

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como objetivo central a análise do poder diretivo exercido pelo empregador, especialmente no que concerne à sua atuação sob a esfera individual do empregado, no âmbito extralaboral.

Trata-se de tema bastante interessante e controvertido, capaz de ensejar profundas discussões, tanto na sociedade quanto na comunidade jurídica, uma vez que é bastante tênue a linha entre o que é ou não permitido ao empregador no exercício do poder diretivo, o que tem ensejado diversos posicionamentos, que variam de acordo com o caso concreto.

Destaca-se que, com o objetivo de abordar o tema de modo sistematizado, este estudo é subdividido em três capítulos principais, quais sejam: **“Da relação de emprego e do contrato de trabalho”**; **“Poder empregatício como efeito do contrato de trabalho”**; e **“Da limitação ao poder diretivo, no âmbito extralaboral, à luz dos direitos fundamentais do empregado”**.

O primeiro capítulo é de extrema importância pelo fato de abordar temas básicos, os quais dão base à discussão atinente ao tema escolhido. Desse modo, serão analisadas as características do Direito do Trabalho, sua conceituação, seus princípios, sua natureza e os elementos caracterizadores da relação de emprego, razão de existir do Direito do Trabalho.

O segundo capítulo enfrentará os efeitos do poder empregatício no contrato de trabalho, tema este que marcou o início de uma análise mais específica acerca do ponto central deste estudo, no momento em que procede à análise da definição, das características e dos elementos do contrato de trabalho, instrumento que dá ensejo a todos os efeitos atinentes à relação de emprego. Ainda nesse capítulo, haverá apreciação do conceito e das dimensões do poder empregatício, com o escopo de elucidar como este será exercido pela figura do empregador.

O terceiro capítulo tem como objetivo a análise do poder diretivo, ponto nevrálgico desta monografia, a partir da análise dos direitos fundamentais e suas dimensões, bem como da apreciação dos direitos e deveres dos dois polos da relação empregatícia, incluindo os direitos fundamentais que dão base ao exercício do poder

empregatício e daqueles relativos ao empregado, e finalizando com a correlação do arcabouço teórico apresentado com dois casos práticos bastante emblemáticos.

Com o objetivo de se atestar até onde seria possível a interferência, por parte do empregador, na vida do seu empregado, fora do ambiente empresarial, evidencia-se que, apesar daquele possuir poderes empregatícios, fundamentados na assunção dos riscos do negócio e no seu direito à propriedade, não são absolutas as prerrogativas que lhe são conferidas para reger o seu negócio, de modo que o empregador não pode se valer de tal poder para intervir na vida social do empregado, lesionando seu direito à intimidade e à vida privada.

Busca-se, assim, identificar que, em não sendo absolutos nem os direitos do empregador nem os do empregado, o eventual conflito deve ser analisado casuisticamente, observando-se qual direito prevalecerá no caso concreto. Não se pode, então, permitir que o empregador se utilize de todo e qualquer meio para dirigir a sua atividade, devendo respeitar as prerrogativas e direitos garantidos ao seu empregado, assim como o empregado deve respeitar a ideologia e os objetivos da empresa, posto que se trata de relação recíproca.

2 DA RELAÇÃO DE EMPREGO

Neste capítulo, será feita uma análise introdutória acerca das características e da base principiológica do Direito Laboral, de modo a elucidar alguns aspectos que serão abordados no decorrer do presente trabalho. Feita essa sucinta análise, dar-se-á início ao estudo da relação de emprego, que envolverá a apreciação de seus aspectos principais, como a sua conceituação, sua natureza jurídica e os seus elementos caracterizadores, com o objetivo de diferenciá-la da relação de trabalho e propiciar uma melhor análise referente ao poder empregatício e ao contrato de trabalho.

2.1 DAS CARACTERÍSTICAS E PRINCÍPIOS DO DIREITO LABORAL

2.1.1 Características do Direito Laboral

Dentre as características do Direito do Trabalho, a doutrina brasileira destaca: **a)** a tendência *in fieri*; **b)** o caráter tuitivo; **c)** o caráter cosmopolita; **d)** o fato de se tratar de Direito de cunho intervencionista; e **e)** o fato de ser um Direito em constante transição.

O Direito do Trabalho possui como umas de suas principais características a "**tendência *in fieri***", ou seja, uma tendência à ampliação constante dos direitos que são concedidos aos seus sujeitos. Essa constante busca por ampliação ocorre, principalmente, no tocante à extensão pessoal e à intensidade. Foi com a Constituição da República de 1988 que, no Brasil, o alcance do Direito do Trabalho foi ampliado, em duas direções: **a) em extensão pessoal**, ao abarcar um número, cada vez maior, de pessoas, que, até então, estavam ausentes de sua esfera normativa; e **b) em intensidade**, uma vez que a Constituição da República aumentou, consideravelmente, a gama de benefícios e vantagens atinentes ao trabalhador (BARROS, 2012, p. 74).

Assim, pode-se depreender que o Direito do Trabalho é fundamentalmente garantista, por se tratar de um ramo jurídico que sempre irá buscar ampliar as condições trabalhistas. Dessa forma, essa característica mostra-se bastante relevante para este ramo jurídico, uma vez que o Estado, como se pode observar ao longo da história da humanidade, precisa ser pressionado a todo tempo, de modo que seja forçado a ampliar o patamar mínimo de direitos e garantias concedidos às pessoas.

Outra característica marcante do Direito do Trabalho é o seu **caráter tuitivo**, por envolver reivindicação de classe. Este ramo jurídico é marcado por constantes lutas sociais em busca de melhores condições de trabalho, buscando pressionar o legislador e, conseqüentemente, diminuir a opressão e a superioridade do empregador na relação trabalhista. (BARROS, 2012, p. 77).

A terceira característica marcante do Direito do Trabalho é o seu **caráter cosmopolita**, considerando que é fortemente influenciado por normas internacionais, principalmente aquelas previstas no art. 427 do Tratado de Versalhes, de 1919, e as decorrentes da atuação de organismos internacionais, como, por exemplo, a Organização Internacional do Trabalho, uma vez que se revela global a necessidade por condições ideais de trabalho (garantir a dignidade humana) e por uma garantia de concorrência justa no mercado (BARROS, 2012, p. 77).

A quarta característica do Direito do Trabalho a ser arrolada é o seu **caráter intervencionista**. Entende-se que o Direito do Trabalho é baseado em normas de ordem pública, ou seja, normas de caráter essencialmente imperativo, cogente. Assim, uma vez garantido um determinado direito trabalhista, as partes não têm o poder de dispor do mesmo (DELGADO, 2012, p. 66).

Aqui, faz-se necessária uma breve análise crítica que terá bastante importância para esta monografia. Por conta do seu caráter intervencionista, o Direito do Trabalho é comumente taxado de "garantista ao extremo", tanto por uma parcela da doutrina quanto por parte da população, principalmente pelos empresários, na qualidade de empregador. Ora, vive-se, hoje, numa realidade jurídica bastante desleal, onde o empregador possui, por óbvio, uma condição econômica superior e tem seus empregados como subordinados. Considerando esse contexto, caso seja permitida

a negociação/derrogação de direitos, os empregados, por necessitarem do capital, até porque vivem numa condição econômica inferior, vão terminar abrindo mão de seus direitos e submetendo-se aos mandos e desmandos do empregador, o que, por certo, vai na contramão de todo o processo evolutivo pelo qual vem passando o Direito do Trabalho.

Por último, mas não menos importante, pode-se destacar mais uma característica do Direito do Trabalho – a **transição**. Cuida-se de um Direito em constante transição, o qual necessita adaptar-se, a todo tempo, ao quadro fático-jurídico, de modo a garantir a tutela jurídica das relações trabalhistas de modo satisfativo e atual (CASSAR, 2011, p. 7-8).

Após a análise das características do Direito do Trabalho, parte-se para um estudo estrutural ainda mais específico e relevante para a presente pesquisa, qual seja: **a análise principiológica do Direito do Trabalho**, que, assim como nos demais ramos do Direito, forma a base de todo caráter interpretativo da aplicação do seu corpo de normas às relações jurídicas.

2.1.2 Análise específica dos princípios

É sabido que o sistema jurídico, como um todo, apesar do grande número de ramificações que possui, caracteriza-se como um conjunto único, coeso, de modo que os ideais jurídicos basilares aplicam-se de forma bastante difundida.

No caso do Direito do Trabalho, essa realidade não se mostra diferente. Apesar de tratar-se de um ramo jurídico especializado, toda a ideologia e aplicação em torno dele são afetadas por uma série de diretrizes centrais do Direito, tais como os **princípios da lealdade, da boa-fé, da não alegação da própria torpeza, da inalterabilidade dos contratos, da razoabilidade e da dignidade da pessoa humana**, dentre outros. Diante de situações concretas, o leque de possibilidades para a solução dos conflitos poderá ser ampliado consideravelmente. Todavia, é necessário que se tenha a devida cautela para que a inserção das diretrizes gerais do Direito não colida com a especificidade inerente ao ramo justralhista, que,

como não se pode olvidar, possui uma identidade singular perante o sistema jurídico (PINTO, 2007, p. 92-93).

Feitas essas considerações, parte-se para a análise dos princípios específicos relativos ao Direito do Trabalho. Dentro dessa linha de intelecção, utiliza-se, aqui, a classificação do doutrinador Luciano Martinez, que, em sua obra, trabalha com os seguintes princípios: **a) Princípio da proteção**, o qual possui três variáveis: **princípio da aplicação da fonte jurídica mais favorável**, **princípio da manutenção da condição mais benéfica** e **princípio da avaliação *in dubio pro operario***; **b) Princípio da indisponibilidade de direitos**; **c) Princípio da continuidade da relação de emprego**; **d) Princípio da primazia da realidade**; **e) Princípio da razoabilidade**; e **f) Princípio da boa-fé** (MARTINEZ, 2013, p. 102).

O primeiro princípio a ser analisado, como não poderia deixar de ser, é o **princípio da proteção**, que é o baluarte do Direito do Trabalho, tendo em vista que lastreia todo o arcabouço jurídico-trabalhista, principalmente no que tange a sua estrutura e características. De acordo com esse princípio, o Direito do Trabalho, em toda a sua estrutura, deverá se valer de mecanismos úteis a dirimir a opressão, a superioridade do empregador sobre o empregado, característica da relação trabalhista, de modo a buscar tornar tal relação mais equânime, promovendo uma paridade de forças, na medida do possível. (DELGADO, 2012, p. 193). O princípio da proteção tem, assim, a função de contrabalançar essa relação materialmente desequilibrada, criando mecanismos para proteger os vulneráveis (empregados), sob pena de compactuar com a tendência histórica de exploração do mais forte sobre o mais fraco (MARTINEZ, 2013, p. 102-103).

Para o saudoso e sempre atual Luiz de Pinho Pedreira da Silva, quatro são as razões para que haja a necessidade de proteção ao trabalhador. A **primeira** delas é a subordinação jurídica existente nessa relação, o que a caracteriza como uma relação hierárquica entre empregado e empregador. Nessa relação, o empregador detém o poder empregatício, e, por isso mesmo, possui o direito de comandar, dar ordens, fiscalizar e punir o trabalhador, colocando-o em posição de inferioridade. A **segunda** delas é a dependência econômica do trabalhador para com o empregador, que, embora não se caracterize como elemento fundamental do contrato de trabalho e existam exceções, incide comumente. A **terceira** está intimamente relacionada

com a exposição do trabalhador, durante a realização do trabalho, a acidentes, doenças, assédios sexuais, entre outras situações. A **quarta** resulta do não conhecimento do empregado acerca do que lhe é ou não garantido legalmente, situação que o leva a acatar ordens sem ao menos exercer seu direito de resistência (SILVA, 1999, p. 24-25).

Impende salientar que a classificação utilizada pelo doutrinador Luciano Martinez, com a divisão do princípio da proteção em **três dimensões distintas**, tem por base os ensinamentos do ilustre doutrinador uruguaio Américo Plá Rodriguez. Por sua vez, há uma clara adaptação da sua teorização, considerando que Américo trabalha as três dimensões do princípio da proteção como regras, e não como princípios propriamente ditos: **a)** regra *in dubio pro operario*, **b)** a regra da norma mais favorável; e **c)** a regra da condição mais benéfica (PLÁ RODRIGUEZ, 1996, p. 42-43).

Feita essa observação, destaca-se a opção do presente trabalho pela classificação do doutrinador Luciano Martinez.

A **primeira vertente** do princípio da proteção é a da **aplicação da fonte jurídica mais favorável**, também conhecida como princípio da norma mais favorável. De acordo com esse princípio, o operador do Direito do Trabalho deverá optar pela regra mais favorável ao trabalhador no momento de sua elaboração– (sob esse ângulo, o princípio funcionaria como orientador da ação legislativa), no contexto de confronto entre regras concorrentes (nessa situação, tal princípio funcionaria como norteador do processo de hierarquização) e no contexto de interpretação das regras jurídicas (neste caso, o princípio da norma mais favorável atuaria como orientador na busca do sentido e alcance das normas trabalhistas). Todavia, no que concerne à sua utilização como vetor orientador no processo de interpretação de normas, o operador do Direito deverá atuar com bastante cautela, de modo que, diante de uma determinada situação fática, a aplicação da norma mais benéfica não poderá se dá de qualquer maneira ou desconsiderando outros preceitos fundamentais do Direito. Assim, o processo de interpretação deve ocorrer de modo objetivo, orientado por parâmetros técnico-jurídicos rigorosos, de forma criteriosa e sistemática, respeitando, inclusive, os rigores da hermenêutica jurídica. Apenas após essa complexa análise, o intérprete do Direito, diante de um contraponto entre duas ou

mais interpretações consistentes, poderá utilizar-se do princípio da norma mais favorável na solução deste conflito (DELGADO, 2012, p.194-196).

Em sua obra, Luiz de Pinho Pedreira da Silva entende que a aplicação do princípio da norma mais favorável está condicionada à conjugação de cinco pressupostos:

- a) Pluralidade de normas jurídicas;
- b) Validade das normas em confronto, que não devem padecer de vícios de inconstitucionalidade ou ilegalidade (abstraída naturalmente a questão da conformidade da norma com a hierarquicamente superior);
- c) Aplicabilidade das normas concorrentes ao caso concreto;
- d) Colisão entre aquelas normas;
- e) Maior favorabilidade, para o trabalhador, de uma das normas em cotejo.

Por sua vez, a **segunda vertente** é o princípio **da manutenção da condição mais benéfica**, que possui fundamento jurídico no direito adquirido e se destina a proteger situações vantajosas que se incorporam ao patrimônio do empregado, no âmbito de um contrato de trabalho, diferenciando-se do princípio da norma mais favorável pelo fato de incidir diante de normas com vigência sucessiva, ou seja, resolve fenômeno de direito transitório ou intertemporal. (SILVA, 1999, p. 99-103). Esse princípio é acolhido pela Consolidação das Leis Trabalhistas (CLT, art. 468) e pela jurisprudência, como se observa abaixo:

Art. 468 - Nos contratos individuais de trabalho só é lícita a alteração das respectivas condições por mútuo consentimento, e ainda assim desde que não resultem, direta ou indiretamente, prejuízos ao empregado, sob pena de nulidade da cláusula infringente desta garantia.

Súmula nº 51 do TST. NORMA REGULAMENTAR. VANTAGENS E OPÇÃO PELO NOVO REGULAMENTO. ART. 468 DA CLT (incorporada a Orientação Jurisprudencial nº 163 da SBDI-1) - Res. 129/2005, DJ 20, 22 e 25.04.2005

I - As cláusulas regulamentares, que revoguem ou alterem vantagens deferidas anteriormente, só atingirão os trabalhadores admitidos após a revogação ou alteração do regulamento. (ex-Súmula nº 51 - RA 41/1973, DJ 14.06.1973).

Súmula nº 288 do TST. COMPLEMENTAÇÃO DOS PROVENTOS DA APOSENTADORIA (mantida) - Res. 121/2003, DJ 19, 20 e 21.11.2003.

A complementação dos proventos da aposentadoria é regida pelas normas em vigor na data da admissão do empregado, observando-se as alterações posteriores desde que mais favoráveis ao beneficiário do direito.

Em outras palavras, o **princípio da manutenção da condição mais benéfica** estabelece que uma determinada cláusula contratual (seja tácita ou expressa, oriunda do próprio pacto ou do regulamento de empresa) só pode ser suprimida caso seja suplantada por uma cláusula ainda mais favorável ao trabalhador, de modo que qualquer alteração menos benéfica não alterará a condição anterior, a qual o empregado estava submetido. Fala-se, aqui, em direito adquirido, constante no art. 5º, XXXVI, Constituição Federal (DELGADO, 2012, p. 197).

Ainda no que concerne ao princípio da proteção e suas dimensões, parte-se para a análise da sua **terceira vertente**, qual seja o "**Princípio da avaliação do in dubio pro operário**". Segundo esse princípio, o aplicador do direito, caso se encontre diante de uma única disposição, que suscite interpretações diversas, deve aplicar aquela que se mostrar mais favorável ao trabalhador. Tal aplicação, todavia, deve ocorrer com bastante cautela, de modo que apenas deve ser aplicada em caso de situações em que haja dúvida acerca da interpretação mais favorável ao trabalhador. (MARTINEZ, 2013, p. 107).

Sobre essa temática, faz-se necessária a observância da obra de *Américo Plá Rodriguez*, que é categórico ao atribuir duas funções à regra do *in dubio pro operario*, concernentes na sua utilização como regra de interpretação de normas e a regra de julgamento, como se pode depreender da leitura do seguinte trecho extraído de sua obra:

Entendemos que este princípio se expressa sob três formas distintas:

a) A regra *in dubio pro operario*. Critério que deve utilizar o juiz ou o intérprete para escolher entre vários sentidos possíveis de uma norma, aquele que seja mais favorável ao trabalhador (PLÁ RODRIGUEZ, 1996, p. 42).

Dentro desse raciocínio, releva destacar que a regra (ou princípio) do *in dubio pro operario* não tem mais a mesma aplicabilidade defendida por *Plá Rodrigues*, sendo este entendimento criticado por boa parte da doutrina. Primeiramente, pelo fato de que o conteúdo desse princípio engloba o mérito de outro princípio já existente no Direito do Trabalho, o da norma mais favorável. Outra crítica reside no fato de esse princípio (ou regra, como preferia chamar Plá Rodrigues) ferir o princípio do juiz natural, tendo sido substituído pela regra sedimentada no Direito Processual do Trabalho, qual seja: a regra do ônus da prova. Diante de uma dúvida do juiz acerca

do conjunto de provas trazidas a determinado processo, ele deve decidir em desfavor daquele que detém o ônus da prova, e não com base na regra do *in dubio pro operario*.

