

**UNIVERSIDADE DE CAXIAS DO SUL  
PRÓ-REITORIA ACADÊMICA  
PROGRAMA DE MESTRADO EM DIREITO**

**FERNANDO VALDUGA**

**O DIREITO FUNDAMENTAL À INTIMIDADE E À VIDA PRIVADA  
NAS RELAÇÕES DE EMPREGO: LIMITAÇÕES AO PODER DIRETIVO  
DO EMPREGADOR NO AMBIENTE DE TRABALHO**

**Caxias do Sul**

**2009**

**FERNANDO VALDUGA**

**O DIREITO FUNDAMENTAL À INTIMIDADE E À VIDA PRIVADA  
NAS RELAÇÕES DE EMPREGO: LIMITAÇÕES AO PODER DIRETIVO  
DO EMPREGADOR NO AMBIENTE DE TRABALHO**

Dissertação apresentada ao Programa de  
Mestrado em Direito da Universidade de  
Caxias do Sul, como requisito parcial para a  
obtenção do título de Mestre em Direito.

**Caxias do Sul**

**2009**

**UNIVERSIDADE DE CAXIAS DO SUL**

**O direito fundamental à intimidade e à vida privada nas relações de emprego:  
Limitações ao poder diretivo do empregador no ambiente de trabalho**

Fernando Valduga

Dissertação de Mestrado submetida à Banca Examinadora designada pela Coordenação do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Caxias do Sul, como parte dos requisitos necessários para a obtenção do título de Mestre em Direito.

Aprovado em 10 de setembro de 2009.

Banca Examinadora:

---

Prof. Dr. Cesar Augusto Modena  
Universidade de Caxias do Sul

---

Prof. Dr. Germano André Doederlein Schwartz  
Universidade Luterana do Brasil

---

Prof. Dr. Leonel Severo Rocha  
Universidade de Caxias do Sul

---

Prof. Dr. Wilson Antônio Steinmetz (orientador)  
Universidade de Caxias do Sul

## **AGRADECIMENTOS**

Primeiramente gostaria de agradecer acima de tudo a Deus, pela força nos momentos difíceis e aos meus Pais pelo incentivo e apoio.

Agradeço, também, à Coordenação, Secretaria e aos Professores do Programa de Mestrado em Direito da UCS pelos ensinamentos e incentivos ao longo desta caminhada.

E, finalmente, aos meus Colegas de Mestrado, pelo companheirismo e trocas de experiências vividas, importantes na construção do conhecimento e da vida.

## **DEDICATÓRIA**

A Deus, especialmente, pela força nos momentos difíceis, pela companhia nos momentos de solidão, pela fé nos momentos de dúvida e incerteza, e por tornar possível a realização desta dissertação.

“Nunca devemos esquecer que nossa determinação de vencer é mais importante do que qualquer outra coisa”.

(Abraham Lincoln)

## RESUMO

A dissertação trata do estudo acerca dos direitos fundamentais do empregado, sob a ótica do direito fundamental à intimidade e à vida privada nas relações de emprego. Discute-se sobre a problemática gerada em torno do poder diretivo do empregador quando utiliza de métodos abusivos no controle da atividade laboral do empregado. Procura-se elucidar esses limites de controle, utilizando-se para tanto do direito comparado, da análise jurisprudencial e dos posicionamentos doutrinários. Em torno do tema proposto fala-se sobre o respeito e consideração ao princípio da dignidade da pessoa humana no trabalho, bem como da importância do princípio da proporcionalidade, sendo que neste último sugere-se sua possível aplicação nos casos em concreto, pelos intérpretes e aplicadores do direito na hipótese de haver colisão de direitos. Como parte exemplificativa do trabalho questiona-se a monitoração no âmbito das relações laborais e, aborda-se, também, a questão do teletrabalho.

**Palavras-chave:** Ambiente de trabalho. Intimidade. Poder diretivo. Relações de emprego. Vida privada.

## ABSTRACT

The dissertation deals with the study about fundamental rights of the employee, from the perspective of the fundamental right to intimacy and privacy in employment relations. It discusses on the problems generated around the power steering when the employer uses abusive methods to control the employee's work activity. It seeks to elucidate these control limits, using for both comparative law, jurisprudence and the analysis of doctrinal positions. Around the proposed theme speaks out about respect and consideration to the principle of human dignity at work and the importance of the principle of proportionality, while the latter suggest their possible application in concrete cases, the interpreters and law enforcers in case of collision of rights there. As part of examples of work questions the monitoring in industrial relations, and one addresses also the issue of teleworking.

**Keywords:** Work environment. Intimacy. Power steering. Employment relationships. Privacy.

## LISTA DE SIGLAS

- CC - Código Civil italiano, 16 de março de 1942, aprovado pelo GU n. 79, de 4 de abril de 1942
- CE – Constituição Espanhola
- CE – Comunidade Européia
- CFB – Constituição Federal do Brasil
- CIPA – Comissão Interna de Prevenção de Acidentes
- CLT – Consolidação das Leis Trabalhistas
- CNPD – Comissão Nacional de Proteção de Dados
- CPC – Código de Processo Civil
- CRP – Constituição da República Portuguesa
- CT – Código do Trabalho (Portugal) – aprovado pela Lei n. 99/03, de 27 de agosto
- ET – Estatuto dos Trabalhadores (Espanha)
- OIT – Organização Internacional do Trabalho
- ONU – Organização das Nações Unidas
- RO – Recurso Ordinário
- RR – Recurso de Revista (Brasil)
- TRT – Tribunal Regional do Trabalho (Brasil)
- TST – Tribunal Superior do Trabalho (Brasil)

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO .....</b>	<b>11</b>
<b>1 OS DIREITOS FUNDAMENTAIS E O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA NO TRABALHO .....</b>	<b>13</b>
<b>1.1 CARACTERIZAÇÃO, CONCEITO, NATUREZA E UNIVERSALIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS .....</b>	<b>13</b>
<b>1.2 GERAÇÕES DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.....</b>	<b>15</b>
<b>1.2.1 Primeira geração .....</b>	<b>15</b>
<b>1.2.2 Segunda geração .....</b>	<b>16</b>
<b>1.2.3 Terceira geração .....</b>	<b>18</b>
<b>1.2.4 Quarta geração .....</b>	<b>20</b>
<b>1.2.5 Quinta geração.....</b>	<b>20</b>
<b>1.3 A FUNÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS .....</b>	<b>23</b>
<b>1.4 O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E O DIREITO DO TRABALHO.....</b>	<b>28</b>
<b>2 DIREITOS FUNDAMENTAIS DE EMPREGADOS E EMPREGADORES NAS RELAÇÕES EMPREGATÍCIAS .....</b>	<b>34</b>
<b>2.1 INTIMIDADE E VIDA PRIVADA .....</b>	<b>34</b>
<b>2.1.1 Noções gerais sobre os direitos de personalidade.....</b>	<b>34</b>
<b>2.1.1.1 Posicionamentos doutrinários e características .....</b>	<b>34</b>
<b>2.1.1.2 Previsão constitucional e legal .....</b>	<b>37</b>
<b>2.1.2 Origens da intimidade.....</b>	<b>39</b>
<b>2.1.3 Distinções entre os termos: “intimidade” e “vida privada” .....</b>	<b>41</b>
<b>2.1.4 O direito à intimidade e à vida privada da pessoa do trabalhador .....</b>	<b>43</b>
<b>2.2 O DIREITO DE PROPRIEDADE. PODER E LIMITES.....</b>	<b>46</b>
<b>2.2.1 O direito de propriedade do empregador .....</b>	<b>46</b>
<b>2.2.2 Poder organizacional.....</b>	<b>51</b>
<b>2.2.3 Parâmetros de dimensionamentos do poder empregatício. A função social da propriedade.....</b>	<b>55</b>
<b>3 COLISÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS E O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE NA ESFERA DO TRABALHO .....</b>	<b>60</b>
<b>3.1 COLISÃO ENTRE OS DIREITOS FUNDAMENTAIS DO TRABALHADOR E O PODER DE DIREÇÃO DO EMPREGADOR.....</b>	<b>60</b>
<b>3.2 O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE.....</b>	<b>63</b>
<b>3.2.1 Conceito e origem .....</b>	<b>63</b>
<b>3.2.2 O princípio da proporcionalidade no direito comparado.....</b>	<b>64</b>
<b>3.2.3 Aplicação .....</b>	<b>65</b>
<b>3.2.4 Elementos constitutivos.....</b>	<b>66</b>
<b>3.2.4.1 Princípio da adequação.....</b>	<b>66</b>
<b>3.2.4.2 Princípio da necessidade .....</b>	<b>67</b>
<b>3.2.4.3 Princípio da proporcionalidade em sentido estrito .....</b>	<b>68</b>
<b>3.2.5 O papel e a importância da aplicação do princípio da proporcionalidade .....</b>	<b>69</b>
<b>4 MECANISMOS DE MONITORAÇÃO NO BRASIL E EM OUTROS PAÍSES .....</b>	<b>74</b>

<b>4.1</b>	<b>A MONITORAÇÃO DO TRABALHADOR NO ÂMBITO DO TRABALHO .....</b>	<b>74</b>
<b>4.2</b>	<b>TIPOS DE MONITORAÇÃO NO ÂMBITO LABORAL.....</b>	<b>79</b>
<b>4.2.1</b>	<b>Monitoração audiovisual .....</b>	<b>79</b>
<b>4.2.2</b>	<b>Monitoração telefônica .....</b>	<b>86</b>
<b>4.2.3</b>	<b>Monitoração telemática .....</b>	<b>90</b>
	<b>CONCLUSÃO.....</b>	<b>97</b>
	<b>REFERÊNCIAS .....</b>	<b>100</b>

## INTRODUÇÃO

O presente estudo versa sobre a análise jurídica dos direitos fundamentais à intimidade e à vida privada nas relações de emprego.

O tema em destaque merece a sua devida importância, frente às modificações que vêm ocorrendo no ambiente de trabalho, ocasionadas pelo surgimento de equipamentos tecnológicos sofisticados e novas formas de monitoração audiovisual e eletrônica.

Com essas transformações acontecendo no cenário da atividade laboral, as relações entre empregado e empregador foram se modificando. Os direitos fundamentais à intimidade e à vida privada do empregado foram se enfraquecendo. Frente a isso, o poder de direção e controle do empregador foi ganhando espaço, gerando problemas e verdadeiros abusos de autoridade, decorrentes de seu direito de propriedade.

Seguindo essa proposta, procuraremos elucidar nessa pesquisa os limites de controle do empregador, buscando para isso o entendimento do assunto no direito comparado, na análise jurisprudencial e nos posicionamentos doutrinários. Importante se faz também a análise do ordenamento jurídico brasileiro, no qual se encontra a fundamentação legal do direito à intimidade e à vida privada do empregado e do direito de propriedade do empregador. Aqui torna-se evidente o confronto entre o poder diretivo do empregador e o direito de proteção do empregado, titular de direitos fundamentais.

Com base nisso tudo, torna-se necessário um pequeno apanhado dos capítulos apresentados na dissertação.

Como parte dos estudos, em um primeiro momento, procura-se examinar os direitos fundamentais. Para isso, abordam-se a caracterização, conceito, natureza, universalidade, as gerações e a função desempenhada pelos mesmos. Tecem-se, também, alguns comentários sobre a importância do respeito e consideração ao princípio da dignidade da pessoa humana no trabalho.

No segundo capítulo, por sua vez, fala-se a respeito dos direitos fundamentais de empregados e empregadores nas relações empregatícias. Discorre-se sobre a intimidade e a vida privada, bem como o direito de propriedade, poder e limites. No que se refere à intimidade e à vida privada, fala-se a respeito dos direitos de personalidade. Apresentam-se posicionamentos doutrinários, bem como suas características principais. Aponta-se também a previsão constitucional e legal onde se encontram inseridos. Fala-se sobre as origens da intimidade no decorrer da história e busca-se a compreensão dos termos “intimidade” e “vida

privada”. Aborda-se também o direito do trabalhador à intimidade e à vida privada nas relações empregatícias. Por sua vez, com relação ao direito de propriedade, poder e limites, parte-se do estudo a respeito do direito de propriedade do empregador, bem como sua previsão legal. Aqui, perquire-se qual o grau do limite de acesso a que o patrão tem direito. Até que ponto ele, em nome de seu direito de propriedade, tem o poder de comando e de fiscalização e, até, de sua responsabilidade e comprometimento com o sucesso do empreendimento, penetrar na dinâmica de vida mais restrita do empregado. Faz-se uma análise específica com a palavra “subordinação”. Examina-se o poder organizacional ou poder diretivo propriamente dito. Argumenta-se, também, sobre a função social da propriedade.

O terceiro capítulo menciona a colisão entre os direitos fundamentais do trabalhador e o poder de direção do empregador. Fala-se, também, da importância do estudo da proporcionalidade, como critério balizador para fornecer meios ao julgador, para que em cada caso concreto seja dada a melhor solução que o caso mereça.

