



FACULDADE BAIANA DE DIREITO

CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO *LATO SENSU*

DIREITO E PROCESSO DO TRABALHO

GABRIELA SOUZA LOPES LEITE

**O DIREITO DE CONTROLE DO EMPREGADOR SOBRE O
EMPREGADO EM CONFLITO COM OS DIREITOS
FUNDAMENTAIS À INTIMIDADE E À PRIVACIDADE**

Salvador

2018

GABRIELA SOUZA LOPES LEITE

**O DIREITO DE CONTROLE DO EMPREGADOR SOBRE O EMPREGADO EM
CONFLITO COM OS DIREITOS FUNDAMENTAIS À INTIMIDADE E À
PRIVACIDADE**

Monografia apresentada ao curso de pós-graduação *Latu Senso* em Direito, Faculdade Baiana de Direito, como requisito parcial para obtenção do título de especialista em Direito.

Salvador

2018

RESUMO

O estudo versa sobre o direito de controle do empregador sobre o empregado em conflito com os direitos fundamentais da intimidade e da privacidade. Revela a importância da aplicação da técnica da ponderação quando houver direitos fundamentais em conflito. Além disso, confere um destaque significativo a institutos fundamentais do Direito do Trabalho. Mediante uma refinada pesquisa de dados no Google Acadêmico foram encontrados diversos artigos que serviram de base para o trabalho em comento. Ainda, obras de notório relevo no direito do trabalho foram utilizadas para a construção da monografia em apreço.

PALAVRAS-CHAVE: intimidade, privacidade, contrato de trabalho, direitos fundamentais, dignidade da pessoa humana, ambiente de trabalho.

ABSTRACT

The study deals with the right of employer control over the employee in conflict with fundamental rights intimacy and privacy. It reveals the importance of applying the weighting technique when there are fundamental rights in conflict. In addition, it gives a significant prominence to fundamental institutes of labor law. Through a refined search of data in Google Scholar were found several articles that served as the basis for the work in question. Also, works of notable relevance in labor law were used for the construction of the monograph under consideration.

KEYWORDS: intimacy, privacy, work contract, fundamental rights, dignity of the human person, work environment.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

Art.	Artigo
CLT	Consolidação das Leis Trabalhistas
CF/88	Constituição Federal da República
CFM	Conselho Federal de Medicina
OIT	Organização Internacional do Trabalho

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	8
CAPÍTULO I - O CONTRATO DE TRABALHO	9
1.1. OS SUJEITOS DO CONTRATO DE TRABALHO – EMPREGADO E EMPREGADOR	10
1.2. A SUBORDINAÇÃO COMO CARACTERÍSTICA FUNDAMENTAL DO CONTRATO DE TRABALHO	12
1.3. O DIREITO DE RESISTÊNCIA	14
1.4. PRINCÍPIOS DO DIREITO DO TRABALHO, MEIO AMBIENTE DO TRABALHO E SUA RELAÇÃO COM A INTIMIDADE E A PRIVACIDADE DO EMPREGADO.....	16
1.5. DANOS MORAIS E MATERIAIS ADVINDOS DA RELAÇÃO DE TRABALHO..	18
CAPÍTULO II - DIREITOS FUNDAMENTAIS DO EMPREGADO	20
2.1. OS DIREITOS DA PERSONALIDADE NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO E O DIREITO DO TRABALHO.....	22
2.2. A TEORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	26
2.3. A EFICÁCIA HORIZONTAL NAS RELAÇÕES TRABALHISTAS.....	28
2.4. A TUTELA JURÍDICA DA INTIMIDADE E DA PRIVACIDADE.....	30
2.5. DO DIREITO À INTIMIDADE E À PRIVACIDADE NAS RELAÇÕES DE TRABALHO	32
CAPÍTULO III - DIREITOS DO EMPREGADOR	33
3.1. CONCEITO DE EMPREGADOR.....	35
3.2. DIREITO À PROPRIEDADE E À LIVRE INICIATIVA.....	37
3.3. O PODER DIRETIVO DO EMPREGADOR E SEUS LIMITES NO CONTRATO DE TRABALHO	40
CAPÍTULO IV - O DIREITO DE CONTROLE DO EMPREGADOR SOBRE O EMPREGADO EM CONFLITO COM OS DIREITOS FUNDAMENTAIS DA INTIMIDADE E DA PRIVACIDADE	42
4.1. A TUTELA JURÍDICA DA INTIMIDADE E DA PRIVACIDADE NA CONSTITUIÇÃO	48
4.2. O MONITORAMENTO DO AMBIENTE DE TRABALHO.....	49
4.3. O CONTROLE DA CORRESPONDÊNCIA ELETRÔNICA	51
4.4. A REVISTA ÍNTIMA E PESSOAL	53
4.5. O ASSÉDIO MORAL NO AMBIENTE DE TRABALHO	55

CAPÍTULO V - A SOCIEDADE DE INFORMAÇÃO E O PARADOXO DA PROTEÇÃO À PRIVACIDADE DO EMPREGADO	58
5.1. A PONDERAÇÃO DOS INTERESSES EM COLISÃO.....	60
5.2. DOS PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E DA PROPORCIONALIDADE	61
5.3. A TEORIA DE ALEXY E A POSSIBILIDADE DE SOLUÇÃO DO CONFLITO ...	63
5.4. O CONTRADITÓRIO E A AMPLA DEFESA NA RELAÇÃO DE EMPREGO	64
CAPÍTULO VI - JULGADOS IMPORTANTES ACERCA DA INTIMIDADE E DA PRIVACIDADE DO EMPREGADO DIANTE DA SUBORDINAÇÃO E DO PODER DIRETIVO DO EMPREGADOR	66
CONCLUSÃO	68
REFERÊNCIAS.....	69

INTRODUÇÃO

No ordenamento jurídico pátrio, os direitos fundamentais do trabalhador não podem ser suprimidos em face do poder diretivo do empregador. O enfoque do presente trabalho consiste, principalmente, na análise dos direitos fundamentais da intimidade e da privacidade, bem como seus desdobramentos no ambiente de trabalho. Dessa forma, o contrato de trabalho não pode obstar a fruição desses direitos fundamentais do obreiro, mas há certas regras e limites que devem ser seguidos pelos sujeitos da relação de trabalho.

É de se verificar que os direitos fundamentais do empregado devem ser analisados à luz da dignidade da pessoa humana. O contrato de trabalho não pode retirar os direitos inerentes à pessoa humana, ele tem o papel de acrescentar ao empregado os direitos específicos da relação de emprego.

Ademais, o advento das novas tecnologias empregadas nas relações de trabalho merece um cuidado especial do empregador. Isso porque ele não pode abusar do seu poder diretivo, ao implementar uma nova técnica que viole a esfera da intimidade e da privacidade do seu empregado. Assim, o empregador deve estar sempre atento ao risco da erosão da privacidade diante das novas tecnologias.

Merece destaque a incidência dos direitos fundamentais nas relações privadas, sobretudo nas relações acobertadas pelo Direito do Trabalho. Ao passo que o direito de propriedade do empregador deve estar em harmonia e equilíbrio com os direitos do obreiro.

Não raro haverá colisões dos direitos fundamentais do empregado com o poder diretivo do empregador. Assim, deverá haver o sopesamento desses direitos e, também, a aplicação dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.

CAPÍTULO I - O CONTRATO DE TRABALHO

O contrato de trabalho pode ocasionar uma série de efeitos, tanto próprios quanto conexos. O empregador deve ter bastante cautela a fim de evitar quaisquer atitudes que ensejem as indenizações por danos morais e materiais no âmbito trabalhista. Vejamos os ensinamentos de Mauricio Godinho (2016, p. 543):

O contrato de trabalho é ato jurídico de conteúdo complexo, hábil a provocar larga multiplicidade de direitos e obrigações entre as partes pactuantes. Há efeitos obrigacionais incidentes sobre a figura do empregador, assim como incidentes sobre a figura do empregado.

Seguindo a mesma linha de inteligência, para Gustavo Cisneiros (2016, p. 34): o contrato de trabalho é um negócio jurídico de índole “não solene”, ou seja, a lei não exige formalidade essencial para o seu surgimento.

A CLT define o contrato de trabalho, em seu art. 442, como – “o acordo tácito ou expresso, correspondente à relação de emprego”. Ainda, conforme preceitua o art. 443 do mesmo diploma legal, sendo o contrato de trabalho expresso, pode ser verbal ou escrito.

Segundo o escólio de Délio Maranhão (1995, p. 236-237): o contrato de trabalho “stricto sensu” é um negócio jurídico pelo qual uma pessoa física (empregado), se obriga, mediante pagamento de uma contraprestação (salário), a prestar trabalho de natureza não eventual em proveito de outra pessoa, física ou jurídica (empregador), a quem fica subordinado juridicamente.

É imperioso destacar que o consenso é requisito de validade para qualquer contrato. Nesse sentido, se o acordo estiver manchado por vício de vontade – dolo, simulação, fraude ou coação – pode ser anulado. Ao passo que, o contrato de trabalho se caracteriza por ser, de forma simultânea, consensual, informal, de trato sucessivo, comutativo e sinalagmático.

Assente que a capacidade das partes, a licitude do objeto e o consentimento são requisitos essenciais do contrato de trabalho, por aplicação analógica do Novo Código Civil, mais precisamente em seu art. 114. Além desses requisitos elencados, muitos contratos de trabalho também exigem a forma prescrita como um de seus elementos.

Nesse sentido, é lição basilar do direito do trabalho que é proibido o trabalho do menor de 16 anos de idade, salvo se o fizer na condição de aprendiz, sendo necessário, nessa última hipótese que o trabalhador já tenha 14 anos de idade completos. No período compreendido entre os 16 aos 18 anos de idade, o trabalho é permitido mediante a autorização do seu representante legal. Todavia, a partir dos 18 anos completos, o trabalhador torna-se absolutamente capaz.

É pertinente afirmar que, conforme as lições de Maurício Godinho (2005, p. 535-538): a proteção do direito do trabalho exige a licitude do objeto em todo contrato de trabalho. Assim, a licitude do objeto é referente à qualidade da prestação dos serviços ofertados. A licitude indica uma prestação consoante com as leis e os bons costumes, independentemente de a atividade empresarial ser lícita ou não.

Assim, o consentimento resta configurado quando há o acordo entre duas ou mais vontades, considerado “lei suprema dos contratos”, segundo as lições de Puente Y Flores. O consentimento válido das partes é requisito fundamental do contrato de trabalho. Ainda, é necessário que as partes sejam livres para celebrar o contrato.

1.1. OS SUJEITOS DO CONTRATO DE TRABALHO – EMPREGADO E EMPREGADOR

É sabido que o empregado e o empregador são os sujeitos do contrato de trabalho. Consoante o artigo 3º da CLT, considera-se empregado toda pessoa física que prestar serviços de natureza não eventual a empregador, sob a dependência deste e mediante salário. Nas palavras de Luciano Martinez (2015, p. 197):

No contexto do contrato de emprego, o empregado aparece como sujeito prestador do trabalho, vale dizer, aquele que pessoalmente, sem auxílio de terceiros, depende, em caráter não eventual e sob direção alheia, sua energia laboral em troca de salário, aquele que, por não exercer atividade por conta própria, não assume riscos da atividade na qual está incurso.

Os pressupostos do conceito de empregado são: a não eventualidade, o salário e a subordinação jurídica. Esses pressupostos deverão ser, necessariamente, coexistentes. A pessoalidade exige que o empregado execute as suas atividades pessoalmente, ou seja, sem haver qualquer substituição, exceto em

caráter esporádico e com a aquiescência do empregador. Por sua vez, a eventualidade, exige que os serviços prestados sejam de natureza não eventual. Ao passo que o salário é a contraprestação devida ao empregado pago pelo empregador em virtude do contrato de trabalho.

Gustavo Cisneiros afirma que a subordinação jurídica é a “pedra de toque” da relação de emprego. Dessa forma, o contrato de trabalho tem essa peculiaridade, assim, o empregado encontra-se juridicamente subordinado ao empregador. Essa subordinação é o poder investido na pessoa do empregador, pelo direito, para que este dirija, oriente, fiscalize e, até mesmo, puna o seu empregado.

Todavia, segundo o artigo 2º da CLT, considera-se empregador a empresa, individual ou coletiva, que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviço. Na definição de empregador, também, de Luciano Martinez (2015, p. 247):

No contexto do contrato de emprego, o empregador aparece como sujeito concedente da oportunidade de trabalho. Ele pode materializar a forma de pessoa física, de pessoa jurídica (entes políticos, associações, fundações, organizações religiosas, partidos políticos) ou até de ente despersonalizado, excepcionalmente autorizado a contratar (condomínios, massa falida, espólio, família, etc.). Em qualquer circunstância, porém, o empregador assumirá os riscos da atividade desenvolvida e orientará o modo de execução das tarefas de que será o destinatário. Como contrapartida pela execução dessas tarefas, o empregador oferecerá uma retribuição pecuniária intitulada salário, aqui identificado em sentido amplo. Os caracteres acima expostos autorizam uma definição da figura do empregador nos seguintes moldes: é a pessoa física, jurídica ou ente despersonalizado (este excepcionalmente autorizado a contratar) concedente da oportunidade de trabalho, que, assumindo os riscos da atividade (econômica ou não econômica) desenvolvida, admite, assalaria e dirige a prestação de serviços de outro sujeito, o empregado.

Segundo Maurício Godinho, (2015, p. 147), configurada a relação de emprego, e, conseqüentemente, a existência de um empregador, o direito do trabalho determina a ocorrência de alguns efeitos jurídicos universais sobre essa figura do empregador: a sua despersonalização para fins trabalhistas e a assunção dos riscos do empreendimento e do próprio trabalho contratado.

A principal prova do contrato de trabalho é a Carteira de Trabalho e Previdência Social, CTPS, cujas anotações inseridas geram presunção relativa, podendo ser elidida por prova em contrário. A Carteira de Trabalho é expedida pela Delegacia Regional do Trabalho, mediante solicitação do empregado. Ressalta-se

que é vedado ao empregador efetuar anotações desabonadoras à conduta do empregado na sua CTPS.

Nesse sentido, os efeitos dos contratos de trabalho podem ser classificados em duas modalidades: efeitos próprios ao contrato de trabalho e efeitos conexos ao contrato de trabalho. Os efeitos próprios são aqueles decorrentes ao contrato empregatício, uma vez que são advindos da sua natureza, do seu objeto e das cláusulas contratuais trabalhistas.

Por outro lado, os efeitos conexos são aqueles efeitos resultantes do contrato empregatício que não decorrem de sua natureza, de seu objeto e nem das suas cláusulas contratuais trabalhistas, mas que por motivos de acessoriedade e conexão são acoplados ao contrato de trabalho.

1.2. A SUBORDINAÇÃO COMO CARACTERÍSTICA FUNDAMENTAL DO CONTRATO DE TRABALHO

O direito do trabalho regula, essencialmente, o trabalho subordinado. Etimologicamente, a subordinação é originária do termo *sub-ordinare*, significando ordenar, coordenar e até mesmo dirigir. Essa é uma característica que distingue o contrato de trabalho dos demais contratos.

No entanto, hoje, a subordinação jurídica inerente aos contratos de trabalho apresenta limites delineados, conforme precisa lição de Maria Alice De Barros (2017, p. 103):

A subordinação não significa a sujeição ou submissão da pessoa do empregado em relação à pessoa do empregador. Esse conceito, já ultrapassado, vigorou em uma fase da humanidade. Entretanto, nos dias atuais, essa assimilação é incompatível com os preceitos constitucionais de liberdade e igualdade.

O ordenamento jurídico limita a subordinação jurídica do empregado ao empregador nos seus mais diversos diplomas, tais como - a constituição federal, a CLT, sentenças normativas, convenções coletivas e acordos coletivos.

Merece destaque o valioso ensinamento do Desembargador Júlio Bernardo do Carmo, do TRT da 3ª Região (MG):

É preciso afeiçoar a subordinação jurídica, com atenuação da rigidez, em casos envolvendo atividades de natureza eminentemente intelectual, para chegar a uma adaptação mais consentânea com as particularidades de cada hipótese, isoladamente considerada na discussão quanto á existência de vinculação empregatícia: “A subordinação não significa sujeição ou submissão pessoal. Este conceito corresponde a etapa histórica já ultrapassada e faz lembrar lutas políticas que remontam á condição do trabalhador como objeto de *locatio*, portanto equiparado a coisa (*res*). O trabalhador, como pessoa não pode ser confundido com a atividade, este sim, objeto de relação jurídica” (ROMITA, Arion Sayão). O que é preciso, nessa ótica, definir, é que a subordinação é capaz de se fazer presente pela simples possibilidade de poder existir – ainda que não intervenha muitas das vezes o empregador diante da natureza do mister, a exemplo das atividades braçais ou, o reverso, altamente intelectuais, ou ainda que não dependem de metas e diretrizes específicas próprias que imponham, ás empresas, por seus prepostos, uma atuação mais direta na forma de execução do trabalho. Ou seja, não se pode confundir subordinação, singelamente, apenas com submissão a horário ou controle direto do cumprimento de ordens, ingerências que mesmo quando ténues – ou praticamente imperceptíveis -, não vão, apenas por isso, afastar o reconhecimento da presença dos pressupostos expressos no art. 3º consolidado (TRT, 3ª R, 4ª Turma, 00698-2007-107-03-00-4 RO, Rel. Des. Júlio Bernardo do Carmo, DEJT, 24-8-2009).

Insta ressaltar as espécies de subordinação: subordinação clássica e parassubordinação; subordinação estrutural, integrativa ou reticular e subordinação direta e subordinação indireta. A subordinação jurídica está relacionada à relação de emprego típica, ao passo que a parassubordinação resta configurada nas relações pessoais de colaboração continuada e coordenada. Já a subordinação estrutural dispensa a ordem direta do empregador para a formação do vínculo entre os beneficiários dos serviços contratados.

Por fim, a subordinação direta e a subordinação indireta englobam situações de terceirização, quando a empresa prestadora de serviço coloca trabalhadores à disposição da empresa outorgando apenas parcela de seu poder diretivo.

