

Prof. Amauri Cesar Alves²

O presente artigo pretende discutir a eficácia dos direitos fundamentais trabalhistas, nas perspectivas vertical e horizontal, através da análise de pontos atuais e sensíveis da doutrina e da jurisprudência brasileiras.³

I. IMPORTÂNCIA DO DIREITO DO TRABALHO COMO INSTRUMENTO FUNDAMENTAL DE AFIRMAÇÃO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA.

Inicialmente é importante destacar que o Direito do Trabalho constitui, por si, no sistema capitalista hodierno, instrumento fundamental de afirmação da dignidade da pessoa humana. Uma das funções básicas do Direito do Trabalho é a de propiciar *melhoria das condições de pactuação de força produtiva*, o que é possível através da construção de um *patamar civilizatório mínimo* suficiente a propiciar dignidade ao cidadão trabalhador.⁴

Igualdade, justiça, segurança, equidade, distribuição de renda e respeito ao cidadão são valores caros à ordem constitucional vigente, e podem ser efetivados, nos planos fático e jurídico, através do Direito do Trabalho. A intervenção do Estado na relação individual de trabalho através da norma cogente é essencial para conferir ao cidadão trabalhador um estuário normativo básico, abaixo do qual não pode haver, validamente, pactuação de emprego.

Adalberto Moreira Cardoso, em sua obra "A Década Neoliberal e a crise dos sindicatos no Brasil" destaca, de modo afirmativo e incisivo, que *"...o mercado, deixado a si mesmo, o mercado sem o Estado, é a guerra, a selva ou a máfia, ou tudo isso junto."*⁵ Assim, qualquer debate sobre dignidade da pessoa humana no sistema capitalista, em âmbito constitucional ou infraconstitucional, deve, necessariamente, destacar a importância do Direito do Trabalho como instrumento básico de sua afirmação. É que o Direito do Trabalho possibilita a necessária correção da desigualdade fática existente entre empregado e empregador no âmbito do ajuste de trabalho.

A República Brasileira, além de garantir a proteção ao trabalhador através do Direito do Trabalho, com suas regras e princípios próprios e específicos, cuida de erigir a caráter constitucional direitos fundamentais que podem e devem ser aplicados às relações jurídicas de entrega de força produtiva. Assim é que princípios como *dignidade da pessoa humana* (C.R., artigo 1º, inciso III), *valorização social do trabalho* (C.R., artigo 1º, inciso IV),

¹ As ideias expressas no presente artigo foram originalmente apresentadas em trabalho acadêmico exposto pelo autor, na condição de aluno, na disciplina "Interações do Direito Processual do Trabalho com o Direito Constitucional e o Direito do Trabalho", do Programa de Pós-Graduação em Direito, da Faculdade Mineira de Direito, da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, ministrada pelo Professor Doutor José Roberto Freire Pimenta, no 1º semestre de 2010.

² Mestre em Direito, PUC.MG. Doutorando em Direito, PUC.MG. Vice-Diretor da Faculdade de Direito de Pedro Leopoldo. Professor de Direito do Trabalho (FPL e IEC/PUC.Minas). Membro da Comissão de Ensino Jurídico da OAB/MG. Advogado.

³ Texto publicado na Revista LTr. 75-10 págs. 1209 a 1218.

⁴ DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 9.ed. São Paulo: LTr., 2010.

⁵ CARDOSO, Adalberto Moreira. *A Década Neoliberal e a crise dos sindicatos no Brasil*. São Paulo: Boitempo, 2003, pág. 121.

não-discriminação (C.R., artigo 5º, caput), *vedação ao retrocesso social* (C.R., artigo 5º, § 2º), *prevalência dos direitos humanos* (C.R., artigo 4º, inciso II) e *submissão da propriedade à sua função social* (C.R., artigo 5º, XXIII e artigo 170, III), dentre outros, devem ser entendidos como "*vantagens jurídicas estruturantes da existência, afirmação e projeção da pessoa humana e de sua vida em sociedade*"⁶ e portanto relevantes para o Direito do Trabalho. A tais direitos fundamentais somam-se os *direitos sociais trabalhistas em sentido estrito* (C.R., artigos 7º, 8º e 9º), que devem ser entendidos como imediatamente aplicáveis às relações jurídicas trabalhistas, posto que pautadas na proteção à parte hipossuficiente.

Alguns problemas, entretanto, dividem a doutrina e a jurisprudência pátrias no que concerne à aplicabilidade dos princípios que consagram direitos fundamentais no contexto das relações trabalhistas.

O primeiro problema diz respeito à *eficácia vertical* dos direitos fundamentais no contexto das relações trabalhistas, vez que várias reformas legais empreendidas na *década neoliberal*⁷ contrariam frontalmente princípios constitucionais.

O segundo problema se refere à *eficácia horizontal* dos direitos fundamentais no contexto das relações trabalhistas, ou seja, se é possível invocar e aplicar diretamente tais normas no plano do contrato de emprego.

II. EFICÁCIA VERTICAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.

Por eficácia vertical dos direitos fundamentais pode-se compreender, com Ingo Wolfgang Sarlet, a vinculação dos órgãos estatais aos deveres de proteção contidos nos direitos fundamentais.⁸

Neste ponto algumas perguntas se impõem: há dissonância entre os direitos fundamentais do cidadão trabalhador e as regras legais precarizantes editadas na *década neoliberal* e que continuam vigendo? As normas constitucionais que consagram direitos fundamentais sociais trabalhistas poderiam esterilizar as regras legais precarizantes editadas na década neoliberal? Enfim, as Leis 9.300/1996, 9.472/1997, 9.504/1997, 9.601/1998, 9.608/1998, 9.958/2000, 10.101/2000, 10.208/2001, 10.243/2001, bem como a MP 2164/2001, dentre outras regras precarizantes, estão em consonância com o direito constitucional vigente?

O Brasil vivenciou, nas últimas décadas, o que pode ser considerado um ataque neoliberal à estrutura normativa protetiva de Direito Individual do Trabalho.

⁶ DELGADO, Maurício Godinho. "Direitos Fundamentais na Relação de Trabalho". *Revista LTr.*, vol. 70, n. 06, junho de 2006, pág. 657.

⁷ Conforme denominação de Adalberto Moreira Cardoso, em sua obra *A Década Neoliberal e a crise dos sindicatos no Brasil*. São Paulo: Boitempo, 2003.

⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos Fundamentais Sociais, Mínimo Existencial e Direito Privado: breves notas sobre alguns aspectos da possível eficácia dos direitos sociais nas relações entre particulares. *In Direitos Fundamentais: estudos em Homenagem ao Professor Ricardo Lobo Torres*. São Paulo: Renovar, 2006, págs. 551 a 602.

As ações políticas, no âmbito do Poder Executivo e do Legislativo, desconsideraram princípios constitucionais consagrados no texto de 1988 e princípios elementares de Direito do Trabalho fixados no desenrolar do século XX.

Diversas normas jurídicas foram editadas em dissonância com a construção jurídica brasileira no que diz respeito à proteção estatal ao trabalho. São exemplos claros as Leis 8.949/1994, 9.300/1996, 9.472/1997, 9.504/1997, 9.601/1998, 9.608/1998, 9.615/1998, 9.958/2000, 10.101/2000, 10.208/2001, 10.243/2001, 11.101/2005, 11.442/2007, 11.603/2007, 11.718/2008, 11.788/2008, bem como a MP 2.164/2001, dentre outras.