Por fim, o quarto capítulo examina os mecanismos de monitoração no Brasil e em outros Países. Dá-se destaque para o estudo do direito comparado, posicionamentos doutrinários e análise jurisprudencial. Discute-se sobre a implantação de aparelhos para controle e vigilância dos empregados no ambiente laboral, bem como de instalações de aparelhos de vigilância à distância. Aborda-se o teletrabalho, como um exemplo bastante elucidativo do controle a distância, em que se vê a justa necessidade de fazê-lo. E apresentam-se os tipos de monitoração existentes no âmbito laboral: monitoração audiovisual, monitoração telefônica e monitoração telemática.

Do exposto, verifica-se que inúmeras questões jurídicas podem resultar da simples existência de técnicas de controle no serviço, por si só incabíveis em certos casos, ou da forma de sua execução, quando abusivamente operadas pelo empregador.

O direcionamento do trabalho à questão que ora se apresenta é de fundamental importância. Isso porque, uma vez estabelecidos os princípios confrontantes, revela-se necessário o estudo dos direitos da personalidade (entre eles, o da vida privada, da intimidade) e do poder diretivo atrelado à propriedade privada como meio de controle da atuação do empregado, porque do exame de ambos – e então aplicada as técnicas de resolução do choque de princípios ou direitos – será possível estabelecer as soluções viáveis.

No que se refere à teoria de base, utilizaremos a teoria da interpretação constitucional e a teoria estrutural dos direitos fundamentais de Alexy.

# 1 OS DIREITOS FUNDAMENTAIS E O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA NO TRABALHO

## 1.1 CARACTERIZAÇÃO, CONCEITO, NATUREZA E UNIVERSALIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

A primeira questão que se levanta com respeito à teoria dos direitos fundamentais é a seguinte: podem as expressões ‘direitos humanos’, ‘direitos do homem’ e ‘direitos fundamentais’ ser usadas indiferentemente? Temos visto nesse tocante o uso impreciso de tais denominações na literatura jurídica, ocorrendo o emprego mais frequente de ‘direitos humanos’ e ‘direitos do homem’ entre autores anglo-americanos e latinos, em coerência aliás com a tradição e a história, enquanto a expressão ‘direitos fundamentais’ parece ficar circunscrita à preferência dos publicistas alemães (BONAVIDES, 2006, p. 560).

Criar e manter os pressupostos elementares de uma vida na liberdade e na dignidade humana, eis aquilo que os direitos fundamentais almejam, segundo *Hesse*, um dos clássicos do direito público alemão contemporâneo. Ao lado dessa acepção lata, que é a que nos serve de imediato no presente contexto, há outra, mais restrita, mais específica e mais normativa, a saber: direitos fundamentais são aqueles direitos que o direito vigente qualifica como tais.<sup>1</sup>

Com relação aos direitos fundamentais, *Carl Schmitt* estabeleceu dois critérios formais de caracterização. Pelo primeiro, podem ser designados por direitos fundamentais todos os direitos ou garantias nomeados e especificados no instrumento constitucional. Pelo segundo, tão formal quanto o primeiro, os direitos fundamentais são aqueles direitos que receberam da Constituição um grau mais elevado de garantia ou de segurança; ou são *imutáveis* ou pelo menos de mudança *dificultada*, a saber, direitos unicamente alteráveis mediante lei de emenda à Constituição.<sup>2</sup>

Já do ponto de vista material, os direitos fundamentais, segundo *Schmitt*, variam conforme a ideologia, a modalidade de Estado, a espécie de valores e princípios que a Constituição consagra. Em suma, cada Estado tem seus direitos fundamentais específicos.<sup>3</sup>

Vinculando os direitos fundamentais propriamente ditos a uma concepção do Estado de Direito liberal, sem levar em conta a possibilidade de fazer-se, como se fez, desses direitos primeiro uma abstração e, a seguir, uma concretização, independente da modalidade de

---

<sup>1</sup> HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*. Trad. de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998, p. 225 *et seq.*

<sup>2</sup> SCHMITT, Carl. *Teoría de la Constitución*. Madrid: Alianza, 1982, p. 164 *et seq.*

<sup>3</sup> Id., *ibid.*, p. 170.

Estado e ideologia, em ordem a torná-los compatíveis com o sentido de sua universalidade, *Carl Schmitt*, nas considerações sobre o assunto, retrata com inteira exatidão o caráter de tais direitos enquanto direitos da primeira geração.

Senão, vejamos:

Os direitos fundamentais propriamente ditos são, na essência, entende ele, os direitos do homem livre e isolado, direitos que possui em face do Estado. E acrescenta: numa acepção estrita são unicamente os direitos da liberdade, da pessoa particular, correspondendo de um lado ao conceito do Estado burguês de Direito, referente a uma liberdade, em princípio ilimitada diante de um poder estatal de intervenção, em princípio limitado, mensurável e controlável.<sup>4</sup>

Corresponde assim, por inteiro, a uma concepção de direitos absolutos, que só excepcionalmente se relativizam “segundo o critério da lei” ou “dentro dos limites legais”. De tal modo que – prossegue *Schmitt* noutro lugar da *Teoria da Constituição* – as limitações aos chamados direitos fundamentais genuínos aparecem como *exceções*, estabelecendo-se unicamente com base em lei, mas lei em sentido geral; a limitação se dá sempre debaixo do controle da lei, sendo mensurável na extensão e no conteúdo.<sup>5</sup>

A vinculação essencial dos direitos fundamentais à liberdade e à dignidade humana, enquanto valores históricos e filosóficos, nos conduzirá sem óbices ao significado de universalidade inerente a esses direitos como ideal da pessoa humana. A universalidade se manifestou pela vez primeira, qual descoberta do racionalismo francês da Revolução, por ensejo da célebre Declaração dos Direitos do Homem de 1789.

A percepção teórica identificou aquele traço na Declaração francesa durante a célebre polêmica de Boutmy com Jellinek ao começo do século XX. Constatou-se então com irrecusável veracidade que as declarações antecedentes de ingleses e americanos podiam talvez ganhar em concretude, mas perdiam em espaço de abrangência, porquanto se dirigiam a uma camada social privilegiada (os barões feudais), quando muito a um povo ou a uma sociedade que se libertava politicamente, conforme era o caso das antigas colônias americanas, ao passo que a Declaração francesa de 1789 tinha por destinatário o gênero humano. Por isso mesmo, e pelas condições da época, foi a mais abstrata de todas as formulações solenes já feitas acerca da liberdade.

---

<sup>4</sup> Id., *ibid.*, p. 173.

<sup>5</sup> Id., *ibid.*, p. 175.

Os direitos do homem ou da liberdade, se assim podemos exprimi-los, eram ali “direitos naturais, inalienáveis e sagrados”, direitos tidos também por imprescritíveis, abraçando a liberdade, a propriedade, a segurança e a resistência à opressão.

## 1.2 GERAÇÕES DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

### 1.2.1 Primeira geração

Os direitos fundamentais de primeira geração são os direitos e garantias civis ou individuais e políticos clássicos (liberdades públicas), surgidos, institucionalmente, a partir da Magna Carta, vinculados à liberdade, igualdade, propriedade, segurança e resistência às diversas formas de opressão.

São tidos como os direitos de liberdade, inerentes à individualidade, bem como, atributos naturais, inalienáveis e imprescritíveis, que por serem de defesa e estabelecidos contra o estado, têm especificidades de direitos negativos.

Foram os primeiros a figurar no bojo de um texto constitucional. Trata-se dos chamados direitos civis e políticos cujos titulares são os indivíduos. Visam à proteção dos indivíduos contra os poderes públicos. Com a inserção desses direitos no texto constitucional houve uma valoração do homem diante do Estado.

Os direitos de liberdade recebem o nome de primeira geração ou dimensão porque se constituem na primeira reação positiva dos indivíduos contra o absolutismo estatal, foram, enfim, os primeiros a serem exigidos do Estado. São direitos de defesa e o seu exercício garante ao indivíduo a não intromissão do Poder Público na esfera íntima de cada indivíduo. Por seu sentido teleológico, há o reconhecimento jurídico de uma atitude negativa do Estado de não interferir nas relações individuais, por isso são reconhecidos como direitos negativos. Os direitos fundamentais de primeira geração são direitos de defesa e obrigam o estado a um dever de abstenção, a observância de uma obrigação de não fazer, de inércia. O Estado, em vez de agir, deve afastar-se das relações individuais e abster-se de interferir nas liberdades públicas.

A emergência dessa dimensão de direitos decorre da cultura do racionalismo iluminista, do livre contratualismo societário, do liberalismo individualista e do capitalismo concorrencial (WOLKMER, 2004, p. 5-6).

É um período que se caracteriza pela consolidação da hegemonia da classe burguesa em contraposição aos privilégios do clero e dos monarcas, que alcançavam o poder pela Revolução Americana (1776) e Francesa (1789).

Nessa época surgiu o movimento constitucionalista político que moldou o constitucionalismo clássico que sintetiza as teses do Estado democrático de Direito, da teoria da tripartição dos poderes, do princípio da soberania popular e da doutrina da universalidade dos direitos e garantias fundamentais (*ibid.*, p. 5-6).

Os direitos de primeira geração exigem que o Estado se omita de praticar determinados atos. Impõe-se, aqui, a inércia estatal para preservação de uma esfera de atuação individual que não pode ser atingida pela conduta do estado. Fazem parte desses direitos, dentre outros, a liberdade de ir, vir e permanecer, a inviolabilidade do domicílio e a liberdade de profissão ou de associação.

Porém, com o passar do tempo e com a experiência de vida construída sob tais ditames, percebeu-se que a inação do Poder Público não era suficiente para garantir o bem estar das pessoas, havia necessidade de que o estado fornecesse prestações positivas.

A essência de solidariedade que caracteriza a personalidade de todos os seres humanos começava a lançar marcos de sua manifestação.

Percebeu-se que os mais capacitados e ricos, no uso da liberdade plena que lhes assegurava o estado juridicamente organizado, passaram a dominar de modo exploratório aqueles que se subordinavam ao seu concurso e, por isso, surgiram os direitos de segunda geração, aqueles em que o Estado tem a obrigação de suprir as necessidades de sua comunidade em atitude positiva.

### **1.2.2 Segunda geração**

Os direitos de segunda dimensão ou geração se referem a algumas necessidades básicas humanas diante do contexto social. São direitos de natureza social propriamente dita, econômica e cultural, surgidos no início do século XX.

A crise econômica e social do final do século XIX, relacionada à industrialização, ao crescimento demográfico e ao agravamento da disparidade entre as pessoas gerou novas reivindicações fundamentadas em teorias de perfil socialista e por elas estimuladas, tendo sido necessária a intervenção do Estado para suprir as necessidades das pessoas, nascendo assim os direitos de segunda geração.

Os direitos dessa geração dominaram o século XX, assim como os de primeira dominaram o século XIX. Trata-se de direitos sociais, econômicos, culturais e coletivos, que foram introduzidos no constitucionalismo sob várias formas de Estado Social e referem-se à igualdade de todos.

Apesar da conquista das liberdades públicas, estas não eram suficientes, pois não bastou assegurar, por exemplo, a liberdade de iniciativa privada se os cidadãos não tinham sequer condições mínimas nem mesmo de se manterem vivos por seus próprios recursos. Assim, emergiu a necessidade de lhes assegurar outros direitos, desta vez de natureza positiva, exigindo do estado um fazer, denominados de direitos de segunda geração.

Eram direitos de crédito do indivíduo para com a coletividade, tais como, o direito ao trabalho, refletido atualmente em nosso ordenamento como um princípio da atividade econômica – o da busca do pleno emprego – (BRASIL. *Constituição*, art. 170, VIII) à saúde, à educação. Todos têm como sujeito passivo o Estado já que foi a própria coletividade que assumiu a responsabilidade de garanti-los. O titular desses direitos, entretanto continua, como no caso dos de primeira geração, sendo o indivíduo (WOLKMER, 2004, p. 6-7).

Em sua emergência estão presentes os efeitos do processo de industrialização e os graves impasses socioeconômicos que devastaram a sociedade ocidental entre a segunda metade do século XIX e as primeiras décadas do século XX.

O capitalismo concorrencial evoluiu para o circuito da dinâmica financeira e monopolista. A crise do estado liberal sobre o individualismo propiciou o nascimento do Estado do Bem-Estar Social, cujos preceitos passaram a governar as relações entre o capital e o trabalho. Foi um período caracterizado por uma grande evolução do direito trabalhista.

Foi nesse período que se sucederam a evolução das correntes socialistas, anarquistas e reformistas, tão importantes para o desenvolvimento social como a posição da Igreja Católica, com sua doutrina social da Encíclica *Rerum Novarum*, de Leão XIII (1891); os efeitos políticos da Revolução Mexicana (1911) e Russa (1917), os impactos econômicos do keynesianismo, e o intervencionismo estatal do New Deal. Cria-se a OIT, 1919. O movimento sindical ganha força internacional, a socialização alcança a política e o Direito (nascem o direito do trabalho e o direito sindical).