Eugenio Hainzenreder Júnior (2009, p. 124) associa os direitos da personalidade ao direito do trabalho, reforçando a ideia que a subordinação presente no contrato de trabalho não é fator impeditivo para a concretização dos direitos fundamentais do trabalhador. Vejamos:

Os direitos da personalidade constituem-se em um núcleo mínimo destinado a resguardar a dignidade da pessoa humana. Por essa razão, são aplicáveis a qualquer relação jurídica, principalmente a de emprego, pois sem eles o trabalhador não teria assegurada a sua dignidade enquanto pessoa. Veja-se que não é pelo fato de o empregado encontrar-se em um estado de subordinação ao empregador que poderá ser alijado de seus direitos individuais. O contrato de trabalho, ainda que represente um relação

jurídica bilateral e, portanto, reproduza um ajuste livre de vontade das partes, é marcado pela diferença hierárquica entre os contratantes.

Ora, as características inerentes ao contrato de trabalho não desnaturam a existência dos direitos fundamentais no âmbito das relações de trabalho. Assim, por mais que o empregador se encontre numa posição de comando em relação aos seus empregados, são necessários o respeito constante de uma série de cuidados visando à proteção dos seus direitos e evitar qualquer tipo de abuso.

1.3. O DIREITO DE RESISTÊNCIA

O direito de resistência é um instituto que pode ser invocado pelo empregado na insurgência contra o empregador pela concretização das disposições constitucionais, sobretudo, no que diz respeito aos direitos fundamentais.

Nas palavras de Ana Rita Coutinho e Helena Bonaccorsi (2010, p. 5) direito de resistência:

O direito de resistência na forma prevista no ordenamento jurídico é um instituto que pode ser utilizado pelo empregado na insurgência contra o empregador para ter os seus direitos constitucionais, sobretudo dos direitos fundamentais consolidados. É importante que o trabalhador conheça as possibilidades jurídicas para garantir seus direitos constitucionais coibindo a ação abusiva do poder diretivo do empregador.

[...]

O contrato de trabalho autoriza o trabalhador a resistir ordens do empregador quando estas são abusivas, imorais e ilícitas. O poder hierárquico contratado não é absoluto.

O direito de resistência ou *jus resistentiae* para Maranhão é “o direito que tem o empregado de se opor às determinações ilegais do empregador, às que fujam à natureza do serviço ajustado, que o humilhem ou diminuam moralmente ou que o coloquem em grave risco.” (Maranhão, 1993, p. 90).

Não raro, infelizmente, o empregador, abusando do seu poder diretivo, age com excesso de controle e fiscalização. Contudo, havendo harmonia entre o poder diretivo do empregador e o direito de resistência, dificilmente restarão configurados abusos ou ilegalidades nas relações trabalhistas.

Neste íterim, podemos verificar com propriedade que há possibilidades no nosso ordenamento jurídico, aptas a garantir que o obreiro persiga seus direitos fundamentais. Ora, os direitos fundamentais estão garantidos em sede constitucional, assim, não há nenhuma justificativa que apoie o abuso do poder diretivo pelo empregador.

Entretanto, ainda hoje é preciso fazer essa abordagem. Isso porque muitos empregados se submetem a quase tudo para não perderem o seu emprego. Deste modo, é extremamente importante invocar a autodefesa do empregado em face do empregador.

O Direito de Resistência (*jus resistentiae*) do empregado se contrapõe ao Poder diretivo do empregador (*jus variandi*), que muitas vezes extrapola, excede o controle (poder de fiscalização), a aplicação de sanções (poder disciplinar) e até mesmo na organização e regulamentação.

A relação de trabalho deve ser sempre harmoniosa e em conformidade com o estabelecido pelo ordenamento jurídico. O direito do trabalho precisa fornecer os instrumentos aptos a promover esse equilíbrio.

Ressalta-se que o direito de resistência deve ser sempre exercido e torna-se legítimo quando há abuso do poder diretivo. Esse direito, conferido ao empregado, é o oposto do poder diretivo do empregador.

Consoante o entendimento de Márcio Túlio Viana, juiz do trabalho de Minas Gerais, o direito de resistência pode ser destinado tanto à defesa do direito posto, como à luta para se pôr o direito. Ainda, ele sustenta que o direito de resistência pode discriminar ferindo regras, mas também com as próprias regras.

Há uma série de mecanismos de defesa que podem ser utilizados pelo obreiro a seu favor. Os trabalhadores devem se unir, ou seja, fazer valer a resistência em grupo ou de forma coletiva. A estabilidade revela-se como uma alternativa eficaz para proteger o trabalhador contra despedidas arbitrárias ou sem justa causa. O direito de resistência sempre foi inerente ao homem. Entretanto, há limites ao direito de resistência que devem ser respeitados pelo trabalhador.

1.4. PRINCÍPIOS DO DIREITO DO TRABALHO, MEIO AMBIENTE DO TRABALHO E SUA RELAÇÃO COM A INTIMIDADE E A PRIVACIDADE DO EMPREGADO

Conforme o escólio de Maurício Godinho (2005, p. 106), os princípios traduzem, de forma geral, a noção de proposições fundamentais que se formam na consciência das pessoas e grupos sociais, a partir de certa realidade, e que, após formadas, direcionam-se à compreensão, reprodução ou recriação dessa realidade.

Certo é que os princípios de todo ramo do direito fornecem as diretrizes da sua disciplina, norteando a sua atuação. Dessa forma, os princípios ajudam na elaboração de regras e institutos jurídicos e influenciam na produção da ordem jurídica. Ainda, os princípios são considerados fontes do direito.

Os princípios inerentes do direito do trabalho subdividem-se em um segmento individual e um segmento coletivo. Em ambos os segmentos é claro que os direitos fundamentais do trabalhador devem e merecem ser respeitados, a exemplo da privacidade e intimidade do trabalhador no ambiente de trabalho. Serão citados, de forma breve, princípios de relevo no direito do trabalho para a compreensão do tema.

Em complementação referente aos princípios do direito do trabalho, Fábio de Andrade e Andressa Gudde (2010, p. 15):

As relações privadas podem caracterizar-se pelo desequilíbrio de posição e de exercício do poder normativo, sendo as relações de trabalho um cenário significativo para a representação das desigualdades de poder econômico e social entre particulares. Esta circunstância explica que este ramo do direito privado tenha sido erigido sobre bases e princípios de inequívoca inclinação protecionista em favor do trabalhador, com o objetivo de alcançar-se uma igualdade substancial e verdadeira entre as partes contratantes na esfera juslaborista.

A Consolidação das Leis do Trabalho traz, esculpida em seu art. 8º, uma norma geral que permite a inserção e eficácia, na seara das normas trabalhistas, tanto de Princípios do Direito do Trabalho quanto de Princípios Gerais do Direito. Preceitua o referido artigo que: As autoridades administrativas e a Justiça do Trabalho, na falta de disposições legais ou contratuais, decidirão, conforme o caso, pela jurisprudência, por analogia, por equidade e outros princípios e normas gerais do direito, principalmente do direito do trabalho, e, ainda, de acordo com os usos e

costumes, o direito comparado, mas sempre de maneira que nenhum interesse de classe ou particular prevaleça sobre o interesse público.

Enfocaremos alguns princípios que guardam maior pertinência com o poder diretivo do empregador no âmbito da relação trabalhista. Há princípios gerais do direito que retratam esse ponto, a exemplo do princípio da dignidade da pessoa humana, o princípio da proteção e o princípio da boa-fé.

Nesse sentido, a aferição dos princípios acima elencados é de suma importância nas relações trabalhistas, uma vez que combatem o abuso do poder diretivo do empregador em detrimento do empregado.

Contudo, ainda, segundo o entendimento de Maurício Godinho (2005, p. 113):

A aplicabilidade do princípio não é absoluta no ramo justralhista: a penalidade de advertência, por exemplo, não se encontra prevista na CLT. Trata-se de punição essencialmente criada pelo costume trabalhista e não pela legislação heterônoma estatal.

Pode-se aventar que os princípios trabalhistas visam a proteger o obreiro. O princípio da proteção confere a devida proteção à parte hipossuficiente na relação de trabalho, ou seja, o obreiro. Esse princípio objetiva minimizar o desequilíbrio existente no plano fático do contrato de trabalho.

Já o princípio da proteção da norma mais favorável assegura que deve ser garantida a norma mais favorável ao trabalhador. Por sua vez, o princípio da imperatividade das normas trabalhistas sustenta que prevalece a restrição à autonomia da vontade no contrato de trabalho.

O princípio da indisponibilidade dos direitos trabalhistas também apresenta notória importância. Isso porque mediante esse princípio o direito do trabalho tenta minimizar as diferenças existentes entre os sujeitos da relação de emprego.

É evidente que os direitos fundamentais à intimidade e à privacidade do empregado mantém íntima relação com os princípios trabalhistas, bem como com o meio ambiente de trabalho no qual ele está inserido.

Nesse ínterim, a privacidade e a intimidade encontram proteção na Constituição Federal de 1988, mais precisamente em seu art. 5º, X, que dispõe que são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas.

Ademais, tanto os direitos à privacidade quanto à intimidade no ambiente de trabalho gozam da mesma eficácia nas relações de trabalho, sobretudo, nos vínculos empregatícios, uma vez que a caracterização da figura do empregado não lhe retira a sua prerrogativa de cidadão, sendo sujeito de direitos decorrentes da dignidade humana que lhe é inerente.

Há doutrinadores que defendem não haver distinção entre a privacidade e a intimidade. Contudo, a doutrina majoritária inclina-se pela coexistência dos direitos da privacidade e da intimidade como direitos fundamentais distintos. Vejamos:

O direito à privacidade teria por objeto os comportamentos e os acontecimentos atinentes aos relacionamentos pessoais em geral, às relações comerciais e profissionais que o indivíduo não deseja que se espelhem ao conhecimento público. O objeto do direito à intimidade seriam as conversações e os episódios mais íntimos, envolvendo relações familiares e amizades mais próximas. (MENDES, apud COELHO, apud BRANCO, 2007, p. 367).

Entretanto, João Moschen (2012, p. 5) defende que a intimidade e a privacidade do empregado somente podem ser sobrepujadas na hipótese de haver interesse maior que justifique tal restrição. Assim, para o autor, os mencionados direitos não serão objeto de mitigação, ainda que consentida e anuída pelo empregado, isso porque, aliado ao princípio da irrenunciabilidade dos direitos fundamentais e do princípio da indisponibilidade dos direitos trabalhistas.

Os direitos da personalidade do empregado consistem numa conquista social. Deste modo, não merece guarida quaisquer situações que neguem os aludidos direitos fundamentais do obreiro.

1.5. DANOS MORAIS E MATERIAIS ADVINDOS DA RELAÇÃO DE TRABALHO

É importante ressaltar que as indenizações por danos morais, inclusive estéticos, e por danos materiais tornaram-se um dos efeitos conexos ao contrato de trabalho mais relevantes nas últimas décadas do cotidiano trabalhista, a partir do seu reconhecimento pela Constituição Federal de 1988.

Nesse sentido, conforme preceitua o art. 7º, XXVIII, na previsão dos direitos trabalhistas assegurados aos empregados, merece destaque o seguro contra acidentes de trabalho, a cargo do empregador, sem excluir a indenização a que este está obrigado, quando incorrer em dolo ou culpa.

Cabe mencionar que mesmo antes da Emenda Constitucional nº 45, a Justiça do Trabalho já apresentava a atribuição de apreciar lides que retratavam as relações trabalhistas.

Partilhando dessa linha de raciocínio, merece destaque a lição de Rodrigo Fonseca, juiz do trabalho, (2007, p. 3) a respeito do tema:

Há, ainda, outro argumento contra a classificação da reparação por danos morais e materiais como simples direito trabalhista. É que esse direito encontra-se assegurado a todo cidadão, nos termos do art. 5º, X, da mesma Carta Magna (“são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente da sua violação”). Ou seja: trata-se de direito que transcende a relação de emprego, de forma que nos parece inexato qualificar tal direito como direito trabalhista. Acresce que a própria norma onde está topologicamente inserida a regulamentação do direito à reparação por danos materiais e morais (Código Civil) já é indicativa de sua natureza. E o prazo de prescrição, instituto de direito material, vincula-se, doutrinariamente, à natureza jurídica do direito pretensamente violado. Logo, incide a prescrição do Código Civil.

Em complemento, cabe trazer à baila que o dano moral corresponde a toda dor psicológica ou física injustamente provocada em uma pessoa humana. Ou, ainda, segundo a clássica definição de Saravattier: “é todo sofrimento humano que não é causado por uma perda pecuniária”.

A carta magna vigente promoveu um sensível avanço no nosso ordenamento jurídico ao conferir a possibilidade de indenização pelo dano moral aplicável, também, no âmbito trabalhista. Conforme disposição do art. 5º do referido diploma: “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano moral ou material decorrente de sua violação.” No mesmo capítulo, a constituição federal defende que: “é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem” (art.5º, V).

É evidente que o dano moral decorrente da violação da intimidade, vida privada, honra e imagem das pessoas são, infelizmente, situações de possível

ocorrência no âmbito de tutela do direito do trabalho, a exemplo de procedimentos discriminatórios relacionados por motivação religiosa no ambiente de trabalho, falsa acusação de cometimento de crime e tratamento degradante. Cabe mencionar que a responsabilidade indenizatória pelo dano moral é do empregador.

No entanto, a aferição da efetiva ocorrência do dano moral e, até mesmo, o cálculo da respectiva reparação correspondem a uma das áreas em que se apresentam as maiores dificuldades no exercício da função judicante. A aferição do dano moral e a fixação da indenização são estabelecidas por um juízo de equidade.

CAPÍTULO II - DIREITOS FUNDAMENTAIS DO EMPREGADO

Os direitos fundamentais surgiram desde a Antiguidade e o início da Idade Média, ressaltando, assim, a importância desse grupo de direitos. Assim, o cristianismo contribuiu de forma sensível no que tange aos direitos fundamentais. Canotilho (19-, p. 382), defende que:

As concepções cristãs medievais, especialmente o direito natural tomista, ao distinguir entre *Lex divina*, *Lex natura* e *Lex positiva*, abriram o caminho para a necessidade de submeter o direito positivo às normas jurídicas naturais, fundada na própria natureza dos homens.

Posteriormente, o segundo momento histórico dos direitos fundamentais remonta da doutrina jusnaturalista, ao afirmar os direitos naturais do homem, com destaque para as ideias iluministas que tiveram grande relevo na afirmação desses direitos. Por sua vez, o terceiro momento histórico dos direitos fundamentais é a sua constitucionalização.

Inicialmente, é pertinente trazer à baila a definição do que vem a ser os direitos fundamentais em nosso ordenamento jurídico. Paulo Bonavides (2005, p. 561), ao citar Carl Schmitt, define os direitos fundamentais da seguinte forma:

Os direitos fundamentais propriamente ditos são, na essência, entende ele, os direitos do homem livre e isolado, direitos que possuem em face ao Estado. E acrescenta: numa acepção estrita são unicamente os direitos da liberdade, da pessoa particular, correspondendo de um lado ao conceito do Estado burguês de Direito, referente a uma liberdade, em princípio limitada diante de um poder estatal de intervenção, em princípio limitado, mensurável e controlado.

Por outro lado, cumpre mencionar as características dos direitos fundamentais, apontadas por Dirley da Cunha (2008, p. 581-586): historicidade, universalidade, inalienabilidade, imprescritibilidade, irrenunciabilidade, limitabilidade, concorrência, complementaridade e interdependência.

Os direitos fundamentais estão positivados na Constituição Federal de 1988, dispostos num rol exemplificativo. Com base na Teoria dos Princípios, proposta por Robert Alexy, é necessário, em primeiro lugar, fazer uma distinção entre princípios e regras. Assim, na hipótese de colisão entre os princípios, devemos nos valer de importantes regras da proporcionalidade.

Nesse sentido, para Franco filho (2001, p. 52), nenhuma norma ou princípio jurídico instituidor do estado democrático de direito, seja de natureza econômica, social ou individual pode, sob qualquer hipótese, privilegiar qualquer fator em detrimento do homem e, em decorrência disso, do bem-estar social. É preciso fazer com que o direito readquira seu papel de elemento de valorização do homem.

Por conseguinte, os direitos fundamentais do empregado precisam ser efetivamente respeitados nas relações de trabalho. Infelizmente, ainda hoje, em muitas relações trabalhistas o desrespeito aos direitos fundamentais do obreiro é constante, bem como o abuso de direito por parte do empregador.

Partilhando da mesma linha de raciocínio, Delgado (2004, p. 199-201), sustenta que a legislação trabalhista apresenta uma feição protetiva. Segundo a forma de interpretar a tutela dos direitos dos trabalhadores, ao menos no Brasil, as normas que os favorecerem, constituirão padrão inafastável pela vontade das partes de tutela contratual.

Almeida (2012, p. 10) defende que a universalização dos direitos humanos em tratados internacionais provocou a internalização desses direitos humanos nos textos constitucionais como direitos fundamentais. Além disso, restou evidente que a consagração desses direitos de cidadania como direitos fundamentais despertou a ideia de que sua efetivação, no que tange aos trabalhadores, não deve ser perseguida apenas no contexto da sociedade política, mas também no âmbito das relações de trabalho.

Nesse íterim, Lopez (1991, p. 31-34), sabiamente, afirma com precisão que os direitos da cidadania são também “direitos do cidadão-trabalhador, que os exerce como trabalhador-cidadão”.

Em complemento, Almeida (2012, p. 12) pontua que:

Como visto, embora no Brasil os direitos fundamentais inespecíficos dos trabalhadores não tenham ainda, na maioria das hipóteses, uma regulamentação infraconstitucional adequada, no entanto, a irradiação dos direitos fundamentais no âmbito da legislação comum, em especial no tocante ao Código Civil de 2002 constitucionalizado, isto é, impregnado da eficácia dos direitos fundamentais, faz com que os direitos laborais inespecíficos dos trabalhadores, na esfera das relações de trabalho, encontrem suporte no capítulo sobre os direitos da personalidade, notadamente no art.21, que trata da inviolabilidade da vida privada da pessoa natural, bem como nas cláusulas gerais da boa-fé objetiva e deveres anexos e da função social do contrato, encontradas nos arts. 187, 421 e 422 do diploma civil.

Nota-se que há uma série de direitos fundamentais do trabalhador que merecem guarida no nosso ordenamento jurídico, assim como urge a necessidade de uma regulamentação específica. Podem ser citados como direitos fundamentais do trabalhador: os direitos da personalidade (tais como a intimidade e a privacidade), o direito à informação, o direito a presunção de inocência, o direito à ampla defesa e ao contraditório.

