

O PODER DE FISCALIZAÇÃO DO EMPREGADOR COMO FORMA DE EXTERIORIZAÇÃO DO PODER EMPREGATÍCIO, PRERROGATIVAS E LIMITAÇÕES.

* Lucas Ribeiro Reinoso

RESUMO

Este presente artigo tem como objetivo apresentar o poder fiscalizatório do empregador como uma forma de exteriorização do poder empregatício e suas diversas características e formas peculiares de exteriorização bem como suas fundamentações jurídicas e suas devidas limitações e as consequências da extrapolação quando a que se refere à violação dos preceitos jurídicos que visam a proteção da dignidade e dos direitos fundamentais inerentes e indispensável ao empregado nas suas efetivas atividades laborais.

Palavras-chaves: Poder empregatício. Poder Fiscalizatório. Limitações.

*Lucas Ribeiro Reinoso. Estudante de Direito da Faculdade Casa do Estudante, Aracruz –ES

O PODER EMPREGATÍCIO

O poder empregatício também denominado de poder hierárquico e Poder de direção do Empregado.

Segundo Nascimento (2000, p. 433), o “[...] poder de direção é a faculdade atribuída ao empregador de determinar o modo como a atividade do empregado, em decorrência do contrato de trabalho, dever ser exercida”.

Ricardo Resende (2011) salienta sua origem como consequência advinda pelo contrato de trabalho a qual é amplamente majoritária pela doutrina trabalhista: o próprio contrato de trabalho, consubstanciado em um acordo de vontades que origina a relação empregatícia e, a partir desta, faz surgir direitos e deveres para os contratantes (empregador e empregado).

É constatado que a atual legislação em vigor não expressa de forma direta e sim de forma implicitamente sob a forma de dispositivos legais aos quais afirma a sua existência, sendo assim Resende (2011) enumera exemplificadamente determinados artigos do texto da lei:

Da mesma forma, também refletem aspectos do poder empregatício a transferência do empregado (art. 469, §§ 1º e 3º, da CLT), a reversão ao cargo anteriormente ocupado por trabalhador que exerce função de confiança (art. 468, parágrafo único, da CLT) e a suspensão disciplinar do empregado (art. 474 da CLT) (BRASIL, 1943).

É relevante resaltar a caracterização das relações de emprego e os elementos formadores deste vínculo como refere o referido texto legal:

O artigo 2º da CLT (Consolidação das Leis do Trabalho) em seu texto expresso conceitua:

“Considera-se empregador a empresa, individual ou coletiva que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviços” (BRASIL, 1943, p. 01).

Já o termo empregado é elencado no artigo Art. 3º Considera-se empregado toda pessoa física que prestar serviços de natureza não eventual a empregador, sob a dependência deste e mediante salário e, também, por equiparação, “os profissionais liberais, as instituições de

beneficência, as associações recreativas ou outras instituições sem fins lucrativos, que admitirem trabalhadores como empregados” (art. 2º, § 1º) (BRASIL, 1943).

É importante buscar o verdadeiro sentido do termo subordinação (ALVARENGA, 2010, p. 01):

A palavra *subordinar* tem sua raiz etimológica proveniente do latim *sub + ordinare*, que significa *submetido as ordens de outrem*. A subordinação não é simplesmente técnica ou Socioeconômica, ela é relevantemente jurídica como afirma Alvarenga (2010, p. 01):

[...] A subordinação jurídica compreende, assim, a sujeição do labor do empregado à vontade do empregador. Na relação empregatícia, o empregador detém os poderes para dirigir, regulamentar, fiscalizar e aplicar penalidades ao trabalhador. É por intermédio do exercício do poder empregatício que se instrumentaliza a subordinação jurídica no contexto da relação de emprego.

A esse respeito encontra-se a referida Jurisprudência:

Subordinação Jurídica. Dimensões pertinentes: clássica, objetiva e estrutural. A subordinação jurídica, elemento cardeal da relação de emprego, pode se manifestar em qualquer das seguintes dimensões: a clássica, por meio da intensidade das ordens do tomador de serviços sobre a pessoa física que os presta; a objetiva, pela correspondência dos serviços deste aos objetivos perseguidos pelo tomador harmonização do trabalho do obreiro aos fins do empreendimento; a estrutural, mediante a integração do trabalhador à dinâmica organizativa e operacional do tomador de serviços, incorporando e se submetendo à sua cultura corporativa dominante. Atendida qualquer destas dimensões da subordinação, configura-se este elemento individuado pela ordem jurídica trabalhista art. 3º, caput, CLT. TRT 3º R, 1ªT RO 00287-2007-106-03-00-2, Rel. Des. Maurício José Godinho Delgado, DJMG 24/08/2007. (DELGADO, 2007, p. 01).