Após a análise do princípio da proteção e suas implicações, é imperioso tecer comentários acerca dos outros princípios específicos do Direito do Trabalho.

O próximo princípio a ser analisado é o **princípio da indisponibilidade dos direitos trabalhistas**. De acordo com esse princípio, é vedado ao empregado dispor, seja unilateralmente (renúncia) ou bilateralmente (transação), dos direitos mínimos que lhe são garantidos (MARTINEZ, 2013, p. 108). É evidente que esse princípio cria uma clara restrição de vontade e está diretamente relacionado à característica de imperatividade das normas trabalhistas (DELGADO, 2012, p. 196-197).

Outro princípio característico do direito laboral é o **da continuidade da relação de emprego**. Tal princípio, em linhas gerais, busca a garantia da manutenção do vínculo empregatício, a preservação do emprego, de modo a conferir maior segurança econômica ao trabalhador e incorporá-lo ao organismo empresarial (BARROS, 2012, p. 146). O presente princípio mostra-se bastante importante na atual ordem jurídico-trabalhista, manifestando-se em diferentes searas. Dentre essas reverberações, podemos citar o fato de esse princípio gerar presunções favoráveis ao trabalhador no que concerne ao ônus da prova (Súmula 212, TST), além de propor, como regra geral, o contrato de trabalho por tempo indeterminado, uma vez que este é o que melhor concretiza o direcionamento pela continuidade da relação empregatícia (DELGADO, 2012, p. 203-205). Nesse sentido, é oportuno transcrever a Súmula 212 do TST:

Súmula nº 212 do TST. DESPEDIMENTO. ÔNUS DA PROVA (mantida) - Res. 121/2003, DJ 19, 20 e 21.11.2003.

O ônus de provar o término do contrato de trabalho, quando negados a prestação de serviço e o despedimento, é do empregador, pois o princípio da continuidade da relação de emprego constitui presunção favorável ao empregado.

Não se pode olvidar, ainda, do **princípio da primazia da realidade sobre a forma**, que busca tutelar a relação empregatícia, de modo a aplicar-se tanto a favor quanto contra o empregado. Assim, segundo esse princípio, a realidade dos fatos deverá prevalecer sobre as cláusulas contratuais ou registros documentais. Destaque-se

que há uma busca pela realidade fática, e não uma primazia à versão do empregado sobre a do empregador (MARTINS, 2013, p. 75).

Dentre os princípios estudados, o **princípio da primazia da realidade sobre a forma** mostra-se um dos mais relevantes para tutelar a relação empregatícia, pelo que é bastante comum a utilização por parte do empregador, na prática, de subterfúgios fraudulentos com o objetivo de reduzir os encargos trabalhistas, como, por exemplo, a fraude contratual.

Ainda, segundo a classificação de Luciano Martinez, dois outros princípios merecem uma especial atenção: o **princípio da razoabilidade** e o **princípio da boa fé**. Trata-se de princípios orientadores de todo o sistema jurídico, não se limitando ao Direito do Trabalho. Com base nesses princípios, a relação empregatícia deve ser pautada por padrões éticos de conduta, seguindo um padrão médio de bom-senso e boa-fé, que deve ser exigido na formação dos contratos e protegido no seu transcurso (MARTINEZ, 2013, p. 116-117).

Finalizado o tópico introdutório relativo às características do Direito de Trabalho e seus princípios, passa-se a enfrentar a relação de emprego em si, de modo a abordar a sua caracterização, sua natureza jurídica e seus elementos conformadores.

2.2 CONCEITUAÇÃO E CARACTERIZAÇÃO DA RELAÇÃO DE EMPREGO: RELAÇÃO DE EMPREGO *VERSUS* RELAÇÃO DE TRABALHO

O Direito é formado, de modo geral, por relações jurídicas, consubstanciadas na figura de sujeitos, objeto e negócio jurídico. Assim, é com base nessas relações que os princípios, os institutos, as regras e as premissas que compõem o sistema jurídico são formados tendo por base as relações jurídicas próprias. Afinal, caso determinado fato não acontecesse na realidade, qual seria a importância de ter um conjunto de normas disposto a tutelá-lo? (DELGADO, 2012, p. 279)

Nesse diapasão, o Direito do Trabalho não se configura como uma exceção, de modo que tem sua conformação pautada em uma relação jurídica (relação de

emprego), que configura o núcleo básico desse ramo jurídico (DELGADO, 2012, p. 279).

Antes de iniciar-se uma análise mais específica e profunda acerca da **relação empregatícia**, torna-se necessário distingui-la da **relação de trabalho**.

É consenso na doutrina a noção de que existe uma clara diferença entre a relação de emprego e a relação de trabalho. Nesse contexto, a relação de trabalho mostra-se mais ampla, configurando-se um gênero, englobando todas as formas de pactuação de prestação de trabalho existentes, como, por exemplo, a relação de emprego, a relação de trabalho autônomo e outras modalidades de pactuação de prestação laboral. Dessa forma, do ponto de vista técnico-jurídico, a relação de emprego é uma espécie da relação de trabalho, revelando-se, inclusive, como a forma mais importante e comum de pactuação laboral, a ponto de ser o objeto central do Direito do Trabalho (DELGADO, 2012, p. 279-281).

Ainda nessa seara, destaca-se o posicionamento do jurista Luciano Martinez, que aborda o presente assunto de modo distinto da doutrina majoritária. Na sua visão crítica, a doutrina e a jurisprudência vêm adotando um posicionamento errôneo no que concerne à aplicação e definição dos institutos “**contrato de trabalho**” e “**contrato de atividade em sentido estrito**”, tratando-os com o mesmo nome jurídico. Dessa forma, existiria o instituto da atividade (gênero), do qual decorreriam duas espécies, que se diferenciariam devido ao objetivo (meta) de cada uma. São elas: o **trabalho**, que se consubstanciaria numa atividade essencialmente pecuniária, ou seja, numa atividade por meio da qual o trabalhador irá buscar a garantia do próprio sustento e de sua família, de modo que sem a contraprestação pecuniária não haveria a caracterização do trabalho, uma vez que seu objetivo não seria alcançado; e a **atividade em sentido estrito**, que possui metas diferenciadas do trabalho, as quais não são necessariamente satisfeitas com a obtenção de uma vantagem econômica, como no caso dos contratos de estágio e do serviço voluntário (MARTINEZ, 2013, p. 119-120).

Entretanto, o presente trabalho irá optar pela classificação e o entendimento majoritários. Apesar do respeito ao posicionamento do autor mencionado acima, de inquestionável notável conhecimento jurídico, é forçoso tecer algumas observações em forma de crítica, de modo a fundamentar a opção pelo outro entendimento e

aprimorar o debate sobre o assunto. Na verdade, o entendimento proposto pelo jurista citado, no sentido de que se considera trabalho, apenas, a atividade pela qual se busca a obtenção de contraprestação pecuniária para fins de sustento próprio ou familiar, mostra-se equivocado, considerando que são diversos os exemplos de sujeitos que realizam a atividade laborativa com metas diferentes, como a obtenção de satisfação pessoal (no caso de um advogado, por exemplo, que possui um escritório, cuja remuneração seja elevada, mas que resolve lecionar em uma faculdade. Aqui, o sustento dele não depende da acadêmica). Assim, guardadas as devidas proporções, entende-se que o posicionamento trazido assemelha-se à ideia de subordinação econômica do empregado em relação ao empregador, posicionamento que é rejeitado pela doutrina, como será visto adiante.

Destarte, fica bastante claro que não é qualquer relação de trabalho que atrai a aplicação do Direito Laboral e seu conjunto de regras e princípios, mas apenas aquela espécie específica, que se diferencia de todas as outras, pelo fato de derivar da conjugação de cinco elementos essenciais, nomeados pela doutrina de elementos fático-jurídicos, quais sejam: **a)** prestação de trabalho por pessoa física a um tomador qualquer; **b)** prestação efetuada com personalidade pelo trabalhador; **c)** prestação efetuada com não eventualidade; **d)** tratar-se de uma prestação realizada com onerosidade; **e)** configurar-se como prestação realizada sob subordinação ou dependência a um tomador de serviços (GOMES; GOTTSCHALK, 2005, p. 80-81).

Com base na conjugação desses elementos, o doutrinador Sérgio Pinto Martins trabalha com a seguinte definição de empregado: "**pessoa física que presta serviços de natureza contínua a empregador, sob subordinação deste, mediante pagamento de salário e pessoalmente**" (MARTINS, 2013, p. 146).

O conceito supracitado assemelha-se bastante àquele trazido pela Consolidação das Leis Trabalhistas, em seu artigo 3º: "**Considera-se empregado toda pessoa física que prestar serviço de natureza não eventual a empregador, sob dependência deste e mediante salário**".

Feita essa breve análise acerca da conceituação do empregado, é importante, antes do estudo específico de cada elemento, analisar a natureza jurídica da relação de emprego, tópico que se mostra bastante importante, uma vez que, como será visto, o instrumento ensejador dos efeitos da relação de emprego e, conseqüentemente,

do poder empregatício, é o contrato de trabalho. Logo, mostra-se pertinente uma breve análise acerca da transição ideológica da natureza jurídica dessa relação, entendida, hoje, como contratual, pautada sob a ótica de um contrato de adesão.

2.3 NATUREZA JURÍDICA DA RELAÇÃO DE EMPREGO

Não se pode falar em uma unanimidade de pensamentos e propostas, quando se trata da discussão sobre a natureza jurídica existente na relação empregado x empregador (Nascimento, 2012, p. 595). Apesar de parte da doutrina considerar esta discussão um tanto superada, convém analisar, ainda que de forma breve, as diversas teorias, de modo a elucidar melhor o tema. Assim, destacam-se três teorias, a saber: **Teoria Contratualista**, **Teoria Acontratualista** e a **Teoria Anticontratualista**. Essas divergências são fruto de questionamentos acerca da existência ou não da livre manifestação, devido ao fato de as leis trabalhistas serem de ordem pública, cogentes e imperativas e, portanto, limitativas da autonomia da vontade (CASSAR, 2011, p.254).

Com o surgimento do Direito do Trabalho, os doutrinadores e estudiosos encontraram, inicialmente, grande dificuldade para classificar a relação que estava surgindo – a relação de trabalho. Nesse contexto, devido à falta de posicionamentos concretos sobre o assunto e a necessidade de se classificar aquela nova espécie contratual, a tendência doutrinária deu-se no sentido de submeter essa nova relação trabalhista às disposições contratuais cíveis existentes (teorias contratualistas) (Nascimento, 2012, p. 595-596).

Dentre as teorias que tentaram aproximar a relação de emprego dos contratos cíveis conhecidos, destacam-se: **Teoria do Arrendamento** ou **Locação**; **Teoria da Compra e Venda**; **Teoria do Mandato**; e a **Teoria da Sociedade** (CASSAR, 2011, p. 255-257).

A **teoria do arrendamento** ou **locação** é a mais antiga, cuja inspiração teórica deu-se com base no entendimento romano, sendo consolidada pelo Código Napoleônico (1804). Por essa teoria, o contrato empregatício corresponderia ao arrendamento ou locação de serviços, de modo que o trabalhador era alugado pelo tomador do

serviço, assim como quem aluga um objeto qualquer. Essa teoria sofreu pesadas críticas e mostra-se superada, uma vez que, na relação empregatícia, não há a separação entre o trabalhador e o objeto do contrato – a prestação de serviços, enquanto, na locação, há uma clara separação entre locador e coisa (DELGADO, 2012, p. 304).

Por sua vez, a **teoria da compra e venda**, que parte da premissa de que o contrato de trabalho possuiria uma natureza de contrato de compra e venda, sendo que o trabalho seria o objeto da venda e o salário seria o preço pago por aquele objeto, acabou por seguir a mesma sorte da teoria anterior. Essa teoria enfrentou fortes críticas, no sentido de que o trabalho não poderia ser analisado como mercadoria e o salário não poderia ser considerado o preço pago por aquela mercadoria, além do fato de que o principal objeto da relação de compra e venda constitui-se em uma obrigação de dar coisa certa, enquanto, no contrato de trabalho, a prestação é de fazer (CASSAR, 2011, p. 259).

Outra **teoria contratualista** é a **teoria do mandato**. A ideologia dessa teoria funda-se no caráter fiduciário e na subordinação existente na relação empregatícia, de modo que o empregado seria um mandatário, e o patrão seria o mandante, de modo que a relação de emprego teria natureza de contrato de trabalho (Cassar, 2011, p. 259). Todavia, essa teoria também encontra forte resistência doutrinária, no sentido de que o contrato de mandato configura-se como um contrato de representação, por meio do qual uma pessoa vai cumprir determinados atos jurídicos por conta de outra, enquanto, no contrato de trabalho, o empregado não é representante do empregador para agir em seu nome, salvo em situações especiais como no caso das situações que o emprego ostenta um cargo de confiança (NASCIMENTO, 2012, p. 609-610),

Por fim, a última **teoria contratualista** é a **teoria da sociedade**. Por essa teoria, entende-se que o contrato de trabalho possuiria natureza de contrato de sociedade, uma vez que ambas as partes (patrão e empregado) teriam interesse comum no aumento da produção e no crescimento da empresa (CASSAR, 2011, p. 259-260), de modo que haveria uma associação de atos sucessivos, coordenados e simultâneos a fim de atingir tal objetivo. Todavia, a presente teoria também não logrou êxito, de modo que, juridicamente falando, a *affectio societatis* e a

subordinação (existente na relação de emprego) são dois institutos que se excluem, não podendo haver tal associação. Não se pode olvidar também que a comunhão de poderes e responsabilidades presentes na relação societária se manifestam incompatíveis com a relação de emprego (DELGADO, 2012, p. 306).

Já as teorias **acontratualistas** e **anticontratualistas** são vistas, por parte da doutrina, como a mesma coisa, possuindo a mesma ideologia. Todavia, outra parcela da doutrina, apresenta entendimento contrário, de modo que se mostra interessante tratar da presente discordância, ao menos de modo sucinto.

No que concerne às **teorias acontratualistas**, os que as defendem partem da ideia de que a relação de trabalho não se consubstancia em uma relação contratual, mas sim numa instituição, visto que o contrato estaria consubstanciado no ideal de igualdade, enquanto as instituições estariam pautadas na ideia de autoridade e hierarquia, características marcantes do poder empregatício. Nesse diapasão, ao ingressar em uma empresa, o empregado estaria sujeito a uma situação estatutária, estando submetido às condições de trabalho estabelecidas previamente por um complexo normativo (leis, normas coletivas e regulamentos, dentre outros). Tal teoria é bastante criticada pela doutrina, tendo como principal argumento contrário o fato de que o caráter consensual do contrato de trabalho afastaria o perfil institucionalista ou estatutário (BARROS, 2012, p. 191).

Por sua vez, as **teorias anticontratualistas** buscam dissociar o contrato de emprego das disposições civis e das teorias contratuais. Essas teorias alcançaram grande destaque na Alemanha, opondo-se diretamente ao caráter individualista do contrato. Aqui, a relação laboral não se funda no contrato, mas no fato da incorporação do trabalhador na empresa (BARROS, 2012, p. 190-191).

Hodiernamente, a doutrina majoritária entende que a ideologia da teoria contratualista não se perdeu completamente. Compreende-se que a natureza contratual, de fato, configura-se com a incidência do elemento volitivo, que continua presente, apenas não sendo possível a inclusão desse tipo de contrato trabalho da forma em que era feita, devido à existência de diferenças estruturais gritantes.

Dentro dessa visão, apreende-se que, na relação de emprego, apesar de haver uma limitação de vontade por parte do empregado, o elemento volitivo ainda está presente, de modo que a sua confluência com a vontade empresarial enseja uma

relação específica e ímpar, características do contrato de trabalho (DELGADO, 2012, p. 316-317). Trata-se, então, de um contrato similar a um contrato de adesão, onde não há uma disposição conjunta das cláusulas, que são determinadas pelo empregador, além de ter a característica de um contrato realidade, perfazendo-se pela prestação material dos serviços, podendo ser expresso ou tácito.

2.4 ELEMENTOS CARACTERIZADORES DA RELAÇÃO DE EMPREGO

Finda a análise sobre a diferenciação entre as relações de trabalho e de emprego, além de elucidada a conceituação de empregado, tanto para a doutrina, quanto para a legislação, é imprescindível analisar cada elemento fático-jurídico caracterizador da relação de emprego, sendo o **primeiro deles o fato do empregado ser pessoa física**.

2.4.1 Pessoa Física

A palavra trabalho denota uma atividade realizada por pessoa natural. Assim, devido ao fato de que os bens jurídicos tutelados pelo Direito do Trabalho (vida, saúde, integridade moral, bem-estar, entre outros) importam à pessoa física, não existe saída outra que não tutelar apenas a prestação de serviços realizada por pessoa natural. Trata-se de uma relação *intuitu personae* (GOMES; GOTTSCHALK, 2005, p. 81).

Dessa maneira, fica bastante claro que o Direito Laboral apenas se aplica à pessoa física, de modo que estão excluídos do seu âmbito de atuação os animais e as pessoas jurídicas, sendo os serviços prestados por estas últimas regulados pelo Direito Civil. Todavia, existe, ainda, uma restrição quanto à aplicação da legislação trabalhista, de modo que a sua aplicação não se estende a todas as pessoas físicas, havendo a necessidade do preenchimento de outros requisitos (MARTINS, 2013, p. 146).

2.4.2 Pessoalidade

Outro requisito caracterizador da relação de emprego é o **requisito da pessoalidade**. Ao afirmar que a relação de emprego deve ser consubstanciada, dentre outros requisitos, na pessoalidade, quer-se dizer que aquele serviço contratado tem o caráter de intransferibilidade, de modo que apenas aquela pessoa pode realizar a prestação de serviços (MARTINEZ, 2013, p. 144).

A característica da pessoalidade (infungibilidade) revela-se essencial à existência e configuração da figura do empregado, de modo que tal exigência está presente tanto no momento da celebração do vínculo empregatício quanto no momento da sua extinção (no caso de falecimento do empregado, por exemplo, seus sucessores e herdeiros não podem ocupar seu lugar). Contudo, essa regra comporta duas exceções, a saber: **a)** situações de substituição eventual propiciadas pelo consentimento do tomador de serviços; e **b)** substituições autorizadas por lei ou norma autônoma, como as férias, licença gestante e outras (DELGADO, 2012, p. 285).

