

**UNIVERSIDADE DO ESTADO DO RIO GRANDE DO NORTE
CAMPUS AVANÇADO DE NATAL
CURSO DE DIREITO**

NATÁLIA ALBUQUERQUE BARBOSA

**O EXERCÍCIO DO PODER DIRETIVO DO EMPREGADOR À LUZ DOS DIREITOS
DA PERSONALIDADE DO EMPREGADO**

**NATAL/RN
2016**

NATÁLIA ALBUQUERQUE BARBOSA

**O EXERCÍCIO DO PODER DIRETIVO DO EMPREGADOR À LUZ DOS DIREITOS
DA PERSONALIDADE DO EMPREGADO**

Monografia apresentada à Universidade do Estado do Rio Grande do Norte – UERN – como requisito obrigatório para obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador (a): Prof. Ma. Patrícia Moreira de Menezes

NATAL/RN

2016

NATÁLIA ALBUQUERQUE BARBOSA

**O EXERCÍCIO DO PODER DIRETIVO DO EMPREGADOR À LUZ DOS DIREITOS
DA PERSONALIDADE DO EMPREGADO**

Monografia apresentada à Universidade do Estado do Rio Grande do Norte – UERN – como requisito obrigatório para obtenção do título de Bacharel em Direito.

Aprovado em: __/__/__

BANCA EXAMINADORA:

Prof (a). Ma. Patrícia Moreira de Menezes
Universidade do Estado do Rio Grande do Norte

Nome do (a) 1º examinador (a)
Instituição

Nome do (a) 2º examinador (a)
Instituição

Dedico este trabalho àqueles que são fontes inesgotáveis de amor, aos meus avôs, Newton de Albuquerque e Erivan Barbosa. Por acreditarem mais em mim do que eu mesma, por serem inspiração e o meu impulso nos momentos de dúvidas e fraquezas, e pelos sorrisos mais sinceros e orgulhosos.

AGRADECIMENTOS

Primeiramente, como não poderia deixar de ser, agradeço a Deus. De onde vem minha força para ir em busca de tudo que acredito ser possível, e até do que não acredito, e Ele, em sua infinita bondade para comigo, torna possível. Por ser o meu refúgio e alento nos momentos difíceis e de provas.

Aos meus pais, Altair e Aldenísia, a minha eterna gratidão por tamanha dedicação a nós, por conduzirem essa missão de educar da melhor forma possível. Acreditando, confiando e incentivando o nosso crescimento pessoal e profissional.

Agradeço a minha irmã, Bia, por dividir essa caminhada da vida comigo. Por, apesar das diferenças, encontrarmos semelhanças que nos unem.

Aos meus amigos, responsáveis por tornar a vida mais doce, mais alegre e mais fácil. Por entenderem a minha ausência, quando foi necessário, e por serem sempre colo, quando precisei.

Em especial, aos amigos da “Carona da UERN”, Amanda desde o primeiro dia de aula, Camila, Alcebíades e Ana Carla, que chegaram depois, mas são igualmente importantes nessa caminhada. Dividimos não só o carro nessas idas e vindas para as aulas, dividimos nossas alegrias, tristezas, problemas, sonhos, inquietações, resenhas, agonias com as provas, revisões em cima da hora... A eles, o meu agradecimento cheio de amor, por juntos, concluirmos mais essa etapa. Meu desejo que essa amizade ultrapasse as barreiras da UERN, que possamos ver cada um conseguindo chegar até onde sonhamos.

Agradeço a minha orientadora, Prof. Ma. Patrícia Moreira de Menezes, pela ajuda, desde as primeiras conversas, e disponibilidade sempre que solicitada, para que este trabalho fosse possível.

Finalmente, agradeço a todos aqueles que contribuíram de alguma maneira para que eu chegasse ao final deste trabalho.

RESUMO

O presente trabalho tem como objetivo analisar de que forma o exercício poder diretivo do empregador pode interferir nos direitos da personalidade dos empregados, a partir do estado de subordinação em relação ao patrono, em todas as fases contratuais. Uma vez que o poder diretivo e os direitos da personalidade são elementos que aparecem diretamente relacionados ao contrato de trabalho. Inicialmente, será trazido a tona o estudo a cerca deste poder de direção do empregador, garantido pela legislação trabalhista, e que possibilita ao empresário exercer o comando em todas as áreas de sua empresa, inclusive sob o seu empregado, que cede sua força de trabalho a ele, quando da assinatura do contrato de trabalho. Na continuação, serão apresentadas as garantias fundamentais do empregado, seu surgimento, características, e de que maneira elas aparecem classificadas pela doutrina, com o objetivo de melhor visualizar-se como essas garantias podem se apresentar na relação de emprego. Serão descritas todas as fases contratuais, quais sejam, pré-contratual, contratual e pós-contratual, e observado de que maneira os direitos dos empregados são fator limitador ao exercício do poder de direção, quando de maneira abusiva, fugindo de sua finalidade comercial.

Palavras-chave: Direitos da personalidade. Poder diretivo. Contrato de trabalho. Empregado.

ABSTRACT

The present work aims to analyze how the directing power of the employer exercise can interfere with employees' personality rights, from its state of subordination in relation to its patron, in all contractual phases. Once the directing power and personality rights are elements that appear directly related to the employment contract. Initially, will be brought to light the study about this power of direction of the employer, guaranteed by the labour legislation, and that allows the employer to exercise command in all areas of your company, including under its worker who gives your workforce when the signing of the contract of employment. In the sequel, will be presented the fundamental guarantees of the employee, their emergence, characteristics, and how they appear classified by doctrine, with the purpose of better show as these guarantees may report to the employment relationship. In the end, will be described all stages, which are contractual, pre-contractual, contractual and post-contractual, and observed how the employee rights are limiting factor to exercise the power of direction when abusive way, running from their commercial purpose.

SUMÁRIO

1.INTRODUÇÃO.....	8
2. O PODER DIRETIVO DO EMPREGADOR.....	12
2.1 A EVOLUÇÃO DO DIREITO EMPRESARIAL E O CONCEITO DE EMPRESA.....	12
2.2 O EMPRESÁRIO E O PODER DIRETIVO.....	15
2.3 A SUBORDINAÇÃO COMO ELEMENTO CARACTERÍSTICO DO CONTRATO DE TRABALHO.....	19
3. OS DIREITOS DA PERSONALIDADE NAS RELAÇÕES DE TRABALHO.....	23
3.1 CONCEITUAÇÃO; CARACTERÍSTICAS E NATUREZA JURÍDICA.....	23
3.2 AS GARANTIAS FUNDAMENTAIS COMO MEIO DE PROTEÇÃO AO EMPREGADO.....	29
3.2.1 Igualdade (Não discriminação).....	30
3.2.2 Intimidade e vida privada	32
3.2.3 Honra e imagem.....	34
3.2.4 Livre manifestação do pensamento; liberdade de consciência e de crença e liberdade de expressão e informação	35
3.3. O CONTRATO DE TRABALHO SOB A ÓTICA DA TEORIA DO PLANO AXIOLÓGICO DE NASCIMENTO.....	36
4. OS DIREITOS DA PERSONALIDADE COMO FATOR LIMITADOR AO PODER DIRETIVO.....	39
4.1 FASE PRÉ-CONTRATUAL.....	39
4.2 FASE DE EXECUÇÃO DO CONTRATO.....	46
4.3 FASE PÓS-CONTRATUAL.....	53
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	58
REFERÊNCIAS.....	61

1. INTRODUÇÃO

As relações de emprego vêm passando por uma série de significativas mudanças com o advento da globalização e dos avanços tecnológicos. Empregadores encontram-se cada vez mais na busca incessante pelo lucro, enquanto os empregados estão muito mais cientes de seus deveres e obrigações enquanto obreiros.

O vínculo de obrigações entre duas partes, que apresenta-se quando alguém presta um serviço de maneira subordinada, pessoal, não eventual e onerosa a outro, dá origem a relação de emprego. Esta é marcada pelo antagonismo das partes, ou seja, o empregador exerce sobre o empregado um poder diretivo já que encontra-se em uma posição hierárquica superior, isto caracteriza-se por a subordinação jurídica ser elemento intrínseco do contrato de trabalho, uma vez que a toda ordem do empregador corresponde uma obrigação de cumprimento do empregado, e o empregado, por sua vez, tem assegurado, baseado nos princípios de proteção, os seus direitos de personalidade, os quais poderão atuar de maneira a limitar o poder diretivo do empregador.

O poder diretivo encontra-se fundamentado no direito de propriedade, previsto no artigo 5º, inciso XXII, da Constituição Federal da República de 1988. A origem do poder de dirigir a prestação de serviço advém da formação do vínculo jurídico entre empregado e empregador. Na hipótese de o empresário não contar com esse poder, talvez ele não conseguisse realizar sua atividade econômica, pois não poderia organizar a empresa. Considera-se que o empregador, estando como foco desta pesquisa àquele que exerce empresa, desempenha a função de mediador entre a sua empresa e as pessoas que consomem seus produtos e/ou serviços advindos dela.

Contudo, esse poder de direção do empregador não é absoluto, e não pode ser exercido de forma ilimitada, uma vez que os direitos da personalidade dos empregados devem ser observados. Estes direitos são essenciais ao homem, garantidos constitucionalmente, são inerentes à pessoa humana, estendidos por todos os ramos do Direito, inclusive ao Direito do Trabalho. Eles têm a função de garantir os direitos fundamentais, coibindo ameaças que, porventura, venham a ocorrer e, desta maneira, valorizam o ser humano.

Ao fazer leituras iniciais sobre o tema, constata-se um problema que merece uma análise mais detida: a condição de vulnerabilidade dos direitos da personalidade do empregado frente ao poder diretivo do empregador, ocasionada devido a estas relações contarem como característica o desequilíbrio entre as partes. São nestas situações que podem ocorrer cerceamentos, ou até mesmo agressões, à liberdade e à dignidade.

Com a finalidade de contribuir cientificamente e socialmente na análise do problema, esta pesquisa busca como objetivo analisar como o exercício do poder diretivo do empregador poderá interferir nos direitos da personalidade do empregado. Para isso, buscará compreender de que se trata e de como este poder do empregador poderá se manifestar na relação com o empregado, além de estudar a aplicação dos direitos da personalidade nas relações de trabalho e, identificando de que maneira poderão ocorrer conflitos entre o poder diretivo do empregador e os direitos da personalidade do empregado.

Estas situações de conflitos poderão ser visualizadas em todas as fases do contrato, e não apenas na sua execução. Na fase pré-contratual, que é aquela na qual ocorre a construção da vontade de contratar e, posteriormente, a discussão dos pontos do contrato, antes de celebra-lo. Neste momento já percebe-se um vínculo de confiança entre as partes; a contratual, esta tem início com o ato de aceitação, aqui já vigora as regras estabelecidas no contrato; e a fase pós-contratual, que inicia-se a partir da extinção do contrato ou, em outras palavras, de sua conclusão. Nesta fase, devem as partes ainda se colocar a disposição da outra para eventuais ocorrências e dúvidas decorrentes daquele contrato.

Apesar do conflito entre estas categorias já mencionadas não tratar-se de um tema moderno, pelos fatos demonstrados aqui apenas de maneira introdutória, percebe-se a importância de fazer uma análise mais aprofundada sobre este tema, ao passo em que, apesar de ser uma prática constante e conhecida pela maioria das pessoas, principalmente os empregados, ele traz a tona a novidade de ter os direitos da personalidade como pano de fundo para avaliar atitudes dos empregadores em fases que não só a contratual.

Este tema se mostra relevante para ser tratado em âmbito acadêmico por discorrer sobre uma matéria importante para sociedade, pois traz à baila direitos protegidos constitucionalmente a ambas as partes, de maneira que um não se sobreponha ao outro.

Buscando analisar a temática proposta, o método dedutivo se aplica perfeitamente à pesquisa por trazer uma abordagem da generalização para uma questão particular. Quanto ao uso de dados, a pesquisa será qualitativa, a partir deste método a pesquisa buscará apresentar explicações sobre o objeto pesquisado, aprofundando-se na sua compreensão, preocupando-se com aspectos da realidade. Quanto aos objetivos, ela será descritiva, uma vez que se registra, analisa e correlaciona fatos ou fenômenos, sem manipulá-los.

Os instrumentos utilizados serão a pesquisa bibliográfica a livros, legislação (Consolidação das Leis do Trabalho, Constituição Federal, entre outros), artigos científicos, teses e dissertações, disponíveis através de meio eletrônico e também impressos. Este material será documentado em fichamentos, resumos e esquemas, de modo a facilitar o acesso a informações importantes contidas neles.

Visando dar resposta ao objetivo da pesquisa, este estudo se desenvolverá com base nas ideias de renomados autores das áreas do Direito, como Amauri Mascaro Nascimento (2011), Maurício Godinho Delgado (2016), Arion Sayão Romita (2014) e Alice Monteiro de Barros (2016)

A divisão dos capítulos será feita da seguinte forma: No capítulo 1 será desenvolvida uma análise acerca do poder diretivo do empregador. Para isso, este estudo irá se remeter desde a origem do direito empresarial e o surgimento do conceito de empresa, até chegar no que se conhece hoje por esses institutos. A partir da conceituação do poder de direção será visualizado como a subordinação apresenta-se como elemento essencial do contrato de trabalho.

O capítulo 2 contém uma análise do empregado como detentor de garantias fundamentais e, conseqüentemente de seus direitos de personalidade. Neste capítulo, dar-se-á um enfoque na maneira como estes direitos estão inseridos nas relações entre empregados e empregadores. E ainda, como o estudo do contrato de trabalho será focalizado, conforme os ensinamentos do doutrinador Nascimento (2011).

Por fim, o capítulo 3 trará uma análise de como as garantias constitucionais do empregado faz-se elemento limitador do poder diretivo do empresário-empregador. Nesse sentido, o estudo mostrará as situações práticas do cotidiano dos empregados, inseridos em uma relação de subordinação com seu empregador. Situações que podem ocorrer, como será demonstrado, em todas as fases do contrato de trabalho. Mostrando também os limites que os interesses de ambas as

partes devem ser exercidos, para que, desta forma, consigam criar uma relação justa e harmônica entre os sujeitos do contrato.

2. O PODER DIRETIVO DO EMPREGADOR

Neste capítulo será feita uma análise acerca do surgimento e da evolução do direito empresarial, sem pretensões de esgotar tal assunto, pois foge do objeto do presente trabalho. Tal estudo é realizado com o objetivo de que se observe a relação de antigos institutos do direito empresarial, com o que se entende hoje por empresa, seu conceito e perfis.

O estudo sobre o empresário e seu poder diretivo, observando seus conceitos de acordo com pontos de vista de renomados doutrinadores, ganham especial importância neste momento para que se possa compreender como eles encontram-se associados à condição do empregado e a sua subordinação em relação ao empregador, que se configura elemento essencial ao contrato de trabalho.

Desta maneira, a análise do poder diretivo do empregador e da subordinação são necessários por tratar-se de institutos que individualizam o contrato de trabalho, além de se fazerem essenciais para estabelecer os limites deste poder frente aos direitos dos empregados, como adiante será discutido.

2.1 A EVOLUÇÃO DO DIREITO EMPRESARIAL E O CONCEITO DE EMPRESA

O direito empresarial, para chegar ao que se vê atualmente, passou por grandes evoluções no decorrer do tempo. Esta evolução foi dividida em fases. A primeira, em meados dos séculos XII a XVI, é caracterizada por se tratar de uma fase de mercados e trocas, na qual o direito comercial era totalmente voltado para os comerciantes, que também o dirigiam. Nesta fase, surgiram as corporações de mercadores, assim como as grandes feiras, famosas nas cidades europeias, que deram origem aos mercados financeiros e acionários e as primeiras bolsas de mercadorias.

A segunda fase, entre os séculos XVII e XVIII, destaca Negrão¹: “caracteriza-se pela expansão colonial e é a época áurea da evolução das grandes sociedades, sempre sob a autorização do Estado”. Foi nesse período que se deu início ao desenvolvimento dos intercâmbios comerciais, que ligaram o Oriente à Europa.

¹ NEGRÃO, Ricardo. **Manual de Direito Comercial e de Empresa** – Teoria Geral da Empresa e Direito Societário. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 32.

Marcada, principalmente, pelo mercantilismo e pelo colonialismo, o qual os europeus passaram a descobrir novas oportunidades de mercado a partir da colonização de novas terras.