A Lei 8.949/1994 estabeleceu a inexistência de vínculo empregatício entre as cooperativas de trabalho e seus associados, bem como entre estes e as empresas tomadoras dos seus serviços.

A Lei 8.966/1994 alterou o artigo 62 da CLT e trouxe presunção legal de inaplicabilidade do capítulo da duração do trabalho a chefes, supervisores, gerentes e diretores.

A Lei 9.300/1996 alterou a Lei 5.889/1972 para retirar a natureza jurídica remuneratória da utilidade consistente em moradia.

A Lei 9.472/1997 possibilitou a terceirização de atividades essenciais em telecomunicações.

A Lei 9.504/1997 afastou a possibilidade de vinculação jurídica empregatícia entre os partidos políticos e candidatos a cargos eletivos e os trabalhadores vinculados às suas campanhas.

A Lei 9.601/1998 flexibilizou as limitações para a contratação a termo e instituiu a possibilidade de compensação anual de jornadas, conhecida como "banco de horas".

A Lei 9.608/1998 permitiu o trabalho voluntário em instituições públicas e privadas.

A Lei 9.615/1998 tratou das relações empregatícias do jogador de futebol e seus clubes, com sensíveis prejuízos a direitos trabalhistas.

A Lei 9.958/2000 estabeleceu limitações ao acesso do trabalhador à justiça, através das Comissões de Conciliação Prévia.

A Lei 10.101/2000 dispôs sobre a participação dos trabalhadores nos lucros e resultados da empresa, com a desvinculação dos valores à remuneração contratual, além de permitir o trabalho no comércio aos domingos e nos dias feriados.

A Lei 10.208/2001 criou norma trabalhista facultativa ao empregador, ao estabelecer que o contratante doméstico pode optar por estender ou não os direitos do FGTS ao trabalhador empregado.

Merece destaque negativo a MP 2164/2001, pelos efeitos de suas normas nos contratos de emprego. Instituiu o regime de trabalho a tempo parcial; permitiu a suspensão do contrato de trabalho para qualificação profissional; criou o já citado “banco de horas” e estabeleceu a possibilidade de “estágio” para alunos de ensino médio.

A Lei 10.243/2001 limitou a remuneração dos denominados “minutos residuais” e retirou a característica remuneratória de diversas utilidades entregues pelo empregador ao empregado.

A Lei 11.101/2005 diminuiu as possibilidades de satisfação do crédito trabalhista em casos de falência do empregador.

A Lei 11.442/2007 excluiu a relação de emprego em diversas relações jurídicas de entrega de força produtiva no âmbito dos transportes rodoviários de cargas.

A Lei 11.603/2007 reafirmou a possibilidade de trabalho dos comerciários aos domingos e dias feriados.

A Lei 11.718/2008 permitiu a contratação de trabalho rural por tempo determinado sem registro em CTPS.

A Lei 11.788/2008 reafirmou a possibilidade de contrato de estágio para estudantes do ensino médio.

As normas estatais dissonantes dos princípios constitucionais e just trabalhistas influenciam, de modo perverso e direto, os contratos de emprego, visto que é dada ao empregador, pelo Estado, a possibilidade de precarizar a contratação de força produtiva.

É necessária uma análise pormenorizada da legislação infraconstitucional editada no período 1988-2008 para que se possa compreender sua adequação ou inadequação ao Estado Democrático de Direito e, conseqüentemente, sua constitucionalidade ou inconstitucionalidade.

A eficácia vertical das conquistas sociais deve ser reconhecida, podendo influenciar, em um modelo de superação do ideário neoliberal, a produção heterônoma estatal em Direito do Trabalho. É juridicamente possível entender os princípios e direitos constitucionais relacionados ao trabalho como direitos fundamentais vinculados à ordem social, e que portanto podem e devem esterilizar normas infraconstitucionais que lhes sejam contrárias.

Um dos fundamentos do Estado Brasileiro é o valor social do trabalho, nos termos do artigo 1º, inciso IV da Constituição da República. O trabalho, como direito fundamental, é modo de realização do valor constitucional supremo, que informa a criação, a interpretação e a aplicação de toda a ordem normativa constitucional, que é a dignidade da pessoa humana.⁹

⁹ NOVELINO, Marcelo. *Direito Constitucional*. São Paulo: GEN, 2009. p. 347.

Topograficamente os direitos sociais referentes ao trabalho estão vinculados aos direitos fundamentais, posto que o capítulo II – Dos Direitos Sociais (artigos 6º ao 11) se insere no Título II – Dos Direitos e Garantias Fundamentais (artigos 5º ao 17) da Constituição da República.

Sendo direito fundamental da Constituição da República o trabalho não pode sofrer precarização em sua regulamentação básica, sendo certo que o neoliberalismo, por mais forte e hegemônico que seja, não pode infirmar direito constitucional por meio de lei ordinária e muito menos por medida provisória. Direitos fundamentais vinculados à proteção ao trabalho devem servir de base para a criação e para a aplicação da norma infraconstitucional.

III. EFICÁCIA HORIZONTAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.

Por eficácia horizontal dos direitos fundamentais pode-se compreender, mais uma vez com Ingo Wolfgang Sarlet, o seguinte:

"Se é, à evidência, verdade que são os órgãos estatais que se encontram diretamente vinculados pelos deveres de proteção expressa e implicitamente contidos nos direitos fundamentais, também é correto afirmar que entre os particulares existe um dever de respeito e consideração (portanto de não violação) em relação à dignidade e direitos fundamentais de outras pessoas. Assim, a eficácia vertical será sempre complementada por uma espécie de eficácia horizontal, que mais apropriadamente tem sido designada de eficácia dos direitos fundamentais no âmbito das relações privadas..."¹⁰

É possível inferir, portanto, que o empregador tem o dever de observar os direitos fundamentais do cidadão trabalhador, ainda que não expressos na específica legislação trabalhista. Assim, a norma empresarial ou agir patronal que inobserve dever de proteção, expresso ou implícito, garantido na ordem constitucional vigente, deve ser reconhecido como ilícito.

A doutrina justtrabalhista já reconhece tal possibilidade.

Dalva Amélia de Oliveira trata da possibilidade de aplicação imediata dos direitos fundamentais trabalhistas às relações privadas:

"Essas garantias, elevadas ao patamar constitucional, irradiam-se na ordem jurídica privada, de modo que se tratam de direitos de defesa não só contra o Estado, como também se transmutam em direitos de defesa de particulares contra particulares, o que quer

¹⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos Fundamentais Sociais, Mínimo Existencial e Direito Privado: breves notas sobre alguns aspectos da possível eficácia dos direitos sociais nas relações entre particulares. *In Direitos Fundamentais: estudos em Homenagem ao Professor Ricardo Lobo Torres*. São Paulo: Renovar, 2006, págs. 551 a 602.

dizer que nas relações de trabalho são direitos fundamentais que vinculam os partícipes desta relação.”¹¹

Neste contexto Arnaldo José Duarte do Amaral entende possível a aplicação imediata dos direitos fundamentais trabalhistas às relações de emprego, ainda que conclua por um novo Direito do Trabalho:

"Esta segunda vertente da teoria da aplicabilidade dos direitos fundamentais defende que os direitos fundamentais podem ser aplicados diretamente nas relações entre particulares. Ou seja, existindo uma relação jurídica, qualquer que seja, os direitos fundamentais podem reger – regular – a relação. Nesse pensar, não existe, portanto, vinculação exclusiva do poder público aos direitos fundamentais. Defende-se, em suma, a eficácia erga omnes dos direitos fundamentais.