2.4.3 Não eventualidade

O **terceiro elemento** fático-jurídico a ser analisado é **da não eventualidade**. Quanto a esse requisito, doutrina e legislação entendem que, independente da pessoalidade ou da subordinação, aquele que presta serviços em caráter eventual não é empregado, sendo, na realidade, por oposição, um trabalhador eventual (GOMES; GOTTSCHALK, 2005, p. 82). Tal eventualidade difere-se da não eventualidade (requisito conformador da relação empregatícia), principalmente, no que tange à previsão acerca da repetição daquela atividade. Enquanto a eventualidade baseia-se na ideia de imprevisibilidade da repetição, a não eventualidade caracteriza-se pela previsibilidade da repetição, como é o caso, por exemplo, de um professor que leciona em uma determinada escola por dois dias na semana. Existe uma previsibilidade de que aquela atividade se repetirá toda semana (MARTINEZ, 2013, p. 146).

2.4.4 Onerosidade

O **quarto elemento** que caracteriza a relação de emprego é, como citado, o seu **caráter oneroso**. Segundo o entendimento proveniente desse elemento fático-jurídico, a relação de emprego, firmada através de um contrato de trabalho, é bilateral, sinalagmática e onerosa, uma vez que envolve um conjunto diferenciado de prestações e contraprestações recíprocas entre as partes, ou seja, a força de trabalho do empregado deve corresponder a uma contrapartida econômica em seu benefício, consubstanciada em um conjunto de verbas contraprestativas pagas pelo empregador, em virtude daquela relação pactuada - conjunto salarial (DELGADO, 2012, p. 291-294).

2.4.5 Subordinação Jurídica

Por sua vez, o **quinto elemento** configurador da relação empregatícia é a **subordinação jurídica**. Trata-se de um dos elementos mais importantes para a sua caracterização, presente no momento em que o tomador de serviço define o tempo (toda interferência do tomador dos serviços quanto ao momento de início e término da atividade contratada, inclusive no que concerne aos momentos de fruição dos intervalos de descanso) e modo de execução (toda intercessão do empregador acerca da maneira pela qual aquela atividade deve ser exercida) daquilo que foi contratado. A subordinação constitui, no plano jurídico-trabalhista, uma situação limitadora da autonomia de vontade do prestador dos serviços (MARTINEZ, 2013, p. 147).

Sobre esse elemento, é pertinente a explanação bastante didática trazida pelo doutrinador Sérgio Pinto Martins (2013, p. 1467):

Subordinação é a obrigação que o empregado tem de cumprir as ordens determinadas pelo empregador em decorrência do contrato de trabalho. É o estado jurídico que se encontra o empregado em relação ao empregador. É o objeto do contrato de trabalho (...)

(...) Supondo-se que o contrato de trabalho fosse uma moeda. O empregado vê um lado da moeda como subordinação, enquanto o

empregador enxerga o outro lado da moeda como poder de direção. A subordinação é o aspecto da relação de emprego visto pelo lado do empregado, enquanto o poder de direção é a mesma acepção vista pela ótica do empregador.

Isso quer dizer que o trabalhador é dirigido por outrem: o empregador. Se o trabalhador não é dirigido pelo empregador, mas por ele próprio, não se pode falar em empregado, mas em autônomo ou outro tipo de trabalhador. A subordinação é o estado de sujeição em que se coloca o empregado em relação ao empregador, aguardando ou executando ordens.

De fato, a subordinação jurídica é o principal elemento caracterizador da relação de emprego. Nas palavras da doutrinadora Lorena Vasconcelos Porto, o elemento subordinação jurídica “representa a ‘chave de acesso’ aos direitos e garantias trabalhistas, os quais, em regra, são assegurados em sua plenitude apenas aos empregados” (PORTO, 2008, p. 5). Desse modo, por conta de sua importância como requisito central da relação de emprego, a doutrina trabalhista passou a formular diversos conceitos de subordinação jurídica, que foram surgindo ao longo das transformações sociais ao longo do tempo.

Tradicionalmente, a subordinação encontra-se ligada à ideia de heterodireção patronal da prestação laborativa, de modo assíduo e direto sobre a pessoa do empregado, manifestando-se pela intensidade de ordens do tomador de serviços sobre o respectivo trabalhador. De outro lado, surgiu a subordinação objetiva, caracterizada pela integração do trabalhador aos fins e objetivos do empreendimento do tomador de serviços, devendo, obviamente, esta integração implicar a observância ao poder empregatício, no que tange ao poder diretivo e disciplinar. Posteriormente, o doutrinador Maurício Godinho Delgado, diante do avanço do reconhecimento de direitos fundamentais trabalhistas, admitiu a possibilidade de estender esses direitos a relações trabalhistas não empregatícias. Destarte, não importa a homologação do empregado aos objetivos do empreendimento, muito menos o fato dele receber ordens diretas e específicas (subordinação clássica) do tomador de serviços, mas sim o fato de o empregado estar estruturalmente vinculado à dinâmica operativa da atividade daquele tomador de serviços, ou seja, basta a integração daquela prestação aos fins da empresa (DELGADO, 2012, p. 294-299).

Defendendo a necessidade de universalização da subordinação, Lorena Vasconcelos Porto traz à tona a ideia de subordinação integrativa, formada pela conjugação da noção de subordinação objetiva com os critérios que excluem a caracterização como trabalhador autônomo (PORTO, 2005, p. 24-26). A subordinação integrativa pode ser conceituada da seguinte forma:

A subordinação, em sua dimensão integrativa, faz-se presente quando a prestação de trabalho integra as atividades exercidas pelo empregador e o trabalhador não possui uma organização empresarial própria, não assume riscos de ganhos ou de perdas e não é proprietário dos frutos do seu trabalho, que pertencem, originariamente, à organização produtiva alheia para a qual presta a sua atividade (PORTO, 2005, p. 26).

Impende salientar que existem outras classificações doutrinárias, igualmente respeitadas, acerca do conceito e o alcance da subordinação jurídica, mas, como o objetivo do presente trabalho é fornecer uma breve análise acerca do instituto da subordinação, optou-se por examinar as mais comumente citadas pela doutrina trabalhista.

3 PODER EMPREGATÍCIO COMO EFEITO DO CONTRATO DE TRABALHO

Finalizado o estudo acerca da relação de emprego e suas características, faz-se necessário, neste momento, o exame do instituto normativo que dá ensejo à formação da relação entre empregado e empregador, qual seja: o contrato de trabalho, observando a sua conceituação, caracterização, elementos conformadores e efeitos.

Além disto, o presente capítulo também analisará especificamente a figura do empregador e o poder que lhe é concedido na relação de emprego.

3.1 DEFINIÇÃO E CARACTERÍSTICAS DO CONTRATO DE TRABALHO

Sobre a temática, destaca-se a conceituação precisa e bastante elucidativa da doutrinadora Alice Monteiro de Barros (2012, p. 187), que assim define o contrato de trabalho:

O contrato de trabalho é o acordo expresso (escrito ou verbal) ou tácito firmado entre uma pessoa física (empregado) e outra pessoa física, jurídica ou entidade (empregador), por meio do qual o primeiro se compromete a executar, **pessoalmente**, em favor do segundo um serviço de **natureza não eventual**, mediante **salário e subordinação jurídica** (grifo nosso).

Ainda no que diz respeito à definição do contrato de trabalho, existe uma ferrenha crítica, por parte da doutrina especializada, acerca da conceituação trazida pelo artigo 442 da CLT, que merece ser observada.

O referido artigo define o contrato de trabalho da seguinte forma: "Art. 442 - **Contrato individual de trabalho é o acordo tácito ou expresso, correspondente à relação de emprego**".

Defende a doutrina que o texto da CLT não observa a melhor técnica de definição, apresentando os seguintes graves defeitos: **em primeiro lugar**, o fato de o dispositivo legal em comento não elencar os elementos conformadores do contrato empregatício; **em segundo lugar**, o fato de ele se utilizar do termo errôneo, de tal sorte que o contrato de trabalho não corresponda à relação de emprego, mas, na verdade, propicia o surgimento desta relação; em terceiro lugar, o fato de o enunciado legal carregar consigo um verdadeiro círculo vicioso de afirmações, ao confundir contrato e relação de emprego (DELGADO, 2012, p. 501-502).

Conceituado o contrato de trabalho, parte-se, agora, para um breve exame das suas características.

É oportuno salientar que, apesar de no Direito do Trabalho haver uma predominância de normas imperativas, o contrato de trabalho é sinalagmático, tendo em vista que as partes, por meio dele, se obrigam reciprocamente, com base na autonomia da vontade (GOMES; GOTTSCHALK, 2005, p. 124). Percebe-se, assim, que a imperatividade das normas justrabalhistas não transforma este contrato empregatício em contrato de Direito Público, uma vez que, aqui, as partes se encontram em situação de paridade jurídica, por ser claramente privada a relação jurídica básica regulada pelas cláusulas do contrato (DELGADO, 2012, p. 504).

Outra característica marcante do contrato de trabalho é o fato de ser de trato sucessivo, uma vez que suas prestações são oferecidas e exigidas continuamente (GOMES; GOTTSCHALK, 2005, p. 125), não se esgotando com a realização de um ato singular.

O contrato em análise possui ainda outras características peculiares. Com efeito, trata-se de um contrato intuito *personae* em relação ao empregado, pois este não poderá se fazer substituir por outrem na prestação de serviço, salvo esporadicamente e com a aceitação do empregador (BARROS, 2012, p. 187); é um contrato que, em regra, não é solene, bastando a simples execução dos serviços, dentro das características inerentes ao contrato de emprego, para que seja válido, prescindindo do atendimento de formalidades sacramentais. Por fim, é um contrato oneroso, uma vez que pressupõe dispêndios de ambos os sujeitos contratantes (MARTINEZ, 2013, p. 153).

3.2 REQUISITOS JURÍDICO-FORMAIS DA RELAÇÃO DE EMPREGO

Ainda na temática do contrato de trabalho, convém avaliar, nesse momento, os elementos que o compõem. Tais elementos são divididos pela doutrina em três espécies, a saber: **a)** elementos essenciais; **b)** elementos naturais; e **c)** elementos acidentais.

Os **elementos essenciais**, também denominados de **elementos jurídico-formais**, são aqueles comumente trazidos pelo Direito Civil, observada, obviamente, a necessária adequação ao ramo justralhista. São eles: **capacidade das partes; licitude do objeto; forma prescrita ou não vedada em lei; e higidez da manifestação da vontade** (DELGADO, 2012, p. 509). Esses elementos fazem parte da estrutura do negócio jurídico, de modo que sua existência é indispensável (MARTINEZ, 2013, p. 154).

No que concerne à capacidade, o agente será capaz quando a lei lhe atribuir aptidão plena para o exercício de direitos e assunção de obrigações jurídicas. No âmbito justralhista, o agente terá capacidade plena, tanto o empregado quanto o empregador, a partir dos 18 anos, podendo ser antes, em caso de emancipação, na forma da legislação civil (artigo 5º do Código Civil). Por sua vez, a atribuição de capacidade relativa é evidenciada apenas em favor do empregado, desde que eles possuam entre 16 e 18 anos. Fala-se, ainda, da possibilidade de o empregado possuir uma capacidade relativa especial, que seria configurada nas situações em que, mediante um contrato especial de aprendizagem, seria permitido o trabalho a

partir dos 14 anos. Tal entendimento pode ser depreendido da leitura do art. 428 da CLT (MARTINEZ, 2013, p. 156).

Art. 428. Contrato de aprendizagem é o contrato de trabalho especial, ajustado por escrito e por prazo determinado, em que o empregador se compromete a assegurar ao maior de 14 (quatorze) e menor de 24 (vinte e quatro) anos inscrito em programa de aprendizagem formação técnico-profissional metódica, compatível com o seu desenvolvimento físico, moral e psicológico, e o aprendiz, a executar com zelo e diligência as tarefas necessárias a essa formação.

Outro elemento essencial para a configuração do contrato de trabalho é a presença de um **objeto lícito, possível e determinado** ou **determinável**. Assim, para que haja a tutela do Direito Obreiro, o objeto do contrato deve ser lícito. Vale dizer, a prestação de serviços consubstanciada no contrato deve estar em conformidade com a lei, com a ordem pública e com os bons costumes, pouco importando se a atividade empresarial é lícita ou ilícita (BARROS, 2012, p. 194).

Destaca-se, ainda, como elemento essencial ao contrato de trabalho, a necessidade de ele possuir em uma **forma regular** ou **não proibida**. De maneira geral, o Direito do Trabalho não exige qualquer instrumentalização obrigatória na celebração de um contrato empregatício, de modo que o contrato de trabalho configura-se como um pacto não solene, informal e consensual, podendo ser licitamente ajustado, até mesmo de modo apenas tácito. Tais características fazem com que a existência do contrato de trabalho possa ser comprovada através de qualquer meio probatório juridicamente válido, inclusive indícios e presunções, de modo que é entendimento pacífico na jurisprudência que da simples prestação de trabalho presume-se a existência de um contrato empregatício entre as partes, cabendo tão somente ao empregador a comprovação do contrário (DELGADO, 2012, p. 514-515).

Tal entendimento pode ser elucidado pela Súmula 212 do TST:

TST Enunciado nº 212 - Res. 14/1985, DJ 19.09.1985.

Ônus da Prova - Término do Contrato de Trabalho - Princípio da Continuidade

O ônus de provar o término do contrato de trabalho, quando negados a prestação de serviço e o despedimento, é do empregador, pois o princípio da continuidade da relação de emprego constitui presunção favorável ao empregado.

Ainda no que concerne aos elementos essenciais presentes no contrato de trabalho, pode-se destacar a **higidez de manifestação de vontade**. Dessa forma, os contratos de trabalho devem ser firmados por meio de livre e regular manifestação de vontade pelas partes contratuais, devendo existir um consenso livre de vícios (DELGADO, 2012, p. 515).

Feita a análise dos elementos essenciais à caracterização do contrato de trabalho, faz-se necessária a análise de outro grupo de elementos pertinentes, a saber: **os elementos naturais do contrato**. Trata-se de elementos que surgem naturalmente do ato praticado, independentemente, portanto, da manifestação de vontade do empregador ou do empregado, o elemento natural surge como consequência que emerge do contrato de emprego. Nesse bojo, evidencia-se o elemento da “jornada de trabalho” (MARTINEZ, 2013, p. 154).

Destaca-se, ainda, a presença de **elementos acidentais**, que também estão ligados ao contrato de trabalho. Configuram-se como estipulações ou cláusulas acessórias, que podem ser adicionadas ou não ao contrato, com o objetivo de modificar alguns de seus aspectos eficaciais (MARTINEZ, 2013, p. 154). Doutrinariamente, são reconhecidos dois elementos acidentais, quais sejam: **a condição (suspensiva e resolutive)**, que seria uma cláusula derivada exclusivamente da vontade das partes, de modo a subordinar os efeitos do negócio jurídico a evento futuro e incerto; e **o termo (inicial ou final)**, que se configura quando as partes fixam um momento para que aquele negócio jurídico comece ou cesse a produção de efeitos (BARROS, 2012, p. 200).

3.3 CONCEITUAÇÃO DO PODER EMPREGATÍCIO

Na relação empregatícia, a figura do empregador aparece com bastante destaque, uma vez que este se apresenta como aquele que concede a oportunidade de trabalho. Nessa linha de entendimento, o empregador pode materializar a forma de pessoa física, de pessoa jurídica (entes políticos, associações, sociedades, fundações, organizações religiosas e partidos políticos) ou até de ente despersonalizado, autorizados, excepcionalmente, a contratar, a exemplo dos condomínios e da massa falida (MARTINEZ, 2013, p. 223).

Em sua obra, o doutrinador Luciano Martinez (2013, p. 223) traz uma conceituação bastante pertinente da figura do empregador:

É a pessoa física, jurídica ou ente despersonalizado (este excepcionalmente autorizado a contratar) concedente da oportunidade de trabalho, que, assumindo os riscos da atividade (econômica ou não econômica) desenvolvida, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviços de outro sujeito, o empregado.

Posto o conceito de empregador, parte-se para a análise do poder que lhe é inerente: o **poder empregatício**, que constitui uma prerrogativa concedida ao empregador para exigir determinados comportamentos lícitos dos seus empregados, com vistas a direcionar e controlar a atividade laboral (MARTINEZ, 2013, p. 228).

Sobre esse poder, mostra-se extremamente lúcida e clara, como de costume, a conceituação elaborada pelo doutrinador Maurício Godinho Delgado (2012, p. 658): "Conjunto de prerrogativas com respeito à direção, regulamentação, fiscalização e disciplinamento da economia interna à empresa e correspondente prestação de serviços".

Insta salientar que o fenômeno ora examinado já foi estudado pela doutrina especializada com a denominação de **poder hierárquico**. Contudo, tal conceituação mostra-se retrógrada e incompatível com a atual ideologia trabalhista, sendo severamente criticada pela doutrina, principalmente pelo fato de carregar uma rigidez que se mostra incompatível com qualquer processo de democratização do fenômeno do poder empregatício, além de ser considerada, por muitos juristas, uma expressão fundamentalmente corporativista (DELGADO, 2012, p. 658-659).

Segundo Luiz José de Mesquita, citado por Alice Monteiro de Barros, o poder hierárquico pode ser conceituado da seguinte forma (BARROS, 2012, p. 459).

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

Por sua vez, destaca-se que o presente trabalho, apesar do respeito por entendimentos dissonantes, corrobora com o entendimento majoritário da doutrina.

Como se pode depreender, o poder empregatício confere ao empregador uma enorme influência no âmbito da relação de trabalho. Tal poder pode ser dividido, segundo posicionamento de parte da doutrina, da qual o doutrinador Maurício Godinho Delgado faz parte, em quatro dimensões: **a) poder diretivo** (também chamado de poder organizativo); **b) poder regulamentar**; **c) poder fiscalizatório** (comumente denominado de "poder de controle"); e **d) poder disciplinar**. As dimensões do poder diretivo e do poder disciplinar mostram-se pacificadas na doutrina. Já as dimensões classificadas como poder regulamentar e poder fiscalizatório são objeto de discussão no que tange à sua identificação como modalidades específicas do poder empregatício, considerando-as como simples manifestações conexas ou extensivas do poder de direção (DELGADO, 2012, p. 658-659).

Feita essa breve análise da discussão acerca do poder empregatício e suas dimensões, será estudada, de modo mais específico, cada uma delas.

3.4 FUNDAMENTOS E NATUREZA DO PODER EMPREGATÍCIO

A análise do poder empregatício e seu fundamento deve ser feito em duas dimensões. De um lado, tem-se a vertente legal, que aborda os dispositivos legais que conferem título e substrato jurídico à existência do poder empregatício. Do outro, tem-se a dimensão doutrinária, que busca a real fundamentação desse poder, examinando os fatores e causas que conferem título e substrato à existência e incorporação do referido poder ao ordenamento jurídico. Dentro desta, existem quatro correntes que buscam determinar o fundamento doutrinário ensejador do

poder empregatício: **a)** corrente da propriedade privada; **b)** do institucionalismo; **c)** delegação do Poder Público; e **d)** contratualista (DELGADO, 2012, p. 666).