Porém esta subordinação não é absoluta, pois seus limites são pré-estabelecidos descritos pela constituição federal, pelos direitos fundamentais do empregado e demais princípios, pela CLT e demais normas, os bons costumes e também pelo referido contrato de trabalho e normas coletivas.

No que tange sua exteriorização o poder empregatício se manifesta nas seguintes formas elencadas sendo estas: Poder Diretivo, Poder Regulamentar, Poder Disciplinar, sendo poder fiscalizatório uma das prerrogativas dadas ao empregador.

PODER FISCALIZATÓRIO

Poder Fiscalizatório é também conceituado como poder de controle. O empregado está sujeito ao monitoramento e vigilância e o total controle de suas atividades laborativa pelo empregador devendo está de acordo com as normas estabelecidas pelo contrato, acordos coletivos e pelo ordenamento jurídico.

De acordo com Delgado (2013, p. 667) o poder fiscalizatório é definido como:

“[...] o conjunto de prerrogativas dirigidas a propiciar o acompanhamento contínuo da prestação de trabalho e a própria vigilância efetivada ao longo do espaço empresarial interno”.

Ainda Assim o autor (DELGADO, 2013) enumera alguns exemplos práticos:

Medidas como o controle de portaria, as revistas, o circuito interno de televisão, o controle de horário e frequência, a prestação de contas (em certas funções e profissões) e outras providências correlatas é que seria manifestação do poder de controle. Monitoramento de computadores e dos emails.

Com o surgimento e crescimento da era tecnológica o uso do computador com acesso a rede se tornou um instrumento indispensável para execução de determinadas tarefas e atividades laborais . Havendo seu devido monitoramento como afirma Martins (2006):

Poderá o empregador monitorar a atividade do empregado no computador. Isso de certa forma já é feito, como no controle de produção por toques no teclado; verificação de entrada e registro feitos pelo próprio computador que indicam horário ; da intranet etc.

Como consequência da sua má utilização como punição poderá ocorrer demissão com justa causa como descreve situação fática descrita na referida jurisprudência (DOMINGUES, 2010).

TRT-PR-14-09-2010 ACESSO A SITES PORNOGRÁFICOS. JUSTA CAUSA CONFIGURADA. O acesso à internet foi realizado por meio de login e senha pessoal, a partir de terminal que o Autor ocupava rotineiramente, é de se presumir que, havendo conexão com o seu número de registro, foi ele que se utilizou desse

recurso, inclusive para fins alheios ao trabalho, e, ainda, de forma a ofender os padrões de conduta esperados, considerando o conteúdo pornográfico da pesquisa.

Ademais, o Reclamante admitiu que tinha plena ciência de normas internas que disciplinavam o uso de e-mail e internet, e que existia mecanismo de controle e registro de acessos por tais meios à disposição da Empresa. Desse modo, cabia a ele fazer o logof após a utilização do computador, sob pena de, na falta de tal cautela, responsabilizar-se pelo resultado de tal utilização por outro empregado.

(TRT-9 31662200829900 PR 31662-2008-29-9-0-0, Relator: MÁRCIA DOMINGUES, 4A. TURMA, Data de Publicação: 14/09/2010).

Em relação ao uso do email existe diferenciação no concerne ao email pessoal e o email corporativo:

No que tange o email pessoal em regra não esta passível de monitoramento, pois assegura a constituição federal de 1988 no artigo o inciso XII É inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal.

Diante desse exposto é facultado ao empregador a limitação ou até mesmo a proibição da utilização.

Porém há casos que comporta exceções nos casos de atividades estritamente ilícitas diante destes casos Resende (2011) justifica: aplica-se o critério da ponderação de interesses, pois a intimidade do empregado conflita com a segurança da empresa (direito de propriedade), ao passo que o empregado pode utilizar o e-mail para fins ilícitos, como divulgação de material relacionado à pedofilia, por exemplo, ocasionando incalculáveis prejuízos, materiais e imateriais, à empresa.