(...)

Sim, tem-se no Brasil a aplicação imediata dos direitos fundamentais às relações privadas. Por outro lado, mesmo se eventualmente for adotada a tese de aplicabilidade apenas mediata dos direitos fundamentais às relações privadas pelo STF, a revolução no direito do trabalho também se opera.”¹²

Por fim, conclui Júlio Ricardo de Paula Amaral sobre a aplicação dos direitos fundamentais às relações de emprego:

"Percebe-se, portanto, que somente por meio da aplicação direta e imediata dos direitos fundamentais nas relações trabalhistas será possível a efetiva proteção aos direitos e liberdades públicas dos trabalhadores, em face do dinamismo destas vinculações. Essa conclusão pode ser atribuída à intangibilidade do conteúdo essencial dos direitos fundamentais dos trabalhadores, e, ainda, diante da flagrante desigualdade que ocorre entre os envolvidos – empregados e empregadores – nas relações de trabalho. Pode-se mencionar, por fim, que o empregador, em decorrência desta relação jurídica, é detentor de direitos e faculdades que, exercidos de forma inadequada, mostram-se como potenciais fatores de afrontas e violações à liberdade, privacidade e dignidade dos trabalhadores.”¹³

¹¹ OLIVEIRA, Dalva Amélia de. Reformas: a atualização da legislação trabalhista e os direitos fundamentais do trabalho, segundo a Declaração de Princípios da OIT. São Paulo: LTR., 2004. p. 108

¹² AMARAL, José Duarte do. *Estado Democrático de Direito: nova Teoria Geral do Direito do Trabalho – adequação e compatibilidade*. São Paulo: LTr., 2008.

¹³ AMARAL, Júlio Ricardo de Paula. *Eficácia dos Direitos Fundamentais nas Relações Trabalhistas*. São Paulo: LTr., 2007. p. 88.

Nesta perspectiva que se espera possível no Brasil, os direitos fundamentais que se relacionam direta ou indiretamente com a proteção ao trabalho devem ser imediatamente aplicados às relações jurídicas de emprego, pois dotados de eficácia plena. Importantes algumas questões pontuais sobre a matéria, sobretudo a que diz respeito aos limites do exercício do poder no contrato de emprego.

III.1. PODER NO CONTRATO DE EMPREGO E EFICÁCIA HORIZONTAL DE DIREITOS FUNDAMENTAIS.

Debate importante no que diz respeito à eficácia horizontal dos direitos trabalhistas é aquele referente às limitações do poder empregatício.

Inicialmente destaque-se que um dos principais limites ao exercício do poder no contrato de emprego se refere à ideia de *subordinação jurídica*, ou seja, somente pode o empregador manifestar seu poder nos limites do contrato de trabalho, sendo ilegal qualquer norma ou ordem que não se refira ao *modo* da prestação laborativa.

Cediço que no âmbito do contrato de trabalho o empregador exterioriza seu poder através da regulamentação, da fiscalização e do exercício do poder disciplinar. Ocorre que embora seja silente a CLT quanto aos limites do poder empregatício, há princípios constitucionais que consagram direitos fundamentais que devem ser aplicados diretamente (horizontalmente) às relações de entrega de força produtiva, e que são tendentes a obstar abusos patronais nesta seara.

Em alguns casos o intérprete se verá diante de colisão entre princípios constitucionais protetivos dos trabalhadores e aqueles referentes à preservação da propriedade privada.

É que não há direito fundamental absoluto, segundo a maioria da doutrina, sendo certo que sua aplicação pode ser limitada em confronto com outro direito também fundamental, segundo o critério (princípio) da proporcionalidade.

O princípio da proporcionalidade se divide, por sua vez, em três *subprincípios*: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

Uma medida restritiva (limitadora) de direito fundamental deve ser, inicialmente, apta ou adequada para a proteção de outro direito fundamental garantido por norma constitucional. O meio limitador deve ser adequado ao fim, que é a proteção de outro direito fundamental. Neste ponto, consoante Júlio Ricardo de Paula Amaral, com Naranjo de la Cruz, não há valoração sobre meios e fins. Basta que a via eleita seja adequada à finalidade:

*"Sob um ponto de vista negativo, sustenta Naranjo de la Cruz que será considerada não-proporcional, em face de sua inadequação, a intervenção no âmbito de um direito fundamental com vistas à sua limitação, quando esta não servir para a obtenção de um fim consistente na proteção ou promoção de um determinado bem ou direito também assegurado pelas normas constitucionais."*¹⁴

¹⁴ AMARAL, Júlio Ricardo de Paula. "Eficácia dos Direitos Fundamentais nas Relações Trabalhistas". São Paulo: LTr., 2007, pág. 95

Uma medida restritiva (limitadora) de direito fundamental deve ser, também, indispensável para a consecução da finalidade pretendida. Se houver outro meio, menos gravoso, deve ele ser utilizado, e não a limitação de direito fundamental. Deve haver, ainda com Amaral, opção pela limitação menos gravosa ao direito fundamental, desde que mantida a eficácia da medida:

*"Há de se mencionar, de igual forma, que na análise da necessidade exige-se que a medida que se opõe de forma ideal como alternativa àquela adotada possua igual aptidão para a consecução do fim almejado. O órgão de controle da decisão, desta forma, não pode declarar desproporcional uma medida somente pelo fato de existir uma outra que, também sendo apta para alcançar o objetivo perseguido, apenas o é, entretanto, em grau menor que a via eleita. Sustenta-se que o igual valor do meio alternativo proposto deva aparecer como evidente em todo caso."*¹⁵

Por fim, uma medida restritiva (limitadora) de direito fundamental deve ser razoável ou proporcionada ao sacrifício do direito fundamental limitado em relação à importância do interesse que se pretende proteger, em uma análise valorativa. Assim, novamente Júlio Ricardo de Paula Amaral, com Alexy:

*"...o grau de realização do objetivo da ingerência deve ser pelo menos equivalente ao grau de afetação do direito fundamental. (...) se trata, então, da comparação entre duas intensidades ou graus, o da realização do fim da medida examinada e o da afetação do direito fundamental. Tratando acerca desta questão, Robert Alexy sustenta que, quanto mais importante for o grau de intervenção no âmbito dos direitos ou liberdades públicas limitadas, tanto maior deverá ser a importância dos bens ou direitos aos quais ele se opõe."*¹⁶

Saliente-se, por fim, que a proporcionalidade se mede entre bens ou direitos de mesmo nível, qual seja, constitucional, e não no confronto entre normas fundamentais e regras infraconstitucionais (CLT, por exemplo), posto que aquelas prevalecem independentemente de análise mais aprofundada, embora alguns interpretes relutem em perceber o óbvio.

Alguns questionamentos, embora pontuais, se mostram atuais e pertinentes neste contexto de eficácia horizontal de direitos fundamentais: aplica-se à relação de emprego o direito fundamental de presunção de inocência (CR, artigo 5º, inciso LVII), no contexto do poder disciplinar? Aplicam-se, no âmbito do contrato (direito material), o contraditório e a ampla defesa no âmbito do poder disciplinar (CR, artigo 5º, LV)?