2.1. OS DIREITOS DA PERSONALIDADE NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO E O DIREITO DO TRABALHO

A relação de emprego não pode, sob nenhuma hipótese, retirar do trabalhador a garantia dos seus direitos fundamentais. Deste modo, as garantias constitucionais, aí inclusos os direitos de personalidade do obreiro, devem acompanhar o indivíduo em todos os âmbitos da sua vida, o que não seria diferente na sua relação de emprego.

Insta frisar que na execução do contrato de trabalho, o empregado titulariza direitos inerentes a toda pessoa humana, bem como é dotado de direitos fundamentais que são aplicáveis exclusivamente no contrato de trabalho.

Conseqüentemente, Romita (2012, p. 201-202) afirma que o trabalhador adquire direitos decorrentes da sua atividade laborativa, sem perder, contudo,

aqueles que era titular anterior. Em suas relações com o empregador, o trabalhador tem direitos que lhe assistem como pessoal. A regulação das relações de trabalho não escapa ao raio de ação dos direitos fundamentais, parte que é do ordenamento jurídico.

É essencial que o empregador, no bojo do contrato de trabalho, respeite sempre a personalidade do empregado e sua dignidade inerente a pessoa humana. Resta claro que essa consiste em uma obrigação do empregador que não pode, jamais, ser suprimida, importando no reconhecimento da existência dos direitos fundamentais do trabalhador.

A Constituição Federal de 1988 é considerada o marco legislativo sobre o direito da personalidade na legislação brasileira. Os direitos da personalidade, assim, foram positivados de forma expressa, a exemplo do art. 1º, III, CF/88, consagrando a dignidade da pessoa humana como princípio fundamental do Estado Democrático de Direito.

Ainda, a nossa magna carta vigente trouxe no seu art. 5º uma série de direitos da personalidade, em rol exemplificativo, para proteger dessa forma os direitos que ainda não foram positivados. O *caput* do artigo mencionado garante a proteção do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à intimidade, à privacidade, etc.

Ademais, o Código Civil de 2002 também traz normas protetivas dos direitos da personalidade. Essas normas podem ser exemplificadas pelos artigos que tratam da proteção do nome e do seu pseudônimo, cessação da violação dos direitos ou ameaça de violação e a inviolabilidade da vida privada.

Entretanto, a CLT não disciplina de forma expressa os direitos da personalidade do trabalhador, mas essa proteção ocorre no nosso ordenamento jurídico de forma indireta. É o que ensina Marina Santoro Franco Weinschenker (2013, p. 39):

A Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) não trata diretamente dos direitos da personalidade, até porque foi aprovada em 1943, época em que os atuais direitos individuais ainda não eram reconhecidos pelos Estados. Há alguns autores que enxergam em alguns dispositivos suas normas protetivas da personalidade do empregado – por exemplo, o que determina a manutenção dos serviços especializados em segurança e a constituição da comissão interna de prevenção de acidentes (Cipa), nos artigos 163 e 164 da CLT, e também a obrigação da empresa adotar medidas preventivas

de medicina do trabalho (artigo 168), e, ainda a proteção do empregado ante a exposição a risco ou a agentes nocivos á sua saúde com previsão de adicional salarial, com previsão nos artigos 192 e 193 do mesmo diploma legal.

(...)

Além disso, o Direito Civil é fonte subsidiária de Direito do Trabalho e as novas disposições referentes ao capítulo dos direitos da personalidade também incidem no Direito do Trabalho, visto que, verificada a lacuna da legislação trabalhista, o Direito Comum é fonte subsidiária, de acordo com o mandamento expresso no artigo 8º, parágrafo único, da Consolidação das Leis do Trabalho.

Diante do exposto, resta claro que os direitos da personalidade do trabalhador não podem ser suprimidos no contrato de trabalho. O empregador deve ter na sua relação com o empregado os devidos cuidados para a garantia da efetividade dos direitos fundamentais do trabalhador.

É lição basilar que a dignidade da pessoa humana está intimamente inserida nos direitos fundamentais, inclusive nas relações envolvendo os contratos de trabalho. A dignidade da pessoa humana é elemento indissociável de todo ser humano. Assim, o indivíduo titulariza direitos que devem ser respeitados pelo Estado e pela sociedade.

Pontua, sobre a dignidade da pessoa humana, José Afonso da Silva (1998 p. 84-94): A dignidade da pessoa humana não é uma criação constitucional, pois ela é um desses conceitos *a priori*, um dado preexistente a toda experiência especulativa, tal como a própria pessoa humana.

No mesmo sentido, merece transcrição a lição de Flávia Piovesan (2003, p. 188):

Todo ser humano tem uma dignidade que lhe é inerente, sendo incondicionada, não dependendo de qualquer outro critério, senão ser humano. O valor da dignidade humana se projeta, assim, por todo o sistema internacional de proteção. Todos os tratados internacionais, ainda que assumam a roupagem do Positivismo Jurídico, incorporam o valor da dignidade humana.

Destarte, a primazia da pessoa com fundamento na dignidade consiste numa resposta à crise do Positivismo Jurídico. Ao passo que, a Declaração Universal dos Direitos Humanos da ONU de 1948, resgatou a dignidade da pessoa humana como

valor inerente ao homem. Dessa forma, a dignidade da pessoa humana foi colocada como centro orientador dos direitos.

Complementando, Queiroz (2006, p. 19-20) destaca que a dignidade da pessoa humana não se apresenta como um conceito vazio de conteúdo ou abstrato. É um conceito valorativo, um valor constitucional, que se constitui como o pedestal da ordem jurídico-constitucional. Trata-se de um conceito, ao mesmo tempo, definidor de norma constitucional e direito fundamental. A dignidade da pessoa humana deve ser apreciada como conceito de teor positivo, que remete à exclusão de sua apreciação em caráter ponderativo em relação a outros bens e princípios constitucionais.

A dignidade da pessoa humana deve ser garantida a todas as pessoas indistintamente, ou seja, independentemente da idade, sexo, cor, origem ou status jurídico. Em linhas gerais, a dignidade da pessoa humana é condição de cidadania.

Nesse sentido, Nunes (2002, p. 45-47) afirma que dentre as garantias constitucionais, sem dúvida, a mais importante é a dignidade humana. Ela é o próprio fundamento de todo o sistema constitucional brasileiro e de todos os demais direitos individuais, porque estes se voltam a concretizar o direito de dignidade, cujo conceito foi sendo construído ao longo da história, e, hoje, representa um valor supremo do ser humano, absoluto e pleno, não suscetível de sofrer restrições ou relativismos.

Por outro lado, a dignidade da pessoa humana é, também, conferida no âmbito do contrato de trabalho. Ruprecht (1995, p. 104-108), assim, definiu a dignidade da pessoa humana sob o prisma do obreiro:

“O princípio da dignidade humana também conhecido como princípio do valor humano consiste em considerar o trabalhador não como uma mercadoria ou elemento de produção, mas como ser humano. Na aplicação do *jus variandi* deve ser respeitada a dignidade física e moral do empregado.”

Ora, a dignidade da pessoa humana é valor supremo indissociável do direito do trabalho. Isso porque, a dignidade da pessoa humana é considerada núcleo central dos direitos fundamentais e, também, norte interpretativo geral. Vejamos a lição de Grau (2000, p. 221):

“A dignidade humana não é apenas o fundamento da República, mas também e em consequência disto, é o fim ao qual se deve voltar à ordem econômica. Esse princípio compromete todo o exercício da atividade econômica, vinculando aos seus ditames os agentes econômicos públicos e privados, sobretudo as empresas, a qual deve se pautar dentro dos limites impostos pelos direitos humanos. Qualquer atividade econômica que for desenvolvida em nosso país deverá se enquadrar no princípio mencionado, com mais razão pela espécie de sistema econômico adotado – o social capitalista – em que a propriedade privada deverá atender à sua função social.”

Barbosa (2008, p. 31-33) afirma que a preservação da dignidade da pessoa humana é requisito para a conservação do estado da saúde humana. É o que veremos a seguir:

O termo dignidade se refere a um aspecto congênito da condição humana que permite ao membro da espécie viver e desenvolver suas qualidades e atividades sociais de modo positivo, no sentido da vida, da felicidade. Despojado de dignidade, o homem alcança uma condição mental despida dos requisitos básicos necessários à sustentação da vertente positiva.

[...]

Seres humanos cujas dignidades sejam desprezadas sob qualquer justificativa e, principalmente, em contexto laborativa sob o poder diretivo empresarial, tornam-se empregados desprovidos de motivação, criatividade, capacidade de liderança, espírito de equipe e com poucas chances de se manterem empregáveis e mesmo vivos.

A preservação da dignidade da pessoa humana interfere de forma significativa na vida de qualquer indivíduo. Dessa forma, esse direito fundamental inerente ao Estado Democrático de Direito deve ser preservado em todas as esferas da sociedade.

2.2. A TEORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Por oportuno, cabe trazer à baila a definição do que vem a ser direito fundamental. Arion Sayão Romita (2005, p. 36) conceitua de forma objetiva a mencionada categoria do direito:

Pode-se definir direitos fundamentais como os que, em dado momento histórico, fundados no reconhecimento da dignidade da pessoa humana, asseguram a cada homem as garantias da liberdade, igualdade, solidariedade, cidadania e justiça. Este é o núcleo essencial da noção de direitos fundamentais, aquilo que se identifica a fundamentalidade dos direitos. Poderiam ser acrescentadas as notas acidentais de exigência do respeito a essas garantias por parte dos demais homens, dos grupos e do Estado e bem assim a possibilidade de postular a efetiva proteção do Estado em caso de ofensa.

Os direitos fundamentais e os assuntos que lhe são correlatos são de extrema importância para os operadores do direito. Em breves linhas, cabe afirmar que os direitos fundamentais têm aplicação imediata, são cláusulas pétreas, bem como possuem hierarquia constitucional. É o que extraímos das lições de George Marmelstein (2014, p. 15).

O autor citado acima pontua, ainda, que os direitos fundamentais apresentam tanto um conteúdo ético quanto um conteúdo normativo. Vejamos, então, as suas lições sobre o tema (2014, p. 17):

Além do conteúdo ético (aspecto material), os direitos fundamentais também possuem um conteúdo normativo (aspecto formal). Do ponto de vista jurídico, não é qualquer valor que pode ser enquadrado nessa categoria. Juridicamente, somente são direitos fundamentais aqueles valores que o povo (leia-se: o poder constituinte formalmente reconheceu como merecedores de uma proteção normativa especial, ainda que implicitamente. Esse reconhecimento formal ocorre através de uma posituação desses valores por meio de normas jurídicas. Para ser ainda mais preciso, pode-se dizer que, sob o aspecto jurídico-normativo, somente podem ser considerados como direitos fundamentais aqueles valores que foram incorporados ao ordenamento constitucional de determinado país.

Em complemento, George Marmelstein (2014, p. 62, 63 e 65) afirma que o prestígio atingido pela teoria dos direitos fundamentais está relacionado ao advento da Constituição de 1988. Isso porque, sobretudo, o constituinte conferiu uma posição de destaque aos direitos fundamentais. Além disso, o ordenamento jurídico pátrio revela-se comprometido com os direitos fundamentais e com a mudança social.

Nesse ínterim, Ingo Sarlet (2015, p. 68 e 70) discorre, também, sobre o papel de destaque que a Constituição de 1988 conferiu aos direitos fundamentais. É o que veremos a seguir:

A amplitude do catálogo dos direitos fundamentais, aumentando, de forma sem precedentes, o elenco dos direitos protegidos, é outra característica preponderantemente positiva digna de referência. Apenas para exemplificar, o art. 5º possui 78 incisos, sendo que do que o art. 7º consagra, em seus 34 incisos, um amplo rol de direitos sociais dos trabalhadores.

Os direitos fundamentais estão vivenciando o seu melhor momento na história do constitucionalismo pátrio, ao menos no que diz com o seu reconhecimento pela ordem jurídica positiva interna e pelo instrumentário que se colocou à disposição dos operadores do Direito, inclusive no que concerne às possibilidades de efetivação sem precedentes no ordenamento jurídico nacional.

Por outro lado, Robert Alexy trouxe a teoria dos direitos fundamentais, contribuindo substancialmente para a comunidade jurídica em escala global. Nas palavras de Robert Alexy (2008, p. 39):

A concepção de uma teoria jurídica geral dos direitos fundamentais expressa um ideal teórico. Ela tem como objetivo uma teoria integradora, a qual engloba, da forma mais ampla possível, os enunciados gerais, verdadeiros ou corretos, passíveis de serem formulados no âmbito das três dimensões e os combine de forma otimizada. Em relação a uma tal teoria, pode-se falar em uma “teoria ideal dos direitos fundamentais”. Toda teoria dos direitos fundamentais realmente existente consegue ser apenas uma aproximação desse ideal.

Nesse sentido, Robert Alexy (2008, p. 42) erige a teoria dos direitos fundamentais como uma teoria estrutural. Ele afirma categoricamente que o caminho para uma adequada teoria integrativa passa por uma teoria estrutural dos direitos fundamentais. Dessa forma, a sua ideia central pauta-se na questão acerca da decisão correta e da fundamentação racional no âmbito dos direitos fundamentais.

2.3. A EFICÁCIA HORIZONTAL NAS RELAÇÕES TRABALHISTAS

É de extrema importância tratar sobre a aplicabilidade dos direitos fundamentais nas relações privadas, isto é, a efetividade dos direitos fundamentais. Antônio Oliveira (2011, p. 52) afirma que a aplicação dos direitos fundamentais nas relações entre particulares afigura-se como nítida limitação à autonomia da vontade e à liberdade contratual.

Ainda, o autor citado acima diz que a tarefa de aplicabilidade dos direitos fundamentais, nas relações privadas, exige um intenso e incessante exercício de razoabilidade, por força da controvérsia que essa efetivação encerra.

No mesmo sentido, pontua Daniel Sarmento (2008, p. 204,240), que a teoria da eficácia dos direitos fundamentais nas relações envolvendo particulares surgiu na Alemanha, no início da década de 50, explicando que:

Embora alguns direitos fundamentais previstos na Constituição alemã vinculem apenas o Estado, outros, pela sua natureza, podem ser invocados diretamente nas relações privadas, independentemente de qualquer mediação por parte do legislador, revestindo-se de oponibilidade *erga omnes*.

Cabe trazer à baila a lição de Fachin (2003, p. 92) sobre o tema ora em análise:

No caso brasileiro, a introdução de uma nova postura metodológica, embora não seja simples parece facilitada pela compreensão, mais e mais difusa, do papel dos princípios constitucionais nas relações de direito privado, sendo certo que a doutrina e jurisprudência têm reconhecido o caráter normativo de princípios como o da solidariedade social, da dignidade da pessoa humana, da função social da propriedade, aos quais se tem assegurado eficácia imediata nas relações de Direito Civil. Consolida-se o entendimento de que a reunificação do sistema, em termos interpretativos, só pode ser compreendida com a atribuição do papel proeminente e central à Constituição.

Em complemento, Ingo Sarlet (2015, p. 392) ao discorrer sobre a eficácia “privada” ou “horizontal” dos direitos fundamentais, diz que o ponto inicial para se reconhecer a aludida eficácia é que os direitos fundamentais ganham sentido nas relações travadas entre os indivíduos.

Nesse íterim, Ingo Sarlet (2015, p. 396) diz que:

A partir de tais premissas no que diz com que a eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas, para além das hipóteses em que uma vinculação direta (imediata) dos particulares resulta inequivocamente do enunciado da norma de direito fundamental, controverte-se a respeito da forma como se dá essa vinculação, oscilando a doutrina entre os que advogam a tese da eficácia mediata (indireta) e os que sustentam uma vinculação imediata (direta), ressaltando-se a existência de posicionamentos que assumem feição mais temperada em relação aos modelos básicos referidos, situando-se, por assim dizer, numa fase intermediária.

Na mesma linha de raciocínio, Adriana Wyzykowsky (2015, p. 70, 71, 72), ao discorrer sobre a eficácia horizontal dos direitos fundamentais sustenta que:

Nos tempos atuais, a perspectiva subjetiva dos direitos fundamentais insurge-se quanto à sua positivação, conteúdo e alcance, não se limitando apenas às relações sujeito-Estado. Alguns autores defendem que o direitos subjetivo consagrado por uma norma de direito fundamental é enxergado através de uma relação trilateral, formada entre o titular, o objeto e o destinatário do direito.

O Poder Público, ainda, não deve apenas se abster de violar direitos fundamentais. Deve o Estado atuar de maneira participativa com toda a comunidade na proteção de direitos fundamentais, protegendo ativamente estes de possíveis violações e ameaças advindas de terceiros. Em razão disso, fundamenta-se a existência de uma eficácia horizontal dos direitos fundamentais no âmbito das relações privadas, já que a proteção aos direitos fundamentais, a partir da perspectiva objetiva, não se dá somente em relação ao indivíduo-Estado, mas sim transcende através dos valores de uma comunidade política.

Outrossim, pode-se afirmar que os direitos fundamentais são aplicados diretamente nas relações trabalhistas. Isso porque, sobretudo, as relações jurídicas firmadas entre trabalhadores e empregadores apresentam uma relação de poder exercido pelo empregador. Vejamos o escólio de Júlio Ricardo Amaral (2007, p. 31) a respeito do tema:

Os direitos fundamentais também compõem estruturas básicas do direito do trabalho, levando-se em conta as características especiais de uma relação jurídica, onde não só a pessoa do trabalhador se encontra comprometida, mas atentando-se ao fato de que o trabalhador está inserido numa organização alheia e submetido a uma autoridade que, mesmo situada no campo privado, não deixa de ser um poder social com relevância jurídica.

Entretanto, a aplicação dos direitos fundamentais nas relações de trabalho precisa ser analisada pontualmente em cada caso específico, assim, as restrições a esses direitos serão tão somente admitidas se for imprescindível.

Ademais, atualmente há uma série de mecanismos de efetivação dos direitos fundamentais nas relações de trabalho. Isso acontece principalmente por intermédio do direito coletivo do trabalho, mais especificamente no que atine a liberdade sindical, a negociação coletiva e a greve.