No século XIX surge a terceira fase, que caracterizou-se pelo liberalismo econômico, aqui já não eram necessárias intervenções estatais nas relações comerciais, uma vez que o mercado possuía mecanismos próprios para regulamentar-se. E, desta maneira, ocorre o estabelecimento do direito comercial como ordenamento que iria regular as atividades dos comerciantes, considerado àqueles que exercem os atos de comércio.

Já na quarta e, atual fase, ocorre a transição do direito comercial para o direito empresarial. Nesta fase, o foco encontra-se na atividade empresarial e na empresa. No início foram vastas as críticas, exemplo do doutrinador Martins², pois ainda não havia uma conceituação definida do que seria empresa, ocasionando possibilidades do direito empresarial abarcar situações que não seriam de sua competência original e, desta forma, tornar prejudicado o estabelecimento de sua área de atuação.

A transição do direito comercial para o direito empresarial não faz com que o direito dos antigos comerciantes dos séculos passados seja esquecido do ordenamento e desconsiderado, ocorre, pois, com o advento do direito empresarial uma unificação do antigo com o novo, a partir da concepção dos novos institutos que caracterizam o direito empresarial, como a empresa e o empresário.

Mesmo com o surgimento do direito empresarial, o ordenamento jurídico não definiu em seus livros o que vem a ser empresa³. Restou a cargo dos doutrinadores desenvolverem este conceito jurídico de fundamental importância para este estudo.

Contudo, não há uma unificação sobre a ideia do que é empresa. Esta dificuldade se dá, principalmente, por não tratar-se de uma coisa corpórea e por apresentar-se de diversas maneiras, pois a mesma adquire perfis diferentes.

Na doutrina encontra-se um conceito jurídico e um conceito econômico para a empresa. O conceito jurídico, segundo o ensinamento de Asquini⁴, apresenta-se sob a forma de uma teoria poliédrica, destacam-se quatro perfis, ou ideias. O primeiro, perfil subjetivo, no qual empresa e empresário se confundem; o perfil funcional, nele

² MARTINS, Fran. **Curso de Direito Comercial**. 18. ed. São Paulo: Forense, 1993. p. 27.

³ A figura do empresário foi conceituada no Código Civil de 2002, em seu artigo 966.

⁴ ASQUINI *apud* NEGRÃO, Ricardo. **Manual de Direito Comercial e de Empresa – Teoria Geral da Empresa e Direito Societário**. 9. ed, São Paulo: Saraiva, 2012. p. 65-67.

a empresa aparece como aquela força em movimento que é atividade empresarial dirigida para um determinado escopo produtivo; o perfil objetivo, que refere-se à empresa como o complexo de bens móveis e imóveis, corpóreos e incorpóreos, utilizado pelo empresário para o exercício de sua atividade empresarial; e, ainda, o perfil corporativo, no qual a empresa é vista como o resultado da organização pessoal, formada pelo empresário e por seus colaboradores.

Já a concepção econômica, advém da economia política, onde apresenta-se como base a organização dos fatores de produção, são eles: natureza, capital e trabalho. Trata-se, enfim, da atividade econômica organizada, para fins de produção e obtenção do lucro, a partir da sua comercialização.

Negrão⁵ aduz que:

[...] a empresa é vista como o resultado da organização do pessoal, formada pelo empresário e por seus colaboradores [...] ela não é nem sujeito, nem objeto de direito. Ela não existe como pessoa (sujeito de direitos), tampouco como objeto de direito, porque é a própria atividade de alguém – pessoa natural (empresário) ou jurídica (sociedade empresária). Sua concepção é, pois, abstrata e corresponde ao conceito de fatos jurídicos, ou exercício de negócios jurídicos qualificados (atividade econômica organizada, com fim próprio, lícito).

Nas palavras de Bulgarelli⁶, este define empresa como “atividade econômica organizada de produção e circulação de bens e serviços para o mercado, exercida pelo empresário, em caráter profissional, através de um complexo de bens”.

Portanto, por tratar-se de algo abstrato, a empresa depende dos atos do empresário para movimentar-se, ou seja, sem a organização por parte do empresário de todos os fatores que compõem a empresa, ela não irá funcionar e, desta maneira, não irá existir.

É de acordo com esta ideia que ensina Coelho⁷, o renomado autor em suas obras, afirma haver uma confusão entre empresário, pessoa jurídica, e os sócios das empresas, pois nem sempre os elaboradores de textos de normas jurídicas possuem a preocupação de explicar bem essas diferenças. Para esclarecer, assevera o autor:

⁵ NEGRÃO, Ricardo. **Manual de Direito Comercial e de Empresa** – Teoria Geral da Empresa e Direito Societário. 9. ed, São Paulo: Saraiva, 2012. p.67

⁶ BULGARELLI *apud* NEGRÃO, Ricardo. **Manual de Direito Comercial e de Empresa** – Teoria Geral da Empresa e Direito Societário. 9. ed, São Paulo: Saraiva, 2012. p. 69.

⁷ COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Comercial – Direito de Empresa**. 17ª ed., São Paulo: Saraiva, 2013. p. 126.

[...] a pessoa jurídica empresária é cotidianamente denominada “empresa”, e os seus sócios são chamados de “empresários”. Em termos técnicos, contudo, empresa é a atividade, e não a pessoa que a explora; e empresário não é o sócio da sociedade empresária, mas a própria sociedade.

2.2 O EMPRESÁRIO E O PODER DIRETIVO

Apesar de não constar no ordenamento jurídico o conceito de empresa, diferentemente se fez com o conceito de empresário. O Código Civil de 2002⁸, em seu artigo 966, diz que: “Considera-se empresário quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens e serviços”.

Através desse conceito jurídico, percebe-se bem a posição do empresário, ele encontra-se entre a empresa e os consumidores, ao passo em que é dele a função de organizar os fatores de produção (força de trabalho, matéria prima, capital e tecnologia) para que o produto/serviço consiga alcançar o seu objetivo, que é chegar aos consumidores, e agrada-los.

Sobre o conceito de empresário, Coelho⁹ aduz que:

[...] empresário é a pessoa que toma a iniciativa de organizar uma atividade econômica de produção ou circulação de bens ou serviços. Essa pessoa pode ser tanto a física, que emprega seu dinheiro e organiza a empresa individualmente, como a jurídica, nascida da união de esforços de seus integrantes.

Em consonância com o doutrinador supracitado e a definição legal, Negrão¹⁰ define empresário como sendo “aquela pessoa (natural ou jurídica) que, profissionalmente, isto é, não ocasionalmente, assume, em nome próprio, os riscos de sua empresa, organizando-a, técnica e economicamente”.

A partir dessas considerações, observa-se a importância do empresário na empresa, já foi citado anteriormente que não existe a empresa sem a força dos atos do empresário, pois o mesmo é quem dirige e determina tudo que será feito. Para corroborar com o que já foi dito, faz-se mister citar que, de acordo com os

⁸ BRASIL. **Código Civil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm> Acesso em: 16 de agosto de 2016.

⁹ COELHO, Fábio Ulhôa. **Curso de Direito Comercial – Direito de Empresa**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 126

¹⁰ NEGRÃO, Ricardo. **Manual de Direito Comercial e de Empresa – Teoria Geral da Empresa e Direito Societário**. 9. ed, São Paulo: Saraiva, 2012. p. 70.

ensinamentos de Negrão¹¹, não pode ser considerado empresário àquele que exerce empresa à custa ou sob o risco de outrem, nem, tampouco, será empresário quem o exerce como profissão de maneira autônoma.

Dentre as responsabilidades do empresário dentro da empresa, encontra-se uma de extrema importância: a de gerar empregos. Uma empresa, raramente, por mais que conte com alta tecnologia de máquinas que pouco necessitam da atividade humana, funcionaria sem o trabalho dos empregados. E, a partir do momento que uma pessoa física presta serviços de natureza não eventual a alguém, sob a dependência deste e mediante salário, ele passa a ser um empregado e, o empresário, o empregador dele. A transformação do agente econômico em empregador lhe fornece poderes que vão além do gerenciamento da atividade econômica, ele passa a gerenciar também a mão de obra que escolheu para trabalhar em sua empresa e atingir, junto com ele, seus objetivos econômicos. A relação entre empregado e empregador consolida-se com o contrato de trabalho que será o propulsor de direitos e obrigações entre as duas partes contratantes.

O artigo 2º da Consolidação das Leis do Trabalho¹² dispõe que o empregador, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviço. O artigo 3º deste mesmo Código aduz que o empregado prestará serviço mediante dependência ao empregador. É com base nestes dois dispositivos que é garantido ao empregador o poder diretivo com o qual comanda a sua empresa e os seus empregados.

Delgado¹³ destaca que:

O poder diretivo é o conjunto de prerrogativas asseguradas pela ordem jurídica e tendencialmente concentradas na figura do empregador, para o contexto no conjunto da relação de emprego. Pode ser conceituado, ainda, como o conjunto de prerrogativas com respeito à direção, regulamentação, fiscalização, e disciplinamento da economia interna e correspondente à prestação de serviços.

Através do ponto de vista do doutrinador Nascimento¹⁴, encontra-se a seguinte definição para o que vem a ser poder de direção:

¹¹ NEGRÃO, Ricardo. **Manual de Direito Comercial e de Empresa** – Teoria Geral da Empresa e Direito Societário. 9. ed, São Paulo: Saraiva, 2012. p. 70.

¹² BRASIL. **Consolidação das Leis do Trabalho**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm > Acesso em 16 de agosto de 2016.

¹³ DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 14. ed. São Paulo: LTr, 2015. p. 710.

¹⁴ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de Direito do Trabalho**. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 694.

[...] a faculdade atribuída ao empregador para o fim de determinar o modo como a atividade do empregado, em decorrência do contrato de trabalho, deve ser exercida. O poder de direção manifesta-se mediante três principais formas: o poder de organização, o poder de controle sobre o trabalho, e o poder disciplinar sobre o empregado.

Neste mesmo sentido, ainda sobre o conceito de poder diretivo do empregador, Martins¹⁵ aduz que:

[...] o poder diretivo do empregador é a forma como o mesmo define a maneira como serão desenvolvidas as atividades do empregado em decorrência do trabalho. Que o poder de direção não é só o de organizar, como também de controlar e disciplinar o trabalho, de acordo com os fins do empreendimento. Destaca, ainda, que dentro do poder de direção existe a possibilidade de o empregador regular o trabalho do empregado através da elaboração do regulamento da empresa.

Ao se tratar da natureza jurídica do poder diretivo, destacam Mikos e Villatore¹⁶ “é um direito subjetivo de crédito, pois é através dele que empregador se beneficia do trabalho do empregado”. Acrescentam ainda, que esta natureza jurídica pode ser consubstanciada num fato jurídico, ao passo em que decorre de uma transformação, qual seja, de agente econômico em empregador.

Quanto aos aspectos desse poder diretivo, alguns doutrinadores, nesse rol encontram-se nomes como Nascimento (2011) e Delgado (2015), defendem a teoria que o poder diretivo se desdobra em poder de organização, poder de controle ou de fiscalização e poder disciplinar ou sancionador.

O poder de organização consiste na faculdade atribuída ao empregador de determinar segundo suas convicções como funcionará sua empresa, em todos os âmbitos, para que se atinja seu objetivo econômico. Como ensina Nascimento, compete ao empregador organizar a sua atividade, estrutura de cargos, definir padrões de remuneração, carreiras e critérios de promoção, estes, alternativamente, por merecimento e antiguidade.¹⁷

¹⁵ MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito do Trabalho**. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 193

¹⁶ MIKOS, Nádya Regina de Carvalho; VILLATORE, Marco Antônio César. Poderes do empregador: do uso ao abuso e suas consequências socioeconômicas, p. 81. In: GARCIA, Gustavo Felipe Barbosa; ALVARENGA, Rúbia Zanotelli (Org). **Direito do Trabalho e Direito Empresarial sob o enfoque dos direitos fundamentais**. São Paulo: LTr, 2015, p. 79-86.

¹⁷ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de Direito do Trabalho**. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 436.

O autor supra mencionado complementa ensinando que “ao empregador cabe dar a unidade ao empreendimento, moldando para que cumpra as diretrizes a que se propõe”. E, ainda, “cabe ao empregador determinar as normas de caráter técnico às quais o empregado está subordinado”.¹⁸

Já o poder de controle ou de fiscalização, nas palavras de Delgado¹⁹ consiste no “conjunto de prerrogativas dirigidas a propiciar o acompanhamento contínuo da prestação do trabalho e da própria vigilância efetivado ao longo do espaço empresarial interno”.

Através do poder de controle é que o empregador pode fiscalizar se as atividades que estão sendo realizadas pelo empregado estão em conformidade com o que está disposto no contrato de trabalho. Este poder é inerente ao empregador, uma vez que é um de seus principais interesses o bom andamento da empresa, com todos os empregados exercendo de maneira correta suas funções. Para Nascimento²⁰:

O poder de controle dá ao empregador o direito de fiscalizar o trabalho do empregado. A atividade deste, sendo subordinada e mediante direção do empregador, não é exercitada de modo que o empregado pretende, mas daquele que é imposto pelo empregador.

O poder disciplinar demonstra-se quando, na ocasião em que desobedecer ao previsto na regulamentação em âmbito da empresa, o empregado sofre sanções estabelecidas no próprio regulamento ou no ordenamento jurídico geral, como forma de punição. A CLT²¹, ao prevê os motivos da dispensa por justa causa (art. 482), em situações como ato de indisciplina e insubordinação, incontinência de conduta, entre outros, fundamenta esse poder disciplinar do empregador.

Ainda sobre o poder disciplinar, este pode ser considerado não só como repressivo, mas também como um fator inibitivo à prática de atos que venham a gerar problemas para a empresa e sua repreensão.

Diante das considerações feitas acerca do poder diretivo, verifica-se uma tendência a relacionar este poder do empregador com a subordinação do empregado, pois evidencia-se um poder de comando do empregador sobre as

¹⁸ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de Direito do Trabalho**. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 695-696.

¹⁹ DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 14. ed. São Paulo: LTr, 2015. p. 714.

²⁰ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. Op. Cit., p. 697.

²¹ BRASIL. **Consolidação das Leis do Trabalho**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/De15452.htm > Acesso em: 17 de agosto de 2016.

atividades desempenhadas pelo empregado e também pelo seu comportamento na empresa.

2.3 A SUBORDINAÇÃO COMO ELEMENTO CARACTERÍSTICO DO CONTRATO DE TRABALHO

A subordinação ou a dependência do empregado em relação ao seu patrono surge a partir da assinatura do contrato de trabalho, momento em que o empregado passa a tutela da sua força de trabalho para o dono da empresa e, agora, seu empregador.

O contrato de trabalho encontra-se previsto na Consolidação das Leis do Trabalho²², em seus artigos 442 e 443. Estes dispositivos asseveram que o contrato de trabalho é um acordo expresso ou tácito, correspondente à relação de emprego. O mesmo pode ainda ser feito de maneira verbal ou por escrito e por prazo determinado ou indeterminado.

Em relação à conceituação de contrato de trabalho pela doutrina, Nascimento²³ o define como “*a relação jurídica de natureza contratual tendo como sujeitos o empregado e o empregador e como objeto o trabalho subordinado, continuado e assalariado*”.

Delgado²⁴ aduz que trata-se de “*negócio jurídico expresso ou tácito mediante o qual uma pessoa natural obriga-se perante pessoa natural, jurídica ou ente despersonalizado a uma prestação pessoal, não eventual, subordinada e onerosa de serviços*”. Diz ainda que:

[...] é um pacto de Direito Privado, em primeiro lugar. É contrato sinalagmático, além de consensual, e celebra-se intuito personae quanto ao empregado. É ele, ainda, pacto de trato sucessivo e de atividade. Finalmente, é contrato oneroso, dotado também de alteridade, podendo, além disso, ser acompanhado de outros contratos acessórios.

²² BRASIL. **Consolidação das Leis do Trabalho**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm > Acesso em: 17 de agosto de 2016.

²³ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de Direito do Trabalho**. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 869.

²⁴ DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 14. ed. São Paulo: LTr, 2015. p. 543/546.

Apesar da existência dos demais elementos que compõem o conceito de contrato de trabalho, a subordinação é considerada como a principal. Uma vez que, em âmbito jurídico, pode haver diversos tipos de contratos, inclusive de prestação de serviços, mas apenas os que se caracterizam pela presença do trabalho subordinado são objetos do direito do trabalho. O conceito de subordinação é considerado elemento divisor do trabalho e atrativo da esfera da relação de emprego²⁵.

Para enriquecer o entendimento do autor supracitado, este ainda assevera, ao tratar dos elementos que formam os contratos, que a subordinação é a característica a mais que deve estar presente no contrato de emprego, que o diferencia dos demais existentes no âmbito do direito do trabalho, como os de trabalho não subordinados ou de tratamento fora da relação de emprego²⁶.