Para aqueles que defendem a primeira corrente, o fundamento do exercício do poder conferido ao empregador residiria no direito à propriedade privada, que conferiria ao empregador a prerrogativa de reger e desfrutar do modo que melhor atendesse aos objetivos da empresa (NASCIMENTO, 2012, P. 712).

Acerca dessa classificação, o doutrinador Maurício Godinho Delgado tece fortes críticas, entendendo que a referida classificação não absorve a diferença existente entre as relações de produção servis e escravagistas perante o poder empregatício, a complexidade que caracteriza tal fenômeno, além de trazer insuficiências jurídicas, posto que, em sendo a propriedade privada o fundamento do poder empregatício, este não existiria em diversos estabelecimentos e empresas estabelecidos no mundo contemporâneo, em que a titularidade não está nas mãos dos titulares do direito de propriedade (DELGADO, 2012, p. 667-668).

A segunda vertente é a do institucionalismo, a qual defende que o fundamento para a existência do poder empregatício é o interesse da própria empresa. Trata-se, assim, de um poder social, cuja existência deriva da necessidade de a instituição possuir uma forma de constranger os empregados, por intermédio dos meios necessários ao cumprimento de seus objetivos (NASCIMENTO, 2012, p. 713). Esta corrente também é criticada por Maurício Godinho Delgado, que entende não ser o institucionalismo capaz de exprimir fidedignamente a fundamentação e o título jurídico desse poder (DELGADO, 2012, p. 668).

Por sua vez, a terceira corrente defende que o poder empregatício deriva de delegação do poder público em favor do empresário. Essa corrente também é bastante criticada pela doutrina, por se revelar autoritária e retrógrada, não levando em consideração a liberdade, a vontade, o processo multilateral e dialético, características desse poder (DELGADO, 2012, p. 669-670).

Por fim, a última teoria que busca o exame do título e substrato do referido poder é a teoria contratualista, que é a mais difundida e utilizada na doutrina e jurisprudência. De acordo com essa corrente, o poder empregatício decorreria do próprio contrato, fruto da expressão da autonomia da vontade de ambas as partes e do estado de sujeição decorrente do vínculo contratual (NASCIMENTO, 2012, p. 712). Nesse

diapásão, o pacto volitivo, que pode ser expresso ou tácito, importa em um conjunto de direitos e deveres recíprocos, consubstancializados no instrumento do contrato de trabalho, sendo o poder empresarial oriundo desse conjunto (DELGADO, 2012, p. 670-671).

Quanto aos fundamentos legais, destaca-se que o ordenamento jurídico brasileiro não possui dispositivo expresso que fundamente e reconheça a existência do poder empregatício, tendo o legislador optado por um tratamento indireto, como o que é feito no artigo 2º da CLT, que menciona a prerrogativa concedida ao empregador para que exerça a direção da prestação dos serviços, entre outros (DELGADO, 2012, p. 674).

Não resta dúvida acerca da natureza contratual do poder atribuído ao empregador, de modo que é com o instrumento do contrato de trabalho que se conhece a sua existência e limitações.

3.5 DIMENSÕES DO PODER EMPREGATÍCIO

3.5.1 Poder diretivo

No que tange ao poder diretivo, destaca-se o conceito elaborado pela doutrinadora Riva Sanseverino, citada por José Augusto Rodrigues Pinto (2007, p. 306), como sendo **"a faculdade para o patrão de determinar as normas de caráter predominantemente técnico às quais deve subordinar-se o trabalhador no cumprimento de suas obrigações"**.

Dessa conceituação, pode-se concluir que o poder diretivo foi criado com o objetivo de conceder ao empregador prerrogativas, para que ele possa alcançar os propósitos preestabelecidos e organizar a atuação de seus empregados, de modo que, para isso, poderá valer-se de orientações técnicas e de caráter geral, organizando, assim, o seu sistema produtivo (MARTINEZ, 2013, p. 228). Em outras palavras, devido ao controle jurídico que possui o empregador sobre o conjunto do seu sistema produtivo, além de sobre ele recair o princípio de assunção dos riscos do empreendimento, o Direito legitima tal poder, de modo que a concentração do

poder organizacional (diretivo) encontra-se na figura do empregador (DELGADO, 2012, p. 660).

3.5.2 Poder regulamentar

Releva analisar a segunda dimensão do poder empregatício - o poder regulamentar. Esse poder é uma prerrogativa concedida ao empregador de legislar para empresa, isto é, de criar regras a serem seguidas no âmbito da empresa (BARROS, 2012, p. 459). Assim, infere-se que tal poder, uma vez concentrado na figura do empregador, confere a este a prerrogativa de fixar regras gerais, que devem ser cumpridas no âmbito da instituição. Entende a doutrina majoritária, todavia, que o poder regulamentar não tem o condão de fixar normas jurídicas, mas meras cláusulas contratuais, posto que incidem em um universo restrito e são fruto do exercício unilateral da vontade do empregador (DELGADO, 2012, p. 660-661).

Como já restou claro, o poder empregatício se consubstancia na figura do “regulamento da empresa”. Todavia, o que seria especificamente esse regulamento? Com o objetivo de elucidar essa questão, é importante ter em mente a conceituação trazida pelo doutrinador Sergio Pinto Martins, que, em sua obra, assim define tal instituto (MARTINS, 2013, p. 233):

Regulamento de empresa é um conjunto sistemático de regras, escritas ou não, estabelecidas pelo empregador, com ou sem a participação dos trabalhadores, para tratar de questões de ordem técnica ou disciplinar no âmbito da empresa, organizando o trabalho e a produção.

O regulamento de empresa é um conjunto sistematizado de regras, o que exclui os avisos e circulares existentes na empresa. Trata-se de normas que se inter-relacionam, tendo em vista questões de ordem técnica ou disciplinar no âmbito da empresa.

Portanto, depreende-se que ao empregador é possibilitado, dentro do conjunto de direitos e prerrogativas a ele concedido, no intuito de reger a sua empresa, a estipulação de um regramento interno, que verse, por exemplo, acerca do modo de prestação das atividades. Todavia, tal regramento não se mostra absoluto, estando, obviamente, limitado aos direitos atinentes ao empregado, como, por exemplo, o de resistência contra ordens ilegais, contrárias aos bons costumes ou alheias ao contrato e superiores às forças do empregado.

3.5.3 Poder fiscalizatório

Outra dimensão bastante significativa do poder empregatício é a que concerne ao poder fiscalizatório. Trata-se de um dos pontos mais importantes para o estudo a ser realizado no capítulo final do presente trabalho, considerando que este poder termina por conceder ao empregador a ideia de uma liberdade exacerbada, a ponto de este pensar que tudo é possível no bojo do exercício de fiscalização e do controle de suas atividades. Todavia, o poder fiscalizatório está sujeito a limitações, como será visto adiante.

Esse poder caracteriza-se pela prerrogativa que é concedida ao empregador de, conforme as disposições legais, pessoalmente ou por delegação a preposto ou por meio de mecanismos eletrônicos, exercer um controle acerca da execução dos serviços prestados por seus subordinados e, conseqüentemente, sobre o modo pelo qual aquele serviço está sendo prestado (MARTINEZ, 2013, p. 229). Isto quer dizer que, ao empregador, é concedido o direito de fiscalizar e controlar a atividade dos seus empregados. Tal controle é feito sobre a atividade e não sobre a pessoa do trabalhador (MARTINS, 2013, p. 228).

Na execução deste poder, algumas medidas são comumente utilizadas, tais como: as revistas internas, a utilização de mecanismos audiovisuais e o controle dos horários dos empregados, através de cartão de ponto (DELGADO, 2012, p. 662).

Entendidas a conceituação e a finalidade do poder fiscalizatório, surge a dúvida acerca das suas limitações. É sabido que o sistema jurídico brasileiro não possui preceitos claros a respeito dessa questão, por se tratar de um problema bastante atual. Todavia, as regras e princípios gerais que compõem o sistema jurídico são bastante efetivos ao orientar o operador jurídico diante de casos concretos. Dentre esses princípios e direitos, podem ser destacados o princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, caput, Constituição Federal), o direito à liberdade (Art. 5º, LIII e LLIV, da Constituição Federal) e o direito à intimidade (art. 5º, X, CF), que se configuram como direitos fundamentais do trabalhador, devendo ser respeitados diante do caso concreto (DELGADO, 2012, p. 663-664).

No que concerne às regras, destaca-se a recente modificação introduzida na Consolidação das Leis Trabalhistas, precisamente no art. 373-A, VI, dispositivo que limita expressamente o poder do empregador (DELGADO, 2012, p. 663-664).

Art. 373-A. Ressalvadas as disposições legais destinadas a corrigir as distorções que afetam o acesso da mulher ao mercado de trabalho e certas especificidades estabelecidas nos acordos trabalhistas, é vedado.

VI - proceder o empregador ou preposto a revistas íntimas nas empregadas ou funcionárias. (Incluído pela Lei nº 9.799, de 26.5.1999) (grifo no original)

No dia a dia trabalhista, é bastante comum o exercício do poder fiscalizatório por parte dos empregadores, seja por meio de câmeras, seja por meio de revistas. Todavia, até que ponto essa prerrogativa pode ser utilizada no âmbito extralaboral? É possível a fiscalização do empregado no que concerne aos bens mais preciosos, ou seja, intimidade e vida privada? As práticas de controle de rede social (como o *Facebook*), na hora de contratar ou demitir um funcionário, são lícitas? E no que concerne ao *e-mail* pessoal? Essas interessantes e controvertidas questões serão analisadas no próximo tópico do presente trabalho.

3.5.4 Poder disciplinar

Apresentados os argumentos acima e afastadas as eventuais dúvidas remanescentes, faz-se necessária a análise da última dimensão do poder empregatício - o poder disciplinar.

Esse poder constitui a prerrogativa concedida ao empregador de aplicar meios punitivos (sanções) ao empregado que descumprir os deveres que lhe são impostos por meio de lei, de norma coletiva ou contrato. Em consequência, os fundamentos do poder disciplinar são a manutenção da ordem e a harmonia no ambiente de trabalho (BARROS, 2012, p. 480-481).

Assim, com base nesse poder, o empregador poderá de modo pessoal e intransferível, conforme os ditames legais, aplicar uma pena ao empregado que descumprir as ordens e comandos a ele impostas. No que se refere a essa pena, pode-se elencar como medidas mais aplicadas, de acordo com o nível de gravidade: a **advertência**, que pode ser formal ou escrita; a **suspensão disciplinar**

e a **dissolução contratual por justo motivo**, admitindo-se, excepcionalmente, apenas para os atletas profissionais, a aplicação de multa punitiva, de acordo com o parágrafo 1º do art. 15 da Lei n. 6.354/76 e do art. 28, caput, da Lei n. 9.615/98 (MARTINEZ, 2013, p. 231-232).

Desse modo, põe-se fim à análise do poder empregatício e suas dimensões, partindo-se, agora, para o estudo do ponto nevrálgico do presente trabalho, qual seja, a análise específica da figura do empregado, dos seus direitos fundamentais e dos limites ao poder empregatício.

4 LIMITAÇÃO AO PODER DIRETIVO, NO ÂMBITO EXTRALABORAL, À LUZ DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DO EMPREGADO.

4.1 DEFINIÇÃO E CARACTERIZAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Nesse tópico, é imprescindível, inicialmente, a análise conceitual do que seriam os direitos fundamentais, além da sua caracterização.

Doutrinariamente, a definição terminológica da expressão **direitos fundamentais** é bastante divergente, principalmente pelo fato de que tais direitos sofreram muitas transformações ao longo da história, tendo sua concepção alterada de acordo com as necessidades apresentadas em determinadas épocas. A adoção de diferentes expressões para tratar esses direitos é bastante comum, como, por exemplo: liberdades públicas, direitos subjetivos, direitos públicos subjetivos, direitos humanos, direitos fundamentais, dentre outras (CUNHA JÚNIOR, 2013, p. 542).

Contudo, apesar das divergências doutrinárias, percebe-se que há uma tendência, por parte da moderna doutrina constitucional, em repelir parte dessas expressões, consideradas insuficientes, e a optar pela nomenclatura “direitos fundamentais” (CUNHA JÚNIOR, 2013, p. 545-546).

Aqui, opta-se por fazer uso da nomenclatura adotada pela doutrina majoritária, qual seja, **direitos fundamentais**.

Em sua obra, o ilustre doutrinador Ingo Wolfgang Sarlet (2009, p. 77) propõe, com a clareza e didática que lhe é peculiar, a seguinte conceituação para os direitos fundamentais:

Direitos Fundamentais são, portanto, todas aquelas posições jurídicas concernentes às pessoas, que, do ponto de vista do direito constitucional positivo, foram, por seu conteúdo e importância (fundamentalidade em sentido material), integradas ao texto da Constituição e, portanto, retiradas da esfera de disponibilidade dos poderes constituídos (fundamentalidade formal), bem como as que, por seu conteúdo e significado, possam lhe ser equiparados, agregando-se à Constituição material, tendo, ou não, assento na Constituição foram (aqui considerada a abertura material do Catálogo).

Ainda no que se refere à conceituação de direitos fundamentais, é importante transcrever o posicionamento do doutrinador Arion Sayão Romita (2007, p. 45-46):

[...] pode-se definir direitos fundamentais como os que, em dado momento histórico, fundados no reconhecimento da dignidade da pessoa humana, asseguram a cada homem as garantias de liberdade, igualdade, solidariedade, cidadania e justiça. Este é o núcleo essencial da noção de direitos fundamentais, aquilo que identifica a fundamentalidade dos direitos. [...].

Com isto, finaliza-se, aqui, a análise conceitual dos direitos fundamentais, passando-se para um breve estudo de suas características.

Os direitos fundamentais são dotados de características que os diferenciam de outras categorias jurídicas e que os identificam entre si. Dentre essas características, podem ser citadas as seguintes: **a) historicidade**, uma vez que se configuram como o resultado de todo um processo histórico de luta que o homem trava para garantir sua emancipação; **b) universalidade**, pelo fato de configurarem-se como imprescindíveis para todo e qualquer ser humano, já que objetivam a garantia de uma existência digna, livre e igual da pessoa humana; **c) inalienabilidade**, uma vez que não se encontram à disposição de seu titular, sendo intransferíveis e inegociáveis; **d) imprescritibilidade**, em decorrência da sua característica de inalienabilidade, os direitos fundamentais não se perdem no tempo; **e) irrenunciabilidade**, pelo fato do seu titular não ter o poder de dispor sobre eles; **f) limitabilidade**, uma vez que se configuram, em essência, como direitos relativos e, conseqüentemente, limitáveis, no caso concreto, mediante relação de ponderação; **g) concorrência**, posto que um mesmo titular pode cumular mais de um direito fundamental; **h) proibição de retrocesso**, por se tratar de direitos que resguardam a dignidade da pessoa humana, uma vez reconhecidos, não se pode suprimi-los ou

aboli-los ou, ainda, enfraquecê-los; e **i) constitucionalização**, em face da proteção constitucional que lhes devem ser conferida (CUNHA JÚNIOR, 2013, p. 609-613).

Uma vez apresentada a breve elucidação das características dos direitos fundamentais, segue-se com o estudo de suas dimensões, que também se mostra bastante pertinente para o presente estudo.

4.2 BREVE ANÁLISE CONCEITUAL E HISTÓRICA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E SUAS DIMENSÕES

Tradicionalmente, a doutrina trabalha com a ideia de três gerações dos direitos fundamentais: **direitos de primeira geração**; **direitos de segunda geração** e **direitos de terceira geração**. Essa divisão em gerações revela a ordem cronológica do reconhecimento e a afirmação desses direitos, que foram se conformando a partir das alterações no quadro político-econômico-social de cada período histórico (CUNHA JÚNIOR, 2013, p. 586-588).

Contudo, segundo ensinamentos do doutrinador Dirley Cunha Júnior, inclusive citando o posicionamento de Willis Santiago Guerra filho e André Ramos Tavares, a expressão *gerações* mostra-se equivocada, uma vez que a mesma pode ensejar uma errônea interpretação de que há uma substituição gradativa de uma geração por outra, o que não está correto. É sabido que o reconhecimento progressivo dos direitos fundamentais é marcado pela característica de complementariedade ou cumulabilidade, de modo que uma geração não irá se extinguir pelo advento da outra. Além disso, parte da doutrina entende que, com a alteração do quadro fático-jurídico e o reconhecimento de novos direitos, aqueles direitos reconhecidos em uma nova geração assumiriam uma outra dimensão quando comparados aos surgidos posteriormente, como é o caso, por exemplo, do direito à propriedade, essencialmente de primeira geração, que, com o reconhecimento da necessidade de respeito à função social da propriedade, ampliou sua dimensão, passando a só poder ser exercido em observância à função social (CUNHA JUNIOR, 2013, p. 588-589).

Diante de tais argumentos, o autor acima referido optou por utilização a expressão *dimensões*, ao invés de *gerações*, entendimento que é corroborado pelo presente trabalho.

Feita essa observação, segue-se para a análise de cada uma dessas dimensões.

4.2.1 Direitos fundamentais de primeira dimensão

Para uma melhor compreensão acerca dos direitos fundamentais de primeira dimensão, cumpre observar que esses direitos encontram sua base nas doutrinas iluminista e jusnaturalista dos Séculos XVII e XVIII, as quais pregavam que a função precípua do Estado consistia na realização da liberdade do indivíduo, assim como nas revoluções políticas do final do Século XVIII, principalmente a revolução francesa, que marcou o início da positivação das reivindicações da classe burguesa nas Constituições escritas do ocidente (SARLET, 2009, p. 46).

Esse momento histórico foi marcado pelo surgimento e fortalecimento do modelo de Estado liberal, o qual possuía como influências o individualismo filosófico e político do Século XVIII, a revolução francesa e o liberalismo econômico dos fisiocratas e de Adam Smith, que entendiam que o Estado não seria competente para exercer e atuar na ordem econômica. Diante desse contexto histórico, os direitos de primeira dimensão surgem com o objetivo de proteger as pessoas do poder excessivo e opressor exercido pelo Estado absolutista, criando um verdadeiro obstáculo à interferência estatal. Era o modelo de Estado do *laissez faire et laissez passer* (CUNHA JÚNIOR, 2013, p. 590-592).