Em conformidade a Resende (2011) e Martins (2006) resalta :

O sigilo de comunicação de dados, como email, é também inviolável. Entretanto essa regra não pode ser entendida de forma absoluta, principalmente diante da má fé do empregado. Em casos de interesses relevantes, que podem, posteriormente, ser examinados pela justiça, o empregador poderá monitorar os e-mails do empregado, desde que digam respeito ao serviço.

Já em relação ao email corporativo é efetivamente monitorado visto que se enquadra como instrumento de trabalho sendo de uso exclusivo para atividades profissionais, portanto sendo vedada a utilização para outro fins é que confirma Calvo (2005):

No local de trabalho, o empregador tem uma preocupação legítima para que o empregado não divulgue informações confidenciais da empresa a outrem ou que não transmita correios eletrônicos com conteúdo não apropriado que não sejam relacionados ao trabalho, tais como materiais pornográficos ou piadas para não sobrecarregar a rede da empresa causando, em alguns casos, a perda de conexão resultando no não recebimento de arquivos importantes ou na necessidade de aquisição de placas de memória para ampliação da capacidade dos sistemas.

É importante esclarecer que a empresa é responsável pelos seus empregados podendo responder judicialmente aos atos praticados pelo empregado contra terceiros conforme a referida lei (BRASIL, 2002, p. 01):

“Art. 932 Código Civil. São também responsáveis pela reparação civil:

III - o empregador ou comitente, por seus empregados, serviçais e prepostos, no exercício do trabalho que lhes competir, ou em razão dele;”

Portando além de um direito passa a ser uma obrigação o seu controle e vigilância pois essa responsabilidade é de caráter objetivo ou seja independente de culpa ou dolo é que afirma Diniz (2006, p. 523):

Com o novo Código Civil consagrada está a responsabilidade objetiva do empregador por ato lesivo de empregado, tendo, porém, ação regressiva contra ele para reaver o que pagou ao lesado (CC, art. 934; CLT, art. 462, § 1º), pouco importando a questão de se apurar se houve, ou não, culpa "in vigilando" ou in eligendo.

A professora Barros (2009, p. 76) justifica a sua real necessidade como forma de forma de proteção patrimonial e segurança pessoal:

A nosso ver, a revista se justifica, não quando traduza um comodismo do empregador para defender o seu patrimônio, mas quando constitua recurso necessário a satisfação do interesse empresarial, a falta de outras medidas preventivas; essa fiscalização visa a proteção do patrimônio do empregador e à salvaguarda da segurança das pessoas. Não basta a tutela genérica da propriedade,

devido existir circunstâncias concretas que justifiquem a revista; é mister que haja, na empresa, bens suscetíveis de subtração e ocultação, com valor material, ou que tenham relevância para o funcionamento da atividade empresarial.

Pragmácio Filho (2010, p. 01) afirma sobre a sua legalidade porém resalta que sua forma deverá ser de maneira ponderada e cautelosa citando um típico exemplo:

"A revista a pertences, desde que não cause constrangimentos ao empregado, não é ilegal, podendo, por exemplo, o gerente de uma loja pedir que a vendedora, ao encerrar o expediente, abra a bolsa para verificar se existem peças de roupas ali".

A referida jurisprudência Tribunal Superior do Trabalho relata sobre o uso detector de metais como forma razoável de revista sendo assim não infringindo a dignidade e a intimidade do empregado sendo um excelente exemplo fático de ponderação (BRASIL, 2014).

O juízo de primeiro grau avaliou que não houve dano moral, pois o próprio auxiliar, ao depor, dissera que a revista era realizada com detector de metais. Caso o aparelho apitasse – o que nunca ocorreu com ele -, o empregado ia para uma sala a fim de verificar o que havia sob a roupa.

O Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região (PR) reformou a sentença e fixou em R\$ 3 mil a indenização. Para o Regional, a revista realizada pela empresa não poderia ser comparada com aquelas que ocorrem em aeroportos, banco e fóruns judiciais, pois estas não visam inibir o furto de mercadorias, mas sim garantir a segurança pública. Descontente, a empresa levou a discussão para o TST. Alegou que as revistas não ofenderam a intimidade ou a honra do auxiliar a ponto de causar dano moral, nos termos do artigo 5º, inciso X, da Constituição Federal, pois não houve revista pessoal ou íntima.