Encontram-se na Constituição mexicana de 1917, na Constituição de Weimar de 1919, na Constituição Espanhola de 1931, e no texto constitucional do Brasil de 1934, as principais fontes institucionalizadas dessa espécie de direitos (WOLKMER, 2004, p. 7).

Por ser um direito que exige do Estado prestação material positiva, sua aplicação, no início, mostrou-se efetivamente incipiente e com eficácia duvidosa. Com a evolução social,

sua execução foi mais efetiva, principalmente, por que as recentes Constituições, inclusive a brasileira, formularam o preceito da aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais.

Os direitos de segunda geração seguiram o norte dos de primeira, no sentido da obrigatoriedade de seu cumprimento pelo Estado, sob pena de haver imposição judicial do cumprimento. Até então, na maioria dos ordenamentos jurídicos, prevalecia a ideia de que os direitos fundamentais de segunda geração não eram auto-aplicáveis e, por isso, exigiam a intervenção do legislador ordinário, o que não condiz nem com a natureza da espécie, nem com a nossa realidade atual, pois há determinação expressa de aplicabilidade direta.

Os direitos fundamentais de segunda geração tratam de direitos a prestações e impõem ao Estado o dever de agir, quer seja para proteção dos bens jurídicos protegidos pelos direitos fundamentais contra a atividade (excepcionalmente, a omissão) de terceiros, quer seja para promover ou garantir as condições materiais ou jurídicas de gozo efetivo desses bens jurídicos fundamentais.

O Estado está obrigado a suprir as necessidades vitais do homem, para que ele possa viver com o mínimo de dignidade humana. Deve realizar atividade com o propósito de garantir o exercício de tais direitos, e isto é feito por meio da prestação de serviços. Os referidos direitos são: a educação, a seguridade social, a proteção à saúde, a habitação etc.

### **1.2.3 Terceira geração**

Há autores que entendem que são apenas três as gerações de direitos, mas há os que vêem a existência de até cinco gerações, assim, tentaremos aludir ao máximo às gerações mencionadas, apesar de, na divisão dos direitos por gerações, não haver uma repartição estanque entre os que estão em cada dimensão. Os direitos que as caracterizam interpenetram-se com os das demais, informando o conteúdo de todos eles.

Modernamente, protegem-se, constitucionalmente, como direitos de terceira geração, os chamados direitos de solidariedade ou fraternidade. São direitos metaindividuais, direitos coletivos e difusos. O que caracteriza a espécie desses novos direitos é o fato de que seu titular não é mais, como nos casos dos de primeira e segunda geração, o indivíduo, mas a coletividade (categorias de grupos ou pessoas ou a coletividade de impossível determinação).

Não regulam tampouco relações entre indivíduos e o Estado, mas tutelam bens de natureza indivisível, cujos interessados são indeterminados. Englobam o direito a um ambiente equilibrado, a uma saudável qualidade de vida, ao progresso, à paz, à

autodeterminação dos povos e a outros direitos difusos, que são grupos de pessoas cujos vínculos jurídicos ou fáticos não são muito precisos (WOLKMER, 2004, p. 7-8).

Os novos direitos transindividuais, relacionados com a proteção do ambiente e do consumidor, começaram a ganhar maior impulso no período pós Segunda Guerra Mundial. A explosão das bombas atômicas em Hiroshima e Nagasaki, a mutilação e o extermínio de milhares de vidas humanas, a destruição ambiental e os danos causados à natureza pelo desenvolvimento tecnológico desencadearam a criação de instrumentos normativos no âmbito internacional. Assim também aconteceu nas décadas de 70 e 80 nos Estados Unidos da América quanto aos direitos do consumidor (*ibid.*, p. 7-8).

Diversas transformações sociais verificadas nas últimas décadas, a amplitude dos sujeitos coletivos, as novas formas e de específica subjetividade e diversidade na maneira de ser em sociedade, têm projetado e intensificado outros direitos que podem ser inseridos na classificação de terceira geração, tais como:

- direitos de gênero (dignidade da mulher, subjetividade feminina);
- direitos da criança;
- direitos do idoso (terceira idade);
- direitos dos deficientes físicos e mentais;
- direitos das minorias (étnicas, religiosas, sexuais); e
- novos direitos da personalidade (à intimidade, à honra, à imagem), estes sob novo perfil diante da modernidade tecnológica (*ibid.*, p. 9).

A evolução dos direitos fundamentais revela a atualidade da afirmação de que histórica e eternamente, em diferentes momentos históricos, verifica-se o aparecimento de direitos. Não como uma sucessão de espécies, umas substituindo outras, mas o acréscimo de direitos com as novas exigências das pessoas. Há uma interpenetração e exige-se harmonia entre eles. Apesar de os direitos fundamentais de certa época receberem as ingerências dos novos, somente poderão ser entendidos se conjugados com aqueles que fizeram parte do ordenamento jurídico e com o entendimento de seus significados, segundo a exigência histórica de sua afirmação.

#### 1.2.4 Quarta geração

Recentemente, alguns doutrinadores pátrios inseriram mais uma espécie na classificação dos direitos fundamentais. Trata-se dos de quarta geração.

São direitos relativos à biotecnia, à bioética e à regulação da engenharia genética. Têm vinculação direta com aspectos materiais da vida humana, e com sua reprodução assistida (inseminação artificial), aborto, eutanásia, cirurgias intra-uterinas, transplantes de órgãos, engenharia genética (clonagem), contracepção e outros.

A natureza complexa e interdisciplinar desses direitos vem exigindo atenção de várias áreas científicas. Emergiram no final do século XX e projetam grandes e desafiadoras discussões no novo milênio; isso justifica a dificuldade de regulação desses novos direitos. Daí a prioridade de se definirem contornos de regulamentação a fim de acomodar a vida humana em bem-estar e não sob ameaça. A preocupação generalizada por toda a humanidade reforça a necessidade de uma regulamentação internacional dos direitos humanos.

O progresso da ciência médica e a revolução tecnológica no campo da saúde humana geraram preocupação sobre a regulamentação ética das relações que envolvem a biologia, medicina e a vida humana como um todo, daí o surgimento da reflexão bioética.

A bioética ganha importância por se revelar instrumental interdisciplinar, visa à pesquisa na área da saúde e aos meios para gerenciar de forma responsável a vida humana em geral (WOLKMER, 2004, p. 10-12).

#### 1.2.5 Quinta geração

Há ainda o direito de quinta geração ou dimensão. Classificam-se, dessa forma, os direitos advindos das tecnologias de informação (*Internet*), do ciberespaço e da realidade virtual, em geral.

A passagem do século XX para o século XXI reflete uma mudança de paradigma da sociedade industrial (toyotismo) para a sociedade virtual (gatismo). A influência desse fenômeno no campo do direito, sobre a sociedade e sobre os bens culturais do potencial massificador do espaço digital, é extraordinária.

Frente à contínua e progressiva evolução da tecnologia de informação, torna-se essencial uma articulação de normatividade que venha regular, proteger e controlar os

provedores e os usuários dos meios de comunicação eletrônica de massa. O debate sobre a informatização do universo jurídico divide os internautas.

Este universo em expansão, que se caracteriza pela presença de redes de computadores e meios de transmissão, exige o surgimento de novos direitos ou modos modernos de proteger antigos direitos como o de intimidade. Um sem número de condutas nocivas à sociedade está se locomovendo solta e sem controle por meio do suporte digital. São a afetação ao direito de privacidade, incitação de crimes, uso de drogas, racismo, abuso e exploração de menores, pirataria, roubo de direitos autorais, ameaça e calúnia de pessoas e diversos outros crimes que se verificam sem que haja uma forma eficaz de se localizar os responsáveis.

As fontes legislativas acerca da tutela desses novos direitos são escassas, destacando-se apenas diversos projetos de lei tramitando no Congresso Nacional, certamente aguardando a conscientização e a compreensão da feição da era atual pelos legisladores que têm se mostrado mais preocupados em carregar nas pastas valores enormes em dinheiro, pois a tecnologia permite que em tempo real se identifiquem as movimentações fraudulentas efetivadas por meio das contas bancárias (WOLKMER, 2004, p. 12-3).

A compreensão do cenário econômico mundial é o mais importante dado para que se perceba com precisão a importância fundamental do reconhecimento da vigência dos direitos humanos e de sua inalienabilidade. Primeiro, pela tendência à desregulamentação da legislação protecionista laboral e isso tem acontecido da seguinte forma: as ideias neoliberais dominaram a comunidade econômica internacional apontando no sentido da estabilização das economias internas das nações emergentes, cujas propostas básicas são a abertura dos mercados internos dos Estados, estrita disciplina fiscal interna com corte de gastos, privatizações, desregulamentação do mercado, reforma tributária e flexibilização das relações de trabalho.

O fenômeno da globalização ao deslocar o âmbito da concorrência empresarial para o espectro internacional, obriga as empresas a buscar redução de seus custos. Obviamente, por isso, acontece uma diminuição dos postos de trabalho, automação e pressões para desregulamentação do trabalho e conseqüente perda de garantias básicas dos trabalhadores.

Segundo relatórios das Nações Unidas, em 1962, antes do aparecimento do neoliberalismo e da aceleração do processo de globalização, os 20% mais ricos tinham recursos 30 vezes superiores aos 20% mais pobres. Em 1994 a diferença salta para 60 vezes, em 1997, para 74 vezes.

A crueldade social do estado neoliberal é ainda pior do que a do estado liberal, pois naquela época havia a necessidade de mão-de-obra, hoje a automação torna o trabalhador desatualizado, simplesmente descartável.

A globalização vem esfacelando o estado social, subtraindo-lhe o poder de subordinar soberanamente os fatores econômicos e sociais que condicionam a vida de cada comunidade política. Cada vez mais se identifica a presença de fatores externos ao estado, influentes, na economia, sobre os quais o estado não tem nenhum poder (SARMENTO, 2004, p. 46).

No modelo toyotista a produção se desenvolve por diversas empresas diferentes, situadas em diversos estados diante das facilidades pontuais de cada um. Cresce a terceirização e isso reduz os direitos dos trabalhadores e se agrava pela volatilidade do capital financeiro. Assim, os estados se tornam reféns do capital estrangeiro pela necessidade de seus investimentos, pois, se não atenderem as suas exigências, são abandonados em detrimento dos que àquelas exigências se submetam. É a chamada *lex mercatória* (lei do mercado).

A independência da produção legislativa pelo Estado cada vez mais inexistente e seus fundamentos se baseiam nos interesses de agentes privados e entidades supranacionais poderosas (*ibid.*, p. 47).

A derrocada do comunismo é dado histórico que impulsionou o capitalismo no sentido neoliberal que constituiria, para alguns, o fim da história. Em verdade, o aprofundamento das desigualdades e exclusões sociais são características próprias do capitalismo.

O estado social que substituiu o estado liberal, diante da impossibilidade de suportar o custo social, foi obrigado a se reduzir. O empobrecimento que se verificou diante da globalização da economia reduziu a proteção dos cidadãos frente a suas necessidades sociais. Fala-se hoje, com propriedade, em estado pós-social, em que o Estado ocupa posição mínima, apenas regulador da atividade econômica. Neste contexto é que se verifica a importância do reconhecimento da vigência dos direitos humanos (*ibid.*, p. 52).

Mais uma vez se está diante do conflito que caracteriza, no curso da história, a afirmação dos direitos humanos – a necessidade de proteção da dignidade humana face às conseqüências da moderna tecnologia.

Apesar de todas essas mudanças, no Brasil o Estado continua sendo interventor, ocupado com a justiça social que não despreza o mercado, mas também não o enaltece com fervor, desenha-se um novo modelo em substituição ao neoliberal, o pós-social (*ibid.*, p. 51).

Uma das características desse novo modelo é a transferência para as partes envolvidas nos episódios sociais da responsabilidade de traçar as normas de conduta e o retraimento do estado como órgão regulamentador da economia. Tem-se, como outrora, que apenas alguns sejam privilegiados com a nova ordem e que a maioria da coletividade seja esquecida. Por tudo isso é que se torna evidente que se intensifique a vinculação do particular aos direitos fundamentais (*ibid.*, p. 53).

No Brasil, essa redefinição do papel estatal, com sua diminuição, foi realizada por meio de reformas estatais preconizadas pelas Emendas Constitucionais ns. 5, 6, 7, 8 e 9 (flexibilização de monopólios estatais sobre o gás canalizado e telecomunicações e o petróleo) (*ibid.*, p. 50). Também a Emenda Constitucional n. 19, que pretendeu alterar a estrutura e filosofia da administração pública e reduzir seus gastos, teve como escopo estatuir uma administração gerencial, eficiente, flexível e preocupada com resultados.

O quadro atual é este, mas as mudanças se processam, cada vez mais, em velocidade alta. A preservação da vida humana no ápice de importância requer rápida adaptação paradigmática do conceito de soberania, somente com a efetiva vigência dos direitos humanos como máximo valor terreno, independentemente do lugar que seja albergue, vai-se alcançar a proteção da dignidade humana (*ibid.*, p. 46-7).