¹⁵ AMARAL, Júlio Ricardo de Paula. "Eficácia dos Direitos Fundamentais nas Relações Trabalhistas". São Paulo: LTr., 2007, pág. 96.

¹⁶ AMARAL, Júlio Ricardo de Paula. "Eficácia dos Direitos Fundamentais nas Relações Trabalhistas". São Paulo: LTr., 2007, pág. 97.

III.1.1. PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA, CONTRADITÓRIO, AMPLA DEFESA E CONTRATO DE EMPREGO.

Durante muito tempo houve aparente consenso de que o empregador, no âmbito de seu poder disciplinar, não precisaria observar o princípio constitucional fundamental geral de presunção de inocência (Constituição da República, artigo 5º, inciso LVII). Assim, em caso de dispensa por justa causa não haveria a necessidade de oferecer ao trabalhador empregado oportunidade de provar sua inexistência ou sequer de argumentar contra a aplicação da pena de extinção do contrato por responsabilidade sua. A presunção de inocência seria restrita ao processo e inaplicável no curso da relação jurídica de emprego.

Ocorre que em um raciocínio consentâneo com o constitucionalismo que se pretende neste início de século, os magistrados Cláudio Armando Couce de Menezes, Gláucia Gomes Vergara Lopes, Otavio Amaral Calvet e Roberta Ferme Sivoella propõem o respeito ao direito fundamental de presunção de inocência no curso do contrato de emprego, como se infere, em apertada síntese:

"Defendemos no presente artigo a necessidade de limitação do poder do empregador, em especial o poder disciplinar, como forma de garantir a eficácia de direitos fundamentais, com destaque para a presunção de inocência do trabalhador;

(...)

1. A limitação dos poderes do empregador é um imperativo oriundo da observância dos direitos fundamentais.

(...)

4. A unilateralidade do poder disciplinar encontra atualmente resistência no campo doutrinário e jurisprudencial. No plano do direito positivo, diversos ordenamentos jurídicos estrangeiros abraçam a tese do poder disciplinar compartilhado, submetido a uma procedimentalização disposta em lei ou em negociação coletiva;

5. Seja qual for a visão adotada do poder disciplinar, impõe-se no seu manejo o respeito a um procedimento previamente estabelecido, observada a ampla defesa e o contraditório, bem como a presunção de inocência do trabalhador;

*6. A presunção de inocência, como direito fundamental, não está adstrita ao processo penal. Com efeito, rege qualquer tipo de processo ou procedimento através do qual se possa aplicar uma sanção. Não pode pairar dúvidas, por conseguinte, acerca de sua incidência no campo disciplinar trabalhista."*¹⁷

¹⁷ MENEZES, de. Cláudio Armando Couce *et. al.* "Direitos Fundamentais e poderes do empregador – o poder disciplinar e a presunção de inocência do trabalhador." *Revista LTr.*, ano 73, agosto/2009, págs. 963 a 972.

O princípio da presunção de inocência é resguardado como um dos pilares da cidadania no Brasil. Mesmo em se tratando de casos de réu confesso de crimes hediondos o Ministério Público deve carrear aos autos provas inequívocas de autoria e materialidade, não bastando para a condenação a confissão. Sequer pode haver inquérito policial sem um conteúdo indiciário mínimo em desfavor do cidadão a ser investigado. Políticos, para se tornarem inelegíveis, devem sofrer duas condenações, por juízo singular e colegiado, sob pena de agressão ao princípio constitucional da presunção de inocência. No plano das relações privadas, no âmbito do processo, a regra geral é a de que quem alega prova, havendo presunção de inocência ou de não responsabilidade da parte acionada. Somente no Direito do Trabalho, no plano da relação de emprego, não se concebe abusividade no ato patronal de dispensa por justa causa sem indícios de responsabilidade pessoal do obreiro. A lógica se inverte: após sofridas as consequências (graves) da dispensa por justa causa deve o trabalhador, caso queira, acionar a Justiça do Trabalho para pleitear a reversão da medida. Primeiro a pena, depois, caso queira, o processo. Deve o trabalhador arcar então, antes do processo, com a pecha advinda da justa causa, com o ônus da demora do processo e com os riscos de não conseguir outro emprego em face do ajuizamento da ação. No mínimo.

Ora, se direitos fundamentais são garantidos no âmbito das relações intersubjetivas, então o princípio constitucional de presunção de inocência deve se observado nos casos em que o empregador pretenda aplicar ao empregado a pena mais grave prevista no ordenamento jurídico trabalhista, que é a justa causa, independentemente da inexistência de regra infraconstitucional ou do pretense direito "potestativo" do empregador à dispensa.

No mesmo contexto do que foi acima tratado havia uniforme entendimento de que os princípios do contraditório e da ampla defesa somente eram garantidos ao trabalhador no curso de eventual processo judicial, e não no decorrer do contrato de emprego. O exercício do direito do empregador à dispensa por justa causa não precisaria observar os preceitos constitucionais garantidores do contraditório e da ampla defesa, pois sua decisão era suficiente à implementação da medida. Mais uma vez a lógica se inverte: o trabalhador que por acaso não se conforme com a medida unilateral e automática deve se valer do processo trabalhista para a sua reversão, oportunidade em que, aí sim, terá o empregador direito ao contraditório e à ampla defesa de sua decisão.

O raciocínio aqui é o mesmo esposado anteriormente, ou seja, se o contraditório e a ampla defesa são princípios constitucionais fundamentais, devem valer no âmbito das relações de trabalho, independentemente de regras infraconstitucionais sobre a matéria.

Enoque Ribeiro dos Santos sinaliza nessa direção, com destaque para a participação sindical na definição dos contornos jurídicos dos procedimentos punitivos:

"Daí, a nossa filiação à tese de limitação do poder disciplinar do empregador, com abrandamentos, que denominamos de poder disciplinar compartilhado, que, se de um lado não retira todo o poder, hoje virtualmente absoluto, do empregador, em aplicar sanções ao empregado, de outro, o tempera, com a participação do sindicato profissional em todos os trâmites do processo administrativo.

Por essa tese, o empregador e o sindicato profissional, por meio da negociação coletiva de trabalho, disporá em capítulo próprio no

*acordo ou convenção coletiva, da gradação das penalidades e de seu procedimento, que deverá necessariamente incluir elementos de ampla defesa e contraditório.*¹⁸

Pode-se entender, entretanto, com a devida vênia, não ser necessária norma coletiva para impor a obrigação de respeito ao direito fundamental do empregador, dada sua eficácia horizontal. Deve o empregador, por meio de seu poder regulamentar, criar procedimentos justos e equânimes que tratem da aplicação de penalidades trabalhistas, sob pena do reconhecimento imediato da ilegalidade da justa causa eventualmente aplicada sem o respeito ao contraditório e à ampla defesa.

III.2. PROTEÇÃO À HONRA E À INTIMIDADE DOS TRABALHADORES E EFICÁCIA HORIZONTAL DE DIREITOS FUNDAMENTAIS.

Não há, no âmbito da regra legal básica celetista, preceitos específicos referentes à proteção à honra e à intimidade dos trabalhadores no âmbito do contrato de emprego, sendo certo, entretanto, que as regras constitucionais gerais sobre o tema são aplicáveis, diretamente (horizontalmente), ao pacto empregatício.¹⁹

A norma básica neste contexto é aquela trazida pelo artigo 5º, inciso X, da Constituição da República, que deve nortear a conduta do empregador quando cria suas regras internas, quando fiscaliza seu cumprimento, quando protege seu patrimônio e quando pretende punir empregados em função de ilícitos trabalhistas.

