

O USO DO BAFÔMETRO COMO FERRAMENTA DE CONTROLE NO COMBATE AO RISCO DE ACIDENTES: LIMITES DO PODER DIRETIVO DO EMPREGADOR EM FACE AO DIREITO DE PRIVACIDADE DO EMPREGADO.

Luciano Arruda Faier¹

Aubério da Silva Brito²

Resumo

Analisando leis, doutrinas e jurisprudências, com objetivo de demonstrar os limites do poder diretivo patronal, principalmente, quando o empregador fazendo jus de seu poder de direção e disciplinar, submete os empregados ao uso do bafômetro. A doutrina conceitua como poder disciplinar, a liberdade de elaborar e aplicar normas de controle e fiscalização das atividades de seus empregados. O poder de direção do empregador encontra limites em sua aplicação, ou seja, o mesmo não é ilimitado, tendo em vista, que o empregado por força da Constituição Federal não poderá ser submetido a exposição vexatória ou qualquer outro tratamento que viole tais direitos, sobretudo, à sua honra, imagem, vida privada e intimidade. Neste contexto, a relação jurídica do contrato de trabalho impõe as partes deveres e obrigações. É dizer que o empregador e empregado, portadores de direitos, devem mutuamente observar os limites impostos pelo ordenamento jurídico. Acontece que não é incomum a violação desses limites, ora pelo empregador, ora pelo empregado, e que resultam na colisão entre normas de direitos fundamentais, restando à intervenção do Estado para solucionar o conflito. Neste sentido, hodiernamente, vem à jurisprudência utilizando os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, como forma de oferecer solução nas lides levantadas. Por fim, o poder de direção do empregador faculta a possibilidade de ser realizado o uso do bafômetro em seus empregados, desde que seja realizado nos limites legais e sem abusividade.

Palavras-Chave: Poder Diretivo. Limites. Conflitos. Direitos fundamentais. Empregador. Empregado. Proporcionalidade. Razoabilidade.

¹ Luciano Arruda Faier, Bacharelado em Direito da Faculdade Integradas de Caratinga – Rede de Ensino Doctum – Unidade Serra.

² Msc em Direitos e Garantias Const. Fundamentais, Faculdade de Direito de Vitória (2015). Pós-Graduado Escola da Magistratura do E.S. (2002). Membro do Comitê de Ética em Pesquisa da Faculdade de Direito de Vitória. Professor e Orientador/TCC do Instituto Ensinar Brasil.

1 INTRODUÇÃO

O contexto que norteia o estudo do tema aborda o conflito de direitos, entre o empregador e o empregado na relação contratual de trabalho.

O empregador encontra respaldo no poder de direção, art. 2º da Consolidação das Leis Trabalhistas (CLT) e do contrato de trabalho, que lhe asseguram não apenas o direito de propriedade, bem como, de que modo será o desenvolvimento de seu negócio, ou seja, a gestão da empresa num todo; horários, quantitativo de pessoal, segmento de atuação entre outras (BRASIL, Decreto-Lei nº 5.452, de 1º maio de 1943, 1943).

Destaca-se em seu poder de direção, a liberdade de elaborar e aplicar normas de controle e fiscalização das atividades de seus empregados que deverão ser seguidas, ou seja, o empregador é detentor de algumas prerrogativas voltadas ao direcionamento da prestação concreta de serviços, o que a doutrina chama de poder disciplinar.

Entretanto, é preciso dizer, que embora o empregador possua o poder disciplinar, há uma necessidade de preservar o empregado a qualquer tipo de ação ou procedimento que não lhe exponha a constrangimentos vexatórios ou à tratamento desumano ou degradante, sob pena de violação por parte do empregador aos direitos fundamentais, previstos no art. 5º, inciso III e X da Constituição Federal (BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988, 1988).

De modo que ao empregado, é conferido o direito de resistência a ordens ilícitas perpetradas pelo empregador, ou seja, corresponde ao exercício regular de um direito, qual seja, o direito de resistir quando submetido a um comando ou regra no qual contrarie as leis, a moral, os bons costumes a ordem pública e sobre tudo o desrespeito à dignidade da pessoa humana.

Ademais, corrobora para esse entendimento o artigo nº 444 da CLT, que traz em seu bojo que os regulamentos da empresa devem possuir limites, limites que não contrariem as normas legais de proteção de trabalho, bem como, as normas coletivas da categoria, é dizer, portanto, em suma, que o poder de direção encontra limites a serem respeitados (BRASIL, Decreto-Lei nº 5.452, de 1º maio de 1943, 1943).

Assim, quando o empregador submete o empregado ao uso do bafômetro, utilizando-se da prerrogativa de seu poder diretivo, têm-se, a aparente antinomia, vez que a Constituição Federal, garante ao empregador a livre iniciativa e confere ao empregado o direito de personalidade, esta última não apenas derivada da Constituição, mas também amparado no sentido mais singular, a dignidade da pessoa humana, amplamente amparada pela Organização Internacional de Direitos Humanos (OIT).

Neste contexto, com base na Constituição Federal, Leis, Doutrinas e Jurisprudências, buscando trazer a harmonização das dimensões jurídicas contrapostas, tendo em vista, que a doutrina nos ensina que “não há no Direito antinomias inconciliáveis, que façam a ordem jurídica perder a organicidade, coerência e força normativa” (BOBBIO, 1995, p.72).

Portanto, o tema tem ganhado cada vez mais discussão, na doutrina e na jurisprudência. Assim, justifica-se a escolha do tema, a fim de contribuir para a melhor aplicação do instituto, objetivando, respeitados os limites de cada ator – empregador e empregado - estabelecer o melhor interesse na relação de contrato de trabalho.

2 CONSIDERAÇÕES HISTÓRICAS SOBRE O CONTRATO DE TRABALHO

Ao analisar o poder diretivo do empregador e os direitos fundamentais do empregado, é preciso conhecer um pouco da história do Direito Trabalho. Não se pretende aqui uma dissertação aprofundada do tema, mas um breve relato do passado, tendo como objetivo mostrar como foi o seu desenvolvimento, trazendo à compreensão dos atuais avanços e problemas enfrentados na atualidade.

Neste contexto a escravidão é considerada como sendo a primeira forma de trabalho, em que o – empregado – escravo, não tinha nenhum tipo de direito, aliás, não era considerado nem sujeito de direito, pois era propriedade do *dominus*, ou seja, era considerada uma coisa, cujo único direito era de trabalhar.

Para Aristóteles e Platão o trabalho tinha um sentido pejorativo, os escravos deveriam realizar o trabalho braçal, duro, para que os outros pudessem ser livres para realizar negócios e política. Nas classes pobres, o trabalho era considerado como uma atividade dignificante. No entanto, para os conquistadores daquela época, quem realizava o trabalho manual era considerada uma pessoa indigna, tendo em vista que para eles, o homem era livre, logo não deveria realizar o trabalho manual.

Não muito diferente da Grécia, Roma, considerava o escravo como coisa (*lex aquilia 284.ac*). Eis, que em Roma surge o *locatio conductio*, que se dividia em três formas: (a) *locatio conductio rei*, que era o arrendamento de uma coisa (b) *locatio conductio operarum*, em que eram locados serviços mediante pagamento, (c) *locatio conductio operis*, que era a entrega de uma obra. Em resumo, surge nesta época o início dos contratos de trabalho, pois, o objetivo da *locatio conductio* era regulamentar a atividade de quem se comprometia a locar suas energias ou resultado de trabalho em pagamento (MARTINS, 2010, p. 09).