### 1.3 A FUNÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

O Direito do Trabalho da sociedade pós-industrial gira em torno do eixo do respeito aos direitos fundamentais dos trabalhadores, com a finalidade de implantar o império da dignidade do trabalhador como pessoa humana, como ser que produz em benefício da sociedade. No desempenho dessa tarefa, os direitos fundamentais exercem uma função: limitam o exercício do poder do empregador no curso da relação de emprego (ROMITA, 2007, p. 412).

Uma vez que o contrato de trabalho implica a subordinação e, portanto, a sujeição inevitável da pessoa do trabalhador, poder-se-ia imaginar uma oposição entre o direito do trabalho e os direitos fundamentais do trabalhador. Estes excluiriam a subordinação e, em consequência, aniquilariam o direito do trabalho. Não há, porém, tal oposição irreduzível. A aplicação dos direitos fundamentais à relação individual de trabalho pode compatibilizar-se com a subordinação, desde que eles sejam entendidos pelo prisma da limitação dos poderes do empregador.

O reconhecimento do exercício dessa função atribuída aos direitos fundamentais no desenvolvimento das relações de trabalho gera duas conseqüências irrecusáveis: a superação da ideia do suposto caráter protecionista do direito do trabalho e o afastamento da noção de irrenunciabilidade dos direitos outorgados por lei ao trabalhador (*ibid.*, p. 412).

Primeiramente, com relação ao cogitado caráter protecionista do direito do trabalho, uma análise prévia mostra-se necessária.

Nesta análise, a observação atenta dos fatos coetâneos ao surgimento da legislação do trabalho permite afirmar que não era a proteção da classe dos trabalhadores que inspirava a promulgação das leis mais tarde ditas protecionistas. A formação histórica do corpo de leis cujo objeto é a regulação das relações de trabalho subordinado não responde a um reclamo de proteção formulado pelas classes trabalhadoras. O direito do trabalho não é um direito de classe. As primeiras leis promulgadas na Europa industrializada dos princípios do século XIX tinham por conteúdo a defesa da incolumidade física e moral, da liberdade e da personalidade física e moral do trabalhador considerado pessoa humana<sup>6</sup>.

A legislação do trabalho não tinha por finalidade, inicialmente, regular as relações entre empregados e empregadores, mas sim disciplinar a organização geral do trabalho, regulando a atividade industrial do empresário em nome do poder de polícia, compondo um verdadeiro direito administrativo do trabalho (normas político-administrativas), porque aplicáveis às relações entre o Estado, como poder público, e os empresários, versando matéria de interesse público. Trata-se, portanto, de normas de direito público, que não se confundem com as normas reguladoras do contrato de trabalho, estas de direito privado<sup>7</sup>. Estas normas representam a primeira expressão do ramo do direito que tem por núcleo essencial o contrato de trabalho, constituindo a “cabeça de ponte” mais tarde absorvida pelo exército superveniente.

Sem necessidade de consagrar um suposto (e inexistente) princípio “de proteção”, mais vale assinalar a tendência geral revelada pelo direito do trabalho a garantir integralmente a esfera pessoal do indivíduo que trabalha. Cumpre afastar o “princípio tuitivo”, reconhecendo como superada a exigência de proteção de um sujeito do contrato em face do outro. A função essencial do direito do trabalho é a regulação da relação de trabalho, o que, por força da desigualdade social e econômica entre os dois sujeitos, só pode tornar-se jurídica e politicamente aceitável mediante a afirmação de uma função corretiva do contrato

---

<sup>6</sup> COSTA, Orlando Teixeira da. A tutela do trabalho na atualidade. In: *O Direito do Trabalho na sociedade moderna*. São Paulo: LTr, 1999. p. 58.

<sup>7</sup> CERQUEIRA, João da Gama. *Sistema de Direito do Trabalho*. vol. I. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1961. p. 260; 275 e 284.

individual para instituir um equilíbrio que o critério da abstrata igualdade formal dos contratantes não permite realizar. Esta nova formulação, que considera superada a proteção do contratante mais débil, conduz à ideia de que o ordenamento jurídico estimula o pleno desenvolvimento da pessoa do trabalhador, mediante o reconhecimento de seus direitos fundamentais.<sup>8</sup>

Já no que diz respeito à excogitada irrenunciabilidade dos direitos outorgados por lei aos trabalhadores, uma digressão prévia torna-se indispensável.

Nesta digressão, o Direito do Trabalho clássico, adequado a uma era de prosperidade econômica, fundava-se em verdades absolutas e apostava em certezas inabaláveis. Acreditava-se constituído por institutos eternos e imutáveis, imunes à ação do tempo e invulneráveis aos reclamos da realidade econômica. Era um direito vocacionado à proteção do hipossuficiente econômico e, portanto, estava sempre *in fieri*, em constante expansão, quer no tocante à ampliação do número de sujeitos protegidos quer na infalível criação de novos benefícios em favor dos empregados quer no incremento das vantagens existentes. Negava-se a possibilidade do retrocesso ou mesmo de paralisia social: mais, sempre mais, cada vez mais, era o lema que o caracterizava, o que inviabiliza a estipulação *in peius*, ou seja, aquela pela qual o trabalhador aceita redução salarial ou supressão de vantagens.

Naquela fase histórica, o Direito do Trabalho pressupunha a existência de princípios eternamente válidos no tempo e dotados de eficácia universal. Deles, destacava-se o celebrado “princípio protetor” (*rectius*: princípio de proteção, pois o princípio pode inspirar mas não dispensa diretamente a proteção)<sup>9</sup>. Era um direito integrado por normas coercitivamente impostas pelo Estado à vontade dos particulares. Tais normas se caracterizavam pela imperatividade: cogentes, impunham-se mesmo contra a vontade do trabalhador, tido por incapaz de manifestar validamente sua vontade, ante o estado de inferioridade econômica e social que o estigmatizava. Nem sequer se cogitava da possibilidade de contrabalançar a debilidade individual pela força cobrada mediante mobilização sindical. A negociação coletiva era desconhecida, ou menoscabada, pois em ambiente político de coloração autoritária (eram numerosos os regimes políticos dessa natureza no período anterior à Segunda Guerra Mundial) a atuação reivindicatória dos sindicatos era reprimida, como produto de ideologias de extrema esquerda.

---

<sup>8</sup> ROMITA, Arion Sayão. *O princípio da proteção em xeque e outros ensaios*. São Paulo: LTr, 2003. p. 21 e segs.

<sup>9</sup> PLÁ RODRIGUEZ, Américo. *Los principios del Derecho del Trabajo*. Montevideu: [S. ed.], 1973, *passim*.

À luz dessa concepção, fácil é compreender que os direitos assegurados ao trabalhador pelas leis imperativas ditas de proteção ao trabalho fossem tidos por irrenunciáveis, indisponíveis, insuscetíveis de transação, inidôneos a constituírem objeto de negociação (individual) entre empregado e empregador. A possibilidade de negociação coletiva só mais tarde foi admitida, por força da crise econômica: sob o acicate da perda do emprego, os sindicatos foram compelidos a negociar a permanência no trabalho a troco de concessões econômicas de menor porte, como redução salarial e supressão de certos benefícios pecuniários.

Inicialmente, quer no exterior quer no Brasil, a doutrina era acorde em asseverar que a irrenunciabilidade do direito deriva da inderrogabilidade da norma concessiva. A norma inderrogável priva o titular do *ius disponendi*. Entendia-se que o estado de subordinação do empregado durante a relação de emprego e a redução de sua liberdade de vontade em face do empregador economicamente mais forte tornava indisponíveis os direitos assegurados ao trabalhador<sup>10</sup>. A ineficácia da renúncia alcançava todas as fases contratuais: antes, durante a execução e após a cessação<sup>11</sup>. Abria-se exceção para os direitos criados no próprio contrato, em virtude de pactuação com o empregador, e bem assim para os “direitos patrimoniais já incorporados no patrimônio do empregado”<sup>12</sup>. Esta noção inspira a regra constante dos arts. 9º e 444 da Consolidação das Leis do Trabalho. Reza o art. 9º: “São nulos de pleno direito os atos praticados com o objetivo de desvirtuar, impedir ou fraudar a aplicação dos preceitos contidos na presente Consolidação”. Dispõe o art. 444: “As relações contratuais de trabalho podem ser objeto de livre estipulação das partes interessadas em tudo quanto não contravenha às disposições de proteção ao trabalho, aos contratos coletivos que lhes sejam aplicáveis e às decisões das autoridades competentes”.

Atualmente, no Brasil, esta noção ainda desfruta grande prestígio no seio da literatura especializada. Para *Mauricio Godinho Delgado*, o princípio da indisponibilidade dos direitos trabalhistas “concretiza, no âmbito da relação de emprego, a natureza impositiva característica à vasta maioria das normas juslaborais”<sup>13</sup>. *Pinho Pedreira* fundamenta o princípio da irrenunciabilidade dos direitos trabalhistas na imperatividade e conseqüente inderrogabilidade das normas de Direito do Trabalho, à qual se acrescenta a “presunção de

---

<sup>10</sup> SÜSSEKIND, Arnaldo; LACERDA, Dorval de; VIANNA, J. de Segadas. *Direito Brasileiro do Trabalho*. v. 2. Rio de Janeiro: Livraria Jacinto, 1943. p. 84-5.

<sup>11</sup> LACERDA, Dorval. *Direito Individual do Trabalho*. Rio de Janeiro: A Noite, [1949]. p. 155.

<sup>12</sup> LACERDA, Dorval de. *A renúncia no Direito do Trabalho*. Rio de Janeiro: Max Limonad, [S. d.]. p. 119 e 140.

<sup>13</sup> DELGADO, Mauricio Godinho. *Princípios de Direito Individual do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2001. p. 47.

vício de consentimento nos atos jurídicos do empregado, resultantes de sua subordinação ao empregador”<sup>14</sup>.

Na verdade, porém, como diz *Ojeda Avilés*, não há tal: a indisponibilidade não deriva necessariamente da imperatividade da norma e a afirmação contrária expõe-se a equívoco. Deve-se levar em conta que “a regulação imperativa constitui uma técnica limitativa do poder normativo privado, que não influi senão de modo imediato sobre o poder dispositivo, de modo que as duas esferas de poder podem até não coincidir em seu exercício atual”<sup>15</sup>. O verdadeiro fundamento da indisponibilidade dos direitos trabalhistas, em sede individual, reside na inexistência de incompatibilidade entre a nulidade dos negócios destinados a excluir ou limitar a aquisição dos direitos e a anulabilidade dos negócios de disposição dos mesmos direitos, desde que já constituídos em direitos adquiridos. Trata-se, em última análise, de compatibilizar o princípio de legalidade, estampado na intangibilidade da lei, e o de liberdade (autonomia da vontade), para reconhecer em certos casos, mediante a celebração do negócio jurídico derogatório, a eficácia da renúncia voluntária a direitos concedidos por lei.

Insustentável é a tese de que a irrenunciabilidade dos direitos encontra razão de ser na subordinação inerente ao contrato de trabalho e, portanto, cessada a relação, válida seria a renúncia porque deixa de existir a subordinação. A mesma afirmação vale para os argumentos fundados em um suposto (e inexistente) temor reverencial e em um suposto (e inexistente) vício do consentimento. A inderrogabilidade da lei não cessa quando finda a relação contratual. Quem sustenta a tese oposta admite que a norma é até certo ponto imperativa e, após o término do contrato, passa a ser dispositiva. Inadmissível é que a lei seja imperativa até determinado momento para, depois, transformar-se em dispositiva. Esta é a razão pela qual são por lei considerados restritos os efeitos do recibo da quitação, válidos apenas no tocante aos valores nele consignados (CLT, art. 477, § 2º). A renúncia a direitos após a extinção do vínculo é inaceitável, porque a procura de empregos sempre supera a oferta e, nestas condições, o ex-empregado sofre pressão econômica que o impele à prática de atos em seu detrimento. Findo o contrato, o trabalhador se encontra em situação econômica desvantajosa, o que fala em prol da atuação da lei em seu favor.

Escapa à increpação de anulabilidade dirigida aos atos de renúncia a conciliação operada em juízo, porque neste caso pressupõe-se a ocorrência de concessões recíprocas entre as partes (hipótese assimilada à transação), e não renúncia unilateral. A conciliação, *ad instar*

---

<sup>14</sup> SILVA, Luiz de Pinho Pedreira da. *Principiologia do Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, 1997. p. 90.

<sup>15</sup> OJEDA AVILLÉS, Antonio. *La renuncia de derechos del trabajador*. Madri: Instituto de Estudios Políticos, 1971. p. 72.

da transação, tem lugar quando há *res dúbia*, isto é, quando há incerteza sobre algum aspecto da demanda (exemplos: discrepância jurisprudencial a respeito de interpretação controvertida da lei; incerteza quanto a fatos). A conciliação traz vantagens para ambos os contendores, que assim evitam a álea judicial.