Alguns questionamentos, embora pontuais, se mostram atuais e pertinentes neste contexto de eficácia horizontal de direitos fundamentais: pode o empregador prestar informações desabonadoras, embora verdadeiras, sobre seus ex-empregados? É possível a revista pessoal como instrumento de fiscalização? É lícito o controle de mensagens eletrônicas enviadas e recebidas pelos trabalhadores através de e-mail corporativo de titularidade do empregador? Está em conformidade com o sistema jurídico-trabalhista protetivo o uso de polígrafo como instrumento de fiscalização no âmbito das relações entre patrões e empregados?

III.2.1. INFORMAÇÕES DESABONADORAS VERDADEIRAS.

Um problema inicial desafia a doutrina e a jurisprudência pátrias: fere direito fundamental à honra e à imagem do cidadão trabalhador o fato de seu ex-empregador repassar a um possível futuro contratante informações sobre fatos verdadeiros, embora desabonadores, ocorridos durante a prestação laborativa finda? É óbvio que a pesquisa se restringe às informações verdadeiras, vez que das falsas se ocupa, de modo claro e inequívoco, o direito penal.

Ao que parece, salvo melhor juízo, dados e fatos objetivos, comprovados (e não somente comprováveis), sobre a atuação profissional de alguém, podem ser repassados pelo ex-empregador a um possível interessado na contratação de força produtiva de ex-empregado, pois o dever de prestar correta informação, neste caso, deve prevalecer sobre

¹⁸ SANTOS, Enoque Ribeiro dos. "Limites ao poder disciplinar do empregador – a tese do poder disciplinar compartilhado". *Revista LTr.*, ano 72, maio/2008, págs. 545 a 556.

¹⁹ Poucas exceções, como por exemplo o disposto no artigo 373-A da CLT.

eventual direito obreiro à preservação de sua imagem. Parece claro, também, que impressões subjetivas, inespecíficas, juízos de valor, dados imprecisos ou não comprovados sobre a pessoa ou a conduta obreira não podem ser objeto de declaração de ex-empregador, posto que, neste caso, haveria invasão ilegal de sua esfera de subjetividade, protegida pela ordem constitucional vigente.

Neste sentido parecem ser as seguintes decisões do TRT da 3ª Região:

"DANOS MORAIS. INDENIZAÇÃO. EMPREGADA DOMÉSTICA. INFORMAÇÕES DESABONADORAS FORNECIDAS PELA RÉ, POR TELEFONE, A PROVÁVEIS NOVOS EMPREGADORES. PUBLICIDADE. FATO JURÍDICO CONCRETO ATRAÇÃO DA NORMA LEGAL. O fornecimento de informações sobre pessoas, em especial ex-empregados, constitui hoje um campo extremamente nevrálgico, tormentoso e perigoso, tenha ou não o informante previamente se assegurado do sigilo, uma vez que envolve, a um só tempo o direito de informar com fidelidade e exatidão; a obrigação de fazê-lo até sob possível risco de futura responsabilidade (a omissão de dados importantes pode redundar em reivindicações dos prejudicados) e o dever de não ultrapassar a linha, indefinida e sutil, entre o cumprimento da obrigação, o expendimento de opiniões próprias e a agressão sem causa à personalidade do outro. Sendo uma coisa fornecerem-se informações objetivas, exatas, precisas, comprovadas ou comprováveis sobre alguém, dando ao novo empregador os dados concretos existentes sobre a conduta de uma pessoa a fim de que tome decisões e outra é transmitir a terceiros impressões subjetivas, dúvidas e desconfianças pessoais que a própria informante jamais buscou apurar devidamente ou se o fez guardou exclusivamente para si e nem mesmo preocupou-se em punir a empregada ou rescindir o contrato. Ou seja, se guardou para si as dúvidas, suspeitas ou certezas, mantendo tudo no seu íntimo, sem as medidas próprias para por cobro aos fatos ou trazê-los ao conhecimento das autoridades competentes agindo como lhe era lícito fazer, pois cada um sabe como gerir e administrar os conflitos internos no seu lar não pode mais utilizar disso para alertar terceiros ou lançar dúvida pública depois sobre o comportamento da ex-empregada. Enquanto o fato permaneceu no íntimo da Ré, dele não se ocupa o Direito, eis que território infenso à invasão por ele. Mas a partir do instante em que lhe deu publicidade e circulação, provocou fato jurídico concreto, hábil para atrair a norma legal e gerar direitos e obrigações. Deferindo-se à Autora, empregada doméstica, diante da prova produzida, a reparação do dano moral em razão de meras suspeitas desabonadoras, de eventuais pequenos furtos, nunca apurados, nem jamais antes sequer mencionadas à empregada, mas fornecidas a prováveis novos empregadores, impedindo que obtivesse os empregos. Indenização devida que é arbitrada em um ano de salário da prejudicada, incluída a gratificação de natal." (TRT, 3ª Região, 3ª Turma, processo n. 00290-2003-043-03-00-4, Relator Juiz Paulo Amaral, publicação DJMG 15/11/2003, disponível em www.trt3.jus.br).

"INFORMAÇÃO DESABONADORA. AJUIZAMENTO DE AÇÃO PELO EMPREGADO. Do ponto de vista do ex-empregador, que presta informações desabonadoras, a conduta representa inegável descumprimento de obrigações derivadas da cláusula geral de boa-fé, que acompanham todo o desenvolvimento da relação jurídica contratual, projetando-se para além do término do contrato de trabalho. No caso em exame, restou comprovado que o proprietário da empresa ré afirmara expressamente a terceiro que lhe pedira informações sobre a reclamante que a ex-empregada havia dado um problema e que este somente se resolvera na Justiça, de forma flagrantemente desabonadora em relação à imagem e à dignidade da trabalhadora, caracterizando a chamada "lista negra" e dificultando injustamente a obtenção de novo emprego pela autora. Configurada a prática de conduta

antijurídica apta a ensinar, no caso em apreço, a reparação ao dano moral pleiteada pela autora, nos moldes dos artigos 186 e 927 do Código Civil Brasileiro. Recurso provido.” (TRT, 3ª. Região, Turma Recursal de Juiz de Fora, processo n. 00569-2009-132-03-00-8, relator Juiz Heriberto de Castro, publicação DEJT 24/02/2010, disponível em www.trt3.jus.br).

É óbvio também que o trabalhador deve demonstrar seu prejuízo com a conduta patronal, se quiser receber reparação pelo dano eventualmente sofrido, além de não poder concorrer para o ato que reputa ilícito, como se depreende do seguinte julgado:

"DANO MORAL. GRAVAÇÃO DE CONVERSA TELEFÔNICA. PROVA IMORAL E ILÍCITA. A gravação de telefonema em que dialogam o sócio da empresa e o reclamante, feita sem o conhecimento do empregador não pode ser admitida como prova no processo. No caso, o autor identificou-se como outra pessoa, afirmando que buscava informações sobre a conduta do empregado durante o vínculo mantido entre as partes. A gravação foi efetuada com o fim de demonstrar o fato de o empregador fornecer informações desabonadoras a respeito do ex-empregado e sua ilicitude resulta do ardil utilizado pelo reclamante, que se passou por empresário "interessado" em sua própria referência, no sentido de levar a reclamada a cair no deslize de fornecer informações desabonadoras, sobre as quais poderia ser pedida a compensação de dano moral. Os preceitos legais aplicáveis à espécie buscam resguardar tanto a intimidade das pessoas, quanto a ética e a honra humana na sua dimensão maior, e qualquer procedimento que atente contra esta, ainda que a título de produção de prova, deve ser veementemente rechaçado. A atitude do reclamante, ao produzir esse tipo de prova, viola a honra do empregador, buscando fazer com que este incorra em ilícito, e, por outro lado, desmerece a grandeza do instituto da responsabilidade civil.” (TRT, 3ª. Região, 7ª Turma, processo n. 01087-2008-014-03-00-4, relatora Desembargadora Alice Monteiro de Barros, publicação DEJT 23/06/2009, disponível em www.trt3.jus.br).