No período feudal, em troca de proteção que recebiam de seus senhores, os trabalhadores tinham que entregar parte de sua produção rural. Era uma forma de pagamento pelos serviços prestados conhecidos como servidão. Assim, os trabalhadores entregavam parte da produção rural e em troca os senhores feudais, lhes ofereciam proteção. Neste mesmo, período, registra-se e destaca-se que os nobres não trabalhavam, uma vez que o trabalho era considerado castigo.

Em meados do século XIV, surge as corporações de ofício, composta pelos mestres, os companheiros e aprendizes, destaca-se, que os trabalhadores nesta época já possuíam um pouco mais de liberdade, embora as corporações de ofícios tinham mais interesses próprios do que conferir liberdade ao trabalhador. Os aprendizes

trabalhavam a partir dos 12 anos de idade e a jornada de trabalho era extremamente longa, chegando a 18 horas.

Com a Revolução Francesa as corporações de ofício foram suprimidas, e o movimento de início de liberdade contratual ganha força, sobre tudo com a Lei Le Chapelier, de 1791.

Finalmente, com a Revolução Industrial os trabalhadores começaram a trabalhar por salários, transformando o trabalho em emprego, alguns doutrinadores afirmam que o Direito do Trabalho e o contrato de trabalho passaram a desenvolver-se com o surgimento da Revolução Industrial.

Da Revolução Industrial em diante, houve uma necessidade de intervenção estatal nas relações industriais, isso, porque, os patrões exigiam cada vez mais produtividade dos empregados, não levando em considerações os limites do trabalhador. Nesta época, eram muito comuns jornadas excessivas, exploração de mão de obra de mulheres e jovens, com salários pagos a eles em montantes bem menores quando comparados aos homens. Com esses exageros, se fez necessário um intervencionismo do Estado, com intuito de buscar uma realização do bem estar social e melhorias nas condições de trabalho. É assim, que começam a ser criadas leis, que estabeleciam condições mínimas sobre condições de trabalho.

Consideradas o marco de direitos sociais e fundamentais, as Constituições do México em 1917 e a Constituição de Weimar, de 1919 na Alemanha, foram as primeiras a contemplarem normas de interesse social e direitos fundamentais. Logo, com o Tratado de Versalhes em 1919, surge a criação da Organização Internacional do Trabalho, voltada a proteção das relações entre empregados e empregadores no âmbito internacional.

No Brasil, impulsionada com avanço que o velho mundo direcionava nas relações de trabalho, Getúlio Vargas em 1930, começa a dar os primeiros passos para criação de uma política trabalhista brasileira, isso porque, as primeiras constituições que se tem

notícia, tratavam apenas sobre a forma de Estado e sistema de governo, não se preocupavam até então dar este caráter de cunho social e direito fundamental.

Ocorre, que toda a Europa após a primeira guerra mundial passou a realizar várias mudanças em suas constituições e isso, acabou influenciando o Brasil a criação de normas trabalhistas.

Embora as constituições brasileiras, ainda que timidamente, caminhassem para estabelecer normas trabalhistas, foi a Constituição de 1934, a primeira a tratar especificamente do Direito do Trabalho, trazendo, por influência do constitucionalismo social, a garantia à liberdade sindical, isonomia salarial, salário mínimo, jornada de oito horas de trabalho, proteção do trabalho das mulheres e menores, repouso semanal e férias anuais remuneradas.

Por fim, com a promulgação da Constituição Federal de 1988, que passou a tratar dos Direitos Sociais e de Direitos e garantias fundamentais, tem-se, portanto um grande avanço para a sociedade brasileira, sobretudo, para os trabalhadores que passaram a ter um respaldo na tutela da dignidade da pessoa humana.

3 DIREITOS DA PERSONALIDADE DO EMPREGADO

A doutrina diz que quando se trata de direito de personalidade, estes, são caracterizadas como patrimônio jurídico mínimo e perpétuo das pessoas, ou seja, são inerentes à sua própria condição humana.

O Civilista Tartuce (2013) sintetiza que “os direitos da personalidade são aqueles inerentes à pessoa e à sua dignidade, (art. 1º, III da CF/88)”, eles associam-se o que ele denomina de os cinco grandes ícones, vida e integridade físico-psíquica, nome da pessoa natural ou Jurídica, imagem, honra e intimidade. Numa concepção *civil-constitucional*, afirma-se que esses ícones se relacionam com três princípios básicos constitucionais, sendo, “o princípio de proteção da dignidade da pessoa humana, o

princípio da solidariedade social e o princípio da isonomia”. (TEPEDINO, 2002, p. 23-44).

Nessa toada, para uma compreensão de tais princípios na aplicabilidade dos limites do poder diretivo, têm-se, que os direitos em algum momento podem vir a sofrer alguma colisão, neste sentido, quando isso acontecer a doutrina nos ensina que é necessário adotar a técnica da teoria da ponderação.

A teoria da ponderação foi criada por Alexy (2010), segundo ele,

“(...) o julgador deve buscar uma decisão “racional” diante de conflitos entre princípios constitucionais que asseguram direitos e garantias fundamentais, tendo como parâmetro a análise do princípio da proporcionalidade” (ALEXY, 2010, p.97).

Para Alexy (2010), a “lei da ponderação” deve ser aplicada principalmente se houver um descumprimento de um princípio, e se este se der m grau elevado, maior deve ser a importância do cumprimento do outro princípio que está em conflito, razão da aplicabilidade da proporcionalidade em sentido estrito.

E cada vez mais comum a utilização da teoria da ponderação em nossos tribunais, sobretudo quando as causas envolvem conflitos de princípios. Trouxemos a título de curiosidade e pesquisa alguns julgados, que utilizaram a teoria da ponderação, ADI 2716-6/RO, Relator Ministro Eros Grau, DJ de 07/03/2008; ADI 3070-1/RN, Relator Ministro Eros Grau, DJ de 19/12/2007; ADI 3305-1/DF, Relator Ministro Eros Grau, DJ de 24/11/2006.

Utilizando das lições de Alexy (2010), sempre que houver conflito de princípios/direitos, deve o julgador, na busca da melhor decisão e dos interesses constitucionais tutelados, aplicar a teoria da ponderação.

4 DIREITOS RELATIVOS À INTIMIDADE DO TRABALHADOR

Não resta dúvida que a Constituição Federal de 1988, assegurou a pessoa humana o direito à intimidade, e seguindo o mesmo preceito o Código Civil brasileiro esculpiu no

Capítulo II, do Livro, I, tal condição. A Declaração Universal do Homem e o Pacto de São José de Costa Rica encontram previsão no mesmo sentido, sendo que neste último, o artigo 12, alínea 2, é nitidamente demonstrado, senão vejamos.

“Art. 12

[...]

2. Ninguém pode ser objeto de medidas restritivas que possam limitar sua liberdade de conservar sua religião ou suas crenças, ou de mudar de religião ou de crenças. Direitos Humanos” (COSTA RICA, Convenção Americana sobre Direitos Humanos, 22 de novembro de 1969, 1969).