2.4. A TUTELA JURÍDICA DA INTIMIDADE E DA PRIVACIDADE

O ordenamento jurídico pátrio tutela tanto a intimidade quanto a privacidade. A Constituição Federal de 1988 preceitua que são invioláveis a intimidade e a vida privada das pessoas, com fundamento na liberdade individual. Os direitos mencionados emanam do princípio da dignidade da pessoa humana e encontram-se inseridos no título dos direitos e garantias fundamentais. Segue o teor do art. 5º, inciso X da nossa constituição:

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

(...)

X- São invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente da sua violação.

Na mesma linha de inteligência, Canotilho (1996, p. 498-499), afirma que os direitos à intimidade e à vida privada passaram a ser tutelados em sede constitucional, como garantia fundamental, pois só assim se vislumbrou a possibilidade de lhe proporcionar uma maior proteção. Essa constitucionalização, malgrado não seja garantia da efetividade do direito, ao menos, assegura a fundamentalidade do direito.

Simón (2000, p. 61), por sua vez, sustenta que os direitos à intimidade e à vida privada são próprios dos chamados direitos da personalidade, os quais se prestam a dar concretização à personalidade jurídica, sem o que esta seria uma mera ficção do legislador e, pode-se dizer, sem o que as pessoas sequer existiriam juridicamente.

Deve-se frisar, no entanto, que os direitos à intimidade e à vida privada, apesar de apresentarem similitudes, não se confundem, apresentando sensíveis diferenças. O direito à intimidade abrange o direito de estar só, referindo-se, assim, a uma esfera mais reservada do homem. Contudo, o direito à vida privada abarca uma esfera mais ampla que a intimidade, englobando situações que ultrapassam o indivíduo – círculo social, amizade, relacionamentos, etc.

Nesse ínterim, cabe trazer à baila as palavras de Pinho Pedreira e José Afonso da Silva (2004, p. 66):

Geralmente não se distingue o direito à intimidade do direito à vida privada. Mas a constituição de 88 previu-os separadamente. Considerou, pois, direito à intimidade diverso do direito à vida particular, quando a doutrina reputava vida privada manifestação da intimidade, conforme recorda José Afonso da Silva. Antônio Jeová Santos participa do mesmo entendimento de que, "... quando a Constituição utilizou-se de intimidade e vida privada não o fez em vão, nem repetiu conceitos jurídicos idênticos. Considerou a vida privada como gênero que inclui a intimidade no núcleo central". Também para João de Lima Teixeira Filho "vida privada" enseja consideração mais ampla que a intimidade, esta de cunho mais restrito. Além de compreender a esfera familiar, a vida privada envolve as amizades próximas, os relacionamentos com grupos fechados, de acesso limitado.

Não obstante, os direitos à intimidade e à vida privada são protegidos, também, na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789. No Brasil, os direitos ora em comento, encontram proteção em leis ordinárias, a exemplo do Código Penal.

2.5. DO DIREITO À INTIMIDADE E À PRIVACIDADE NAS RELAÇÕES DE TRABALHO

A ideia central defendida no presente trabalho está baseada no fato de que o empregado, como sujeito do contrato de trabalho, apresenta obviamente os mesmos direitos fundamentais assegurados a todas as pessoas. Nesse sentir, apesar de o empregador assumir posição de comando e estar num patamar hierarquicamente superior ao do empregado, esse último tem o direito à sua vida privada.

Ademais, Antônio Paula de Oliveira (2011, p. 93) diz que:

Já se defendeu, em linhas anteriores, que o fato de o cidadão ser empregado não lhe retira a titularidade dos direitos fundamentais. Teve-se oportunidade de dizer, também, que o exercício desses direitos sofre as limitações naturais e outras decorrentes do contrato de emprego. O desafio está em se encontrar o ponto de equilíbrio entre essas situações.

Dessa forma, o poder diretivo do empregador encontra limites, sobretudo, nos direitos fundamentais do trabalhador, sendo garantidas, assim, a proteção constante à intimidade e à vida privada. É o que sustenta Antônio Paula de Oliveira (2011, p. 95) diz que:

Não se quer aqui defender uma situação de total permissividade das atitudes invasoras da intimidade e privacidade do empregado. O que se pretende é mostrar que a manutenção do ente empresarial envolve uma série de direitos, todos fundamentais, de empregados e empregadores. O que se pretende é demonstrar que a sobrevivência da empresa se coaduna com os princípios fundamentais da nossa República, com a ordem econômica constitucional e com os pilares de sustentação do Estado Democrático de Direito. Portanto, se para isso for preciso que haja uma relativização da intimidade e vida privada do empregado, esta mostra-se justificada e, portanto, a sua defesa incondicional, nesses casos, consubstancia-se em exercício abusivo desse direito.

Ora, o número crescente de casos na jurisprudência pátria aumenta o interesse pelo tema, sobretudo diante de questões polêmicas, que necessitam ser examinadas com muita cautela, à luz de uma teoria de direitos fundamentais. São recorrentes discussões sobre os limites dos poderes do empregador na investigação da vida privada e íntima do empregado, a validade do consentimento do trabalhador na submissão a métodos de investigação, a existência de limites ao direito à intimidade e a proteção ao patrimônio da empresa e segurança de terceiros, e, neste

contexto, questiona-se também a licitude e eficácia do teste do polígrafo no contrato de trabalho.

Complementando a ideia exposta acima, trazemos a lição de Marina Santoro Franco Weinschenker (2013, p. 20):

Atualmente, o conceito de privacidade deve ser ainda mais abrangente, devido às novas tecnologias da informação, que tornam possível a intrusão na intimidade e na privacidade, de forma até então desconhecida, e cujo alcance ainda é difícil delinear, dada a rapidez da tecnologia da informação e da capacidade de serem criadas novas. Reside aí a questão que nos inquieta, diante da já conhecida fragilidade da pessoa do empregado, oriunda do liame de subordinação jurídica, elemento identificador da própria prestação laboral. Isso porque o uso das novas tecnologias tende a controlar aspectos extralaborais da vida do empregado, propiciando condutas discriminatórias.

[...]

Diante dessa realidade fática, relevante notar a proteção jurídica atual que se dá à privacidade, com o escopo de observar a sua eficácia, para dar conta das diversas situações que ameaçam o empregado.

A corrente majoritária da doutrina defende que o direito à vida privada é gênero no qual estão inseridos o direito à intimidade e o direito ao segredo. Via de consequência, o direito à privacidade confere proteção aos dados pessoais do empregado no contrato de trabalho.

CAPÍTULO III - DIREITOS DO EMPREGADOR

O empregador, um dos sujeitos da relação de trabalho, apresenta uma série de direitos específicos. Contudo, esses direitos não podem ir de encontro aos direitos do empregado, devendo haver sempre a harmonia e o equilíbrio no contrato de trabalho.

É importante mencionar que a Lei nº 13.467 de 13 de Julho de 2017, denominada de Lei de Modernização Trabalhista, em vigor desde novembro de 2017, alterou substancialmente a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT). Assim, foram consideradas, entretanto, algumas mudanças previstas nas Medidas Provisórias publicadas.

Segundo sustenta Cintia Yazigi (2017, p. 1-2), atualmente uma empresa pode ser chamada a integrar o processo trabalhista movido contra outra na fase inicial ou

mesmo na fase de execução, simplesmente porque um determinado sócio participa de ambas. Visando a corrigir esse equívoco, a nova lei cuidou de dar uma ordem em citado procedimento, especificando que não se caracteriza formação de grupo econômico a mera identidade de sócio, sendo necessário o preenchimento da demonstração do interesse integrado, da efetiva comunhão de interesses e da atuação conjunta das empresas dele integrantes.

Outro fato extremamente relevante para o empregado, e que não possuía disposição específica na CLT, tratou do reconhecimento da desconsideração da personalidade jurídica e a possibilidade de execução do sócio retirante que assumirá a responsabilidade subsidiária trabalhista referente ao período em que figurou como sócio.

No que tange à desconsideração da personalidade jurídica, importante mencionar que o incidente seguirá os procedimentos já previstos no Código de Processo Civil, de aplicação subsidiária. Por outro lado, essa hipótese somente ocorrerá após assegurar-se que a ação foi ajuizada até dois anos depois de averbada a modificação do contrato visando a retirada de referido sócio. No entanto, se o sócio retirante cometeu fraude haverá de responder no mesmo grau dos demais.

Por outro lado, houve a fixação da postura ética diante da conduta dos litigantes de má-fé, que poderão responder por perdas e danos e sofrer condenação de multa variável entre 1% e 10% do valor corrigido da causa, além da aplicação de pagamento de honorários advocatícios e despesas havidas. Em acréscimo, a nova lei também admitiu a sucumbência.

Uma série de outros procedimentos processuais irão de favorecer os empregadores: tratando desde sua participação em audiência como o reconhecimento pela Justiça do Trabalho, através de ação, do acordo extrajudicial firmado com o empregado.

Saliente-se, inclusive que uma relação extensa de novos procedimentos na rotina trabalhista empresarial foram reformadas, incluindo, mas não se limitando: as novas regras de jornada de trabalho, condições para pagamento de horas extras, inclusão de teletrabalho (*home office*), exclusão de horas *in itinere*, acordo para

rescisão contratual e desnecessidade de sua homologação, critérios de exposição a agentes insalubres, formas de contrato, definição de verbas que integram ou não o salário, limites para equiparação salarial, penalidades por discriminação, procedimentos administrativos, equiparação das dispensas imotivadas, quitação anual, quitação em Planos de Demissão, reconhecimento da perda de habilitação como falta grave e possibilidade de fracionamento de férias em até três períodos.

Por outro lado, as hipóteses em que a convenção coletiva e acordo de trabalho (com vigência máxima de dois anos), tenham prevalência sobre a lei, os acordos coletivos de trabalho prevaleçam sobre as convenções coletivas de trabalho, e o reconhecimento diferenciado de acordo coletivo firmado com empregado com nível superior e renda elevada (hoje acima de R\$ 11.000,00) também estão previstas e destacadas na Lei 13.467/17.

No tocante ao fator sindical, a reforma trabalhista tratou de especificar as formas de representação dos empregados e a opção ou não de autorizar o desconto da contribuição sindical e detalhou regras abertas de negociação.

Vale lembrar que a CLT, em vigor desde 1943, mesmo com as poucas inovações, ainda causa seus transtornos de interpretação, pois bem se sabe que a teoria muitas vezes, não se adequa aos fatos. Certamente surgirão novidades e surpresas legais, medidas provisórias praticamente permanentes e a perseverança de regras e súmulas sem a devida adequação. Vários aspectos sofrerão polêmicas intermináveis, interpretações dúbias e aplicações equivocadas. Contudo, é fundamental a observância constante, no contrato de trabalho, da eficácia dos direitos dos empregados.

3.1. CONCEITO DE EMPREGADOR

A legislação trabalhista cuidou de estabelecer, sobretudo, no artigo 2º da CLT, o que vem a ser o conceito de Empregador para o Direito do Trabalho. Considera-se empregador aquela pessoa, física ou jurídica, que assumindo os riscos inerentes a atividade econômica, contrata trabalhadores para, mediante o pagamento de salário, dirigir a prestação de serviços. Vejamos o mencionado artigo da CLT:

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

Segundo Luciano Martinez (2015, p. 252):

No contexto do contrato de emprego, o empregador aparece como sujeito concedente da oportunidade de trabalho. Ele pode materializar a forma de pessoa física, de pessoa jurídica (entes políticos, associações, sociedades, fundações, organizações religiosas, partidos políticos) ou até de ente despersonalizado, excepcionalmente autorizado a contratar (condomínios, massa falida, espólio, família, etc.). Em qualquer circunstância, porém, o empregador assumirá os riscos da atividade desenvolvida e orientará o modo de execução das tarefas de que será destinatário. Como contrapartida pela execução dessas tarefas, o empregador oferecerá uma retribuição pecuniária intitulada salário, aqui identificado em sentido amplo. *É a pessoa física, jurídica ou ente despersonalizado (este excepcionalmente autorizado a contratar) concedente da oportunidade de trabalho, que, assumindo os riscos da atividade (econômica ou não econômica) desenvolvida, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviços de outro sujeito, o empregado.*

Contudo é necessário observar que na relação empregatícia, também há a figura do empregador por equiparação. São os casos dos profissionais liberais e as associações de beneficência que admitem pessoas para a prestação de serviços. Na realidade, para estes profissionais, a legislação preferiu criar a figura do empregador por equiparação, tendo em vista que a simples análise do artigo 2º da CLT, poderia não dar ensejo à caracterização da relação empregatícia propriamente dita. Consolidação das Leis do Trabalho

Desta forma, atualmente, admite-se que o empregador seja todo aquele que utiliza força de trabalho de outrem, mediante pagamento de salário, apto a desenvolver alguma atividade laborativa, pouco importando a finalidade.

Aprofundando um pouco no conceito de empregador, conforme definido na CLT, pode-se dizer que: é o empregador quem assume os riscos da atividade econômica. Desta forma, tanto o lucro, quanto o prejuízo, somente por este deve ser suportado, não podendo ser transferido para o empregado.

O empregador admite o empregado mediante a obrigação de lhe pagar salário. É também, o empregador, responsável pela direção de sua atividade, possuindo o poder de direção e organização, o poder de controle e o poder disciplinar.

3.2. DIREITO À PROPRIEDADE E À LIVRE INICIATIVA

O direito de propriedade do empregador apresenta um relevo de grande importância no tema em análise. Ao longo da história, a propriedade e a sua função social foram sendo alteradas com o passar do tempo, sendo, assim, um conceito mutável.

Atualmente, segundo expõe Antônio Carlos Paula de Oliveira (2011, p. 105), a concepção moderna do pensar social no direito de propriedade ganhou contornos em conformidade com a Constituição Federal de 1988, fundado em um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil – o da busca por uma sociedade livre, justa e solidária, conforme preceitua o art. 3º, I, da referida norma.

No mesmo sentido cabe citar o escólio de Celso Antônio Bandeira de Melo (1987, p. 44):

A expressão “função social da propriedade” pode-se também atribuir outro conteúdo, vinculado a objetivos de Justiça Social, vale dizer, comprometido com o projeto de uma sociedade mais igualitária, menos desequilibrada – como é o caso do Brasil – no qual o acesso à propriedade e o uso dela sejam orientados no sentido de proporcionar ampliação de oportunidades a todos os cidadãos independentemente da utilização produtiva que por ventura já esteja tendo.

Em complemento, o certo é que a função social da propriedade expressa a necessidade de convivência entre as esferas individual e coletiva, privada e pública. Por isso mesmo, a propriedade não mais gira, em torno, apenas, dos interesses individuais do seu titular. Essa tendência ora é chamada de “humanização”, ora de “paternalismo” do direito moderno (Colin, Capitant), ora de “relativismo” do direito (Josserand), ora se fala em “publicização” do direito de propriedade (Savatier) (Pereira, 1999, p. 62).

Em resumo, a função social da propriedade deve estar sempre em harmonia com os princípios dispostos na Constituição Federal de 1988, bem como em respeito aos direitos dos trabalhadores. É o que defende Antônio Carlos Paula de Oliveira (2011, p. 113-114):

As funções econômica e social da propriedade produtiva do empregador, inequivocamente, andam juntas. A primeira atribui à propriedade o papel de circular a riqueza. A segunda, a missão de gerar empregos. Só assim, juntas, é que conseguirão efetivar os fundamentos do Estado Democrático

de Direito. Só assim atingirão o objetivo da República Federativa do Brasil. Só assim observarão os princípios da Ordem Econômica Constitucional. É essa a interpretação que se deve fazer da função social da propriedade produtiva do empregador, ou seja, harmonizada e unida com a função econômica, consentânea com a valorização do trabalho e da livre-iniciativa, em busca de uma sociedade mais justa e igual, em prol da preservação da dignidade humana, via manutenção dos ditames da ordem econômica constitucional. Ou seja, traz-se aqui uma clara proposta de hermenêutica constitucional, na trilha, mais uma vez, da unicidade sistemática da nossa Carta. E é exatamente por esse motivo que esta obra enaltece a possibilidade de que o empregador defenda a sua propriedade, ainda que para isso seja necessário adotar medidas que colidam com a intimidade e a vida privada dos seus empregados. A defesa da propriedade empresarial trabalhista permite que ela continue existindo, propiciando-lhe a possibilidade de seguir em sua missão de cumprir suas funções social e econômica e, com isso, desempenhar a sua tarefa de dar efetividade aos dispositivos constitucionais acima referidos. Não se consegue ver como é possível a manutenção da empresa sem que lhe permita a defesa do seu patrimônio.

Na mesma linha de raciocínio, discorre Símon a respeito do tema (2000, p. 116-117):

A proteção constitucional do direito de propriedade, cuja evolução se deu paralelamente ao desenvolvimento tecnológico, apresenta-se no momento bastante ampla para abarcar a nova concepção desse direito. Por consequência, todos os meios de produção pertencentes ao empregador e que se materializam na empresa, no estabelecimento, no imóvel onde se localiza o estabelecimento (tais como maquinário, mobiliário), no modo de produção, nas invenções, nas estratégias de atuação no mercado, no produto, etc., integram o objeto do seu direito de propriedade, sendo passíveis de proteção constitucional, dada pelo art. 5º, inciso XXII, do Texto Fundamental.

Resta evidente, assim, que a propriedade do empregador precisa estar em total conformidade com a Carta Magna vigente, evitando dessa forma, quaisquer abusos e arbitrariedades cometidos em face de seus trabalhadores.

A livre iniciativa e os valores sociais estão definidos no Texto Constitucional como princípios fundamentais do Estado Democrático de Direito. A livre iniciativa expressa o direito de explorar as atividades econômicas, assim, as empresas são as principais responsáveis pelo desenvolvimento econômico do País.

Por conseguinte, a ordem econômica, ao inserir a livre iniciativa como fundamento, ao lado da valorização do trabalho humano, consagrou o modelo econômico estruturado na liberdade de iniciativa, motivou investimentos nas atividades econômicas, entretanto, estabeleceu algumas restrições. Assim, a

liberdade de iniciativa tem por finalidade assegurar a todos a existência digna, conforme os ditames da justiça social.

Ademais, o desempenho das atividades empresariais na geração e circulação de riqueza mostra-se de essencial relevância, por isso, justifica-se a análise das implicações da incidência do princípio da função social sobre a livre iniciativa, concedida aos empregadores.