Como visto os limites são tênues, devendo o julgador agir no sentido da valorização da pessoa humana do cidadão trabalhador, do respeito à sua imagem e à sua honra, punindo o empregador que não respeita o direito alheio, mas desde que este atue contrariamente à verdade e à ética que devem permear as relações humanas.

III.2.1. REVISTA PESSOAL.

Outro problema, hoje já menos tormentoso, diz respeito à possibilidade ou não de revista pessoal de prepostos do empregador em pertences dos trabalhadores no contexto da relação de emprego. Aqui não se pesquisa sobre revista íntima, claramente proibida pela CLT em regra aplicável a homens e mulheres indistintamente. O que se perquire é sobre os limites do ato patronal de fiscalização do seu patrimônio no ambiente de trabalho.

Cediço que o direito de propriedade é constitucionalmente assegurado como direito fundamental e, conseqüentemente, deve também ser tutelado pelo Estado. Assim, pode haver no caso concreto das relações de trabalho colisão entre o direito à imagem e à honra do trabalhador e o direito de propriedade do empregador.

Ao que parece, salvo melhor juízo, o direito de propriedade pode autorizar revista pessoal nos pertences dos empregados, desde que não haja discriminação em relação a uma única pessoa ou grupo, e que a medida não caracterize perseguição, vendeta ou que pretenda qualquer objetivo não consagrado como direito fundamental do empregador.

É o que se pode depreender do seguinte julgado do TRT da 3ª Região, da lavra do então Desembargador José Roberto Freire Pimenta:

"DANOS MORAIS REVISTA DE PERTENCES DE EMPREGADOS NÃO-CONFIGURAÇÃO. A revista de pertences de empregados na saída do trabalho, em caráter geral, impessoal, ainda que na presença dos colegas ou de clientes ou mesmo sem prévio aviso pelo empregador, sem qualquer tratamento discriminatório em relação a um determinado empregado e com respeito aos direitos da personalidade, quando utilizada como forma de proteger o patrimônio da empresa, cujos bens são suscetíveis de apropriação, e de evitar suspeitas, não implica abuso do poder diretivo do empregador, nem configura dano moral passível de reparação." (TRT, 3ª Região, 5ª Turma, processo n. 00773-2007-014-03-00-7, relator Desembargador José Roberto Freire Pimenta, publicação DJMG 19/04/2008, disponível em www.trt3.jus.br).

Aqui também há limites tênues, devendo o julgador agir com parcimônia, valendo-se das já citadas regras de colisão entre princípios para que a justiça se efetive nos casos concretos. Não há, enfim, que se negar validade ao direito à honra ou à imagem do trabalhador em detrimento do direito de propriedade ou vice-versa, mas, sim, de se mitigar um em relação ao outro, dadas as exigências próprias e específicas de cada prestação laborativa.

III.2.2. CONTROLE DE MENSAGENS ELETRÔNICAS (E-MAIL CORPORATIVO).

Atualmente muito se discute sobre a possibilidade de o empregador analisar o conteúdo (material) das mensagens eletrônicas enviadas e recebidas pelos trabalhadores, através de e-mail corporativo, como instrumento de fiscalização da integridade do nome e da imagem institucionais do contratante.

O entendimento que parece se destacar é no sentido de que se o e-mail é do tipo *corporativo*, e há regras patronais sobre seu uso, é direito e dever do empregador empreender fiscalização sobre este equipamento de trabalho. É que no caso do e-mail corporativo o nome do empregador está atrelado à mensagem enviada, de modo que uma utilização incorreta pode ensejar danos de difícil ou custosa reparação.

Ocorre, entretanto, que se houver medidas menos gravosas do que a leitura das mensagens, deve o empregador implementá-las, agindo assim proporcionalmente diante do caso concreto. Caso tais medidas preliminares se mostrem ineficazes, pode o empregador, na preservação de sua imagem, proceder à leitura das mensagens eletrônicas enviadas pelo trabalhador no uso do e-mail corporativo. Nunca é demais reafirmar: não pode o empregador ter acesso ao e-mail privado do trabalhador, ainda que este seja utilizado no ambiente e durante a jornada de trabalho.

A doutrina trabalhista já se ocupa, com interesse, pelo tema, como se depreende do entendimento de Laert Silva Montovani Jr e Leda Maria Messias da Silva:

"Assim, o monitoramento de e-mails dos empregados devfe ser visto com cautela. Quando o empregador disponibiliza serviços da empresa, cede e-mail corporativo para que o empregado desenvolva a atividade profissional e for previamente informado pela empresa que o uso do equipamento destina-se

exclusivamente ao trabalho, é perfeitamente possível o monitoramento em razão do direito de propriedade do empregador, não configurando violação da privacidade do empregado."

O Ilustre Desembargador Luiz Otávio Linhares Renault leciona, ainda que em sede de jurisdição, sobre a matéria:

"EMENTA: E-MAIL - LIMITES - USO CORPORATIVO E PESSOAL - PODER EMPREGATÍCIO - DISCIPLINA - CONSEQUÊNCIAS INTRA- CONTRATUAIS - PUNIÇÃO - A sociedade informacional caracteriza-se por uma moderna e sofisticada rede de comunicações baseada em verdadeiras bolhas de fibra ótica, que favorecem, por assim dizer, a colocação do mundo, em tempo real, sob as mais variadas formas de conexão e intercomunicação, na tela do computador, permitindo ao usuário, em alguns casos, ser mero expectador, e, em outros, verdadeiro partícipe, on line, dos fatos mais importantes que acontecem em qualquer parte do globo terrestre, e até fora dele, desde que haja tecnologia disponível no local. A internet tornou o mundo virtual e sensorialmente menor e, por conseguinte, concretamente mais próximo, em termos de informação, de comunicação e de um comércio, há muito, denominado de comércio eletrônico, em determinadas áreas, como é o caso daquelas abrangidas pelas empresas virtuais amazon e submarino, com um volume de negócios superior ao comércio tradicional, isto é, o presencial. O e- mail - uma das inúmeras facetas deste admirável e inesgotável mundo novo das comunicações e das relações entre os homens - constitui a forma mais moderna, segura, rápida, econômica, eficiente e usual de intercâmbio entre as pessoas, de modo que é o reflexo de uma combinação de sistemas utilizados no acesso, no registro, no tratamento e na transmissão de dados e de outros tipos de informações e de mensagens, que exigem uma rede de garantias jurídicas mínimas para os seus usuários. Atualmente, já se fala de inclusão cultural digital, para se referir a uma nova geração de direitos fundamentais, no mesmo nível de importância da saúde, da educação, da moradia, da alimentação, da liberdade, e essa será uma questão que, em breve, estará na pauta dos governantes de qualquer país, sendo certo que, acaso desdenhada, conduzirá milhões de pessoas ao isolamento das grandes conquistas tecnológicas em todas as áreas do saber humano. Fraquejará o Estado, diminuir-se-á a cidadania, onde não houver inclusão digital. Com a internet, o mundo que sempre foi redondo ficou plano, embora a desigualdade ainda seja um desafio a ser vencido. O cidadão comum, o empregado, o dirigente, o empresário, não há quem não possua (ou não queira possuir) um correio eletrônico e dele não faça uso várias vezes ao dia, seja em sua residência, na empresa, no colégio, na faculdade ou em lan-houses. No ambiente empresarial, o computador destina-se à prestação de serviços, que, como qualquer outro instrumento de trabalho, por natural e costumeira concessão da empregadora, via de regra, também pode ser utilizado racionalmente para fins pessoais, sem prejuízo ao bom andamento dos serviços. Isso sempre aconteceu e ainda acontece, embora em menor escala devido a disseminação do aparelho celular, por exemplo, com o telefone fixo, e mais recentemente, com o automóvel, com o palmtop, com o lap top, com o ticket refeição etc. Todavia, nada impede que a empregadora vede essa prática, deixando de modo claro e expresso, verbalmente ou por escrito, para os empregados que é proibido o uso do computador da empresa, dentro ou fora do horário de expediente, para fins pessoais. Nessas condições, se o empregado desobedece e acessa a internet ou o seu e- mail pessoal em computador da empresa, independentemente do conteúdo da mensagem, estará praticando ato de insubordinação ou de indisciplina, dependendo da natureza do comando, se genérico ou pessoal. O importante é que o empregado esteja ciente dos limites do uso do