“O direito de personalidade é o direito da pessoa de se defender o que lhe é próprio, como à vida, à identidade, à liberdade, à imagem, à privacidade e a honra” (DINIZ, 2012, p. 135).

Deste modo, quando um empregado sofrer ameaça ou lesão ao direito de personalidade, nos termos do Código Civil, sob a égide da Constituição Federal, tratados internacionais e pelos alicerces doutrinários construídos neste sentido, tem o empregado, o direito de clamar pela reparação destas ameaças e lesões, reclamando perdas e danos sem qualquer outro prejuízo previsto em lei. (BRASIL, Lei n.º 10.406, 10 de janeiro de 2002, art.12, 2002).

Portanto, encontramos sustentação que garante ao empregado garantia a sua integridade moral, isso, se deu, principalmente com o advento da Carta Magna em vigor, que esculpiu uma nova perspectiva ao reconhecer ao empregado tal proteção.

Neste sentido, nos ensina Delgado (2015):

“[...] fez descortinar novo espectro de materiais no âmbito da relação empregatícia: o universo dos direitos da personalidade do trabalhador [...] esse novo universo trata, certamente de temas como a dignidade da pessoa do trabalhador, sua intimidade e até mesmo a simples privacidade” (DELGADO, 2015, p. 691).

Muito embora, haja um vasto entendimento dos doutrinadores que coadunam com Delgado (2015), no que diz respeito à preservação da intimidade e a privacidade do trabalhador, não é incomum, dezenas de ações por parte do trabalhador, requerendo reparação de danos morais, por ter seus direitos de personalidade violados. Tramitam em todas as comarcas do país, ações de entrevistas vexatórias, revista íntima,

escutas telefônicas, privação de utilizar banheiro, atestados de bons antecedentes, assédio sexual, uso do bafômetro e inúmeras outras.

Neste contexto, afirma-se que encontra o empregado, e ainda bem que é assim, mecanismos processuais, capazes de frear os excessos praticados pelo empregador, ao fazer valer sua prerrogativa de direito de Poder Disciplinar e de comando, frente ao empregado na relação empregatícia.

5 PODER DIRETIVO DO EMPREGADOR

Delgado nos ensina que o poder diretivo do empregador é uma das diversas faces do poder empregatício, e este, segundo ele,

“(...) é o conjunto de prerrogativas asseguradas pela ordem jurídica e tendencialmente concentradas na figura do empregador, para o exercício no contexto da relação de emprego. Pode ser conceituado, ainda, como o conjunto de prerrogativas com respeito à direção, regulamentação, fiscalização e disciplinamento da economia interna à empresa e correspondente prestação de serviços” (DELGADO, 2012, p. 658).

Barros (2012) conceitua o poder diretivo do empregador “como a faculdade que assiste ao chefe de ditar normas de caráter prevalentemente técnico ou técnico-administrativas” (BARROS, 2012, p. 456).

Ainda, segundo a autora, o poder diretivo encontra-se amparo em três principais correntes, a teoria da propriedade privada, a teoria institucional e a teoria contratual. A primeira funda-se que o empregador comanda seu negócio, pela simples razão de ser dono, ou seja, a empresa é objeto de seu direito de propriedade. Para a segunda corrente, teoria institucional, a empresa assume caráter mais político e social do que propriamente jurídico. Por último, a teoria contratual é aquela que consiste à existência do poder diretivo do empregador no contrato de trabalho, para esta teoria, o empregador é o responsável pela organização e a disciplina do trabalho da empresa.

Por todos estes conceitos, não resta dúvida que pouco ou em nada diverge os doutrinadores quanto ao conceito do poder diretivo em sua magnitude, ou seja, é dizer

em poucas palavras, que ao empregador, é assegurado estabelecer o modo de como aplicar a gestão de seu negócio.

O poder diretivo ou poder de organização, como já mencionado, estão concentrados no empregador, é ele, que irá definir, por exemplo, as jornadas de trabalho, quantitativo de pessoal, e todas as atividades do cotidiano da empresa, na prestação de serviço ou produção.

Assim, as características da aplicação do poder diretivo coadunam com as três teorias citadas por Barros (2012), quando sugere que o poder diretivo, está amparada pelas teorias da propriedade da teoria institucional e da teoria contratual.

Para melhor aplicabilidade na concentração e utilização das prerrogativas do empregador, cabe a ele exercer controle e fiscalização frente ao seu empregado, com isso, pode se dizer de forma simplificada que tais atos, são inerentes principalmente ao direito de propriedade e pela responsabilidade do empregador assumir risco econômico financeiro de sua atividade.

Não mais se discute se o empregador possui prerrogativas, ocorre que tais prerrogativas devem estar pautadas na garantia de não violação de direitos do empregado, sobretudo no que diz respeito aos direitos fundamentais e aos princípios da razoabilidade, proporcionalidade, boa-fé. Deve ainda de forma especial, considerar o valor social do trabalho, amplamente assegurado pelo na Constituição Federal de 1988 - inciso IV, do artigo 1º.

6 PODER REGULAMENTAR DO EMPREGADOR

O poder regulamentar não encontra definição expressa na legislação vigente, ou seja, não há uma forma de como o empregador deve dirigir o seu negócio.

Contudo, existem construções doutrinárias que reconhecem que o empregador possui a discricionariedade para elaborar regras gerais e específicas, no âmbito interno da

empresa. Normas estas que se manifestam através de portarias, circulares, resoluções, regulamentos internos, entre outras, sendo os regulamentos internos tidos como a mais comum.

Essas normas, devem ser obviamente lícitas e respeitar a legislação trabalhista, sob pena de sofrer as consequências legais. Como característica de organização e controle interno, as normas, não devem ter o condão de estabelecer normas jurídicas, mas apenas de cláusulas contratuais obrigacionais limitando-se a conduta e controle.

Ademais, não podem violar o direito da dignidade da pessoa e não devem possuir qualquer exigência de condutas que afrontem o direito à vida, à higidez, à liberdade civil, direito à intimidade, à imagem, à honra, ou seja, em suma, devem preservar a integridade física e moral do trabalhador.

Com isso, podemos dizer que as normas instituídas no âmbito interno da empresa, devem fazer parte do contrato de trabalho ou outro meio que integre ou interaja de algum modo ao contrato de trabalho. O empregado deve tomar conhecimento suas responsabilidades e possíveis consequências e efeitos, quando do descumprimento ou desobediência no exercício de sua atividade, das normas imposta pelo empregador, desde que, obviamente respeitados os limites da legislação vigente.

7 PODER DE CONTROLE DO EMPREGADOR

O poder de controle ou poder fiscalizatório como também é conhecido pela doutrina, diz respeito a um conjunto de prerrogativas que são deferidas ao empregador. Trata-se do poder de acompanhar e monitorar e de fiscalizar as atividades do empregado. Como exemplos têm o cartão de ponto, que tem por objetivo controlar a frequência à vigilância da atividade do empregador. Ao exercer o controle de vigilância, o empregador, está praticando um ato lícito, tendo em vista que o risco da atividade é dele, logo não se pode dizer que haverá nenhuma arbitrariedade nesta conduta, que deverá estar sempre pautada na boa-fé e no respeito para com seu empregado.