Configuram-se, assim, como um grupo de direitos voltados exclusivamente à tutela das liberdades, tanto no âmbito civil, quanto no político, rejeitando qualquer interferência por parte do Estado, funcionando como verdadeiros direitos de defesa contra o Estado. Surge, assim, um direito de cunho negativo, dirigido a uma abstenção, e não uma conduta positiva por parte dos entes públicos (SARLET, 2009, p. 46-47).

Nas palavras do doutrinador da Cunha Júnior (2013 p. 590):

Os direitos de primeira dimensão correspondem às chamadas liberdades públicas dos franceses, compreendendo os direitos civis, entre os quais se destacam, sobretudo, pela acentuada e profunda inspiração jusnaturalista, os direitos à vida, à liberdade, à propriedade, à segurança e à igualdade de todos perante a lei, posteriormente complementados pelos direitos de expressão coletiva (tais como os direitos de reunião e associação) e os direitos políticos (como os direitos de voto, mas de modalidade ativa e passiva).

Atualmente, apesar do progressivo reconhecimento de outros direitos atinentes a outras dimensões, os direitos fundamentais de primeira dimensão continuam parte bastante importante de toda e qualquer Constituição digna, ocupando lugar de destaque no cenário político-constitucional, tanto no direito brasileiro, quanto no alienígena.

4.2.2 Direitos fundamentais de segunda dimensão

A segunda dimensão de direitos fundamentais surge a partir da alteração do contexto econômico-social presenciado em parte do Século XIX e, principalmente, no Século XX, onde temos uma alteração do ideal burguês de Estado absenteísta, com funções secundárias (preconizado pelo Liberalismo), uma vez que, com o crescimento dos problemas sociais, ocasionados, em muito, pela mudança paradigmática trazida pela Revolução Industrial e Primeira Guerra Mundial, acontecimentos que alteraram o quadro fático-jurídico das relações sociais, de modo que toda a ideologia conformadora do Estado liberal, entrou em crise (CUNHA JÚNIOR, 2013, p. 591-592).

Diversos aspectos propiciaram essa crise, podendo-se citar, a título de exemplo, o crescente desequilíbrio gerado pela livre concorrência, a opressão do mais forte sobre o mais fraco, devido à ausência de atuação estatal, a inexistência de garantias como a justa renda, o justo preço, justo lucro, justo salário, além, obviamente, da disparidade econômica, apoiada, por um lado, na concentração de capitais e do capitalismo de grupos e, do outro, no agravamento da situação degradante da outra parcela da população. Diante dessas mudanças, que ocasionaram graves problemas sociais e econômicos, o povo passou a clamar por uma intervenção socioeconômica por parte do Estado, que, gradativamente, passou a intervir na vida

econômica e social, acumulando uma quantidade maior de atribuições (CUNHA JÚNIOR, 2013, p. 591-594).

Neste contexto político-social, surge a figura de um novo modelo de Estado, que viria com o objetivo de preencher as lacunas deixadas pelo modelo liberal, principalmente em relação às liberdades e igualdade. Entretanto, essas garantias fugiram do controle do Estado, ante a falta de atuação deste, como demonstrado acima. Fala-se, aqui, no modelo do Estado de bem-estar social. Ainda nessas circunstâncias sócio-políticas, juntamente com o modelo do Estado de bem-estar social, haveria de se fortalecer os chamados direitos de segunda dimensão.

Em linhas gerais, os direitos de segunda dimensão têm o cunho positivo, diametralmente opostos aos liberais, na medida em que exigem uma intervenção estatal. Na verdade, não almejam liberdade perante o Estado, mas uma liberdade por intermédio deste. Revelam-se de extrema importância na busca da satisfação das necessidades coletivas essenciais da sociedade, como saúde e educação, por exemplo. Por outro lado, apesar de sua nomenclatura, tais direitos não podem ser confundidos com os direitos coletivos e/ou difusos de terceira dimensão, os quais serão vistos adiante (SARLET, 2009, p. 46-47).

Acerca do objeto dos direitos fundamentais de segunda dimensão, a lição do doutrinador Ingo Wolfgang Sarlet é bastante pertinente (SARLET, 2009, p. 48):

Ainda na esfera dos direitos de segunda dimensão, há que atentar para a circunstância de estes não englobam apenas direitos de cunho positivo mas também as assim denominadas “liberdades sociais”, do que dão conta os exemplos da liberdade de sindicalização, do direito de greve, bem como do reconhecimento de direitos fundamentais aos trabalhadores, tais como o direito a férias e ao repouso semanal remunerado, a garantia de um salário mínimo, a limitação da jornada de trabalho remunerado, a garantia de um salário mínimo, a limitação da jornada de trabalho a, apenas para citar alguns dos mais representativos, A segunda dimensão dos direitos fundamentais, abrange portanto, bem mais do que os direitos de cunho prestacional, de acordo com o que anda propugna parte da doutrina, inobstante o cunho “positivo” possa ser considerado como marco distintivo desta nova fase da evolução dos direitos fundamentais.

Desse modo, fica bastante clara a diferença entre a conotação dos direitos fundamentais no Estado Liberal e no Estado Social. No primeiro, eles apresentam-se como um clamor social por liberdade, por um distanciamento do Estado das relações privadas. Já no segundo caso, os direitos fundamentais configuram-se como um contraponto. Toda aquela liberdade exacerbada alcançada com o Estado Liberal, fez

com que surgisse a necessidade de uma intervenção Estatal, de modo a minimizar as disparidades sociais (GASPAR, p. 54, 2012).

4.2.3 Direitos fundamentais de terceira dimensão

Os direitos fundamentais de terceira dimensão ainda estão em fase embrionária no que tange à sua positivação no Direito Constitucional brasileiro, sendo raras as exceções (como, por exemplo, o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, previsto no artigo 225, da CF/88, e o direito ao desenvolvimento, previsto no art. 3º, inciso II, da CF/88), apesar do amplo reconhecimento internacional, especialmente em Tratados e outros documentos transnacionais (SARLET, 2009, 48-49).

Sua teorização e ideologia têm por base as necessidades fundamentais do indivíduo no mundo moderno, diante do impacto tecnológico e o estado contínuo e crônico de conflitos (SARLET, 2009, p. 49).

Nessa esteira, integram um grupo de direitos marcadamente coletivos/difusos, característica que os difere daqueles atinentes a outras dimensões, destinando-se à proteção do homem, enquanto ser coletivo, não possuindo como finalidade a liberdade ou igualdade, mas a preservação da existência de um grupo social, de modo a compreender o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, à segurança, à solidariedade universal, à paz, à autodeterminação dos povos, ao desenvolvimento, à qualidade de vida e à conservação e utilização do patrimônio histórico e cultural da sociedade, além do direito à comunicação (CUNHA JÚNIOR, 2013, p. 599).

Registre-se que esses direitos, principalmente diante do atual quadro sócio-político, estão ganhando cada vez mais importância e, apesar de não se encontrarem totalmente positivados, estão sendo cada vez mais levados em consideração pelos doutrinadores e intérpretes do Direito.

Ainda no que se refere às dimensões dos direitos fundamentais, é bastante pertinente o posicionamento de Manoel Gonçalves Ferreira Filho, citado por Alexandre de Moraes (2012, p. 30): “a primeira geração seria a dos direitos de

liberdade, a segunda, dos direitos de igualdade, a terceira, assim, completaria o lema da Revolução Francesa: liberdade, igualdade, fraternidade”.

Nesse sentido, é oportuno trazer à baila trecho do voto proferido pelo ministro Celso Mello, no MS nº 22.164, julgado pelo STF em 17 de novembro de 1995, bastante elucidativo acerca das mencionadas dimensões (MORAES, 2012 p. 29):

Enquanto os direitos de primeira geração (direitos civis e políticos) – que, compreendem as liberdades clássicas, negativas ou formais – realçam o princípio da liberdade e os direitos de segunda geração (direitos econômicos, sociais e culturais) – que se identificam com as liberdades positivas, reais ou concretas – acentuam o princípio da igualdade, os direitos de terceira geração, que materializam poderes de titularidade coletiva atribuídos genericamente a todas as formações sociais, consagram o princípio da solidariedade e constituem um momento importante no processo de desenvolvimento, expansão e reconhecimento dos direitos humanos, caracterizados enquanto valores fundamentais indisponíveis, pela nota de uma essencial inexauribilidade.

Por fim, parte-se para o enfrentamento do ponto central da presente pesquisa, de modo a realizar uma análise, ainda mais específica, acerca da relação empregatícia, abarcando o estudo dos direitos e deveres referentes aos sujeitos componentes dessa relação, a análise crítica sobre as limitações ao poder empregatício e o estudo de dois casos práticos.

4.3 DIREITOS E DEVERES DO EMPREGADO E EMPREGADOR NO BOJO DE UMA RELAÇÃO EMPREGATÍCIA

Conforme relatado anteriormente, a relação empregatícia é marcadamente subordinada, não eventual, onerosa e pessoal entre empregador e empregado. Além disso, os sujeitos dessa relação têm, reciprocamente, direitos e deveres a serem respeitados. Desse modo, o empregador não poderá, sob o pretexto de que determinado ato é importante para a gestão da empresa, desconhecer direitos básicos garantidos ao empregado no ordenamento jurídico, no regulamento interno das empresas, no contrato individual de trabalho e, principalmente, na Constituição da República (BARROS, 2012, p. 487-488). Por sua vez, o empregado também terá deveres perante o empregador, como, por exemplo, o de prestar o serviço pactuado

e o de agir com boa-fé, diligência, assiduidade e fidelidade com relação aos segredos da empresa (DELGADO, 2012, p. 613).

Considerando os direitos e deveres atribuídos aos sujeitos dessa relação, fica bastante claro que o empregado, ao aderir a um determinado contrato de trabalho, firma um pacto de subordinação jurídica, que traz consigo, dentre outros deveres, o de obediência em relação ao empregador. Dessa forma, deve haver um respeito à ideologia empregatícia, desde que se mostre lícita e não contrarie a saúde, a vida e a dignidade do empregador (BARROS, 2012, p. 483).

O presente capítulo busca delinear os papéis atinentes aos dois lados dessa moeda, abordando os princípios que legitimam tanto os direitos e os deveres do empregador quanto do empregado e seu alcance e limites, principalmente diante das situações cotidianas que são comumente discutidas no âmbito trabalhista.

4.4 O CONTROLE EXTRALABORAL DO EMPREGADOR SOBRE O EMPREGADO

Serão enfatizadas, agora, as limitações ao poder diretivo. Quais seriam os limites a esse poder?

A Constituição da República assegura uma série de direitos fundamentais ao trabalhador, sobretudo no que tange à sua liberdade de pensamento (artigo 5º, IV, CF), de crença religiosa (artigo 5º, VI, CF), de convicção filosófica ou política (artigo 5º, VIII) e de associação sindical (art. 5º, XVII, CF). Esses direitos, ao lado daqueles comumente atribuídos à pessoa humana (direito à intimidade, à vida privada e à imagem - art. 5º, X, CF - e direitos à livre manifestação de pensamento - art. 5º, IV -, além do direito fundamental à liberdade de expressão - art. 5º, IX, CF), consubstanciam-se em um verdadeiro arcabouço protetivo à figura do empregado, incluem-se na categoria dos direitos fundamentais e são considerados invioláveis e indisponíveis, de modo que podem ser invocados diante dos mandos e desmandos do empregador, mormente quando o poder diretivo é exercido fora do âmbito empresarial (BARROS, 2012, p. 483-484).

Não bastasse a previsão do artigo 5º, a Constituição da República, em seu artigo 170, ao tratar da ordem econômica constitucional, determina que esta deva ser

exercida tendo como princípios basilares a livre iniciativa e a valorização social do trabalho. Mais claro não poderia ser o legislador ao ratificar a necessidade da existência de uma harmonização entre o objetivo do sistema capitalista, que pode ser retratado na figura do empregador, o qual busca incessantemente a obtenção de lucro, e a valorização daqueles que prestam a atividade e que contribuem diretamente para a obtenção desse ideal, fala-se, então, do empregado.

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

I - soberania nacional;

II - propriedade privada;

III - função social da propriedade;

IV - livre concorrência;

V - defesa do consumidor;

VI - defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação;(Redação dada pela Emenda Constitucional nº 42, de 19.12.2003)

VII - redução das desigualdades regionais e sociais;

VIII - busca do pleno emprego;

IX - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 6, de 1995)

Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei.

Diante desse rol protecionista trazido pela Constituição, passa-se ao exame de determinados direitos fundamentais. Assim, ao tratarmos da proteção do empregado com relação ao poder empregatício, iremos confrontar princípios constitucionalmente importantes, como, de um lado, a **livre iniciativa** e **propriedade privada** e, do outro lado, os **direitos à privacidade, honra e intimidade do empregado**, que fundamentam a atuação dos empregadores e empregados, respectivamente (PESSOA;CARDOSO, 2009, p. 72).

4.4.1 Livre iniciativa e propriedade privada

O **princípio da livre iniciativa** é um dos princípios elementares do capitalismo e da ordem econômica, sendo importante ao ponto de a Carta Magna abordá-lo diretamente em dois momentos: em seu artigo 1º, IV, ao elevá-lo ao patamar de princípio fundamental e fundamento da República Federativa do Brasil; e em seu artigo 170, caput, onde o aborda como fundamento da ordem econômica. (PESSOA; CARDOSO, 2009, p. 75-76)

A livre iniciativa constitui o direito fundamental que todos os cidadãos possuem no sentido de escolher suas profissões e atividades econômicas de maneira livre, de eleger autonomamente processos e os meios necessários e adequados à consecução dos seus objetivos (PESSOA; CARDOSO, 2009, p. 75-76). Assim, em linhas gerais, a livre iniciativa confere à iniciativa privada o papel primordial relativamente à produção ou circulação de bens e serviços e funciona como fonte estruturante da ordem econômica, cabendo ao Estado atuar apenas no mercado da iniciativa privada exclusivamente nos casos previstos na Constituição, quais sejam: **a)** quando a atuação for necessária aos imperativos da segurança nacional; ou **b)** quando houver relevante interesse coletivo, conforme preceitua o artigo 173 da Carta Magna.

Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.

Interessa abordar, agora, o tema relativo ao direito à propriedade privada que, conforme visto, constitui um dos princípios estruturantes da ordem econômica (artigo 170, II, CF) e do capitalismo.

A relação entre o sistema capitalista, a propriedade e o empregador é bastante próxima. Essencialmente, pode-se afirmar que o modelo capitalista moderno está ligado à propriedade, fator que justifica a existência e a estruturação de uma empresa, que, assim, passa a ser considerada o principal fundamento do poder diretivo do empresário, ao lado da alteridade (assunção dos riscos do negócio), como se observou no estudo do capítulo referente ao poder diretivo. Desse modo, enquanto os trabalhadores dispõem da sua força de trabalho, os empregadores detêm a propriedade dos meios de produção, o que lhes dá o direito de reger esse

bem (SIMÓN, 2000, p. 111-112). Nessa ótica, situa-se o direito à propriedade, constitucionalmente assegurado no artigo 5º, XXII, da Constituição Federal. .

Em sua estrutura primária, o direito à propriedade surge com característica tipicamente individual, ou seja, um direito de primeira geração. Conseqüentemente, esse direito, ao lado dos direitos à vida, à liberdade, à igualdade e à segurança, constitui um dos símbolos do Estado Liberal, o qual prega, essencialmente, a não intervenção estatal na esfera privada dos cidadãos, de modo a estimular a livre iniciativa e a resguardar a individualidade dos cidadãos. (SIMÓN, 2000, p. 112-113).

Acerca da conceituação do direito à propriedade, é elucidativa a explanação do doutrinador Orlando Gomes (GOMES, 2009, p. 109), transcrita a seguir:

Sua conceituação pode ser feita à luz de três critérios: o sintético, o analítico e o descritivo. Sinteticamente, é de se defini-lo, com Windscheid, como a submissão e uma coisa, em todas as duas relações, a uma pessoa. Analiticamente, o direito de usar, fruir e dispor de um bem, e de reavê-lo de quem injustamente o possui. Descritivamente, o direito complexo, absoluto, perpétuo e exclusivo, pelo qual uma coisa fica submetida À vontade de uma pessoa, com as limitações da lei.

Se é certo que nenhum desses critérios satisfaz isoladamente, o conhecimento dos três permite ter o direito de propriedade noção suficientemente clara. É a análise de seus caracteres que torna entretanto mais nítidos seus traços.

A propriedade é um direito complexo, se bem que unitário, consistindo num feixe de direitos consubstanciados nas faculdades de usar, gozar, dispor e reivindicar a coisa que lhe serve de objeto.

Ainda que integre o rol das liberdades públicas, o direito à propriedade, assim como qualquer direito, sofre limitações, por não ser absoluto. Dentre essas, a principal limitação está prevista no artigo 5º, XXIII, CF, qual seja: a função social da propriedade (SIMÓN, 2000, p. 113).

Antes de adentrar na questão relativa à função social da propriedade, cumpre observar que a Constituição da República, ao buscar resguardar o objetivo disposto no seu preâmbulo, dispõe de modo a conceder um determinado direito ou garantia fundamental e apresentar suas limitações logo em seguida, como o faz em seus artigos 5º, XXII e XXIII, e 170, caput e incisos II e III, de modo a evidenciar, a todo momento, que deve haver um equilíbrio entre os direitos/garantias individuais e interesse coletivo, ou seja, entre os direitos de primeira dimensão e os direitos de segunda dimensão, não se podendo falar unicamente em um direito à livre iniciativa

sem mencionar a valorização social do trabalho, ou em direito à propriedade sem que esta atenda a sua função social.

Nessa linha de pensamento, a função social da propriedade surge como um limitador ao exercício do direito à propriedade privada. Em outras palavras, conforme preleciona o artigo 5º, XXIII, o direito à propriedade será garantido sob a condição de que o proprietário dê a este bem um fim social, assegurando uma existência digna a todos, conforme os ditames da justiça social. Vale dizer, a propriedade privada não pode ser analisada sob uma ótica meramente individual, sob pena de afronta à ideologia constitucional e aos objetivos da Constituição da República, previstos no seu artigo 3º. (PESSOA; CARDOSO, 2009, p. 76-77).

Sobre essa temática, Sandra Lia Simón assim se posiciona (2000, p. 118):

Ao servir como fundamento do poder de direção do empregador, a sua propriedade, genericamente garantida no art. 5º, inciso XXII, da Constituição Federal, deve almodar-se aos princípios da atividade econômica traçados na Carta Política de 1988, no seu art. 170.