A subordinação expressa uma ideia de dependência de uma parte em relação a outra, ou seja, de submissão. Essa subordinação pode ser considerada como jurídica. Pois não há que se falar em subordinação técnica, uma vez que é possível, não raras vezes, que o empregado tenha mais conhecimento sobre o trabalho que o seu patrono. Um exemplo a ser citado são as indústrias farmacêuticas, que contratam especialistas com um alto nível de conhecimento sobre o seu ramo de atividade.

Poderia se falar em subordinação econômica, já que o empregado depende do salário pago em contrapartida ao seu trabalho. Apesar da maioria das relações entre patronos e empregados, aqueles possuem uma melhor condição que estes, pode haver situações que isso não seja uma verdade absoluta. Desta maneira essa denominação não conseguiria abranger todas as situações existentes.

Devido a estes motivos que o mais correto a se falar é de uma subordinação jurídica, pois é através de um negócio jurídico (contrato de trabalho), que uma pessoa natural coloca a disposição de outra sua força de trabalho, e passa a cumprir o que esta deseja para a sua empresa. Nascimento²⁷ ensina que o conceito de subordinação jurídica nasceu concomitantemente com as leis trabalhistas, uma vez que estas conferiram direitos aos obreiros. A partir daí, aduz o autor: “O homem, no trabalho prestado para outro indivíduo, foi considerado um *sujeito de direitos*. Não

²⁵ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de Direito do Trabalho**. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 558.

²⁶ *Ibidem*. p. 547.

²⁷ *Ibidem*. p. 559.

mais a sua pessoa subordinou-se, mas a sua *energia de trabalho* foi posta à disposição do subordinante”.

Diante das considerações sobre a subordinação, percebe-se que ela diferencia-se da concepção de trabalho autônomo, pois os mesmo caracteriza-se pela prestação do serviço por conta própria, e não decorre de ordens emanadas por outras pessoas, ou seja, não encontra-se condicionada ao poder diretivo por parte de outrem. O dono do poder diretivo é o próprio trabalhador, que coordena, planeja e executa suas atividades e, assim, autodirige-se.

A concepção acerca do contrato de trabalho girava em torno desses dois elementos, quais sejam, subordinação e autonomia. Considerava-se que se o trabalho não fosse subordinado, ele seria autônomo. Porém, a partir do surgimento de novas modalidades de trabalho no decorrer do tempo, sentiu-se a necessidade de uma adequação desta concepção, para que o direito do trabalho não ficasse alheio a essas novas formas jurídicas de trabalho e, desta maneira, passasse a dispensar proteção a esses grupos.

Foi a partir dessa necessidade que surgiu a concepção tricotômica ou trinária, a qual, além da subordinação e da autonomia, encontra-se a parassubordinação. Em suas obras, Nascimento²⁸ explica a importância da teoria da parassubordinação para o direito do trabalho:

[...] considerada capaz de explicar as modificações recentes da divisão jurídica do trabalho, pois, pela sua amplitude, pode reunir diversas formas de trabalho nos diferentes setores econômicos do mundo atual e as novas formas organizativas empresariais compatibilizadas com o número crescente de trabalhadores não empregados, que exigem proteção porque estão fora do sistema legal vigente e se encontram na economia informal [...]

O trabalho parassubordinado, estaria localizado entre o subordinado e o autônomo. Eles ocorrem quando não é possível identificar com todas as suas características se está diante de um trabalhador subordinado ou de um autônomo. É possível identificar no rol desses trabalhadores, exemplos como o dos profissionais liberais.

²⁸ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de Direito do Trabalho**. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 216.

Acerca da aplicação da legislação trabalhista para esta categoria de trabalhadores, esclarece Nascimento²⁹ que quanto mais este trabalho tiver características preponderantes do subordinado, mais fácil será enquadrá-lo como tal. A não ser que elaborem uma norma própria para eles, o que seria essencial no Brasil.

A partir das considerações supracitadas e dos artigos 2º e 3º da CLT³⁰, torna-se claro a existência da subordinação na relação empregatícia e que o contrato de trabalho não existe sem ela. A subordinação é, pois, a outra vertente do poder diretivo do empregador. Ao passo em que é a partir da subordinação do empregado que este se compromete a acolher as ordens emanadas do seu patrono, através do poder de direção empresarial, na maneira como vai prestar os seus serviços.

Contudo, a subordinação do empregado ao empregador, que como foi visto, surge a partir do poder de direção que estes exercem sobre aqueles, apresenta limites que devem ser respeitados. Uma vez que os empregados são titulares dos direitos de personalidade, que não podem desaparecer frente a sua disposição ao empregador. Em outras palavras, o que está sob o poder do empregador é a força de trabalho e não os direitos dos empregados enquanto seres humanos. Sobre esses direitos inerentes à condição humana, eles serão estudados adiante, principalmente quando relacionados ao ambiente laboral, dada a importância jurídica deles.

²⁹ *Ibidem*. p. 560.

³⁰ BRASIL. **Consolidação das Leis do Trabalho**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/De15452.htm > Acesso em: 17 de agosto de 2016.

3. OS DIREITOS DA PERSONALIDADE NAS RELAÇÕES DE TRABALHO

Levando-se em apreço o que foi visto anteriormente, é garantido pelo ordenamento jurídico brasileiro, através da Consolidação das Leis do Trabalho, o poder de direção ao empregador na relação de trabalho, uma vez que, a partir da contratação, ele é possuidor da força de trabalho do empregado. Contudo, da mesma maneira que a aquele é garantido tal poder, os obreiros também contam com garantias fundamentais que a eles são asseguradas, para que seja preservada a sua dignidade.

Para serem conquistados tais direitos, e se configurarem de maneira positivada, não foi simples nem repentinamente, foram necessários anos de lutas e revoluções da sociedade. A origem dessas garantias advém da própria condição humana, ou seja, tratam-se de prerrogativas que já estão atreladas a natureza da pessoa desde seu nascimento, além de serem dotados de vários atributos que asseguram seu estado de inviolabilidade e de difícil reparação.

Desta maneira, faz-se necessário para este estudo observar tais direitos, e assim compreender a maneira como as garantias fundamentais do trabalhador encontram-se inseridas na relação entre os atores laborais, uma vez que sendo considerado sujeito do contrato, o empregado deve ter, além de seus direitos trabalhistas, também sua dignidade respeitada pelo empregador e, desta maneira, não seja sobreposta pelo poder de direção deste.

3.1 CONCEITUAÇÃO, CARACTERÍSTICAS E NATUREZA JURÍDICA

No decorrer da evolução histórica da sociedade, houve a necessidade de positivar direitos que protegessem a pessoa humana, com o fim de tornar a sociedade mais justa para todos. Muitas foram as mobilizações, as divergências, as modificações e as conquistas sociais para que todos pudessem compreender que era preciso proteger o bem mais precioso do ser humano, e que ele deveria estar acima de qualquer outro: o bem da vida, e a possibilidade de usufruí-lo com dignidade.

É neste contexto que surgem os direitos humanos, não de maneira repentina, mas construída ao longo dos anos através da atuação humana para isso. Alguns doutrinadores consideram direitos humanos e direitos fundamentais como se tratando da mesma coisa, até pela amplitude que estes direitos conseguem abranger. Conforme ensina Canotilho³¹, há uma sensível diferença que merece ser observada:

As expressões direitos do homem e direitos fundamentais são frequentemente utilizadas como sinônimas. Segundo a sua origem e significado poderíamos distingui-las da seguinte maneira: direitos do homem são direitos válidos para todos os povos e em todos os tempos; direitos fundamentais são os direitos do homem, jurídico-institucionalmente garantidos e limitados espácio-temporalmente. Os direitos do homem arrancaríamos da própria natureza humana e daí o seu caráter inviolável, intertemporal e universal; os direitos fundamentais seriam os direitos objetivamente vigentes numa ordem jurídica concreta.

Sobre essa diferença, Masson³² explica que ela está relacionada ao plano em que os direitos são consagrados:

Enquanto os direitos humanos são identificáveis tão somente no plano contrafactual (abstrato), desprovidos de qualquer normatividade, os direitos fundamentais são os direitos humanos já submetidos a um procedimento de positivação, detentores, pois, da exigência de cumprimento (sanção), como toda e qualquer outra norma jurídica.

Portanto, os direitos humanos estão relacionados àqueles próprios da condição humana, contudo sem deixar de considerar os que vão surgindo ao passo em que a sociedade vai sofrendo transformações, uma vez que a essência dos direitos humanos está em, justamente, ser construído pelo tempo e, conseqüentemente, pelas mudanças que a sociedade passa, em todos os seus âmbitos, seja ele político, social ou econômico. Eles, ainda, têm o condão de proteger a pessoa humana tanto individualmente quanto quando a mesma está inserida no convívio com a sociedade.

Enquanto sobre os direitos fundamentais, Romita³³ propõe o seguinte entendimento:

³¹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1998. p. 259.

³² MASSON, Nathália. **Manual de Direito Constitucional**. 3. ed. Bahia: JusPodivm, 2015. p. 194.

³³ ROMITA, Arion Sayão. **Direitos Fundamentais nas relações de trabalho**. 5. ed. 2014, São Paulo: LTr, 2014. p. 53.

[...] 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. Poderiam ser acrescentadas as notas acidentais de exigência do respeito a essas garantias por parte dos demais homens, dos grupos e do Estado e bem assim a possibilidade de postular a efetiva proteção do Estado em caso de ofensa.

Aduz ainda o autor supracitado, que os direitos fundamentais apresentam uma dupla face³⁴:

[...] quanto ao indivíduo, constituem um instrumento de proteção poderoso; do lado do Estado, são um fator de repressão e de limitação de poderes, porquanto os poderes do Estado são compelidos a respeitá-los, por força do disposto na Constituição.

Neste mesmo sentido, os autores Araújo e Nunes Júnior³⁵, ensinam que:

Os direitos fundamentais podem ser conceituados como a categoria jurídica instituída com a finalidade de proteger a dignidade humana em todas as dimensões. Por isso, tal qual o ser humano, tem natureza polifacética, buscando resguardar o homem na sua liberdade (direitos individuais), nas suas necessidades (direitos sociais, econômicos e culturais) e na sua preservação (direitos relacionados à fraternidade e à solidariedade).

Sobre os direitos fundamentais, Silva³⁶, por sua vez, preleciona:

[...] princípios que resumem a concepção do mundo e informam a ideologia política de cada ordenamento jurídico, é reservada para designar, no nível do direito positivo, aquelas prerrogativas e instituições que ele concretiza em garantias de uma convivência digna, livre e igual de todas as pessoas.

O autor supracitado ainda ensina sobre a importância de tais direitos que, trata de situações jurídicas sem as quais a pessoa humana não se realiza, não convive e, às vezes, nem mesmo sobrevive.

Diante da maneira que diversos autores abordam esses direitos, o que entende-se, em linhas gerais é que, além de protegerem a dignidade da pessoa humana, estas prerrogativas estão ligadas diretamente ao estado, pois exige dele

³⁴ ROMITA, Arion Sayão. **Direitos Fundamentais nas relações de trabalho**. 5. ed. São Paulo: LTr, 2014. p. 57

³⁵ ARAUJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Curso de Direito Constitucional**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 109-110.

³⁶ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 37ª ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 180.

uma conduta positiva em relação a elas, tal como a positivação da conquista dos direitos humanos.

Em relação à posição do estado, o reconhecimento e a positivação de tais direitos, foi uma longa jornada até o que se considera atualmente. No século XIX, havia uma preocupação demasiada com a economia e o patrimônio, daí porque os códigos daquela época eram totalmente voltados à proteção da propriedade e dos direitos individuais.

Os direitos sociais ganharam importância no século XX, com o advento da Segunda Guerra Mundial, a qual foi responsável por grandes mudanças em todas as esferas, ao redor do mundo. A partir daí os estados precisaram realizar reformas legislativas, para conseguir acompanhar esta evolução, pois seus antigos códigos não eram mais capazes de abarcar todas as novas situações jurídicas. Uma vez que os mesmos eram estritamente ligados aos interesses dos particulares, e não do estado social que acabara de nascer. Em seus ensinamentos Romita³⁷ esclarece essa mudança:

Em sua natural evolução, o Estado Contemporâneo assume a forma de Estado Social de Direito, que não pode ser concebido apenas do ponto de vista formal, mas deve ser entendido em sentido material, capaz de adotar políticas públicas que atendam às demandas sócias emergentes. Ele deve garantir a justiça social, o que significa, ao tempo em que respeita o ordenamento jurídico, promover o desenvolvimento da pessoa humana.

Por estarem relacionados à proteção do ser humano, os direitos fundamentais estão atrelados às mudanças que ocorrem na sociedade. Por isso, eles são divididos em gerações, pode-se falar em 4: Nos direitos de primeira geração, encontram-se aqueles relacionados aos direitos de liberdade, são os direitos individuais, de natureza civil e política, surgiram no final do século XVIII e XIX. Estão entre esses direitos, por exemplo: o direito à vida, justiça, liberdade de pensamento, propriedade privada, segurança, expressão, locomoção, crença, voto, entre outros.

Os direitos de segunda geração são os direitos sociais, culturais e econômicos, que visam acentuar a igualdade entre as pessoas. Sobre estes direitos Masson³⁸ explica que “são, usualmente, denominados de ‘direitos de bem-estar’,

³⁷ ROMITA, Arion Sayão. **Direitos Fundamentais nas relações de trabalho**. 5. ed. São Paulo: LTr, 2014. p. 56.

³⁸ MASSON, Natália. **Manual de Direito Constitucional**. 3. ed. Bahia: JusPodivm, 2015. p. 192.

uma vez que pretendem ofertar os meios materiais imprescindíveis para a efetivação dos direitos individuais”.

Já na terceira geração, encontram-se os direitos de fraternidade ou de solidariedade. Tais direitos englobam, por exemplo, o direito ao desenvolvimento, ao meio ambiente, à paz, à comunicação, entre outros. A quarta geração dos direitos fundamentais surgiu a partir da globalização, e nela são consagrados direitos como, à democracia, ao pluralismo, à informação.

Apreciando os direitos fundamentais de primeira geração, àqueles que versam sobre a liberdade e os direitos individuais do ser humano, destes derivam os chamados direitos da personalidade, consagrados pelo Direito Civil, no capítulo II de seu Código. O renomado doutrinador Nader³⁹ considera que este é decorrente daquele, pois ambos visam proteger unicamente a condição humana, com fulcro em sua personalidade.

Diniz⁴⁰, a seu turno, esclarece que os direitos da personalidade devem ser considerados levando-se em consideração dois prismas: o axiológico e o objetivo. No prisma axiológico, conclui pela materialização dos direitos fundamentais dos indivíduos; e o objetivo, está relacionado às previsões legais, constitucionais ou não, que funcionaria como limitador ao poder público, que, por sua vez, deve atuar no amparo aos direitos da personalidade.

Tais direitos estão presentes na Constituição Federal de 1988⁴¹ em vários incisos de seu artigo 5º, como também no Código Civil de 2002⁴². Faz-se mister frisar que o rol apresentado tanto na Constituição quanto no Código Civil não são exaustivos, pois, de acordo com o entendimento já visto em relação aos direitos humanos, as hipóteses envolvendo a dignidade não cessam de aparecer de acordo com a evolução da sociedade.

Esses direitos inerentes à pessoa são detentores de algumas características que os tornam singulares. Desta maneira, os direitos da personalidade são:

³⁹ NADER, Paulo. **Curso de Direito Civil: Parte Geral**. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

⁴⁰ DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil brasileiro: teoria geral do direito civil**. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. V.1. p. 119.

⁴¹ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm> Acesso em: 01 de setembro de 2016.

⁴² BRASIL. **Código Civil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm> Acesso em: 01 de setembro de 2016.

absolutos, gerais, extrapatrimoniais, indisponíveis, imprescritíveis, impenhoráveis e vitalícios.

Considera-se *absolutos* uma vez que tem efeito em todos os campos e impõe-se à coletividade. Relacionando-se, desta maneira, com a *indisponibilidade*, pois nem por sua vontade o indivíduo pode desfazer-se desses direitos, o que também os tornam *impenhoráveis*. São ditos como *gerais*, devido a, simplesmente pelo fato de existirem, todos têm assegurados esses direitos. São também *extrapatrimoniais*, dada a ausência de conteúdo patrimonial nesses direitos. A *imprescritibilidade* também é uma de suas características, pois ele não se extingue com o tempo, não há prazo para seu exercício. Assim como *vitalícios*, já que são inatos e permanentes.

