atual.). Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

TEIXEIRA, João Carlos. *Dano Moral Coletivo*. São Paulo, LTr, 2004.