Nesse sentido, é possível, ainda, traçar um paralelo entre tal fundamento e a natureza jurídica do poder diretivo, identificando-o como direito-função, pois a empresa não pode visar única e tão somente o interesse exclusivo do capitalista, mas sim alcançar interesses diversos, com os dos trabalhadores, da coletividade ou do Estado.

Ainda sobre essa questão, é oportuno trazer à baila o posicionamento do doutrinador Manoel Jorge e Silva Neto:

Ninguém duvida que o poder diretivo do empregador é o apanágio mais genuíno do exercício do direito de propriedade da empresa, cumprindo-lhe tudo fazer para viabilizar a sobrevivência da unidade e a concretização dos seus objetivos, propósitos que, de mais a mais, se encontram constitucionalmente positivados como princípios gerais da atividade econômica (art. 170, II e IV); agora, o que nem mesmo o mais extremado defensor do poder diretivo empresarial poderá sustentar é a impossibilidade de adscrição de limites a tal poder, designadamente quando conspurcada garantia individual, como é o caso do direito à intimidade. (SILVA NETO, 2001, p. 117).

Feitas essas considerações, adentra-se na análise dos princípios estruturantes do arcabouço protetivo concedido ao trabalhador hipossuficiente. Obviamente, não se busca esgotar todos os princípios atinentes à figura do empregado, mas abordar aqueles que estão comumente sendo desrespeitados quando do exercício do poder empregatício fora do ambiente da empresa e que, por conta do objeto de estudo

desta pesquisa, merecem ser abordados individualmente. São eles: os **direitos à intimidade e à vida privada**.

4.4.2 Direitos à intimidade e à privacidade.

A Constituição da República dispõe taxativamente, em seu artigo 5º, X, serem invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, erigindo esses valores à condição de direito individual dos cidadãos.

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

Apesar de parte da doutrina, baseada no direito norte americano, abordar tais direitos de modo genérico, sob a nomenclatura de *right of privacy* (direito à privacidade), o doutrinador Manoel Jorge e Silva Neto diverge desse entendimento e demonstra que o objetivo do legislador constituinte foi atribuir caráter autônomo aos direitos à honra, à intimidade e à vida privada, devendo ser analisados de modo particularizado, uma vez que a Constituição, assim como o ordenamento jurídico em geral, não se utiliza de palavras inúteis (SILVA NETO, 2013, p. 733).

Contudo, apesar de o entendimento dessa diferenciação ser bastante importante para se definir, no caso concreto, o direito que está sendo violado, a doutrina e a jurisprudência optam pela utilização da expressão “direito à privacidade”. Com o devido respeito a esse entendimento, acolhe-se, todavia, a ideia de atribuir tratamento diferenciado aos direitos fundamentais, corroborando o posicionamento do doutrinador supracitado.

Cumprido salientar, ainda, que, apesar de os direitos previstos no artigo 5º, inciso X, serem classificados como direitos fundamentais e, por conta disso, constituírem direitos originários, essenciais, inalienáveis, imprescritíveis, indivisíveis e irrenunciáveis, essas características não poderão ser aplicadas à relação trabalhista de modo absoluto. Desse modo, numa relação empregatícia, dever-se-á trabalhar tais direitos de forma ponderada, sempre levando-se em consideração os direitos pertinentes ao empregador e que fundamentam o seu poder diretivo (livre

concorrência e propriedade privada), de modo a equalizar ambos os interesses (PESSOA; CARDOSO, 2009, p. 77-79).

Tais limitações serão analisadas caso a caso no decorrer deste capítulo, não com o objetivo de esgotar as situações, mas de compreender a aplicabilidade desses direitos no cotidiano trabalhista.

Concluída essa exposição, segue o estudo do **direito à intimidade** com o objetivo de facilitar o entendimento e deixar bem claro o seu alcance, em conjunto com o conceito de **vida privada**. Essa análise mostra-se pertinente pelo fato de a doutrina não ter chegado a um consenso acerca da segregação desses dois direitos.

Em sua obra, o doutrinador Carlos Alberto Bittar posiciona-se no sentido de tratar o “direito à intimidade” e o “direito à vida privada” como direitos similares, de modo que, ao trabalhar com o conceito de intimidade, entende o autor que este resguardaria a privacidade em seus múltiplos aspectos, ou seja, direito à privacidade estaria englobado no direito à intimidade. Nesse diapasão, a intimidade abarcaria a vida privada, o lar, a família, a correspondência, as confidências e os informes de ordem pessoal (dados pessoais), dentre outros (BITTAR, 2003, p. 110-111).

Com vistas a elucidar seu entendimento e demonstrar a similitude entre intimidade e vida privada, o doutrinador teoriza sobre a existência de outro direito, qual seja: o direito ao segredo (ou sigilo). Para o ilustre autor, boa parte da doutrina comumente generaliza o direito ao segredo para correspondê-lo ao direito de intimidade ou o reduz tal a limites definitivos. Mas, na verdade, o direito ao segredo possui especificações próprias e específicas que o individualizam e impedem a sua identificação com o direito à intimidade. Nesse contexto, seria o direito ao segredo aquele referente aos fatos específicos, personalíssimos, os quais não se têm interesse de divulgar, seja por razões personalíssimas ou em razão da atividade profissional ou comercial (BITTAR, 2003, p. 123-124).

Para melhor entendimento do conteúdo e alcance do direito ao sigilo, mostra-se necessária a transcrição de parte da obra do referido autor.

Outro direito de cunho psíquico, individualizado ante especificidades próprias, é o direito ao segredo (ou sigilo), que abarca a proteção a elementos guardados no recôndito da consciência, na defesa de interesses pessoais, documentais, profissionais ou comerciais (...) Mas dificuldades existem quanto à sua exata qualificação, havendo, na doutrina, posicionamentos diversos, ora generalizando a noção de segredo, para

corresponde-la à de intimidade (ou à de resguardo), ou reduzindo-a a limites definidos, na mesma textura, ou sob conteúdo diferenciado: como, por exemplo, na compreensão do sigilo de correspondência, ou na tutela de habitação, que nos parecem melhor situadas no plano global da intimidade. Em nosso entender, há elementos identificadores de cada qual, que permitem a particularização do direito ao segredo, compreendendo-se: o sigilo pessoal; o sigilo documental; o sigilo profissional e o sigilo comercial. Assim, separando-se as duas figuras, têm-se que, enquanto o direito à intimidade envolve aspectos mais amplos da esfera privada propriamente dita (retroapontados, abrangendo a pessoa em sua introspecção e na extensão do lar, da comunicação direta e da correspondência), o sigilo refere-se a fatos específicos, conservados no âmago da consciência, por não convir ao interessado a sua divulgação, seja em virtude de razões personalíssimas (confidências), seja em razão da atividade profissional ou comercial (BITTAR, 2003, p.123-124).

Alice Monteiro de Barros, em sua obra, traz a tona o posicionamento do doutrinador San Miguel Rodrigues e Arango, que entende o direito à intimidade como aquele direito de não ter conhecimento em certos pontos por terceiros, consubstanciando-se no direito ao segredo, ou seja, o resguardo de certos aspectos da vida, como o que somos ou fazemos, cujo teor não deve ser do conhecimento de outros. (BARROS, 1997, p. 29).

Por sua vez, André Ramos Tavares opta, por motivos didáticos, pela utilização da expressão “direito à privacidade” (*right of privacy*) em sentido amplo, de modo a comportar toda e qualquer forma de manifestação da intimidade, privacidade e personalidade da pessoa humana. Apenas ao titular compete à opção de divulgar seus dados, informações, manifestações, decidindo quando, como e quem pode ter acesso às mesmas (TAVARES, 2013, p. 528).

Contudo, apesar de deixar bem clara tal opção, o doutrinador entende a lógica que fundamenta o posicionamento contrário da doutrina, no sentido de que a Constituição não adotou a ideal genérico do “*right of privacy*” norte-americano, porquanto arrolou tais direitos de modo autônomo (TAVARES, 2013, p. 528).

Abordados tais posicionamentos, dar-se-á seguimento à análise do posicionamento do doutrinador Manoel Jorge e Silva Neto, ao qual esse trabalho se filia. De acordo com o referido autor, o **direito à intimidade** e o **direito à vida privada** são garantias distintas, possuindo alcances diferentes, de modo que a sua identificação não se mostra possível. Além disso, entende-se, aqui, que o direito ao segredo configura apenas uma nova nomenclatura para o “direito à intimidade”, uma vez que possui os mesmos conteúdo e alcance.

Manoel Jorge e Silva Neto entende que os vocábulos “vida privada” e “intimidade” não se identificam, considerando que a Carta Magna os trata de modo autônomo, não sendo possível a utilização do gênero “direito à privacidade”. Desse modo, o direito à intimidade está diretamente ligado à esfera secreta, oculta, do indivíduo, à qual nem os próprios familiares têm acesso (não haveria, então, comunicação daquelas informações com familiares ou terceiros), enquanto a “vida privada” estaria situada no contexto das relações familiares, ou seja, corresponderia ao direito à privacidade (conteúdo protegido da intervenção e conhecimento de terceiros, restando resguardada no seio familiar). Nessa linha de raciocínio, a vida privada seria gênero, do qual a intimidade figuraria como espécie (SILVA NETO, 2001, p. 110-113).

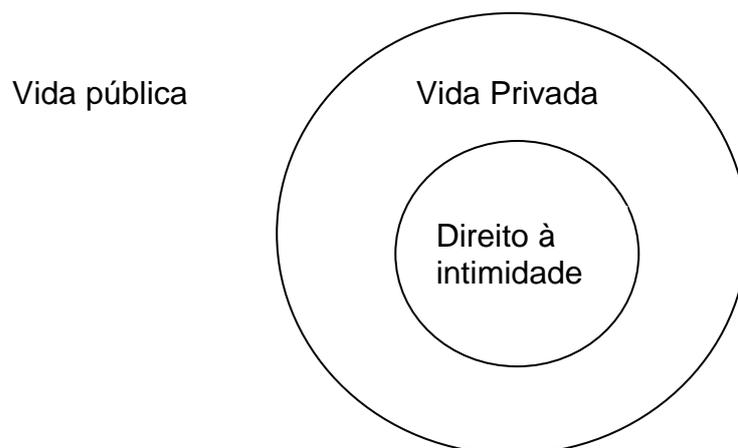
Nas palavras do doutrinador:

O direito à intimidade expressa a esfera recôndita do indivíduo, assegurada a tutela judicial em face da possibilidade de divulgação(...)Não há como identificar, portanto, intimidade e vida privada, quando é certo que a primeira corresponde ao conjunto de informações, hábitos, vícios, segredos, até mesmo desconhecimentos do tecido familiar, ao passo que a última está assentada na proteção do que acontece no seio das relações familiares; proteção destinada a que se preserve no anonimato o quanto ali ocorre, exceto na hipótese de ofensa a interesse público (SILVA NETO, 2001, p. 113).

Sobre o tema, Tércio Sampaio Ferraz Jr, citado por Sandra Lia Simón, manifesta entendimento bastante interessante ao diferenciar esses dois conceitos, como se demonstra a seguir:

A intimidade é o âmbito do exclusivo que alguém reserva para si, sem nenhuma repercussão social, nem mesmo ao alcance de sua vida privada que, por mais isolada, que seja, é sempre um viver entre os outros, enquanto a vida privada abrange situações em que a comunicação é inevitável (em termos de relação com alguém que, entre si, trocam mensagens) das quais, em princípio, são excluídos terceiros (SIMÓN, 2000, p. 78).

Manoel Jorge e Silva Neto arremata o assunto, de maneira extremamente didática, ao trazer um gráfico elucidativo destacando tal distinção, reproduzido abaixo (SILVA NETO, 2001, p.114):



4.4.3 O alcance do direito à intimidade

Sandra Lia Simón, citando José Luiz Concepción Rodríguez, ensina que, em um primeiro momento, o direito à intimidade estaria diretamente conectado ao direito de propriedade, funcionando como uma reivindicação da classe burguesa pela livre disposição da vida privada. Nesse contexto, essa reivindicação não tinha o objetivo de alcançar a todos os indivíduos, restringindo-se a consagrar os privilégios daquela classe dominante (SÍMON, 2000, p. 71).

Com o decurso do tempo, essa ideologia foi se transformando, e o direito à intimidade, aos poucos, desligou-se dessa concepção exclusivamente privatística, característica do liberalismo, deixando de funcionar como um bem móvel ou imóvel que pertencia a um determinado sujeito e passando a ser concebido como um atributo da personalidade do indivíduo, um direito/bem da personalidade, alicerçado na liberdade individual. Dessa forma, embora a sua inobservância possa acarretar em indenização para a parte que o lesou, esta garantia não está relacionada com a condição social ou patrimonial dos indivíduos (BARROS, 1997, p. 21).

Feita esta breve menção à origem desse direito, parte-se agora para a análise do seu conteúdo.

De forma sucinta, o direito à intimidade é o direito mais íntimo do indivíduo, de modo que engloba os aspectos mais intimistas da vida deste, os quais ele buscará manter longe do conhecimento de terceiros, inclusive de seus familiares.

Trata-se de um direito constitucionalmente garantido e que deve ser respeitado nas relações cotidianas, uma vez que se trata de uma garantia fundamental. Todavia, essa garantia fundamental, em virtude da superioridade econômica do empregador e da subordinação jurídica do empregado, é objeto de constante desrespeito (SILVA E NETO, 2001, p. 115).

Diante dessa realidade prática comumente observada, é necessário tecer alguns comentários sobre as limitações que podem ser impostas ao direito à intimidade. Surge, então, a seguinte pergunta: até que ponto o empregador pode fazer uso do seu poder diretivo sem lesar a garantia fundamental atribuída ao empregado?

Conforme analisado no tópico referente aos direitos fundamentais, a intimidade, enquanto direito fundamental do indivíduo, possui uma série de características, como irrenunciabilidade, universalidade e inalienabilidade, sendo considerados por alguns doutrinadores como direitos absolutos (SIMÓN, 2000, p. 80).

Em sua obra, Sandra Lia Simón defende que a caracterização de tais direitos como absolutos não significa dizer que os mesmos são ilimitados, mas apenas que são aplicáveis a todos. Citando Carlos Ruiz Miguel, a autora defende a possibilidade de limitação a tais direitos, *in verbis*:

Ainda que alguns doutrinadores considerem os direitos da personalidade absolutos, isso não significa que estes sejam ilimitados. Aliás, não existe direito ilimitado. Absolutos, nesse caso, quer dizer que são oponíveis a todos (*erga omnes*), numa relação que continuamente se estabelece entre o indivíduo e a generalidade, de maneira que, para essa generalidade (entendida como “coletividade”), haverá um dever geral de abstenção: não ferir os direitos da personalidade dos indivíduos.

Carlos Ruiz Miguel, seguindo a lição de José Antônio Piqueras, afirma que, em se tratando de liberdades públicas, existem dois tipos de limitações: as de ordem externa e as de ordem interna. (SIMÓN, 2000, p. 80).

Dentro dessa linha de pensamento, Sandra Lia Simón traz alguns fatores limitadores de ordem interna, dentre os quais: **a)** o princípio da supremacia do interesse público; e **b)** a anuência do titular.

O primeiro limitador diz respeito a situações em que a **predominância** do interesse público permita a lesão à intimidade. Não se está falando em afastar a aplicação desse direito, mas sim em seu exercício de modo harmônico com os interesses e necessidades da sociedade. Seriam casos, por exemplo, que envolvessem interesse

efetivo da sociedade, como aqueles relacionados à segurança pública e ao interesse histórico (SIMÓN, 2000, p. 80-82).

Compete salientar que esse entendimento é compartilhado por outros doutrinadores, a exemplo de Santos Cifuentes e de Paulo José da Costa Jr.

Além do princípio da supremacia do interesse público sobre o privado, outro fator limitador à intimidade, segundo parte da doutrina, da qual fazem parte Sandra Lia Simón e Vânia Siciliano Aieta, seria a **anuência do titular**.

Desse modo, em consentindo o titular, expressamente ou não, com a invasão de intimidade, haveria a possibilidade de limitar este direito no caso concreto. Ressalta a doutrinadora que o vernáculo “consentir” não significaria “transmitir a outrem” e nem “dispor” ou “renunciar”, em razão de permissão possuir caráter temporal, ou seja, o consentimento é dado naquele momento, para aquela determinada situação. (SIMÓN, 2000, p. 83).

Sobre essa temática, de modo a reforçar seu entendimento, Simón traz o posicionamento do doutrinador Paulo José da Costa Jr:

Se alguém tem o direito de permanecer recolhido em sua espera privada, íntima ou secreta, pode tanto sair de seu isolamento quanto permitir que terceiros tenham acesso à sua soledade. Dita permissão, portanto, não apenas exclui a indiscrição, mas também a integra, como elemento essencial. Logo, o consentimento não somente remove a ilegalidade do ato, senão principalmente faz parte do delito de indiscrição como um fator negativo (SIMÓN, 2000, p. 83).

Por sua vez, apesar de respeitar o posicionamento doutrinário, entende-se que ele se mostra extremamente contraditório com a ideologia que circunda e fundamenta os direitos fundamentais e o próprio Direito do Trabalho.

Como visto, os direitos fundamentais são irrenunciáveis, de modo que dele o indivíduo não pode dispor, abrir mão desse direito. Isto significa que ele não tem o direito de não ter esse direito. Nas mais diversas situações jurídicas e no âmbito do Direito do Trabalho, em específico, o trabalhador está em desigualdade para com o empregador. Desse modo, permitir que um direito seja renunciado ou haja a sua disposição seria dar carta branca ao empregador para impor o que bem entendesse ao empregado, que, no intuito de salvaguardar o seu emprego, tenderia sempre a fazer concessões. Conclui-se, destarte, que entendimento em sentido contrário viola

a característica da irrenunciabilidade dos direitos fundamentais, assim como a característica **cogente** das normas e prerrogativas trabalhistas.

Apoiando-se nesse entendimento, o presente trabalho acolhe a limitação por conta da supremacia do interesse público sobre o privado, em situações casuístas e excepcionais, mas não faz o mesmo com a limitação baseada na vontade do sujeito do Direito.

A presente discussão mostra-se bastante pertinente tanto no campo teórico quanto no prático, considerando que é bastante comum se observar o exercício abusivo do poder empregatício sobre o empregado, principalmente no que tange ao segmento do poder fiscalizatório no âmbito extralaboral.

São diversas as situações que ilustram esse exercício de modo abusivo. A título de exemplo, citam-se os casos em que o empregador controla o que é dito pelo empregado em redes sociais, como o *facebook* (até que ponto seria possível o controle, pelo empregador, daquilo que o empregado externaliza?), ou quando o patrão controla a alimentação do trabalhador, como é o conhecido e estarrecedor caso das modelos (é legítima e legal a exigência do padrão de magreza, que muitas vezes leva a transtornos psicológicos para o exercício dessa profissão?) ou, ainda, no caso dos atletas profissionais de futebol, situação que se mostra bastante comum no cenário midiático brasileiro e mundial (poderia o clube de futebol controlar as saídas noturnas dos jogadores? Permitir ou proibir o uso de álcool ou tabaco?).