Em relação à natureza jurídica dos direitos de personalidade, levando-se em consideração os ensinamentos de Gagliano e Pamplona Filho⁴³, os autores afirmam primeiramente, que a tese que considerava esses direitos como subjetivo foi afastada, por ser muito extremista. Em contrapartida, a tese mais bem vista atualmente aduz que tratam-se de poderes que o homem exerce sobre a sua própria pessoa, tendo como por objeto as projeções físicas, psíquicas e morais, considerando em si mesmo, e em sociedade.

Diz ainda os autores supracitados, acerca dos fundamentos jurídicos desses direitos que há duas correntes que concorrem. São elas: a corrente positivista, que considera direitos da personalidade somente aqueles que o Estado reconhecem, pois teriam força jurídica; e a corrente jusnaturalista, que toma por base a ideia que tratam-se de direitos que estão relacionados as faculdades que o homem exerce naturalmente, sendo, pois, inerentes a ele.

Os direitos de personalidade ainda encontram-se divididos através de uma classificação que pode variar, em busca de uma melhor compreensão sobre estes, de acordo com a doutrina que venha a apresenta-la. Serão estudados adiante alguns desses direitos, como por exemplo: à igualdade, à honra e à imagem, à liberdade de pensamento, etc. Momento em que se apresentarão associados às relações de trabalho, com o intuito de melhor conduzir a leitura ao objeto deste trabalho.

⁴³ GAGLIANO, Pablo Stolze e PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil**, volume 1: Parte Geral. 14. ed., São Paulo: Saraiva, 2012. p. 184/186.

3.2 AS GARANTIAS FUNDAMENTAIS COMO MEIO DE PROTEÇÃO AO EMPREGADO

Em seu artigo 170, a Constituição Federal de 1988⁴⁴ dispõe acerca da ordem econômica, que deverá ser fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, garantindo, desta maneira, uma existência digna a todos, conforme os ditames da justiça social. A Carta Magna considera, portanto, que a livre iniciativa e valorização do trabalho humano tratam-se de valores equitativamente dispostos e, por isso, deverão ser exercidos de maneira que um não se sobreponha ao outro.

Embora o poder de direção seja garantido e inerente à atividade do empregador, ele não pode ser exercido de maneira absoluta, diante da subordinação do empregado, pois, como foi visto, o fato de estar subordinado não significa abdicar de seus direitos enquanto seres humanos, mas subordinar sua atividade profissional.

Apesar de o ordenamento jurídico brasileiro ainda não apresentar dispositivos que regulem o exercício do poder diretivo e seus limites nas relações de trabalho, isso não implica numa prerrogativa de poder absoluto, pois os trabalhadores, apesar do estado de subordinação, são titulares de suas garantias fundamentais.

É neste sentido que o doutrinador Romita⁴⁵, ensina que:

É certo que o objeto do contrato de trabalho não é a pessoa do trabalhador, mas sua atividade. Não menos certo, porém, é que não se pode separar o trabalho da pessoa daquele que o presta. A impossibilidade de separar o trabalho da pessoa do trabalhador é o primeiro dado sobre o qual se baseia o critério objetivo que caracteriza a subordinação. Fácil é concluir, portanto, que na execução do contrato de trabalho, o empregado reúne a dupla qualidade de titular de direitos fundamentais que lhe assistem como cidadão e de titular de direitos fundamentais aplicáveis estritamente no âmbito da relação de emprego. Ao inserir sua atividade laborativa na organização empresarial, o trabalhador adquire direitos decorrentes dessa nova posição jurídica, sem perder, contudo, aqueles de que era titular anteriormente. Em suas relações com o empregador, o trabalhador tem direitos que lhe assistem como pessoa.

Sob essa mesma perspectiva, o escritor francês Lyon-Caen e Vacarie⁴⁶ aduzem que ao estar inserido em uma relação de emprego, o trabalhador irá

⁴⁴ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm> Acesso em: 07 de setembro de 2016.

⁴⁵ ROMITA, Arion Sayão. **Direitos Fundamentais nas relações de trabalho**. 5. ed. São Paulo: LTr, 2014. p 241/242.

desfrutar concomitantemente de diversas garantias enquanto ser humano. E, ainda que, submetido ao poder diretivo do empregador, quando se encontra em seu local de trabalho, ele conserva sua qualidade de “homem livre”, uma vez que a relação de emprego não tem o condão de privar-lhe de seus direitos fundamentais.

Por conseguinte, é que considera-se dever do empregador tratar dignamente seus empregados, respeitando sua personalidade, uma vez que esta obrigação é reconhecida por força da assinatura do contrato de trabalho.

Nas palavras de Romita⁴⁷:

Esta é, de fato, a obrigação básica do empregador, decorrente do reconhecimento da existência de direitos fundamentais do trabalhador, como sujeitos de um contrato de trabalho. No âmbito da relação de trabalho, os direitos fundamentais correspondem à projeção da dignidade da pessoa humana na disciplina jurídica do contrato.

Desta maneira, o poder de direção do empregador tem que respeitar os direitos do empregado enquanto ser dotado de dignidade, de maneira que não interfira na vida privada, na liberdade, na integridade, entre outros direitos.

Por estarem diretamente relacionados à dignidade humana, podem aparecer novas perspectivas desses direitos a todo o momento, não se tratando de direitos que se esgotam em possibilidades.

A seguir, uma análise sobre os que mais se destacam, inclusive quanto à sua relação com o ambiente laboral. Dado que é neste cenário que poderão ocorrer colisões com o poder de direção do empregador, pois a ele estará subordinado pela condição de empregado.

3.2.1 Igualdade (Não discriminação)

Discriminar é o ato de tratar alguém ou um grupo de pessoas, de maneira desigual e injusta. É uma espécie de tratamento preconceituoso, que visa segregar. A discriminação também pode ser observada quando dá-se tratamento diferente a pessoas iguais, ou inseridas em uma mesma situação.

⁴⁶ LYON-CAEN; VACARIE *apud* ROMITA, Arião Sayon. **Direitos Fundamentais nas relações de trabalho**. 5. ed. São Paulo: LTr, 2014. p. 243.

⁴⁷ ROMITA, Arion Sayão. **Direitos Fundamentais nas relações de trabalho**. 5. ed. São Paulo: LTr, 2014. p. 245.

Cardone⁴⁸ considera que a discriminação pode ser positiva ou negativa, a doutrinadora ensina da seguinte maneira:

Quando norma jurídica emite um comando que determina uma medida diferente e mais favorável para certos empregados, diz-se que a discriminação é positiva. [...] Na hipótese inversa (discriminação negativa), a vedação de discriminação constitui modalidade de realização prática da noção de justiça, pois nada mais injusto se pode imaginar do que tratar de modo desigual alguém, em confronto com os demais situados em posições iguais, com o resultado da privação de direitos.

Faz-se mister frisar que a prática da discriminação positiva é válida e muito corriqueira no direito do trabalho. Ao passo que, em âmbito trabalhista, se faz necessário essas diferenciações quando disciplina situações como o trabalho da mulher ou o do adolescente, entre outras.

Observa-se essa diferenciação quando ao adolescente é vedado pela Constituição Federal em seu artigo 7º, inciso XXXIII, exercer tarefas em período noturno, perigosas ou em local insalubre⁴⁹. Quanto às mulheres, um exemplo de discriminação positiva que pode ser citado consta na CLT em seu artigo 384, o qual estabelece que em caso de prorrogação do horário normal, será obrigatório um descanso de 15 (quinze) minutos no mínimo, antes do início do período extraordinário de trabalho⁵⁰.

No ordenamento jurídico brasileiro é possível encontrar diversos dispositivos que têm como objetivo coibir a prática da discriminação entre as pessoas, na tentativa de criar uma sociedade menos desigual. Como também, visa a proteger os direitos fundamentais, prerrogativas inerentes à pessoa humana.

Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

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

⁴⁸ CARDONE *apud* ROMITA, Arion Sayão. **Direitos Fundamentais nas relações de trabalho**. 5. ed. São Paulo: LTr, 2014. p. 354.

⁴⁹ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm> Acesso em: 07 de setembro de 2016.

⁵⁰ BRASIL. **Consolidação das Leis do Trabalho**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/De15452.htm> Acesso em: 07 de setembro de 2016.

I - homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição.

O artigo 5º da Constituição Federal consagra o princípio da isonomia, que considera todos iguais perante a lei, inclusive os estrangeiros que residem no Brasil⁵¹. Este princípio ganha especial visibilidade na relação de emprego, principalmente em questões envolvendo remunerações, por exemplo, as já conhecidas diferenças salariais entre homens e mulheres que exercem as mesmas funções, e por uma questão de gênero, a mulher vem a receber menos.

Práticas como dá publicidade a condições que discriminem possíveis candidatos a uma vaga de emprego são proibidas, quando, por exemplo, se faz menção a características físicas dos possíveis candidatos em um anúncio. Como se vê no artigo 373-A, inciso I, da CLT, que veda “publicar ou fazer publicar anúncio de emprego no qual haja referência ao sexo, à idade, à cor ou situação familiar, salvo quando a natureza da atividade a ser exercida, pública e notoriamente, assim o exigir”⁵².

Como foi visto no dispositivo acima, tal proibição de discriminar pode ocorrer também na fase pré-contratual, na qual os atores laborais ainda não chegaram a assinar o contrato de trabalho, logo, ainda não se configurou o vínculo jurídico entre eles, apenas deve existir, nesta fase, a boa-fé. Diante disso, o que observa-se é que a prática de não discriminar pode configurar-se em todas as fases da relação de emprego.

3.2.2 Intimidade e vida privada

O direito à intimidade significa a prerrogativa que o ser humano tem de não dividir a sua vida, e/ou informações sobre ela, com os demais. É, pois, o direito de estar só.

Os dois institutos, intimidade e vida privada, são considerados direitos da personalidade e, encontram-se positivados no artigo 5º, inciso X, da Constituição Federal. Assim é que muito se discute sobre a diferença entre intimidade e vida

⁵¹ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm> Acesso em: 07 de setembro de 2016.

⁵² BRASIL. **Consolidação das Leis do Trabalho**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/De15452.htm> Acesso em: 09 de setembro de 2016.

privada, uma vez que a Constituição emprega os dois, demonstrando que são, de fato, situações distintas. Romita⁵³ esclarece essa diferença no contexto da relação de trabalho, propondo:

A esfera da intimidade é a interior, a de raio menor: envolve, como vimos, os aspectos mais recônditos da vida do trabalhador, aqueles que deseja guardar só para si, isolando-o da intromissão do empregador. Já a esfera da vida privada é a mais ampla, sobrepõe-se à da intimidade, tem raio maior do que a primeira: nela se encaixam os aspectos que dizem respeito à privacidade do trabalhador.

Gagliano e Pamplona Filho entendem que a vida privada é entendida como a vida particular da pessoa natural, compreendendo como uma de suas manifestações o direito à intimidade⁵⁴. A vida privada ainda conta com sua tutela jurídica consagrada no artigo 21 do Código Civil de 2002⁵⁵.

Em suas obras, Barros, por sua vez, destaca a dificuldade que é associar o poder diretivo do empregador com o direito à intimidade do empregado, pois entre o exercício legítimo do empregador buscando uma boa administração e a invasão à intimidade do empregado, verifica-se uma linha bastante tênue⁵⁶.

Na prática, ações desenvolvidas pelo empregador como: revistas pessoais em bolsas, limites para usar o banheiro, exigência de determinados exames, como o de gravidez, divulgação de informações sigilosas, podem se materializar como violação dos direitos dos empregados à vida privada e à intimidade.

Ainda na esfera da intimidade e da privacidade, um problema do mundo moderno vem sendo bastante discutido desde o seu surgimento: a questão do uso da internet no ambiente de trabalho e sua relação com o sigilo das comunicações, principalmente, a virtual.

O que se vê é o desejo das empresas, em cada vez mais, controlar esses instrumentos para prevenir os desvios das funções de seus empregados para fins particulares e alheios ao trabalho, porém isso deve ser apreciado de maneira relativa, observando as circunstâncias de cada caso.

⁵³ ROMITA, Arion Sayão. **Direitos Fundamentais nas relações de trabalho**. 5. ed. São Paulo: LTr, 2014. p. 323.

⁵⁴ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil**, volume 1: parte geral. 14. ed., São Paulo: Saraiva, 2012. p. 218.

⁵⁵ BRASIL. Código Civil. Disponível em: <
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm > Acesso em: 09 de setembro de 2016.

⁵⁶ BARROS, Alice Monteiro de. **Proteção à Intimidade do empregado**. São Paulo: LTr, 1997. p. 33.

3.2.3 Honra e imagem

A honra encontra-se relacionada à boa fama das pessoas em relação às outras, ou como a sociedade enxerga o indivíduo e, desta maneira, o respeito que cada um conquista da sociedade. A honra pode ser tanto o valor da pessoa para os outros, quanto nos sentimentos da própria pessoa sobre si mesma.

Barros⁵⁷ explica:

Distingue-se, claramente, nesse conceito, o **aspecto objetivo e o subjetivo da honra**. O primeiro consiste na valoração de nossa personalidade feita pelos membros da sociedade; é a boa reputação que compreende a estima política, profissional, artística, comercial, literária, e de outros âmbitos de respeitabilidade. Traduz respeito e apreço concedido por terceiro à personalidade de um sujeito. O segundo aspecto é o sentimento de dignidade pela própria pessoa. É a autoestima. A honra subjetiva se identifica, portanto, com o sentimento que a pessoa tem de sua própria dignidade.

A honra constitui um direito de personalidade e, em uma relação de trabalho, é possível que haja ofensas à honra do empregado por parte do empregador, em todas as fases contratuais, inclusive após a extinção do vínculo.

O artigo 5º, inciso X, da Constituição Federal, considera a inviolabilidade da honra; enquanto o inciso V, também do artigo supracitado, refere-se à indenização moral e material, que a violação à honra de qualquer pessoa, ensejará.

Quanto à imagem, esta garantia de proteção encontra-se disciplinada também no artigo 5º, inciso X, da Constituição Federal/88, assim como no Código Civil, em seu artigo 20, o qual dispõe que, “salvo se autorizadas, ou necessárias à administração da justiça ou à ordem pública, é proibido expor e utilizar a imagem de outra pessoa, podendo este uso ensejar em uma indenização”.

A imagem, portanto, é digna de proteção jurídica, e pode ser considerada, segundo os ensinamentos de alguns doutrinadores, como Glagliano e Pamplona Filho (2012), de duas formas, são elas: a imagem-retrato, que é literalmente o aspecto físico, exterior, da pessoa. Na qual estão inseridos também gestos e expressões; e a imagem-atributo (ou imagem-atributo da personalidade), que corresponde à forma como a pessoa é vista na sociedade, em outras palavras, à

⁵⁷ BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de Direito do Trabalho**. 7. ed., São Paulo: LTr, 2011. p. 503/504.

exteriorização da personalidade do indivíduo. Esta revela-se nas relações sociais mantidas pela pessoa e está relacionada a sua reputação.

Nas relações de trabalho, o fato do empregador consultar listas negras (relação de nomes disponibilizados por antigos empregadores de seus funcionários considerados como maus empregados) para poder admitir uma pessoa, pode ser considerado como uma violação a seu direito de imagem, como também se considera, quando já extinto o contrato de trabalho, esse então ex-empregador inclui na lista negra, o nome de seu antigo empregado, denegrindo sua imagem e seu trabalho.

3.2.4 Livre manifestação do pensamento; liberdade de consciência e de crença e liberdade de expressão e informação

A liberdade de pensamento e, conseqüentemente sua manifestação, encontra-se consagrada no artigo 5º da CF/88, e é composta por várias espécies de liberdades particulares a que tem direito o ser humano. Entre elas, a de consciência e de crença, e de expressão e informação.

Romita⁵⁸ aduz que quando tem por objeto a atitude do homem em face da moral e da religião, surge a liberdade de consciência e de crença. E quanto à liberdade de expressão e informação, o doutrinador a conceitua como sendo “a possibilidade assegurada pelo ordenamento jurídico de exteriorizar pensamentos, crenças, ideias, opiniões, juízos de valor”.

A possibilidade de manifestar sem ressalvas seu pensamento sempre foi motivo de luta pela sociedade e, historicamente, em alguns momentos, houve severas repressões a este direito. Por isso, configura-se a importância dele, por ter sido conquistado com tanto sacrifício.

A liberdade de manifestação de pensamento e a liberdade de expressão e informação, ainda encontram-se asseguradas no artigo 220, do CC/02⁵⁹. O referido dispositivo prevê que “a manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a

⁵⁸ ROMITA, Arion Sayão. **Direitos Fundamentais nas relações de trabalho**. 5. ed. São Paulo: LTr, 2014. p. 337.