Diversas outras formas de exercício do poder de controle ou fiscalizatório se dão na fase de execução do contrato de trabalho, são algumas delas, o controle de revistas pessoais, a utilização de câmeras audiovisuais nas áreas de trabalho, o monitoramento de ligações telefônicas, o monitoramento de correio eletrônico - e-mail corporativo, a utilização do uso do bafômetro entre outras. Não existindo, portanto, nenhum impedimento em fazê-lo, dado o poder que o empregador possui sobre o próprio negócio.

8 PODER DE RESISTÊNCIA DO EMPREGADO

Ocorre que também ao empregado é assegurado direitos, sendo pertinente destacar que o empregado possui o direito de resistência, ou seja, pode o empregado negar-se à obediência de ordens contrárias ao direito, ou de exigências de condutas que afrontem os seus direitos de personalidade, ou ainda aquelas de caráter ilícito, ou defeso em lei.

Em síntese, podemos dizer que o poder regulamentar e o poder de controle são prerrogativas que estão embasadas pelo direito da propriedade, tendo como efeito, a livre direção do negócio por parte do empregador, que poderá nos limites das leis, estabelecer normas que possam dentro da transparência, isonomia e legalidade promover normas de controle junto aos seus empregados, visando o melhor aproveitamento produtivo de seu negócio – *jus variandi*. De outro lado, o empregado, poderá exercer o *jus resistentiae* - ou seja, havendo por parte do empregador o abuso no exercício do *jus variandi*, o empregado pode se opor, valendo-se do direito de resistência - *jus resitentiae*, inclusive invocando o instituto previsto no artigo nº 483 da Consolidação das Leis Trabalhistas – rescisão indireta, a qual daremos um destaque especial adiante.

9 FUNÇÃO SOCIAL COMO FATOR LIMITADOR DO PODER DIRETIVO

As relações jurídicas nascem com o vínculo contratual. No que diz respeito ao ordenamento jurídico brasileiro, e de acordo com a doutrina, todos os institutos de

Direito Material ou Processual devem buscar os princípios constitucionais, em observância ao interesse público, primando pela dignidade da pessoa humana.

Sobre a função social dos contratos, Pereira (2013):

“(...) a função social dos contratos é princípio que interessa a toda a coletividade, constituindo tanto o art. 421 quanto o art. 2.035, parágrafo único, do Código Civil normas de ordem pública, inafastáveis por convenções ou disposição contratual” (PEREIRA, 2013, p.61).

Desse modo podemos afirmar que à função social dos contratos tem ligação direta com à proteção dos direitos inerentes à dignidade da pessoa humana, amplamente resguardada pela nossa Carta Maior.

Neste sentido, não se pode negar que a função social dos contratos, busca cada vez mais o respeito e a valorização da pessoa humana, ao ponto da doutrina moderna processual sustentar a existência do princípio da função social do processo do trabalho, argumentado, característica e fundamentos doutrinários, capazes de estabelecer tal princípio.

Talvez o mais importante deles, é o princípio da vedação ao retrocesso social, isto é, o Processo do Trabalho deve estar em constante atualização à realidade social, às transformações da sociedade, tendo por base a evolução dos direitos fundamentais;

Ao estabelecer a vedação ao retrocesso social, é sustentar que a função social do contrato, deve buscar seus alicerces na dignidade da pessoa humana, de modo que a legislação, doutrina e jurisprudência, devem ficar atentos as mudanças das melhorias da condição social do trabalhador, aliás, a própria constituição federal em seu art. 3º, I, aduz, que constitui objetivo da República Federativa do Brasil, a construção de uma sociedade livre, justa e solidária.

Neste sentido, o empregador, encontra, óbice em qualquer ato que venha afrontar os direitos fundamentais do trabalhador, ou ainda, qualquer ato que desvincule de ações contrárias a normas de ordem pública.

O artigo 170 da Constituição Federal comunga com tais dispositivos, ao dispor que a ordem econômica é fundada na valorização do trabalho humano, ora, e não poderia ser diferente, valorizar no sentido mais puro da palavra “aumentar o valor”, o valor, em relação ao homem – trabalhador, a fim de estabelecer e enaltecer, aumentar seu valor no sentido da dignidade da pessoa humana (BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988, 1988).

Por último a conclusão é que a função social dos contratos é o bem maior da relação empregador versus empregado, isso porque o que está em voga, é o interesse de uma coletividade em detrimento de um interesse particular, e assim, sendo, por natural, que pelo simples fato de não poder sobressair o interesse particular em razão de uma coletividade, por si só, já se tem um limite pré-estabelecido, limitando-se ao razoável, de modo a respeito o trabalhador e atingindo a verdadeira busca do bem comum.

10 A PRÁTICA FISCALIZATÓRIA X USO DO BAFÔMETRO.

A doutrina não diverge significativamente quanto ao poder empregatício, em suas diversas dimensões, diretiva, regulamentar, fiscalizatória e disciplinar. Assim, por meio destas dimensões é que se encontra um favorecimento ao empregador, devido a um conjunto de prerrogativas de grande relevo socioeconômico. O poder disciplinar permite ao empregador a aplicação de sanções ao empregado quando descumpridas as obrigações contratuais atinentes ao pacto empregatício, pode-se afirmar, que o poder disciplinar, encontra todo um destaque especial, pois é ele que no cotidiano é motivo de desavenças na relação empregado versus empregador.

Para uma reflexão mais dinâmica, se faz necessário o entendimento mínimo acerca das questões atinentes aos contratos de trabalho com vínculo empregatício, e eficácia da prestação da tutela jurisdicional, por isso, alguns conceitos são trazidos a esta reflexão, senão vejamos.

Delgado (2012) conceitua o contrato de trabalho:

“(…) como o 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” (DELGADO, 2012, p.501).

E ainda, completa

“(…) pode ser definido o contrato empregatício como o acordo de vontades, tácito ou expresso, pelo qual uma pessoa física coloca seus serviços à disposição de outrem, a serem prestados com personalidade, não eventualidade, onerosidade e subordinação ao tomador” (DELGADO, 2012, p.501).

A partir do citado conceito, pode-se abstrair na essencialidade que o contrato de trabalho vincula indivíduos juridicamente livres, demonstrando uma grande conquista democrática do ser humano, embora o empregado possua algumas limitações de sua “liberdade”.

Portanto, cabe ao empregado à prestação pessoal e subordinada, enquanto ao empregador, o comando e a obrigação de remuneração dos serviços onerosos.

Eis que, diante da disposição das prerrogativas à disposição do empregador que exsurge os conflitos oriundos de manifestações de direção, regulamentação, fiscalização e disciplinar, que não se limitam aos atos lícitos, e que resultam em exposições vexatórias ao empregado.

Segundo Barros (2012), ao classificar os direitos da personalidade, afirma que são oponíveis contra o empregador, quando violados, quais sejam, direito à integridade física (direito à vida, à higidez corpórea, às partes do corpo, ao cadáver, etc), à integridade intelectual (direito à liberdade de pensamento, autoria artística e científica e invenção e finalmente à integridade moral (direito à imagem, ao segredo, à boa fama, direito à honra, direito à intimidade, à privacidade, à liberdade civil, política e religiosa, etc)

“(…) entendendo que o poder hierárquico não guarda tradição no direito brasileiro, por constituir ressaibo do corporativismo, e admite-se existir um poder diretivo definido pela capacidade atribuída ao empregador de dar conteúdo concreto à atividade do trabalhador, visando a realização das finalidades da empresa” (BARROS, 2012, p.459).

