

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO
DEPARTAMENTO DE DIREITO ECONÔMICO E DO TRABALHO

PATRÍCIA ANTUNES FARIAS

**PODER FISCALIZATÓRIO DO EMPREGADOR EM RELAÇÃO À INTERNET E
REDES SOCIAIS DO EMPREGADO**

Porto Alegre

2015

PATRÍCIA ANTUNES FARIAS

**PODER FISCALIZATÓRIO DO EMPREGADOR EM RELAÇÃO À INTERNET E
REDES SOCIAIS DO EMPREGADO**

Trabalho de Conclusão de Curso de graduação apresentado ao Departamento de Direito Econômico e do Trabalho da Universidade Federal do Rio Grande do Sul como requisito parcial para a obtenção do grau de bacharela em Ciências Jurídicas e Sociais por esta Universidade

Orientador: Prof. Dr. Leandro do Amaral Dorneles de Dorneles

Porto Alegre

2015

PATRÍCIA ANTUNES FARIAS

**PODER FISCALIZATÓRIO DO EMPREGADOR EM RELAÇÃO À INTERNET E
REDES SOCIAIS DO EMPREGADO**

Trabalho de Conclusão de Curso de graduação apresentado ao Departamento de Direito Econômico e do Trabalho da Universidade Federal do Rio Grande do Sul como requisito parcial para a obtenção do grau de bacharela em Ciências Jurídicas e Sociais por esta Universidade.

Aprovado em Porto Alegre, 18 de dezembro de 2015.

Prof. Dr. Leandro do Amaral Dorneles de Dorneles

Universidade Federal do Rio Grande do Sul

Orientador

Prof^a. Dra. Luciane Cardoso Barzotto

Universidade Federal do Rio Grande do Sul

Examinadora

Prof. Dr. Glênio José Wasserstein Hekman

Universidade Federal do Rio Grande do Sul

Examinador

Aos meus pais, por depositarem sua confiança em mim.

À minha avó Olina (in memoriam), a quem dedico o que sou hoje.

À Ada, por ser a luz dos meus olhos.

AGRADECIMENTOS

Primeiramente, agradeço a Deus, por guiar meus caminhos.

Agradeço à minha mãe, por acreditar sempre em mim; confiança que me fez seguir em frente. Agradeço ao meu pai, pelo apoio durante esta jornada. Agradeço aos meus familiares pelo incentivo.

À Luzimara Ferreira de Araújo, minha querida Ada, pela paciência, dedicação e carinho.

À Olina Abreu Antunes (*in memorian*). À Ondila D'ávila Torres (*in memorian*).

Agradeço aos amigos que a graduação me proporcionou, em especial à Aleska de Vargas Domingues, Letícia Sfoggia de Souza e Mário Cândido Muruci Daltrozo; e aos amigos João Baptista Alvares Rosito e Ronaldo Fernando Lacerda Pinto, para os quais sempre haverá luta. Ao meu professor Dr. Leandro do Amaral D. Dorneles, pela orientação.

À Lourdes Milder. À Denise Lottermann. Ao Raoni Domingues. Aos amigos de longa data, em especial Adriana de Arruda e Roger Kramer. Aos amigos da Nata, os quais dispensam outros títulos.

Agradeço aos que riram comigo, emocionaram-se comigo, torceram por mim. Por tudo isso, estou aqui hoje.

Mesmo se eu soubesse que amanhã o mundo se partiria em pedaços, eu ainda plantaria a minha macieira.

Martin Luther King.

Ubi homo, ibi societas; ubi societas ibi jus.

Ulpiano.

(Onde está o homem, está a sociedade; onde está a sociedade, está o direito)

RESUMO

Este trabalho propõe-se a analisar os limites da prerrogativa fiscalizatória do empregador em relação à internet e redes sociais do empregado. Desse modo, analisa os direitos fundamentais incidentes na relação de trabalho, o direito à intimidade do empregado, a relação de emprego, os poderes patronais, especialmente, o fiscalizatório. Posteriormente, verifica as possibilidades e limitações às prerrogativas patronais, no uso de internet e redes sociais pelo empregado no curso do contrato de trabalho. Para tanto, aborda as soluções jurisprudenciais existentes sobre a temática e, por fim, apresenta proposta aos conflitos.

Palavras-chave: intimidade do empregado, poder diretivo, poder fiscalizatório, redes sociais, internet.

ABSTRACT

The purpose of this coursework is to examine the limits of the monitoring privilege of the employer in relation to the internet and employee's social networks. Thereby, it analyzes the fundamental rights that takes place in the working relationship, the employee's right to privacy, the employment relationship, the employer's powers, especially the fiscalization. Later, it discovers the possibilities and limits on employers' prerogatives in the use of internet and social networks by employees in the course of employment contract. To this end, it discusses the existing jurisprudential solutions on the subject and, finally, presents the proposal to the conflict.

Keywords: employee's privacy, directive authority, monitoring authority, social networks, internet.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
1 A TUTELA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NA RELAÇÃO DE TRABALHO .	12
1.1 DIREITOS FUNDAMENTAIS	12
1.1.1 Breve histórico da evolução dos direitos fundamentais	12
1.1.2 Conceito	14
1.1.3 Eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas	17
1.2 INTIMIDADE DO EMPREGADO NO CONTRATO DE TRABALHO	22
1.2.1 Origem da intimidade	22
1.2.2 Princípios Constitucionais do Trabalho	25
2 PODERES PATRONAIS E LIMITES À PRERROGATIVA FISCALIZATÓRIA ...	29
2.1 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO DIREITO DO TRABALHO.....	29
2.1.1 Origem do Direito do Trabalho.....	30
2.1.2 Histórico do Direito do Trabalho no Brasil	33
2.1.3 Princípio da Proteção no Direito do Trabalho.....	35
2.1.4 Relação de Trabalho <i>versus</i> Relação de Emprego.....	37
2.2 PRERROGATIVAS PATRONAIS.....	43
2.2.1 Primeiros vestígios do poder.....	43
2.2.2 Poderes do empregador no contrato de trabalho	44
3 FISCALIZAÇÃO PATRONAL DE SISTEMAS ELETRÔNICOS, REDES SOCIAIS E INTERNET: LIMITES, POSSIBILIDADES E CONSEQUÊNCIAS	53
3.1 BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE TECNOLOGIA E INOVAÇÃO NO AMBIENTE DE TRABALHO	53
3.2 DIREITO À INTIMIDADE, À VIDA PRIVADA E AO SIGILO DE CORRESPONDÊNCIA DO EMPREGADO NA RELAÇÃO DE TRABALHO	54
3.2.1 Fiscalização por meios visuais	56
3.2.2 Monitoramento de sistemas eletrônicos, e-mail e redes sociais	56
3.2.3 Uso de redes sociais no trabalho.....	59
CONCLUSÃO.....	64

REFERÊNCIAS66

INTRODUÇÃO

Em recente notícia, divulgada pelo Tribunal Superior do Trabalho (TST), foi analisada a disseminação do uso das redes sociais na sociedade, demonstrando-se que sua presença constante no cotidiano das pessoas reflete-se, também, nas relações de trabalho. Conseqüentemente, tais assuntos começam a surgir com mais frequência nos processos que tramitam na Justiça do Trabalho, tornando-se objetos de defesa ou acusação nas ações enviadas à JT¹.

Tal notícia tem alguns aspectos principais: redes sociais e/ou internet e trabalho. O surgimento da internet e sua popularização meteórica fez com que ela entrasse para o mundo jurídico aos poucos, tendo servido como meio de prova, comprovação de autoria, denúncias criminais, entre outros. Hoje, porém, a internet já está consolidada, como meio de comunicação, informação, pesquisa, divulgação e, para o campo do Direito, inclusive para a tramitação de processos, haja vista a implantação dos processos eletrônicos. Não há dúvidas de que o Direito deve acompanhar a sociedade, bem como acompanhou, ao cingir a internet. Todavia, a internet veio acompanhada das redes sociais, as quais ainda não encontram previsão normativa e, paradoxalmente, têm sido objeto de ações judiciais com cada vez mais frequência.

Assim, também demonstrado em decisão recente do Tribunal Regional do Trabalho (TRT) da 15ª Região, que considerou válida a despedida de funcionário após “curtida” na rede social Facebook. No caso em questão, o reclamante foi despedido por justa causa, em função de ter “curtido” comentários negativos em face da reclamada, perpetrados por ex-funcionários desta na rede social Facebook. Oito, em cada dez brasileiros que acessam a internet, possuem conta no Facebook². A rede social é uma das maiores e mais acessadas do mundo, e a “curtida” demonstra sinal de aprovação com o conteúdo publicado. Nesse mesmo sentido, chamou atenção o fato de que ex-empregado da empresa, então reclamada, discorreu, publicamente, na rede social, diversos comentários negativos e ofensivos em relação a esta e a uma das sócias, sendo que o reclamante curtiu e comentou as publicações, o que foi interpretado como sinal de aprovação e concordância pelo juízo do TRT da 15ª região.

¹ Disponível em <http://www.tst.jus.br/noticia-destaque/-/asset_publisher/NGo1/content/objeto-de-defesa-e-acusacao-redes-sociais-figuram-em-aco-es-na-justica-do-trabalho>. Acesso em 02 out 2015.

² De acordo com dados divulgados pelo site G1. Disponível em <<http://g1.globo.com/tecnologia/noticia/2014/08/oito-cada-dez-internautas-do-brasil-estao-no-facebook-diz-rede-social.html>>. Acesso em 25 out 2015.

Do mesmo modo, outra notícia que chamou a atenção foi a da demissão de uma funcionária, pela rede social Twitter. A rede social em questão permite que o usuário manifeste seus pensamentos e opiniões, bem como compartilhe as de outrem, de modo público, em até 140 caracteres. No caso citado, a empregada comentou, na rede social, sua insatisfação ao iniciar no novo emprego, o que ocorreria no dia seguinte. A empregadora, por sua vez, surpreendeu a funcionária, ao demiti-la publicamente, em sua página no Twitter³. Tal atitude, sugere que a empregadora acompanhava as publicações da empregada na rede social, utilizando-se de meio vexatório para aplicar-lhe a demissão. O caso em questão ocorreu fora do Brasil e, por esse motivo, foi usado apenas exemplificativamente para demonstrar como as redes sociais estão, dos mais diversos modos, participando ativamente do cotidiano de trabalho.

O presente trabalho, ao apresentar decisões judiciais, vai limitar-se às abrangidas pelos Tribunais Regionais do Trabalho e Tribunal Superior do Trabalho, para que seja possível apresentar os casos com o máximo de informações e profundidade.

Dessa maneira, é inegável a profusão das redes sociais, internet, mensagens instantâneas, entre outros meios de comunicação, dentro do ambiente de trabalho ou relacionado a ele. Inclusive, há empresas que criam seus próprios ambientes virtuais, para facilitar o fluxo de procedimentos e comunicação entre os funcionários. Apesar disso, diversas vezes, as prerrogativas atribuídas ao empregador esbarram nos direitos dos funcionários, em relação ao assunto em comento. Assim, a proposta do presente estudo é analisar os direitos do trabalhador, especialmente o da intimidade, em relação aos poderes do empregador, destacando-se o de fiscalização.

³ Disponível em <<http://exame.abril.com.br/carreira/noticias/funcionaria-e-demitida-pelo-twitter-antes-de-seu-primeiro-dia-de-trabalho>>. Acesso em 25 out 2015.

1 A TUTELA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NA RELAÇÃO DE TRABALHO

O presente trabalho dedica-se a demonstrar os limites da prerrogativa fiscalizatória do empregador em relação à utilização da internet e redes sociais pelo empregado. Para tanto, traça-se o caminho dos direitos fundamentais, sua evolução histórica, âmbito de incidência e destinatários, com destaque ao direito à intimidade do empregado. Demonstra-se a eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas, campo no qual está inserido o contrato de trabalho, a fim de demonstrar de que forma os direitos fundamentais atuam como limitadores dos poderes patronais.

1.1 DIREITOS FUNDAMENTAIS

1.1.1 Breve histórico da evolução dos direitos fundamentais

José Afonso da Silva afirma que o pensamento cristão e a concepção dos direitos naturais, são as principais fontes de inspiração dos direitos fundamentais, de acordo a doutrina francesa. Sem tirar a visível participação do cristianismo e do jusnaturalismo, outras fontes são apontadas por Silva, como as doutrinas e concepções filosóficas. Em verdade, revela a necessária observação das lutas para a conquista destes direitos, revolucionariamente fundados⁴.

Silva analisa as *condições reais* ou *históricas* e as *condições subjetivas* ou *ideais* ou *lógicas* do surgimento dos direitos fundamentais. Na visão do doutrinador, observando o pensamento de Giogio Del Vecchio, que é de tendência jusnaturalista, as *condições reais* ou *históricas* traduzem-se na percepção da estrutura atrofiada da sociedade do século XVIII, que privilegiava a monarquia e o alto clero, em detrimento da sociedade progressista que se estruturava. Quanto às *condições subjetivas* ou *ideais* ou *lógicas*, diz-se das fontes filosóficas de inspiração. O cristianismo primitivo continha uma mensagem de libertação do homem, do que se verifica a afirmação da dignidade da pessoa humana. Ao passo que o pensamento cristão do século XVIII apoiava a monarquia absoluta e o alto clero. O direito natural dos séculos XVII e XVIII, fundado na natureza racional humana, faz tecer ao homem o Direito

⁴ SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 25 ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 172-173.

Positivo e o poder político, em contrapartida à concepção de “divinização”, sustentáculo da monarquia absoluta.

Além disso, Silva menciona que o pensamento iluminista, com sua crença sobre a ordem natural e ideias fundadas no individualismo do homem, assim como o Manifesto Comunista e as doutrinas marxistas, também serviram de fonte de inspiração para os direitos fundamentais. No tocante à forma das declarações de direitos, cita que, inicialmente, os direitos fundamentais surgiram como proclamações solenes, para, depois, integrarem o preâmbulo de constituições. Até que, atualmente, nos ordenamentos nacionais integram as constituições, obtendo, assim, o caráter concreto de norma positiva constitucional e, subjetivamente, em direito particular de cada povo⁵.

Segundo Marcelo Schenk Duque, “quando se fala da evolução dos direitos fundamentais, remete-se à criação dos direitos humanos que, no essencial, são os precursores dos modernos direitos fundamentais⁶”. Para Duque, a análise de tais direitos deve observar a perspectiva histórica, a qual remonta à Idade Média, época na qual já era possível vislumbrar raízes de direitos cujo conteúdo fosse baseado na liberdade.

Cita que a relação desproporcional de poder entre o Estado e o indivíduo fez surgir uma série de direitos e garantias com o intuito de impedir abusividades. Disso depreende-se que os direitos fundamentais foram sendo incorporados às sociedades a partir da conscientização da necessidade de proteção do indivíduo em face do Estado.

Arion Sayão Romita disciplina que os direitos fundamentais exercem uma função simultânea de direitos de defesa e de garantias à proteção estatal em face de terceiros. Como direitos de defesa, os direitos fundamentais forçam o Estado a respeitar os direitos dos indivíduos, contra a atuação estatal abusiva. Por outro lado, funcionam como garantia de proteção do Estado contra agressão de terceiros⁷.

⁵ SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 25 ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 172-174-175.

⁶ DUQUE, Marcelo Schenk. Curso de Direitos Fundamentais: teoria e prática [livro eletrônico]. 1 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 23-24.

⁷ ROMITA, Arion Sayão. Direitos Fundamentais nas Relações de Trabalho. São Paulo: LTr, 2014. p. 55.

1.1.2 Conceito

José Afonso da Silva, afirma que a evolução dos direitos fundamentais fez com que se encontrasse dificuldade em conceituá-los de maneira objetiva, tendo em vista o aumento significativo de expressões para designá-los, tais como *direitos humanos*, *direitos públicos subjetivos*, *direitos individuais*, *direitos naturais*, *direitos fundamentais do homem*, *liberdades públicas*, *liberdades fundamentais*⁸, conceitos a serem apresentados, segundo o autor, a seguir:

Direitos humanos é a expressão utilizada em antigos documentos internacionais, contra a qual se objetiva que não há direito que não seja do homem. No entanto, considerando a consolidação do direito ambiental e dos direitos dos animais, não se vislumbra suficientemente adequada tal expressão.

Os *direitos públicos subjetivos*, assim como os *direitos individuais*, encontram-se rigidamente atrelados a uma visão individualista do homem, razão pela qual não lograram êxito ao tentar definir os direitos fundamentais.

Quanto aos *direitos naturais*, referem-se os que são entendidos como inerentes ao homem. Seriam direitos inatos; cabíveis ao homem pelo fato de ser homem.

A expressão *direitos fundamentais do homem* significa direitos fundamentais da pessoa humana, referindo-se a uma indicação de que se trata de situações jurídicas sem as quais a pessoa não se relaciona, não convive e, em certa medida, não sobrevive.

Marcelo Schenk Duque⁹ relata existir dificuldade na conceituação dos direitos fundamentais, seja no plano nacional ou no plano internacional. Em um conceito simples, como refere, o jurista informa que os direitos fundamentais podem ser entendidos como “posições jurídicas essenciais, normalmente garantidas em uma constituição escrita, que protegem o cidadão contra intervenções dos poderes públicos¹⁰”. No entanto, o autor esclarece que tal conceito não se demonstra suficiente - embora estabeleça as linhas gerais do que são os direitos fundamentais -, haja vista faltarem-lhe elementos que componham a totalidade da ideia, tal como a questão da titularidade.

Em referência ao pensamento de Rudolf von Ihering, Duque constata que a essência dos direitos fundamentais é a pessoa, a garantia de sua dignidade. Além disso, constata que os

⁸ SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 25 ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 175-178.

⁹ DUQUE, Marcelo Schenk. Curso de Direitos Fundamentais: teoria e prática [livro eletrônico]. 1 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p 31-33.

¹⁰ *Ibidem*. p. 32.

bens e interesses jurídicos tutelados pelos direitos fundamentais não podem ser objeto de revogação pelo Estado. Tal conclusão é possível tendo em vista que o Estado não criou tais bens e interesses jurídicos, não possuindo, portanto, o condão de revogá-los, sendo sua origem anterior ao próprio Estado.

Ainda, para o autor, é razoável conceber os direitos fundamentais no mesmo sentido dos direitos humanos, havendo pouca diferenciação entre ambos. Em verdade, a diferenciação seria no fato de que os direitos humanos são considerados direitos “sobre-positivos”, encontrando sua validade em uma forma pré-estatal, ao passo que os direitos fundamentais, conforme esclarece “encontram o seu fundamento no direito posto pelo Estado, normalmente em constituições escritas¹¹”. E ainda:

Fato é que os direitos fundamentais são expressão dos direitos humanos, já que em sua totalidade limitam-se, no essencial, à garantia dos clássicos direitos civis e humanos, sendo que muitas constituições fazem menção a ambos, o que reforça a desnecessidade em torno de diferenciações mais detalhadas¹².

Ingo Wolfgang Sarlet considera que as expressões “direitos humanos” e “direitos fundamentais”, embora comumente utilizadas como sinônimos, não se coadunem por completo. Ainda que seja possível reconhecer os direitos fundamentais como sendo, também, direitos humanos (à medida em que têm como titular o homem, neste aspecto representado por uma coletividade), para o autor não parece correto inferir que ambos significam a mesma coisa¹³. Nesse sentido, faz a seguinte diferenciação, aproximando-se, em certa medida, das demais opiniões informadas:

[...] o termo “direitos fundamentais” se aplica para aqueles direitos do ser humano reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional positivo de determinado Estado, ao passo que a expressão “direitos humanos” guardaria relação com os documentos de direito internacional, por referir-se àquelas posições jurídicas que se reconhecem ao ser humano como tal, independentemente de sua vinculação com determinada ordem constitucional, e que, portanto, aspiram à validade universal, para todos os povos e tempos, de tal sorte que revelam um inequívoco caráter supranacional (internacional)¹⁴.