Tais situações nos levam a perquirir qual seria o limite para essa atuação empregatícia. Afinal, como já anotado anteriormente, ao empregador é garantido o poder empregatício, decorrente do contrato de trabalho, por meio do qual o empregado se sujeita às regras daquele, em razão da subordinação jurídica. Agora, a partir do momento em que é garantida uma série de prerrogativas e de direitos fundamentais ao trabalhador, como o direito à intimidade, como solucionar essa celeuma? Qual seria a solução para os casos narrados?

É sabido que o conteúdo dos direitos que compõe o rol de liberdades públicas é bastante abrangente, de modo que, por vezes, na efetivação de um deles, pode acontecer confronto de um direito com o outro, os quais, no ordenamento jurídico, ocupam o mesmo patamar hierárquico. Quando isso acontece, estamos diante da chamada colisão de direitos (SIMÓN, 2000, p. 122).

Para J. J. Gomes Canotilho, citado por Sandra Liá Simón, esse fenômeno surge quando o exercício de um direito fundamental é obstaculizado pelo exercício de outro direito fundamental, dando ensejo aos conflitos. Entende, ainda, que o confronto pode ocorrer de duas formas: **a)** quando há o choque entre o exercício de direitos; ou **b)** diante do choque entre o exercício de um direito e um bem jurídico (coletivo ou do Estado), cuja proteção dá-se através da Constituição. (SIMÓN, 2000, p. 122).

Diante de um conflito de direitos, surge a necessidade de se encontrar uma solução harmônica, que pode decorrer: **a)** da própria Constituição, quando, por exemplo, ela prevê a desapropriação como uma forma de punição para a hipótese de o proprietário não observar a função social da propriedade (art. 5º, inciso XXIV); **b)** da lei ordinária, quando o constituinte remete a esse tipo de lei a solução daquele conflito, por vezes autorizando a restrição de determinado direito, como no caso da liberdade de profissão, que deverá observar o disposto em lei ordinária, no que diz respeito à qualificação profissional necessária (art. 5º, inciso XIII); e **c)** da utilização do juízo de ponderação ou da valoração de prevalência, o que ocorrerá quando estivermos diante de colisões surgidas a partir do exercício do direito fundamental, mas que não encontram guarida em formas pré-determinadas de solução (SIMÓN, 2000, p. 122-125).

O presente posicionamento é corroborado pela lição do ilustre doutrinador Robert Alexy, que, em sua obra, traduzida por Virgílio Afonso da Silva, assim entende (2008, p. 117-118):

Princípio são mandamentos de otimização em face das possibilidades jurídicas e fáticas. A máxima da proporcionalidade em sentido estrito, ou seja, exigência de sopesamento, decorre da relativização em face das possibilidades jurídicas. Quando uma norma de direito fundamental com caráter de princípio colide com um princípio antagônico, a possibilidade jurídica para a realização dessa norma depende do princípio antagônico. Para se chegar a uma decisão é necessário um sopesamento nos termos da lei de colisão. Visto que a aplicação de princípios válidos- caso sejam aplicáveis - é obrigatória, e visto que para essa aplicação, nos casos de colisão, é necessário um sopesamento, o caráter principiológico das norma de direito fundamental implica a necessidade de um sopesamento quando elas colidem com princípios antagônicos. Isso significa, por sua vez, que a máxima da proporcionalidade em sentido estrito é deduzível do caráter principiológico das normas de direitos fundamentais.

Desse modo, o juízo de ponderação afigura-se como a solução mais harmônica e razoável para os diversos conflitos vivenciados no dia a dia das relações de

trabalho, em especial nos três casos supracitados. A partir do momento em que se têm dois direitos conflitantes, deve-se buscar alcançar um denominador comum, de modo que o aplicador do Direito não deverá buscar apenas favorecer o empregado hipossuficiente (crítica recorrente quando se trata de Direito do Trabalho), mas equalizar aquelas pretensões. Posto isso, voltemos aos casos.

Nos casos da rede social *facebook*, das modelos e dos profissionais de futebol, como seria aplicado esse juízo? Qual seria o critério? Estes casos configurar-se-iam como excepcionais? Até que ponto poderia o empregador interferir na vida extralaboral desses sujeitos? A ponderação, aqui, deve ser exercida casuisticamente.

Em se tratando de declarações no *facebook*, entende-se que, por se tratar de uma rede social, aquelas informações ali veiculadas, como o próprio nome já diz, pertencem à sociedade, à coletividade. Desse modo, a partir do momento em que o empregado utiliza essa ferramenta para denegrir a imagem da empresa ou veicular informações pertinentes à empresa que não deveriam ser compartilhadas com o público, o exercício do poder fiscalizatório e punitivo do empregador mostra-se bastante razoável. Afinal, a própria rede social permite que as pessoas que desejam utilizar-se dos seus serviços escolham, por exemplo, o que irão compartilhar ou quem terá acesso àquele conteúdo, sendo uma opção do empregado tornar aquilo público.

Em sua obra, Edilton Meireles defende que, em regra, não se pode falar em controle da vida privada do empregado pelo empregador, ainda mais no que concerne àquele realizado fora do local de trabalho. Todavia, entende o autor que, em situações especiais, nas quais se enquadram o caso das modelos de empresa de desfile e dos atletas de futebol, seria possível e razoável a exigência de determinadas condutas, tais como: não realizar atividades sexuais por um determinado período, não ingerir determinados alimentos ou álcool, não sair à noite, manter um regime restrito no período de férias etc. Para o autor, essas exigências estariam pautadas no princípio da boa-fé, de modo que o empregado deve manter seu estado de saúde e sua capacidade produtiva para melhor exercer as atividades pactuadas (MEIRELES, 2004, p. 171-173).

Especialmente no que diz respeito ao atleta profissional, o autor questiona se não seria razoável que uma entidade desportiva, que investe milhões na contratação e manutenção de um jogador, exija deste um comportamento profissional, mesmo no âmbito extralaboral, compatível com a manutenção de sua saúde e não lesivo à sua atuação como profissional. Para exemplificar, o autor cita o caso do litígio envolvendo o jogador Romário e o clube Valência da Espanha, por conta da participação do jogador em partidas de futevôlei na praia, prática que poderia ocasionar alguma lesão ao atleta (MEIRELES, 2004, p. 172).

No campo futebolístico, essa situação mostra-se ainda mais controvertida, principalmente porque envolve a paixão de torcedores e dirigentes, fato que termina por corromper uma análise razoável e racional do caso.

Apesar de respeitar o referido autor, concorda-se apenas em parte com o seu posicionamento. De fato, existem atividades que tornam possível a realização do controle extralaboral, dentro dos limites expostos acima. Contudo, isto não significa que as **atividades de modelo** e **atleta profissional**, especificamente, sejam atividades excepcionais, onde os exercentes teriam a sua liberdade de expressão e a sua intimidade constantemente tolhidas. A análise para o cabimento ou não dessa intervenção empregatícia deve perpassar pelos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, assim como nos demais casos.

Ademais, exigir que determinados profissionais atendam a restrições em sua vida privada, como toque de recolher ou não consumir determinados alimentos ou álcool, é querer que estes vivam para o trabalho, que não tenham direito ao resguardo da sua intimidade e vida privada, o que violaria os preceitos constitucionais e o ordenamento jurídico brasileiro como um todo.

Essas limitações não são legítimas ou razoáveis, até porque tais empregados não podem ter seus direitos à intimidade e à vida privada violados, de modo que a eles deve ser permitido realizar os atos normais de qualquer cidadão, cabendo ao empregador, eventualmente, caso a conduta do empregado venha comprometer diretamente o desempenho das atividades para quais fora contratado, aplicar-lhe a legislação punitiva.

Nesse ponto, Edilson Meireles sustenta não ser a aplicação da legislação punitiva compatível com os anseios da entidade desportiva, de modo que o real objetivo da empresa é a prestação do labor pelo atleta, como se observa no trecho abaixo:

Poder-se-ia alegar, todavia, que, para não se violar a vida privada do trabalhador, haveria de se resolver essa situação por aplicação da legislação punitiva. Assim, o empregado não poderia ser controlado nem poderia se restringir seu comportamento extralaboral. Contudo, caso o trabalhador não se mostre capaz ou com saúde para o desenvolvimento das atividades contratadas, ficaria sujeito a punições.

Tal solução, no entanto, não atenta para as situações especiais. Em regra assim podemos pensar em termos de trabalhadores comuns. Contudo, naquelas situações em que a saúde e a capacidade do trabalhador é essencial para o melhor desenvolvimento das atividades empresariais, a restrição se mostra justificável, especialmente quando a empresa pode sofrer enormes ou irreparáveis prejuízos (a perda da partida, do campeonato, etc.).

Ora, para a entidade desportiva (e para a torcida) não interessa punir o jogador. O que importa, sim, é que o jogador esteja plenamente apto para laborar, defendendo a entidade esportiva em cada partida. Daí, porque, em situações tais, admite-se a regra de exceção (MEIRELES, 2004, p. 172)

Nesse aspecto, discorda-se novamente do autor. Esse entendimento é completamente parcial e unilateral, uma vez que apenas analisa os anseios do empregador, sendo extremamente condescendente com a limitação dos direitos do empregado enquanto cidadão e trabalhador. Desse modo, caberia ao empregado respeitar seus limites e evitar extrapolar em sua vida social, de modo a não comprometer a sua vida profissional, sob pena de aplicação da legislação punitiva. Por exemplo, o jogador de futebol, como no caso de Romário, pode praticar o *futevôlei*, ou até consumir álcool, mas o atleta deverá estar preparado para as possíveis consequências dos seus atos, caso a sua conduta traga prejuízos diretos ao empregador.

4.5 O CONTROLE EXTRALABORAL À LUZ DE CASOS CONCRETOS.

O primeiro caso escolhido diz respeito ao julgamento realizado pelo Tribunal Superior do Trabalho (TST) (RR - 2462-02.2010.5.02.0000), envolvendo uma funcionária da empresa “Vigilantes do Peso Marketing LTDA.”, contratada, em

janeiro de 1992, para exercer atividade de orientadora, sendo dispensada por justa causa, em 2006. O motivo da dispensa, segundo a empresa, foi o ato de insubordinação e indisciplina praticado pela empregada, a qual, apesar das advertências dadas pela empresa, não conseguiu manter um peso entendido como ideal, desrespeitando cláusula contratual, obtendo um aumento de peso no montante de 20kg, passando de 74 para 93,8 quilos, durante o período em que laborava (Revista Consultor Jurídico, 2013).

A trabalhadora propôs uma reclamação trabalhista e teve seu pleito indeferido pela 46ª Vara do Trabalho de São Paulo, assim como pelo Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região (SP), para quem não houve demissão discriminatória que atentasse contra a dignidade da trabalhadora (Revista Consultor Jurídico, 2013).

O caso chegou à Segunda Turma do Tribunal Superior do Trabalho, que condenou a empresa ao pagamento das verbas resilitórias devidas pela dispensa sem justa causa, bem como a multa de 40% sobre os depósitos de FGTS. No curso do processo, foram discutidas a razoabilidade e a abusividade da cláusula contratual que previa advertências e demissão, caso o peso ideal não fosse alcançado, além, obviamente, da discussão acerca das limitações impostas ao poder diretivo do empregador e da sua atuação discriminatória para com a funcionária. A cláusula exigia a perda de peso da orientadora, no período compreendido entre as reuniões com os associados. Caso não conseguisse atingir a meta, ela teria um mês para reduzir o peso. Ao final de 60 dias, se não houvesse redução de peso, seria demitida (Revista Consultor Jurídico, 2013).

Por se tratar de tema sujeito a diversas interpretações, as posições dos Ministros mostraram-se bastante divergentes. Para o ministro Guilherme Caputo Bastos, o ato de indisciplina e insubordinação restou caracterizado, uma vez que a empresa advertiu a funcionária, que continuou a descumprir a cláusula contratual de manutenção do peso, sendo possível a despedida por justa causa. Para ele ao ter como orientadora de seus associados uma pessoa fora dos padrões exigidos, a empresa estaria "trabalhando contra si própria" (Revista Consultor Jurídico, 2013).

Por sua vez, o ministro José Roberto Freire Pimenta abriu divergência. Segundo seu entendimento, a cláusula seria abusiva e feria os direitos fundamentais da pessoa, pois não seria razoável e nem possível obrigar alguém a manter um determinado

peso. Além disso, para o ministro, não restou comprovado que a empregada teria engordado por vontade própria. Desse modo, seu entendimento deu-se no sentido de não restar configurado o fato causador da justa causa (ato de indisciplina). Em seu voto, ainda propôs o deferimento de indenização por danos morais de R\$ 20 mil (Revista Consultor Jurídico, 2013).

A questão foi desempatada pelo ministro Renato de Lacerda Paiva, presidente da 2ª Turma. O ministro não considerou a cláusula ilícita ou discriminatória, por entender que aquele tipo de atividade exige certa aptidão física, não sendo possível a caracterização da discriminação. Todavia, entendeu não ser a justa causa a melhor forma de punição, mas sim a recolocação da funcionária em outra função que não a de orientadora (Revista Consultor Jurídico, 2013).

Em suma, a Turma entendeu pela má aplicação do artigo 482, alínea “h”, da CLT, por não restar configurado fato causador de dispensa por justa causa, e pela negativa do pedido de danos morais formulados pela orientadora (Revista Consultor Jurídico, 2013).

Entende-se que a decisão da Segunda Turma do Tribunal Superior do Trabalho mostra-se bastante incoerente e fere de morte todos os princípios e garantias de ordenamento jurídico brasileiro. Em primeiro lugar, o ato da empresa mostra-se completamente invasivo à intimidade da empregada, de modo que esta está a interferir em uma seara que não lhe diz respeito, qual seja, o peso da funcionária.

Por mais que a atitude da empregada possa vir a quebrar o “ideal de beleza e biótipo” exigidos para a execução daquela atividade de orientadora, pelo fato de a empresa ter por objeto o auxílio ao emagrecimento, entende-se que os aplicadores do direito não podem corroborar com tal posicionamento. Será que o conhecimento possuído pela empregada acerca de técnicas de emagrecimento e/ou dietas deve ser desconsiderado por conta do seu peso? Trata-se de um caso envolvendo uma funcionária com 14 anos de experiência naquela atividade. Esse não seria um fator a se levar em consideração?

Por meio da aplicação do juízo de ponderação, chega-se à conclusão que o caso configura uma dispensa discriminatória, pelo fato de que não se está levando em consideração a experiência e o conhecimento do profissional, mas apenas uma exigência de padrão físico da empresa. Tal atitude discriminatória, conforme nosso

entendimento, caso fosse fundamentada pela natureza do trabalho, como no caso em que o ordenamento jurídico veda a realização de determinados trabalhos por mulheres, pelo fato de envolverem carregamento manual de peso além do permitido ou, por exemplo, no caso da não contratação de um homem para trabalhar em loja de roupas íntimas para mulheres, por conta do constrangimento que pode causar para as clientes, uma determinação “restritiva de direitos” seria legítima, por conflitar diretamente com o objeto da atividade, o que não ocorre na espécie.

Para melhor entendimento, faz-se necessária a leitura da ementa do Recurso de Revista jugado pelo TST:

RECURSO DE REVISTA. JUSTA CAUSA – DESCUMPRIMENTO DE CLÁUSULA CONTRATUAL – EXIGÊNCIA QUE A EMPREGADA MANTENHA PESO CORPORAL EM NÍVEL COMPATÍVEL COM OS INTERESSES DA EMPRESA. Afigura-se razoável que, tratando-se a ora reclamada de uma empresa que pretende comercializar produtos e serviços voltados ao emagrecimento, estabeleça determinados padrões a serem observados por seus empregados, pois do contrário estará totalmente esvaziada qualquer mensagem ou discurso propagado pela "orientadora" do segmento. Assim sendo, não se verifica a alegada ilicitude e nulidade da cláusula regulamentar que exigia a manutenção do "peso ideal" da empregada que se propôs ao exercício das funções inerentes à atividade essencial da empregadora, qual seja, "Vigilantes do Peso". No entanto, a inobservância daquela obrigação não caracteriza ato de indisciplina previsto na alínea do art. 482 da CLT, a autorizar o despedimento por justa causa. A uma porque não observados os princípios da razoabilidade e proporcionalidade jurídicas que devem nortear as relações de trabalho, caracterizando abuso do poder disciplinar do empregador. Isto porque, o passar dos anos, indubitavelmente, traz ao corpo humano transformações indesejáveis e em determinados aspectos incontroláveis, como é o caso da diminuição do metabolismo orgânico e, em consequência, o aumento da massa corporal. Tais mudanças, pois, repita-se, muitas vezes incontroláveis, não podem ser consideradas, por óbvio, como fato gerador de indisciplina perpetrada pela autora, mormente considerando-se que o aumento de peso corporal, prejudica, antes, à saúde e o bem estar da própria autora. Não estamos aqui a falar, portanto, de ato de indisciplina alegada, mas sim, de mudanças orgânicas que antes de influenciar negativamente na prestação laboral, afeta a saúde, a própria vida, da trabalhadora. Note-se, por oportuno, que na hipótese dos autos, a reclamante foi admitida em 02/01/1992, e somente em meados de 2006 veio a receber a primeira advertência relacionada à inobservância do "peso ideal". Ora, se a partir de um determinado momento, a empregada já não mais se adequava ao perfil do empreendimento, que, no caso específico, justificadamente exigia a manutenção do "peso ideal" durante o contrato de trabalho, poderia o empregador simplesmente demiti-la sem justa causa, ainda mais quando considerado o tempo em que a obreira permaneceu na empresa e a ausência de outras circunstâncias que pesassem contra o serviço prestado na vigência do contrato de trabalho. Neste contexto, não estaria o empregador, demitindo a empregada sem justa causa, motivado por discriminação, mas, sim, utilizando-se de seu poder diretivo para excluir de seus quadros aquele empregado que já não mais se adequava ao perfil e objetivo da empresa, ainda mais quando considerado que no início da

relação contratual foi firmado compromisso pela obreira de se manter nas mesmas condições que anteriormente motivaram sua contratação. A duas porque, constatando-se, ainda, que a referida norma regulamentar que a empresa alega ter sido descumprida pela obreira, não dispõe, expressamente, que sua inobservância ocasionará a demissão por justa causa, dispondo apenas que se em 60 dias o empregado não atingir o peso ideal será despedido e levando-se em conta que o descumprimento da norma em epígrafe não pode ser considerado como ato de indisciplina, resta descaracterizada a existência do requisito da tipicidade e adequação/proporcionalidade da pena aplicada (justa causa) e o ato por ela praticado (aumento de peso corporal), mormente quando a empregada tenha passado profissional ilibado. Recurso de revista conhecido e provido.