Em seu voto, o relator do recurso, ministro Alexandre Agra Belmonte, entendeu que se tratava não apenas de procedimento impessoal, destinado a preservar "a incolumidade do patrimônio do empregador e do meio ambiente do trabalho", mas de um procedimento socialmente tolerado, "se não desejado nos mais variados ambientes, desde bancos, aeroportos e repartições públicas até grandes eventos musicais e partidas de futebol".

A decisão foi unânime. (Lourdes Côrtes/CF) Processo: RR-3471200-20.2007.5.09.0651

No que tange revista pessoal e revista íntima é relevante a sua diferenciação é o que salienta Rezende (2011):

Não há que se confundir revista pessoal com revista íntima. Como visto acima, a revista íntima é expressamente vedada pela lei. A revista pessoal, por sua vez é normalmente admitida, desde que a atividade assim o recomende, bem como desde que não seja abusiva, isto é, não lesione a intimidade do empregado.

No que tange as revistas íntimas é vedado, pois são consideradas humilhantes e vexatórias pois o empregado é coagido a ser despir ou sofrer de ato lesivo que moleste o corpo como apalpamentos ferindo assim sua privacidade e sua dignidade e intimidade .

Com base legal se encontra no artigo 373-A, IV da CLT: Ressalvadas as disposições legais destinadas a corrigir as distorções que afetam o acesso da mulher ao mercado de trabalho e certas especificidades estabelecidas nos acordos trabalhistas, é vedado:

VI - proceder o empregador ou preposto a revistas íntimas nas empregadas ou funcionárias (BRASIL, 1943).

Devido ao princípio da isonomia este texto legal se aplica as pessoas do sexo masculino. A sua pratica configura como dano moral, pois viola a privacidade e intimidade. Sobre esse tema colhe-se da referida jurisprudência (TUBINO apud PEDUZZI, 2009, p. 01):

DANO MORAL – Realização de revista íntima. O eg. Tribunal Regional consignou que a reclamante era submetida a revistas cotidianas, nas quais lhe era demandado abaixar as calças até os joelhos e levantar a camisa até os ombros. O poder fiscalizatório do empregador de proceder a revistas encontra limitação na garantia de preservação da honra e intimidade da pessoa física do trabalhador, conforme preceitua o art. 5º, inciso X, da Constituição da República. A realização de revistas sem a observância dos limites impostos pela ordem jurídica acarreta ao empregador a obrigação de reparar, pecuniariamente, os danos morais causados. Precedentes do eg. TST. (TST – RR 1.565/2001-664-09-00.2 – 3ª T. – Relª Min. Maria Cristina Irigoyen Peduzzi – DJU 20.08.200408.20.2004)

Com objetivo de adquirir mais segurança e proteção do patrimônio e do ambiente de trabalho é recorrente a instalação e utilização de câmeras de monitoramento porém é vedado em certos locais como refeitórios, banheiros e vestiários (PEREIRA, 2011)

RECURSO DE REVISTA. DANO MORAL - AUSÊNCIA. CÂMERAS DE VIGILÂNCIA NO AMBIENTE DE TRABALHO. A utilização de câmeras de filmagem no ambiente de trabalho, desde que não foquem locais onde haja risco de violação de privacidade dos empregados (refeitórios ou banheiros) ou um ou outro empregado em especial, não viola a intimidade, não constitui ilícito e, em consequência, não induz dano moral. Recurso de revista não conhecido. (TST - RR: 9768220105110015 976-82.2010.5.11.0015, Relator: Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira, Data de Julgamento: 31/08/2011, 3ª Turma, Data de Publicação: DEJT 09/09/2011).

Porém em locais em que viola a honra e intimidade é completamente vedada a instalação como refere-se a referida jurisprudência (CUNHA, 2012):

DANOS MORAIS. CÂMERAS DE VÍDEO NO INTERIOR DOS SANITÁRIOS. Comprovado abuso de poder diretivo do empregador, ao arripio do art. 2º da CLT. A instalação de câmeras de vídeo para monitoramento dos empregados no interior dos banheiros enseja indenização justa e razoável por danos morais ao trabalhador.