Sarlet menciona que, salvo algumas exceções da doutrina, expressões como “direitos individuais”, “direitos públicos subjetivos”, “direitos naturais”, e suas variações, não se relacionam mais com o estágio atual de evolução dos direitos fundamentais, diferenciando-se, assim, do pensamento de José Afonso da Silva, anteriormente citado.

¹¹ DUQUE, Marcelo Schenk. Curso de Direitos Fundamentais: teoria e prática [livro eletrônico]. 1 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 33

¹² *Ibidem*. p. 33.

¹³ SARLET, Ingo Wolfgang. Eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional [livro eletrônico]. 11 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 17-18.

¹⁴ *Ibidem*. p. 18.

Arion Sayão Romita, em referência à teoria de Véronique Champeil-Desplats, revela quatro tipos essenciais de concepções de fundamentalidades: axiológica, formal, estrutural e comum, expostos, a seguir, no pensamento do autor¹⁵.

Na concepção axiológica, ao qualificar um direito como fundamental, significa dizer que ele é inerente ao homem, por sua condição humana. Os direitos fundamentais independem, portanto, do reconhecimento do direito-positivo, sendo assim, verifica-se uma denotação jusnaturalista. Nesse sentido, os direitos fundamentais apresentam uma característica de universalidade, beneficiando a todos.

A concepção formal leva em consideração a hierarquia das normas. Dentro de um sistema jurídico, os direitos fundamentais são aqueles expressos como normas do mais elevado grau, sendo objeto de garantias especiais no tocante à sua alteração, modificação ou extinção.

Conforme a concepção estrutural, os direitos fundamentais são os que constituem a base de um sistema jurídico. Sem eles, o ordenamento jurídico perderia sua identidade, funcionamento e coerência.

A concepção comum considera o caráter de fundamentalidade como uma construção conjunta, na visão nacional e internacional. Tal consideração visa a construção de um conjunto de valores comuns, a fim de ensejar a construção de um *ius commune*.

Romita, então, conceitua os direitos fundamentais como os que, fundados na dignidade da pessoa humana, em dado momento histórico - variável conforme a época, circunstância e local -, asseguram a cada homem as garantias de liberdade, igualdade, solidariedade, cidadania e justiça¹⁶.

Para o presente trabalho, adota-se a definição de direitos fundamentais como sendo aqueles constitucionalmente reconhecidos, de maneira expressa ou tácita, a partir dos quais garante-se o mínimo de condições para o indivíduo existir, conviver e sobreviver de maneira digna.

Em relação aos destinatários dos direitos fundamentais, Duque afirma que o rol não é limitado. Embora, a princípio, remetam a direitos da pessoa física, é indubitável conceber que os direitos fundamentais são aplicáveis, também, à pessoa jurídica. Assim, é possível dizer

¹⁵ ROMITA, Arion Sayão. Direitos Fundamentais nas Relações de Trabalho. São Paulo: LTr, 2014. p. 52.

¹⁶ *Ibidem*. p. 53.

que nem todos os direitos fundamentais lhe são devidos, devendo, portanto, a pessoa jurídica, recorrer a eles no que lhe for aplicável¹⁷.

Tendo em vista a evolução dos direitos fundamentais, segundo Duque, a análise de sua tradição histórica encontra grande relevância, partindo de uma ótica que identificava estes direitos como próprios do indivíduo em relação ao Estado, para outra, mais abrangente, de proteção ao indivíduo, independentemente do tipo de relação jurídica existente, em face tanto de entes públicos, quanto privados¹⁸.

1.1.3 Eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas

Importante tratar do âmbito de proteção dos direitos fundamentais. Sarlet afirma que o âmbito de proteção dos direitos fundamentais está diretamente relacionado ao bem jurídico tutelado, o qual pode encontrar dificuldade em ser identificado, haja vista as indeterminações semânticas presentes nos textos normativos¹⁹. Para ele, ordem jurídica alguma é capaz de proteger os direitos fundamentais de maneira ilimitada, considerando-se, ainda, que tais direitos não estão absolutamente imunes a sofrer algum tipo de restrição, possibilidade constitucionalmente aceita. Sendo assim, resta esclarecido que os direitos fundamentais não são absolutos. Sarlet menciona:

No que diz respeito às espécies de limitações, registra-se substancial consenso quanto ao fato de que os direitos fundamentais podem ser restringidos tanto por expressa disposição constitucional como por norma legal promulgada com fundamento na Constituição. Da mesma forma, há quem inclua uma terceira alternativa, vinculada à possibilidade de se estabelecer restrições por força de colisões entre direitos fundamentais, mesmo inexistindo limitação expressa ou autorização expressa assegurando a possibilidade de restrição pelo legislador²⁰.

Neste aspecto, o núcleo essencial do direito fundamental funciona como uma salvaguarda, isto é, ainda que o legislador esteja autorizado a restringi-lo, há conteúdos invioláveis nos direitos fundamentais. Assim, embora admita a possibilidade de limitação aos direitos fundamentais, Sarlet refere que a restrição a esses direito não pode despi-los de um mínimo de eficácia e menciona:

[...] constata-se, desde logo, que não há como determinar em abstrato, para todos os direitos fundamentais, a amplitude de sua proteção contra reformas constitucionais,

¹⁷ DUQUE, Marcelo Schenk. Curso de Direitos Fundamentais: teoria e prática [livro eletrônico]. 1 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 37-39.

¹⁸ *Ibidem*. 30.

¹⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. Eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional [livro eletrônico]. 11 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 363.

²⁰ *Ibidem*. p. 366.

destacando-se, ainda, que tal proteção há que ser diferenciada, dependendo do direito fundamental que estiver em causa²¹.

Segundo Vólia Bomfim Cassar, “entende-se por eficácia o atributo da norma que possui todos os elementos que a torna capaz de produzir efeitos jurídicos²²”.

Sayonara Grillo Coutinho Leona da Silva afirma que os direitos de personalidade do empregado são aspectos dos direitos fundamentais, protegidos pelo artigo 5º, X, da Constituição, dentre os quais encontram-se os direitos à intimidade, à honra e à vida privada. Nesse contexto, por vezes, no exercício de direção da atividade empresarial, há uma colisão entre os interesses do empregador, com base no direito de propriedade, e os direitos de personalidade do empregado. Para a autora, a eficácia horizontal dos direitos fundamentais contrapõe-se à eficácia vertical, traduzida como a existente na relação entre o particular e o Estado²³. Leona da Silva afirma:

A doutrina e judiciário, então, passaram a entender que tais direitos deveriam ter aplicabilidade também nas relações entre particulares, sendo consagrada então a eficácia horizontal, a fim de evitar abusos e arbitrariedades de uma das partes em prejuízo da outra. Em que pese a existência de diversas teorias que buscam explicar o tema³, o Brasil adotou a teoria da eficácia direta e imediata dos direitos fundamentais nas relações privadas²⁴.

De acordo com a jurista, no ordenamento jurídico brasileiro, haja vista o modelo de Estado Social adotado pela Constituição de 1988, é desnecessária intervenção do legislador para efetivar a aplicabilidade dos direitos fundamentais nas relações privadas.

Em relação à eficácia dos direitos fundamentais, Duque cita que estes direitos foram pensados, inicialmente, como uma medida de proteção do homem em face do Estado, sendo este considerado o maior agressor dos direitos do homem. Contudo, não só o Estado foi considerado ameaça, como, também, instituições privadas. Dessa forma, é necessário exigir que os direitos fundamentais sejam respeitados por todos aqueles que possam, de certa forma, transgredi-los. Para Duque, a questão da determinação de sujeitos que se relacionam e são limitados pelos direitos fundamentais insere-se no âmbito da eficácia destes:

[...] um fenômeno originalmente concebido e estudado na Alemanha sob a denominação de *Drittwirkung der Grundrechte* que, em tradução livre, significa

²¹ SARLET, Ingo Wolfgang. Eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional [livro eletrônico]. 11 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 392.

²² CASSAR, Vólia Bomfim. Direito do Trabalho [livro eletrônico]. 9 ed. São Paulo: Método, 2014, p. 205.

²³ SILVA, Sayonara Grillo Coutinho Leona da. Transformações no mundo do trabalho e redesenhos institucionais trabalho, instituições e direitos. São Paulo: LTr, 2014. p. 289-290.

²⁴ *Ibidem*. p. 290.

“eficácia dos direitos fundamentais perante terceiros”, popularmente chamado entre nós de eficácia horizontal dos direitos fundamentais²⁵.

A eficácia dos direitos fundamentais perante terceiros, neste tópico será abordada como a eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas, à medida em que a relação de trabalho é considerada como de direito privado em sentido lato. Duque cita:

Acima de tudo, o conjunto da tradição histórica serve para demonstrar que a compreensão em torno do significado dos direitos fundamentais enfrentou mudanças ao longo dos tempos. E foram justamente essas mudanças que levaram ao entendimento de que não se pode conceber que os direitos fundamentais gerem efeitos apenas nas relações onde o Estado atue, diretamente. Essa mesma realidade vale diante das relações marcadas pela necessidade de uma proteção diferenciada de uma das partes, o que torna-se evidente, sobretudo, a partir do ângulo conferido pela evolução gradual da sociedade, cada vez mais marcada por relações massificadas. Trata-se a ligação do conceito de vulnerabilidade ao de eficácia dos direitos fundamentais²⁶.

Oyama Karyna Barbosa Andrade e Guilherme Lissen Bezerra Henrique da Rocha²⁷ afirmam existir dois aspectos a destacar, quanto à eficácia dos direitos fundamentais: a eficácia vertical e a eficácia horizontal. No âmbito da eficácia vertical, tem-se que a atuação do Estado não se limita a não ultrapassar a esfera de direitos fundamentais; além de respeitá-los, o Estado deve ser garantidor de sua aplicação e eficácia entre particulares. Assim, o Estado adota uma posição, ao mesmo tempo de não intervenção e, paralelamente, de garantidor.

Para os autores, no âmbito da eficácia horizontal, a aplicação dos direitos fundamentais é medida no campo entre particulares, a respeito de sua vinculatividade com estes, sejam pessoa física ou jurídica. Afirmam a existência de duas correntes sobre a aplicação e eficácia dos direitos fundamentais no campo horizontal. A primeira delas entende tais direitos como sendo de aplicação indireta e mediata, sendo negada sua aplicação direta nas relações privadas. Os que sustentam essa teoria alegam que a função dos direitos fundamentais não se dedica a dirimir conflitos entre particulares, já que a aplicação imediata destes direitos interviria na autonomia da vontade. Ainda, segundo eles, a segunda corrente, no entanto, entende que os direitos fundamentais têm aplicação direta e imediata nas relações entre particulares, sem a necessidade da intervenção do legislador.

²⁵ DUQUE, Marcelo Schenk. Curso de Direitos Fundamentais: teoria e prática [livro eletrônico]. 1 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 39.

²⁶ *Ibidem*. p. 29.

²⁷ ANDRADE, Oyama Karyna Barbosa; ROCHA, Guilherme Lissen Bezerra Henrique da. A eficácia horizontal dos direitos fundamentais na relação de emprego: análise das dispensas coletivas. In: DELGADO, Gabriela Neves. PEREIRA, Ricardo José Macêdo de Britto. **Trabalho. Constituição e Cidadania: a dimensão coletiva dos direitos sociais trabalhistas**. São Paulo: LTr, 2014. p. 439. pp. 410-427.

Segundo André Araújo Molina, para os defensores da eficácia indireta dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, dentre os quais destacam-se Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins, o § 1º do artigo 5º da Constituição evidencia a vinculação direta apenas dos poderes públicos, sendo os particulares apenas indiretamente relacionados. Em caso de omissão legislativa, o poder público, manifestado pelo Poder Judiciário, vinculado direto dos direitos fundamentais, está obrigado a solucionar o caso de acordo com o disposto nas constituições, observando as cláusulas gerais da legislação²⁸.

Seguindo na visão de Molina, duas críticas feitas à teoria da aplicação indireta dos direitos fundamentais são apresentadas: a primeira delas, leva ao desprestígio dos direitos fundamentais, considerando a impossibilidade do juiz aplicá-los de forma direta, de modo que o indivíduo fica em estado de inação, aguardando o legislador implementá-los; na mesma linha, outra crítica feita a essa teoria, é a necessidade do juiz aplicar a legislação privada, secundariamente, em caso de lacunas, aplicar as cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados, como boa-fé e costumes, enraizados como diretrizes dos direitos fundamentais. Sendo assim, fica claro que o juiz está impedido de negar eficácia às disposições da legislação privada para aplicar os direitos fundamentais de maneira direta.

Molina destaca Ingo Wolfgang Sarlet e Daniel Sarmento no âmbito da teoria de aplicação direta dos direitos fundamentais nas relações privadas. Para os defensores dessa teoria, os destinatários dos direitos fundamentais previstos na Constituição são os mais diversos sujeitos, tanto Estado, quanto particulares ou ambos. Defendem que, não havendo vinculação expressa do dispositivo constitucional, a vinculatividade será para todos, a rigor do que é interpretado pelo § 1º do artigo 5º da Constituição. Ainda, o caráter intervencionista e social da Constituição denota a necessária aplicação imediata dos direitos fundamentais nas relações entre particulares.

Dessa maneira, depreende-se que é necessário fazer uma análise do caso concreto, verificando em que medida haveria composição dos direitos na relação privada. A esse respeito, cita-se a possibilidade de existir alguma desigualdade entre as partes, o que possivelmente limitaria a autonomia privada, na proteção de um direito fundamental.

De acordo com Molina, uma terceira vertente minoritária acredita que os direitos fundamentais não têm eficácia nas relações privadas, argumentando que estas devem ser resolvidas pelo direito civil ou penal, conforme o caso, o que preservaria a autonomia da

²⁸ MOLINA, André Araújo. Teoria dos Princípios Trabalhistas: a aplicação do modelo metodológico pós-positivista ao direito do trabalho. São Paulo: Atlas, 2013. pp. 112-116.

vontade. No entanto, Molina afirma desconhecer algum doutrinador trabalhista que defenda tal teoria, considerando que grande parte dos direitos trabalhistas está disposta nos entre os artigos 6º e 8º da Constituição, de modo que fica evidente a eficácia direta na relação de trabalho²⁹.

Para a finalidade deste estudo, entende-se necessária a aplicação dos direitos fundamentais entre particulares, haja vista a não limitação expressa da Constituição quanto aos destinatários destes direitos. E, ainda, resgatando-se o contexto histórico de origem dos direitos fundamentais, como protetores de aspectos mínimos para a dignidade humana, inicialmente, previstos em face do Estado, todavia, estendidos aos particulares, considerando a possibilidade de transgressão dos direitos fundamentais efetuada por estes.

Segundo Romita, os direitos fundamentais são aplicados aos trabalhadores em dupla dimensão: na condição de cidadãos da *polis* e como sujeitos da relação de trabalho subordinado. No entanto, considera que os direitos fundamentais não podem ser exercidos, no âmbito da relação de trabalho, como o são no contexto social. Isto é, na relação de trabalho, os direitos fundamentais dos trabalhadores sofrem limitações específicas, em razão das obrigações que assumem com o advento do contrato de trabalho, subordinado ou não. Refere o princípio que rege os contratos entre particulares, o *standart* da boa-fé contratual, no qual as partes se obrigam a cooperar mutuamente para a execução do contrato, em atenção à natureza sinalagmática deste³⁰.

A diferenciação entra a vida privada e a pública é apresentada por Romita. Para o autor, a vida pública é aquela realizada na presença do público, no sentido de participação da vida na cidade e convívio social, como a prática de esportes. A vida privada, no entanto, é compreendida justamente no sentido negativo, sendo considerada aquela que não é pública, situação na qual se enquadra a atividade profissional, considerando que implica na relação com outras pessoas. A vida extrapatrimonial do empregado, em geral, não sofre imposições do poder do empregador, salvo exceções. Nesse sentido, o doutrinador menciona que a liberdade do empregado encontra limitação nas prerrogativas do empregador³¹.

Reconhecida a eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas, há o reconhecimento destes também na relação de trabalho. Certamente, os direitos fundamentais não podem ficar do lado de fora da empresa. O empregado detém direitos e garantias

²⁹ MOLINA, André Araújo. Teoria dos Princípios Trabalhistas: a aplicação do modelo metodológico pós-positivista ao direito do trabalho. São Paulo: Atlas, 2013. pp. 112-113.

³⁰ ROMITA, Arion Sayão. Direitos Fundamentais nas Relações de Trabalho. São Paulo: LTr, 2014. pp. 245-248.

³¹ *Ibidem*. pp. 245-248.

fundamentais no contrato de trabalho a fim de que sejam evitados abusos, arbitrariedades, irregularidades. Passa a ser, portanto, de suma importância a incidência dos direitos fundamentais nas relações de trabalho, a fim de garantir que empregadores não façam uso de condutas discriminatórias em relação a seus trabalhadores. Sendo assim, neste estudo, entende-se que os direitos fundamentais atuam, também, como limitadores da autonomia privada.

1.2 INTIMIDADE DO EMPREGADO NO CONTRATO DE TRABALHO

1.2.1 Origem da intimidade

Alice Monteiro de Barros discorre que a intimidade, termo derivado de *intimus*, em latim, pode ser compreendida a partir de três aspectos, sendo eles: (a) fenômeno (fator socioeconômico), (b) ideia (fator cultural) e (c) direito (fator político-jurídico). Desta forma, parte da doutrina considera a intimidade uma dissidência do feudalismo, um anseio da burguesia em ter acesso ao que anteriormente era de poucos, sendo a propriedade um veículo para obtenção do que se deseja. Por outro lado, os demais doutrinadores compreendem a intimidade como um elemento inato ao homem, remontando às civilizações antigas para perquirir seu surgimento³².

Ainda segundo Alice, no Cristianismo, o conceito de intimidade aflorou nas comunidades, obtendo maior reconhecimento e estando presente como protagonista nas obras de Santo Agostinho. No liberalismo, apresentam-se as vertentes radical e moderada. Na moderada, Hobbes surge como defensor da existência de uma liberdade do ser humano, frente às relações privadas e aos comandos estatais, tida como inviolável. Para ele, atos que violam a intimidade são nulos. Na corrente radical, destaca-se Spinoza, defendendo o dever máximo do homem em seguir as regras e a ordem, ainda que a despeito de seus interesses pessoais.

Vista sob a perspectiva jurídica, o direito à intimidade também teve uma trajetória histórica. Se, na Grécia clássica, não se encontram, com facilidade, manifestações de proteção jurídica da intimidade, no Direito Romano, ela se estende à correspondência, ao domicílio e à liberdade religiosa (Edito de Milão de 313, promulgado pelo imperadores Constantino e Licínio, o qual estabelece uma neutralidade de religiões); à época, o fundamento desses direitos não era a dignidade humana³³.

³² BARROS, Alice Monteiro de. Proteção à intimidade do empregado. São Paulo: LTr, 1997. pp. 19-21.

³³ *Ibidem*. p. 20.

Barros afirma que tais considerações são importantes para demonstrar o surgimento histórico de alguns direitos fundamentais insculpidos na Constituição, dentre os Direitos e Garantias Fundamentais. Pelo que se pode compreender, os direitos fundamentais à intimidade estavam previstos no Direito Romano, além de lançarem sobre o aspecto da privacidade da correspondência e domicílio, o caráter particular da religiosidade do indivíduo.

Conforme citados por Alice, segundo Carl Schmidt e outros autores, os antigos desconheciam os direitos fundamentais, que somente teriam surgido a partir do século XVI, com base em um princípio básico de distribuição. De acordo com esse conceito, em princípio, “*a esfera de liberdade individual é ilimitada, enquanto as faculdades do Estado são limitadas*”³³. Talvez aqui tenha surgido a noção basilar do princípio da legalidade, um dos regentes da Administração Pública.