Por outro lado, a observação do valor da livre iniciativa inseridos na ordem econômica solicita a reflexão sobre os caminhos historicamente traçados pela humanidade no desempenho das atividades econômicas. A sociedade, portanto, na busca de solucionar as questões básicas para satisfação de suas necessidades, organizou--se na produção e comercialização dos bens. O desenvolvimento decorre principalmente, da busca constante pela satisfação das necessidades humanas, crescentes, variáveis e ilimitadas.

Outrossim, mesmo nas sociedades primitivas, a organização política foi uma necessidade para a sobrevivência. O homem necessitou organizar-se desde o momento em que abandonou a vida nômade e a coleta como meio de subsistência, estabelecendo-se em locais fixos para cuidar do cultivo do solo, de colheitas, e na manutenção de rebanhos.

As Constituições modernas, orientadas pelo princípio democrático, introduziram nos textos constitucionais um conjunto de normas que regulam a ordem econômica de um país, e, assim, inauguram um novo período constitucional, consoante Raul (2003, p. 252) Machado Horta:

Refletem mutação operada na posição do Estado e da sociedade em relação à atividade econômica, abandonando a neutralidade característica do Estado Liberal, para incorporar a versão ativa do Estado intervencionista, agente regulador da economia.

Destarte, o princípio da liberdade de iniciativa econômica constitui a marca e o aspecto dinâmico do modo de produção capitalista. Consiste no poder reconhecido aos particulares de desenvolverem uma atividade econômica. Embora a livre iniciativa confirme o modelo econômico capitalista, deverá respeitar os valores sociais do trabalho visando compatibilizar o regime de produção escolhido, capital e lucro, com a dignidade da pessoa humana e a dimensão econômico-produtiva da

cidadania. Sob essa perspectiva, a Constituição, apesar de capitalista, defende José Afonso Silva: “A liberdade nas atividades econômicas só é exercida com a finalidade da justiça social e confere prioridade do trabalho humano sobre todos os demais valores da economia de mercado.”

A livre iniciativa garante a possibilidade dos particulares direcionarem suas atividades econômicas, livremente na escolha da combinação dos fatores produtivos, segundo o próprio critério de conveniência, todavia, submetidas às limitações impostas por lei.

Os princípios gerais da atividade econômica, contidos nos artigos. 170 e seguintes da Constituição brasileira de 1988 demonstram que o conteúdo conceitual, a natureza, as finalidades dos institutos básicos do direito civil, como a propriedade, o contrato e a empresa devem observar a existência digna, conforme os ditames da justiça social.

Desse modo, continua prevalecendo o regime da livre iniciativa e a competição econômica. Entretanto, o lucro só será aceito como legítimo e reconhecido como justa recompensa a ser recebida pelos investidores se obtido sem causar prejuízos à sociedade.

O Estado reconhece que os agentes econômicos não são iguais e intervém para equilibrar as relações para proteger o mais fraco. O Estado tem interesse social no equilíbrio das relações contratuais que ocorrem na sociedade.

A dimensão econômica produtiva da cidadania encontra, na livre iniciativa, o meio para participar da economia, respeitando os valores sociais do trabalho e compatibilizando fatores produtivos com a justiça social.

3.3. O PODER DIRETIVO DO EMPREGADOR E SEUS LIMITES NO CONTRATO DE TRABALHO

O poder diretivo do empregado não é ilimitado, ele deve respeitar os direitos do empregado. Luciano Martinez (2015, p. 252) define o poder diretivo como:

O poder diretivo ou poder de comando é uma prerrogativa dada ao empregador para exigir determinados comportamento lícitos de seus empregados com vistas ao alcance de seus propósitos preestabelecidos.

Para atingir esses desígnios e para organizar a atuação de seus subordinados, o empregador pode valer-se de orientações de natureza técnica e de caráter geral. Essa conduta administrativa, normalmente associada à hierarquia e à disciplina, conduz a uma situação segundo a qual o empreendedor tem as faculdades de organizar o seu sistema produtivo, de fiscalizar (controlar) o cumprimento daquilo que foi ordenado e, se for o caso, de punir os transgressores de suas ordens de comando. Nesses moldes, o poder diretivo subdivide-se em poder de organização, poder de fiscalização e poder disciplinar.

Não raro, nas relações privadas, inclusive nas relações trabalhistas, frequentemente resta configurado um desequilíbrio de posição e de exercício do poder normativo. Isso ocorre, principalmente devido às desigualdades existentes entre os sujeitos do contrato de trabalho, sobretudo, no desrespeito dos direitos do empregado por parte do empregador.

Nesse sentido, é imperioso que o empregador esteja sempre respeitando as normas consagradas na constituição federal e na Consolidação das Leis Trabalhistas no que tange às normas protetivas do empregado. Segundo as lições de Américo Plá Rodriguez (1978, p. 66-82), o Direito do Trabalho alicerça-se sobre seis princípios básicos, todos orientados para produzirem o abrandamento do presumido desequilíbrio entre empregado e empregador: princípio da proteção, da irrenunciabilidade, da continuidade, da primazia da realidade, da razoabilidade e da boa-fé.

Para o autor citado acima, é oportuno destacar que o princípio da proteção, em matéria trabalhista, defende que todo e qualquer exercício de interpretação de normas deve ser orientado para a proteção do trabalhador.

Insta salientar que o empregador deve estar procurando garantir os direitos fundamentais dos seus empregados no contrato de trabalho. Assim, o princípio da dignidade da pessoa humana orienta a relação travada entre empregado e empregador.

Consoante a inteligência de Santos Júnior (2019, p. 58), evidencia o status dos direitos fundamentais inerentes aos trabalhadores. Dessa forma, esses direitos, assim como os direitos da personalidade, também estão submetidos a exercícios de ponderação e relativização sempre que estiverem em colisão com outros direitos fundamentais.

Destarte, a definição de autonomia privada é de extrema importância para o entendimento do tema ora em análise. Daniel Sarmiento (2006, p. 142-143) define a autonomia privada como a capacidade do sujeito de direito de determinar o seu próprio comportamento individual, envolvendo tanto aspectos negociais quanto existenciais, constituindo, assim – “uma das dimensões fundamentais da noção mais ampla de liberdade”.

Em complemento, cabe trazer à baila a definição de autonomia privada feita por Fernanda Cantali (2009, p. 206-223), ela diz que a autonomia privada é um dos valores fundamentais da atual ordem jurídica e instrumento para o livre desenvolvimento da personalidade, tendo sido seu alcance e finalidade redefinidos pelo princípio da dignidade da pessoa humana.

Outrossim, a restrição dos direitos da personalidade pelo exercício do direito fundamental à autonomia privada vem sendo admitida tanto pela doutrina quanto pela jurisprudência na seara trabalhista. Contudo, para isso é preciso que haja o entendimento de certos pressupostos, segundo afirma Anderson Schreiber (2011, p. 26-29), o cumprimento do propósito de realização da personalidade de seu titular, a consideração das condições efetivas de liberdade do sujeito de direito no mundo da vida, a manifestação do consentimento livre e esclarecido e a revogabilidade a qualquer tempo.

A doutrina trabalhista posiciona-se em sentido oposto. Para Maurício Godinho (2013, p. 207-211), a disponibilidade dos direitos trabalhistas se expressa somente por meio da prescrição, da decadência, da transação e da renúncia, mas desde que não se verifique prejuízo ao empregado.

Entretanto, não é razoável que o Direito do Trabalho esteja alheio aos avanços alcançados em sede de direitos fundamentais. Dessa forma, esse ramo do direito não pode negar a relativização dos direitos fundamentais dos trabalhadores nas hipóteses de colisão com outros direitos de mesma matriz constitucional, como ocorre com o exercício da autonomia privada.

CAPÍTULO IV - O DIREITO DE CONTROLE DO EMPREGADOR SOBRE O EMPREGADO EM CONFLITO COM OS DIREITOS FUNDAMENTAIS DA INTIMIDADE E DA PRIVACIDADE

Os direitos fundamentais à intimidade e à privacidade na relação de trabalho abrangem pontos de notória importância para a compreensão do tema em pauta. Todavia, os direitos fundamentais devem ser observados no contexto do direito do trabalho. Ao passo que os direitos fundamentais são indissociáveis para a manutenção da dignidade da pessoa humana.

Conforme preceitua Simón (2000, p. 61), a importância dos direitos da personalidade para o ser humano é praticamente um consenso. Ela defende que os direitos que buscam concretizar a personalidade são de tal modo essenciais, que sem eles a personalidade seria uma idealização do legislador e a pessoa simplesmente não existiria.

Hodiernamente, é inaceitável que em um contrato de trabalho não sejam respeitados quaisquer direitos fundamentais inerentes ao obreiro. Isso porque, o empregado, antes de titularizar essa posição jurídica, é um cidadão.

Comungando do entendimento exposto acima, Cristiane de Mattos Carreira (2014, p. 9) diz que:

Ora, a condição de trabalhador não afasta do empregado os direitos e garantias individuais de primeira geração que também devem ser exercidos e garantidos durante o contrato de trabalho, o que somente pode ocorrer com a aplicação direta e imediata da Constituição às relações trabalhistas, tendo em vista a inexistência de legislação infraconstitucional que trate do tema. O reconhecimento dos direitos inespecíficos do trabalhador decorre de uma visão constitucional do direito trabalhista, decorrente da aplicação concreta dos preceitos constitucionais diretamente das relações de trabalho, independentemente da existência de legislação infraconstitucional. Trata-se do fenômeno denominado constitucionalização do direito do trabalho, no qual se busca uma maior efetividade dos direitos fundamentais previstos na constituição.

Nesse íterim, Martins (2012, p. 65) e Alice Monteiro de Barros (2011, p. 82), defendem que o direito ao trabalho é um direito fundamental. Além disso, afirmam que os direitos da personalidade são aplicáveis nas relações de emprego e, também, que tanto o direito à intimidade como o direito à inviolabilidade da vida privada têm características comuns, incluindo a sua oponibilidade *erga omnes*.

Complementando esse raciocínio, Antonio Carlos Paula de Oliveira (2011, p. 83) sustenta que:

Já se viu que os direitos à intimidade e à vida privada, como integrantes do rol dos direitos da personalidade, podem ser inseridos dentre aqueles ligados à integridade moral dos seus titulares. Exatamente por isso pode-se afirmar, sem receio, que a observância dessa espécie de direitos deve levar em consideração, sempre, a dignidade da pessoa humana.

Ressalta-se a importância dos direitos da personalidade nos contratos de trabalho, mais especificamente os direitos à intimidade e à privacidade do empregado e as consequências jurídicas do seu desrespeito.

A proteção da intimidade visa evitar a discriminação. É o que alega Barros (1997, p. 54), para ele, um dos motivos que torna importante proteger a intimidade é, justamente, impedir que se verifique a discriminação. Este termo tem origem anglo-americana e significa caráter infundado de uma distinção em relação a uma qualidade possuída pelo sujeito capaz de provocar um dano material e moral.

Na mesma linha de intelecção, Floriano Barbosa Júnior (2008, p. 76) leciona que:

O princípio da não discriminação guarda conexão com a garantia dos direitos da personalidade e atua como limite imposto pela Constituição Brasileira a autonomia do empregador quando da obtenção de dados a respeito do candidato ao emprego com projeção no curso da execução e extinção do contrato, até porque um dos motivos de existir da República Federativa do Brasil é promover o bem de todos, sem preconceito de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação. Garantindo-se a intimidade do empregado, estar-se-á negando acesso dos empregadores a informações que possam gerar discriminações.

O direito fundamental à intimidade na relação de trabalho apresenta reflexos importantes nos dias atuais. O direito à intimidade não pode ser suprimido do cidadão, nem mesmo no contrato de trabalho diante do poder diretivo do empregador.

É pertinente citar a definição da intimidade dada por Floriano Barbosa Júnior (2008, p. 58):

A intimidade efetivamente caracteriza a natureza humana, manifesta-se de modo extremamente silencioso e constante, seja na sensação decorrente das necessidades físicas, seja, simplesmente, no pensar. A forma silenciosa do exercício de pensar é a prova mais clara de que é uma característica congênita do homem, pois, se assim não o fosse, o pensar poderia ser sonoro.

É, acima de tudo, manifestação da liberdade. Significa manter a salvo as informações, os pensamentos ou atos da vida pessoal que se queiram manter em sigilo.

Toda a carga de legitimidade dos direitos humanos que anima sua formação histórica visto na primeira parte deste escrito é fundamento para a inafastabilidade de sua vigência nas relações de trabalho.

Não há como imaginar nossas vidas sem a parcela da intimidade que precisamos para sobreviver. São necessários momentos de intimidade para o desenvolvimento sadio e bem-estar de todo e qualquer indivíduo sem distinção.

É sabido que o direito à intimidade é um dos direitos de personalidade. Tanto a Constituição Federal de 1988 quanto o Código Civil de 2002 consagram a intimidade como direito fundamental. Ainda, o Código Civil de 2002 afirma, ao teor do seu art. 21, inciso V, que a vida privada das pessoas é inviolável.

Entretanto, a questão ganha complexidade quando se questiona os limites em que o empregador pode invadir a esfera da intimidade dos seus empregados. Contudo, insta frisar que a intimidade, assim como a privacidade, são invioláveis, mesmo diante da subordinação existente no contrato de trabalho.

Não obstante, a proteção ao direito à intimidade encontra obstáculos nas relações em que há alguma espécie de sujeição ou dominação, a exemplo das relações trabalhistas. É o que ensina Floriano Barbosa Júnior (2008, p. 83):

No entanto, é no recôndito das relações sociais que os sujeitos mais se aproximam, em que surge, nitidamente, o embate do poder, quando se torna mais complicado o exercício da proteção da intimidade. É o que acontece nas relações de emprego. O poder que se origina do direito de propriedade tem sido utilizado como argumento para legitimar a invasão da intimidade dos trabalhadores em flagrante subversão da hierarquia de valores e do grau de prestígio dado à dignidade humana pela ordem jurídica brasileira e pela própria consciência ético-jurídica mundial moderna que se estabeleceu a partir da Segunda Guerra Mundial.

Nesta espécie de relações sociais, em que os seres humanos são considerados de modo objetivo, como uma peça da engrenagem da máquina produtiva, como nas relações de consumo de massa ou na relação de emprego, é que mais se afeta a essência humana. É em tal forma de consideração despersonalizadora que a violação da intimidade ganha força e aparência de legitimidade.

É imperioso despertar a consciência de todos os indivíduos na sociedade no que tange ao respeito dos direitos fundamentais uns dos outros. É inaceitável a supressão dos direitos da personalidade do indivíduo, salvo em situações excepcionais.

Insta salientar que, na hipótese de colidência entre o direito de controle do empregador sobre o empregado com os direitos fundamentais da intimidade e da privacidade, urge a utilização tanto da ponderação quanto dos seus subprincípios, uma vez que não há direito fundamental absoluto.

Destarte, Fábio de Andrade e Andressa Gudde (2010, p. 25) lecionam de forma acertada que:

Sem dúvida, não se trata de aqui defender a ampla flexibilidade dos direitos trabalhistas pelo exercício da autonomia privada – do contrário, estar-se-ia negando conhecimento ao fundamento axiológico de tal ramo do Direito e, até mesmo, a sua eficácia e efetividade. Questões como a presunção de hipossuficiência do empregado, de onde extraem-se dúvidas acerca da legítima, livre e esclarecida manifestação de vontade na formação do contrato de trabalho, não passam aqui despercebidas. Todavia, tampouco entende-se razoável permanecer o Direito do Trabalho alheio aos avanços feitos em matéria de convivência de direitos fundamentais, como que a negar a possibilidade de relativização dos direitos fundamentais dos trabalhadores quando em colisão com outros direitos de igual matriz constitucional, como é o caso do direito fundamental ao exercício da autonomia privada. O exame de aplicabilidade dos direitos da personalidade no âmbito das relações laborais permite identificar esta sinergia. Bem como a atualidade do necessário exercício da ponderação de valores expressos em direitos fundamentais também na seara trabalhista.

Contudo, na realidade, a proteção da intimidade do empregado é, muitas vezes, desrespeitada logo na entrevista de emprego, na colheita de informações e posteriores exigências para que o candidato possa preencher a vaga ofertada. A questão é bastante delicada, principalmente pelo fato do trabalhador estar posicionado numa condição de inferioridade.

Em complemento, cabe trazer à baila as lições de Barros (1997, p. 58-59):

A questão da proteção da intimidade do empregado começa pela avaliação prévia que se faz de suas qualidades para a habilitação ao posto pretendido. As informações que o empregador tem direito de perseguir e considerar, para efeito de escolha de seus empregados, devem estar em consonância com as atribuições que serão desenvolvidas no posto do respectivo trabalho. O intento de colher informações de caráter pessoal, que não guardem liame com os aspectos da prestação laboral, é impertinente e se reveste de caráter abusivo e contrário à moral e à ética.

Nesse sentido, consoante o Ministério do Trabalho e Emprego (MTE), independente da função que vá assumir, o futuro empregado deve apresentar a Carteira de Trabalho e Previdência Social (CTPS), a cédula de identidade, o Cadastro de Pessoa Física (CPF), o título de eleitor e o certificado de reservista.

Na hipótese de o trabalhador possuir filhos, deverá apresentar, para recebimento do salário-família, a certidão de nascimento dos filhos menores de 14 anos ou de maiores incapazes, a declaração da escola em que o menor estuda e a carteira de vacinação para os menores de seis anos.

Por outro lado, quanto aos documentos que não podem ser exigidos, o MTE ressalta a proibição, contida na Lei nº 9029/95, da adoção de qualquer prática discriminatória e limitativa para efeito de acesso à relação de emprego ou a manutenção dela, por motivo de sexo, origem, raça, cor, estado civil, situação familiar ou idade.

Isso quer dizer, por exemplo, que é vedada a exigência de comprovação de experiência prévia por tempo superior a seis meses no mesmo tipo de atividade; de certidão atestando que o trabalhador não possui processo trabalhista ajuizado (certidão negativa trabalhista); de certidão negativa do Serasa, do Serviço de Proteção ao Crédito (SPC) e assemelhados ou dos cartórios de protestos; e de informações sobre antecedentes criminais, tais como certidão negativa criminal ou “folha corrida”.