Para Delgado (2012), existem limites ao poder fiscalizatório,

“(...) embora existam dúvidas a respeito das efetivas e exatas fronteiras aplicáveis as prerrogativas de controle empresarial. Nesse quadro, e inquestionável que a Carta Constitucional de 1988 rejeitou condutas fiscalizatórias e de controle da prestação de serviços que agridam a liberdade e dignidade básicas da pessoa física do trabalhador” (DELGADO, 2012, p. 663).

Se faz necessário, trazer à baila os recentes julgados que abordam os conflitos entre o poder diretivo do empregador frente ao direito de privacidade do empregado.

Não raros julgados encontrados apontam no sentido de que não fere a intimidade dos empregados a adoção do aparelho para medir o teor alcoólico, desde que com intuito de zelar pelo bom desempenho das atividades no trabalho, evitando acidentes pessoais ou a terceiros, cercado por regulamento interno para adoção do bafômetro visando ao conhecimento de todos os empregados, dando ciência das sanções aplicadas ao trabalhador caso apure-se elevado teor alcoólico.

Neste sentido, os seguintes julgados:

DANOS MORAIS. EXIGÊNCIA DO TESTE DO BAFÔMETRO PELO EMPREGADOR. Não fere a intimidade dos empregados a adoção do aparelho para medir o teor alcoólico (bafômetro), desde que com intuito de zelar pelo bom desempenho das atividades no trabalho e que o tratamento dispensado ao empregado não extrapole os limites da ética e do respeito à pessoa, cabendo ao empregador evitar atos que configurem abuso de poder. Na presente hipótese, o procedimento se inseriu, sem excessos, nos poderes diretivo e investigatório do empregador (BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho 3º Região, Recurso Ordinário nº 0040100-43.2009.5.03.0011, Relator: Desembargador Antônio Fernando Guimarães, Minas Gerais, 02 dez. 2009, grifo nosso).

DANO MORAL - PROGRAMA DE PREVENÇÃO AO USO INDEVIDO DE ÁLCOOL E OUTRAS DROGAS. Para que se configure o direito à indenização por dano moral torna-se necessária a presença do dano, vinculado à culpa ou dolo do empregador, externada por uma conduta ilícita omissiva ou comissiva, e também a existência do nexo de causalidade entre o dano e os atos do acionado. A adesão voluntária do empregado ao Programa de Prevenção ao Uso Indevido de Álcool e outras Drogas, instituído no âmbito da empresa, com expressa concordância do empregado em se submeter aos testes propostos, inclusive o teste com etilômetro (bafômetro), não tem o condão de configurar dano moral de qualquer espécie. Louvável é a iniciativa da empresa, merecedora de incentivo, pois visa zelar pela saúde de seus empregados, na prevenção de doenças e acidentes (BRASIL, Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região, Recurso Ordinário nº 651.2006.055.03.00-5, Relator: Fernando Antônio Veigas Peixoto, Minas Gerais, 09 out. 2008, grifo nosso).

O poder de direção do empregador faculta a possibilidade de ser realizado o uso do bafômetro em seus empregados, de maneira limitada e sem abusividade. Embora, num primeiro momento pode ser abusiva o simples ato do comando de obrigar o empregado a submeter-se ao uso do bafômetro, é preciso ver a verdadeira intenção do empregador, que se realizado dentro do princípio da razoabilidade de forma lícita em não expor o funcionário a situações humilhantes e vexatórias, tem o condão, inclusive, de auto preservação do próprio empregado, isso porque, estando ele com sua capacidade motora comprometida pelo uso de álcool, estaria aqui, verdadeiramente, a evitar um acidente que poderia além de beneficiar o empregado, seus companheiros e, além disso, preservar o patrimônio do empregador.

Neste sentido, um caso que chamou bastante à atenção foi o julgado no Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região, Recurso Ordinário nº 651.2006.055.03.00-5, Sexta Turma - pelo Exmo. Desembargador relator Fernando Antônio Veigas Peixoto, que manifestou:

“(...) o teste com etilômetro - bafômetro - não tem o condão de configurar dano moral de qualquer espécie. Louvável é a iniciativa da empresa, merecedora de incentivo, pois visa zelar pela saúde de seus empregados, na prevenção de doenças e acidentes” (BRASIL, Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região, Recurso Ordinário nº 651.2006.055.03.00-5, Relator: Fernando Antônio Veigas Peixoto, Minas Gerais, 09 out. 2008).

Nota-se que no caso trazido em análise, verifica-se que não existe o confronto dos direitos constitucionais, de um lado o empregador - o direito à propriedade – Poder Diretivo - e do outro o empregado, preservado - o direito à intimidade, ou seja, não ficou caracterizado excesso na conduta do empregador que buscou de forma razoável e proporcional o respeito para com o empregado, sem com isso, deixar de utilizar do seu direito de propriedade.

O empregador, ao operacionalizar suas atividades, não deve se afastar do contexto da legalidade, pois agindo assim, iria de encontro a vários dispositivos Constitucionais e infraconstitucionais que preveem a limitação de atuação ilícita, por parte do empregador, ferindo um dos mais resguardados princípios o da dignidade da pessoa humana.

Por sua vez, não muito incomum o empregador excedendo no poder diretivo de fiscalização, ser condenado a reintegração de funcionário arbitrariamente demitido por justa causa ou a pagamento por danos morais, justamente por não respeitar o direitos da pessoa – empregado, vejamos os seguintes julgados.

DISPENSA POR JUSTA CAUSA. NULIDADE. EMBRIAGUEZ. IMEDIATICIDADE. REVOLVIMENTO DE FATOS E PROVAS. SÚMULA Nº 126 DO TST. O Regional consignou que, “No caso dos autos, o teste do bafômetro foi realizado no dia 26.12.2012, e mesmo tendo sido acusado o uso de álcool, o Autor permaneceu laborando, cumprindo as suas funções normalmente”, o que demonstra que a reclamada não se importou com o fato de autor estar sob efeito de álcool e o manteve em suas atividades normais, visto que, apenas em 28/12/2012, o retirou da escala de serviço, e, somente em 3/1/2013, comunicou por escrito sua dispensa por justa causa. Assim, verifica-se que o requisito da imediaticidade, essencial para a aplicação da dispensa por justa causa foi desrespeitado, pois a medida punitiva somente foi tomada 8 dias após a constatação da ingestão de bebida alcoólica pelo reclamante, não podendo se alegar que, por se tratar de período de festas de fim de ano, não poderia a reclamada ter dispensado o autor em prazo mais breve do que fez. Por outro lado, não há, nos autos, prova de que o reclamante, por estar sob efeito do álcool, tenha deixado de cumprir com os seu deveres profissionais ou tenha causado problemas à reclamada, praticando, assim, conduta tão grave que houvesse implicado a quebra da fideducía nele depositada. Desta forma, verifica-se que, para se chegar a conclusão diversa, como sustenta a recorrente, seria necessária a revisão da valoração do quadro fático-probatório feita pela instância regional, o que é vedado nesta Corte de natureza extraordinária, ante o óbice da Súmula nº 126 do TST. Recurso de revista não conhecido (BRASIL, Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região, Recurso Ordinário nº 385-72.2013.5.03.0069, Relator: Desembargador José Roberto Freire Pimenta Guimarães, Minas Gerais, 22 jun. 2015, grifo nosso).