Prossegue o histórico, relatando que, em 1890, Warren e Brandeis publicam o artigo “The right of privacy”, cujo intuito era barrar as intervenções da imprensa na vida privada e honra dos indivíduos, dando início à discussão sobre a intimidade. A partir de então, a intimidade sofre uma evolução, passando de uma concepção “jus privatista” - na qual era tida como um bem de cuja titularidade era o equivalente ao domínio da pessoa, tal qual uma coisa - passando a ser um atributo da personalidade do sujeito³⁴.

Alexandre Agra Belmonte aduz que a intimidade é a esfera mais íntima e particular do ser humano, sendo sua proteção dedicada a assegurar a reserva de parcela da personalidade imune à indiscrição alheia. Conclui que, nesta parcela, inserem-se os aspectos referentes à identidade, crenças, sexualidade, convicções, segredos e formação espiritual. Para Belmonte, a intimidade é a zona livre de intromissão estranha, sendo assim, tanto a invasão do empregador na intimidade do empregado, quanto o contrário, ensejam a reparação por dano moral. Distingue a intimidade da vida privada, que é o aspecto interior do sujeito, seu modo de vida e capacidade de decidir por conta própria sobre o que deve ou não ser revelado, ou seja, seu íntimo de recordações pessoais, lembranças, afeições³⁵. O jurista une-se ao pensamento de Barros e Maurício Godinho Delgado ao citar o artigo 373-A, da CLT, quanto à proibição de revista íntima³⁶.

As revistas foram medidas que geraram polêmica no Direito do trabalho. De um lado, o empregador, alegadamente, tentando preservar seu patrimônio, procedendo à revista de bens

³⁴ BARROS, Alice Monteiro de. Proteção à intimidade do empregado. São Paulo: LTr, 1997. p. 19-21.

³⁵ BELMONTE, Alexandre Agra. Tutela da composição dos danos morais nas relações de trabalho. São Paulo: LTr, 2014. p. 117.

³⁶ *Ibidem*. p. 106.

e muitas vezes do corpo do empregado. De outro lado, o empregado, geralmente, inconsciente da esfera de direitos que o recobre.

Godinho entende que enseja dano moral a revista íntima no seguinte sentido:

[...] Revistas íntimas: são expressamente proibidas quanto às trabalhadoras, de maneira geral, caso realizadas por homens (art. 373-A, VI, CLT, acrescentado pela Lei n. 9.799/1999). Contudo cabe esclarecer que não entende a jurisprudência que a revista íntima realizada por trabalhador(a) do mesmo sexo seja, ao revés, regra geral, lícita. Mesmo neste segundo caso, as circunstâncias do caso concreto podem ensejar (ou não) a obrigação de reparação³⁷.

De acordo com Barros, a jurisprudência inclina-se pela possibilidade de revista pessoal do empregado, como salvaguarda ao patrimônio da empresa. Leis municipais proibiram a revista íntima, em razão da violação física e molestamento do empregado, como é o caso da lei nº 7.451/98, da Câmara Municipal de Belo Horizonte. Atualmente, a CLT possibilita o procedimento da revista (artigo 373-A), exceto a íntima. Tal dispositivo é relativo ao direito da mulher, podendo ser analogamente estendido aos homens, em atenção ao princípio da igualdade. A revista íntima é também aquela que é abusiva ou vexatória. Assim, o artigo 373-A, inciso VI, reforça o entendimento, estabelecendo ao empregador a proibição de proceder a revistas íntimas nas empregadas ou funcionárias. O artigo deve ser interpretado de maneira ampla, considerando-se também vedada a revista íntima nos empregados e funcionários homens, em analogia observada pelo princípio da igualdade³⁸.

A doutrinadora Monteiro de Barros justifica:

A nosso ver, **a revista se justifica**, não quando traduza um comodismo do empregador para defender o seu patrimônio, mas quando constitua o último recurso para satisfazer o interesse empresarial, à falta de outras medidas preventivas. Essa fiscalização visa à proteção do patrimônio do empregador e à salvaguarda das pessoas [...] (grifos no original).³⁹

Sendo assim, quando utilizada, a revista deve ter caráter geral, impessoal e com critérios objetivos, devendo ser feita no âmbito da empresa.

³⁷ DELGADO, Maurício Godinho. Curso de Direito do Trabalho. 11 ed. São Paulo: LTr, 2012, pp. 643.

³⁸ BARROS, Alice Monteiro de. Curso de Direito do Trabalho. 7 ed. São Paulo: LTr, 2011. pp. 463-464.

³⁹ *Ibidem*. p. 464.

1.2.2 Princípios Constitucionais do Trabalho

No presente estudo, faz-se necessário transcorrer sobre os princípios constitucionais do trabalho. Para tanto, será utilizada a classificação de Maurício Godinho⁴⁰ como base para elencar e conceituar os quatro principais princípios afirmativos do trabalho na Constituição brasileira, sendo: (a) o da *valorização do trabalho*; (b) o da *justiça social*; (c), o da *submissão da propriedade à sua função socioambiental*; e (d) o da *dignidade da pessoa humana*⁴¹. Não infere que tais princípios produzam efeitos apenas na esfera trabalhista, mas sim que, eminentemente, fazem parte dela. A seguir, os ensinamentos de Godinho.

O *princípio da valorização do trabalho* é um dos princípios que norteiam a Constituição brasileira democrática. A ordem constitucional do Brasil reconhece o trabalho como um dos maiores instrumentos de afirmação social, econômica e familiar do ser humano. A função que o trabalho exerce na vida do indivíduo reflete diretamente no aspecto social, da saúde, do bem estar, da sociabilidade e da cultura, passando o trabalho a fazer parte da identidade do indivíduo. É corriqueiro, em um contexto social, as pessoas se apresentarem citando sua profissão ou a empresa em que trabalha. Assim, o trabalho parece exercer uma função de enquadramento social, “*status*”, além da questão econômica. O trabalho, portanto, é um dos maiores, senão o maior, instrumento de afirmação social da atualidade.

Acertadamente, a Constituição dedicou ao trabalho, especialmente o regulado, certas garantias e seguranças. O trabalhador, em especial o empregado, possui um elenco de proteções previstas, tal como meios de incentivo ao trabalho da mulher (art. 7º, XX, da Constituição), que funciona como uma discriminação positiva.

A valorização do trabalho está enfatizada na Constituição desde o “Preâmbulo” aos “Princípios Fundamentais” e aos “direitos sociais”. Concretiza-se no Título VII, “Ordem Econômica e Financeira”, essencialmente nos “Princípios Gerais da Atividade Econômica”, bem como na “Ordem Social”.

O princípio da valorização do trabalho demonstra-se, principalmente, quanto ao trabalho *regulado*. O trabalho regulado surge na forma do emprego, diferenciando-se do trabalho, como será melhor explicitado posteriormente, por suas características essenciais, quais sejam, subordinação, onerosidade, não eventualidade, pessoalidade. O trabalho, maior e mais abrangente, é gênero, ao passo que o emprego é espécie, contida no trabalho.

⁴⁰ DELGADO, Maurício Godinho. **Direitos Fundamentais na Relação de Trabalho**. Vitória: Revista de Direitos e Garantias Fundamentais, nº 02, 2007. Disponível em <<http://www.fdv.br/sisbib/index.php/direitosegarantias/article/view/40/38>>. Acesso em: 12 out 2015.

⁴¹ *Ibidem*. p.14-18.

A Constituição preocupou-se com a proteção do trabalho, ao passo que a maior e mais abrangente regulação de Direito do Trabalho preocupou-se eminentemente com a relação de emprego.

Assim, embora a Constituição preveja a titularidade dos direitos citados no artigo 7º aos “trabalhadores urbanos e rurais” (*caput*), determinando, ainda, a proibição de diferenciação entre o trabalhador com vínculo permanente e o trabalhador avulso (disso depende-se que existe mais de um tipo de relação de trabalho), a Consolidação das Leis do Trabalho dedicou-se ao trabalhador-empregado, um dos tipos de contratação de trabalho, como será visto oportunamente. Enquanto isso, a maior regulamentação do emprego do que do trabalho, traz dificuldades a trabalhadores de categorias profissionais não reguladas a demonstrar renda mensal, recolher à previdência, declarar imposto de renda, além de proteção como prestador de trabalho.

Seguindo na explanação quanto aos princípios constitucionais do trabalho, o *princípio da justiça social* é um dos fundamentos básicos da ordem constitucional brasileira, encontrando-se logo no art. 1º da Constituição, inciso IV (“os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa”), em análise conjunta com os objetivos elencados no art. 3º, I (“construir uma sociedade livre, justa e solidária”) e III (“erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais”). Na mesma esteira, o direito de propriedade submete-se à sua “função social” (art. 5º, XXIII)⁴².

No título da ordem econômica, a Constituição é estabelecida como norteadora dos princípios gerais da atividade econômica, sendo que esta é “*fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social*”⁴³, observados os princípios da função social da propriedade, redução das desigualdades regionais e sociais e busca do pleno emprego (artigo 170, III, VII, VIII, respectivamente).

Já no título da ordem social, tem-se que a “*ordem social tem como base o primado do trabalho, e como objetivo o bem-estar e as justiças sociais*”⁴⁴. A Constituição, então, preocupou-se com o avanço e adotou a concepção de justiça social, tornando o que antes era um conjunto de ideias em um princípio a ser observado.

⁴² DELGADO, Maurício Godinho. **Direitos Fundamentais na Relação de Trabalho**. Vitória: Revista de Direitos e Garantias Fundamentais, nº 02, 2007. Disponível em <<http://www.fdv.br/sisbib/index.php/direitosegarantias/article/view/40/38>>. Acesso em: 12 out 2015. p. 19-23.

⁴³ Artigo 170, *caput*, Constituição da República Federativa do Brasil, 1988.

⁴⁴ Artigo 193, *caput*, Constituição da República Federativa do Brasil, 1988.

Acerca do princípio da justiça social, pode-se dizer que, a despeito de aptidões e talentos pessoais, caberia à própria pessoa, por tal condição, acesso às utilidades essenciais existentes na comunidade. Isso quer dizer que a realização material do ser humano ultrapassa sua esfera individual, atingindo elementos objetivos externos, com necessidade de incentivo e normatização jurídica.

Notavelmente, todo mecanismo de justiça já tem, por si só, caráter social, o que ensejaria uma redundância na concepção de tal princípio. Afora isso, a concepção de justiça social atua como uma ideia sintetizadora das razões com as quais se opõe à regência exclusiva do mercado econômico na realização individual, material e social das pessoas. O princípio da justiça social age como um instigador ao desenvolvimento e avanço de ramos jurídicos, em especial, o Direito do Trabalho.

O *princípio da submissão da propriedade à sua função socioambiental* deve ser compreendido a partir da análise conjunta dos princípios da valorização do trabalho e da justiça social, considerando-se, também, o princípio máximo da dignidade da pessoa humana. Isso se deve em função da Constituição reconhecer o sistema capitalista do país, estabelecendo, assim, que a propriedade privada alcança sua função social.

Ainda, Godinho menciona que a Constituição não proíbe o lucro. Pelo contrário, protege-o. O que ocorre é que a ordem constitucional protege o lucro e as pessoas. O lucro não pode jamais ser obtido a despeito dos valores da sociedade, da dignidade humana, da higidez do meio ambiente, inclusive o do trabalho.

São diversos os dispositivos constitucionais que fixam tal princípio.

No título II da Carta Magna, o artigo 5º, inciso XXII, garante o direito de propriedade para, no inciso XXII, ressaltar que esta deverá atender a sua função social. No título VII (da Ordem Econômica), o artigo 170 preceitua o princípio da submissão da propriedade à sua função socioambiental nos incisos II, III e VI. O artigo 225 da Constituição (Título VIII, da Ordem Social) reforça a aplicação do princípio, incluindo, ainda, o conceito de proteção ao meio ambiente do trabalho. Soma-se a esse o artigo 200, incisos II e VIII, do mesmo Título.

Por sua vez, o *princípio da dignidade da pessoa humana* pode ser encarado como basilar das relações da sociedade. Este princípio vincula a ideia de que a pessoa, o ser humano, por tal condição, deve ser entendido como o valor central das sociedades, independentemente de condições sociais, econômicas, culturais. Para Godinho, esse princípio defende que a pessoa humana deve ser o centro da ordem juspolítica e social, e ainda:

Trata-se do princípio maior do Direito Constitucional contemporâneo, espalhando-se, com grande intensidade, no que tange à valorização do trabalho.

O princípio da centralidade da ordem jurídica, política e social no ser humano resulta de conquista cultural recentíssima, atada ao desenvolvimento da Democracia na história dos últimos duzentos anos e efetivamente manifestada apenas a partir de meados do século XX. A noção de que o valor central das sociedades é a pessoa humana, em sua singeleza e independentemente de sua riqueza ou status social, é um dos avanços jurídicos mais notáveis na história juspolítica da humanidade. É disso que trata o princípio da dignidade da pessoa humana, alçado, hoje, ao núcleo dos sistemas constitucionais mais democráticos⁴⁵.

Para André Araújo Molina, em relação à sua eficácia no Direito do Trabalho:

[...] a dignidade humana, tanto de trabalhadores quanto de empregadores na qualidade de destinatários de direitos fundamentais, é o limite sobre o qual o intérprete não consegue saltar, seja legislador ou juiz⁴⁶.

Ainda segundo Molina:

[...] a dignidade humana, enquanto substrato da sociedade brasileira, é o fundamento do qual todos os demais direitos fundamentais são especificações. E os direitos fundamentais gerais que o trabalhador e empregador trazem consigo para a relação de trabalho, e os direitos fundamentais trabalhistas, encontram razão de ser e fundamento também na dignidade da pessoa humana [...]⁴⁷.

A jurista Vólia Bomfim reforça o entendimento de Godinho, citando como princípios gerais constitucionais do Direito do Trabalho o respeito à dignidade humana, os valores sociais do trabalho e a livre iniciativa (artigo 1º, III e IV), os princípios previstos no artigo 5º, bem como os do artigo 170, da justiça social, da valorização do trabalho humano, da livre iniciativa, da dignidade da pessoa humana (*caput*), da função social da propriedade (inciso III), na busca do pleno emprego (IV)⁴⁸.

Diante disso, é possível compreender que o princípio da dignidade humana é balizador das relações de trabalho, bem como da vida em sociedade, sendo que naquela em específico, tanto o empregado, quanto o empregador, podem valer-se dele.

⁴⁵ DELGADO, Maurício Godinho. **Direitos Fundamentais na Relação de Trabalho**. Vitória: Revista de Direitos e Garantias Fundamentais, nº 02, 2007. Disponível em <<http://www.fdv.br/sisbib/index.php/direitosegarantias/article/view/40/38>>. Acesso em: 12 out 2015. p. 13

⁴⁶ MOLINA, André Araújo. *Teoria dos Princípios Trabalhistas: a aplicação do modelo metodológico pós-positivista ao Direito do Trabalho*. São Paulo: Atlas, 2013. p. 74.

⁴⁷ *Ibidem*. pp. 221-222.

⁴⁸ CASSAR, Vólia Bomfim. *Direito do Trabalho [livro eletrônico]*. 9 ed. São Paulo: Método, 2014, pp. 207-208.

2 PODERES PATRONAIS E LIMITES À PRERROGATIVA FISCALIZATÓRIA

Para o estudo deste capítulo, será abordado, ainda que brevemente, a perspectiva histórica do direito do trabalho, a fim de possibilitar a compreensão da origem dos poderes do empregador e seu embasamento doutrinário. Dessa forma, far-se-á uma breve análise da origem, desdobramentos e consolidação do direito do trabalho, historicamente.

2.1 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO DIREITO DO TRABALHO

Maurício Godinho cita que o Direito do Trabalho, como ramo jurídico especial não anômalo que é, relaciona-se, vincula-se, ao universo jurídico geral. Portanto, relaciona-se com demais ramos do Direito, em especial o Constitucional⁴⁹. Para Amauri Mascaro do Nascimento, além de relacionar-se com o Direito Constitucional (havendo, inclusive, ampliação recíproca entre ambos), o Direito do Trabalho subordina-se aos imperativos constitucionais, que somente podem ser afastados quando a Constituição facultar⁵⁰. É importante mencionar que o Direito do Trabalho e o Direito Previdenciário “correspondem à dimensão mais significativa dos Direitos Humanos⁵¹”. Para Godinho, o Direito do Trabalho e o Direito Previdenciário são os ramos do direito que mais se relacionam aos princípios gerais de direito, como o princípio da dignidade humana, por exemplo, encontrando aplicação prática no Direito do Trabalho.

O equilíbrio da balança da sociedade, a real proteção aos mais vulneráveis, encontra-se presente e cada vez mais destacada no Direito do Trabalho, visando alcançar a efetiva justiça social. Ainda assim, persistem casos de abuso na classe trabalhadora. À margem da máquina capitalista, empreendedores inescrupulosos saem em busca de mão-de-obra mais barata, muitas vezes clandestina, até mesmo escrava, em detrimento de todos os princípios de direito e humanidade a que se tem conhecimento⁵². Apesar disso, o aumento de ações trabalhistas a cada ano, as negociações, os acordos coletivos, as convenções coletivas, a maior atuação dos

⁴⁹ DELGADO, Maurício Godinho. Curso de Direito do Trabalho. 11 ed. São Paulo: LTr, 2012, pp. 77-81.

⁵⁰ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. Direito do Trabalho. 26 ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 319.

⁵¹ DELGADO, Maurício Godinho. *Op cit.*, pp. 81-82.

⁵² Ministério Público do Trabalho da 6ª Região. **Por trabalho clandestino, MPT tem liminar favorável contra Jotude, Progresso e Consórcio Progresso/Logo**. Recife: Ministério Público do Trabalho da 6ª Região, 2015. Disponível em <<http://www.prt6.mpt.gov.br/informe-se/noticias-do-mpt-go/406-por-trabalho-clandestino-mpt-tem-liminar-favoravel-contrajotude-progresso-e-consorcio-progresso-logo>>. Acesso em 02 nov. 2015.

sindicatos, faz parecer que, mesmo aos poucos, os trabalhadores têm notado seu papel na sociedade como sujeitos de direito e não meras peças desencaixadas, fora da proteção legal.

André Molina cita Arnaldo Sussekind para apresentar a definição de trabalho como “toda energia humana, física ou intelectual, empregada com um fim produtivo, constitui trabalho⁵³”. Vólia Bomfim Cassar também define trabalho:

[...] atualmente significa toda energia física ou intelectual empregada pelo homem com finalidade produtiva. Todavia, nem toda atividade humana produtiva constitui objeto do Direito do Trabalho, pois somente a feita em favor de terceiros interessa ao nosso estudo e não a energia desprendida para si próprio. Trabalho pressupõe ação, emissão de energia, desprendimento de energia humana, física e mental, com o objetivo de atingir algum resultado⁵⁴.

Certamente, trabalho é toda a atividade na qual se empenha energia humana para uma finalidade produtiva. No entanto, para fins do Direito do Trabalho, nem todo “trabalho” *lato sensu* deve ser considerado nesse conceito devendo excluir, portanto, o trabalho para proveito próprio. Assim, neste documento, será adotado o conceito de trabalho como apresentado pela jurista Vólia Bomfim.

Para Maurício Godinho⁵⁵, a expressão “Direito do Trabalho” não vislumbra uma denominação precisa como deveria, haja vista a relação justralhista protegida por este ramo do Direito fundamentar-se, essencialmente, na relação de emprego. Para o doutrinador, a expressão “Direito Empregatício” poderia ser mais adequada. No entanto, a expressão “Direito do Trabalho” é adequada para o presente trabalho, visto que é a denominação mais abrangente, não referindo-se a um campo ou outro das atividades de trabalho, incluindo o direito sindical e coletivo.