(TRT-1 - RO: 1594004520085010025 RJ , Relator: Angela Fiorencio Soares da Cunha, Data de Julgamento: 17/04/2012, Quarta Turma, Data de Publicação: 2012-04-27)

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Apesar do empregado esta sujeito a fiscalização, controle e monitoramento de suas atividades sendo prerrogativas dadas ao empregador nas atividades laborativas como consequência oriunda do contrato de trabalho, o seu poder não é absoluto sendo não possível a violação dos direitos fundamentais como a dignidade, privacidade integridade física moral e psicológica, portanto, a superioridade do empregador em face do empregado é simplesmente jurídica em relação ao trabalho, pois a dignidade da pessoa humana não é privilégio de poucos e sim de todos devendo ser protegida de diversas formas no ordenamento jurídico vigente.

Tanto que o atual ordenamento jurídico desde a constituição, as leis, a doutrina e reiteradas decisões jurisprudenciais enfatiza a razoabilidade e a ponderação nos meios e formas no que tange aplicabilidade da fiscalização.

REFERÊNCIAS

ALVARENGA, Rúbia Zonatelli. **O poder empregatício no contrato de trabalho.** Jus Naveganti, 2010. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/17462/o-poder-empregaticio-no-contrato-de-trabalho>>. Acesso em: 10 de fevereiro de 2014.

BARROS, Alice Monteiro de. **Proteção à intimidade do empregado.** 2. ed. São Paulo: LTR, 2009.

BRASIL. Decreto Lei nº 5.452 de 1º de Maio de 1943. **Consolidação das Leis Trabalhistas (CLT).** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm>. Acesso em: 15 de fevereiro de 2014.

_____. Lei nº 10.406 de 10 Janeiro de 2002. **Código Civil.** Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 10 de fevereiro de 2014.

_____. TST (2014). **Turma afasta dano moral por uso de detector de metais em revista pessoal.** Disponível em: <http://www.tst.jus.br/noticias/-/asset_publisher/89Dk/content/turma-afasta-dano-moral-por-uso-de-detector-de-metais-em-revista-pessoal>. Acesso em: 13 de fevereiro de 2014.

CALVO, Adriana Carreira. **O uso indevido do correio eletrônico no ambiente de trabalho.** Jus Navegante, 2005. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/6451/o-uso-indevido-do-correio-eletronico-no-ambiente-de-trabalho>>. Acesso em: 10 de fevereiro de 2014.

CUNHA Angela Fiorencio Soares da. **JusBrasil: Jurisprudência.** 2012. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/busca?q=C%C3%82MERA+DE+V%C3%8DDEO>>. Acesso em: 1 de março de 2014.

DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho.** São Paulo: LTR, 2013.

_____. **Conceito de Subordinação jurídica contemporânea.** 2007. Disponível em: <http://nc-moodle.fgv.br/cursos/centro_rec/pag/comentarios/comentarios2/conceito_subordinacao_juridica_sociedade.htm>. Acesso em: 15 de fevereiro de 2014.

DINIZ, Maria Helena. **Direito Civil.** 7º vol. 18ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

DOMINGUES, Márcia. **JusBrasil: Jurisprudência.** 2010. Disponível em: <<http://trt-9.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/18892962/31662200829900-pr-31662-2008-29-9-0-0-trt-9>>. Acesso em: 1 de março de 2014.

MARTINS, Sergio Pinto. **Direito do Trabalho: Poder do empregado.** São Paulo: Atlas, 2006.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de Direito do Trabalho.** São Paulo: Saraiva 2000.

PAGANELLI, Celso Jefferson Messias. **Email corporativo e responsabilidade do empregador e trabalhador.** 2012. Disponível em: <<http://www.ambito->

juridico.com.br/site/index.php/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11513&revista_caderno=25>. Acesso em: 13 de fevereiro de 2014.

PEREIRA, Luiz Bresciani de Fontan. **JusBrasil: Jurisprudência**. 2011. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/topicos/2164536/cameras-de-vigilancia-no-ambiente-de-trabalho>>. Acesso em: 1 de março de 2014.

PRAGMÁCIO FILHO, Eduardo. **Revista íntima no ambiente de trabalho**. Portal Nacional do Direito de Trabalho, 2010. Disponível em: <<http://www.pelegrino.com.br/doutrina/ver/descricao/292>>. Acesso em: 20 de fevereiro de 2014.

RESENDE, Ricardo. **Direito do Trabalho Esquematizado**. São Paulo: Método, 2011.

TUBINO, Lucas. **Revista Intima**. 2009. Disponível em: <<http://www.lucastubino.adv.br/?id=110>>. Acesso em: 12 de março de 2014.