TESTE DE TEOR ALCÓOLICO. MOTORISTA DE ÔNIBUS. DEMISSÃO POR JUSTA CAUSA. AUSÊNCIA DE GRADAÇÃO. EMPREGADO COM 17 ANOS DE SERVIÇO. FALTA GRAVE AFASTADA. Nos termos do art. 235-B da CLT, a submissão a teste e controle de bebida alcóolica instituída pelo empregador é dever do motorista profissional. O cuidado decorre da atividade profissional, em face da necessidade do dever do empregador do ramo de transporte rodoviário de proceder à segurança da coletividade de passageiros. A Lei de trânsito brasileiro não tolera qualquer nível de teor alcóolico no sangue e traz sanções ao condutor que assim se portar, inclusive com possibilidade de prisão. Todavia, ainda que se trate do motorista profissional, não viabiliza assegurar a dispensa por justa causa, no caso concreto, em que constatado em um único teste de etilômetro medição de 0,007%, quando o aparelho tem média de falha em percentual de 0,04%, sem antes a adoção da gradação na aplicação das penalidades, ainda mais levando em consideração se tratar de empregado que por uma única vez não passou no teste, com mais de 16 anos de trabalho, sem qualquer pecha de desidioso anteriormente, a determinar gradação da pena, pela suspensão do dia. Deve se dar máxima efetividade ao princípio que consagra o direito ao trabalho, para afastar a justa causa. Recurso de revista conhecido e provido (BRASIL, Tribunal Regional do Trabalho 3ª Região, Recurso Ordinário nº TST-RR-795-88.2011.5.03.0041, Relator: Desembargador Aloysio Corrêa da Veiga, Minas Gerais, 29 ago. 2013, grifo nosso).

Resta evidente que nos dois casos trazidos para análise, existe uma tentativa do uso excessivo do poder diretivo.

Ocorre que no segundo caso, a empresa Gontijo, entendeu o Relator ministro Aloysio Correia da Veiga, agiu de forma não razoável com a penalidade aplicada, qual seja a justa causa - princípio da razoabilidade – ou seja, seria razoável à empresa não autorizar o motorista a conduzir o veículo naquele dia, não havendo a necessidade da aplicação de uma penalidade tão alta, e mais, deveria a empresa possibilitar mais um teste, pois, o empregado tinha mais de 16 anos de trabalho, "sem qualquer pecha de desidioso" – princípio da proporcionalidade - e fora a única vez em que não passou no teste, sendo desproporcional a conduta da empresa.

Diante dos julgados acima, percebe a existência de excesso na conduta do empregador que buscou de forma não razoável e proporcional, punindo o empregado no que poderia caracterizar na maior das penalidades previstas no âmbito do direito do trabalho, qual seja, a dispensa por justa causa.

Os julgados até aqui analisados nos reporta para os princípios da razoabilidade e o princípio da proporcionalidade, por isso, se faz necessário conceitua-los.

Steinmetz (2001):

“O princípio ordena que a relação entre o fim que se pretende alcançar e o meio utilizado deve ser proporcional, racional, não excessiva, não arbitrária. Isso significa que entre meio e fim deve haver uma relação adequada, necessária e racional ou proporcional” (STEINMETZ, 2001, p.149).

Carvalho Filho (2006):

“(…) obtém-se o tríplice fundamento na observação do princípio da proporcionalidade, divisão esta provocada na doutrina alemã, qual seja: a) adequação, significando que o meio empregado na atuação deve ser compatível com o fim colimado; b) exigibilidade, porque a conduta deve ter-se por necessária, não havendo outro meio menos gravoso ou oneroso para alcançar o fim público, ou seja, o meio escolhido é o que causa o menor prejuízo possível para os indivíduos; c) proporcionalidade em sentido estrito, quando as vantagens a serem conquistadas superam as desvantagens” (CARVALHO FILHO, 2006, p. 31).

e ainda, Rozza (2009) leciona que:

“Uma punição descomedida (desproporcional), além de injusta e desumana, não chega a configurar antídoto legal necessário ao saneamento que pretende realizar. Tais punições ao invés de promoverem a regularidade e o aperfeiçoamento do serviço público, chegam, em verdade, a produzir a sua ruína” (ROZZA, 2009, p.58).

Quanto ao Princípio da Razoabilidade, Oliveira (2003) conceitua que:

“O razoável é conforme a razão, racional. Apresenta moderação, lógica, aceitação, sensatez. A razão enseja conhecer e julgar. Expõe o bom senso, a justiça, o equilíbrio. Promove a explicação, isto é, a conexão entre um efeito e uma causa. É contraposto ao capricho, à arbitrariedade. Tem a ver com a prudência, com as virtudes morais, com o senso comum, com valores superiores propugnado em data comunidade” (OLIVEIRA, 2003, p.92).

E ainda Calcini (2003), ensina

“(…) sob um critério de aferição da constitucionalidade de leis, que: A razoabilidade é uma norma a ser empregada pelo Poder Judiciário, a fim de permitir uma maior valoração dos atos expedidos pelo Poder Público, analisando-se a compatibilidade com o sistema de valores da Constituição e do ordenamento jurídico, sempre se pautando pela noção de Direito justo, ou Justiça (CALCINI, 2003, p. 146).

Para Delgado (2011) a proporcionalidade, razoabilidade e a inexistência de abuso do direito devem nortear o julgador, de modo não haver um direito absoluto no que diz respeito a privacidade e intimidade do empregado, nem ao menos no poder de direção fiscalização e punição advindo do empregador:

“Na zona de tensão entre princípios e prerrogativas aparentemente conflitantes, as diretrizes jurídicas cardeais da proporcionalidade, da razoabilidade, do não-abuso do direito, todas, em conjunto, devem iluminar o intérprete conclusivo do Direito no tocante ao correto enquadramento jurídico da situação enfrentada. É que não há princípio, nem direito absoluto na ordem jurídica; embora possa haver até mesmo uma certa prevalência e gradação entre eles, isto não significa que, regra geral, não devam ser tidos como absolutos nem o princípio protetor da privacidade e intimidade do empregado, nem as prerrogativas empresariais de direção, fiscalização e punição” (DELGADO, 2011, p. 55).

Tais princípios nos remetem, que deve o empregador ao utilizar o poder diretivo de punição, leve em consideração à natureza, à gravidade e os danos da infração, de modo a não extrapolar em medida além do necessário para aplicação de punições, ou seja, deve cercar-se de forma ponderada nos parâmetros de razoabilidade e proporcionalidade, assim, ter-se-á o justo motivo na medida necessária.

11 CONSEQUÊNCIAS DO ABUSO NO EXERCÍCIO DO PODER DIRETIVO

O poder diretivo como já esclarecido, poderá ser exercido pelo empregador encontrando respaldo em seu poder de organização do negócio – direito de propriedade e livre iniciativa - no entanto, é preciso observar que este comando não pode ser realizado a qualquer modo, ou seja, ao monitorar, controlar ou fiscalizar seus empregados, deve sempre ser feito de modo a não violar os direitos fundamentais ao empregado.