⁵⁹ BRASIL. **Código Civil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm> Acesso em: 12 de setembro de 2016.

informação, sob qualquer forma, processo ou veículo, não sofrerão qualquer restrição, observando o disposto na Constituição”.

No exercício dessas liberdades, quando em ambiente de trabalho, poderão ocorrer colisões com o poder de direção do empregado. Contudo, em se tratando de prerrogativas asseguradas a ambos os lados, deverá ser solucionada a partir do princípio da proporcionalidade, na tentativa de um não se sobrepor ao outro. Nascimento destaca que é prática discriminatória penalizar o empregado ou despedi-lo em razão de suas convicções manifestadas no serviço de modo adequado e não ofensivo⁶⁰.

3.3 O CONTRATO DE TRABALHO SOB A ÓTICA DA TEORIA DO PLANO AXIOLÓGICO DE NASCIMENTO

Em seu artigo 442, a CLT⁶¹ disciplina sobre o contrato de trabalho, que de acordo com o que já foi observado anteriormente, é o acordo de vontades entre as partes, que cria o vínculo jurídico responsável por determinar direitos e deveres para os atores da relação laboral.

O contrato de trabalho tem entre seus elementos essenciais àqueles enunciados pelo Direito Civil, em seu artigo 104, incisos I a III, CC/02⁶². São eles: capacidade das partes, licitude do objeto, forma prescrita ou não vedada por lei. Além desses três, encontra-se também como elemento jurídico-formal do contrato, a manifestação de vontade.

A capacidade das partes é a aptidão para exercer, para si próprio ou para outrem, atos da vida civil. Quando se traz esta concepção para o âmbito do direito trabalhista, observa-se que tal capacidade seria a de exercer atos da vida laborativa. Ou seja, a pessoa terá que ser capaz para assumir direitos e obrigações trabalhistas.

A licitude do objeto está relacionada ao contrato ter, necessariamente, um objeto lícito. Não são válidos, desta maneira, contratos que tenha relação com atividades ilícitas. Quanto à forma, a princípio não há qualquer instrumentalização

⁶⁰ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de Direito do Trabalho**. 26. ed., São Paulo: Saraiva, 2011. p. 765.

⁶¹ BRASIL. **Consolidação das Leis do Trabalho**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm > Acesso em: 12 de setembro de 2016.

⁶² BRASIL. **Código Civil**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm > Acesso em: 13 de setembro de 2016.

específica obrigatória para que seja realizada a celebração de um contrato de trabalho. Sobre esse assunto, ensina Delgado que “o caráter meramente consensual do contrato de trabalho faz com que sua existência comprove-se através de qualquer meio probatório juridicamente válido, inclusive indícios e presunções”⁶³.

Em relação à manifestação de vontade, para que o ordenamento jurídico considere que um pacto seja válido, necessário se faz que ocorra a livre e regular manifesta de vontade das partes.

A ausência desses elementos essenciais na constituição de um contrato de trabalho tem como repercussão jurídica a nulidade contratual. A nulidade é a consequência jurídica prevista para o ato praticado em desconformidade com a lei que o rege, que consiste na supressão dos efeitos jurídicos que ele se destinava a produzir⁶⁴.

No Direito Civil, prevalece a conduta que aquilo que é tido como nulo não pode gerar nenhum efeito, elimina-se, ao ser constatada a nulidade, até as repercussões já verificadas. Na diretriz civilista, é utilizado o critério do efeito *ex tunc*. Contudo, no Direito Trabalho não ocorre a mesma coisa. Vigora na legislação trabalhista o critério da *irretroação da nulidade decretada*, utiliza-se aqui o efeito *ex nunc*. Ao ser constatada determinada nulidade no contrato de trabalho, a partir de então é que ele passa a ser excluído do mundo jurídico, permanecendo o que já foi vivenciado.

Essa diferenciação na diretriz trabalhista se dá, pois, uma vez prestado o trabalho e tendo o trabalhador recebido por isto, dificilmente as partes terão condições de voltar ao seu estado anterior ao contrato. Outro fator que pode ser considerado está relacionado aos direitos trabalhista, ao se prestar um serviço, o obreiro se torna detentor de direitos que não podem ser desconsiderados, mesmo que se esteja diante de um contrato nulo.

É através de um contrato lícito, útil e justo que o trabalho poderá permitir que o ser humano considere-se como um sujeito de direitos, e tenha sua dignidade respeitada. Os valores dos trabalhadores, no direito do trabalho, são tão importantes quanto os demais direitos trabalhistas.

⁶³ DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 14. ed., São Paulo: LTr, 2015. p. 556.

⁶⁴ GONÇALVES *apud* DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 14. ed., São Paulo: LTr, 2015. p. 561.

Ao se estudar a abordagem do contrato de trabalho, pressupõe que se defina o aspecto como ele será focalizado. Isto é feito através da escolha de um método de estudo, que apresenta características e critérios de avaliação diferentes para cada um. Nascimento (2011) ensina que o contrato poderá ser focalizado de várias formas: do plano ontológico de sua natureza, no plano da sociedade, no plano das conexões, no plano axiológico e no plano dos modelos.

Para uma melhor compreensão do objeto de estudo deste trabalho, será utilizado o plano axiológico. A partir deste plano, o foco do contrato encontra-se na pessoa e na sua dignidade. Conforme Nascimento⁶⁵, “o contrato será focalizado enquanto instrumento que se perfaz segundo um conjunto de valores da pessoa humana”.

É a partir deste plano de estudo que a dignidade é considerada uma questão de respeito ao ser humano na esfera do contrato de trabalho, o que faz com que o direito positivo a proteja, garanta-a e vede atos que podem levar a sua violação⁶⁶.

Nascimento esclarece que dos instrumentos que o direito do trabalho dispõe para regulamentar a questão da dignidade no contrato de trabalho, o que lhe parece mais adequado é o dos direitos de personalidade. E é com esses direitos que abre-se, no direito do trabalho, uma esfera de proteção que não pode ser deixada unicamente à autonomia individual⁶⁷.

Diante desta perspectiva de visualizar o contrato de trabalho, serão estudadas adiante as colisões que poderão ocorrer entre as prerrogativas asseguradas a empregados e empregadores. Já que, sendo garantidas constitucionalmente, elas não poderão desaparecer quando da inserção na relação de emprego, pois acompanham seus detentores em todos os atos da vida civil. Porém, para que se consiga uma relação harmônica, serão limitadas e relativizadas uma em face da outra, isto em todas as fases do contrato de trabalho.

⁶⁵ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Direito Contemporâneo do Trabalho**. 26. ed., São Paulo: Saraiva, 2011. p. 335.

⁶⁶ *Ibidem*. p. 393.

⁶⁷ *Ibidem*. p. 394.

4. OS DIREITOS DA PERSONALIDADE COMO FATOR LIMITADOR AO PODER DIRETIVO

O poder diretivo e os direitos da personalidade estão intrinsecamente relacionados quando inseridos na relação de trabalho. E essa aproximação acaba por gerar diversos conflitos, principalmente por se tratarem de garantias que ambos são detentores por seus estados de empregador e empregados.

No entanto, apesar de deter o poder de controlar, organizar, fiscalizar, manter a disciplina e o bom andamento dentro de sua empresa, o empregador, com esta prerrogativa, não deve usá-la de maneira a causar danos aos seus empregados, discriminando-os ou oferecendo perigo à sua liberdade, imagem, honra, vida privada, etc.

Adiante serão estudadas algumas situações em que há o nítido choque entre essas prerrogativas, configurando o abuso de direito do empregador, em todas as fases contratuais, quais sejam, a pré-contratual, a fase de execução do contrato de trabalho e a pós-contratual.

4.1 FASE PRÉ-CONTRATUAL

Na qualidade de dono da empresa, e titular do poder de direção, o empregador goza da liberdade de poder contratar quem deseja para auxiliá-lo nas atividades e/ou serviços que o mesmo pretende desempenhar, e são poucos os limites estabelecidos à sua vontade.

Ao dar início a uma seleção de pessoas, inicia-se a fase pré-contratual. Nesta fase incluem-se atos como a análise dos currículos dos candidatos, entrevistas, o candidato poderá ser submetido à realização de provas, requerimento de alguns exames, entre outros.

Em seu artigo 422, o Código Civil⁶⁸ dispõe que: "Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé". Portanto, o que irá nortear todas as fases do

⁶⁸ BRASIL. **Código Civil**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm > Acesso em: 07 de outubro de 2016.

contrato, inclusive a preliminar, será o princípio da boa-fé, que gera deveres de conduta para as partes, obrigando-os a agirem com lealdade e transparência.

Contudo, as tratativas iniciais sobre um possível emprego não geram a obrigatoriedade de contratar, uma vez que são nas conversas preliminares acerca de uma possível contratação que empregado e empregador têm a oportunidade de vislumbrar se, realmente, desejam celebrar o vínculo jurídico, qual seja, o contrato, e darem início a uma relação laboral, com todos os seus deveres e direitos.

Os candidatos ainda poderão passar, dentro da seleção, por etapas nas quais serão avaliadas suas aptidões, características, qualificações, e se preenchem os requisitos e exigências que a empresa está à procura em um futuro empregado.

Gagliano e Pamplona Filho asseveram que neste momento da fase preliminar “[...] as partes discutem, ponderam, refletem, fazem cálculos, estudos, redigem a minuta do contrato, enfim, contemporizam interesses antagônicos, para que possam chegar a uma proposta final e definitiva”⁶⁹.

Todavia, apesar da não obrigatoriedade da criação do vínculo jurídico ser considerada como uma das características da fase pré-contratual, não é por isso que esta fase deixará de produzir efeitos jurídicos. As negociações preliminares não obrigam à conclusão do contrato, mas se vier a ser confirmado que as partes chegaram a tratar da conclusão dele, e sem um motivo que justifique sua decisão, uma delas desistiu isto poderá ocasionar danos ao candidato, pois o mesmo poderia, em razão da oportunidade de emprego e, confiante que estaria na iminência de vir a ser contratado, ter recusado outra proposta que, porventura, possa ter aparecido, ter modificado algo de sua rotina, como por exemplo, uma mudança de endereço, ou ainda, ter feito despesas.

É possível também ocorrer nesta fase danos relacionados às garantias fundamentais dos seres humanos, sua honra, liberdade, vida privada, direito a não discriminação.

Barros⁷⁰ assinala que:

O autor do dano ocasionado à outra pessoa tem o dever de repará-lo, antes mesmo da celebração do contrato, ou seja, na fase das negociações, dos atos preparatórios. Esse dever de ressarcimento do dano acarreta na responsabilidade pré-contratual. Essa

⁶⁹ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil**, volume IV: contratos: teoria geral. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 90

⁷⁰ BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de Direito do Trabalho**. 2. ed. São Paulo: LTr.p. 487.

responsabilidade quando uma das partes viola o dever de boa-fé das negociações que antecedem o contrato e lesa, com esse comportamento, a outra pessoa.

Desta maneira é que, ao verificar-se a quebra ao princípio da boa-fé, que deve nortear as relações, na fase preliminar ao contrato de trabalho, surge o dever de reparar danos advindos. Em outras palavras, nasce a responsabilidade civil pré-contratual.

Em relação à fase pré-contratual, a possibilidade do surgimento do conflito, e a responsabilidade subsequente, Nascimento destaca⁷¹:

A responsabilidade pré-contratual gera o dever de reparar os danos causados; é de direito civil. Não são devidos ressarcimentos trabalhistas, uma vez que o contrato ainda não havia começado. Assim a regra aplicável é a do direito civil”

Sobre tal responsabilidade, o Código Civil de 2002⁷² em seus artigos 186 e 187, determina:

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

Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

Para corroborar com o entendimento dos autores supracitados, Venosa⁷³ ensina:

Quando um titular de uma prerrogativa jurídica, de um direito subjetivo, atua de modo tal que sua conduta contraria a boa-fé, a moral, os bons costumes, os fins econômicos e sociais da norma, incorre no ato abusivo. Em tal situação, o ato é contraditório ao Direito e ocasiona a responsabilidade do agente pelos danos causados.

O que se observa, portanto, é que mesmo sem um vínculo jurídico concretizado, as partes, na fase pré-contratual, devem agir com respeito perante a

⁷¹ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de Direito do Trabalho**, 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 720.

⁷² BRASIL. Código Civil. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm > Acesso em: 09 de outubro de 2016.

⁷³ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil – Teoria geral das obrigações e dos contratos**. V. II. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003. p. 480.

outra, pois a partir da manifestação do desejo de contratar, qualquer que seja o dano causado, ele deverá ser reparado.

Como o ordenamento jurídico ainda não evoluiu ao ponto de existir leis que disciplinem sobre o tema, os Tribunais Regionais do Trabalho já vêm firmando seus posicionamentos referentes à reparação desses danos ocasionados na fase pré-contratual.

DANOS MORAIS. RESPONSABILIDADE PRÉ- CONTRATUAL. É certo que o poder diretivo permite à empresa escolher a pessoa que lhe convier para trabalhar no seu estabelecimento. Contudo, tal faculdade não autoriza ao empregador agir de maneira a contrariar o princípio da boa-fé objetiva inerente às relações de emprego. A reclamada, ao enviar documento solicitando a abertura de conta bancária para recebimento de salário e determinar que o autor se submetesse a exame admissional, gerou no reclamante uma real expectativa de que seria contratado. Assim, ao deixar de efetivar a contratação, impingiu no autor angústia, aflição e dor moral, os quais resultam da experiência do homem comum, que depende do seu trabalho para sobreviver e manter a sua família. Tal atitude viola o fundamento da dignidade da pessoa humana e não se coaduna com o modelo de conduta social esperado nestas ocasiões.⁷⁴

PROMESSA DE CONTRATAÇÃO FRUSTRADA. FASE PRÉ-CONTRATUAL. DANOS MORAIS. Hipótese em que o trabalhador foi submetido a exames médico e físico, havendo, inclusive, solicitação de vale-transporte, declaração de dependentes, entrega da documentação e prova de uniforme, elementos probatórios que indicam ter ocorrido a formação de um pré-contrato, fase em que as partes devem respeitar o princípio da boa-fé objetiva consagrado no artigo 422 do Código Civil. A promessa de contratação frustrada por parte da empregadora caracteriza a afronta à boa-fé e gera a obrigação de indenizar o empregado pela falsa expectativa criada.⁷⁵

De acordo com o entendimento jurisprudencial, legitimando o doutrinário, quando o candidato participa das etapas seletivas, avança e adquire a expectativa provável de uma contratação, uma vez que o empregador desistiu, sem justo motivo, e se verificar danos, psicológicos e/ou patrimoniais, fica concretizada a obrigatoriedade de sua reparação.

⁷⁴ BRASIL. **Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região.** Recurso Ordinário nº 00001059720145020262. Relator: Ricardo Apostólico Silva. Órgão Julgador: 6ª Turma. Julgamento: 07/04/15. Publicação: 13/04/2015. Disponível em: <<http://trt-2.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/202179974/recurso-ordinario-ro-1059720145020262-sp-00001059720145020262-a28>> Acesso em: 10 de outubro de 2016.

⁷⁵ BRASIL. **Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região.** Recurso Ordinário nº 0000029-57.2013.5.04.0002. Relatora: Laís Helena Jaeger Nicotti. 2ª Vara do Trabalho de Porto Alegre. Julhamento: 19/02/2014. Disponível em: <<http://trt-4.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/128877212/recurso-ordinario-ro-295720135040002-rs-0000029-5720135040002>> Acesso em 10 de outubro de 2016.

Dentro de um processo de seleção, na fase pré-contratual, a etapa das entrevistas é de importância ímpar para o êxito de uma contratação, pois é a partir dela que futuros empregados e empregadores poderão se conhecer, avaliar as aptidões, perceberem se há, realmente, uma afinidade com o que cada parte está procurando e oferecendo para a outra.

Apesar disso, a entrevista deverá se limitar a perguntas que relacionem-se à execução do futuro trabalho que o candidato está concorrendo. Ou seja, experiências passadas em outras atividades, qualificações, o perfil profissional da pessoa, com perguntas relacionadas ao exercício da futura atividade que o mesmo irá desempenhar.

Qualquer indagação que fuja desse cenário e adentre a vida pessoal do candidato, como por exemplo, hábitos de sua vida privada, sexualidade, posição política e religiosa, entre outras, poderá vir a ser considerado como um dano à sua personalidade. Isto explica-se quando essas questões não guardarem qualquer relação com a vaga para qual o candidato está se submetendo.