Já o exame admissional, previsto no artigo nº 168, da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), é obrigatório e faz parte do Programa de Controle Médico de Saúde Ocupacional. Por meio dele, o médico, especializado em Medicina do Trabalho, atesta se o potencial funcionário de uma determinada empresa está apto a assumir suas funções.

É importante lembrar que não são permitidos testes de gravidez, de esterilização e exame de HIV (AIDS), pois constituem prática discriminatória. A determinação conta com apoio, em especial, do Conselho Federal de Medicina, por meio da resolução 1359, de 1992.

Entretanto, conforme o avanço da jurisprudência pátria, hoje é aceita a submissão de empregados a testes e programas de controle de uso de droga e bebida alcoólica, dependendo, contudo, de determinados requisitos. Isso é justificado, sobretudo, pelo fato de que a restrição do direito à intimidade e à privacidade nesse caso específico visam à proteção de outros direitos fundamentais como a vida e a segurança no ambiente de trabalho.

Porém, insta salientar que nesse caso, todos os trabalhadores devem ser submetidos a tal prática, em virtude do respeito à isonomia de tratamento, evitando, assim, quaisquer situações vexatórias a honra do trabalhador.

É notório que deve haver a observância do direito fundamental à liberdade do obreiro em face da autonomia privada do empregador de modo imperativo nas relações de trabalho, em virtude principalmente da desigualdade de forças desses sujeitos.

4.1. A TUTELA JURÍDICA DA INTIMIDADE E DA PRIVACIDADE NA CONSTITUIÇÃO

Os direitos fundamentais tanto da intimidade quanto da privacidade têm proteção na Carta Magna vigente. Além disso, eles variam conforme o tempo e a sociedade em que estão inseridos. Vejamos as lições de Renato Rua de Almeida nesse sentido (2012, p. 37):

Em vista de tratar-se de um direito fundamental, precisamos entender a sua origem. A história nos revela que a noção de direito fundamental sofre variações no tempo e no espaço, constituindo a melhor representação da dignidade da pessoa humana. Os estudiosos costumam identificar esta evolução dos direitos fundamentais (ou seja, da dignidade humana) em gerações de direitos, também denominados, por outros de liberdades públicas. O direito à intimidade encontra-se inserido, em princípio, na primeira geração dos direitos fundamentais, justamente àqueles direitos destinados aos cidadãos, devendo o Estado respeitá-los. Segundo Sarlet são “direitos de cunho negativo”, uma vez que dirigidos a uma abstração, e não a uma conduta positiva por parte dos poderes públicos, sendo, neste sentido, “direitos de resistência ou de oposição perante o Estado”. Fazem parte deste rol o direito à vida, à liberdade, à propriedade e a igualdade perante a lei, com seus desdobramentos e ainda algumas garantias processuais, como o devido processo legal. A maioria dos direitos fundamentais de primeira geração, também chamados de direitos de cidadania, encontra-se catalogada no art.5º da Constituição Federal brasileira.

A intimidade e a privacidade inerentes ao obreiro nas relações trabalhistas estão baseadas, principalmente, na dignidade da pessoa humana. Ora, é evidente que o fundamento da dignidade da pessoa humana deve orientar e guiar todas as relações de cunho trabalhista.

Nesse sentido, Daniel Sarmiento (2008, p. 242) sustenta que:

A jurisdição constitucional, na prática, vem se revelando quase sempre uma aliada e não uma adversária da democracia. Assim, quando o próprio constituinte, numa clara e inequívoca escolha, opta por se imiscuir na esfera das relações privadas, como aconteceu no caso brasileiro, não existe qualquer razão que justifique excluir a jurisdição constitucional deste campo. Não divisamos nenhuma razão para que se reconheça a plena eficácia a certas normas constitucionais quando, no caso concreto, seus comandos dirigirem-se ao Estado, negando-se iguais efetivos às mesmas normas quando voltadas à resolução de litígios privados.

Assim, Renato Rua de Almeida afirma (2012, p. 38) que é preciso situar o direito à intimidade num contexto constitucional bem como os demais direitos e princípios contrapostos, pensando na solução de prováveis conflitos originados das relações jurídicas travadas, envolvendo interesses aparentemente antagônicos, como ocorre há séculos, entre o capital e o trabalho.

É nítido que a aplicação dos direitos fundamentais nas relações de trabalho reclama atitudes do empregador pautadas na constitucionalização, respeitando, assim, os direitos inespecíficos dos obreiros. Além disso, é necessário evitar que os direitos econômicos do empregador prevaleçam em face dos direitos e bem-estar dos empregados.

A Constituição Federal de 1988 traz a previsão da possibilidade de flexibilização dos direitos dos trabalhadores, precisamente no art. 7º, incisos VI, XIII e XIV, ainda que mediante negociação coletiva.

Em complemento, na mesma linha de raciocínio, a CLT em seu artigo 444 dispõe que:

As relações contratuais de trabalho podem ser objeto de livre estipulação das partes interessadas em tudo quanto não contravenha às disposições de proteção ao trabalho, aos contratos coletivos que lhes sejam aplicáveis às decisões das autoridades competentes.

A seguir será demonstrado que a doutrina e a jurisprudência pátrias vêm admitindo a relativização de determinados direitos fundamentais dos empregados em situações pontuais.

4.2. O MONITORAMENTO DO AMBIENTE DE TRABALHO

Atualmente, prevalece o entendimento de que é possível o monitoramento do ambiente de trabalho pelo empregador. Contudo, é essencial que haja limites para o exercício desse direito.

É sabido que o meio ambiente de trabalho é fundamental para a compreensão das relações entre o empregado e o empregador, demonstrando, também, a vulnerabilidade do empregado face ao poder diretivo do empregador. O tema, ainda hoje, é bastante controvertido, uma vez que é responsável por expor excessivamente o empregado, além do avençado no contrato de trabalho.

Mário Antônio de Paiva (2002, p. 455) define o monitoramento como:

A atividade de controlar, supervisionar por diversos meios, fatores ligados à saúde, segurança, meio ambiente, produção, desempenho e outros. O monitoramento pode se manifestar de várias formas no ambiente de trabalho com a utilização de câmeras, rastreamento de sites e e-mails, rastreamento via satélite, escutas telefônicas, revistas pessoais, monitoramento de substâncias prejudiciais à saúde e outros.

Ademais, o monitoramento mediante a instalação de câmeras, no ambiente de trabalho, representa a manifestação do poder diretivo do empregador. Ele objetiva proteger situações conexas à saúde e à segurança. Além disso, o aludido monitoramento visa à otimização do processo produtivo e controle comportamental dos empregados.

Segundo as lições de Alice Monteiro de Barros (2006, p. 569), o legislador brasileiro não proibiu em nenhum momento a fiscalização e controle por meio de aparelhos audiovisuais, visto ser uma “decorrência lógica do avanço da tecnologia e poderá consistir em um instrumento probatório valioso na avaliação da conduta do empregado”.

Conforme entendimento consolidado do Tribunal Superior do Trabalho, a monitoração com a instalação de câmeras para fins de segurança, não ofende a intimidade e a privacidade dos trabalhadores, uma vez que tem o escopo de evitar furtos e roubos, estando dentro do poder diretivo do empregador.

Entretanto, ainda conforme o entendimento do tribunal referido acima, essa monitoração não pode ser realizada em determinadas áreas da empresa – refeitórios, cantinas, salas de café e banheiro. Isso porque haveria, nesses casos, a

violação de dispositivos constitucionais fundamentais como a intimidade, a honra e a imagem das pessoas.

Por outro lado, cumpre destacar que em nenhuma hipótese será permitida a utilização de câmeras falsas ou psicológicas, uma vez que constituem um artifício covarde, intimidando os empregados, além de atentar contra a moral e os bons costumes da sociedade.

Ademais, nas hipóteses em que restar configurado choque entre o poder diretivo do empregador e o direito a inviolabilidade e a intimidade do empregado, deve o último ser o prevalente. Isso porque a dignidade da pessoa humana, bem como a valorização do trabalho humano devem sempre ser observados.

Outrossim, oportuno mencionar que em relação à produção de provas válidas pela videovigilância, elas são válidas desde que os empregados sejam previamente avisados da sua realização, caso contrário, haverá a ilicitude dessas provas.

Cumpre ressaltar, assim, que não há renúncia dos direitos da personalidade quando há situações que ofendam determinados direitos fundamentais – como o direito à honra, por práticas de assédio moral.

Segundo Claudimir Supioni Junior e Jeana Silva Sobral (2012, p. 61 e 62):

O monitoramento deve restringir-se ao ambiente de trabalho, não podendo, nem pela via indireta, subverter-se em via de fiscalização do empregado deve, portanto, esse procedimento ter como único intuito a preservação do patrimônio empresarial. A colisão entre estas duas garantias constitucionais deve ter a solução em dois princípios gerais do direito: o princípio da proporcionalidade e da boa-fé objetiva, pelos quais busca-se equacionar este conflito, garantindo a ambas as partes da relação contratual do trabalho uma forma mais justa e digna de preservação dos direitos de cada um, sem que haja violação irreparável para ambos.

Ademais, há casos em que, por mais que esteja verificada a renúncia expressa a determinados direitos, esse ato de disposição não é válido, especialmente nas hipóteses em que seja comprovado o desrespeito aos direitos da personalidade. Portanto, o uso excessivo da videovigilância pode ser punido, sendo necessária a criação de normas regulamentadoras para a sua utilização.

4.3. O CONTROLE DA CORRESPONDÊNCIA ELETRÔNICA

O controle da correspondência eletrônica (e-mail) pelo empregador ilustra um exemplo da restrição dos direitos da personalidade consubstanciados na proteção da privacidade e da intimidade.

Floriano Barbosa Júnior (2008, p. 92), discorrendo sobre o tema, sustenta que:

Os computadores assim como os telefones são instrumentos de trabalho indispensáveis a qualquer empreendimento. Por outro lado são meios pelos quais se torna possível vulnerar a intimidade dos empregados. Meios de comunicação e colheita de informações devem ser utilizados para a consecução dos objetivos empresariais, mas não é possível vedar de modo absoluto a comunicação pessoal do empregado.

A doutrina e jurisprudência majoritárias defendem que as mensagens eletrônicas enviadas a partir de endereço de e-mail corporativo (de domínio do empregador) estão submetidas ao poder de fiscalização e controle patronal, desde que, para isso, haja o consentimento expresso do empregado.

Essa situação traduz a prevalência do direito ao exercício do poder de fiscalização e controle pelo empregador, sendo reflexo do seu direito de propriedade, diante dos direitos de personalidade dos trabalhadores.

Nesse sentido, Mario Antônio Paiva (2005, p. 1) defende que:

Como toda ferramenta de trabalho, esta deve ser utilizada para realizar os objetivos empresariais, sem, entretanto, desrespeitar os direitos mínimos dos trabalhadores. Nesse mister, no Brasil e no exterior, têm-se verificado a dispensa de empregados sob o fundamento de que estariam utilizando indevidamente as ferramentas tecnológicas. Argumenta-se que são fornecidas pelos empregadores aos trabalhadores para uso exclusivo no desempenho de suas funções.

Segundo as lições de Floriano Barbosa Júnior (2008, p. 94 e 95) há empregados que incorrem na má utilização da internet, no ambiente de trabalho, incluindo o acesso a sites pornográficos, o envio de mensagens ofensivas, culminando, assim, na queda da produtividade e no desvirtuamento das atividades laborativas.

A questão, ainda hoje, suscita opiniões distintas e polêmicas. Contudo, a doutrina e jurisprudência majoritárias defendem que o empregador pode se valer de

ações fiscalizadoras dos empregadores mediante o monitoramento das ações dos seus empregados no que tange ao acesso à internet.

É oportuno discorrer, também, que a violação do e-mail do empregado mantém relação com o assédio moral, sendo essa linha muito tênue.

Vejamos as lições de Mistrongue e Kersten a respeito (2004, p. 318-9):

Intimamente ligada à questão da violação do e-mail está o assédio moral. Este se constitui na exposição dos trabalhadores e trabalhadoras a situações humilhantes e constrangedoras, repetitivas e prolongadas durante a jornada de trabalho e no exercício de suas funções, sendo mais comuns em relações hierárquicas autoritárias e assimétricas, em que predominam condutas negativas, sem ética, relações desumanas de longa duração de um ou mais chefes dirigida a um ou mais subordinados, desestabilizando a relação da vítima com o ambiente de trabalho, forçando-o a desistir do emprego.

Sobre o tema, merece transcrição o escólio de Floriano Barbosa Júnior (2008, p. 101), ao defender que:

Há imperiosa necessidade de serem estabelecidas regras, sejam legais ou convencionais que tutelem essas questões, sob pena de subverter o escopo maior do Estado de Direito que é a convivência pacífica dos cidadãos. Devem ser respeitados os princípios básicos que regem qualquer contrato de emprego como, por exemplo, o da boa-fé, e outros pautados pelas quais se expende. Assim, no que diz respeito aos limites para o uso do correio eletrônico e internet de modo geral, seja no contrato individual de trabalho, seja nas convenções coletivas de trabalho, as partes têm de estabelecer, de comum acordo, condições que regulem a utilização do e-mail sem agredir as diretrizes tutelares do direito do trabalho e os direitos fundamentais e sociais dos trabalhadores. No entanto, jamais lhes será lícito violar direitos fundamentais destes empregados, tampouco por meio de sindicato.

Entretanto, é preciso que haja determinados cuidados por parte do empregador no que diz respeito a monitoração de e-mails do empregado. Isso, sobretudo, para que não seja violada, em nenhuma hipótese a dignidade do empregado.

4.4. A REVISTA ÍNTIMA E PESSOAL

É importante destacar que a possibilidade conferida ao empregador de proceder à revista íntima e pessoal dos trabalhadores revela hipótese de ponderação de valores, prevalecendo, assim, o direito fundamental à intimidade.

A revista no ambiente de trabalho é admitida em situações aptas a justificá-la e desde que preenchidos certos requisitos, como a submissão á revista por todos os empregados, independentemente do nível hierárquico, sem quaisquer tipos de discriminações, de forma aleatória, e preferencialmente, realizada tão somente de forma visual nos pertences pessoais dos empregados.

Na revista íntima e pessoal é necessário que haja o equilíbrio. É o que leciona Antônio Carlos Paula de Oliveira (2011, p. 119 e 120)

Deve-se estabelecer um equilíbrio entre o exercício dos direitos fundamentais por parte do empregado e a essência da própria relação de emprego. Sim, porque é certo que o cidadão não deixa de ser detentor dos seus direitos fundamentais quando se torna empregado de alguém. Mas, na mesma medida, não se pode ignorar que a subordinação própria do contrato de emprego e o poder empresarial – consequência dessa subordinação – são essenciais para a higidez dessa relação. Diz-se mais, como já se teve oportunidade de se afirmar – sem isso, a relação de emprego não pode ser concebida. Por isso, o exercício dos direitos fundamentais, em certos casos- de defesa de interesses empresariais legítimos e em situações imprescindíveis-, vão ceder ao poder do empregador, vão se render ao estado de subordinação.

A revista pessoal traz consigo o conflito entre a intimidade do empregado e o direito de propriedade do empregador. Mas não é este o único conflito que materializa. Na medida em que se constitui como um óbice ao exercício do direito de propriedade do empregador, esse entrave pode acarretar a derrocada do ente empresarial, cuja manutenção interessa ao empresário e demais empregados. Por isso, o direito à intimidade entra em choque com os princípios da valorização social do trabalho e da livre-iniciativa, e, em última análise, com a dignidade da pessoa humana do empresário e dos demais empregados.

A realização da revista íntima e pessoal exige o cumprimento de certos requisitos para a sua realização. Barros (1997, p. 38) a respeito do tema diz que:

Nos casos em que se permitem as revistas, o procedimento para sua realização não é livre, devem ser observadas algumas regras, o ideal é que se realize na saída dos locais de trabalho e por meio de um sistema de seleção automática que deve ser acordado mediante a tutela representativa dos empregados, em que se preserve suas intimidades. Imprescindível, outrossim, que os critérios das revistas sejam estabelecidos entre os empregadores e as entidades sindicais ou as comissões internas.

Por outro lado, a revista íntima e pessoal retrata uma das hipóteses de restrição do direito fundamental da intimidade do empregado. Em decorrência disso, é imprescindível que o empregador demonstre que a revista é necessária uma vez demonstrado o legítimo interesse empresarial. Ainda, a revista pessoal consiste num

mecanismo de defesa do direito de propriedade. Vejamos, mais uma vez, as lições de Barros (1997 p. 73-74):

Há autores que se insurgem contra a revista, por considerá-la atentatória do direito individual do empregado, diante do qual a autoridade da empresa deve curvar-se. A jurisprudência brasileira inclina-se, há muitos anos, mormente quando prevista no regimento interno da empresa, com o fundamento de que é um direito do empregador e uma salvaguarda do seu patrimônio. Entende-se que a insurgência do empregado contra esse procedimento permite a suposição de que a revista viria a comprovar a suspeita que a determinou contra a sua pessoa, autorizando o reconhecimento da justa causa. Vale ressaltar, entretanto, que a recusa por parte do empregado só será legítima quando a revista passe a envolver circunstâncias que afrontam a dignidade do ser humano.

Importante elencar os requisitos autorizadores da revista íntima e pessoal do empregado defendidos por Antônio Carlos Paula de Oliveira (2011, p. 125-126): a realização dentro de um organismo empresarial, na saída ou na entrada do trabalho ou durante a execução do serviço; todos os empregados devem ser submetidos a esse procedimento; a imposição de que na empresa haja bens suscetíveis de subtração e ocultação; deve ser feita por pessoas do mesmo sexo e sem inspeção direta sobre o corpo do indivíduo; o ato não deve ser feito de forma minuciosa, detalhada e prolongada; a revista deve ser empregada como o último recurso de proteção patrimonial da empresa; a empresa deve demonstrar que todo o aparato eletrônico disponível no mercado é capaz de impedir a subtração de suas mercadorias.

Todavia, insta salientar, que quando o empregador deixar de cumprir qualquer requisito inerente a prática da revista íntima e pessoal ele estará incorrendo em abuso de direito de sua propriedade, contrariando a boa-fé.