Caso o empregador submeta o empregado a situações que ultrapassem tais limites, principalmente na dignidade da pessoa, resultando na violação à privacidade e à intimidade de seu empregado, sofrerá as penalidades da lei, especialmente aquelas disposta na Constituição federal, art. 5º. Incisos V, e X (BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988, 1988).

Os limites ao poder diretivo é medida que se impõe ao empregador, sem conduto, preservar o direito de propriedade, comando e principalmente a da livre iniciativa.

Os princípios da razoabilidade, proporcionalidade e boa-fé, devem sempre ser objeto de observância e vigilância do próprio empregador para que não ocorram excessos, com efeito, surjam as lides nos tribunais.

Pode-se afirmar que o dano moral e a reintegração do empregado, são uma das maiores demandas nos tribunais da justiça do trabalho.

Resta dizer que com a Emenda Constitucional 45/2004, que alterou o artigo 114 da Constituição Federal de 1988, atribui e retirou todas as dúvidas sobre a competência da Justiça do Trabalho para julgar as ações decorrentes de dano moral ou patrimonial das relações de trabalho.

Assim, cada vez mais comuns demandas judiciais que versam sobre este instituto, podendo ser alcançado pela violação a intimidade e vida privada do empregado, honra e imagem, discriminação, assédio moral e sexual e outros. Considerando que na relação de trabalho, o empregado é a parte mais desfavorecida, quando sentir que houve qualquer violação de seus direitos, poderá o empregado invocar o instituto previsto no artigo 483 da CLT, qual seja, Rescisão Indireta.

Neste sentido o artigo 483 e incisos da Consolidação das Leis do Trabalho trazem que o ato praticado pelo empregador contra o empregado, pode o empregado buscar indenização moral.

O artigo supracitado é um dispositivo que visa romper a relação contratual, mas que ainda assim, preserve ao empregado o direito de suas verbas indenizatórias, isso porque, o empregado está declinando do contrato não por mera vontade, mas por sofrer com os atos do empregador que extrapolam a relação do contrato de trabalho, principalmente quando estes excessos venham violar a dignidade da pessoa do trabalhador.

Na hipótese de um trabalhador ser submetido ao teste do bafômetro, desde que o empregador o faça, com respeito e com isonomia, e que o empregado tenha conhecimento previamente que será submetido a realiza-lo, com normas e procedimentos pré-estabelecidos não resta dúvida que não haverá nenhuma lesão ao empregado.

Entretanto, quando um empregador de forma direta ou por meio de um preposto, submeta o empregado ao teste do bafômetro, como meio de perseguição e conseqüentemente resulte a exposições vexatórias aos demais colegas ou terceiros, tem-se configurado o assédio moral, tornando a convivência e a continuidade da relação de emprego impossível.

O empregado possui outro instituto capaz de preservar seus direitos, qual seja o artigo 483 da CLT, bem como o artigo 5º. , incisos V e X da Constituição Federal de 1988, para reparação e garantia da lesão sofrida.

Delgado (2014) descreve:

“O assédio moral se define como conduta reiterada, neste caso, do empregador no sentido de desgastar o equilíbrio emocional do empregado, por meio de atos, palavras, gestos e silêncios significativos que objetivem o enfraquecimento e diminuição da sua autoestima ou causando outras formas de desequilíbrio emocional grave” (DELGADO, 2014, p.1293).

Análise da seguinte hipótese. Imagine que um trabalhador tenha sido pego pelo teste do bafômetro uma única vez, e tenha resultado deste a demissão. Poderia o empregador demitir o empregado, sem conceder-lhe qualquer alternativa de recuperação da conduta?

Vejamos o que decidiu o Tribunal Regional do Trabalho da 9ª. Região - Paraná:

TRT-PR-11-03-2014 DESPEDIDA SEM JUSTA CAUSA. IMPOSIÇÃO DE LIMITES PELO PRÓPRIO EMPREGADOR EM NORMA INTERNA. DESCUMPRIMENTO. NULIDADE DA DESPEDIDA. REINTEGRAÇÃO. A despedida sem justa causa não isenta o empregador de adotar procedimento previsto em norma interna denominada "Programa de Política de Orientação para Melhoria", por ele próprio instituída e que prevê os passos a serem adotados nas hipóteses de desempenho insatisfatório do trabalhador, que pode culminar na decisão de se proceder o desligamento sem justa causa. Se a política de desligamento autoriza despedidas sem justa causa quando o desempenho do trabalhador for insuficiente, o empregador, ao verificar que o empregado vem desenvolvendo suas funções de maneira insatisfatória, deve, de acordo com a política que implantou, submetê-lo às várias fases do Programa, antes de demiti-lo sumariamente. A despedida sumária, nesta hipótese, resulta em evidente abuso de direito e injustificável discriminação. Recurso a que se dá provimento para reconhecer a nulidade da dispensa e determinar a reintegração do autor, com o pagamento dos salários do período de afastamento (BRASIL, Tribunal Regional do Trabalho, Recurso Ordinário nº TRT-PR-03788-2012-008-09-00-0-ACO-07454-2014, Relator: MARLENET FEVERKI SUGUIMATSU, 11 mar. 2014, **Diário Eletrônico da Justiça do Trabalho**, Paraná, gripo nosso).

Em resposta ao questionamento e após a análise do julgado do TRT 9ª. Região parece-nos que o empregador não poderia demiti-lo, pois caracterizaria por analogia ao julgado acima abuso de direito.

Ainda em referência ao julgado o que chama atenção que a despedida ocorreu sem justa causa, ou seja, concluiu-se, portanto, que o abuso de direito não está relacionado nos casos excessivos de punição por si só, mas, pelo fato de não levar em conta outros fatores, que no caso em tela, o “Programa de Política de Orientação para Melhoria”, não alcançou seu objetivo, que seria a “melhoria” do empregado, logo, a demissão é abusiva, tendo em vista que o empregador possui instrumentos para melhorar seus comandados e preservar o contrato trabalho, ou seja, a permanência da relação empregatícia.

A esse respeito escreve Delgado (2014):

“A leitura que o princípio da continuidade da relação de emprego faz da ordem jurídica é que a extinção contratual transcende o mero interesse individual das partes, em vista de seus impactos comunitários mais amplos. Nessa direção, o Direito do Trabalho, por seus institutos e normas, tende a privilegiar a permanência da relação de empregatícia, contingenciando as modalidades de ruptura do contrato de trabalho que não se fundem em causa jurídica tida como relevante” (DELGADO, 2014, p. 1164).

A reintegração ao trabalho é sem dúvida uma das consequências em que o empregador, sofrerá pelo abuso de poder.

Com a reintegração o empregado será restabelecido ao seu posto de trabalho mantido o vínculo de emprego que lhe foi tirado pelo abuso de poder da empresa e com ele, todas as garantias contratuais havidas antes da demissão.

Ao empregador é assegurado o direito potestativo de despedir o empregado sem justa causa, mas, tal direito não é ilimitado, vindo a ensejar a reintegração do empregado, se configurar em lesão das garantias constitucionais da dignidade da pessoa humana e da função social do contrato.