Torna-se claro que apesar do empregador gozar da prerrogativa de liberdade para contratar quem deseja para sua empresa, o poder diretivo é limitado por alguns cuidados que ele deve tomar para que não interfira na vida privada do candidato à vaga. É desta maneira que ensina Barros⁷⁶, quando esclarece o modo que as entrevistas devem ser realizadas:

As perguntas formuladas precisam estar relacionadas com a aptidão profissional exigida para a prestação do trabalho oferecido. O candidato, por sua vez, deverá responder às indagações com sinceridade, agindo ambos em clima de boa-fé e respeito. O aspirante ao emprego poderá, entretanto, recusar-se a responder a questões sobre aspectos pessoais, desde que a veracidade das informações não seja de fundamental importância para a execução do serviço.

Corroborando com este entendimento, já houve em muitos Tribunais Trabalhistas julgados neste sentido. Como é possível observar no seguinte que concedeu a indenização a uma mulher por ter sido dispensada ainda na fase das entrevistas por ser considerada acima do peso:

COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO - DANO MORAL - FASE PRÉ-CONTRATUAL - Levando-se em conta o exposto texto Constitucional do inciso XXVIII c/c inciso VI do artigo 114, em plena

⁷⁶ BARROS, Alice Monteiro de. **Proteção à Intimidade do empregado**. São Paulo: LTr, 1997. p. 61.

consonância com a Súmula nº 736 do Supremo Tribunal Federal, tem-se que é competente a Justiça Laboral para processar e julgar causas referentes a dano moral oriundo da relação de trabalho, na sua fase pré-contratual. Preliminar que se rejeita. DANO MORAL - DISCRIMINAÇÃO EM FASE PRÉ-CONTRATUAL - COMPROVAÇÃO -- INDENIZAÇÃO DEVIDA - Existindo nos autos comprovação de que a reclamante fora dispensada durante entrevista admissional de forma discriminatória, por ter sido considerada com -excesso de peso-, há de ser mantido o decisum originário que deferiu a indenização por danos morais vindicados na exordial.⁷⁷

De maneira muito semelhante à proibição de interferência na vida privada do futuro empregado na fase das entrevistas, também observa-se tal limite quando da exigência dos exames admissionais para a contratação.

Em seu artigo 168, a CLT⁷⁸ estabelece que seja obrigatório exame médico, por conta do empregador, nas situações de admissão e de demissão. A importância de tal dispositivo se observa, pois é uma maneira de proteger o empregador, principalmente quando este sai do emprego, atestando que não contraiu doença em razão do labor.

Porém, tais exames não podem ter o condão de investigar a vida pessoal do candidato, uma vez que os exames necessários à admissão são estabelecidos por lei. Ficando, desta maneira, o empregador proibido de determinar outros exames por sua exclusiva vontade. Pois, tal atitude gera danos ao direito à vida privada e a intimidade do trabalhador.

Além do que, uma possível descoberta, por parte do empregador, de uma doença, mesmo que esta em nada interfira no desempenho do serviço, pode ser motivo pelo qual ele não conceda a oportunidade de contratação ao empregado, exclusivamente por preconceito, violando, desta maneira, a garantia de não discriminação.

Ainda sobre a temática dos exames, a questão do exame de gravidez é uma polêmica no âmbito trabalhista. Pois, a mulher grávida é detentora de direitos que não podem passar despercebidos, como a estabilidade, que vai desde a confirmação da gravidez até 5 meses após o parto. Logo, os empregadores não

⁷⁷ BRASIL. **Tribunal Regional do Trabalho da 20ª Região**. Recurso Ordinário nº 0002102-48.2010.5.20.0006, Relatora: Rita de Cássia Pinheiro de Oliveira, Julgamento: 27/04/2011, Publicação: 05/05/2011. Disponível em: < <http://trt-20.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/19676846/recurso-ordinario-ro-21024820105200006-se-0002102-4820105200006/inteiro-teor-104462032> > Acesso em: 10 de outubro de 2016.

⁷⁸ BRASIL. **Consolidação das Leis do Trabalho**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm > Acesso em: 12 de outubro de 2016.

veem com bons olhos a contratação de uma mulher que esteja grávida, mesmo que no início da gestação.

A possibilidade do empregador de exigir o exame de gravidez encontrará óbice nos direitos de personalidade do empregado, uma vez que, além de não ser possível que o poder de direção do empregador interfira na vida privada do empregado, a não contratação pelo fato da gravidez esbarra na discriminação ao trabalho da mulher.

Está matéria encontra-se disciplinada na Lei 9.029/95⁷⁹, que em seu artigo 2º estabelece que constitui crime as seguintes práticas discriminatórias:

I - a exigência de teste, exame, perícia, laudo, atestado, declaração ou qualquer outro procedimento relativo à esterilização ou a **estado de gravidez**;

II - a adoção de quaisquer medidas, de iniciativa do empregador, que configurem;

a) indução ou instigamento à esterilização genética;

b) **promoção do controle de natalidade**, assim não considerado o oferecimento de serviços e de aconselhamento ou planejamento familiar, realizados através de instituições públicas ou privadas, submetidas às normas do Sistema Único de Saúde (SUS).

Pena: detenção de um a dois anos e multa.

Esta proibição se refere a todas as fases do contrato, não só ao momento da contratação. Protegendo assim as mulheres enquanto empregadas, garantindo a elas a inviolabilidade de seus direitos de personalidade, como também ao seu direito de engravidar, quando desejar. Sendo, portanto, considerada esta inviolabilidade como um limite ao poder de direção do empregador.

Em relação às consequências gerais para a classe dos trabalhadores, advindas dessa Lei, Mikos e Villatore⁸⁰, destacam:

A promulgação da Lei n. 9029/1995, que proíbe práticas discriminatórias nessa fase pré-contratual, é o limite do exercício do direito potestativo do empregador, sob pena de, em sua não observância, impor-se a obrigação de indenizar o ofendido, pela prática de dano moral.

⁷⁹ BRASIL. **Lei nº 9.029/1995**. Proíbe a exigência de atestados de gravidez e esterilização, e outras práticas discriminatórias, para efeitos admissionais ou de permanência na relação jurídica de trabalho, e dá outras providências. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9029.HTM > Acesso em 12 de outubro de 2016.

⁸⁰ MIKOS, Nádia Regina de Carvalho; VILLATORE, Marco Antônio César. Poderes do empregador: do uso ao abuso e suas consequências socioeconômicas, p. 83. In: GARCIA, Gustavo Felipe Barbosa; ALVARENGA, Rúbia Zanotelli (Org). **Direito do Trabalho e Direito Empresarial sob o enfoque dos direitos fundamentais**. São Paulo: LTr, 2015, p. 79-86.

Outrossim, a partir de legislações como esta, verifica-se a tentativa de minimizar cada vez mais os danos a parte hipossuficiente numa relação de trabalho, uma vez que o abuso do poder diretivo resta concretizado por ações como a exigência do exame de gravidez. Prática esta rejeitada pelos Egrégios Tribunais Trabalhistas, como pode-se observar no julgado a seguir:

RESPONSABILIDADE PRÉ-CONTRATUAL. PRÁTICA DISCRIMINATÓRIA. INDENIZAÇÕES POR DANOS MORAIS E MATERIAIS. O princípio da boa-fé objetiva, previsto no art. 422 do [Código Civil](#), excede o âmbito contratual, traduzindo-se no dever de agir com lealdade, lisura e consideração com o outro sujeito da relação, podendo ocorrer também no momento das tratativas ou mesmo após a rescisão do contrato. Assim, se o empregador exige a entrega de documentos e a realização de exames admissionais, atos que excedem a fase de seleção da candidata, ocasionando para a trabalhadora a expectativa da contratação, e frustra a concretização do contrato de trabalho de forma abrupta ao ter ciência da gravidez da autora, procede de forma contrária à boa-fé objetiva, bem como de forma discriminatória, nos termos da Lei nº [9.029/95](#), devendo indenizar os danos que causar.⁸¹

A análise do julgado permite a conclusão que quanto mais se avança em uma seleção de emprego, maior torna-se a responsabilidade do empregador para com seu futuro empregado, pois faz surgir uma expectativa palpável de ser contratado. Logo, depois de ultrapassada diversas fases da seletiva e na ocasião de haver qualquer ação por parte do empregador de maneira contrária à boa-fé e que venha a causar danos aos direitos de personalidade daquele que seria seu futuro empregado, esta ação será reparada, para que não haja ofensa à dignidade do ser humano.

Pois, conforme citado anteriormente, os direitos fundamentais à honra, à imagem, não discriminação, à vida privada, liberdade, entre outros, são a projeção da dignidade, no âmbito do contrato de trabalho.

4.2 FASE DE EXECUÇÃO DO CONTRATO

⁸¹ BRASIL. **Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região**. Recurso Ordinário nº 0021463-65.2014.5.04.0003. Relator: Jose Cesario Figueiredo Teixeira. Órgão julgador: 6ª Turma. Data de Julgamento: 11/12/2015. Disponível em: < <http://trt-4.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/266845874/recurso-ordinario-ro-214636520145040003-rs-0021463-6520145040003/inteiro-teor-266845885> > Acesso em: 10 de outubro de 2016.

Na fase contratual, ou fase de execução do contrato, o indivíduo antes considerado candidato à vaga de emprego, passa agora a empregado e, consequência disso, sua força de trabalho está subordinada ao poder de direção do empregador. Este, além de determinar as atividades que o empregado irá desempenhar e o seu modo de atuação, é responsável também por estabelecer as normas da empresa, pela produção, direção, fiscalização e de tudo que ocorre no ambiente laboral.

Nesta fase, o excesso do poder diretivo do empregador pode ser vislumbrado de diversas maneiras, devido a sua posição hierárquica superior em relação ao empregado. Contudo, a disposição do empregado ao empregador encontrará sempre limites em seus próprios direitos, uma vez que estes irão acompanhar o homem em todos os segmentos de sua vida, inclusive como obreiro. Sobre isso, Nascimento⁸² destaca:

O direito à intimidade e à privacidade corresponde ao respeito ao caráter privado da vida da pessoa que, em condições normais, não pode ser devassada, uma vez que todo ser humano tem o direito de subtrair-se à indiscrição. No estabelecimento, monitorar indevidamente os empregados afeta o mesmo direito. É aparente o conflito entre essa proibição e o poder fiscalizador da empresa. Entenda-se que a empresa pode fiscalizar os empregados, mas não pode abusar desse poder.

Não existem regras no ordenamento jurídico de maneira geral, que estabeleça a maneira como o empregador fará uso de seu poder diretivo. Ou seja, ele não é disciplinado, oferecendo ao empregador uma liberdade de como irá atuar na sua empresa.

Com a finalidade de proteger seu patrimônio e preservar o bom andamento de seus negócios, são muitos os meios que os empregadores usam para exercer o poder de controle, que, como visto, deriva do poder diretivo. Além disso, os avanços tecnológicos e o surgimento de mecanismos cada vez mais modernos permitem que o empregador tenha um maior controle dentro e fora do ambiente de trabalho, como, por exemplo, a monitoração sobre o comportamento de seus empregados.

Contudo, com o aumento da fiscalização em relação aos empregados, sua consequência será o aumento de possibilidades e oportunidades destas práticas gerarem uma interferência nos direitos de personalidade dos empregados.

⁸² NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de Direito do Trabalho**, 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 398/401.

Destaca-se aqui a questão da revista dos empregados e de seus pertences, esta prática é reiteradamente objeto de discussão, pois relaciona-se à intimidade dos empregados e o dano que o empregador pode causar. Apesar de deixar os bens juridicamente protegidos de empregados e empregadores muito próximos, trata-se de uma prática aceita, inclusive pelo Tribunal Superior do Trabalho, que em seus julgados já decidiu por diversas vezes sobre a legalidade do ato, como se pode ver no seguinte:

RECURSO DE REVISTA. DANOS MORAIS. REVISTA EM PERTENCES DOS EMPREGADOS. Esta Corte tem reiteradamente entendido que a mera inspeção visual de bolsas, pastas e sacolas dos empregados, sem contato corporal e ausente qualquer evidência de que o ato possua natureza discriminatória, não é suficiente para, por si só, ensejar reparação por dano moral. Precedentes. Recurso de revista conhecido e provido.⁸³

A revista é permitida, pois decorre da prerrogativa que o empregador tem de controlar sua empresa, por se tratar de um procedimento de segurança dele, porém, desde que seja realizada de maneira que não cause constrangimento ao empregado, nem interfira em sua intimidade. Em outras palavras, exercida dentro dos limites e de maneira que não venha a agredir a dignidade do empregado. Como por exemplo, exigindo que o mesmo dispa-se em frente a outras pessoas ou que precise haver algum tipo de contato corporal entre o empregado e quem esteja realizando a revista.

Em relação à temática, Baracat⁸⁴ esclarece que na possibilidade de submeter o empregado à revista vexatória, esta não se insere no poder diretivo do empregador, pois o constrangimento viola a dignidade e a intimidade da pessoa, restando nitidamente caracterizado o dano moral.

Para corroborar com o entendimento do autor supracitado, os Tribunais Trabalhistas rejeitam todas as formas de revista que denigram a intimidade do trabalhador.

RECURSO ORDINÁRIO PATRONAL. REVISTA EM EMPREGADOS. DANOS MORAIS. INDENIZAÇÃO CABÍVEL. Da

⁸³ BRASIL. **Tribunal Superior do Trabalho**. Recurso de Revista nº 1307733620145130009, Relator: Emmanoel Pereira, 5ª Turma, Julgamento: 17/02/2016, Publicação: DEJT 19/02/2016. Disponível em: < <http://tst.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/307134901/recurso-de-revista-rr-1307733620145130009> > Acesso em: 07 de outubro de 2016.

⁸⁴ BARACAT, Eduardo Milléo. **Controle do empregado pelo empregador: procedimentos lícitos e ilícitos**. 1. Ed. (2008), 1ª reimpr. Curitiba: Juruá, 2009. p. 228.

análise do depoimento da testemunha obreira, temos que restou caracterizado que a empresa realmente se excedeu na realização das revistas que fazia ao obreiro, desrespeitando a privacidade destes e expondo-o a constrangimentos desnecessários, em afronta ao disposto no inciso X, do artigo 5º, da Lei Maior, que resguarda, dentre outros direitos, a inviolabilidade da intimidade, a honra e a imagem das pessoas. Desse modo, entendo que o valor da indenização por danos morais deve ter expressividade, a fim de inibir a prática de atos atentórios à esfera individual, como a honra, imagem e dignidade.⁸⁵

DIREITOS DA PERSONALIDADE. REVISTA INTIMA. DANO MORAL. CARACTERIZAÇÃO. A revista íntima caracteriza conduta abusiva (art. 187, CC) e constrangedora do empregador que excede os limites de seu poder diretivo, consistindo em ofensa à dignidade pessoal, em desacordo com a Carta Política (inciso III, do artigo 1º e inciso X, do artigo 5º).⁸⁶

Contudo, é possível concluir que a legalidade da prática da revista será estabelecida pela forma como será realizada. Ou seja, a maneira como o empregador irá conduzir a revista é que se tornará fator determinante para que seu direito de controle sobre a empresa e os empregados, seja realizado de maneira abusiva ou não.

Para que seja realizada dentro dos limites aceitáveis, a revista deve seguir alguns critérios que servirão como fator limitador ao abuso de poder do empregador, como, por exemplo, ser realizada por pessoas do mesmo sexo, estar disposta no regulamento da empresa, ser dado ao empregado prévio aviso da realização, ser realizada para todos, tornando-a impessoal, e estar ajustada com o sindicato profissional da categoria. Quando o empregador usa desses meios para exteriorizar seu poder de direção, ele age em consonância com os ditames constitucionais, respeitando, acima de tudo a dignidade do empregado.

Ainda sobre a execução do contrato de trabalho, outra situação que merece destaque no presente estudo é o assédio moral. Trata-se de um dos problemas mais sérios e atuais dentro da perspectiva trabalhista, uma vez que muitas empresas visam apenas o lucro e deixam de lado o fato de estarem lidando com pessoas,

⁸⁵ BRASIL. **Tribunal Regional do Trabalho da 19ª Região**. Recurso Ordinário nº 1091200300219000, Relator: João Leite, Publicação: 15/02/2005. Disponível em: < <http://trt-19.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/8535394/recurso-ordinario-record-1091200300219000-al-0109120030021900-0-trt-19> > Acesso em 07 de outubro de 2016.