computador: o que pode e o que não pode fazer a partir do equipamento empresarial. Neste contexto, torna-se desnecessária a prática de qualquer ato, que deve ser repudiado, cujo objetivo seja a violação do e-mail pessoal do empregado, exceto em casos extremos em que isso se torne indispensável para fins de prova em processo judicial, se for o caso mediante autorização judicial, uma vez que o simples uso indevido da ferramenta de trabalho já configura, si por só, a justa causa, como tal capitulada no art. 482, alínea h, da CLT. No tratamento de questões tão agudas e sensíveis a direitos fundamentais, é importante salientar que a lesão à intimidade está ligada ao poder do Estado, bem como ao poder de particulares, e ambos desafiam tratamento severo. Na esfera da relação entre o empregado e o empregador, portanto, no campo restrito do Direito do Trabalho, vigoram, como no Direito Penal, com óbvias reciprocidades e interesses tutelados e tonalidades diferentes, as regras constitucionais da inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra, da imagem, do sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas e, acrescentaria eu, eis que o rol não é taxativo, podendo ser ampliado a outros atributos da personalidade, das mensagens armazenadas em e-mails, tudo conforme previsto no art. 5-o., incisos, X e XII, da Carta Magna. Grinover nota que o objeto da tutela relativa ao sigilo de correspondência, ao qual penso se deva associar o correio eletrônico, é dúplice: "de um lado, a liberdade de manifestação de pensamento; de outro lado, o segredo, como expressão do direito à intimidade". (Ada Pellegrini Grinover. *Liberdades Públicas e Processo Penal*, p. 306). Ora bem, o rastreamento e a violação do conteúdo das mensagens enviadas e recebidas via e-mail do empregado, ainda que em computador de propriedade da empresa, implicam ato que poderia tentar cunhar, denominando-o de "desterritorialização do poder empregatício", do qual o empresário definitivamente não é detentor, uma vez que para exercer o seu direito de fiscalizar e eventualmente de punir determinado empregado, por desrespeito a regras de conduta vigentes no ambiente exclusivo de trabalho, quase sempre necessitará invadir a intimidade, a vida privada, a liberdade de pensamento, o sigilo de correspondência e de comunicações de dados, tanto do seu empregado quanto de outrem, isto é, de terceiro a quem foi enviada ou de quem foi recebida a mensagem, mas que não se encontra sob o manto da subordinação prevista no art. 3-o., da CLT, a não ser que, absurdamente, a mensagem tenha sido enviada para a própria pessoa ou circule apenas na rede da empresa entre os empregados. Em se tratando de ilícito trabalhista e não penal, o terceiro não pode ser alcançado pelos tentáculos organizacionais da empresa. É inegável que o avanço tecnológico tem sido mais veloz do que a evolução do Direito, com forte pressão sobre o ser humano, o que, em determinados casos, o tem levado a abdicar de valores que lhe são tão nobres, porque fruto de árdua e sofrida conquista de gerações passadas, e também porque integrantes da categoria dos direitos fundamentais. Nesse espaço de tensão entre os homens e o poder, entre os homens e as máquinas, é indispensável que se encontre um ponto de harmonia em que as garantias constitucionais não sejam desprezadas em nome da modernidade, da produtividade, da qualidade total e do lucro. Eis o papel que entendo caber aos operadores do Direito para uma efetiva tutela da intimidade, na qual se insere a inviolabilidade de correspondência, inclusive a eletrônica: preservação da privacidade do conteúdo dos e-mails, verdadeira extensão da vida e dos segredos mais íntimos das pessoas, exceto nas hipóteses em que tal invasão se torne realmente indispensável para a apuração da verdade dos fatos e mediante prévia autorização judicial, já que, por outro lado, a pré-constituição da prova, como salientou o juiz Caio Vieira de Mello, quando produzida por uma das partes direta e pessoalmente envolvida na mensagem, desafia certificação cartorial, por iniciativa do remetente ou do destinatário, únicas pessoas, que, em princípio, podem ter acesso ao conteúdo de determinadas mensagens." (TRT, 3ª. Região, 4ª Turma, processo n. 00997-

2005-030-03-00-6, relator Desembargador Luiz Otávio Linhares Renault, publicação DJMG 13/06/2006, disponível em www.trt3.jus.br).

Os limites, nesta seara, parecem ser um tanto mais objetivos: para haver fiscalização consistente em leitura de mensagens deve haver medidas prévias a tal atitude mais gravosa (princípio da proporcionalidade), o e-mail deve ser corporativo e utilizado pelo empregado exclusivamente para o trabalho, com especificação clara e prévia de tal distinção pelo empregador.

III.2.3. POLÍGRAFO COMO INSTRUMENTO DE FISCALIZAÇÃO NO CONTRATO DE EMPREGO.

Por fim e também pertinente, no contexto da globalização da economia e das relações sociais, o tema referente à possibilidade de o empregador, no gozo de seu poder disciplinar, submeter seus empregados à fiscalização periódica através do teste de polígrafo.

Tal medida, excepcional, vem sendo utilizada por algumas companhias estrangeiras, sobretudo estadunidenses e particularmente aquelas vinculadas ao transporte aéreo. Dada a falibilidade da medida, o constrangimento provocado, a ausência de previsão legal na ordem jurídica interna e o direito que tem o trabalhador à preservação de sua honra e de sua imagem, parece ser ilegal tal prática fiscalizadora.