12 CONSIDERAÇÕES FINAIS

No contexto do contrato de trabalho, foi possível identificar que o empregador possui o direito de fiscalizar, controlar, disciplinar e organizar suas atividades, encontrando amparo em posicionamento doutrinário e jurisprudencial.

Foi observado que tanto a doutrina e a jurisprudência seguem o mesmo entendimento, quanto ao poder diretivo do empregador, pois, é ele que assume os riscos da atividade econômica da organização.

De outro lado, embora encontre o empregador sustentação da prerrogativa do poder diretivo, esse poder deve ser exercido com moderação, sob pena de incorrer na violação do direito do empregado, mormente, na violação da privacidade.

Assim, a problemática alcança as demandas judiciais, quando as partes extrapolam o exercício de direitos a eles garantidos. De um lado o empregador deve tratar com respeito e educação o empregado, observando os limites impostos principalmente estabelecidos em lei. De outro lado, o empregado tem o dever de obediência às ordens que originaram o contrato de trabalho, cuja inobservância poderá resultar em sua dispensa.

Portanto, cada ator na relação contratual encontra limite amparado pelos dispositivos destacados nos artigos 482 e 483 da Consolidação das Leis do Trabalho, ou seja, tem os artigos citados objetivo à limitação das partes na relação contratual. Resulta em infrações contratuais quando tais dispositivos são extrapolados.

O poder diretivo deve buscar a garantia de normas constitucionais que sejam capazes de garantir o trabalhador seu direito fundamental, qual seja, a dignidade da pessoa humana, que é assegurada a toda pessoa e incluem o respeito à intimidade, à vida privada, à honra, à imagem, e à não discriminação.

Urge destacar que nas situações práticas da relação do contrato de trabalho, os limites do poder diretivo do empregador e o dever de obediência do empregado, por vezes assumem caráter ilimitado, razão pela qual se busca o litígio para solução do caso em concreto.

Neste quadro, analisado o posicionamento jurisprudencial atual, que sejam capazes de demonstrar, quais são os limites de cada ator na relação contratual, limitando

propositalmente para seara do uso do bafômetro.

Por tudo isso, concluímos que o poder de direção do empregador faculta a possibilidade de ser realizada o uso do bafômetro em seus empregados, de maneira limitada e sem abusividade. Para tanto, é preciso observar requisitos como imediatidade, gravidade, proporcionalidade e causalidade, isso porque o poder diretivo e seus desdobramentos não podem ser considerados absolutos.

De outra via, o empregado deve obediência aos regulamentos do empregador, sendo assim, deve sempre zelar pela manutenção da confiança da relação empregatícia, sob pena de quebra da rescisão contratual ou penalidades previstas em lei.

Resta destacar que na relação obrigacional entre emprego e empregador, deve-se pautar por respeito mútuo, cordialidade e educação, para que não ocorra desentendimento entre as partes. E acima disso, que o poder diretivo patronal não deve ser usado como medida vexatória para com os seus subordinados.

Por fim, o presente trabalho não esgota o tema aqui proposto, mas, promove análise das leis, doutrinas e jurisprudência, objetivando o conhecimento sobre os limites do poder diretivo patronal, quando estes, submetem aos empregados o uso do bafômetro, para que os empregados não tenham seus direitos violados.

REFERÊNCIAS

ALEXY, R.. The Dual Nature of Law. Ratio Juris, Oxford, v. 23, p. 167-182, 2010.

BARROS, A. M. de. **Curso de direito do Trabalho**. 7. ed. São Paulo: LTr, 2012.

BRASIL, **Constituição da República Federativa do Brasil**, de 05 de outubro de 1988. Disponível em:

<https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 07 nov. 2016.

_____, Decreto-Lei nº 5.452, de 1º maio de 1943, Dispõe sobre Consolidação das leis do Trabalho. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm>. Acesso em: 07 nov. 2016.

_____, Lei n.º 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 07 nov. 2016.

_____, Tribunal Regional do Trabalho 3ª. Região. Recurso Ordinário nº 00401100-43.2009.5.03.0011. Relator: Desembargador Antônio Fernando Guimarães, Minas Gerais, 02 dez. 2009. Disponível em: <http://as1.trt3.jus.br/consulta/detalheProcesso1_0.htm;jsessionid=2A04A55BB095CF30E3867DA33419041E.vm-jb5-prd-b?conversationId=7371779>. Acesso em: 03 out. 2016.

_____, Tribunal Regional do Trabalho 3ª. Região. Recurso Ordinário nº 385-72.2013.5.03.0069. Relator: Desembargador José Roberto Freire Pimenta Guimarães, Minas Gerais, 22 jun. 2015. Disponível em: <<http://aplicacao4.tst.jus.br/consultaProcessual/consultaTstNumUnica.do?consulta=Consultar&conscsjt=&numeroTst=385&digitoTst=72&anoTst=2013&orgaoTst=5&tribunalTst=3&varaTst=69&submit=Consultar>>. Acesso em: 03 out. 2016.

_____, Tribunal Regional do Trabalho 3ª. Região. Recurso de Revista nº 0079588-2011.5.03.0041. Relator: Desembargador Aloysio Corrêa da Veiga, Minas Gerais, 29 ago. 2013. Disponível em: <http://as1.trt3.jus.br/consulta/detalheProcesso1_0.htm?conversationId=5762458>. Acesso em: 03 out. 2016.

_____, Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região, Recurso Ordinário nº 651.2006.055.03.00-5, Relator: Fernando Antônio Veigas Peixoto, Minas Gerais, 09 out. 2008. Disponível em: http://as1.trt3.jus.br/consulta/detalheProcesso1_0.htm?conversationId=5755592>. Acesso em: 05 out. 2016.

BOBBIO, N. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. 6. ed. Brasília: UNB, 1995.

CARVALHO FILHO, J. dos S. **Manual de Direito Administrativo**. 16. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006.

CALCINI, F. P. **O princípio da razoabilidade: um limite à discricionariedade administrativa**. Campinas: Millennium Editora, 2003.

DELGADO, M. G. **Curso de Direito do Trabalho**. 10.ed. São Paulo: LTr, 2011.

_____, M. G. **Curso de direito do Trabalho**. 11. ed. São Paulo: LTr, 2012.

_____, M. G. **Curso de direito do trabalho**. 13. ed. São Paulo: LTr, 2014.

_____, M. G. **Curso de direito do trabalho**. 15. ed. São Paulo: LTr, 2016.

DINIZ, M. H. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MARTINS, S.P.. **Direito do Trabalho**, 26. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

OLIVEIRA, F. C. S. de. **Por uma teoria dos princípios: o princípio constitucional da razoabilidade**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2003.

PEREIRA, A. A., MONTEIRO, A. M. **Ensino de História e Culturas Afro-brasileira e Indígenas**. Rio de Janeiro, Pallas, 2013.

ROZZA, Cláudio. **Processo administrativo disciplinar & comissões sob encomenda**. 3ª ed. Curitiba: Juruá, 2010.

STEINMETZ, W. A. **Colisão de direitos fundamentais e principio da proporcionalidade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

TARTUCE, F.. **Direito Civil I: Lei de Introdução e parte geral**. 9. ed. São Paulo: Método, 2013.

TEPEDINO, G.. Cidadania e os direitos de personalidade. **Revista da Escola Superior da Magistratura de Sergipe**, Sergipe, n. 3, 2002.