⁸⁶ BRASIL. **Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região**. Recurso Ordinário nº 038945/2011, Relatora: Maria Madalena de Oliveira, Publicação: 24/06/2011. Disponível em: < <http://trt-15.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/20052449/recurso-ordinario-ro-38945-sp-038945-2011> > Acesso em: 07 de outubro de 2016.

detentoras de direitos. Ele é determinado a partir de um tratamento humilhante que o empregador submete o seu empregado. De acordo com Delgado⁸⁷:

Define-se o assédio moral como a conduta reiterada seguida pelo sujeito ativo no sentido de desgastar o equilíbrio emocional do sujeito passivo, por meio de atos, palavras, gestos, e silêncios significativos que visem ao enfraquecimento e diminuição da autoestima da vítima ou a outra forma de tensão ou desequilíbrio emocional graves.

A partir da conceituação dada pelo doutrinador, ressalta-se a relação que o abuso de poder do empregador tem com os abalos psicológicos sofridos pelos empregados. Esses abalos, inclusive, podem não apenas ficar no campo psicológico, mas também evoluir pra doenças físicas.

O assédio moral não é uma conduta isolada, ele apresenta alguns elementos que o caracterizam, como destaca Santos⁸⁸:

Os elementos que caracterizam o assédio moral são: a) a repetição da conduta opressora prolongada no tempo. [...]; b) a intenção do sujeito em humilhar o outro. Aqui há o dolo, a consciência e a vontade de subjugar o outro; c) a degradação deliberada das condições de trabalho.

Na relação entre os atores laborais deve-se considerar que o empregado, além de ser o meio pelo qual o empregador ver concretizado o trabalho de sua empresa, pois são os empregados que irão depositar a sua força para que o objeto final esteja pronto, eles também devem ser vistos como humanos. Logo, qualquer tratamento desrespeitoso irá atingir sua dignidade como pessoa. Questões como, religião, política, orientação sexual, forma física, que em nada relacionam-se ao trabalho não podem ser usadas para lhe denegrirem dentro daquele ambiente.

De forma semelhante ocorre quando os empregados são submetidos a metas, por vezes, inalcançáveis, e são alvos de tratamento desrespeitoso quando não conseguem atingi-la. O poder diretivo do empregador permite que ele exija de seus empregados produtividade, disciplina e zelo pelo trabalho, mas não que possa trata-lo de maneira vexatória, principalmente quando é pedido algo fora da esfera do possível.

⁸⁷ DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**, 14^a ed., São Paulo: LTr, 2015. p. 696.

⁸⁸ SANTOS, Cibele Carneiro da Cunha Macedo, p.119. In: GARCIA, Gustavo Felipe Barbosa; ALVARENGA, Rúbia Zanotelli (Org). **Direito do Trabalho e Direito Empresarial sob o enfoque dos direitos fundamentais**. São Paulo: LTr, 2015. p.116-121.

A responsabilidade decorrente da prática do assédio moral pode ser imposta pela própria CLT⁸⁹ que rescinde de maneira indireta o contrato de trabalho por justa causa do empregador e concede o direito a ser indenizado, como está disposto no artigo 483, alíneas a, b e c.

Art. 483 - O empregado poderá considerar rescindido o contrato e pleitear a devida indenização quando:

- a) forem exigidos serviços superiores às suas forças, defesos por lei, contrários aos bons costumes, ou alheios ao contrato;
- b) for tratado pelo empregador ou por seus superiores hierárquicos com rigor excessivo;
- c) correr perigo manifesto de mal considerável;

Ademais, encontra-se amparado pelo Código Civil⁹⁰ que determina que *aquele que, por ato ilícito, causar dano a outrem tem a obrigação de indenizar* (artigo 927). A responsabilidade do empregador no ambiente de trabalho é objetiva, com fundamento nos artigos 186 e 187 do referido código. Concomitantemente, a Carta Magna⁹¹ em seu artigo 5º, X, prevê que *são invioláveis a intimidade, a honra e a imagem das pessoas, assegurando o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação*.

Prontamente percebe-se a partir dos dispositivos do ordenamento jurídico brasileiro que uma vez presentes os elementos da responsabilidade civil, quais sejam, culpa do empregador (no caso em tela), dano e nexo de causalidade, surge para o empregador o dever de repará-lo material ou moralmente.

Em relação à reparação desses danos, Santos⁹² esclarece:

Com relação aos danos materiais temos aqueles que podem ser aferidos em dinheiro, sendo denominados de patrimoniais. Incluem-se os danos emergentes e os lucros cessantes. Podemos mencionar as despesas dos trabalhadores com médicos, remédios, tratamento psicológico etc. e caso o empregado tenha sua capacidade laborativa reduzida pelo trauma psicológico sofrido, ou doença desenvolvida, pode haver reparação também por essa perda por meio de pensionamento.

⁸⁹ BRASIL. **Consolidação das Leis do Trabalho**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm> Acesso em: 12 de outubro de 2016.

⁹⁰ BRASIL. Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm> Acesso em: 12 de outubro de 2016.

⁹¹ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm> Acesso em: 12 de outubro de 2016.

⁹² SANTOS, Cibele Carneiro da Cunha Macedo, p.120-121. In: GARCIA, Gustavo Felipe Barbosa; ALVARENGA, Rúbia Zanotelli (Org). **Direito do Trabalho e Direito Empresarial sob o enfoque dos direitos fundamentais**. São Paulo: LTr, 2015. p.116-121.

No tocante aos danos morais, ou extrapatrimoniais estes surgem com a ofensa aos direitos da personalidade, no caso a dignidade humana, a honra do trabalhador.

São frequentes as decisões dos Tribunais Trabalhistas acerca da punição do assédio moral, como percebe-se pelos seguintes julgados:

RECURSO DE REVISTA - DANOS MORAIS - ASSÉDIO MORAL - TRATAMENTO DESRESPEITOSO - AGRESSÕES VERBAIS - LESÃO À DIREITO DA PERSONALIDADE DO EMPREGADO. Para o deferimento de indenização por danos morais é necessária a violação de algum dos valores imateriais do cidadão, como a honra, a imagem, o nome, a intimidade e a privacidade, que englobam os chamados direitos da personalidade. A referida indenização justifica-se nos casos em que há patente ofensa a direitos personalíssimos do trabalhador, no curso da relação empregatícia ou dela decorrente. No caso, o Tribunal Regional deixa claro que a preposta da reclamada e chefe da autora dispensava habitualmente tratamento desrespeitoso, ofensivo e humilhante contra a reclamante, proferindo insultos verbais e fazendo cobranças exageradas. Tal situação viola direito da personalidade da obreira e enseja o pagamento de danos morais. Recurso de revista conhecido e provido.⁹³

ASSÉDIO MORAL. REPARAÇÃO POR DANOS MORAIS DEVIDA. O uso de expressões de baixo calão e xingamentos no tratamento dispensado por superior hierárquico no ambiente de trabalho atenta contra a dignidade, a honra e a imagem do empregado e enseja a reparação do dano moral pertinente, consoante o disposto nos artigos 186 e 927 do atual Código Civil e artigo 5º, inciso X, da Constituição Federal.⁹⁴

A reparação financeira ao empregado e a conseqüente condenação do empregador tem sua importância retratada por dois prismas que podem ser considerados como a finalidade dessa reparação. Além de oferecer a compensação financeira pelos danos sofridos, sejam eles materiais ou morais, ao ofendido, ela pode ser considerada também como um fator que visa inibir a reiteração dessas condutas, tanto pelo próprio empregador, como para servir de exemplo para outros. Visto que uma condenação pecuniária pode desestabilizar a saúde financeira tanto particular, como da empresa.

⁹³ BRASIL. **Tribunal Superior do Trabalho**. Recurso de Revista nº 17684420125240002, Julgamento: 04/02/2015, Publicação: DEJT 20/03/2015. Disponível em: < <http://tst.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/175660640/recurso-de-revista-rr-17684420125240002> > Acesso em: 08 de outubro de 2016.

⁹⁴ BRASIL. **Tribunal Regional do Trabalho da 5ª Região**. Recurso Ordinário nº 0000170-12.2013.5.05.0661, Relator: Jeferson Muricy, 5ª Turma, Publicação: DJ 09/06/2014. Disponível em: < <http://trt-5.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/158362654/recurso-ordinario-record-1701220135050661-ba-0000170-1220135050661> > Acesso em: 08 de outubro de 2016.

Enfim, a relação entre os atores laborais deve sempre levar em consideração a boa-fé objetiva, norteadora de todos os contratos. Ela servirá de limitadora do poder abusivo do empregador, visto que, é de sua responsabilidade oferecer e tornar o ambiente de trabalho em um local saudável e digno, no qual a procura pelo lucro não é considerado um fim acima de todas as outras coisas, até mesmo dos direitos de personalidade e valores dos empregados. Uma vez que a submissão do empregado ao empregador limita-se ao exercício de seus serviços, e não de seus direitos como pessoa humana.

Destarte, como visto, apesar de tratar-se de uma prerrogativa do empregador, o poder de direção não poderá colocar em risco direitos que foram historicamente conquistados pelos cidadãos, que não se afastam deles quando estes estão inseridos em uma relação de emprego.

4.3 FASE PÓS-CONTRATUAL

Na fase pós-contratual, apesar de já encerrado o contrato de trabalho pactuado, que era gerador de deveres e obrigações entre as partes, empregador e empregado continuam vinculados. Apesar do contrato já apresentar-se exaurido e tendo seus efeitos produzidos, as partes ainda devem ter suas ações pautadas na boa-fé e na lealdade, assim como nas demais fases do contrato, compromissados com a ética, moral e probidade.

É desta maneira que Gagliano e Pamplona Filho⁹⁵ tratam sobre esta temática, quando afirmam que *“tudo gira, pois, em torno da necessidade de se proceder segundo um comportamento ético e probo esperado pelas partes, uma em face da outra”*.

Portanto, mesmo após a extinção do contrato, não devem as partes divulgar fatos que causem qualquer tipo de prejuízo à outra. Na hipótese da ocorrência de qualquer ato que seja contra isso, ficará comprovado o ato ilícito, devido a não observância de suas obrigações.

Desta forma, ao ser verificado um ato ilícito este deverá ser reparado por meio de uma ação, que será de competência da justiça do trabalho, visto que o dano

⁹⁵ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil**, volume 4: contratos, tomo I: teoria geral. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 260.

causado, mesmo após o fim da execução do contrato, decorreu da relação de trabalho, ou seja, é proveniente daquela relação.

A divulgação de informações inverídicas sobre ex-empregado quando perguntado de sua conduta por um futuro empregador, pode se tornar claramente em um abuso do poder diretivo do empregador, uma vez que a ele só é permitido, ao ser questionado, falar apenas de das características como o profissional que foi em sua empresa. Ou seja, ele deverá falar tecnicamente do seu ex-empregado, e primando sempre pela verdade. E ainda, não é de sua competência tratar de assuntos pessoais, que não venham a ter relação com o serviço do obreiro. O que ensejará, dependendo da como for tratado, em abuso de poder, pois terá a intenção de dificultar a garantia da vaga e, desta maneira, prejudicar o ex-empregado.

Quando esta prática ocorre, resta nítido que o ex-empregador não agiu com a boa-fé que a extinção de um contrato de trabalho exige dele. Principalmente, quando passa informações que não condizem com a realidade.

Os Tribunais Trabalhistas já reconhecem a conduta abusiva do poder de direção do empregador, quando da ocorrência destes casos.

DANOS MORAIS. INFORMAÇÕES DESABONADORAS SOBRE EX-EMPREGADO. RESPONSABILIDADE PÓS-CONTRATUAL. INDENIZAÇÃO. Os deveres anexos de conduta, pautados na cláusula geral de boa-fé objetiva que normatiza e vincula todo o sistema jurídico, especialmente o obrigacional, persistem na fase pós-contratual e obrigam as partes envolvidas no contrato. [...] Se depois de encerrado o contrato de trabalho o ex-empregador presta informações desabonadoras sobre ex-empregado, ao ser questionado sobre a sua conduta por potencial empregador, atenta contra a honra, dignidade e boa fama do trabalhador, além de dificultar a sua reinserção no mercado de trabalho. A conduta tem o potencial de acarretar danos morais e materiais, o que autoriza a responsabilização civil do causador dos danos e a fixação de indenização capaz de compensar pela ofensa, além de imprimir caráter pedagógico á indenização. Recurso do autor a que se dá provimento parcial para majorar o valor da indenização por danos morais.⁹⁶

DANO MORAL PÓS-CONTRATUAL. INFORMAÇÕES DESABONADORAS. CARACTERIZAÇÃO. A prática da divulgação de informações acerca da conduta do empregado encontra limites no ordenamento jurídico, não podendo ser exercida livremente pelo empregador, sob pena de malferir o princípio da dignidade humana, do valor social do trabalho e da busca do pleno emprego.

⁹⁶ BRASIL. **Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região.** Recurso Ordinário nº 13950201300309007, Relator: Marlene Teresinha Fuverki Suguimatsu, 2ª Turma, Julgamento: 10/09/2015, Publicação: DEJT 25/09/2015. Disponível em: < <http://trt-9.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/236021315/recurso-ordinario-ro-13950201300309007-pr-13950-2013-003-09-00-7> > Acesso em: 08 de outubro de 2016.

Interpretação que se perfaz de forma sistemática e conforme aos preceitos assegurados pela Constituição Federal.⁹⁷

Destarte, o que se pode extrair das decisões em comento, é que ao denigrir o ex-empregado, imputando a ele atitudes que não são verdadeiras, ou fornecendo a terceiros informações da vida pessoal, que não interferem de maneira ativa no profissional que ele é, visualiza-se um confronto direto entre o poder de direção do empregador e as garantias fundamentais da parte hipossuficiente dentro do âmbito trabalhista, o empregado, que neste caso, já não é mais considerado empregado daquele empregador.

Outra prática, dentro deste momento pós-contratual, que pode configurar como abuso de poder por parte do ex-empregador é a divulgação de “lista negra”. Nesta lista, divulgada pelos empregadores, é possível encontrar os nomes de empregados que são considerados por eles como indesejados. Essa classificação do empregado dá-se, na maioria das vezes, por ter participado de greves ou por ter ido até a justiça pleitear seus direitos através de uma reclamação trabalhista.

A prática de realizar estas listas negras é totalmente desaprovada, pois além de prejudicar o trabalhador na obtenção de outro emprego, ainda frustra seus direitos básicos de empregado, garantidos pelo ordenamento jurídico, que é a possibilidade de realizar greve e de ajuizar uma ação.

Pamplona Filho⁹⁸ ao se pronunciar sobre este tema destacou:

Embora, muitas vezes, possa soar como uma ‘neurose conspiradora’, o fato é que é comum se falar, em determinados setores da atividade econômica, na existência de listas negras, em que supostamente constariam nomes de empregados ‘indesejados’, e tal modo a obstar suas contratações ou simplesmente criar empecilhos para que isto ocorra.

Ocorrido o fato, inquestionável estará caracterizada a lesão ao trabalhador, tanto na sua esfera patrimonial quanto moral, vez que foi ‘expurgado’ de mercado de trabalho sem ter direito sequer à defesa do que lhe foi imputado.

Note-se que essa lesão não está sendo perpetrada ao trabalhador enquanto empregado, mas sim também como cidadão, pois se estará tolhendo até mesmo a possibilidade de sua subsistência e de sua família (dano patrimonial) e violentando sua honra e dignidade

⁹⁷ BRASIL. **Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região**. Recurso Ordinário nº 00003105720125020049, Relator: Álvaro Alves Nôga, 17ª Turma, Julgamento: 16/10/2014, Publicação: 24/10/2014. Disponível em: < <http://trt-2.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/153326377/recurso-ordinario-ro-3105720125020049-sp-00003105720125020049-a28> > Acesso em: 09 de outubro de 2016.

⁹⁸ PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Dano Moral na Relação de Emprego**. 2. ed., São Paulo: LTr, 1999. p. 100.

perante a sociedade (dano moral), ensejando seu legítimo interesse na reparação desses danos.