2.1.1 Origem do Direito do Trabalho

A jurista Alice Monteiro de Barros informa que, na Antiguidade, em especial na Grécia e Roma antigas, o trabalho escravo aliado à concepção de trabalho como sendo uma mercadoria, contribuiu para que, logo em seguida, a escravidão fosse tomada como forma de propriedade. O sujeito escravo era destituído de identidade civil, sendo, agora, parte do

⁵³ MOLINA, André Araújo. Teoria dos Princípios Trabalhistas: a aplicação do modelo metodológico pós-positivista ao direito do trabalho. São Paulo: Atlas, 2013. p. 143.

⁵⁴ CASSAR, Vólia Bomfim. Direito do Trabalho [livro eletrônico]. 9 ed. São Paulo: Método, 2014, p. 50.

⁵⁵ DELGADO, Maurício Godinho. Curso de Direito do Trabalho. 11 ed. São Paulo: LTr, 2012, p. 54.

domínio de seu amo. Na Idade Média, embora se reconhecesse o trabalhador como pessoa e não como propriedade ou coisa, o feudalismo e a economia medieval favoreceram a exploração dos trabalhadores, considerados vassalos ou servos, que laboravam em condições que beiravam à escravidão, em benefício dos senhores feudais, seus suseranos⁵⁶.

Segundo Cassar, a exploração do trabalhador, certamente, remonta a séculos de história. No entanto, é no século XIX que parte da doutrina acredita ser a origem do Direito do Trabalho, com o advento da Revolução Industrial⁵⁷. Nascimento complementa que o trabalho sob condições perigosas, penosas e insalubres, a exploração do trabalho infantil, a remuneração insuficiente para prover as necessidades mais básicas de um indivíduo, o descaso com a saúde do trabalhador, o surgimento das máquinas, que superaram as forças humanas em velocidade, ritmo de trabalho e produção, culminaram no que hoje pode ser considerado o marco inicial do Direito do Trabalho⁵⁸.

A Revolução Industrial é um dos marcos mais importantes para a história do mundo. Antes disso, a maior parte das mercadorias era produzida de maneira artesanal. O artesão era o produtor mais conhecido da época, vindo a perder espaço com a implementação de indústrias. Os camponeses, arruinados pelo trabalho fabril, passam a migrar para as grandes cidades, no intuito de conseguir trabalho assalariado⁵⁹. A ideia de remunerar o trabalhador partiu da consciência de que a produção das mercadorias precisaria ser consumida por algum mercado e, sem salário, os trabalhadores não teriam poder de compra. Nesse contexto, formou-se a classe conhecida como proletariado, formada pelos cidadãos da classe mais baixa⁶⁰.

Na Europa do século XVIII, as atividades exaustivas a que eram forçados os trabalhadores não se submetiam à fiscalização, sendo o operário explorado e compelido a trabalhar, muitas vezes, por mais de 12 horas por dia⁶¹. Com menor remuneração, mulheres e crianças se juntaram ao trabalho nas fábricas, substituindo operários do gênero masculino. Apesar das péssimas condições de saúde em que laboravam, operários que se insurgissem contra as determinações do empresário eram rapidamente substituídos, visto que a procura por emprego era grande e a mão de obra oferecida cada vez mais barata.

⁵⁶ BARROS, Alice Monteiro de. Curso de Direito do Trabalho. 7 ed. São Paulo: LTr, 2011, pp. 45-47.

⁵⁷ CASSAR, Vólia Bomfim. Direito do Trabalho [livro eletrônico]. 9 ed. São Paulo: Método, 2014, p. 57.

⁵⁸ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. Direito do Trabalho. 26 ed. São Paulo: Saraiva, 2011. pp. 37-38.

⁵⁹ GOMES, Cristiana. Revolução Industrial. [S.I.]: Infoescola, [s.d]. Disponível em: <<http://www.infoescola.com/historia/revolucao-industrial/>>. Acesso em: 13 nov. 2015.

⁶⁰ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Op cit.*, p. 35.

⁶¹ CASSAR, Vólia Bomfim. *Op cit.*, p. 57-60.

Segundo Cassar, a criação da máquina a vapor, seguida pela máquina de fiar e tear, foram implementadas nas fábricas como auxiliar no aumento da produção de mercadorias. Desta forma, inventos projetados para contribuir com os operários substituíram, às centenas, a força de trabalho humana. As máquinas, certamente, precisavam de manutenção de algum operário, mas produziam com mais velocidade um volume de produtos muito superior às produzidas pela mão de obra humana. Isso significou a demissão de milhares de operários, o que levou à fome e miséria.

O desemprego causou, por razões compreensíveis, o desespero na população que, após anos de trabalho árduo sob condições abusivas, foi dispensada sem qualquer garantia ou direito. A substituição da força de trabalho humana pela máquina fez com que os populares se agrupassem em organizações a fim de destruir o maquinário das fábricas. Esse movimento ficou conhecido como ludismo, como citado por Cassar:

O Direito do Trabalho nasce como uma reação às Revoluções Francesa e Industrial e à crescente exploração desumana do trabalho. É um produto da reação ocorrida no século XIX contra a utilização sem limites do trabalho humano⁶².

A opinião de Godinho, acerca da origem do Direito do Trabalho, faz referência ao capitalismo:

O Direito do Trabalho é produto do capitalismo, atado à evolução histórica desse sistema, retificando-lhe as distorções econômico-sociais e civilizando a importante relação de poder que sua dinâmica econômica cria no âmbito da sociedade civil, em especial no estabelecimento e na empresa⁶³.

De acordo com Cassar, o Direito do Trabalho nasce com duas grandes divisões, sendo elas a do Direito Individual do Trabalho e a do Direito Coletivo do Trabalho, com a “preocupação abstrata e geral de proteção dos interesses do grupo de trabalhadores (categoria) ou de empresários⁶⁴”. Por sua vez, o Direito Individual do Trabalho preocupa-se com os direitos sociais do empregado.

Vólia Cassar cita que a Revolução Industrial teve grande repercussão ao redor do mundo, ensejando a criação de regulamentos e, posteriormente, constituições que reservassem direitos aos trabalhadores. Exemplificativamente, menciona a fixação da jornada de trabalho não superior a 12 horas diárias; a proibição do trabalho noturno (das 21h às 6h), em 1802, na Inglaterra; a ilegalidade do trabalho para menores de 9 anos de idade, instituída em 1809, na

⁶² CASSAR, Vólia Bomfim. Direito do Trabalho [livro eletrônico]. 9 ed. São Paulo: Método, 2014, pp. 59-60.

⁶³ DELGADO, Maurício Godinho. Curso de Direito do Trabalho. 11 ed. São Paulo: LTr, 2012, p. 83.

⁶⁴ *Ibidem*. p. 60.

Inglaterra; a elaboração da Constituição do México, em 1917 (a primeira Constituição do mundo a proteger direitos dos trabalhadores); a entrada em vigor da Constituição de Weimar (Alemanha), também prevendo direitos trabalhistas, em 1919, mesmo ano da criação da Organização Internacional do Trabalho⁶⁵.

Segundo Godinho, “O Direito do Trabalho é, desse modo, fenômeno típico do século XIX e das condições econômicas, sociais e jurídicas ali reunidas⁶⁶”.

O dado fundamental é que o Direito do Trabalho se institucionaliza, oficializa-se, incorporando-se à matriz das ordens jurídicas dos países desenvolvidos democráticos, após longo período de estruturação, sistematização e consolidação, em que se digladiaram e se adaptaram duas dinâmicas próprias e distintas. De um lado, a dinâmica de atuação coletiva por parte dos trabalhadores — dinâmica essa que permitia inclusive aos trabalhadores, através da negociação coletiva, a produção autônoma de normas jurídicas. De outro lado, a estratégia de atuação oriunda do Estado, conducente à produção heterônoma de normas jurídicas. Portanto, a oficialização e institucionalização do Direito do Trabalho fez-se em linha de respeito a essas duas dinâmicas diferenciadas de formulação de normas jurídicas— a dinâmica negocial autônoma, concretizada no âmbito da sociedade civil, e a dinâmica estatal heterônoma, produzida no âmbito do aparelho de Estado⁶⁷.

2.1.2 Histórico do Direito do Trabalho no Brasil

Nos primeiros 388 anos de História do Brasil, poucas ocorrências de legislação trabalhista podem ser encontradas, com destaque à lei que regulamentava a prestação de serviços por brasileiros e estrangeiros (1830), às leis de libertação escravocrata, tendo a Lei Áurea a mais importante de todas (1888) e o Código Comercial (1850) que preceituou o aviso-prévio⁶⁸, entre outros institutos. Sobre o Código Comercial⁶⁹:

Primeiro código nacional que trouxe regras de Processo, Direito Civil e Direito do Trabalho, sendo, portanto, o berço dos demais Códigos. Ao tratar das relações de comércio, fazia menção ao armador e seus tripulantes, tratando também da possibilidade do aviso prévio, da indenização pela rescisão injusta do contrato a termo, da justa causa, da garantia de salário em caso de acidente de trabalho⁷⁰.

Para Godinho, não significa dizer que nesse período não houve qualquer experiência de relação de emprego ou regimentos para a questão trabalhista, apenas o fato da economia

⁶⁵ CASSAR, Vólia Bomfim. Direito do Trabalho [livro eletrônico]. 9 ed. São Paulo: Método, 2014, p. 60.

⁶⁶ DELGADO, Maurício Godinho. Curso de Direito do Trabalho. 11 ed. São Paulo: LTr, 2012, p. 88.

⁶⁷ *Ibidem*. p. 98.

⁶⁸ BARROS, Alice Monteiro de. Curso de Direito do Trabalho. 7 ed. São Paulo: LTr, 2011, p. 55.

⁶⁹ Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L0556-1850.htm>. Acesso em: 22 nov. 2015.

⁷⁰ CASSAR, Vólia *Op. cit.*, p. 61.

ser eminentemente rural, facilitando relações de escravidão, não abrindo espaço para o desenvolvimento do ramo justralhista⁷¹.

De 1888 a 1930, tem início o desenvolvimento do direito trabalhista no Brasil, pelas relações de trabalho estabelecidas no setor cafeeiro de São Paulo. Nesse contexto, a atuação coletiva dos trabalhadores era incipiente e não se conseguia obter negociações eficazes suficientes.

Amauri Mascaro Nascimento faz notar que a abolição da escravidão e a proclamação da República contribuíram para o desenvolvimento da legislação atual, além do fato de que as greves, embora esparsas no início mas acentuadas posteriormente, influenciaram, também, o movimento sindical⁷².

As primeiras normas significativas começam a surgir em 1923, com a lei nº 4.682, conhecida como Lei Elói Chaves e o Decreto nº 16.027, quando criou o Código Nacional do Trabalho. Em seguida, outras leis e decretos foram sendo estabelecidos, criando-se normas sobre férias, assistência e proteção a menores⁷³.

Os textos constitucionais passaram a normatizar as relações trabalhistas e a Constituição de 1934 instituiu a pluralidade sindical, embora não tenha sido regulamentada⁷⁴. A Carta de 1937, que se seguiu a essa Constituição, estabelece o trabalho como um dever social a ser protegido pelo Estado, além de inovações como os repousos em feriados civis e religiosos (embora não onerosos); trabalho noturno com remuneração superior à do diurno; preservação da relação trabalhista em caso de sucessão de empresas; isonomia entre homens e mulheres e; ainda, estabelecer a unicidade sindical. Para Vólia Bomfim⁷⁵ e Alice Monteiro e Barros, a Constituição de 1937 teve índole corporativa e considerou a greve e o *lock-out* recursos antissociais e nocivos ao capital e ao trabalho, contrários ao interesse superior da produção. No mesmo artigo (artigo 139) é instituída a Justiça do Trabalho. “A Justiça do Trabalho resulta de uma evolução que é iniciada com os Conselhos Permanentes de Conciliação e Arbitragem, criados em 1907 para decidir as controvérsias entre o trabalho e o capital, na prática sem qualquer ressonância⁷⁶”. Segundo Nascimento:

⁷¹ DELGADO, Maurício Godinho. Curso de Direito do Trabalho. 11 ed. São Paulo: LTr, 2012, pp. 106-107.

⁷² NASCIMENTO, Amauri Mascaro. Direito do Trabalho. 26 ed. São Paulo: Saraiva, 2011. pp. 88-91;97-98;102-103.

⁷³ Vide Lei n. 4.982, de 25 de dezembro de 1925, disponível em <<http://legis.senado.gov.br/legislacao/ListaTextoIntegral.action?id=29280&norma=44832>>; e Decreto n. 17.934-A, de 21 de outubro de 1927 (revogado pela lei nº 6.697, de 1979). Acesso em 21 nov. 2015.

⁷⁴ BARROS, Alice Monteiro de. Curso de Direito do Trabalho. 7 ed. São Paulo: LTr, 2011, p. 58-59.

⁷⁵ CASSAR, Vólia Bomfim. *Op cit.*, p. 62.

⁷⁶ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Op. cit.*, p.102.

As leis trabalhistas cresceram de forma desordenada; eram esparsas, de modo que cada profissão tinha uma norma específica, critério que, além de prejudicar muitas outras profissões que ficaram fora da proteção legal, pecava pela falta de sistema e pelos inconvenientes naturais dessa fragmentação⁷⁷.

Nesse contexto, o Governo, então, decidiu reunir os textos legais num mesmo diploma, compilando as leis sobre direito individual e coletivo do trabalho e sobre direito processual do trabalho em uma única consolidação. E não só isso, inovou, aproximando-se de um verdadeiro Código, conforme ensina Amauri Nascimento. Assim, foi promulgado o Decreto-lei nº 5.452, em 1º de maio de 1943, criando a Consolidação das Leis do Trabalho.

Sobre a CLT, Vólia Bomfim leciona:

A sistematização e consolidação das leis num único texto (CLT) integrou os trabalhadores no círculo de direitos mínimos e fundamentais para uma sobrevivência digna. Além disso, proporcionou o conhecimento global dos direitos trabalhistas por todos os interessados, principalmente empregados e empregadores⁷⁸.

A partir da análise histórica da evolução do Direito do Trabalho, desde os tempos em que o ser humano era considerado propriedade ou servo, até o momento contemporâneo, é possível conceber que a legislação evoluiu para dedicar direitos tanto aos trabalhadores, quanto aos empregadores.

2.1.3 Princípio da Proteção no Direito do Trabalho

Estruturada a instituição do Direito do Trabalho, passa-se à análise dos princípios que moldam o fenômeno justralhista.

Segundo Nascimento, a evolução do Direito do Trabalho encaminhou-se para a construção de princípios que protegem o trabalhador, em função de suas necessidades básicas, haja vista sua subordinação econômica ao empregador⁷⁹. Para Vólia Cassar, a vulnerabilidade social e econômica do trabalhador ensejou a construção do Direito do Trabalho com fundamento na proteção dos hipossuficientes, como medida de igualdade⁸⁰.

Para Nascimento, o estudo dos princípios deve ser analisado junto com o das normas, dando força normativa, a fim de possibilitar sua aplicação no caso concreto. As decisões das autoridades devem ser baseadas nos princípios, quando houver ausência de lei aplicável,

⁷⁷ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Direito do Trabalho*. 26 ed. São Paulo: Saraiva, 2011 p.102.

⁷⁸ CASSAR, Vólia Bomfim. *Direito do Trabalho* [livro eletrônico]. 9 ed. São Paulo: Método, 2014, p. 64.

⁷⁹ *Ibidem*. p. 274.

⁸⁰ *Ibidem*. p. 213.

como previsto no artigo 8º da CLT⁸¹. Para Monteiro de Barros, “as decisões devem assentar-se nos princípios jurídicos, e não somente na letra supostamente suficiente do legislador⁸²”.

Para Plá Rodriguez, o princípio basilar do direito trabalhista é o da *proteção*. “O fundamento deste princípio está ligado à própria razão de ser do Direito do Trabalho⁸³”. Esse princípio pode ser compreendido como o critério fundamental que orienta o direito trabalhista, sendo que seu objetivo é proteger uma das partes a fim de obter-se uma “igualdade substancial e verdadeira” entre ambas. Para Maurício Godinho, esse princípio pode ser denominado como princípio tutelar ou tuitivo ou protetivo, assim como princípio tutelar-protetivo⁸⁴.

Plá Rodriguez, citado por doutrinadores como Amauri Nascimento⁸⁵, Vólia Bomfim⁸⁶ e Maurício Godinho⁸⁷, considera a divisão do princípio da proteção em três formas distintas: (a) a regra *in dubio pro operario*; (b) a regra *da norma mais favorável*; e (c) a regra *da condição mais benéfica*. Sendo assim:

a) Regra *in dubio pro operario*: esse princípio apresenta a ideia de que, em caso de dúvida quanto à interpretação de uma norma, deve-se optar pela interpretação que seja mais favorável ao trabalhador. Suas condições de aplicação são: existência de dúvida quanto ao alcance da norma legal e vedação de desconformidade com a vontade do legislador;

b) Regra *da norma mais favorável*: prevê a inversão da hierarquia das normas para aplicação daquela mais favorável ao trabalhador, em caso de conflito entre elas⁸⁸;

c) Regra *da condição mais benéfica*: pressupõe que, sobrevindo uma nova regra, confere-se ao trabalhador o direito de permanecer sob a égide da norma anteriormente estabelecida, desde que mais benéfica⁸⁹.

Maurício Godinho, embora reconheça o pensamento de Plá Rodriguez, diverge de opinião no sentido de considerar que o princípio da proteção influi em todo o Direito do Trabalho, não se desdobrando apenas em três outros princípios, mas sendo um verdadeiro inspirador de todo o complexo de regras deste ramo do ordenamento jurídico⁹⁰.

⁸¹ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. Direito do Trabalho. 26 ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 450.

⁸² BARROS, Alice Monteiro de. Curso de Direito do Trabalho. 7 ed. São Paulo: LTr, 2011, p. 141.

⁸³ RODRIGUEZ, Américo Plá. Princípios de Direito do Trabalho [livro eletrônico]. 3 ed. São Paulo: LTr, 2000. p. 35.

⁸⁴ DELGADO, Maurício Godinho. Curso de Direito do Trabalho. 11 ed. São Paulo: LTr, 2012, pp. 192-194.

⁸⁵ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Op cit.*, pp. 455-456.

⁸⁶ CASSAR, Vólia Bomfim., *Op cit.*, p. 213.

⁸⁷ DELGADO, Maurício Godinho. *Op cit.*, p. 193.

⁸⁸ BARROS, Alice Monteiro de. *Op cit.*, p. 138.

⁸⁹ RODRIGUEZ, Américo Plá. *Op. cit.*, pp. 45-54

⁹⁰ DELGADO, Maurício Godinho. *Op. cit.*, p. 194.

Rodriguez menciona que, além destes, outros princípios são consagrados pela doutrina, como o *princípio da irrenunciabilidade*, no sentido da impossibilidade de o trabalhador privar-se de uma ou mais vantagens que lhe foram concedidas pelo direito trabalhista⁹¹; *princípio da indisponibilidade*, assumindo a forma de irrenunciabilidade e indisponibilidade - o que para Maurício Godinho apresenta o mesmo conteúdo (princípio da indisponibilidade e princípio da irrenunciabilidade, sendo que este último apresenta denominação inadequada para a revelação da amplitude do princípio⁹²); *princípio da inalterabilidade contratual lesiva*, atuando como um dos mais importantes princípios do Direito do Trabalho; *princípio da continuidade*, infere que a relação trabalhista tenha vigência, em regra, por prazo indeterminado, a fim de garantir a estabilidade das relações da sociedade⁹³; *princípio da primazia da realidade*, acerca do qual prevalecem os fatos reais sobre a forma, isto é, o que ocorre efetivamente é mais relevante do que o que está escrito ou contratado.

Desse modo, observa-se que o Direito do Trabalho é um ramo jurídico pautado por princípios, a fim de efetivar sua finalidade, equilibrando, em certa medida, a relação desproporcional entre o empregado e o empregador.