Fora de dúvida é que a inderrogabilidade da legislação trabalhista visa não propriamente ao interesse particular do trabalhador individualmente considerado, antes persegue fins de interesse geral ou de ordem pública (interpretação teleológica). Interesse geral deve ser entendido como aquele que possa ser considerado social, na medida em que, embora atinente a determinado grupo, diga respeito à sociedade, entendida em sentido amplo (exemplo: combate ao desemprego). A noção de ordem pública, por seu turno, como visto anteriormente, identifica o complexo de princípios fundamentais do próprio ordenamento jurídico, cujo fim é manter e perpetuar a coesão social.

De qualquer forma, porém, não de ser tidos por irrenunciáveis os direitos da personalidade do trabalhador, tal como dispõe o art. 11 do Código Civil brasileiro, de 2002: “Com exceção dos casos previstos em lei, os direitos da personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo o seu exercício sofrer limitação voluntária”.

#### 1.4 O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E O DIREITO DO TRABALHO

Não é possível falar em sistema jurídico legítimo que não se fundamente na garantia do respeito à dignidade humana. É a evolução da construção de uma razão ético-jurídica universal que o impõe; isso recobra ao próprio sentido teleológico do estado de direito e ao seu constante aperfeiçoamento como método de vida social e pacífica.

Dentre as garantias constitucionais, sem dúvida, a mais importante é a dignidade humana. Ela é o próprio fundamento de todo o sistema constitucional brasileiro e de todos os demais direitos individuais, porque estes se voltam a concretizar o direito de dignidade, cujo conceito foi sendo construído ao longo da história e, hoje, representa um valor supremo do ser humano, absoluto e pleno, não suscetível de sofrer restrições ou relativismos (NUNES, 2002, p. 45-7).

Segundo *Brito Filho* (2004b, p. 43-4), a dignidade humana consiste em uma qualidade intrínseca e distintiva inerente ao homem que o torna merecedor do respeito e consideração por parte do Estado e da sociedade. Desta qualidade decorrem diversos direitos e deveres fundamentais que garantem condições mínimas para uma vida saudável, promovem

a participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunidade, resguardando-lhe contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano.

*Ruprecht* (1995, p. 104-8), sob o prisma do trabalhador, definiu a dignidade humana da seguinte forma:

O princípio da dignidade humana também conhecido como o princípio do valor humano consiste em considerar o trabalhador não como uma mercadoria ou elemento de produção, mas como ser humano. Na aplicação do *jus variandi* deve ser respeitada a dignidade física e moral do empregado.

Construindo sua concepção a partir da natureza racional do ser humano, *Kant* (1980, p. 134 e 141) por sua vez, sinala que a autonomia da vontade, entendida como a faculdade de determinar a si mesmo e agir em conformidade com a representação de certas leis, é um atributo apenas encontrado nos seres racionais, construindo-se no fundamento da dignidade da natureza humana. Com base nesta premissa, *Kant* (*ibid.*, p. 134-5) sustenta que

o Homem, e, duma maneira geral, todo o ser racional, existe como um fim em si mesmo, não simplesmente como meio para o uso arbitrário desta ou daquela vontade. Pelo contrário, em todas as suas ações, tanto nas que se dirigem a ele mesmo como nas que se dirigem a outros seres racionais, ele tem sempre de ser considerado simultaneamente como um fim... Portanto, o valor de todos os objetos que possamos adquirir pelas nossas ações é sempre condicional. Os seres cuja existência depende, não em verdade da nossa vontade, mas da natureza, têm contudo, se são seres irracionais, apenas um valor relativo como meios e por isso se chamam coisas, ao passo que os seres racionais se chamam pessoas, porque a sua natureza os distingue já como fins em si mesmos, quer dizer, como algo que não pode ser empregado como simples meio e que, por conseguinte, limita nessa medida todo o arbítrio [e é um objeto de respeito].

Interessante se faz observar, também, que a partir da segunda metade do século passado, com a experiência do genocídio nazista, houve um deslocamento universal de consciência crítica do direito. Originou-se dali um novo modelo ético-jurídico baseado em uma nova razão ético-jurídica universal.

Isso se afirma não somente com base no surgimento de escritos que previam a vigência universal dos direitos humanos. O objetivo é verificar, filosoficamente, por meio dos fatos sociais, como se alcançou a consciência da necessidade de preservar a dignidade nas relações de emprego. Nesse mister, as declarações de direitos constataam que houve efetivamente uma mudança do pensamento jurídico que criou um conceito principiológico, que passou a governar a lógica mundial, legitimando os direitos humanos como princípios universais e a dignidade humana, um valor supremo do ser humano (NUNES, 2002b, p. 25-6).

É por esse motivo que a Constituição Federal da Alemanha Ocidental do pós-guerra abriga, como artigo de abertura, os ditames de que a dignidade humana é intangível e que respeitá-la e protegê-la é obrigação de todo o poder público. O povo alemão reconhece os direitos invioláveis e inadiáveis da pessoa humana como fundamentos de qualquer comunidade humana, da paz e da justiça do mundo (*ibid.*, p. 49).

O pensamento atual não aceita que se verifiquem violações à dignidade da pessoa humana, caso contrário, deve ser considerado inválido e ilegítimo.

Assim como todos os demais direitos, o de igualdade é corolário da realização e está unido ao princípio da dignidade da pessoa humana, pois não há dignidade humana, se não houver a efetiva igualdade entre os povos (MORAES, 2002, p. 64-5).

A dignidade é um valor supremo construído historicamente com base em razões jurídicas, o direito funciona sempre como barreira e meio de eliminação de sua violação que acontece em eventos sociais nem sempre jurídicos (NUNES, 2002b, p. 46). Em razão disso, afirma-se que a maneira correta de caracterizar a dignidade da pessoa humana, como uma conquista da razão ético-jurídica, decorre da reação às atrocidades da história da humanidade.

A inteligência como traço distintivo do ser humano, ligada a sua liberdade, diferencia-o dos animais irracionais, confere domínio sobre sua própria vida, fá-lo, enfim, superar necessidades. A superioridade racional humana conduz à dignidade (*ibid.*, p. 49-50).

O princípio do bem-estar é o ponto crítico decisivo na aferição do respeito à dignidade humana e, por conseguinte, da natureza positiva ou negativa dos eventos sociais e intersubjetivos. Explícita ou implicitamente albergado em diversos pontos do ordenamento, serve de norte interpretativo da maior relevância para todo o sistema.

A exigência do respeito da dignidade humana como princípio básico do sistema impõe objetividade ao que a lógica existencialista revela (*ibid.*, p. 19).

A dignidade da pessoa deve ser entendida, portanto, como um atributo do homem concreto e individual, dotado de razão e consciência, tendo sido introduzida no direito positivo por via do art. 1º da Declaração Universal dos Direitos do Homem. A Constituição Federal brasileira em vários dispositivos legais trata da dignidade da pessoa, a exemplo do art. 1º, inciso III, art. 170, *caput*, art. 226, § 6º, art. 227, *caput*. A dignidade da pessoa também está prevista nas Constituições de diversos países e no plano internacional, por meio de seus organismos, a exemplo da Declaração Universal dos Direitos do Homem (ONU, 1948), que preconiza em seu art. 1º, que todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos. Como se vê, a dignidade da pessoa tem sido um princípio supremo ocupando um alto grau no escalão da hierarquia normativa, inclusive precedendo a todos os demais princípios

constitucionais. Daí porque o Poder Público tem a obrigação de respeitar e reconhecer a dignidade da pessoa.

Ao tratar da dignidade humana e os direitos da personalidade, *Perez Luño* (2005, p. 324), por sua vez, assevera que

a dignidade humana supõe o valor básico [*Grundwert*] fundamentador dos direitos humanos que tendem a explicitar e satisfazer as necessidades da pessoa na esfera moral. Daí que representa o princípio legitimador dos denominados ‘direitos da personalidade’. Estes direitos constituíram, desde os inícios da dogmática do direito privado do século passado, um motivo de controvérsia, cujos ecos têm chegado até o presente.

Já, o Ministro *Süssekind* (2006, p. 18), ao tratar da matéria, invoca o renomado filósofo italiano *Norberto Bobbio*, para argumentar que ‘O problema fundamental em relação aos direitos do homem, hoje, não é tanto o de justificá-los, mas o de protegê-los’ (BOBBIO, 1992, p. 6). E que, cumpre, pois, ao Direito Internacional prever e prover os meios para tornar efetiva a sua aplicação tanto pelo acesso a organismos internacionais, como pela ação judicial perante os Tribunais nacionais.

Vale lembrar, pois, que a dignidade evidentemente não existe apenas onde é reconhecida pelo Direito e na medida que este a reconhece, já que constitui dado prévio, não esquecendo, todavia, que o direito poderá exercer papel crucial na sua proteção e promoção, não sendo, portanto, completamente sem razão que se sustentou até mesmo a desnecessidade de uma definição jurídica da dignidade da pessoa humana, na medida em que, em última análise, se cuida do valor próprio, da natureza do ser humano como tal. (SARLET, 2002, p. 42).

Como vemos, a dignidade humana é considerada pelas constituições modernas (somente as constituições contemporâneas após 1945) um núcleo central dos direitos fundamentais.

Sendo assim, qualquer ação humana deverá estar pautada na observância do conceito de dignidade, sobretudo àquelas que definem situações de aplicação dos direitos fundamentais que atribuem conteúdo jurídico prático ao conceito de dignidade humana.

Daí a conclusão de que o princípio da dignidade da pessoa humana deverá servir como norte interpretativo geral, vinculando o intérprete em seu ofício.

Foi a penúria da classe trabalhadora que motivou o surgimento dos direitos sociais e econômicos, do qual o direito do trabalho é espécie. Estes direitos vieram a se somar às liberdades públicas.

Assim definem-se os parâmetros por meio dos quais se estabelecem os limites do poder público e privado no âmbito dos contratos e das relações de polícia. É uma ativação de ordem pública indeclinável pela vontade formadora dos contratos, e um modo de impingir igualdade entre partes desiguais, garantir um nível mínimo de cidadania aos membros da comunidade.

No âmbito do direito econômico, fica claro pela dicção do art. 170, *caput*, da Constituição Federal, que a vida digna está intimamente relacionada ao princípio da valorização do trabalho humano. “A dignidade humana é inalcançável quando o trabalho humano não merecer a valorização adequada” (LEDUR, 1998, p. 95).

A dignidade humana não é apenas o fundamento da República, mas também e em consequência disto, é o fim ao qual se deve voltar à ordem econômica. Esse princípio compromete todo o exercício da atividade econômica, vinculando aos seus ditames os agentes econômicos públicos e privados, sobretudo as empresas, a qual deve se pautar dentro dos limites impostos pelos direitos humanos. Qualquer atividade econômica que for desenvolvida em nosso país deverá se enquadrar no princípio mencionado, com mais razão pela espécie de sistema econômico adotado – o social capitalista – em que a propriedade privada deverá atender à sua função social (GRAU, 2000, p. 221).

Quando a Constituição (art. 170, *caput*) impõe que, na dinâmica das relações de natureza econômica, devem ser observados condicionamentos e parâmetros necessários para que seja assegurada uma existência digna (art. 170, *caput*), quer significar que há restrições ao exercício da atividade e do direito de propriedade privada que o caracteriza. Tais limitações nessa ordem interna correspondem à valorização do trabalho humano e ao reconhecimento do seu valor social, como meio de garantir vida digna a todos.

Portanto, no âmbito das relações econômicas, dentre elas o das relações laborais, há de se dispensar aos trabalhadores tratamento peculiar, considerando que o sistema adotado dá prioridade aos valores do trabalho humano sobre os demais da economia de mercado e que todos esses valores se voltam a proporcionar vida digna aos seres humanos (SILVA, 1995, p. 720).

Com base nessas normas constitucionais podemos inferir outro princípio cardeal do direito do trabalho: o princípio da proteção. A Constituição promove, por meio do elenco dos direitos sociais e da prevalência dos valores do trabalho sobre o capital, um sistema de proteção ao hipossuficiente – do trabalhador – de modo que se busca uma igualdade substancial na relação de trabalho, obrigando a escolher, entre várias interpretações possíveis,

a mais favorável ao trabalhador; é a manifestação do sentido teleológico do direito do trabalho (DELGADO, 2004, p. 197-8).

O juízo da dinâmica do direito à privacidade do trabalhador no local de trabalho e seus possíveis casos de violação, como parte integrante da questão do direito de respeito à dignidade humana, devem se pautar nos preceitos acima aludidos, sendo crível ao intérprete direcionar seu pensamento de forma a garantir o máximo de dignidade, valorização do trabalhador e sua proteção. Aderindo a essas premissas, está-se promovendo uma interpretação normativa legítima, de acordo com a Constituição.