Outro caso bastante emblemático, no que tange aos limites envolvendo o exercício do poder empregatício e os seus limites, diz respeito à situação envolvendo um empregado da empresa “Vonpar Refrescos S.A.”, distribuidora das cervejas Kaiser e Sol (RR - 278000-91.2008.5.12.0001). No caso em questão, o empregado estava em um bar, no período da noite (e, portanto, fora do local e horário de trabalho), junto com alguns amigos, tomando cerveja e aguardando o ônibus que o levaria para uma convenção em Porto Alegre (RS). Durante todo o período em que se encontrava no bar, ele optou por tomar cervejas das marcas distribuídas pela empresa a que ele estava ligado. Todavia, ao acabarem tais marcas, o empregado passou a tomar cervejas da marca *skol*, tendo o cuidado de envolver a lata com um guardanapo, para não demonstrar publicamente que estava bebendo uma cerveja da concorrente (Revista Consultor Jurídico, 2011).

Ocorre que, em um determinado momento da noite, a sua supervisora adentrou ao local. Num ato infeliz, um amigo do empregado retirou o guardanapo da cerveja e deixou a marca exposta, no intuito de fazer uma brincadeira com o mesmo. Ao perceber que o promotor bebia cerveja da concorrente, a supervisora o advertiu em público, diante dos colegas, gerando um princípio de discussão entre ambos. Dias depois do ocorrido, o empregado foi dispensado sem justa causa (Revista Consultor Jurídico, 2011).

Segundo a empresa, o empregado foi dispensado por ter se dirigido ao seu superior de modo agressivo e desrespeitoso, negando que haja proibição alguma quanto ao consumo de cervejas da concorrente. O empregado propôs reclamação trabalhista, tendo obtido, em primeiro grau, decisão favorável ao seu pleito, na qual foi fixada indenização por danos morais no valor de R\$ 13.262,55. Ambas as partes

recorreram ao Tribunal Regional do Trabalho da 12ª Região (SC) e, posteriormente, ao TST, mas a decisão foi mantida (Revista Consultor Jurídico, 2011).

O presente trabalho concorda com o entendimento do juiz da 1ª Vara do Trabalho de Florianópolis (SC). Com efeito, o magistrado, valendo-se do juízo de ponderação diante do conflito entre direitos, decidiu de modo correto e arrazoado, coibindo o abuso cometido pela empresa no exercício do seu poder diretivo, uma vez que essa não poderia tolher a liberdade do funcionário de tomar, fora do local de trabalho, a marca de cerveja que ele preferir, até porque tal escolha não compromete o desempenho de suas atividades laborais.

Ao enfrentar o tema do controle extralaboral, Sandra Lia Simón entende pela necessidade de se preservar a regra geral da não intromissão do empregador na intimidade e vida privada do empregado fora do horário e local de trabalho, sob o fundamento de que o poder diretivo deve ser exercido para a fiscalização e direcionamento das tarefas desempenhadas pelo trabalhador (haveria uma limitação temporal e espacial a essa aplicação) e de que ele deverá incidir apenas sobre as atividades relacionadas com a prestação direta dos serviços (limitação teleológica). Contudo, a autora destaca a possibilidade de haver exceções a essa limitação, como no caso de hábitos socialmente reprováveis, que poderão ser objeto de controle por parte do empregador se influenciarem, de forma direta, a atividade desenvolvida pelo trabalhador (SIMÓN, 2000, p. 177-179).

Reforçando seu posicionamento, a autora cita Wolfgang Däubler, que, em sua obra, trata da existência de um direito a um tempo livre sem interferências.

A proteção da personalidade do trabalhador exige também que as obrigações derivadas da relação laboral terminam ao sair do centro de trabalho: o empresário não deve interromper o trabalhador durante seu tempo livre, a menos que aconteça o caso de que esteja comprometido de forma lícita para o trabalhador sob prévia chamada telefônica. Portanto, o trabalhador pode visitar livremente seus amigos e contrair núpcias, com quem queija e quando deseje. Pode fazer esporte, passear ou também dedicar-se aos seus passatempos favoritos como melhor lhe convenha (SIMÓN, 2000, p. 178).

Dentro dessa ótica, os posicionamentos acima mencionados vão ao encontro do entendimento aqui defendido, uma vez que o empregado tem o direito à liberdade e à intimidade de todos os atos exercidos em sua vida íntima e social, de modo que as exceções devem ser casuísticas e analisadas sob a ótica dos princípios da

razoabilidade e da proporcionalidade. Desse modo, entende-se que, diante de um conflito entre os direitos fundamentais ensejadores do poder empregatício e os atinentes ao empregado, devem prevalecer estes últimos, como regra.

Contudo, nem sempre prevalece o entendimento aqui defendido. Foi o que ocorreu, por exemplo, no primeiro caso citado, no qual o ministro relator Renato de Lacerda Paiva, em seu voto, analisa a questão de modo a considerar a possibilidade de derrogações excepcionais à vida privada do trabalhador, a depender da natureza da atividade por ele desempenhada, sob o fundamento de que aquela determinada conduta extralaboral influenciaria negativa sobre a expectativa do correto cumprimento da prestação laboral (Revista Consultor Jurídico, 2013).

Para melhor compreensão, imperiosa é a análise de um trecho do voto proferido pelo Ministro em questão(RR-2462-02.2010.5.02.0000):

De outra parte, entendo que a cláusula obrigacional supra transcrita não pode ser reputada como ilícita, senão vejamos:

Da exigência de tutela dos direitos, liberdades e garantias da pessoa do trabalhador é possível extrair o princípio segundo o qual a empregadora está impedida de realizar discriminações arbitrárias fundadas em qualquer circunstância pessoal do trabalhador.

Importa, entretanto, fazer referência a uma ordem de limites ao exercício pelos trabalhadores dos seus direitos, liberdades e garantias pessoais que se aplica àquelas relações de trabalho que exigem necessariamente, pela natureza particular das mesmas, uma conformidade do trabalhador com os objetivos da atividade prestada por sua empregadora.

Há, pois, que reconhecer que a vida privada do trabalhador para efeitos laborais sofre derrogações quando circunstâncias especiais, relacionadas com o tipo de funções desempenhadas pelo trabalhador ou com a natureza particular dos interesses da empregadora, possam conduzir a que tais atos adquiram relevância disciplinar, por influírem negativamente sobre a expectativa de correto cumprimento da prestação laboral.

Em certos casos excepcionais, quais sejam, naquelas relações caracterizadas por uma particular estrutura ou por vínculo fiduciário, nas quais a vida privada do trabalhador pode ter influência sobre a prestação de serviços, afigura-se-me lícita a imposição ao trabalhador de um padrão de condução da sua vida privada adequado aos interesses da entidade empregadora, pendendo sobre aquele o dever de abster-se de adotar comportamentos que prejudiquem os interesses desta, dignos de tutela, o qual decorre dos deveres de colaboração, de lealdade e de boa-fé, que configuram o adequado cumprimento do contrato de trabalho.

Destaca-se que o presente trabalho não possui posicionamento diametralmente oposto ao do Ministro. Entende-se que existem situações que permitem o exercício interventivo do poder empregatício na intimidade do empregado. Todavia, não se partilha da ideia de que os casos supracitados, em especial o analisado pelo

ministro, permitiriam tal intervenção. Afere-se, portanto, que, no primeiro caso, a interpretação no sentido de que é lícita a intervenção do empregador, por conta da possível influência negativa que o peso corporal da trabalhadora geraria aos clientes da empresa e à atividade, apresenta-se discriminatória, bastante comum na atual sociedade brasileira.

Ocorre que é comum esse tipo de situação na vida cotidiana, em que a população, de um modo geral, se utiliza de critério discriminatório para fundamentar uma determinada escolha. Por exemplo, no caso de um dermatologista. É possível um profissional que exerça essa função tenha, por exemplo, acne no rosto. Em tal situação, apesar de se tratar de comportamento normalmente reprovado pela sociedade, não há ilicitude alguma. Por isso mesmo, o Direito não pode ser condescendente com atitudes discriminatórias, como ocorreu no caso da empregada da empresa Vigilantes do Peso, em que a decisão que não acolheu a pretensão da empregada se pautou em critérios sociais subjetivos, e não legais.

Desse modo, no caso em questão, a conduta da empregada não poderia ser motivo ensejador da despedida com justa causa, independente da previsão contratual e dos avisos enviados pela empresa, por configurar posicionamento desproporcional e inconstitucional, além de se tratar de uma prática administrativa incoerente, uma vez que poderia a empresa realocar a trabalhadora para outra função, aproveitando toda a experiência adquirida pela mesma no decorrer dos quatorze anos de serviços prestados.

5 CONCLUSÃO

Percorrida a trilha expositiva e argumentativa, o presente trabalho buscou abordar a aplicação do poder empregatício na esfera extralaboral, evidenciando suas implicações, consequências e limitações, sob a ótica dos direitos fundamentais do trabalhador.

Conforme demonstrado nos tópicos anteriores, na relação empregatícia, ambos os sujeitos possuem direitos, prerrogativas e deveres, tanto decorrentes de lei quanto

da relação contratual. Dentre esses direitos, encontram-se os direitos fundamentais que constituem a base da atuação de empregador e empregado.

No que tange ao empregador, observou-se que existem dois direitos principais, que fundamentam o exercício do poder que lhe é conferido: a) o direito à propriedade privada e b) de assunção dos riscos do negócio, o qual poderia ser classificado como um “direito-dever”. Por sua vez, com relação aos direitos basilares concernentes à atuação do empregado, sob a análise de viés extralaboral, ficou bastante clara a incidência dos direitos à intimidade e à vida privada, além de outros, como o da dignidade da pessoa humana, que incidem sobre a sua esfera jurídica, enquanto trabalhador e cidadão.

Por sua vez, examinou-se também que, apesar de o ordenamento jurídico mostrar-se bastante claro e garantidor, estes direitos não são absolutos, podendo, em caso de colisão, ser atenuados no caso concreto.

Entende-se, desse modo, que, a chave para a resolução de tais conflitos perpassa pela utilização dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, na busca da harmonização na aplicação dos direitos relativos às partes desta relação, como bem anota J.J. Gomes Canotilho.

Contudo, o problema se encontra na aplicação de tais princípios. Como irá o julgador ter a perfeita dimensão do que pode ou não ser condenável ou aceitável, diante do exercício do poder empregatício? Não existe qualquer delimitação legislativa expressa e específica acerca dos limites a este exercício, restando à doutrina e ao Poder Judiciário apontar limites, que deverão estar pautados naqueles princípios e nos direitos garantidos ao empregado, tanto no âmbito constitucional quanto no infraconstitucional.

Nesse diapasão, entende-se que, de fato, existem limites à atuação do controle patronal, especialmente na seara extralaboral, mas esses limites deverão ser analisados casuisticamente. Em outras palavras, não se discutem a existência e a validade do poder conferido ao empregador, mas o seu exercício não poderá ser absoluto, havendo a necessidade de um exame diferenciado de cada caso, de modo a evitar a generalização. Volta-se, aqui, à análise do caso da cervejaria.

Naquele caso específico, diversas situações podem ser observadas, ensejando conclusões diferentes. Sob o prisma dos direitos à intimidade e à vida privada, a

atuação da empresa é condenável, considerando que fere de morte direitos fundamentais do empregado, garantidos pelo legislador constituinte, no sentido de que não pode haver qualquer interferência do empregador nos gostos, nos costumes, na liberdade e nos desejos do empregado em sua vida profissional e, principalmente, pessoal.

Por sua vez, analisando a questão do ponto de vista patronal, o empregado exercia a atividade de promotor de vendas. Ou seja, trata-se de uma atividade em que este representava a empresa, sendo ele uma extensão dela, mesmo estando fora do ambiente de trabalho e que a natureza da atividade por ele prestada ensejaria limitações também fora do ambiente laboral.

Assim, ambos seriam pontos de vistas coerentes e fundamentados, podendo ser levados em consideração no caso concreto. Todavia, o presente trabalho filia-se ao primeiro posicionamento.

Os direitos fundamentais à vida privada e à intimidade devem, a todo momento, ser objeto de uma avaliação mais cuidadosa, considerando a hipossuficiência existente na relação entre empregado e empregador. Desse modo, conclui-se que, para que haja uma mitigação de tais direitos, em detrimento das garantias do empregador, a limitação exercida pelo exercício do poder empregatício deve ser pautada na natureza da atividade, levando-se em consideração a proporcionalidade e a razoabilidade. Assim, no caso referido, só seria admissível a restrição à individualidade e à liberdade do empregado, se este, enquanto promotor de vendas, estivesse, por exemplo, vestido com o uniforme da empresa ou propagando que os indivíduos presentes no bar não fizessem uso da marca que ele representada. Não bastaria, desse modo, que ele exercesse atividade de “promotor de vendas”, devendo-se observar as circunstâncias do caso.

REFERÊNCIAS

Alexy, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de Direito do Trabalho**. 8. ed. São Paulo: LTR, 2012.

_____. **Proteção à intimidade do empregado**. São Paulo: LTr, 1997.

BITTAR, Carlos Alberto. **Os direitos da personalidade**. 6. ed., rev. e ampl. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 23, março, 2014.

_____. Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943. **Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho**. Disponível em: <<http://www.presidencia.gov.br/legislacao/>> Acesso em: 01 abr. 2014.

_____.Tribunal Superior do Trabalho. **Súmula 51**, de 05 de abril de 2005. Vade Mecum. 16ª ed. São Paulo, Rideel, 2013.

_____.Tribunal Superior do Trabalho. **Súmula 212**, de 21 de novembro de 2003. Vade Mecum. 16ª ed. São Paulo, Rideel, 2013.

_____.Tribunal Superior do Trabalho. **Súmula 288**, de 17 de dezembro de 2005. Vade Mecum. 16ª ed. São Paulo, Rideel, 2013.

CASSAR, Vólia Bomfim. **Curso de Direito do Trabalho**. 5. Ed. São Paulo: Método, 2011.

CUNHA JUNIOR, Dirley. **Curso de Direito Constitucional**. 7. ed. rev. ampl. e atualiz. Salvador: Editora Juspodium, 2013.

DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 11. ed. São Paulo: LTR, 2012.

GASPAR, Gabriela Curi Ramos. **O controle extralaboral do trabalhador e as empresas de tendência**. 2012. Monografia. (Curso de Graduação em Direito) - Salvador.

GOMES, ORLANDO. **Direitos Reais**. 19ª ed. Atualizada/por Luiz Edson Fachin – Rio de Janeiro: Forense, 2009.

GOMES, Orlando; GOTTSCHALK, Elson. **Curso de Direito do Trabalho**. 17ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

MARTINEZ, Luciano. **Curso de Direito do Trabalho**. 4. ed. Salvador: Saraiva, 2013.

MARTINS, Sergio Pinto. **Curso de Direito do Trabalho**. 25. Ed. São Paulo: Atlas, 2013.

MEIRELES, Edilton. **Abuso do direito na relação de emprego**. São Paulo: LTr, 2004.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de Direito do Trabalho: história e teoria geral do direito do trabalho: relações individuais e coletivas**, 27. Ed. São Paulo: Saraiva, 2012

PLÁ RODRIGUEZ, Américo. **Princípio de Direito do Trabalho**, 4ª Tiragem. São Paulo: LTr, 1996. Traduzida por Wagner D. Giglio

PESSOA, Flávia Moreira Guimarães; Cardoso, Aline Almeida. **Ponderação de direitos fundamentais e proteção à intimidade, privacidade e honra do empregado**. Revista Magister de Direito trabalhista. Rio de Janeiro: Padma, v.30, jan./fev. 2009, p. 159-174.

PINTO, José Augusto Rodrigues. **Tratado de direito material do trabalho**. São Paulo: LTr, 2007.

PORTO, Lorena Vasconcelos. **A necessidade de uma Releitura Universalizante do Conceito de Subordinação**. Revista Magister de Direito Trabalhista e Previdenciário – Ano 4, n. 24 (maio/jun 2008).

Revista Consultor Jurídico, 2011. **Empregado demitido por beber skol ganha indenização**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2011-set-19/empregado-demitido-beber-cerveja-concorrente-ganha-indenizacao>>. Data de acesso: 16/04/2014.

Revista Consultor Jurídico, 2012. **Orientadora que engordou processa vigilantes do peso**. Disponível em: < <http://www.conjur.com.br/2012-fev-14/orientadora-vigilantes-peso-demitida-engordar-entra-acao>>. Data de acesso: 16/04/2014.

ROMITA, Arion Sayão. **A subordinação no contrato de trabalho**. Rio de Janeiro: Forense, 1979.

Santa Catarina. Tribunal Superior do Trabalho. Recurso de Revista Nº 278000-91.2008.5.12.0001. Relator: Lelio Bentes Corrêa. Julgado em 24 nov. 2011. Disponível

em:<http://ext02.tst.gov.br/pls/ap01/ap_red100.resumo?num_int=717167&ano_int=2009>. Acesso em: 10 março. 2014.

São Paulo. Tribunal Superior do Trabalho. Recurso de revista Nº 2462-02.2010.5.02.0000, Relator: Guilherme Caputo bastos. Julgado em 5 dez. 2013. Disponível em:<<https://aplicacao5.tst.jus.br/consultaProcessual/consultaTstNumUnica>

.do?consulta=Consultar&conscsjt=&numeroTst=2462&digitoTst=02&anoTst=2010&orgaoTst=5&tribunalTst=&varaTst>. Acesso em: 01 fev. 2014.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos Direitos Fundamentais: Uma teoria geral dos Direitos Fundamentais na perspectiva Constitucional**. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional**. Positivo. 35 ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

SILVA, Luiz de Pinho Pedreira da. **Principiologia do direito do trabalho**. São Paulo: LTr, 1999. 2º ed.

SILVA NETO, Manoel Jorge e. **Proteção constitucional dos interesses trabalhistas: difusos, coletivos e individuais**. São Paulo: LTr, 2001.

_____. **Curso de Direito Constitucional**. 8ªed. São Paulo: Saraiva, 2013.

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

STF – Pleno – MS nº 22.164/SP – Rel. Min. Celso de Mello, Diário da Justiça, Seção I, 17 nov. 1995, p. 39. 206. *In*: **MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional**. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 11 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013.