4.5. O ASSÉDIO MORAL NO AMBIENTE DE TRABALHO

O assédio moral, fenômeno frequente no ambiente de trabalho, indica situações nas quais uma das partes, de forma abusiva, impõe a outra, violência nociva à moral, de forma exagerada, com habitualidade, causando graves danos à vítima.

Conforme as lições de Barros (2005, p. 871-872):

O assédio moral está diretamente ligado à nossa própria estrutura emocional e sentimental, a que chamamos de caráter. Trata-se, pois, de um atentado contra a dignidade humana, que de início se manifesta nos ambientes familiar e escolar, e que mais tarde, na vida adulta, pode chegar ao ambiente de trabalho e em outras áreas da sociedade, em forma de potencial ação negativa decorrente de ciúmes, inveja e rivalidades quando se depara com exibição de valores, relato de brilho e glória. Nessas situações, o Direito busca a proteção à dignidade da vítima, fato que justifica a punição do assédio moral, sendo este o seu fundamento.

Há outros fenômenos que ocorrem no ambiente de trabalho, mas que não devem ser confundidos com o assédio moral, a exemplo do estresse, o conflito, a gestão por injúria, as agressões pontuais, as más condições de trabalho e as imposições profissionais.

Consoante a Resolução 1488/98 do Conselho Federal de Medicina, para o estabelecimento do nexos causal entre os transtornos de saúde e as atividades do trabalhador, além do exame clínico (físico e mental) e os exames complementares, quando necessários, deve o médico considerar a história clínica e ocupacional, decisiva em qualquer diagnóstico e/ou investigação de nexos causal; o estudo do local de trabalho; o estudo da organização do trabalho; os dados epidemiológicos; a literatura atualizada; a ocorrência de quadro clínico ou sub clínico em trabalhador exposto a condições agressivas; a identificação de riscos físicos, químicos, biológicos, mecânicos, estressantes, e outros; o depoimento e a experiência dos trabalhadores; os conhecimentos e as práticas de outras disciplinas e de seus profissionais sejam ou não da área de saúde (Artigo 2º da Resolução CFM 1488/98).

Pontua que com tanta humilhação e constrangimento a vítima mergulha em depressão, angústia, solidão, distúrbios do sono, conflitos internos e sentimentos confusos que acabam por reafirmar o sentimento de inutilidade e fracasso pessoal e profissional. Enquanto as mulheres expressam a sua indignação por meio do choro, tristeza e mágoas, os homens sentem-se revoltados, traídos, envergonhados diante dos colegas e familiares, sentem vontade de se vingar e buscam o isolamento. A sensação de inutilidade gera tremores, palpitações, perda da libido e, leva, muitas vezes, a pensamentos de tentativa de suicídios.

Ainda, o autor acima citado informa que o assédio moral é evidenciado por ações como agravos, injúrias, difamações, ofensas, afrontamentos, discussões,

humilhações, perseguições, aplicadas de forma intensa, sutil e constante pelo detentor do poder.

Consoante Hirigoyen (2002, p. 76), “o assédio moral existe em toda a parte”, e apesar de não ser um assunto novo (HIRIGOYEN, 2002b apud SCANFONE e TEODOSIO, 2004), é uma questão delicada e pouco discutida (PRZELOMSKI, 2002; BARRETO 2000 apud SCANFONE, 2004).

Oportuno mencionar que o assédio moral, no ambiente de trabalho, pode ser tanto vertical quanto horizontal. O assédio moral vertical é o mais frequente, sendo praticado num fluxo descendente, no qual a pessoa se utiliza da sua autoridade para praticar o abuso. Todavia, o assédio moral horizontal, de colega para colega, ocorre motivado, principalmente, quando um colega não consegue conviver com a ascensão profissional do outro.

Os sujeitos causadores do assédio moral podem ser uma pessoa de forma isolada ou até mesmo um grupo de pessoas. O agente assediador, muitas vezes, tem atitudes perversas em relação a sua vítima, agindo de forma a humilhar e massacrar seu alvo.

O assédio moral traz uma série de consequências nocivas para o ambiente de trabalho. A organização, como um todo, é atingida pelo assédio moral, sofrendo, assim, os seus efeitos. Assim, o assédio moral é responsável pela instalação de um clima desfavorável na empresa, de tensão, competição e, também, pela queda da produtividade. Além disso, o assédio moral culmina em prejuízos econômicos para o empregador.

Ademais, outras consequências advindas do assédio moral podem ser citadas - a alteração na qualidade do serviço, a menor qualidade do serviço, o absenteísmo físico, doenças profissionais, danos aos equipamentos, aumento de demandas trabalhistas com pedidos de reparação por danos morais, menor criatividade e menos iniciativa do trabalhador.

Contudo, de forma geral, os perfis das vítimas do assédio moral tendem a ser ocupados por pessoas que temem a desaprovação e com tendência a se culparem. Para Guedes (2003, p. 63 apud OLIVEIRA, 2004):

A vítima do terror psicológico no trabalho não é o empregado desidioso, negligente. Ao contrário, os pesquisadores encontraram como vítimas justamente os empregados com um senso de responsabilidade quase patológico, são ingênuas no sentido de que acreditam nos outros e naquilo que fazem, são geralmente pessoas bem-educadas e possuidoras de valiosas qualidades profissionais e morais. De um modo geral, a vítima é escolhida justamente por ter algo mais. E é esse algo mais que o perverso busca roubar. As manobras perversas reduzem a auto-estima, confundem e levam a vítima a desacreditar de si mesma e a se culpar. Fragilizada emocionalmente, acaba por adotar comportamentos induzidos pelo agressor. Seduzido e fascinado pelo perverso o grupo não crê na inocência da vítima e acredita que ela haja consentido e, consciente ou inconscientemente, se já cúmplice da própria agressão.

Cabe trazer a baila os percentuais das vítimas de assédio trazidos por Hirigoyen (2002, p. 95, 99, 123 e 124) que aponta em seus estudos uma clara diferença entre os assediados com relação ao sexo: 70% de 25 mulheres contra 30% de homens. Além disso, ele estratificou as áreas em que mais se verificou a presença de assediados e a faixas etárias, com seus respectivos percentuais.

É evidente que o assédio moral causa danos permanentes à vítima, assim, ele deve ser punido em todas as suas formas. Urge a criação de leis específicas para regulamentar essa matéria, mas, por enquanto, o lesado pelo assédio moral pode recorrer em Juízo a indenização pelo dano moral assegurada pela nossa Constituição Federal de 1988.

CAPÍTULO V - A SOCIEDADE DE INFORMAÇÃO E O PARADOXO DA PROTEÇÃO À PRIVACIDADE DO EMPREGADO

Hodiernamente, nas relações de trabalho, muito se tem debatido acerca da sociedade de informação em confronto com a proteção da privacidade do empregado. Entretanto, ainda hoje, esse é um tema altamente polêmico.

O advento das novas tecnologias aplicadas no ambiente de trabalho culmina no risco de erosão da privacidade do empregado diante das novas tecnologias. É o que defende Marina Weinshenker (2013 p. 51-52-53):

O alargamento do emprego da eletrônica e da cibernética ameaça, mesmo agora, no seu nascedouro, os próprios direitos individuais, historicamente protegidos, e que dizem respeito à liberdade e à inviolabilidade do cidadão.

O Direito não pode ignorar a Revolução Digital, ao contrário, tem de dar conta de receber as novas tecnologias, protegendo a pessoa, para, assim,

manter intacta sua dignidade. Este é o fundamento da existência do próprio Direito.

O mesmo raciocínio pode ser complementado pelas lições de Amauri Mascaro Nascimento (1998 p. 399) que também enxerga novos desafios advindos do desenvolvimento tecnológico quando considera que a informática, o computador e a internet trazem vantagens, mas, também, alguns problemas novos. As grandes modificações advindas desse fenômeno à humanidade são conhecidas de todos, sendo certo, porém, que tal revolução ainda parece estar em curso, apresentando, paulatinamente, novos meios de controle, vigilância, armazenamento e propagação de dados do ser humano, no caso, do empregado.

A principal preocupação dos operadores do Direito reside na preservação da dignidade da pessoa humana em face da crescente tecnologia, mais especificamente, tutelando a sua intimidade e privacidade inerente a todo e qualquer cidadão.

Nesse ínterim, Símon (2000, p. 64) sustenta que:

Embora sempre tenha sido relevante, a questão passou a ganhar maior destaque com a revolução tecnológica que vem facilitando, cada vez mais, a coleta, o armazenamento, o processamento e a transmissão de dados. Os meios eletrônicos de arquivos e formação de banco de dados são “de uma rapidez antes inimaginável e podem fazer cruzamentos quase que instantâneos das informações existentes nos arquivos mais variados.

Comungando do pensamento exposto acima, José Serpa Santa Maria (1987, p. 48) alerta que “Ocorre que os bancos de dados estão sendo criados também com o objetivo de armazenar dados pessoais e arquivos confidenciais, cujo principal fim é captar e arquivar a privacidade alheia”.

Ademais, o autor citado acima diz que há uma verdadeira “nulificação da individualidade”. Para ele, a crescente desproporção entre o progresso dos instrumentos técnicos, do maquinário sofisticado, e o culto dos valores espirituais, evidencia o dilema em que o povo se transforma em massa e o indivíduo é mera peça, possível de numeração, dentro das grandes concentrações industriais que passam a aceitar a abdicação da própria privacidade.

Diante do exposto, resta claro e evidente que os direitos fundamentais do empregado não podem sucumbir em virtude dos avanços tecnológicos

implementados no ambiente de trabalho. Para solucionar quaisquer conflitos pertinentes a esse tema, o operador do direito deverá se valer da técnica da ponderação dos interesses em colisão que será aprofundada logo a seguir.

5.1. A PONDERAÇÃO DOS INTERESSES EM COLISÃO

A técnica da ponderação dos interesses em colisão auxilia o operador do direito nas situações práticas em que há conflitos normativos entre valores ou direitos. Nas palavras de George Marmelstein (2014, p. 382) sustenta que:

A ponderação é uma técnica de decisão empregada para solucionar conflitos normativos que envolvam valores ou opções políticas, em relação aos quais as técnicas tradicionais de hermenêutica não se mostram suficientes. É justamente o que ocorre com a colisão de normas constitucionais, pois, nesse caso, não se pode adotar nem o critério hierárquico, nem o cronológico, nem a especialidade para resolver uma antinomia entre valores. No fundo, a ponderação não passa de um dever de argumentar com transparência, forçando o julgador a expor, com ética e consistência, todos os motivos relevantes que o levaram a decidir em favor de um ou outro princípio constitucional. É certo que a ponderação está longe de ser um modelo perfeito e acabado, até porque, por si só, ela não oferece nenhuma resposta segura e cem por cento objetiva para os difíceis casos que envolvem direitos fundamentais. No entanto, essa técnica (se utilizada corretamente e com ética argumentativa) é o melhor que se tem até o presente momento em matéria de interpretação dos direitos fundamentais.

Em se tratando da técnica da ponderação, destaca-se o “princípio da harmonização ou a concordância prática”. Assim, através desse princípio, há uma tentativa de equilíbrio entre os valores conflitantes no caso concreto, visando a preservação ao máximo possível desses direitos.

No entanto, nas situações práticas, muitas vezes não será possível conciliar os interesses em conflito. Isso porque, em determinadas situações, a proteção de um dado direito fundamental ocasionará a violação de outro bem jurídico protegido constitucionalmente. Deverá ser realizado o sopesamento de valores, de modo a buscar a melhor solução possível.

Nesse sentido, inclina-se Vírgilo Afonso da Silva (2006, p. 44), ao explicar que:

É possível que, em casos concretos específicos, após a aplicação da proporcionalidade e de sua terceira sub-regra, a proporcionalidade em sentido estrito (sopesamento/ponderação), nada reste de um determinado

direito. Por mais que isso soe estranho e possa passar uma certa sensação de desproteção, isso apenas reflete o que ocorre em vários casos envolvendo direitos fundamentais. Quando alguém, por exemplo, tem seu sigilo telefônico devassado e suas conversas interceptadas, nada sobra desse direito fundamental. Quando se proíbe a exibição de um determinado programa de televisão ou a publicação de determinada matéria jornalística, também sobra pouco ou nada da liberdade de imprensa naquele caso concreto. Quando alguém é condenado a uma pena de reclusão, sua liberdade de ir e vir é aniquilada. Ou, por fim- e talvez de forma ainda mais clara-, quando alguém tem um terreno que é desapropriado, o seu direito, nesse caso concreto, desaparece por completo. Em diversos casos semelhantes, por ser impossível graduar a realização de um determinado direito, qualquer restrição a ele é uma restrição total ou quase total.

Nas aludidas situações (de conflito), a harmonização revela-se inviável, uma vez que urge a necessidade de sopesamento dos direitos divergentes. Na colidência entre as normas fundamentais, é necessário escolher aquela que “vale mais” para não ser sacrificada. Essas hipóteses, hoje, são frequentes no direito do trabalho, principalmente nas situações que envolvem os direitos da privacidade e intimidade do emprego x o poder diretivo do empregador.

Em complemento, cabe trazer à baila, mais uma vez, as lições de George Marmelstein (2014, p. 389) ao discorrer que:

De fato, apesar de não existir, do ponto de vista estritamente normativo, hierarquia entre os direitos fundamentais, já que todos estão no mesmo plano jurídico-constitucional (princípio da unidade da Constituição), parece inquestionável, sob o aspecto ético/valorativo, a existência de diferentes níveis de importância dos direitos previstos constitucionalmente. Certamente, alguns direitos “valem” mais do que outros, sobretudo diante de conflitos que podem surgir em casos concretos, podendo, nesse aspecto, falar-se em hierarquia axiológica entre as normas constitucionais, incluindo-se aí, obviamente os direitos fundamentais.

Por fim, podemos afirmar, em breves linhas, que uma vez surgida a colisão entre os princípios, é preciso passar ao processo de atribuição do peso de cada um, ou seja, utilizar-se da técnica da ponderação ora explanada, tendo como norte o princípio da dignidade da pessoa humana.

5.2. DOS PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E DA PROPORCIONALIDADE

Doutrinariamente, afirma-se que a colisão dos direitos fundamentais é decorrente da sua natureza principiológica. No entanto, os princípios não são

absolutos, tendo a sua aplicabilidade determinada pela possibilidade jurídica e fática no caso concreto.

É essencial que o operador do direito busque, sempre, a máxima otimização da norma, evitando o sacrifício de outros direitos protegidos. Nesse sentido cumpre destacar o ensinamento dado por George Marmelstein (2014, p. 368-369):

O grande paradoxo é justamente este: apesar de serem os valores mais importantes, ocupando o ponto mais alto da hierarquia jurídica, eles podem ser restringidos caso o seu exercício possa ameaçar a coexistência de outros valores constitucionais. Se não houvesse limites para o exercício de direitos fundamentais, seria um verdadeiro caos. Imagine se todos pudessem fazer o que quisessem mesmo que prejudicassem outras pessoas. Numa situação assim, voltaríamos à lei do mais forte.

É pertinente afirmar que os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade auxiliam o operador do direito na técnica da ponderação de conflitos. No entanto, os referidos princípios não se confundem, tendo assim, significados e aplicações distintas.

Nesse íterim, Antunes (2006, p. 17) ensina que o princípio da proporcionalidade possui uma maior abstração do que o princípio da razoabilidade, ainda, vislumbra-se que a razoabilidade possui uma função negativa, enquanto que a proporcionalidade uma função positiva.

Por outro lado, a fim de verificar se a lei que limita determinado direito fundamental é válida ou inválida é preciso utilizar o princípio da proporcionalidade. Conforme o escólio de George Marmelstein (2014, p. 370), o princípio da proporcionalidade é o instrumento necessário para aferir a legitimidade de leis e atos administrativos que restringem direitos fundamentais. Por isso, esse princípio é chamado de “limite dos limites”. O objetivo da aplicação da regra da proporcionalidade é, sobretudo, fazer com que nenhuma restrição a direitos fundamentais tome dimensões desproporcionais.

Importante acrescentar, que o princípio da proporcionalidade não deve ser dissociado do princípio da proteção do núcleo essencial. É o que defende George Marmelstein (2014, p. 397):

Pode-se dizer que o princípio da proteção ao núcleo essencial deve ser sempre associado ao princípio da proporcionalidade. Se uma lei que

restringe determinado direito fundamental é proporcional, então será válida, mesmo que, eventualmente, atinja o núcleo essencial de um direito.

A utilização do princípio da proporcionalidade deve ser feita com a ponderação dos direitos fundamentais, à luz do caso concreto quando, de fato, haja uma colisão entre os mesmos. Nesse sentido, Bonavides (2002, p. 397) afirma que é possível enfim dizer, a esta altura, que o princípio da proporcionalidade é hoje axioma do Direito Constitucional, corolário da constitucionalidade e cânone do Estado de Direito.

Ademais, ressaltamos, ao longo do trabalho, que não há guarida no nosso ordenamento jurídico para quaisquer tipos de abusos, assim é preciso invocar sempre o princípio da proibição de abuso de direito fundamental, a fim de evitar arbitrariedades e injustiças.

5.3. A TEORIA DE ALEXY E A POSSIBILIDADE DE SOLUÇÃO DO CONFLITO

A consagrada Teoria de Robert Alexy promoveu um avanço notório em sede de resolução dos conflitos, sobretudo no que diz respeito aos direitos fundamentais e as técnicas de ponderação. Nesse sentido, Robert Alexy (2015, p. 85):

Para a teoria dos direitos fundamentais, a mais importante delas é a distinção entre regras e princípios. Essa distinção é a base da teoria da fundamentação no âmbito dos direitos fundamentais e uma chave para a solução de problemas centrais da dogmática dos direitos fundamentais. Sem ela não pode haver nem uma teoria adequada sobre as restrições a direitos fundamentais, nem uma teoria suficiente sobre o papel dos direitos fundamentais no sistema jurídico. Essa distinção constitui um elemento fundamental não somente da dogmática dos direitos de liberdade e igualdade, mas também dos direitos a proteção, a organização e procedimento e as prestações em sentido estrito.

Outrossim, nos casos de colisões entre princípios e conflitos entre regras fica nítida a diferença entre regras e princípios. Nas palavras de Robert Alexy (2015, p. 92 e 93), comum às colisões entre princípios e aos conflitos entre regras é o fato de que as normas, se isoladamente aplicadas, levariam a resultados inconciliáveis entre si, ou seja, a dois juízos concretos de dever-ser jurídico contraditórios.