Entretanto não foi este o entendimento esposado pela 4ª Turma do TRT da 3ª Região em julgamento realizado em 2004, em que se validou a fiscalização com uso de polígrafo:

"EMENTA. DANO MORAL. TESTES DE POLÍGRAFO. Na espécie em que há o dever dos Recorrentes de afastar os seus passageiros de qualquer perigo, observando a segurança na atividade de transporte aéreo e, por outro lado, há o dever para com o íntimo dos empregados, à luz do disposto na Constituição Federal, art. 5º, X, bem como às regras de tutela da própria Consolidação das Leis do Trabalho, deve-se levar em conta que a empresa de aviação, com bandeira americana e suas aeronaves são potenciais alvos de atentados por parte do terrorismo internacional que, a partir de países isentos e neutros no âmbito global político, podem vir a servir de porta para a entrada dos elementos ligados ao terrorismo. Dessa forma, a submissão ao exame através de polígrafo, revela-se medida preventiva de segurança, visando o bem-estar da comunidade, o que por si só já justificaria o procedimento. E considerando o tempo de serviço da Reclamante que, desde 1999 estaria sob a influência do regulamento geral da empresa submetendo-se a tais testes, sua tolerância afasta a idéia de omissão à regra protetiva de sua intimidade. Aquilo que violenta a moral, a ética, será sempre imediato e não atinge seu ápice por efeito cumulativo. Dano moral não caracterizado." (TRT 3ª Região, 4ª Turma, processo n. 00524-2004-092-03-00-4, relator Juiz Caio L. de A. Vieira de Mello, publicação DJMG 04/12/2004, disponível em www.trt3.jus.br).

Parece, entretanto, com a devida vênia, que consentânea com o Direito Constitucional e com o Direito do Trabalho em vigor no Brasil é a decisão em sentido contrário, da 5ª Turma do TRT da 3ª Região, também do ano de 2004, pela ilegalidade de tal instrumento fiscalizatório:

"EMENTA: DANO MORAL. TESTE DO POLÍGRAFO (DETECTOR DE MENTIRAS). DIREITO À HONRA E À INTIMIDADE DO TRABALHADOR. O trabalhador, ao ingressar em uma empresa

na qualidade de empregado, não se despe dos direitos e garantias fundamentais asseguradas pela Constituição da República a todos os cidadãos, dentre os quais figura com destaque a inviolabilidade de sua intimidade, de sua honra e de sua imagem (artigo 5o., inciso X, do Texto Fundamental). Se é verdade que o empregador detém poderes de direção, fiscalização e disciplinamento em relação àqueles que lhe prestam serviços, não menos certo é que o exercício desse direito potestativo encontra limite em tais direitos e garantias constitucionais. Quando o empregador obriga o seu empregado a se submeter ao teste do polígrafo, equipamento de eficácia duvidosa e não adotado no ordenamento jurídico pátrio, extrapola os limites de atuação do seu poder diretivo e atinge a dignidade desse trabalhador, expondo a honra e intimidade deste e submetendo-o a um constrangimento injustificado, apto a ensejar a reparação pelos danos morais causados por essa conduta.” (TRT, 3ª Região, 5ª Turma, processo n. 00317-2003-092-03-00-9, relator Desembargador José Roberto Freire Pimenta, publicação DJMG 05/06/2004, disponível em www.trt3.jus.br).

Aqui também, por fim, respeitados os entendimentos contrários, a decisão parece ser simples, no sentido da ilicitude da utilização do polígrafo como meio de fiscalização no ambiente de trabalho, por ferir direito constitucional fundamental à intimidade e à honra do trabalhador empregado, de modo desproporcional e até mesmo desnecessário.

IV. CONCLUSÕES.

É possível concluir, diante do exposto, que os direitos fundamentais consagrados no Texto Constitucional de 1988, ainda que não se refiram expressa e diretamente às relações jurídicas de emprego, são a elas aplicáveis, dada sua eficácia vertical e horizontal.

O Direito do Trabalho, como conjunto de regras, princípios e institutos voltados à regulamentação das relações de venda de força produtiva, por ser protetivo da parte hipossuficiente da relação, acaba por ser um instrumento essencial de afirmação fática e jurídica dos preceitos fundamentais consagrados constitucionalmente. Assim, a intervenção do Estado na relação jurídica de emprego se mostra coerente com o texto constitucional, sendo contrárias à ordem vigente medidas que trazem precarização ao mundo do trabalho.

Dada a eficácia vertical dos direitos fundamentais deve o Estado cuidar da preservação das normas protetivas trabalhistas básicas, o que pode ensejar o reconhecimento da inconstitucionalidade das alterações normativas precarizantes levadas a efeito pela onda neoliberal que assolou o país em passado recente.

Possível também o entendimento da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, pelo que seriam aplicáveis diretamente às relações de emprego os princípios básicos de proteção à pessoa humana, independentemente de norma infraconstitucional a estender seus efeitos para o plano do contrato de emprego.

Neste contexto o poder no contrato de emprego fica limitado à observância aos direitos fundamentais do cidadão trabalhador, do que decorre o respeito aos princípios básicos de presunção de inocência, contraditório e ampla defesa no curso do contrato de emprego, no âmbito do exercício do poder disciplinar pelo empregador. Decorre também que são oponíveis aos empregadores os direitos consistentes em proteção à honra e à intimidade dos trabalhadores no curso do contrato, independentemente de regra trabalhista específica neste sentido.

Por fim, cabe salientar que as normas constitucionais devem nortear a elaboração, a interpretação e a aplicação das regras infraconstitucionais. Tal assertiva, que pode parecer óbvia, não se revela como tal quando se pesquisa a relação de trabalho no plano fático, quando se analisa a doutrina majoritária e quando se estuda a jurisprudência consolidada dos tribunais superiores, que insistem, não raras vezes, em interpretações retrospectivas e em entender o texto constitucional como eterna promessa, ainda distante do mundo dos fatos.

V. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

AMARAL, José Duarte do. *Estado Democrático de Direito: nova Teoria Geral do Direito do Trabalho – adequação e compatibilidade*. São Paulo: LTr., 2008.

AMARAL, Júlio Ricardo de Paula. *Eficácia dos Direitos Fundamentais nas Relações Trabalhistas*. São Paulo: LTr., 2007.

CARDOSO, Adalberto Moreira. *A Década Neoliberal e a crise dos sindicatos no Brasil*. São Paulo: Boitempo, 2003.

DELGADO, Maurício Godinho. "Direitos Fundamentais na Relação de Trabalho". *Revista LTr.*, vol. 70, n. 06, junho de 2006.

DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 9.ed. São Paulo: LTr., 2010.

MENEZES, de. Cláudio Armando Couce *et. al.* "Direitos Fundamentais e poderes do empregador – o poder disciplinar e a presunção de inocência do trabalhador." *Revista LTr.*, ano 73, agosto/2009.

NOVELINO, Marcelo. *Direito Constitucional*. São Paulo: GEN, 2009.

OLIVEIRA, Dalva Amélia de. *Reformas: a atualização da legislação trabalhista e os direitos fundamentais do trabalho, segundo a Declaração de Princípios da OIT*. São Paulo: LTR., 2004.

SANTOS, Enoque Ribeiro dos. "Limites ao poder disciplinar do empregador – a tese do poder disciplinar compartilhado". *Revista LTr.*, ano 72, maio/2008.

SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos Fundamentais Sociais, Mínimo Existencial e Direito Privado: breves notas sobre alguns aspectos da possível eficácia dos direitos sociais nas relações entre particulares. *In Direitos Fundamentais: estudos em Homenagem ao Professor Ricardo Lobo Torres*. São Paulo: Renovar, 2006.