2.1.4 Relação de Trabalho *versus* Relação de Emprego

Maurício Godinho afirma que o termo “trabalho” é mais abrangente que o termo “emprego”. Isso porque o trabalho, como já visto, é toda energia física ou intelectual empregada pelo homem com finalidade produtiva, em benefício de terceiro. Sendo assim, é possível assimilar que trabalho compreende o trabalho autônomo, o emprego, o trabalho avulso, o temporário, o estágio, entre outras formas de relação de trabalho. Em que pese atuar tão somente como uma das modalidades da relação de trabalho juridicamente configuradas, a relação empregatícia é considerada por Godinho a modalidade mais relevante de prestação de serviço do capitalismo⁹⁴.

⁹¹ RODRIGUEZ, Américo Plá. Princípios de Direito do Trabalho [livro eletrônico]. 3 ed. São Paulo: LTr, 2000 pp. 59-61.

⁹² DELGADO, Maurício Godinho. Curso de Direito do Trabalho. 11 ed. São Paulo: LTr, 2012, p. 197.

⁹³ CASSAR, Vólia Bomfim. Direito do Trabalho [livro eletrônico]. 9 ed. São Paulo: Método, 2014, pp. 229-233.

⁹⁴ DELGADO, Maurício Godinho. *Op cit.*, p. 279-285.

Para Alice Monteiro de Barros, a relação de emprego é espécie da relação de trabalho e, por ser oriunda do contrato de trabalho é, portanto, uma relação contratual, podendo ser caracterizada por um conjunto de fatores⁹⁵.

Para Vólia Bomfim, os elementos para caracterização da relação de emprego estão previstos nos artigos 2º e 3º da CLT, sendo eles: (a) pessoalidade; (b) a não eventualidade; (c) a onerosidade; (d) a subordinação; e (e) a não assunção dos riscos da atividade pelo empregado⁹⁶. Godinho compartilha do entendimento em relação aos quatro primeiros elementos, diferenciando-se no quinto: para ele, a prestação de serviço prestado por pessoa física a um tomador qualquer, é fator característico da relação empregatícia⁹⁷. De mesmo modo, Renato de Almeida Oliveira Muçouçah considera o trabalho realizado por pessoa física um quinto requisito para caracterização da relação de emprego⁹⁸.

Sendo assim, os principais elementos que, presentes na relação de trabalho simultaneamente, caracterizam a relação empregatícia são:

a) Pessoalidade: segundo Godinho, o trabalho deve ser realizado pessoalmente pelo trabalhador. Isto é, a relação jurídica é *intuitu personae*, acentuando-se a característica de *infungibilidade* quanto ao trabalhador, cuja prestação de serviço deve ser, obviamente, pessoal, sendo vedada sua substituição de maneira intermitente por outro trabalhador, sob risco de descaracterizar a relação (excetuando-se uma eventual substituição consentida). Evidentemente, certas situações autorizam a substituição, como férias e licença-gestante⁹⁹.

Vólia Bomfim acrescenta:

Na verdade, o que é pessoal é o contrato efetuado entre aquele empregado e o seu empregador porque este negócio jurídico é intransmissível. Porém, a execução do serviço, o trabalho em si, pode ser transferida a outro trabalhador, a critério do patrão.

Conclusão: a pessoalidade não quer dizer que o trabalho só poderá ser desenvolvido, com exclusividade, por aquele empregado, e nenhum outro. Na verdade, o empregador poderá trocar de empregado, seja para substituí-lo no posto de trabalho, seja para cobrir suas faltas, férias ou atrasos. Isto significa que o obreiro pode ser trocado por outro empregado, por escolha do empregador ou com o consentimento deste, mas não pode se fazer substituir livremente por alguém da sua própria escolha, estranho aos quadros da empresa e sem o consentimento do patrão¹⁰⁰.

⁹⁵ BARROS, Alice Monteiro de. Curso de Direito do Trabalho. 7 ed. São Paulo: LTr, 2011, p. 172-173.

⁹⁶ CASSAR, Vólia Bomfim. Direito do Trabalho [livro eletrônico]. 9 ed. São Paulo: Método, 2014, p. 283.

⁹⁷ DELGADO, Maurício Godinho. *Op cit.*, p. 283.

⁹⁸ MUÇOUÇAH, Renato de Almeida Oliveira. Assédio Moral Coletivo nas Relações de Trabalho. 2 ed. São Paulo: LTr, 2014. p. 83.

⁹⁹ DELGADO, Maurício Godinho. *Op. Cit.*, p. 285.

¹⁰⁰ CASSAR, Vólia Bomfim. *Op. cit.*, p. 284.

Isso quer dizer que, em ocorrência de alguma falta ao serviço, o empregado pode, temporariamente, ser substituído por um colega, para que este cumpra a atividade a que era designado. A personalidade está no contrato, e não na atividade, de modo que o empregado não poderia, por exemplo, fazer-se substituir por um parente ou vizinho.

b) Não eventualidade: A natureza do trabalho é não eventual. Barros entende que o trabalho deve ser necessário para a atividade do empregador¹⁰¹. No Direito do Trabalho, a *permanência* atua no sentido de incentivar a duração máxima do contrato de trabalho, bem como no momento do estabelecimento da relação jurídica¹⁰². Para Cassar, é possível caracterizar a não eventualidade ou habitualidade quando o trabalho prestado pelo empregado for de necessidade permanente para o empregador¹⁰³, aproximando-se dos ensinamentos de Barros. Assim, depreende-se que a habitualidade está caracterizada ainda que o trabalhador seja contratado para trabalhar a semana inteira ou apenas aos finais de semana. É possível caracterizar a habitualidade, portanto, ainda que o trabalhador tenha sido contratado para laborar um dia na semana. Sendo sempre para o mesmo empregador, de modo que nenhum outro prestador de serviço o substitua, com as devidas ressalvas, fica demonstrada a não eventualidade.

c) Onerosidade: a onerosidade constitui-se nas vantagens recíprocas auferidas no contrato de trabalho, isto é, para toda prestação de trabalho corresponde uma contraprestação pecuniária, que traduz-se em pagamento de salário em pecúnia ou em utilidade¹⁰⁴. A contraprestação onerosa deve ser enfocada sob a ótica do prestador de serviços, sendo correspondente à força de trabalho colocada à disposição do empregador. Assim, entende-se que um trabalho voluntário, por exemplo, ainda que apresentasse os demais elementos, não poderia caracterizar uma relação de emprego.

d) Subordinação: embora existam tipos de subordinação adotadas por outras legislações (subordinação econômica, subordinação técnica), a subordinação no direito trabalhista brasileiro é a jurídica, em função do poder de comando do empregador (assunto a ser abordado posteriormente), remetendo ao empregado o dever de obediência¹⁰⁵. A CLT, no artigo 6º, inclui nesse conceito a subordinação existente por meio de controle telemático e informatizado.

¹⁰¹ BARROS, Alice Monteiro de. Curso de Direito do Trabalho. 7 ed. São Paulo: LTr, 2011, p. 173.

¹⁰² DELGADO, Maurício Godinho. Curso de Direito do Trabalho. 11 ed. São Paulo: LTr, 2012, pp. 286-287.

¹⁰³ CASSAR, Vólia Bomfim. *Op cit.*, p. 289.

¹⁰⁴ *Ibidem.* p. 293.

¹⁰⁵ *Ibidem.* p. 286.

Segundo Renato de Almeida Oliveira Muçouçah, as raízes remotas da subordinação podem ser encontradas na Roma antiga, na qual era implicada uma limitação muito grave à liberdade individual. Cita que a subordinação é o requisito que marcou de forma efetiva a relação de trabalho na História do Ocidente. Considerando a vastidão de relações trabalhistas, o legislador preferiu proteger aquelas que dependem do empregador. Assim, Muçouçah menciona o termo “dependência”, como gerador de polêmica doutrinária, consubstanciado em suas variações: (a) dependência econômica; (b) dependência técnica; (c) dependência hierárquica; (d) dependência social. Considera o termo *dependência* como superado, embora possa ser utilizado para acentuar o vínculo entre empregado e empregador, principalmente quando não se tem como certa a noção essencialmente jurídica de subordinação¹⁰⁶.

Em referência ao pensamento de Sérgio Pinto Martins, Muçouçah explica, sucintamente, como refere, cada uma das teorias:

(a) dependência econômica: diz-se do fato de o empregado depender do empregador em relação ao recebimento do salário, tal como diz-se do filho que depende do pai economicamente e, todavia, este não é empregador daquele.

(b) dependência técnica: refere-se às diretrizes da atividade, das quais o empregado depende, comandadas pelo empregador. A crítica que se faz é quanto aos empregados de altos cargos executivos, que muitas vezes tomam as diretrizes do negócio, invertendo-se a relação, de modo que o empregador acaba por depender deles;

(c) dependência social: funda-se no contrato de trabalho, que influencia na condição social das partes. O empregado deve ser protegido socialmente, por ser o elo mais vulnerável da relação.

(d) dependência hierárquica: baseia-se no fato de o empregador estar inserido na empresa, submetido às normas determinadas pelo empregador.

A dependência do empregador deve ser compreendida no sentido jurídico, considerando o contrato de trabalho firmado entre as partes. De acordo com Muçouçah, o empregado, mediante remuneração, aliena a um terceiro - empregador - o poder diretivo sobre sua atividade. E ainda cita:

O trabalhador livre, ao contrário do escravo, é uma pessoa e não mais coisa. O contrato de compra e venda, antes da própria pessoa, passa a ser da capacidade da força de trabalho. Assim, o sistema de subordinação jurídica torna-se também mais eficiente: o trabalhador, que agora tem família, filhos e reputação ante a sociedade, necessita continuamente ser querido pelo empregador, para que a relação de

¹⁰⁶ MUÇOUÇAH, Renato de Almeida Oliveira. Assédio Moral Coletivo nas Relações de Trabalho. 2 ed. São Paulo: LTr, 2014. pp. 83-85.

emprego (e conseqüentemente a alienação da força de trabalho) seja mantida¹⁷⁸. Desta feita, não é difícil compreender o porquê ser a subordinação, dentre todos os outros, o traço mais característico da relação de emprego. E é mais. É o próprio objeto do contrato de emprego, sob o ponto de vista do empregador¹⁰⁷.

Segundo o autor, o trabalho, antes imposto ao homem por meio de coação, atualmente não encontra essa possibilidade. O que “coage” o indivíduo a trabalhar são fatores exógenos, como a necessidade de gerir recursos.

Tal é a opinião de Muçouçah, todavia, a existência de trabalhos impostos de maneira coercitiva, isto é, trabalhos forçados na realidade contemporânea não é ignorada. No sentido do entendimento, Martha Halfeld Furtado de Mendonça Schmidt cita:

No mundo, segundo a mais recente estimativa da organização internacional do trabalho, cerca de 21 milhões de trabalhadores são vítimas de trabalho coercitivo ou então foram iludidos com trabalho do qual eles não podem sair, uma vez aceita a proposta inicial. A maior incidência se encontra na região da ásia e do Pacífico (11,7 milhões, 56% do total global), seguida da África (3,7 milhões, 18%) e América Latina (1,8 milhões, 9%)¹⁰⁸.

Para Muçouçah, a subordinação possui natureza eminentemente contratual, em que pese tenha como característica a assimetria da sociedade capitalista moderna. Considera a subordinação um ato juridicamente firmado pelas partes, oposto à ideia de autonomia.

Para Oyama Karyna Barbosa Andrade e Guilherme Lissen Bezerra Henrique da Rocha, apenas a subordinação jurídica é premissa do sistema capitalista de produção que estrutura a relação de emprego, ou seja, há limites quanto ao exercício do poder do empregador na relação de trabalho. Ainda assim, o empregador detém direitos que, exercidos de maneira inadequada, podem atingir os direitos fundamentais do empregado¹⁰⁹. Defendem a teoria da eficácia horizontal dos direitos fundamentais nas relações privadas e citam:

Em vista disso, é aplicável às relações de emprego a teoria da eficácia horizontal dos direitos fundamentais. Existe, para o empregador, na relação jurídica estabelecida com o trabalhador contratado, um dever de respeito e de não violação da sua dignidade e direitos fundamentais¹¹⁰.

Arnaldo Süssekind cita:

¹⁰⁷ MUÇOUÇA, Renato de Almeida Oliveira. Assédio Moral Coletivo nas Relações de Trabalho. 2 ed. São Paulo: LTr, 2014. p. 85.

¹⁰⁸ SCHMIDT, Martha Halfeld Furtado de Mendonça. O trabalho forçado contemporâneo - Comentários às Convenções Fundamentais ns. 29 e 105 da Organização Internacional do Trabalho - O texto e o contexto. In: ALVARENGA, Rubia Zanotelli de; COLNAGO, Lorena de Mello Rezende. **Direito Internacional do Trabalho e Convenções Internacionais da OIT comentadas**. São Paulo: LTr, 2014. p. 481. pp. 279-280.

¹⁰⁹ ANDRADE, Oyama Karyna Barbosa; ROCHA, Guilherme Lissen Bezerra Henrique da. A eficácia horizontal dos direitos fundamentais na relação de emprego: análise das dispensas coletivas. In: DELGADO, Gabriela Neves. PEREIRA, Ricardo José Macêdo de Britto. **Trabalho. Constituição e Cidadania: a dimensão coletiva dos direitos sociais trabalhistas**. São Paulo: LTr, 2014. p. 439. p. 410-427.

¹¹⁰ *Ibidem*. p. 420.

No Brasil, tendo em conta o disposto nos arts. 2º e 3º da CLT, o contrato individual de trabalho pode ser definido como o negócio jurídico em virtude do qual um trabalhador obriga-se a prestar pessoalmente serviços não eventuais a uma pessoa física ou jurídica, subordinado ao seu poder de comando, dele recebendo os salários ajustados¹¹¹.

Segundo o doutrinador, o contrato de trabalho pode ser firmado verbalmente, de maneira tácita ou expressa, ou por escrito, de modo que estando preenchidos os elementos elencados nos artigos 2º e 3º da CLT, está caracterizada a relação de emprego, independentemente do *nomem iures* que tenha sido dado ao contrato celebrado.

Süssekind afirma que o artigo 3º da CLT, que revela o conceito de empregado e alude à dependência, não revela se esta é de caráter econômico, social, técnico ou hierárquico. Segundo o doutrinador, a CLT refere-se a essa última, que resulta da subordinação jurídica assumida pelo trabalho. Para Süssekind, a subordinação jurídica “é, para o empregado, o reverso da medalha do poder de comando atribuído ao empregador¹¹²”.

Cíntia Machado de Oliveira e Leandro do Amaral D. de Dorneles afirmam que a subordinação se consubstancia no elemento predominante de caracterização da relação de emprego. Segundo os doutrinadores, é mediante a subordinação que o empregador possui o poder de determinar como, quando, onde e o que vai ser produzido pelo empregado. Mencionam que ao empregado cabe o dever de obediência, ressalvadas as ordens manifestamente abusivas ou ilícitas ou, ainda, que atentem contra a dignidade humana do empregado, ou que lhe coloquem em risco a vida¹¹³.

Segundo os juristas, a subordinação pode ser compreendida a partir de dois sentidos: subordinação subjetiva e objetiva. No entendimento dos autores, a subordinação objetiva é compreendida quanto à integração do empregado ao ambiente empresarial. Ao firmar o contrato de trabalho, o empregado participa do ambiente de trabalho de maneira integrada, consciente de desempenhar uma tarefa útil ou necessária ao empregador. Já a subordinação subjetiva, revela-se na medida em que o empregador comanda a atividade laboral, emitindo ordens para que a energia do trabalho torne-se algo útil para a atividade econômica. Sob este prisma, a subordinação subjetiva remete ao poder de comando do empregador.

As demais características da prestação de serviços por pessoa física e não assunção de riscos da atividade por parte do empregado, constituem-se, respectivamente, no fato de que ao

¹¹¹ SÜSSEKIND, Arnaldo. Curso de Direito do Trabalho. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 209.

¹¹² *Ibidem*. p. 209-211.

¹¹³ OLIVEIRA, Cíntia Machado de; DORNELES, Leandro do Amaral Dorneles de. Direito do Trabalho. 2 ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2013. pp. 49-50.

trabalhador é sempre pessoa natural, que presta serviço a uma pessoa física ou jurídica (empregador)¹¹⁴, conforme disposto no artigo 3º da CLT; bem como o artigo 2º, da Consolidação. Assim, fica atribuído exclusivamente ao empregador os riscos da atividade econômica, inferindo que, caso o trabalhador assumira parceria no risco do negócio, perde sua característica de empregado.

Para a finalidade deste trabalho, serão consideradas as quatro características adotadas majoritariamente pela doutrina (pessoalidade, não eventualidade, onerosidade e subordinação jurídica).

O trabalho realizado por pessoa física é característica comum de qualquer relação de trabalho, e não específica da relação de emprego. A falta desta característica não ensejaria a descaracterização da relação empregatícia tão somente, mas, sim, a relação de trabalho como um todo, independentemente da modalidade contratual.

Nota-se que a relação de emprego é, portanto, fundamentada a partir de uma série de características próprias que, uma vez existentes, independentemente da formalização ou não da relação empregatícia mediante assinatura da Carteira de Trabalho e Previdência Social (CTPS) do empregado, perfectibilizam e caracterizam uma relação empregatícia. Nesse sentido, recobra-se o princípio da primazia da realidade.

2.2 PRERROGATIVAS PATRONAIS

2.2.1 Primeiros vestígios do poder

Para Barros, as primeiras manifestações de poder surgiram na Antiguidade romana, atribuídas exclusivamente ao *pater familias* no sentido de direção do *domus*. Na Idade média, a submissão dos trabalhadores era uma característica marcante, em função dos vestígios deixados pela escravidão, propondo que “no regime liberal, opera-se um recuo no campo jurídico à figura romana do arrendamento de serviço e o detentor do capital tem a faculdade de exercer amplamente o poder de direção¹¹⁵”. Tais informações fazem perceber que, desde os primórdios, de maneira compulsória ou não, o tomador de serviços revestia-se de força e autoridade suficiente para dirigir pessoalmente o negócio.

¹¹⁴ DELGADO, Maurício Godinho. Curso de Direito do Trabalho. 11 ed. São Paulo: LTr, 2012, p. 284.

¹¹⁵ BARROS, Alice Monteiro de. Curso de Direito do Trabalho. 9 ed. São Paulo: LTr, 2013, p. 458.

Nesse contexto, é possível assimilar os primeiros indícios do que, atualmente, é chamado de subordinação no contrato de trabalho. Para Amauri Nascimento, a subordinação é o ponto central do Direito do Trabalho¹¹⁶. Citando Lodovico Barassi, Nascimento ensina que o berço da teoria da subordinação é o direito italiano, com objetivo de fazer distinção entre o trabalho do operário da fábrica e o do prestador de serviços:

A subordinação, em sua teoria, consistia em pôr à disposição a própria força de trabalho a favor da outra parte contratante, endereçada segundo o próprio escopo pessoal do trabalhador, o que se identificou com o submetimento da prestação ao critério diretivo do empregador. Era correlata ao risco do trabalho que na *locatio operarum* ficava a cargo do dador de trabalho¹¹⁷.

Na primeira tentativa de juridicização, a teoria da subordinação tentou trazer a questão para o campo jurídico, não tanto o socioeconômico, com fulcro na relação entre a dependência jurídica e o poder diretivo¹¹⁸.

2.2.2 Poderes do empregador no contrato de trabalho

De acordo com Monteiro de Barros, tendo em vista o artigo 2º da CLT, ao empregador, por assumir os riscos da atividade econômica, cabe contratar, assalariar e dirigir a prestação pessoal de serviços. Desse modo, conforme afirma, a doutrina tem considerado tal direção da atividade como um poder hierárquico ou poder de comando ou diretivo do empregador em relação ao empregado. Conforme cita, autores como Süsskind e Evaristo Moraes Filho sustentam que o empregador detém o poder hierárquico, que manifesta-se pelo poder diretivo, do qual o poder disciplinar é corolário¹¹⁹.