Os Tribunais Trabalhistas já têm posicionamento contra as chamadas listas negras:

INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. "LISTA NEGRA". Ficou provado nos autos que o reclamante foi empregado da recorrente e que seu nome consta de uma lista de pessoas que não estão autorizadas a entrar nas dependências da empresa. Tendo o reclamante sido impedido o reclamante de entrar na empresa recorrente, sua ex-empregadora, o cumprimento do contrato de trabalho firmado com a sua atual empregadora foi obstado pela reclamada, sendo inegável o constrangimento e o desgaste decorrente desta proibição.⁹⁹

RECURSO DE REVISTA. DANO MORAL. INCLUSÃO DO NOME DE EX-EMPREGADO EM LISTA DISCRIMINATÓRIA. Concebido o dano moral como a violação de direitos decorrentes da personalidade - estes entendidos como - categoria especial de direitos subjetivos que, fundados na dignidade da pessoa humana, garantem o gozo e o respeito ao seu próprio ser, em todas as suas manifestações espirituais ou físicas - (BELTRÃO, Sílvio Romero, Direitos da Personalidade, São Paulo: Editora Atlas, 2005, p.25) -, a sua ocorrência é aferida a partir da violação perpetrada por conduta ofensiva à dignidade da pessoa humana, sendo dispensável a prova de prejuízo concreto, já que a impossibilidade de se penetrar na alma humana e constatar a extensão da lesão causada não pode obstaculizar a justa compensação.¹⁰⁰

Diante do que foi observado, o fato do contrato não mais existir não exime o ex-empregador de reparar os seus atos que venham a ofender a dignidade do ex-empregado. Ao exercer seu poder diretivo, nesta fase e em todas as outras do contrato do contrato, interferindo nos direitos de personalidade do empregado, eles terão que ser reparados pela justiça do trabalho, pois os atos ilícitos praticados causam danos que não podem ser permitidos.

Finalmente, é certo que tanto o poder diretivo do empregador quanto os direitos de personalidade dos empregados são garantidos a eles pelo ordenamento jurídico brasileiro e, por vezes, observa-se, como foi estudado, que estão em posições equitativamente dispostas. Porém, um não poderá se sobrepor ao outro,

⁹⁹ BRASIL. **Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região**. Recurso Ordinário nº 0000157-81.2014.5.03.0160, Relator: Milton V. Thibau de Almeida, 5º Turma, Julgamento: 26/09/2014, Publicação: 29/09/2014. Disponível em: < <http://trt-3.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/142621048/recurso-ordinario-trabalhista-ro-157201416003004-0000157-8120145030160> > Acesso em 09 de outubro de 2016.

¹⁰⁰ BRASIL. **Tribunal Superior do Trabalho**. Recurso de Revista nº 53300-16.2003.5.09.0091, Relatora: Rosa Maria Weber, 3ª Turma, Julgamento: 03/06/2009. Disponível em: < <http://tst.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/4258911/recurso-de-revista-rr-533> > Acesso em: 09 de outubro de 2016.

nas situações em que encontram-se em confronto. Para isso, tanto um como o outro deverão pautar seu exercício de forma harmônica e respeitosa.

Desta forma, o que observa-se, segundo a teoria de Nascimento (2011) do plano axiológico, estudada no capítulo anterior, é que, quando observados os direitos de personalidade dos empregados, este será o meio pelo qual irá concretizar-se a valorização da dignidade do empregado, na ocasião do contrato de trabalho. Pois, como pontuou o doutrinador supracitado não se pode dissociar o trabalho e a pessoa que o exerce, logo o contrato acaba por abarcar os direitos de personalidade. Em outras palavras, envolverá, desta maneira, não só o trabalho do ser humano, como também os seus direitos fundamentais os quais são derivados de sua condição de cidadão¹⁰¹.

¹⁰¹ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Direito Contemporâneo do Trabalho**. 26ª ed., São Paulo: Saraiva, 2011. p. 336.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O trabalho é o meio pelo qual o homem adquire dignidade, pois a partir do labor ele consegue sustentar-se e a sua família, além de que aumenta a sua qualidade de vida, abrindo possibilidades de investir em qualificações para si e/ou para os seus. Ou seja, por meio do trabalho e, conseqüentemente, pela remuneração, o empregado pode se realizar em muitos âmbitos de sua vida pessoal. Da mesma forma que o trabalho dignifica o homem, ele também pode ser motivo pelo qual o empregado perceba-se diminuído e humilhado, em casos de encontrar-se em uma situação de dano aos seus direitos.

A globalização permitiu a criação de muitos negócios e, desta maneira, cresceu também a concorrência e a competitividade das empresas. Isso se dá, principalmente, pela busca desenfreada pelo consumo de seus produtos, objetivando lucros cada vez maiores e, muitas vezes, deixando de lado os agentes que permitem que os produtos e/ou serviços das empresas estejam prontos: o empregado.

É dever do empregador oferecer para seus empregados um ambiente de trabalho digno, com condições adequadas de desempenharem suas funções e, ainda, que sejam por ele respeitados os direitos de personalidade do empregado. Estas atribuições estão inseridas no poder de dirigir o negócio, uma vez que ao empregador, cabem os riscos da atividade econômica, assim como, o poder de controlar, fiscalizar, dá ordens, e regular as atividades dentro da empresa, que nada mais é do que a atividade econômica exercida pelo empresário.

Através desse poder é que o empregador se favorece da atividade do empregado e exerce sobre ele um poder de comando, que irá configurar-se no estado de subordinação que o empregado encontra-se quando inserido em uma relação de trabalho. Ao passo em que é no momento da assinatura do contrato que o empregado passa para seu empregador a tutela sobre sua força de trabalho.

Contudo, este poder de direção não configura-se ilimitado e absoluto quando do estado de subordinação do empregado, uma vez que por tratar-se de um negócio jurídico, a subordinação a partir da assinatura do contrato, será considerada como uma subordinação jurídica, pois ao empregador caberá a tutela apenas da energia

de trabalho do empregado e não de seus direitos como pessoa humana, devendo o empregador agir de modo a tratá-lo com respeito.

Isto é, o poder de direção do empregador encontrará limites ao seu exercício nos direitos de personalidade do empregado, assim como, esse naquele. Pois apesar de tratarem-se de garantias constitucionais às classes dos empresários e empregados, terão que conviver de maneira harmônica para diminuir a possibilidade de choque entre eles.

Os direitos da personalidade advêm da condição de ser humano, e são prerrogativas que não podem ser deixadas de lado quando da relação de trabalho, apesar de sofrerem limitações específicas. O empregador, dotado de seu poder diretivo, deve respeitar o empregado de maneira que não interfira na sua intimidade, privacidade, honra, imagem, liberdade, quando estes direitos em nada interferirem na execução do seu serviço e, assim, no andamento da atividade empresarial.

Entretanto, pela situação de proximidade que os atores laborais encontram-se, é possível visualizar inúmeras possibilidades reais da ocorrência de abuso do poder diretivo do empregador. Visto que o desenvolvimento da atividade laboral é capaz de criar e recriar muitos atos que vêm a denegrir os direitos de personalidade do empregado. E isso poder ser visualizado em todas as fases contratuais (fase pré-contratual, contratual e pós-contratual).

Finalmente, o que observa-se é que o poder de direção e os direitos de personalidade, assim como não podem ser exercidos de maneira ilimitada também é impossível traçar uma linha que possa dividir o que é normal e o que é abusivo. Por isso é que se lança mão do princípio da proporcionalidade, que irá fazer com que em cada caso, essas prerrogativas sejam exercidas harmonicamente, de maneira a não prejudicar a outra parte, e criando, desta maneira, um ambiente de trabalho sadio.

A prática de atos abusivos por parte do empregador ainda é capaz de colocar sua empresa em risco econômico. Pois, com empregados insatisfeitos inseridos em um ambiente de trabalho precário, os resultados positivos tendem a estarem mais difíceis de serem alcançados. Além do que as sanções a empregadores que atuam de modo a denegrir direitos de seus empregados estão entre pagamentos de indenizações por danos morais e materiais, como também multas administrativas de competência de órgãos fiscalizadores.

Assim, a relação de trabalho deve ser pautada na boa-fé e no respeito e a dignidade dos empregados vista como indisponível e irrenunciável, além de fator

limítrofe ao exercício do poder de direção do empregador, para que as expectativas das partes sejam alcançadas. Do empregador, o lucro e o bom andamento de sua atividade econômica. Do empregado, respeito aos seus direitos, inclusão social, crescimento profissional, etc. E o caminho não é outro para isto, a não ser o respeito aos princípios constitucionais, que levam ao estado de bem-estar social.

REFERÊNCIAS

ARAUJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Curso de Direito Constitucional**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

BARACAT, Eduardo Milléo. **Controle do empregado pelo empregador: procedimentos lícitos e ilícitos**. 1. ed. (2008), 1ª reimpr. Curitiba: Juruá, 2009.

BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de Direito do Trabalho**. 2. ed. São Paulo: LTr, 2006

_____. **Curso de Direito do Trabalho**. 7. ed. São Paulo: LTr, 2011.

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

BRASIL. **Código Civil**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm > Acesso em: 07 de outubro de 2016.

BRASIL. **Consolidação das Leis do Trabalho**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm > Acesso em 29 de setembro de 2016.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm> Acesso em: 11 de outubro de 2016.

BRASIL. **Lei nº 9.029/1995**. Proíbe a exigência de atestados de gravidez e esterilização, e outras práticas discriminatórias, para efeitos admissionais ou de permanência na relação jurídica de trabalho, e dá outras providências. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9029.HTM > Acesso em 12 de outubro de 2016.

BRASIL. **Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região**. Dano moral pós-contratual. Informações desabonadoras. Caracterização. Recurso Ordinário nº 00003105720125020049, Relator: Álvaro Alves Nôga, 17ª Turma, Julgamento: 16/10/2014, Publicação: 24/10/2014. Disponível em: < <http://trt-2.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/153326377/recurso-ordinario-ro->

[3105720125020049-sp-00003105720125020049-a28](http://trt-2.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/202179974/recurso-ordinario-ro-1059720145020262-sp-00001059720145020262-a28) > Acesso em: 09 de outubro de 2016.

BRASIL. **Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região**. Danos morais. Responsabilidade pré-contratual. Recurso Ordinário nº 00001059720145020262. Relator: Ricardo Apostólico Silva. Órgão Julgador: 6ª Turma. Julgamento: 07/04/15. Publicação: 13/04/2015. Disponível em: <<http://trt-2.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/202179974/recurso-ordinario-ro-1059720145020262-sp-00001059720145020262-a28>> Acesso em: 10 de outubro de 2016.

BRASIL. **Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região**. Indenização por danos morais. "Lista negra". Recurso Ordinário nº 0000157-81.2014.5.03.0160, Relator: Milton V. Thibau de Almeida, 5º Turma, Julgamento: 26/09/2014, Publicação: 29/09/2014. Disponível em: <<http://trt-3.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/142621048/recurso-ordinario-trabalhista-ro-157201416003004-0000157-8120145030160>> Acesso em 09 de outubro de 2016.

BRASIL. **Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região**. Recurso Ordinário nº 0000029-57.2013.5.04.0002. Relatora: Laís Helena Jaeger Nicotti. 2ª Vara do Trabalho de Porto Alegre. Julhamento: 19/02/2014. Disponível em: < <http://trt-4.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/128877212/recurso-ordinario-ro-295720135040002-rs-0000029-5720135040002> > Acesso em 10 de outubro de 2016.

BRASIL. **Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região**. Promessa de contratação frustrada. Fase pré-contratual. Danos morais. Responsabilidade pré-contratual. Prática discriminatória. Indenizações por danos morais e materiais. Recurso Ordinário nº 0021463-65.2014.5.04.0003. Relator: Jose Cesario Figueiredo Teixeira. Órgão julgador: 6ª Turma. Data de Julgamento: 11/12/2015. Disponível em: < <http://trt-4.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/266845874/recurso-ordinario-ro-214636520145040003-rs-0021463-6520145040003/inteiro-teor-266845885> > Acesso em: 10 de outubro de 2016.

BRASIL. **Tribunal Regional do Trabalho da 5ª Região**. Assédio moral. Reparação por danos morais devida. Recurso Ordinário nº 0000170-12.2013.5.05.0661, Relator: Jeferson Muricy, 5ª Turma, Publicação: DJ 09/06/2014. Disponível em: < <http://trt-5.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/158362654/recurso-ordinario-record-1701220135050661-ba-0000170-1220135050661> > Acesso em: 08 de outubro de 2016.

BRASIL. **Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região**. Danos morais. Informações desabonadoras sobre ex-empregado. Responsabilidade pós-contratual. Indenização. Recurso Ordinário nº 13950201300309007, Relator: Marlene Teresinha Fuverki Sugimatsu, 2ª Turma, Julgamento: 10/09/2015, Publicação: DEJT 25/09/2015.

Disponível em: < <http://trt-9.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/236021315/recurso-ordinario-ro-13950201300309007-pr-13950-2013-003-09-00-7> > Acesso em: 08 de outubro de 2016.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região. Direitos da personalidade. Revista íntima. Dano moral. Caracterização. Recurso Ordinário nº 038945/2011, Relatora: Maria Madalena de Oliveira, Publicação: 24/06/2011. Disponível em: < <http://trt-15.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/20052449/recurso-ordinario-ro-38945-sp-038945-2011> > Acesso em: 07 de outubro de 2016.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 19ª Região. Recurso ordinário patronal. Revista em empregados. Danos morais. Indenização cabível. Recurso Ordinário nº 1091200300219000, Relator: João Leite, Publicação: 15/02/2005. Disponível em: < <http://trt-19.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/8535394/recurso-ordinario-record-1091200300219000-al-0109120030021900-0-trt-19> > Acesso em 07 de outubro de 2016.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 20ª Região. Competência da justiça do trabalho - dano moral - fase pré-contratual. Recurso Ordinário nº 0002102-48.2010.5.20.0006, Relatora: Rita de Cássia Pinheiro de Oliveira, Julgamento: 27/04/2011, Publicação: 05/05/2011. Disponível em: < <http://trt-20.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/19676846/recurso-ordinario-ro-21024820105200006-se-0002102-4820105200006/inteiro-teor-104462032> > Acesso em: 10 de outubro de 2016.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Recurso de revista. Danos morais. Revista em pertences dos empregados. Recurso de Revista nº 1307733620145130009, Relator: Emmanoel Pereira, 5ª Turma, Julgamento: 17/02/2016, Publicação: DEJT 19/02/2016. Disponível em: < <http://tst.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/307134901/recurso-de-revista-rr-1307733620145130009> > Acesso em: 07 de outubro de 2016.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Recurso de revista - danos morais - assédio moral - tratamento desrespeitoso - agressões verbais - lesão à direito da personalidade do empregado. Recurso de Revista nº 17684420125240002, Julgamento: 04/02/2015, Publicação: DEJT 20/03/2015. Disponível em: < <http://tst.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/175660640/recurso-de-revista-rr-17684420125240002> > Acesso em: 08 de outubro de 2016.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Recurso de revista. Dano moral. Inclusão do nome de ex-empregado em lista discriminatória. Recurso de Revista nº 53300-16.2003.5.09.0091, Relatora: Rosa Maria Weber, 3ª Turma, Julgamento: 03/06/2009. Disponível em: < <http://tst.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/4258911/recurso-de-revista-rr-533> > Acesso em: 09 de outubro de 2016.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1998.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Comercial – Direito de Empresa**. 17ª ed., São Paulo: Saraiva, 2013.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 14. ed. São Paulo: LTr, 2015.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil brasileiro: teoria geral do direito civil**. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. V.1.

GAGLIANO, Pablo Stolze e PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil**, volume 1: Parte Geral. 14. ed., São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. **Novo curso de direito civil**, volume 4: contratos, tomo I: teoria geral. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. **Novo curso de direito civil**, volume IV: contratos: teoria geral. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2009,

GARCIA, Gustavo Felipe Barbosa; ALVARENGA, Rúbia Zanotelli (Org). **Direito do Trabalho e Direito Empresarial sob o enfoque dos direitos fundamentais**. São Paulo: LTr, 2015.

MARTINS, Fran. **Curso de Direito Comercial**. 18. ed. São Paulo: Forense, 1993.

MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito do Trabalho**. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

MASSON, Nathália. **Manual de Direito Constitucional**. 3. ed. Bahia: JusPodivm, 2015.

NADER, Paulo. **Curso de Direito Civil: Parte Geral**. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de Direito do Trabalho**. 26. ed., São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. **Direito Contemporâneo do Trabalho**. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

NASCIMENTO, Nilson de Oliveira. **O poder diretivo do empregador e os direitos fundamentais do empregado na relação de emprego**. São Paulo: PUC/SP, 2008. Disponível em: <<http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp063483.pdf>> Acesso em: 15 de julho de 2016.

NEGRÃO, Ricardo. **Manual de Direito Comercial e de Empresa – Teoria Geral da Empresa e Direito Societário**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Dano Moral na Relação de Emprego**. 2. ed., São Paulo: LTr, 1999.

ROMITA, Arion Sayão. **Direitos Fundamentais nas relações de trabalho**. 5. ed. 2014, São Paulo: LTr, 2014.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 37^a ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil – Teoria geral das obrigações e dos contratos**. V. II. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003.