## 2 DIREITOS FUNDAMENTAIS DE EMPREGADOS E EMPREGADORES NAS RELAÇÕES EMPREGATÍCIAS

### 2.1 INTIMIDADE E VIDA PRIVADA

#### 2.1.1 Noções gerais sobre os direitos de personalidade

##### 2.1.1.1 Posicionamentos doutrinários e características

Aqui o estudo dos direitos de personalidade torna-se de extrema importância, visto ser o corolário dos princípios fundamentais de cada cidadão. Cuidamos de fazer uma abordagem sobre os mesmos, a fim de poder aferir o conflito aparente entre os direitos do empregador – oriundos do direito de propriedade (autonomia privada) – e os do trabalhador, como ser humano e cidadão, mormente o direito à reserva da privacidade.

Segundo *França* (1994, p. 1.037), direitos da personalidade são aqueles que recaem em certos atributos físicos, intelectuais ou morais do homem, com a finalidade de resguardar a dignidade e integridade da pessoa humana. Objeto de direito, têm a natureza de direitos subjetivos absolutos – porque exercitáveis *erga omnes* – consistentes em bens jurídicos incorpóreos, titularizados pelos mesmos sujeitos que os detêm como conteúdo da personalidade.

Para *Bittar* (1994, p. 201):

Consideram-se como da personalidade os direitos reconhecidos à pessoa humana tomada em si mesma e em suas projeções na sociedade, previstos no ordenamento jurídico, exatamente para a defesa de valores inatos ao homem, como a vida, a higidez física, a intimidade, a honra, a intelectualidade e outros tantos.

Acrescenta que “Alguns desses direitos, quando enfocados sob o aspecto do relacionamento com o Estado e reconhecidos pelo ordenamento jurídico positivo, recebem o nome de *liberdades públicas*”.

São, diz o autor, “os mesmos direitos, mas examinados em planos distintos” (*ibid.*, p. 202).

Conclui dizendo que

[...] os direitos da personalidade devem ser compreendidos como: a) os próprios da pessoa em si [ou originários], existentes por natureza, como ente humano, com o nascimento; b) e os referentes às suas projeções para o mundo exterior (a pessoa

como ente moral e social, ou seja, em seu relacionamento com a sociedade) (*ibid.*, p. 207).

Como o sujeito ativo (o indivíduo) não se confunde com o objeto (direito ao nome, à integridade física, à liberdade etc.), chega-se à conclusão de que os direitos de personalidade, que recaem sobre bens interiores, encontráveis dentro da própria pessoa, têm por objeto atributos ou qualidades físicas, morais e intelectuais da personalidade, destacáveis do sujeito e assim suscetíveis de tutela legal específica.

Segundo *Bittar* (1994, p. 212, 242 e 244), os direitos da personalidade podem ser físicos (os referentes à integridade corporal, assim entendidos os componentes materiais da estruturação humana, compreendendo a vida, o corpo, os órgãos, os membros, a imagem ou efígie, a locomoção), psíquicos (os relativos à integridade psíquica, assim entendidos os elementos intrínsecos da personalidade, como as liberdades de pensamento, de expressão, de culto, a intimidade, o sigilo) e morais (os pertinentes aos atributos valorativos – virtudes – da pessoa na sociedade, como o nome, a honra, as lembranças de família, as criações intelectuais, a correspondência), concluindo que esses direitos relacionam-se, de um lado, à pessoa em si, como ente individual e, de outro, à sua posição diante dos outros seres na sociedade, como ente social.

Observa o jurista que primeiro toma-se a pessoa como ser individual, no qual se destacam os elementos extrínsecos (os seus dotes físicos) e os elementos intrínsecos da personalidade (os atributos da inteligência e do sentimento). São os direitos físicos e psíquicos; depois, como ser social, integrado à sociedade, os atributos de valoração da pessoa em sua conceituação pela coletividade. São os direitos morais ou dotes de moral, de cultura, de honradez, de dignidade.

A Constituição de 88 garante o exercício desses direitos, quer para o exercício ou proteção perante o Estado, na qualidade de liberdades públicas, quer no relacionamento entre particulares, então especificamente considerados como direitos personalíssimos, a exemplo do art. 5º, incisos X, XI e XII.

No revogado Código Civil de 1916 inexistia disciplina específica a respeito da matéria, embora, de forma genérica, mencionasse que a todo direito corresponde uma ação que o assegure e que para o exercício dela é bastante a demonstração do interesse econômico ou moral (arts. 75 e 76).

O novo Código Civil dá proteção expressa aos direitos da personalidade, possibilitando ao ofendido exigir que cesse a ameaça, ou a lesão, e reclamar perdas e danos, sem prejuízo de outras sanções (art. 12), sendo que a regulação dos danos morais (arts. 20,

186, 948, 949, 950, 951, 953 e 954) é consequência direta da proteção aos direitos da personalidade.

Ainda, podemos dizer que os mesmos são absolutos, necessários e vitalícios, não pecuniários, intransmissíveis, indisponíveis, irrenunciáveis e ilimitados (DINIZ, 2002, p. 120-1).

Os direitos da personalidade são absolutos, porque oponíveis *erga omnes* e vitalícios porque, enquanto viver, o seu titular não os perde, sendo-lhe indispensáveis.

Os direitos personalíssimos são extrapatrimoniais porque não são suscetíveis de avaliação econômica. O eventual ingresso de valores equivalentes, no patrimônio, é efeito meramente casual.

Os direitos da personalidade são intransmissíveis até mesmo por ato *causa mortis*. Nascem e desaparecem com a morte da pessoa; são indisponíveis, assim inalienáveis, irrenunciáveis e impenhoráveis (não admitindo execução coercitiva), porque o titular não possui poder jurídico sobre o direito, por lhe ser inato e essencial à existência, permanecendo assim em sua órbita de direitos independentemente de sua vontade.

Observa Diniz (*ibid.*, p. 120-1), que os direitos da personalidade podem tornar-se disponíveis quanto à sua projeção econômica ou para exploração humanitária, como ocorre com a exploração remunerada de imagem de pessoa famosa ou na cessão gratuita de órgãos ou tecidos.

Por outro lado, embora não seja possível transmitir o direito de criação de obra literária, é absolutamente concretizável a transmissão da obra criada.

Por sua vez, sustentam a doutrina e a jurisprudência alemãs que não existem direitos da personalidade, mas um direito da personalidade, único, enquanto, na Itália, adota-se uma concepção pluralista dos direitos da personalidade, com o argumento de serem muitos os bens personalíssimos tutelados, cada um dotado de peculiaridades, o que inviabiliza a concepção unitária desses direitos<sup>16</sup>, cujo fundamento assenta-se no fato de que a pessoa tem um valor em si mesma e como tal cabe reconhecer-lhe uma dignidade.

Geralmente, a doutrina nacional classifica os “direitos da personalidade” como direito à integridade física (direito à vida, à higidez corpórea, às partes do corpo, ao cadáver, etc.); direito à integridade intelectual (direito à liberdade de pensamento, autoria artística e científica e invenção) e direito à integridade moral, incluído neste último o direito à imagem,

---

<sup>16</sup> CUPIS, Adriano de. *Os Direitos da Personalidade*. Lisboa: Morais, [s. d.].

à intimidade, à privacidade, ao segredo, à honra, à boa fama, à liberdade civil, política e religiosa (FRANÇA, 1971, p. 329).

Interessante observar, também, que a proteção dos direitos da personalidade não deve ficar limitada exclusivamente à reparação do dano; deve o juiz atuar para prevenir e atenuar as lesões a esses direitos, valorizando a pessoa como sujeito, fim e fundamento do direito (BELTRÃO, 2005, p. 137).

Assim, os direitos da personalidade, como bens jurídicos tutelados, reclamam uma proteção jurídica como garantia da própria existência da pessoa em seu desenvolvimento social.

#### 2.1.1.2 Previsão constitucional e legal

Os direitos de personalidade têm sede nas Constituições de quase todo o mundo (RIBEIRO, 2008, p. 25-6).

No direito português, os direitos de personalidade encontram-se regulamentados na Constituição da República (CRP), no Código do Trabalho (CT) e no Código Civil (CC).

A Constituição Espanhola (CE) em seu art. 18 garante a intimidade como um direito fundamental, conferido a toda pessoa humana, uma proteção eficaz frente a qualquer transgressão ilegítima no âmbito de proteção.

Na Constituição portuguesa, especificamente, estes direitos se encontram espalhados em diversos artigos, em que pesem estreitas coincidências com os direitos fundamentais.

A CRP os contempla em diversos artigos, máxime sob o invólucro de direitos à proteção da dignidade da pessoa humana, suas garantias, direitos, liberdade, na ordem jurídica, a exemplo do art. 24, que trata do direito à vida, art. 25, da integridade moral e física, dentre outros oponíveis a todos, já que traduzem direitos de dignidade constitucional (Art. 26).

O Código do Trabalho português trata dos direitos de personalidade, especificamente em seu art. 15 *verbis*:

É reconhecida no âmbito da empresa a liberdade de expressão e de divulgação do pensamento e opinião, com respeito dos direitos de personalidade do trabalhador e empregador, incluindo as pessoas singulares que o representam, e do normal funcionamento da empresa.

O Código Civil português de 1966 trata do direito de personalidade em seu art. 70, n. 1, dispondo: “A lei protege os indivíduos contra qualquer ofensa ilícita à sua personalidade física ou moral”.

Da leitura do artigo em exame, podemos inferir que o legislador ordinário teve a preocupação de inserir os direitos de personalidade em uma secção especial com o intuito de salvaguardar o ser humano na sua integridade e dignidade.

É importante esclarecer que o legislador ordinário não se preocupou, mesmo porque seria uma tarefa quase que impossível elencar todos os direitos de personalidade. Limitou-se a declinar alguns deles, a exemplo dos previstos nos arts. 72 (direito ao nome), art. 75 (confidencialidade das cartas-missivas), no art. 79 (direito à imagem) e no art. 80 (direito à reserva da intimidade da vida privada). O que concluímos é que o elenco não é *numerus clausus*, podendo ser completado por outros dispositivos legais ou pela prática jurisprudencial.

No direito positivo brasileiro, a proteção dos direitos da personalidade se encontra prevista na Constituição Federal de 1988, que expressamente a eles se refere no (art. 5º, incisos V e X) e no Código Civil de 2002, tendo este reservado um capítulo sobre direitos da personalidade (arts. 11 a 21), consagrando a expressão – Direito de Personalidade – não só no âmbito legal, como doutrinário.

Forçoso admitir que, a despeito do avanço da matéria na Lei Maior e no Código Civil, a legislação trabalhista brasileira se ressentiu de normas específicas sobre os direitos de personalidade, nomeadamente no que concerne à reserva da vida privada dos trabalhadores – desde o acesso ao emprego, formação e execução do contrato de trabalho - , assim como de normas relativas ao controle do empregador sobre as condutas extra-laborais do trabalhador. Tal lacuna nos pretórios trabalhistas tem sido suprida com a aplicação de normas previstas na Lei Maior e nas legislações ordinárias (Código Civil, Código Penal, etc.), deixando, por conseguinte, aos Tribunais do Trabalho a árdua incumbência de aplicar o direito de maneira não-uniforme, especificamente quando se trata de controle pelo empregador de chamadas telefônicas, vídeo vigilância a *e-mail* e *internet*, no local de trabalho (*ibid.*, p. 25).

### 2.1.2 Origens da intimidade

A intimidade pode ser vista sob três dimensões<sup>17</sup>: como fenômeno (fator socioeconômico), como ideia (fator cultural) e como direito (fator político-jurídico). (BARROS, 1997, p. 19).

De etimologia voltada para o termo latino *intimus*, superlativo de interior, dividiu-se a doutrina a respeito da origem da intimidade (*ibid.*).

Sustentavam alguns autores, adeptos da *teoria racionalista* (*Pérez Luño*), que a intimidade surgiu com a desagregação do sistema feudal, traduzindo o anseio da burguesia capitalista de ter acesso ao que antes constituía privilégio de poucos, sendo a propriedade condição para adquiri-la. Essa corrente não distingue as três dimensões da intimidade (*ibid.*).

Outros autores filiam-se à teoria chamada *histórica*; consideram o fenômeno da intimidade inato ao homem e vinculam o aparecimento da ideia de intimidade às antigas civilizações. Não obstante a comunidade tenha um valor inestimável na Grécia clássica, a ideia de intimidade não estava ausente, e assim é que em Eurípides se pode identificar o conflito entre o mundo político e o mundo privado. Heródoto, Péricles e Platão também admitiam a ideia do homem interior, tendo Aristóteles demonstrado a vinculação que existe entre liberdade e intimidade. Por outro lado, a própria origem latina do termo intimidade demonstra ser ele conhecido dos romanos (*ibid.*, p. 20).

Com o Cristianismo, a ideia de intimidade incorpora-se ao acervo cultural e adquire maior reconhecimento, encontrando, nas obras de Santo Agostinho, sua ideia central. O pensamento agostiniano influenciou pensadores modernos como Descartes, Kant e Lutero, que, por ter sido monge agostiniano, deveria conhecer certas ideias do santo; há, até mesmo quem relacione o aparecimento da ideia de intimidade à reforma protestante.