Assim, percebe-se que o tomador do serviço, nesse sentido entendido como o empregador, é dotado de prerrogativas derivadas de seu *poder hierárquico*, estruturado historicamente. Segundo Barros, a *hierarquia* traz a compreensão de vínculos escalonados entre as pessoas, a partir de graus de autoridade; enquanto o conceito de *poder* (originária da palavra *potere*, em latim), pode ser considerado como força de vontade, obediência e

¹¹⁶ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. Direito do Trabalho. 26 ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 211.

¹¹⁷ *Ibidem*. p. 212.

¹¹⁸ *Ibidem*. pp. 211-212.

¹¹⁹ BARROS, Alice Monteiro de. Curso de Direito do Trabalho. 9 ed. São Paulo: LTr, 2013, p. 459.

influência¹²⁰. Citando Luís José Mesquita, a doutrinadora infere o seguinte sobre o conceito de poder hierárquico:

[...] faculdade em virtude da qual uma pessoa, o sujeito ativo chamado superior hierárquico, exerce um direito-função sobre a atividade profissional de outra, o sujeito passivo, chamado inferior hierárquico, segundo o interesse social da instituição, para legislar, governar e sancionar, no que respeita à ordem profissional da empresa¹²¹.

Barros rejeita o termo “poder hierárquico”, por não se coadunar mais com o direito brasileiro, haja vista que tal terminação guarda resquícios do corporativismo.

Em função da possibilidade de governar a relação empregatícia, cabe lembrar que a questão da hierarquia e a consequente subordinação que ela carrega, incide de maneira tão forte no contrato de trabalho que a não subordinação, tecnicamente a insubordinação, bem como a indisciplina, ensejam uma penalidade ao trabalho, prevista no artigo 482, alínea “h”, da CLT, coberto pela justa causa.

Para Godinho, a expressão “poder hierárquico” está fortemente ligada ao corporativismo, enraizada a uma rigidez que não se compatibiliza com a democratização ajustada pelo direito trabalhista¹²².

Os poderes empregatícios¹²³ são, portanto, prerrogativas atribuídas ao empregador, visando a necessária e eficaz direção da atividade econômica mediante coordenação, fiscalização e regramento das atividades do empregado. Tais poderes surgem simultaneamente à existência da relação de emprego. Esse conceito pode ser explicado como o “conjunto de prerrogativas com respeito à direção, regulamentação, fiscalização e disciplinamento da economia interna à empresa e correspondente prestação de serviços¹²⁴”.

Segundo Godinho, do nascimento da relação de trabalho, surgem as prerrogativas inerentes à atividade patronal. Conforme disposto no artigo 2º a CLT, os poderes dos quais o empregador se reveste, próprios de sua atuação, justificam-se, em linhas gerais, em razão da assunção dos riscos da atividade econômica e em função da necessária direção e coordenação das operações.

¹²⁰ BARROS, Alice Monteiro de. Curso de Direito do Trabalho. 9 ed. São Paulo: LTr, 2013, p. 459.

¹²¹ *Ibidem.* p. 459.

¹²² DELGADO, Maurício Godinho. Curso de Direito do Trabalho. 11 ed. São Paulo: LTr, 2012, pp. 658-660.

¹²³ Poder empregatício: expressão utilizada por Maurício Godinho, ainda que na doutrina se utilize, usualmente, as expressões conforme a “divisão” dos poderes, quais sejam, poder diretivo, poder fiscalizatório, etc (DELGADO, 2012).

¹²⁴ DELGADO, Maurício Godinho. Curso de Direito do Trabalho. 11 ed. São Paulo: LTr, 2012, p. 658.

O jurista afirma que o poder empregatício é um efeito próprio do Direito do Trabalho, marcado pelo poder hierárquico detido pelo empregador, podendo ser categorizado em suas dimensões: (1) Poder diretivo; (2) Poder regulamentar; (3) Poder fiscalizatório; e (4) Poder disciplinar. Segundo Sússekind, o empregador assume o poder de comando (diretivo, hierárquico e disciplinar) na relação de trabalho em razão de assumir os riscos do empreendimento¹²⁵.

1) Poder diretivo

Barros cita Augusto Venturini a fim de conceituar o poder diretivo como sendo “a faculdade que assiste ao chefe de ditar normas de caráter prevalentemente técnico¹²⁶”. Para a doutrinadora, as teorias que fundamentam a existência do poder diretivo são:

A autoridade do empregador exterioriza-se pelo **poder de direção** e torna-se efetiva pelo **poder disciplinar**. Outros autores alinham a estes dois o poder regulamentar e o consideram como manifestação da autoridade empresarial, que se configura como um poder de legislar no âmbito da empresa.
[...] Já o **poder fiscalizatório** nada mais é do que uma das faculdades compreendidas no conteúdo do poder diretivo [...]¹²⁷. (grifos no original)

Para Monteiro de Barros, três teorias se alinham ao poder diretivo¹²⁸:

a) *Teoria da propriedade privada*: cabe ao empregador o poder diretivo em virtude do reflexo do direito de propriedade que incide sobre a empresa, em razão de ser o dono, e, portanto, sobre os contratos de trabalho firmados em função das atividades desta. Para reforçar essa teoria, é possível citar o princípio constitucional da função social da propriedade que, como foi visto, é aplicável ao direito do trabalho. Apesar disso, embora baseie-se em um reflexo do exercício do direito de propriedade, pode-se apresentar contraposição em relação a essa teoria, tendo em vista que nem todo chefe é dono da empresa. O cargo de chefia pode ser exercido por alguém que não necessariamente é proprietário do empreendimento, já que a hierarquia permite a escalonagem do comando;

b) *Teoria institucional*: de acordo com tal teoria, o poder diretivo é fundado na concepção institucional ou comunitária da empresa, possuindo um caráter mais político e social e menos jurídico;

¹²⁵ SÚSSEKIND, Arnaldo. Curso de Direito do Trabalho. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 210.

¹²⁶ BARROS, Alice Monteiro de. Curso de Direito do Trabalho. 7 ed. São Paulo: LTr, 2011, p. 460.

¹²⁷ *Ibidem*. p. 459-460.

¹²⁸ *Ibidem*. p. 460.

c) *Teoria contratual*: “fundamenta a existência dos poderes do empregador. Esses poderes são consequência imediata do ajuste entre empregado e empregador, o qual coloca sob a responsabilidade deste último a organização e a disciplina do trabalho”.

Ainda segundo Barros, duas teorias se apresentam a fim de justificar a natureza jurídica do poder diretivo. A primeira delas refere-se ao direito potestativo, no qual a jurista explica citando Karl Larenz, como sendo a habilitação conferida a uma pessoa em função de poder estabelecer uma relação jurídica com outrem, modificá-la ou extinguí-la. A última teoria relaciona o poder diretivo ao direito-função, o qual determina obrigações ao titular do direito, não o eliminando, mas o colocando a serviço de uma função¹²⁹.

Maurício Godinho dispõe:

Poder diretivo (ou poder organizativo ou, ainda, poder de comando) seria o conjunto de prerrogativas tendencialmente concentradas no empregador dirigidas à organização da estrutura e espaço empresariais internos, inclusive o processo de trabalho adotado no estabelecimento e na empresa, com a especificação e orientação cotidianas no que tange à prestação de serviços¹³⁰.

Tal conceito demonstra ser suficiente para orientar o que é e a que se dedica o poder diretivo, de acordo com a ideia que se quer apresentar neste trabalho. Ressalta-se, porém, que o poder diretivo refere-se às atividades inerentes ou correlatas à prestação de serviços, sendo vedado o uso do poder diretivo para finalidades alheias à relação de emprego¹³¹. A questão da vedação importa na conscientização de que o poder diretivo apresenta limites, não podendo ser utilizado indiscriminadamente, ao critério do empregador.

Acerca da limitação comentada, tem-se a limitação externa imposta pela Constituição, pela legislação, pelo contrato (fonte formal autônoma de direito) e pelas normas coletivas. Internamente, o poder diretivo é litimado pela boa-fé.

Ainda, Monteiro de Barros cita:

[...] a vida privada do empregado, seus costumes, amizades, ideias, orientação sexual e opiniões estão fora do campo de incidência do poder diretivo do empregador [...], o que se deduz do artigo 5º, X, da Constituição de 1988, ao considerar invioláveis a intimidade e a vida privada das pessoas, como também dos incisos IV, VI, VIII, XVII, do mesmo diploma legal, que garantem a liberdade de pensamento, de crença religiosa, de convicção filosófica ou política e de associação e para fins lícitos¹³².

¹²⁹ BARROS, Alice Monteiro de. Curso de Direito do Trabalho. 9 ed. São Paulo: LTr, 2013, p. 460-461.

¹³⁰ DELGADO, Maurício Godinho. Curso de Direito do Trabalho. 11 ed. São Paulo: LTr, 2012, p. 660.

¹³¹ BARROS, Alice Monteiro de. Curso de Direito do Trabalho. 9 ed. São Paulo: LTr, 2013, p. 462.

¹³² *Ibidem*. p. 462.

Para a autora, o âmbito de incidência do poder diretivo diz respeito tão somente às atividades referentes ao trabalho. As convicções, pensamentos, intimidade e privacidade do empregado não são fatores à disposição do empregador.

Acerca da autonomia da vontade e das liberdades do trabalhador no contrato de trabalho, Agra Belmonte infere que é absolutamente vedado ao empregador invadir o *e-mail* pessoal do empregado, bem como seus pertencentes e correspondências, tal como é vedada a discriminação no ambiente de trabalho em razão de crenças, ideologias políticas, etnia e religião¹³³.

Em referência ao pensamento de Romita, Belmonte pondera que os direitos fundamentais do trabalhador não são exercidos como o são em face do poder público ou em outro aspecto da vida social, mas sim, sofrem limitações na vigência do contrato de trabalho. Menciona:

[...] os direitos fundamentais não são absolutos ou ilimitados. Os limites ao exercício das liberdades dependem, nas relações de trabalho, do ajuste entre os direitos fundamentais aplicáveis aos trabalhadores, previstos na Constituição e os demais direitos fundamentais, entre eles o poder diretivo, decorrente do princípio da livre-iniciativa¹³⁴.

Recorda-se, nesse contexto, que a intimidade e a privacidade são direitos fundamentais ligados aos direitos de personalidade do empregado, cuja violação enseja, inclusive, dano moral. Ainda, considerando-se tal limitação do exercício do poder diretivo, entende-se as redes sociais e a internet (por ser pública) contextos abrangidos pela vedação de intervenção do empregador na vida privada do empregado.

2) Poder regulamentar

Para Godinho, o poder regulamentar é mera expressão do poder diretivo; uma exteriorização na qual este pode se concretizar, um meio de estabelecer as intenções e metas diretivas da empresa¹³⁵. Já Barros compreende o poder regulamentar como uma forma de “manifestação da autoridade empresarial, que se configura como um poder de legislar no âmbito da empresa¹³⁶”. Importante dizer, no entanto, que não é efetivamente uma legislação que se estabelece com o poder regulamentar. Em verdade, tal poder prevê a possibilidade do empregador estabelecer normas internas, regras, “legislações” no ambiente de trabalho, de caráter obrigatório, em razão do contrato. Nesse sentido é o pensamento de Godinho:

¹³³ BELMONTE, Alexandre Agra. A tutela das liberdades nas relações de trabalho. São Paulo: LTr, 2013. p. 49.

¹³⁴ *Ibidem*. p. 50.

¹³⁵ DELGADO, Maurício Godinho. Curso de Direito do Trabalho. 11 ed. São Paulo: LTr, 2012, p. 660-661.

¹³⁶ BARROS, Alice Monteiro de. Curso de Direito do Trabalho. 11 ed. São Paulo: LTr, 2013, p. 460.

Nessa linha, a compreensão jurídica mais importante a respeito do poder regulamentar empresarial é a de que ele não tem o condão de produzir efetivas normas jurídicas mas, sim, meras cláusulas contratuais (ou, se se preferir, atos jurídicos unilaterais, que aderem ao contrato). Ou seja, os diplomas resultantes do poder regulamentar empresarial (regulamento de empresa, por exemplo) não são compostos por normas jurídicas, mas por simples cláusulas obrigacionais¹³⁷.

3) Poder disciplinar

Poder disciplinar é a faculdade do empregador aplicar uma sanção ao empregado que infringe os deveres a que se sujeita no contrato de trabalho. Barros leciona que parte minoritária da doutrina acredita que não existe poder disciplinar, considerando que a sanção cabe ao Estado e não às empresas¹³⁸. Apesar disso, a doutrina majoritária admite a existência do poder disciplinar, que traduz na possibilidade do empregador aplicar sanção ao empregado que tenha cometido alguma falta, sendo que “o exercício desse poder tem por fim manter a ordem e a harmonia no ambiente de trabalho¹³⁹”.

As sanções previstas na legislação são: advertência, suspensão (não superior a 30 dias, em atenção ao artigo 474 da CLT) e despedida por justa causa, sendo vedada a pena de multa, salvo para jogadores de futebol, conforme disposto em lei específica. Em análise, é possível compreender que são incabíveis sanções disciplinares de cunho vexatório e abusivo, eis que corruptoras do direito à honra e à dignidade da pessoa humana do empregado.

Segundo Barros, a natureza jurídica do poder disciplinar é controvertida, tal como dispõe as teorias que pretendem explicá-la¹⁴⁰:

a) Teoria penalista: faz uma alusão ao poder punitivo conferido ao Estado na esfera penal, enquanto o poder disciplinar é discricionário (no sentido de que o empregador pode ou não aplicar a punição, e não discricionário quanto ao tipo de punição);

b) Teoria civilista: compara o poder disciplinar às penas civis no aspecto de punir em razão de descumprimento contratual, para que este seja executado conforme contratado entre as partes. De acordo com Barros, a crítica que se faz é justamente ao fato de que a sanção civil busca uma indenização, à medida que a sanção trabalhista, em geral, zela pela ordem interna da empresa.

c) Teoria administrativa: fundado no princípio da supremacia do interesse público, parte do pressuposto de que o poder disciplinar tem o intuito de regular a ordem interna do

¹³⁷ DELGADO, Maurício Godinho. Curso de Direito do Trabalho. 11 ed. São Paulo: LTr, 2012, p. 661.

¹³⁸ BARROS, Alice Monteiro de. Curso de Direito do Trabalho. 11 ed. São Paulo: LTr, 2013, pp. 479-481.

¹³⁹ *Ibidem.* p. 480.

¹⁴⁰ *Ibidem.* pp. 480-482.

serviço público e dos servidores, estabelecendo-se não somente à relação estatutária do servidor com o Estado, mas também aos que utilizam o serviço público. Tal teoria, entretanto, conforme Barros menciona, possui mais a abrangência do que no Direito do Trabalho, haja vista estender-se aos serviços públicos também, não se limitando à relação entre servidores e o Estado¹⁴¹.

Por fim, a jurista cita a teoria que considera o poder disciplinar como um poder especial, que não está enquadrado em outros ramos do Direito, assegurado ao empregador com a finalidade de preservar a ordem do empreendimento. Para o objetivo deste trabalho, parece mais acertada a teoria especial.

A aplicação da pena cabe ao empregador, de modo que deve haver compatibilidade entre a falta e a punição. A dosagem, assim, fica a cargo do empregador, sendo que, havendo inconformidade do empregado, a Justiça do Trabalho é competente para mantê-la ou cancelá-la.

4) Poder fiscalizatório

Para Barros, “o poder de fiscalização nada mais é do que uma das faculdades compreendidas no conteúdo do poder diretivo [...]”¹⁴². Tal entendimento é corroborado por Godinho:

Não se pode negar que a ideia de poder fiscalizatório como poder autônomo perante os demais empregatícios tem certo mérito didático — já que permite reunir para estudo um grupo semelhante de medidas de acompanhamento empresarial interno. Contudo, não há como deixar de se perceber nesse poder fiscalizatório também nada mais do que simples manifestação do poder diretivo, em geral realizada como pressuposto do poder disciplinar¹⁴³.

Godinho ainda disciplina sobre a limitação do poder fiscalizatório, embora reconheça que existe uma nebulosidade entre as fronteiras que o delimitam. Em ordenamentos jurídicos estrangeiros, mais avançados do que o brasileiro neste aspecto, a limitação dos poderes do empregador é mais rigorosa e firmemente estabelecida, como no Estatuto dos Direitos dos Trabalhadores da Itália (lei nº 300, de 30/05/70), que veda a presença permanente de guardas de segurança no ambiente de realização da atividade laboral, bem como vedando inspeções pessoais ao trabalhador, ressalvados, excepcionalmente, casos especiais, com a concordância do empregado e do sindicato trabalhista. Revela, ainda, situação de elevada importância para este trabalho:

¹⁴¹ BARROS, Alice Monteiro de. Curso de Direito do Trabalho. 11 ed. São Paulo: LTr, 2013, pp. 480-482.

¹⁴² *Ibidem*. p. 460.

¹⁴³ DELGADO, Maurício Godinho. Curso de Direito do Trabalho. 11 ed. São Paulo: LTr, 2012, pp. 662-663.

A ordem jurídica brasileira não tem, ainda, preceitos tão claros na direção acima enunciada. Contudo, tem regras e princípios gerais capazes de orientar o operador jurídico em face de certas situações concretas.

Nesse quadro, é inquestionável que a Carta Constitucional de 1988 rejeitou condutas fiscalizatórias e de controle da prestação de serviços que agredam à liberdade e dignidade básicas da pessoa física do trabalhador¹⁴⁴.

Assim, depreende-se que o exercício de tal poder não poderá constituir uma violação a um direito fundamental do empregado. Ademais, Godinho cita os princípios da dignidade da pessoa humana, a construção de uma sociedade livre, justa e solidária e a promoção do bem de todos para pautar as prerrogativas do empregador, além dos comandos gerais de igualdade entre todos, a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, como o direito fundamental à intimidade e à dignidade¹⁴⁵, enfatizando:

Todas essas regras e princípios gerais, portanto, criam uma fronteira inegável ao exercício das funções fiscalizatórias e de controle no contexto empregatício, colocando na franca ilegalidade medidas que venham agredir ou cercear a liberdade e dignidade da pessoa que trabalha empregaticamente no país¹⁴⁶.

O TST também firma entendimento sobre a limitação às prerrogativas do empregador, a exemplo da decisão no Recurso de Revista nº 651-78.2011.5.01.0071:

A CLT consagra o poder diretivo do empregador (art. 2º), que se manifesta por meio do controle, vigilância e fiscalização dos seus empregados. Tal poder encontra limites também legalmente traçados. Ninguém pode tudo. Os poderes de qualquer indivíduo, de qualquer instituição, para além do que trace o ordenamento, estão limitados não só pelo que podem os outros indivíduos e instituições, mas, ainda, pelo que, legitimamente, podem exigir na defesa de seus patrimônios jurídicos. A Constituição da República (arts. 1º, inciso III, e 5º, caput e incisos III e X) tutela a privacidade e a honra, coibindo práticas que ofendam a dignidade da pessoa humana e constituam tratamento degradante.

Barros entende a fiscalização como uma das funções do poder diretivo, refletindo-se no controle das atividades laborais, sendo as demais funções traduzidas pelas decisões executivas e pela instrução. Na função de controle está inserida a revista ao empregado¹⁴⁷.

A revista não pode ter caráter íntimo, procedendo-se sobre o corpo do empregado. Desse modo, é vedada e combatida a revista na qual o empregado deva se despir, ou mostrar partes do corpo. Como exemplo, Barros cita a condenação criminal do proprietário de uma empresa de peças íntimas que submetia suas 3.000 funcionárias ao constrangimento ilegal de levantarem suas saias ou blusas ou baixarem suas calças a fim de mostrar a etiqueta da peça

¹⁴⁴ DELGADO, Maurício Godinho. Curso de Direito do Trabalho. 11 ed. São Paulo: LTr, 2012, p. 663.