O célebre autor, mencionado acima, defende que nas colisões entre princípios devem ser solucionadas de forma diversa. Assim, se dois princípios

colidem, um dos princípios terá que ceder. Na verdade, o que ocorre é que um dos princípios tem precedência em face do outro em dada situação.

Segundo o pensamento de Alexy, a definição dos princípios como mandamentos de otimização, ocorre por eles serem normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível, dentro das possibilidades jurídicas e reais existentes, sendo que as possibilidades jurídicas são determinadas pelos princípios e regras em oposição. As regras, por sua vez, são mandamentos definitivos, que só podem ser cumpridos ou não, de forma que, se forem válidas, devem ser cumpridas exatamente na forma exigida.

Robert Alexy defende, em sua obra, a possibilidade lógica de restrições a direitos fundamentais, dividindo elas em: restrições diretamente constitucionais e restrições indiretamente constitucionais. Além disso, ele traz a “garantia do conteúdo essencial como restrição das restrições”.

Ademais, Robert Alexy, aponta a ponderação como o pilar que possibilita resolver eventuais colisões de princípios, como também manter sua normatividade sem que sejam excluídos do ordenamento jurídico.

Robert Alexy afirma que o principal critério distintivo entre uma regra e um princípio é o modo como eles se comportam no caso de colisão. Assim, as regras estão vinculadas à subsunção e os princípios à ponderação.

Oportuno mencionar que a estrutura das soluções de colisões é apresentada por Alexy através da lei de colisão. Essa lei tem enorme importância, pois demonstra que é o resultado da ponderação que deve ser objeto de fundamentação.

O estudo da teoria dos princípios de Robert Alexy, aponta a ponderação como a solução mais adequada para a colisão de princípios. Dessa forma, apesar das objeções existentes, é possível através da ponderação obter, na maioria dos casos, uma solução adequada à colisão de princípios, garantindo sua normatividade e preservando a Constituição Federal.

5.4. O CONTRADITÓRIO E A AMPLA DEFESA NA RELAÇÃO DE EMPREGO

Não é nenhuma novidade que o contraditório e a ampla defesa devem ser observados nas relações privadas, incluindo a relação de emprego. Consoante o entendimento de Claudimir Supioni Junior e Jeana Silva Sobral (2012, p. 99), a aplicação dos princípios do contraditório e da ampla defesa nas relações privadas não encontra solução completa no direito positivo, sendo necessário abordá-lo sob uma visão pós-positivista. É onde se encontra o campo mais fértil de discussão a respeito da eficácia dos direitos fundamentais.

O entendimento atual pauta-se na ideia de que garantia constitucional à ampla defesa e ao contraditório não se limita a salvaguardar o indivíduo contra o Estado, mas também a resguardá-lo de outros particulares. Dessa forma, o Estado não é mais o único centro poderoso que oprime o cidadão, existindo, atualmente, empresas que não respeitam de forma efetiva os direitos dos seus empregados.

Da redação da Constituição Federal de 1988, precisamente em seu art. 5º, parágrafo 1º: “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata, podemos extrair que essas disposições são autoaplicáveis.

Alexandre de Moraes (2005, p. 47), traz um elucidativo conceito a respeito da ampla defesa e do contraditório. Vejamos:

Por ampla defesa entende-se o asseguramento que é dado ao réu de condições que lhe possibilitem trazer para o processo todos os elementos tendentes a esclarecer a verdade ou mesmo de omitir-se ou calar-se, se entender necessário, enquanto o contraditório é a própria exteriorização da ampla defesa, impondo a condução dialética do processo (par conditio), pois a todo ato produzido pela acusação caberá igual direito da defesa de opor-se-lhe ou de dar-lhe a versão que melhor lhe apresente, ou, ainda, de fornecer uma interpretação jurídica diversa daquela feita pelo autor.

Na mesma linha de raciocínio, José João Abrantes (2005, p. 44-45), defende que a autonomia privada e a liberdade contratual supõem, para serem efetivas, a igualdade, quer jurídica, quer real, dos contratantes, uma vez que, sem essa situação, toda a autodeterminação do sujeito de direito é excluída a priori.

A constitucionalização do direito do trabalho possibilitou a aplicação dos princípios do contraditório e da ampla defesa nas relações trabalhistas, sendo uma importante conquista para esse ramo do Direito.

Deste modo, houve a transposição dos direitos dos trabalhadores para o catálogo constitucional dos direitos fundamentais. Deste modo, as garantias constitucionais passaram a irradiar seus efeitos nas relações privadas do Direito do Trabalho.

É pertinente trazer as lições do procurador do trabalho Marcos Duanne de Almeida (2011, p. 05) a respeito do tema:

Com efeito, a dignidade da pessoa humana, um dos substratos da República Federativa do Brasil, constitui um legítimo repúdio à aplicação de penalidade sem a garantia de defesa para o acusado. É flagrante a humilhação e o despreço pela pessoa humana na aplicação sumária de penas. Restringir o direito de defesa apenas ao processo penal ou somente a este, aos processos judiciais em geral e ao processo administrativo é negar ao empregado, já subordinado juridicamente (e economicamente mais fraco, em regra), o direito de se escusar perante uma acusação injusta

Os princípios do contraditório e da ampla defesa vem evoluindo sensivelmente, habitando o rol dos direitos fundamentais desde a primeira constituição brasileira. Contudo, os referidos princípios, com o passar do tempo, tem ampliado suas extensões subjetiva e objetiva.

O Supremo Tribunal Federal posiciona-se no sentido de reconhecer os direitos fundamentais vinculados tanto aos entes estatais quanto às relações privadas. Assim, o direito ao exercício do contraditório e da ampla defesa deve ser sempre assegurado, principalmente nas situações em que o ato de um particular for nocivo aos direitos do outro.

CAPÍTULO VI - JULGADOS IMPORTANTES ACERCA DA INTIMIDADE E DA PRIVACIDADE DO EMPREGADO DIANTE DA SUBORDINAÇÃO E DO PODER DIRETIVO DO EMPREGADOR

Foram selecionados julgados sobre a intimidade e a privacidade do empregado diante da subordinação e do poder diretivo do empregador, à luz dos direitos fundamentais, para facilitar a compreensão, bem como visualizar a aplicação prática do tema em análise.

Felizmente, os tribunais superiores pátrios têm suas decisões amparadas na constituição federal, respeitando os direitos fundamentais do trabalhador. Os julgados abaixo colacionados refletem esse posicionamento.

TRT-2 – recurso ordinário RO 1101720125020 SP 000011720125020254 a28
Apelação APL 00057390420098260627 SP 0005739-04.2009.8.26.0627 TRT-2

Data de publicação: 18/11/2013

Ementa: INSTALAÇÃO DE CÂMERA DE VIGILÂNCIA EM VESTIÁRIO. ABUSO DO PODER DIRETIVO. **OFENSA À INTIMIDADE E À PRIVACIDADE DO TRABALHADOR.** INDENIZAÇÃO DEVIDA. 1. O agente estatal pode invocar razões de convicção **religiosa** para se eximir de obrigação funcional. Exigência de prestação alternativa que depende de fixação em lei. Privação do direito que só cabe quando também se recusa à prestação alternativa. Inteligência do art. 5º, VI e VIII, CF. 2. Dispensa de servidor aos sábados durante período excepcional de reposição de aulas. Admissibilidade. Segurança concedida. Sentença mantida. Reexame necessário, considerado interposto, e recurso desprovido.

TRT-3 – recurso ordinário RO 00105-2004-016-03-00-0.110 TRT-3

Data de publicação: 10/09/2004

Ementa: ABUSO DO PODER DIRETIVO E FISCALIZATÓRIO. DANO MORAL CONFIGURADO. REPARAÇÃO DEVIDA. A prática adotada pela empregadora para a cobrança da produtividade, expondo o empregado a constrangimento e humilhação, bem como a fiscalização excessiva do trabalho prestado, através de escuta e gravação de ligações telefônicas, expondo o trabalhador a situação constrangedora e degradante, configura ilicitude na conduta empresária. **Não obstante se reconheça o poder empregatício conferido ao empregador, é inadmissível o exercício abusivo das prerrogativas fiscalizatória e diretiva, de molde implicar agressão à privacidade, à intimidade, e até mesmo a honra do empregado, resultando na ofensa à dignidade da pessoa humana em evidente afronta a princípios constitucionais.**

TRT-12 – RECURSO DE REVISTA 03816200801612000 SC 03816-2008-016-12-00-0 TRT-12

Data de publicação: 06/11/2009

Ementa: RECURSO DE **REVISTA**. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. **REVISTA PESSOAL**. O quadro fático delineado pelo Tribunal Regional demonstra a existência de **revista pessoal** nos empregados, sem o contato físico, bem como que tal prática se dava de forma generalizada. Ressalvo meu posicionamento de que a revista – íntima ou não -, viola a dignidade da pessoa humana e a intimidade do trabalhador. Contudo, acompanho o entendimento dessa Corte no sentido de que a revista pessoal, sem contato físico, não afronta a intimidade, a dignidade e a honra. Indevida, portanto, a indenização por dano moral.

TST – recurso de revista 1987001120135130023 tst

Data de publicação: 30/04/2005

Ementa: RECURSO DE **REVISTA**. DANO MORAL. REVISTA EM OBJETOS PESSOAIS DO EMPREGADO. **Esta Corte Superior do Trabalho tem se inclinado no sentido de que a revista em objetos pessoais, sacolas e bolsas, dos empregados da empresa, procedida de forma impessoal, geral, sem contato físico ou exposição de sua intimidade, não submete o trabalhador a situação vexatória ou caracteriza humilhação. Trata-se, de fato, do exercício do poder diretivo e fiscalizador do empregador, revelando-se lícita a prática desse ato.**

Diante dos julgados acima expostos, resta claro que os direitos fundamentais dos trabalhadores, sobretudo quando atingem a esfera da sua dignidade, não podem ser suprimidos pela arbitrariedade do empregador.

CONCLUSÃO

Diante do exposto, concluímos que os direitos fundamentais dos trabalhadores precisam ser efetivamente respeitados nos contratos de trabalho. Mesmo com o advento de novas tecnologias, aplicadas ao contrato de trabalho, a intimidade e a privacidade do empregado não podem ser suprimidas.

Em complemento, os direitos à intimidade e à privacidade dos trabalhadores brasileiros devem ser garantidos de forma absoluta frente ao poder diretivo do

empregador. Contudo, no ambiente de trabalho não deve haver quaisquer tipos de abuso de direito perpetrados pelo empregador.

Ressaltamos ao longo do trabalho a importância da garantia dos direitos dos empregados que assegurem a sua dignidade e cidadania. Isso porque, ao contrário, a deflagração do assédio moral, no ambiente de trabalho, gera uma série de males e ameaça a saúde do obreiro.

Ademais, não podemos esquecer que a técnica da ponderação de interesses é fundamental para resolver as questões de colisões dos direitos fundamentais. Além disso, a ponderação de interesses é responsável por materializar o princípio da razoabilidade e da proporcionalidade.

Por fim, é imperioso afirmar que todos os direitos dos trabalhadores, inclusive os seus direitos inespecíficos, devem ser preservados, em conformidade com o disposto na Constituição Federal de 1988. Ao passo que o ambiente de trabalho é um espaço de afirmação dos direitos fundamentais, não havendo espaço para condutas atentatórias à dignidade do empregado tampouco aos seus direitos de personalidade.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Malheiros Editora, 2ª Ed. São Paulo, 2015.

ALMEIDA, Cléber Lúcio de. **Abuso do direito no processo do trabalho**. Belo Horizonte: Inpedita, 2000.

ALMEIDA, Marcos Duanne De. **Do direito ao contraditório e à ampla defesa na aplicação de penalidades na relação de emprego**. Disponível em: <http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/files/anexos/26089-26091-1-PB.pdf>. Acesso em: dez. 2017.

ALMEIDA, Renato; SUPIONI, Claudimir; SOBRAL, Jeana. **Direitos Laborais Inespecíficos**. São Paulo: LTR, 2012.

AMARAL, Julio Ricardo de Paula. **Aplicação dos direitos fundamentais no âmbito das relações do direito do trabalho**. Ed. LTR, 2007.

ANTUNES, Roberta Pacheco. **O princípio da proporcionalidade e sua aplicabilidade na problemática das provas ilícitas em matéria criminal**, 2006.

BARBOSA JUNIOR, Floriano. **Direito à intimidade- direito fundamental e humano na relação de emprego**. São Paulo: LTR, 2008.

BARROS, Maria Alice. Assédio Moral. **COAD Doutrina e Jurisprudência**, n. 40, 10 outubro, 2004.

BARROS, Maria Alice. **Curso de Direito do Trabalho**. São Paulo: LTR, 2017.

BARRETO, Margarida “**Assédio moral: o risco invisível no mundo do trabalho**”. <http://www.redesaude.org.br/home/conteudo/biblioteca/biblioteca/jornal/009.pdf>. Acesso em: 17 dez. 2017.

BARRETO, Margarida Maria Silveira. Uma jornada de humilhações. 2000. 266f. Dissertação (Mestrado em Psicologia Social) – PUC, São Paulo, 2000.

BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 16 ed. São Paulo: Malheiros. 2005.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. 6.ed. Coimbra: Almeida, 1996.

CISNEIROS, Gustavo. **Direito do Trabalho Sintetizado**. 1 ed. São Paulo: Método, 2016.

CUNHA JUNIOR, Dirley. **Curso de Direito Constitucional**. Salvador. Juspodvm, 2008.

DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr, 2005.

DUARTE, Luísa Sousa Afonso de Campos. **Assédio Moral no Ambiente de trabalho**. Disponível em: Atenas.edu.br. Acesso em 20 de janeiro de 2018.

FACHIN, Luis Edson. **Teoria Crítica do Direito Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

FRANCO FILHO, Georgenor de Sousa. **Globalização do trabalho: rua sem saída**. São Paulo: LTr, 2001.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Processo constitucional e direitos fundamentais**. São Paulo: Bastos, 1999

GODINHO, Mauricio. **Curso de Direito do Trabalho**, 15ª Ed. São Paulo: LTr, 2016.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 3. Ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

HAIZENREDER JUNIOR, Eugênio. **Direito à privacidade e poder diretivo do empregador, o uso do email no trabalho**. São Paulo: Atlas, 2009.

HIRIGOYEN, Marie-France. **Mal estar no trabalho - redefinindo o assédio moral**. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2002, 350 p.

LEYMANN, Heinz. **The mobbing encyclopaedia**. Disponível em - <http://assediomoral.org/spip.php?article129> Acesso em: 29 dez. 2017.

HORTA, Raul Machado. **Direito constitucional**. 4. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

JUNIOR, Floriano Barbosa. **Direito à intimidade. Direito Fundamental e humano na relação de emprego**. São Paulo: LTr, 2008.

LIMA FILHO, Francisco das C. **Observações sobre a questão da discriminação na relação de emprego**. Revista LTr. Ano 70. (Março de 2006).

MARANHÃO, Délio. **Instituições de direito do trabalho**. vol. I, 20ª ed. atual por Arnaldo Sussekind e João de Lima Teixeira. São Paulo: LTr, 2002.

MARTINEZ, Luciano. Curso de Direito do Trabalho. **Relações individuais, sindicais e coletivas do trabalho**. 6ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

MURARI, Marlon Marcelo. **Limites constitucionais ao poder de direção do empregador e os direitos fundamentais do empregado: o equilíbrio está na dignidade da pessoa humana**. São Paulo: LTr, 2008.

MARMELSTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais**. 5ª ed. São Paulo, Atlas, 2014.

NUNES, Rizzatto. **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana**. São Paulo: Saraiva, 2002.

OLIVEIRA, Antonio Carlos Paula. **Revista Pessoal de Empregado – Exercício – Limite- Abuso**. São Paulo: LTr, 2011.

RODRIGUES, Américo. **Princípios de Direito do Trabalho**, tradução de Wagner D. Giglio, 3ª ed. atual., São Paulo: LTr, 2000.

RODRIGUEZ, Américo Plá. **Princípios do direito do trabalho**. São Paulo: LTr, 1978.

ROMITA, Arion Sayão. **Direitos Fundamentais nas relações de trabalho**. São Paulo: LTr, 2012.

RUPRECHT, Alfredo J. **Os princípios do direito do trabalho**. São Paulo: LTr, 1995.

SANTA MARIA, José Serpa de. **Direitos da personalidade e a sistemática civil geral**. Campinas, Julex, 1987.

SCANFONE, Leila; TEODÓSIO, Armindo dos Santos de Sousa. **Assédio moral nas organizações: a dinâmica do abuso de poder**. Disponível em: [p://www.ead.fea.usp.br/Semead/7semead/paginas/artigos%20recebidos/RH/RH09_-_Ass%20E9dio_Moral_nas_Organiza%20E7%20F5es.PDF](http://www.ead.fea.usp.br/Semead/7semead/paginas/artigos%20recebidos/RH/RH09_-_Ass%20E9dio_Moral_nas_Organiza%20E7%20F5es.PDF). Acesso em: 18 janeiro 2018.

SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e relações privadas**. 2ª Ed, Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008.

SARLET, Ingo. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais. Uma Teoria Geral dos Direitos Fundamentais na Perspectiva Constitucional**. 12ª. Ed Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2015.

SCHIMITT, Carlos. *Versfassungsrchtliche*, Reimp. Berlim, Neukoelm, 1954, p.165.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 13ª. Ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

SIMÓN, Sandra Lia. **A proteção constitucional da intimidade e da vida privada do empregado**. São Paulo: LTr, 2000.

SIMÓN, Sandra Lia. **Revistas Pessoais- direito do empregador ou desrespeito aos direitos humanos fundamentais do empregado**. COAD Doutrina e Jurisprudência, n 44, 07, novembro, 2004.

SOBRAL, Jeana Silva. **Direitos Laborais Inespecíficos. Os direitos gerais de cidadania na relação de trabalho**. São Paulo: LTr, 2012.

SUSSEKIND, Arnaldo, MARANHÃO, Délio, VIANA, Segadas. **Instituições de Direito do Trabalho**. 14.ed. atual. São Paulo: LTr, 1995.

WEINSCHENKER, Marina Santoro Franco. **A vida laboral e extralaboral do empregado**. São Paulo: LTr, 2013.