No liberalismo, encarado como a ideologia política da Idade Moderna, vamos encontrar duas vertentes: a moderada e a radical. Na primeira vertente, temos a figura significativa de *Hobbes*, considerado como o defensor da “liberdade negativa”, ou seja, de um certo âmbito de liberdade inviolável, traçando uma fronteira entre o âmbito da vida privada e o da autoridade pública. Sustentava que “cada súdito tem liberdade em todas aquelas coisas cujo direito não pode ser transferido mediante pacto”. Com fulcro nessa premissa, sustenta-se que os atos de não defender a própria intimidade seriam nulos<sup>18</sup>. Na segunda vertente, ou seja,

<sup>17</sup> RUIZ MIGUEL, Carlos. *La Configuración Constitucional del Derecho a la Intimidad*. Madrid: Tecnos, 1995. p. 44.

<sup>18</sup> RUIZ MIGUEL, Carlos. *Op. cit.*, p. 25.

no liberalismo radical, situamos o pensamento de *Spinoza*, para quem, na ordem civil, existe um bem tão importante que a obediência civil se converte no primeiro e mais elevado dever do homem, sem importar o que diz sua consciência ou sua moralidade pessoal.

Vista sob a perspectiva jurídica, o direito à intimidade também teve uma trajetória histórica. Se, na Grécia clássica, não se encontram, com facilidade, manifestações de proteção jurídica da intimidade, no Direito Romano, ela se estende à correspondência, ao domicílio e à liberdade religiosa (Edito de Milão de 313, promulgado pelos imperadores Constantino e Licínio, o qual estabelece uma neutralidade de religiões); à época, o fundamento desses direitos não era a dignidade humana. Outros, como *Carl Schmidt* sustentavam que os antigos não conheciam os direitos fundamentais, que só aparecem a partir do século XVI; asseveram que esses direitos fundamentais contêm um princípio básico de distribuição, o qual significa que a esfera de liberdade individual é ilimitada, enquanto as faculdades do Estado são limitadas, em princípio. Na Idade Média, vários textos jurídicos garantem a inviolabilidade do domicílio, ressaltando-se que o pensamento de Santo Agostinho exerceu o seu domínio até o século XII. Considera-se, entretanto, que o início da discussão teórica, a respeito do direito à intimidade surgiu com o artigo de *Warren e Brandeis*, intitulado “The right of privacy”, publicado em 1890, cujo objetivo foi frear as intromissões da imprensa na vida e na honra das pessoas; esse artigo reúne várias manifestações, como a inviolabilidade do domicílio, da correspondência, etc.<sup>19</sup> (*ibid.*, p. 21).

A partir daí, o direito à intimidade sofreu uma transformação: desligou-se de sua concepção exclusivamente “jus privatista”, típica do liberalismo, deixando de ser considerado “um bem, cuja titularidade correspondia ao pleno domínio do sujeito como se fosse um móvel ou imóvel”<sup>20</sup>, e começa a ser considerado atributo da personalidade do indivíduo, enquadrando-se, sob a perspectiva civilista, como direito ou bem de personalidade. Esse direito, embora possa implicar, quando violado, pagamento de indenização, não está relacionado com a condição social ou com o patrimônio dos indivíduos. Seu fundamento é a liberdade individual.

Os mencionados direitos da personalidade surgiram como uma reação à teoria estatal sobre o indivíduo e encontram guarida na *Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão*<sup>21</sup>,

<sup>19</sup> RUIZ MIGUEL, Carlos. *Op. cit.*, p. 57.

<sup>20</sup> VELÁZQUEZ BAUTISTA, Rafael. *Protección Jurídica de Datos Personales Automatizados*. Madrid: Colex, 1993. p. 40.

<sup>21</sup> Art. 1º - “os homens nascem livres e iguais em direitos”. No artigo 2º, preconiza que “o fim de toda associação política é a conservação dos direitos naturais e imprescritíveis do homem. Esses direitos são a liberdade, a propriedade, a segurança e a resistência à opressão”. No artigo 11, assegura a “livre comunicação dos pensamentos e das opiniões como um dos direitos mais preciosos do homem [...]”.

de 1789; na *Declaração Universal dos Direitos do Homem*, de 1948<sup>22</sup>, mais precisamente no art. 12; na *Convenção Européia dos Direitos do Homem*, de 1950<sup>23</sup>; na *Convenção Panamericana dos Direitos do Homem*, de 1959; no *Pacto Internacional concernente aos Direitos Cívicos e Políticos*, aprovado pela Resolução n. 2.200 de 1966, da Assembléia Geral das Nações Unidas; na *Convenção Interamericana dos Direitos Humanos*, assinada na Costa Rica, em 1969<sup>24</sup>, e na *Resolução adotada por ocasião da Conferência sobre Direitos Humanos*, realizada em Teerã, em 1972, convocada pela ONU (*ibid.*, p. 22).

Em outubro de 1996, a OIT, em reunião de peritos, por sua vez, aprovou projeto de Repertório de Recomendações Práticas sobre Proteção de Dados Pessoais dos Trabalhadores e Recomendações para uma ação futura da OIT, incluída a consideração da possibilidade de adotar normas internacionais do trabalho a respeito (*ibid.*, p. 23).

### 2.1.3 Distinções entre os termos: “intimidade” e “vida privada”

O direito à intimidade, ou à privacidade, surge como projeção de um direito especial dentre os direitos de personalidade: é o direito de cada indivíduo de excluir do conhecimento público ou de certo número de pessoas, fatos, dados ou acontecimentos que considere ser de sua esfera estritamente pessoal ou familiar.

A denominação direito à privacidade varia de país para país. O ordenamento português utiliza a expressão direito à intimidade da vida privada ou direito à privacidade. O brasileiro usa a expressão proteção à intimidade. O norte-americano emprega o termo *right of privacy, intimacy* ou *right to be alone*.<sup>25</sup> Na França, fala-se em *droit a la intimité*, ou *droit a la vie privée*. Na Itália, diz-se *diritto alla riservatezza* ou *privacy*. Na Espanha, expressa-se

<sup>22</sup> O artigo 12 da Declaração Universal dos Direitos Humanos dispõe que “ninguém será sujeito à interferência, na sua vida privada, na de sua família, no seu lar ou na sua correspondência, nem ataques à sua honra e à sua reputação. Todo homem tem direito à proteção da lei contra tais interferências ou ataques”.

<sup>23</sup> A Convenção Européia dos Direitos do Homem, de 1950, abriga proteção à intimidade, no art. 8º, 1: “Toda pessoa tem direito ao respeito de sua vida privada e familiar, de seu domicílio e de sua correspondência.” (*ibid.*, p. 42).

<sup>24</sup> A Convenção Interamericana dos Direitos Humanos, de 1969, dispõe no artigo 11: “Toda pessoa tem o direito de ter sua honra respeitada e sua dignidade reconhecida. Ninguém pode ser objeto de interferência arbitrária ou abusiva em sua vida privada, sua família, seu lar ou sua correspondência, ou de ataques ilegais à sua honra ou reputação. Toda pessoa tem direito à proteção da lei contra tais interferências ou ataques.” O Pacto de São José da Costa Rica, de 1969, também estimulou o legislador constitucional, ao assegurar que “[...] ninguém pode ser objeto de ingerências arbitrárias ou abusivas em sua vida privada, na sua família, em seu domicílio ou em sua correspondência nem de ofensas ilegais à sua honra e reputação.” (BARROS, 1997, p. 21-22).

<sup>25</sup> A *privacy*, sinteticamente, consiste no direito “a ser deixado em paz” (*to be let alone*). O ordenamento jurídico da maioria dos países reconhece a existência de uma esfera privada de cada cidadão, e na qual os demais entes públicos ou privados não podem penetrar sem o consentimento da pessoa.

*derecho a la esfera secreta (derecho a la intimidad)* ou *derecho a la vida privada*. Os alemães preferem denominá-lo *Privatsphäre, Intimsphäre, Geheimsphäre*, ou seja, o direito à esfera privada, íntima ou secreta (RIBEIRO, 2008, p. 29-30).

Todas as legislações lembradas guardam especial similitude de expressões, em suma: direito à intimidade e à privacidade no Estado de Direito Social e Democrático. Vale dizer: aquele que se destina a resguardar a dignidade dos cidadãos.

O ordenamento brasileiro trata do direito à “intimidade e à vida privada” em diversos dispositivos constitucionais. Mas é no art. 5º, X, que dispõe claramente: “são invioláveis a ‘intimidade’, a ‘vida privada’, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente da sua violação”. Infe-re-se, pois, do seu teor que o constituinte estabeleceu a diferença entre os direitos à “intimidade” e à “vida privada”, em que pese os doutrinados e autores brasileiros não chegarem a consenso em derredor do que sejam uma coisa e a outra.

De proêmio, insta-nos esclarecer que nenhuma norma contém palavras inúteis. Donde se concluir, no caso do artigo em comento, que para o ordenamento jurídico brasileiro o direito à “privacidade” e à “intimidade” são figuras distintas.<sup>26</sup>

Para nós a “intimidade” é a porção mais escondida que alguém pode preservar da ingerência de terceiro e até da sua própria família nos aspectos caracteristicamente pessoais de sua existência. No particular, tem pertinência a observação de *Romita* (2005, p. 263): “A esfera da intimidade é a interior, a de raio menor: envolve como vimos, os aspectos mais recônditos da vida de certos direitos do trabalhador, aqueles que deseja guardar só para si, isolando-os da intromissão do empregador [...]”.

Já a “privacidade” é a esfera reservada para ser perfilhada com quem se queira, a exemplo de poucos amigos e familiares seletamente escolhidos. Ou, como bem observa o mesmo autor (*ibid.*, p. 264),

[...] neste contexto, deve entender-se a faculdade assegurada ao empregado de excluir o empregador do acesso a informações e de impedir que sejam divulgadas tais informações capazes de afetar sua sensibilidade, na extensa ‘área da manifestação existencial do ser humano’, para usar expressão de *Celso Bastos*.

*Barros* (1997, p. 28) argumenta que

<sup>26</sup> Nesse sentido Silva Neto, Manoel Jorge e. *Direitos fundamentais e o contrato de trabalho*. São Paulo: LTr, 2005. p. 83, argumenta que “não há como identificar, portanto, intimidade e vida privada, quando é certo que a primeira corresponde ao conjunto de informações, hábitos, vícios, segredos, até mesmo desconhecidos do tecido familiar, ao passo que a última está assentada na proteção do que acontece no seio das relações familiares; proteção destinada a que se preserve no anonimato o quanto ali ocorre, exceto na hipótese de ofensa a interesse público.”

o direito à intimidade há muito vem sendo conceituado como aquele que visa a resguardar as pessoas dos sentidos alheios, principalmente da vista e dos ouvidos de outrem; pressupõe ingerência na esfera íntima da pessoa mediante espionagem e divulgação de fatos íntimos obtidos ilicitamente. Seu fundamento é o direito à liberdade de fazer e de não fazer. É o “direito a ser deixado em paz”, como sustentado pelo magistrado americano Cooley, em 1873.

Muitas vezes não se percebe a amplitude de ação da intimidade humana. A todo instante as atitudes do homem revelam essa intensidade. Quando o homem não diz o que pensa, opta por guardar seu pensamento; quando seleciona o que e como dizer está manifestando a intimidade. Para cada escolha que o homem faz na sua atividade social há no contraponto uma manifestação da íntima vontade de agir ou não, e isso revela a natureza do direito de personalidade que lhe caracteriza, pois, em suas manifestações, delinea-se a individualidade do ser (BARBOSA JUNIOR, 2008, p. 63).

Considere-se, todavia, que o avanço tecnológico, sobretudo da eletrônica, permitindo a captação de fatos por processos subreptícios, pode comprometer certos direitos fundamentais impostergáveis do ser humano. Daí resultam os casos de intromissão na intimidade, hoje sistematicamente protegida pela generalidade dos textos constitucionais e pela formação doutrinária do Direito Constitucional moderno.<sup>27</sup>

#### **2.1.4 O direito à intimidade e à vida privada da pessoa do trabalhador**

No ordenamento jurídico brasileiro o poder diretivo do empregador se encontra reconhecido no art. 2º da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT): “Considera-se empregador a empresa individual ou coletiva, que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviço”.

Deflui da leitura da disposição transcrita do sistema jurídico-laboral que a relação empregado/empregador é pautada pela desigualdade de direito material, devido à sujeição do primeiro ao poder diretivo do segundo. Isso, obviamente, não decorre de que o empregador ignore os direitos fundamentais do trabalhador, enquanto ser humano e cidadão amparado por garantias constitucionais.