¹⁴⁵ *Ibidem*. 663-664

¹⁴⁶ *Ibidem*. p. 664.

¹⁴⁷ BARROS, Alice Monteiro de. Curso de Direito do Trabalho. 9 ed. São Paulo: LTr, 2011, pp. 462-467.

íntima que vestiam e, quando menstruadas, a demonstração da ponta do absorvente, para que ficasse comprovado que não procederam a furto de qualquer produto da empresa¹⁴⁸.

Assim, impende ponderar que o empregador detém prerrogativas legítimas de direção da atividade empresarial, o que possibilita a fiscalização das atividades laborais, controle e regulamentação destas. O que se demonstra é que o empregado, por sua vez, é titular de direitos fundamentais que incidem na relação de trabalho, ainda que de modo reduzido. Por diversas vezes, ocorre um choque entre as prerrogativas do empregador e os direitos fundamentais do empregado. Como foi dito, embora incidam de maneira reduzida no contrato de trabalho, os direitos fundamentais do empregado mantêm um núcleo irredutível, assecuratória de condições mínimas de dignidade humana. Em relação a este núcleo essencial, os direitos fundamentais não podem sofrer limitação.

¹⁴⁸ BARROS, Alice Monteiro de. Curso de Direito do Trabalho. 9 ed. São Paulo: LTr, 2011, pp. 466-467.

3 FISCALIZAÇÃO PATRONAL DE SISTEMAS ELETRÔNICOS, REDES SOCIAIS E INTERNET: LIMITES, POSSIBILIDADES E CONSEQUÊNCIAS

3.1 BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE TECNOLOGIA E INOVAÇÃO NO AMBIENTE DE TRABALHO

No atual mundo corporativo, as empresas tem se utilizado da tecnologia no ambiente de trabalho, a fim de aperfeiçoar as atividades laborativas. A utilização de correspondências eletrônicas, meios instantâneos de comunicação, como o Microsoft Lync, aplicativos de troca de informações internas, entre outros, fazem parte da rotina de diversas empresas. No caso do Microsoft Lync, por exemplo, há a possibilidade de troca de mensagens instantâneas no ambiente corporativo, inclusive com utilização de Skype (chamadas de vídeo), ensejando o agendamento de reuniões ou encontros entre colaboradores que laborem em Estados distintos da Federação, ou entre aqueles que exercem o trabalho à distância, por exemplo.

Também chamada de correio eletrônico, a correspondência eletrônica é, frequentemente, chamada pelo seu nome em inglês, *e-mail*. Para utilizar-se de e-mail, não necessariamente é preciso estar conectado à rede mundial de computadores (“*International-Networking*” ou apenas “InterNet”, ou então “internet”), visto que a existência deste é anterior à internet.

Os e-mails, portanto, podem ser utilizados tanto quando se está conectado à internet, quanto fora desta, por meio da intranet. A intranet, por sua vez, é uma rede de computadores privada, geralmente, utilizada por empresas como meio de comunicação interna entre os colaboradores.

Assim, também, há inovações quanto à telefonia, especialmente em relação às tecnologias VoIP e Telefonia IP¹⁴⁹. Na tecnologia VoIP, existe a transformação do sinal de voz analógico em digital, passando pela internet. Sendo assim, ocorre a transmissão de voz via internet, de um ponto a outro. Isso possibilita o contato entre filiais, sendo que é possível falar gratuitamente entre ramais VoIP, o que implica na redução de custos para as empresas. Já na Telefonia IP, que é considerada por muitos a evolução da tecnologia VoIP, é possível

¹⁴⁹ ANDRADE, Jobson. **Existe alguma diferença entre telefonia IP e VoIP?** Barueri: Asteriks, 2015. Disponível em <<http://asteriks.com.br/telefonia/existe-alguma-diferenca-entre-telefonia-ip-e-voip/>>. Acesso em 10 out 2015.

integrar um aparelho telefônico ao computador, para transmissão de voz pela internet. E, além disso, a tecnologia permite o *download*¹⁵⁰ de *software*¹⁵¹ para o computador, *tablet*¹⁵² ou *smartphone*¹⁵³, o que substitui o aparelho telefônico. Sendo assim, a funcionalidade pode ser acessada a partir do uso de computadores, dispensando os telefones.

3.2 DIREITO À INTIMIDADE, À VIDA PRIVADA E AO SIGILO DE CORRESPONDÊNCIA DO EMPREGADO NA RELAÇÃO DE TRABALHO

Segundo Maria do Rosário Palma Ramalho, dada a importância dos direitos de personalidade, seu reconhecimento como direitos fundamentais é justificado. Há uma ampla sobreposição entre ambas as categorias, tendo em vista que alguns direitos fundamentais são, antes de tudo, direitos de personalidade. Em relação ao Direito do Trabalho, o tratamento dos direitos de personalidade é mais sensível¹⁵⁴.

Na análise da doutrinadora portuguesa, o vínculo laboral tem um componente de dominação que corresponde aos poderes diretivo e disciplinar do empregador, que corresponde, para o empregado, à subordinação. Certas condutas do titular do poder podem ensejar no abuso dos direitos de personalidade do empregado.

Afirma que a vulnerabilidade dos direitos de personalidade do empregado na relação de trabalho, tendo em vista o poder e a característica de pessoalidade do empregado na execução do contrato, dá vazão à necessidade de assegurar “o princípio geral da preservação dos direitos de personalidade do trabalhador, enquanto cidadão, na pendência do contrato”. Cita que tal princípio tem três projeções imediatas:

Em primeiro lugar, o trabalhador tem o direito de exigir ao empregador que respeite os seus direitos enquanto pessoa e enquanto cidadão, na execução do contrato de trabalho.

¹⁵⁰ Transferir (“baixar”) arquivo de um servidor remoto para um computador local.

¹⁵¹ Programa, parte lógico de um computador. Armazena um conjunto de informações que comanda o funcionamento da máquina.

¹⁵² Computador portátil, pequeno e de fina espessura, com tela *touchscreen* (sensível ao toque).

¹⁵³ Literalmente, “telefone inteligente”. Refere-se à nova linha de telefones celulares, com dispositivos tecnológicos integrados ao aparelho.

¹⁵⁴ RAMALHO, Maria do Rosário Palma. **Tutela da personalidade e equilíbrio entre interesses dos trabalhadores e dos empregadores no contrato de trabalho: Breves notas**. [S.l.]: STJ, 2013. Disponível em <https://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&cad=rja&uact=8&ved=0ahUKEwiivKWumsvJAhWExpAKHZBVCaQQFggcMAA&url=http%3A%2F%2Fwww.stj.pt%2Fficheiros%2Fcoloquios%2Fcoloquios_STJ%2FV_Coloquio%2Fint2014%2Fprof_maria_rosario_ramalho.pdf&usg=AFQjCNFWI96dzbLiFTN4SapvicalR-A3Q>. Acesso em 14 nov 2015.

Em segundo lugar, os direitos de personalidade do trabalhador impõem-se genericamente à autonomia privada, logo, impõem-se também ao empregador no vínculo laboral, pelo que, como regra, devem prevalecer sobre outros direitos do empregador. Em terceiro e último lugar, as restrições aos direitos de personalidade, no contexto laboral, devem sujeitar-se ao princípio do mínimo, de acordo com os cânones de interpretação do art.º 18 da Constituição, para além de se sujeitarem aos limites gerais do art. 81º do CC¹⁵⁵.

Tais projeções comportam o princípio geral da preservação dos direitos de personalidade do trabalhador, reconhecido pela doutrina portuguesa, quanto à relação de trabalho.

O direito à intimidade e à vida privada estão inseridos nos direitos fundamentais assegurados ao indivíduo pela Constituição, no artigo 5º, inciso X. Fundados no princípio da dignidade humana, não se confunde a tutela de tais direitos com violação do direito à informação. Aqui, trata-se de intimidade quanto à qualidade do que é reservado ao indivíduo; próprio deste; íntimo, particular. E vida privada como sendo o conjunto de relações interpessoais que o empregado mantém, seja com familiares, amigos e colegas de trabalho, bem como as escolhas particulares de seu estilo de vida.

Na relação de trabalho, vários aspectos podem ser elencados. Em função da proteção legal à intimidade do empregado, alguns fatores se revelam, tais como a ilegalidade da revista íntima, isto é, aquela que caracteriza exposição do corpo do empregado. O empregador justifica a revista como forma de evitar a diminuição de seu patrimônio.

Em que pese a gravidade da situação e os diversos julgados referentes à revista íntima, no presente estudo, serão analisados, essencialmente, casos de violação da intimidade do empregado mediante meios digitais. Como exemplo, tem-se as violações de correspondência eletrônica. A violação surge no momento em que o empregador ultrapassa a esfera de suas prerrogativas diretas, adentrando na privacidade do empregado.

¹⁵⁵ RAMALHO, Maria do Rosário Palma. **Tutela da personalidade e equilíbrio entre interesses dos trabalhadores e dos empregadores no contrato de trabalho: Breves notas**. [S.l.]: STJ, 2013. Disponível em <https://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&cad=rja&uact=8&ved=0ahUKEwiivKWumsvJAhWExpAKHZBVCaQQFggcMAA&url=http%3A%2F%2Fwww.stj.pt%2Fficheiros%2Fcoloquios%2Fcoloquios_STJ%2FV_Coloquio%2Fint2014%2Fprof_maria_rosario_ramalho.pdf&usq=AFQjCNFWI96dzp bLiFTN4SapvicalR-A3Q>. Acesso em 14 nov 2015. p. 4.

3.2.1 Fiscalização por meios visuais

Segundo Barros, a jurisprudência tem permitido a fiscalização por instrumentos visuais, mediante circuito interno de televisão. Refere que o Tribunal Suíço permitiu a instalação de câmeras em ambientes do trabalho para o controle de máquinas não operadas por empregados, ainda que possa ocorrer a eventual filmagem de algum trabalhador. Entretanto, a instalação de câmera permanente para fiscalizar a atividade realizada pelo empregado viola a intimidade deste, de acordo com o direito suíço¹⁵⁶. A Itália, no artigo 4º do Estatuto do Trabalho¹⁵⁷, proíbe o controle intencional por meio desses sistemas, inclusive criminalmente, salvo quando houver anuência do sindicato da categoria trabalhista. Barros menciona que, no Brasil, não há proibição quanto à instalação de tais instrumentos, notando-se que, por razões de preservação à intimidade dos empregados, não podem ser implementados em todas as áreas de empresa, como cantinas e banheiros.

Belmonte cita:

As novas tecnologias de informação e de comunicação proporcionam ao empregador meios de exercer minucioso e eficaz controle da atividade do empregado, velha aspiração patronal, em toda parte. Sem dúvida, as novas tecnologias ampliaram enormemente as possibilidades de controle do empregado por parte do empregador, no interior da empresa e até mesmo fora dela. A sofisticação dos meios de espionagem não dá trégua ao empregado, que sofre, em consequência, intrusão em sua vida particular. Cabe, porém, ao empregador a obrigação de respeitar a vida privada do trabalhador. Os princípios de confiança recíproca e de execução de boa-fé do contrato de trabalho impõem-lhe o dever de revelar ao empregado os meios de vigilância utilizados. As ações secretas, suscetíveis de ferir os direitos e as liberdades individuais do empregado, são condenáveis. O empregador não pode, sob pena de vulnerar os mencionados princípios, invadir a intimidade do empregado, violando-lhe a vida privada. Em contrapartida, ao empregador é facultado adotar medidas de segurança para a proteção tanto do fluxo de entrada quanto de saída de dados do interesse da empresa, mediante a instalação de dispositivos técnicos adequados e bem assim a promulgação de normas disciplinares destinadas à proteção do material e da rede de informática¹⁵⁸.

3.2.2 Monitoramento de sistemas eletrônicos, e-mail e redes sociais

Violações do sigilo de correspondência do empregado (aqui fala-se, essencialmente, sobre correspondência eletrônica), do direito à vida privada deste, mediante fiscalização de seus *e-mails*, de seu telefone celular, de suas redes sociais, configuram clara afronta aos direitos fundamentais erigidos na relação de trabalho. Nesse mesmo sentido, está a

¹⁵⁶ BARROS, Alice Monteiro de. Curso de Direito do Trabalho. 9 ed. São Paulo: LTr, 2011, p. 471-472.

¹⁵⁷ *Statuto dei Lavoratori*. Disponível em <<http://www.altalex.com/documents/codici-altalex/2014/10/30/statuto-dei-lavoratori>>. Acesso em 18 nov 2015.

¹⁵⁸ ROMITA, Arion Sayão. Direitos Fundamentais nas Relações de Trabalho. São Paulo: LTr, 2014. p. 243-244.

jurisprudência do TST, como se demonstra na decisão do agravo de instrumento em recurso de revista nº 4497-69.2010.5.15.0000, no qual o empregador violou o direito à intimidade do empregado ao acessar suas conversas por sistema de troca de mensagens instantâneas (*MSN*) com outro funcionário. Em que pese as mensagens tenham sido trocadas mediante o uso de computador fornecido pela empresa reclamada, o direito à vida privada e ao sigilo de correspondência, com fulcro no artigo 5º, inciso XII, da Constituição, permanece inviolável, podendo, assim, ser rechaçada a conduta ilícita do empregador.

Com efeito, a comunicação via *MSN* - ainda que estabelecida durante o horário de trabalho, por meio de computador fornecido pela empresa - por ostentar natureza estritamente pessoal, é inviolável, não sendo possível o exercício, pelo empregador, de qualquer tipo de controle material, ou seja, relativo ao seu conteúdo. Assim, é transcrita parte fundamental da decisão:

Acerca da impossibilidade de o empregador controlar o conteúdo das mensagens pessoais enviadas/recebidas por seus empregados, destaca-se o posicionamento do eminente Ministro Alexandre Agra Belmonte: ‘O e-mail particular é meio de comunicação de natureza estritamente pessoal e, portanto, inviolável. Nessa qualidade, somente podendo ser vasculhado mediante prévia autorização, do próprio empregado ou ainda judicial, na última hipótese se entendido que não fica limitada à instrução processual penal, podendo ser estendida aos processos civil e trabalhista. Qualquer intromissão material não autorizada será considerada invasão de intimidade e, especificamente, quebra de sigilo de correspondência ou violação da intimidade, vulnerando os direitos fundamentais do trabalhador e dando ensejo a reparações inibitórias e de cunho patrimonial e moral¹⁵⁹’.

Na mesma linha, Rodrigo de Lacerda Carelli ressalta:

O e-mail particular do trabalhador, mesmo que acessado das dependências da empresa, mantém-se inviolável e garantido seu sigilo, não podendo o empregador monitorá-lo de qualquer forma. Da mesma forma se dá com as ferramentas de conversação no estilo 'msn' ou 'icp', não podendo ser acessadas pela empresa. No entanto, pode a empresa, por óbvio, proibir a instalação de tais programas, por afetar o trabalho realizado, mas, uma vez permitida sua utilização, mesmo que tacitamente, não poderá o empregador acessar os dados ali contidos, fazendo parte do âmbito privado do trabalhador¹⁶⁰.

Chama a atenção o fato de que a vigilância do empregador ultrapassou a barreira da relação de trabalho, corrompendo a esfera privada do empregado. No caso em questão (e em diversos outros semelhantes), nota-se que a tecnologia, em muito aliada às empresas, quando utilizada de maneira indevida, torna-se um instrumento de fiscalização silenciosa da atividade laborativa e particular do trabalhador.

¹⁵⁹ BELMONTE, Alexandre Agra. O monitoramento da correspondência eletrônica nas relações de trabalho. São Paulo: LTr, 2004, p. 79.

¹⁶⁰ CARELLI, Rodrigo de Lacerda. E-mails e Correspondências no Trabalho, Monitoramento pelo Empregador e Privacidade do Trabalhador, in www.cis.puc-rio.br/cedes/PDF/cidaniatrabalho. Acesso em 17 nov. 2015.

Para Barros, se o empregado utilizar-se de *e-mail* corporativo para envio de mensagem particular, cabe ao empregador a fiscalização, tendo em vista que o computador constitui instrumento de trabalho. Entretanto, o empregado deverá ser avisado sobre tal fiscalização. A jurista menciona:

A liberdade de comunicação, entretanto, continua sendo a regra. Se o empregador confere ao empregado um endereço eletrônico particular, em princípio, não se admite a fiscalização do conteúdo das mensagens enviadas e recebidas. É mais, se a mensagem for de conteúdo íntimo, o empregador violará dois preceitos constitucionais: o que assegura o direito à intimidade (artigo 5º, inciso X) e o que garante o sigilo da correspondência (artigo 5º, XII). A violação a esses direitos, no caso, autoriza a rescisão indireta do contrato de trabalho e a compensação por dano moral e/ou material em favor do empregado¹⁶¹.

Osmar Lopes Júnior¹⁶², em artigo publicado no ano 2000, discorreu sobre o controle que as empresas exercem sobre a *internet* no âmbito da relação de trabalho. Para tanto, citou o artigo 5º, em especial o inciso XII, em relação à inviolabilidade do sigilo das telecomunicações e de dados. Para ele, as empresas (no caso da relação de trabalho, consideradas como o empregador) fornecem meios e instrumentos para os trabalhadores otimizarem suas atividades, objetivando o lucro para a entidade, seja mediante liberação de acesso à *internet*, *e-mail* corporativo, *intranet*, entre outros. A questão que põe em pauta é em relação ao controle de uso e acesso de tais instrumentos, fornecidos pela própria empresa, colocando de um lado a disponibilização da empresa em ceder o uso para seus próprios interesses e, de outro, o direito à inviolabilidade do sigilo das aplicações que fazem uso das telecomunicações. Para o autor, o controle do acesso à *internet* pelas empresas não é caso de violação ao direito fundamental em comento. Lopes entende que o destinatário da comunicação é a própria empresa, e o empregado funciona como um interposto, representando, portanto, o empregador, sendo legítimo o acesso deste aos conteúdos baixados da *internet* e às comunicações, ressaltando que tal ação deve ser feita com responsabilidade

O assunto foi matéria estudada por Euler Sinoir de Oliveira¹⁶³, para o qual o tema é questão de inconstitucionalidade. Segundo ele, considerar válida a fiscalização de meios eletrônicos por entender ser o empregador o fornecedor do computador e internet para o

¹⁶¹ BARROS, Alice Monteiro de. Curso de Direito do Trabalho. 9 ed. São Paulo: LTr, 2011, p. 478.

¹⁶² LOPES JUNIOR, Osmar. Controle de acesso à internet pelas empresas x Direito à privacidade. Campinas: Unicamp, 2000. Disponível em: <<http://www.ccuec.unicamp.br/revista/infotec/artigos/osmar2.html>>. Acesso em: 29 out 2015.

¹⁶³ OLIVEIRA, Euler Sinoir. A inconstitucionalidade da violação de e-mail do empregado pelo empregador. Curitiba: Revista Eletrônica Tribunal Regional do Trabalho do Paraná, nº 19, 2013. Disponível em <https://ead.trt9.jus.br/moodle/pluginfile.php/24254/mod_resource/content/1/Revista%20Eletr%C3%B4nica%20%28JUN%202013%20-%20n%C2%BA%2019%20-%20Correio%20Eletr%C3%B4nico%29.pdf>. Acesso em: 20 nov 2015.

empregado, seria uma porta de entrada para outras violações constitucionais, como o direito à vida privada e discriminações raciais e religiosas.

Agra Belmonte disciplina acerca do uso do e-mail no ambiente de trabalho. Afirma que o direito ao sigilo é atribuído ao empregado, significando o direito ao segredo das comunicações, particulares e profissionais. Dessa maneira, é descabida a divulgação de correspondência alheia sem prévia autorização. O doutrinador aventa a seguinte questão: em relação ao uso do e-mail em computador e internet, fornecidos pela empresa, cabe ao empregado a alegação de violação de direitos fundamentais à privacidade e ao sigilo de correspondência para impedir a fiscalização do empregador? Ou o direito de propriedade do empregador permite esse tipo de fiscalização? A legislação brasileira é omissa nesse ponto¹⁶⁴.

Para Belmonte, não é o direito de propriedade que dá ao trabalhador o poder empregatício de subordinar o empregador, mas sim a necessidade de que as tarefas sejam cumpridas, para a efetiva utilidade para o empreendimento. Considera injustificada a utilização dos dispositivos disponibilizados pelo empregador para finalidades alheias à realização do trabalho:

Torna-se assim evidente que nas relações de trabalho é inadmissível a incidência de sigilo na utilização de ferramentas para uso corporativo. Logo, tendo-se por balizamento a dignidade da pessoa humana no controle do uso do equipamento, chega-se à conclusão de que o empregador pode exercer a necessária fiscalização, por meio de moderado e indiscriminado controle material, relacionado ao desempenho do trabalho para o qual o empregado é remunerado, de forma a coibir a utilização indevida do equipamento. De acordo com o art. 458, § 2º, da CLT, na qualidade de ferramenta de trabalho que é, com a finalidade de ser utilizado em serviço e em prol do serviço, está sujeito à vigilância e controle do empregador, independentemente da chamada cláusula de invasão de privacidade¹⁶⁵.

3.2.3 Uso de redes sociais no trabalho

As redes sociais são formas dinâmicas de comunicação, sem precedentes na história. O uso de telefones celulares, internet, *tablets*, contribui para a aproximação do ambiente de trabalho ao mundo tecnológico e às redes sociais e, assim, à vida íntima do empregado. Nas redes sociais, o empregado pode publicar informações particulares, assim como pode divulgar

¹⁶⁴ BELMONTE, Alexandre Agra. Tutela da composição dos danos morais nas relações de trabalho. São Paulo: LTr, 2014. p. 113.

¹⁶⁵ *Ibidem*. p. 113.

o local onde trabalha, inclusive organizando grupos de conversas com colegas de trabalho. Nas palavras de Belmonte, “novos problemas jurídicos decorrem de sua utilização¹⁶⁶”.

Belmonte afirma que cabe às empresas disciplinar o uso desses aparatos no ambiente de trabalho e que o Brasil é o quarto país entre os que mais acessam as redes sociais. Sendo assim, as empresas cada vez mais mobilizam-se em busca de meios de monitoramento das atividades dos empregados na internet¹⁶⁷.

Muçouçah apresenta a seguinte decisão em sua obra:

AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA. E-MAIL CORPORATIVO. ACESSO PELO EMPREGADOR SEM A ANUÊNCIA DO EMPREGADO PROVA ILÍCITA NÃO CARACTERIZADA. Consoante entendimento consolidado neste Tribunal, o e-mail corporativo ostenta a natureza jurídica de ferramenta de trabalho, fornecida pelo empregador ao seu empregado, motivo pelo qual deve o obreiro utilizá-lo de maneira adequada, visando à obtenção da maior eficiência nos serviços que desempenha. Dessa forma, não viola os arts. 5º, X e XII, da Carta Magna a utilização, pelo empregador, do conteúdo do mencionado instrumento de trabalho, uma vez que cabe àquele que suporta os riscos da atividade produtiva zelar pelo correto uso dos meios que proporciona aos seus subordinados para o desempenho de suas funções. Não se há de cogitar, pois, em ofensa ao direito de intimidade do reclamante. Agravo de instrumento desprovido. AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA. CONVERSA. GRAVAÇÃO FEITA POR UM DOS INTERLOCUTORES. PROVA ILÍCITA NÃO CARACTERIZADA. O Supremo Tribunal Federal já firmou entendimento no sentido de que a gravação de conversa por um dos interlocutores, a fim de repelir conduta ilícita do outro, não se enquadra na vedação prevista no art. 5º. LVI, da Carta Magna, constituindo-se, pois, exercício regular de direito. Agravo de instrumento desprovido. AIRR 1640/2003-051-01-40.0, 1ª Turma, TST. Publicado no Diário de Justiça em 24.10.2008.

O TST decidiu que o empregador poderá monitorar as correspondências eletrônicas dos seus empregados, dando primazia ao direito de propriedade do empregador, em detrimento do direito à intimidade e ao sigilo do empregado, não estabelecendo limites à fiscalização. De acordo com Muçouçah,

[...] o Tribunal sequer chegou a cogitar da funcionalidade social da propriedade, consubstanciada na ferramenta de trabalho que, muitas vezes, é o único meio de que dispõe o assalariado para ver concretizada sua inclusão no mundo digital. Desta forma o poder diretivo do empregador, mormente seu poder de fiscalização, calcados no direito de propriedade, parecem não invadir de modo algum a esfera íntima do empregado, conforme o argumento construído pelo TST¹⁶⁸.

¹⁶⁶ BELMONTE, Alexandre Agra. Tutela da composição dos danos morais nas relações de trabalho. São Paulo: LTr, 2014. p. 124.

¹⁶⁷ *Ibidem*. p. 123.

¹⁶⁸ MUÇOUÇAH, Renato de Almeida Oliveira. Assédio moral coletivo nas relações de trabalho. 2 ed. São Paulo: LTr, 2014. p. 82.

Em relação a casos em que o monitoramento excedeu a prerrogativa fiscalizatória, cita-se o julgamento do Agravo de Instrumento em Recurso de Revista (AIRR) nº 2678-80.2012.5.02.0003, no qual foi considerada como não caracterizada razão para dispensa do empregado por justa causa.

AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA. DISPENSA POR JUSTA CAUSA.FALTA GRAVE. NÃO CARACTERIZAÇÃO. O Regional, avaliando a moldura fático-probatória que lhe foi endereçada concluiu que a manifestação da reclamante nas redes sociais - facebook - foi endereçada ao governo municipal da cidade de São Paulo e não à agravante (empregadora) e que o uso da expressão “coronéis”, de modo a depreciar a figura dos detentores do poder municipal, também não foi direcionada à reclamada. Restou, igualmente, assentado no acórdão regional que a situação, tal como delineada, não se enquadra nas alíneas “j” e “k” do art. 482 da CLT, tanto porque a alegada ofensa não foi feita em serviço, quanto porque não foi dirigida à empresa nem aos superiores hierárquicos da reclamante. Inferência outra exige o reexame de fatos e provas, o que impossibilita o processamento da revista, ante o óbice da Súmula nº 126 desta Corte Superior e afasta a alegada ofensa aos artigos legais apontados, tanto quanto a jurisprudência transcrita em revista. Agravo de instrumento conhecido e não provido.

No caso em questão, a ex-empregada da empresa São Paulo Transportes S.A. (SPTRANS) foi despedida com justa causa, por manifestar opinião pessoal acerca do governo municipal da cidade de São Paulo, na rede social Facebook. A trabalhadora, insatisfeita com o governo municipal, manifestou-se no Facebook citando a expressão “coronéis”. A empregadora SPTRANS, sociedade de economia mista, abriu sindicância em face da empregada, apurando os fatos para verificar a ocorrência de falta grave, visivelmente, por monitoramento de sua rede social, por fim despedindo com justa causa a trabalhadora. A decisão acertadamente, elidiu a justa causa, por ausência de falta grave. Ocorre que a manifestação da empregada não ofendeu diretamente a empregadora, como alegado pela SPTRANS. A conduta da trabalhadora foi tão somente endereçada ao governo municipal, não se enquadrando nas alíneas “j” e “k” do artigo 482 da CLT, considerando o fato de a manifestação não ter ocorrido em serviço e não ter sido dirigida a superior hierárquico da empregada.

Da decisão, é possível perceber que não foi aventado o direito à vida privada e à intimidade da empregada. Nesse contexto, suscita-se a eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas, em especial nas relações de trabalho. Os direitos fundamentais da empregada foram atingidos pelo excesso de fiscalização do empregador.

Em outra demanda, a 7ª Turma do TST, negou provimento ao AIRR nº 58700-51.2008.5.02.0472. A ação tinha por objeto a despedida por justa causa de empregado que, alegadamente, teria acessado a rede social de relacionamento Orkut durante o expediente, bem como armazenado duas fotos de conteúdo pessoal, sendo uma delas a imagem de

genitália atribuída ao empregado pelo empregador. Na ação, o juízo *a quo* considerou que o acesso do empregado ao site de relacionamento, isoladamente, não constitui motivo suficiente para a justa causa, penalidade.

Ramalho aponta o direito à reserva da vida privada, direito de personalidade previsto no artigo 16 do Código do Trabalho português. Segundo a doutrinadora, tal direito de personalidade é também um direito fundamental, sendo o mais vulnerável na relação de trabalho. Menciona:

[...] as normas sobre protecção dos dados pessoais, exames médicos, meios de vigilância à distância e direito de reserva sobre a correspondência pessoal do trabalhador (arts. 17º a 22º do CT) constituem, na verdade, projecções do direito à reserva da vida privada do trabalhador¹⁶⁹.

Cita o princípio da irrelevância das matérias da vida privada das partes, como um limite negativo ao dever do empregado prestar informações ao empregador, sobretudo em relação à matérias como orientação sexual, convicções religiosas, estado de gravidez, entre outros que dizem respeito à sua esfera íntima, privada e particular. Refere que há que se flexibilizar

Contudo, a lei admite que esta proibição geral seja temperada por exigências da própria actividade que o trabalhador vai desenvolver, admitindo que, nesses casos, seja exigida alguma informação sobre matéria relativa à vida privada, à saúde ou ao estado de gravidez (art. 17º nº 1 do CT) – por esta via, tutelam-se assim os interesses atinentes à actividade económica do empregador. Ainda assim, convém recordar que o Tribunal Constitucional, em sede de apreciação preventiva da constitucionalidade de algumas normas do Código do Trabalho de 2003 (Ac. TC nº 306/2003, de 25 de Junho 12), obrigou à alteração da redacção inicial desta norma no Código de 2003 (passando a exigir-se a fundamentação escrita da exigência da informação, e, no caso de informações sobre o estado de saúde, exigindo que a informação seja prestada a médico e que o seu conteúdo exacto não seja transmitido ao empregador), justamente para evitar uma formulação excessivamente ampla – e, por isso, excessivamente intrusiva na vida privada do trabalhador – das excepções à proibição de indagações ao trabalhador sobre aspectos da sua vida íntima ou privada.

Os direitos fundamentais podem sofrer limitações, ainda que relativos à vida privada. No entanto, tais limitações devem observar o núcleo essencial do direito, que não pode ser atingido ou reduzido. Ademais, o poder patronal não deve ser exercido de maneira lesiva ou abusiva. O que se pretende mostrar com o presente estudo é a relação entre redes sociais e o Direito do Trabalho, que tem tido uma projecção elevada e imprevista. As relações entre as

¹⁶⁹ RAMALHO, Maria do Rosário Palma. **Tutela da personalidade e equilíbrio entre interesses dos trabalhadores e dos empregadores no contrato de trabalho: Breves notas**. [S.l.]: STJ, 2013. Disponível em <https://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&cad=rja&uact=8&ved=0ahUKEwivKWumsvJAhWExpAKHZBVCaQQFggcMAA&url=http%3A%2F%2Fwww.stj.pt%2Fficheiros%2Fcoloquios%2Fcoloquios_STJ%2FV_Coloquio%2Fint2014%2Fprof_maria_rosario_ramalho.pdf&usq=AFQjCNFW196dzp bLiFTN4SapvicalR-A3Q>. Acesso em 14 nov 2015. p. 7.

pessoas e o conseqüente uso massificado de redes sociais, principalmente no ambiente de trabalho, tem gerado tensão entre empregadores e empregados. As tensões ensejam demandas jurídicas e é sobre este aspecto que se quer chamar atenção, em relação a como a internet e redes sociais estão presentes no cotidiano das empresas no exercício de suas atividades e em como tais situações podem ensejar uma nova problemática jurídica.

Ao que parece, a rigor do que aconteceu com o caso do e-mail, parte dos juristas posiciona-se pela possibilidade de fiscalização do e-mail corporativo e até do e-mail pessoal, embora a maior parte da doutrina admita apenas a fiscalização quanto ao e-mail fornecido pela empresa. Tudo indica que os e-mails já não são mais o assunto a ser debatido, mas sim, as redes sociais e seu uso pelo empregado. São novas situações jurídicas que terão de ser enfrentadas pela jurisprudência e pela doutrina.

CONCLUSÃO

O avanço tecnológico e a crescente capilaridade dos meios de telecomunicações, tanto no Brasil quanto no mundo, deixa claro o uso cada vez maior de serviços de rede, o que inclui o uso de ferramentas conhecidas como redes sociais.

As empresas, com grande interesse em manter-se atualizadas e competitivas, alavancam o emprego desta tecnologia em suas instalações, visando proporcionar meios de tornar o trabalho cada vez mais produtivo, minimizando custos e disponibilizando facilidades de comunicação entre funcionários, clientes, fornecedores e parceiros de negócios.

A crescente demanda, no âmbito das redes sociais e seus aplicativos, tem colocado em cheque o que é direito exclusivo da empresa e o que é direito privado do homem, enquanto empregado.

Até que ponto é possível, e cabível, fiscalizar e aplicar sanções? Qual o caminho a ser percorrido para estabelecer uma relação justa entre as partes envolvidas? Quanto tempo será necessário e que recursos estarão disponíveis aos legisladores para que uma regra ou legislação se faça vigente no país? Como a legislação trabalhista pretende acompanhar os avanços tecnológicos que crescem em velocidade exponencial?

Vale ressaltar que estes questionamentos não são de cunho exclusivamente nacional - está presente em todos os países, onde houver a presença de serviços de rede de telecomunicações - afetando todas as relações de trabalho entre empregado e empregador, seja este pessoa física, jurídica ou estatal.

Conforme discorrido neste trabalho, ao longo da história, legisladores trabalham a fim de estabelecer leis que garantam melhor qualidade de vida a todos os cidadãos e ao meio ambiente para, assim, proporcionar uma convivência social justa e saudável.

Sendo assim, infere-se a necessidade de discussão sobre o assunto abordado no trabalho, visto já ter sido objeto de estudo por doutrinadores clássicos, como Alice Monteiro de Barros e Alexandre Agra Belmonte, e outros como Osmar Lopes Júnior, Mauro Cezar Martins de Souza (citado por Lopes Júnior) e Euler Sinoir de Oliveira. O tema é recente e merece ser debatido, tendo em vista a dinâmica das relações sociais contemporâneas que o Direito precisa acompanhar.

Ademais, como forma de proposta às problemáticas atuais e às que ainda surgirão, pode a empresa regulamentar o acesso a determinados sistemas na *internet*. O

desenvolvimento tecnológico atual permite que o empregador bloqueie sites cujo conteúdo, ainda que aparentemente, não seja correlato à atividade laboral. Ao inserir em uma pesquisa palavra considerada como pertencente a conteúdo restrito (tal como “facebook”), o empregado pode deparar-se com bloqueio ao tentar acessar a página. Ainda assim, não sendo suficiente, considerando que os trabalhadores detêm seus próprios aparelhos de celular, que permitem acesso à internet, pode o empregador regulamentar a situação, determinando que os aparelhos de celular e outros dispositivos permaneçam guardados durante a jornada de trabalho. O poder regulamentar do empregador permite essa possibilidade. Além disso, mecanismos de comunicação, como a Telefonia IP e voIP, bem como o Microsoft Lync permitem a troca de mensagens (de texto e/ou voz) instantânea entre trabalhadores, colegas e chefias. Possivelmente essas tecnologias ainda não adentraram empresas de pequeno porte, então, para estas, a proposta é principalmente quanto à regulamentação do uso de internet e redes sociais no ambiente de trabalho.

REFERÊNCIAS

- BARROS, Alice Monteiro de. **Proteção à intimidade do empregado**. São Paulo: LTr, 1997. 182 p.
- BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de Direito do Trabalho**. 7 ed. São Paulo: LTr, 2011. 1104 p.
- BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de Direito do Trabalho**. 9 ed. São Paulo: LTr, 2013, 1106 p.
- BELMONTE, Alexandre Agra. **A tutela das liberdades nas relações de trabalho**. São Paulo: LTr, 2013. 264 p.
- CARELLI, Rodrigo de Lacerda. **E-mails e Correspondências no Trabalho, Monitoramento pelo Empregador e Privacidade do Trabalhador**, *In: www.cis.puc-rio.br/cedes/PDF/cidadaniatrabalho*. Acesso em 17 nov. 2015.
- CASSAR, Vólia Bomfim. **Direito do Trabalho** [livro eletrônico]. 9 ed. São Paulo: Método, 2014. 1444 p.
- DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 11 ed. São Paulo: LTr, 2012. 1488 p.
- DELGADO, Maurício Godinho. **Direitos Fundamentais na Relação de Trabalho**. Vitória: Revista de Direitos e Garantias Fundamentais, nº 02, 2007. Disponível em <<http://www.fdv.br/sisbib/index.php/direitosegarantias/article/view/40/38>>. Acesso em: 12 out 2015.
- DUQUE, Marcelo Schenk. **Curso de Direitos Fundamentais: teoria e prática** [livro eletrônico]. 1 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. 320 p.
- LOPES JUNIOR, Osmar. Controle de acesso à internet pelas empresas x Direito à privacidade. Campinas: 2000. Publicado em: <www.ccuec.unicamp.br>, disponível em: <<http://www.ccuec.unicamp.br/revista/infotec/artigos/osmar2.html>>. Acesso em: 29 out 2015.
- MOLINA, André Araújo. **Teoria dos Princípios Trabalhistas: a aplicação do modelo metodológico pós-positivista ao direito do trabalho**. São Paulo: Atlas, 2013. 245 p.
- MUÇOUÇA, Renato de Almeida Oliveira. **Assédio moral coletivo nas relações de trabalho**. 2 ed. São Paulo: LTr, 2014. 243 p.
- NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Direito do Trabalho**. 26 ed. São Paulo: Saraiva, 2011. 1469 p.
- RAMALHO, Maria do Rosário Palma. **Tutela da personalidade e equilíbrio entre interesses dos trabalhadores e dos empregadores no contrato de trabalho: Breves notas**. [S.l.]: STJ, 2013. Disponível em <

https://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&cad=rja&uact=8&ved=0ahUKEwiiVKWumsvJAhWExpAKHZBVCaQQFggcMAA&url=http%3A%2F%2Fwww.stj.pt%2Fficheiros%2Fcoloquios%2Fcoloquios_STJ%2FV_Coloquio%2Fint2014%2Fprof_maria_rosario_ramalho.pdf&usq=AFQjCNFWI96dzpbLiFTN4SapvicaIR-A3Q>. Acesso em 14 nov 2015. 18 p.

ROMITA, Arion Sayão. **Direitos Fundamentais nas Relações de Trabalho**. São Paulo: LTr, 2014. 509 p.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Eficácia dos Direitos Fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional [livro eletrônico]. 11 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. 458 p.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 25 ed. São Paulo: Malheiros, 2005. 925 p.

SILVA, Sayonara Grillo Coutinho Leona da. **Transformações no mundo do trabalho e redesenhos institucionais trabalho, instituições e direitos**. São Paulo: LTr, 2014. 320 p.

SÜSSEKIND, Arnaldo. **Curso de Direito do Trabalho**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, 631 p.

DELGADO, Gabriela Neves; PEREIRA, Ricardo José Macêdo de Britto. **Trabalho, Constituição e Cidadania**. São Paulo: LTr, 2014. p 414-415.

OLIVEIRA, Cínthia Machado de; DORNELES, Leandro do Amaral Dorneles de. **Direito do Trabalho**. 2 ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2013. 491 p.