Segundo *Chiarelli* (2005, p. 22-3), “[...] o Direito do Trabalho surgiu para conseguir a igualdade jurídica, superando as desigualdades que o mundo apresenta, através de outras desigualdades”. Sustenta que, para chegar à contemporaneidade, com essa aspiração, no

---

<sup>27</sup> O direito à reserva (ou à intimidade da esfera privada), entendido como interesse a impedir intrusões na própria esfera privada constitui mais um dos aspectos problemáticos gerais que emergem no exame do poder de controle e, mais em geral, das posições jurídicas nascentes do contrato de trabalho subordinado.

mínimo teórica, houve um acirrado embate que se preocupou com o trabalho e, especialmente, o trabalhador. Assim, no decorrer da História, houve, por parte dos economicamente mais débeis, a busca de um amparo legal, uma vez que, trilhando até caminhos belicosos, não conquistariam um Direito justo. Nesse caso, segundo o direito do trabalho os fins justificam os meios com a criação de sucessivas leis que chegam aos limítrofes da Justiça Social ou, pelo menos, de acesso a ela.

O contrato de trabalho foge à regra geral dos seus congêneres do direito privado, tendo em princípio, como traço característico e individualizador, o modo como a atividade é desempenhada, isto é, sob o guante do elemento subordinação jurídica do empregado em face ao empregador. Daí se pode afirmar que o contrato de trabalho foge à regra geral dos demais pactos de atividade de pessoal, pois os contratantes não estão em situação de igualdade, existindo um desequilíbrio de poder jurídico entre o empregador e o trabalhador, muito visível no estado de sujeição deste em face daquele, detentor do poder econômico.

Frise-se que, esse contrato, na maioria das vezes, é usado como instrumento de intimidação com o fantasma do desemprego. Por isso, os empregadores tendem, por instinto ou consciência, a intimidar os trabalhadores com a perspectiva da despedida, circunstância que sistematicamente lhes fragiliza a capacidade e o direito de resistência.

Todavia, são os direitos fundamentais que vão estabelecer-se como ponto de referência entre o exercício da atividade de vigilância sobre a prestação laboral e a vinculação da pessoa do trabalhador na relação de emprego.

Esta debilidade de um contratante diante do outro deve inspirar, inevitavelmente, a criação de um cinturão protetor de direitos fundamentais – notadamente os relativos à intimidade do trabalhador – de se submeter a uma vontade e como contrapartida da submissão jurídica ao poder econômico, que leva à abdicação da liberdade individual.

O trabalhador, ao celebrar um contrato de emprego sob a direção do empregador, abdica de sua autonomia e liberdade para exercer suas atividades de forma subordinada e sob o controle patronal, o que implicitamente resulta numa limitação aos seus direitos de personalidade, sem que com isso anule sua condição de cidadão ou abra mão da proteção do ordenamento jurídico.

Por seu turno o empregador, ao dirigir e fiscalizar os serviços dos trabalhadores, habitualmente agride alguns direitos fundamentais de quem devia ser tratado como parceiro ou, no mínimo, com urbanidade.

Diante da realidade de que o empregador tem poder de direção e fiscalização sobre a atividade do empregado, há que se indagar qual a extensão da reserva relativamente a este

último no local de trabalho e qual o limite oposto ao empregador de imiscuir-se na sua esfera de vida privada, uma vez que a existência do simples vínculo jurídico trabalhista não é fator determinante da justificação do desrespeito nem conduta para a violação de direitos fundamentais reconhecidos constitucionalmente a todo cidadão, de cujo conceito não se dissociam os trabalhadores pelo simples fato de estes serem empregados.

A *contrario sensu*, os direitos dos trabalhadores devem ser encarados não de forma absoluta e ilimitada, pois, nenhum direito deve ser exercido de forma hegemônica, notadamente quando o empregador também tem constitucionalmente reconhecido, em relação à empresa, o direito à propriedade.

É imemorial o conflito capital/trabalho. Mas, o fato de existirem interesses antagônicos e contrapostos não significa que os direitos fundamentais assegurados pela Constituição aos contratantes, como cidadãos, entre eles os direitos à propriedade, à reserva da intimidade, da vida privada e familiar, entre outros deixem de ser respeitados reciprocamente pelos interlocutores sociais no cenário jurídico trabalhista.

O Código Civil brasileiro, em seu art. 11, assevera que: “os direitos da personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo o seu exercício sofrer limitações voluntárias, admitindo-se a possibilidade de exceção, nos casos previstos em lei”.

Logo, só nos casos em que houver previsão legal serão admitidas as restrições aos direitos da personalidade, ainda que voluntariamente. A CLT, em seu art. 9º, dispõe que: “serão nulos de pleno direito os atos praticados com o objetivo de desvirtuar, impedir ou fraudar a aplicação dos preceitos contidos na presente consolidação”.

Por outro lado, na vigência do contrato de trabalho os direitos trabalhistas são irrenunciáveis e, com maior razão, os direitos fundamentais do trabalhador.

Os direitos fundamentais dos cidadãos devem ser harmonizados com os deveres e obrigações decorrentes da relação jurídica laboral, principalmente, com o dever de lealdade e boa-fé, sob pena de comprometer o elemento fidúcia que permeia o contrato de trabalho.

Tanto o direito à intimidade como o direito à inviolabilidade da vida privada têm características comuns, entre elas sua oponibilidade *erga omnes* (BARROS, 1997, p. 32).

Assim, embora o Direito do Trabalho não faça menção aos direitos à intimidade e à privacidade, por constituírem espécie dos “direitos da personalidade” consagrados na Constituição, são oponíveis contra o empregador, devendo ser respeitados, independentemente de encontrar-se o titular desses direitos dentro do estabelecimento empresarial. É que a inserção do obreiro no processo produtivo não lhe retira os direitos da personalidade, cujo exercício pressupõe liberdades civis (*ibid.*, p. 32).

Acontece que a mesma Constituição assegura o direito de propriedade; logo, no ambiente de trabalho, o direito à intimidade sofre limitações, as quais não poderão, entretanto, ferir a dignidade da pessoa humana (*ibid.*, p. 32).

Não é o fato de um empregado encontrar-se subordinado ao empregador ou de deter este último o poder diretivo que irá justificar a ineficácia da tutela à intimidade no local de trabalho, do contrário, haveria degeneração da subordinação jurídica em um estado de sujeição do empregado. O contrato de trabalho não poderá constituir “um título legitimador de recortes no exercício dos direitos fundamentais” assegurados ao empregado como cidadão; essa condição não deverá ser afetada quando o empregado se insere no organismo empresarial, admitindo-se, apenas, sejam modulados os direitos fundamentais na medida imprescindível do correto desenvolvimento da atividade produtiva<sup>28</sup> (*ibid.*, p. 33).

No que tange à intimidade do empregado, a lei ordinária brasileira limita-se, pois, a manifestações isoladas de tutela potencial. Sob esse aspecto, não se identifica com a legislação de outros países, principalmente europeus, os quais demonstram essa preocupação, ainda que mediante uma proposta dogmática, como ocorre com o Estatuto dos Empregados da Espanha ou, de forma mais incisiva, com o Estatuto dos Empregados da Itália (Lei n. 300/70) (*ibid.*, p. 34).

Feitas essas considerações a respeito do direito à intimidade do empregado, salientamos, novamente, que se a legislação trabalhista brasileira não oferece expressamente tutela à intimidade do empregado, o texto constitucional o faz com precisão, quanto ao cidadão brasileiro em geral. A normativa atua como um limite ao poder diretivo empresarial.

## 2.2 O DIREITO DE PROPRIEDADE. PODER E LIMITES

### 2.2.1 O direito de propriedade do empregador

No art. 5º, inciso XXII, da Constituição Federal do Brasil, *verbis*: “é garantido o direito de propriedade”.

A iniciativa econômica privada é protegida pelo art. 170, *caput*, da Constituição Federal brasileira.

A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por escopo assegurar a todos os trabalhadores a existência digna, e é um dos

---

<sup>28</sup> RUIZ MIGUEL, Carlos. *Op. cit.*, p. 185.

princípios constitucionais assegurados, conforme artigo 170<sup>29</sup>, *caput*, e inciso VIII, da Constituição Federal. Neste sentido, há oportunas considerações de *Carlos Chiarelli* – participe do processo de elaboração da CF/88 – e *Matteo Chiarelli*<sup>30</sup>, ao comentarem o momento de concepção do referido artigo. Afirmam os referidos autores que as estruturas político-jurídicas formadas na conjuntura das tensões sociais têm o trabalho como elemento propulsor. Este, a cada instante, passou a ter maior significação, chegando a tornar-se sujeito ativo da ordem jurídica e social. Anteriormente, o direito era um instrumento do patrimônio individual e seus acréscimos. Atualmente, tutela o trabalho. É óbvio que o direito protege o capital a partir do trabalho honesto acumulado. Foi nessa linha de pensamento que o art. 170 da Constituição de 1988 foi concebido.

O contrato de trabalho decorre da autonomia da vontade privada de empregado e empregador, que realça a de sujeição voluntária de um a outro. Todavia, os trabalhadores constituem parte integrante da Empresa, porque sem eles, esta não poderia funcionar e, de outra parte, tiram dela os meios de subsistência. É verdade que o chefe da empresa exercita o poder de comando para seus fins pessoais, mas é, do mesmo modo, verdade que ele executa, também, uma função econômico-social, enquanto participa da produção da riqueza e assegura os meios de subsistência aos seus dependentes.

O objeto do contrato de trabalho por si só, faz com que certos direitos de ambos os contratantes se fragilizem pelas próprias falhas e fragilidades do cotidiano.

O legislador constituinte, sensível a estes embustes da vida, oferece a ambos direitos e garantias durante a execução do contrato.

Como já tratamos dos direitos de personalidade em relação aos trabalhadores, é de justiça, até em atenção ao princípio da simetria de tratamento dos sujeitos pelo direito, que voltemos os olhos para o empregador, reconhecendo-lhe o direito à propriedade.

A consagração do direito de propriedade como caracterizador do regime capitalista condensou nas mãos dos proprietários um nível de poder ameaçador da garantia da intimidade e, em geral, do respeito aos direitos humanos dos empregados.

Na dinâmica da relação empregatícia, em decorrência do direito de propriedade, o risco da atividade econômica se concentra nas mãos do empresário. Esse direito lhe confere a

---

<sup>29</sup> “Art. 170 – A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social [...] VIII – busca do pleno emprego.” (BRASIL, 1988).

<sup>30</sup> CHIARELLI, Carlos; CHIARELLI, Matteo. O trabalho e a empresa na constituição: considerações à luz do modelo italiano. In: ROMITA, Arion Sayão (Coord.). *Curso de direito constitucional do trabalho*. São Paulo: LTr, 1991. p. 171-8.

prerrogativa de comando da atividade empresarial que contém a função de ordenar os insumos de produção, dentre estes, a utilização e seleção da mão-de-obra.

Neste mister, compete-lhe dentre outras atribuições e direitos o de selecionar as pessoas que vão trabalhar na empresa e as funções que irão desempenhar. Para o sucesso do intento, obviamente, ele há de conhecer bem essas pessoas. Mas como fazê-lo sem lhes violar a intimidade?

O que importa, de modo efetivo, para o sucesso do empreendimento são, basicamente, os aspectos técnico-laborativos, portanto não é despida de razoabilidade a afirmação de que este conhecer deve estar restrito apenas a aspectos que, objetivamente, guardem vinculação com as atribuições dos serviços atinentes ao posto pretendido, ou melhor, que influenciem ou possam influenciar no ambiente de trabalho.

Assim, é certo que no desenvolvimento da atividade econômica, o patrão poderá licitamente fiscalizar as atividades dos empregados, desde que, para tanto, utilize métodos que mantenham, ao máximo possível, o resguardo de suas intimidades.

O empresário poderá verificar se os equipamentos estão sendo adequadamente utilizados para a consecução de tarefas relativas ao escopo social, ou se os empregados não estão subtraindo os produtos comerciais, contanto que se valha de uma forma de aferição que não invada a intimidade efetiva dos empregados e afete suas dignidades.

Daí a relevância de perquirir qual seja o grau do limite de acesso a que o patrão tem direito. Até que ponto ele, em nome de seu direito de propriedade, tem o poder de comando e de fiscalização e, até, de sua responsabilidade e comprometimento com o sucesso do empreendimento, penetrar na dinâmica de vida mais restrita do empregado.

O ponto crucial da questão é o limite entre o poder diretivo do empregador e o direito do empregado de ter incólume sua intimidade. É o direito que tem o empregado de que esta permaneça.

O desenvolvimento histórico da dinâmica do trabalho mostra um dado fundamental acerca da conformação da relação entre o tomador e o prestador do trabalho para se entender a feição moderna da necessidade de preservação da intimidade nas relações de emprego. É o seguinte.

No momento em que o trabalho se tornou livre, a dependência que caracterizava a relação entre os atores do sistema laboral escravocrata se converteu em subordinação. Muita celeuma houve acerca da natureza dessa subordinação, se econômica, técnica ou jurídica. Hoje, o entendimento já está pacificado em que a espécie de subordinação que caracteriza a relação de emprego é de natureza essencialmente jurídica. Não que a presença das demais

descaracterize a espécie, ou que esta somente se caracterizará se for configurada a dependência de natureza jurídica (DELGADO, 2004, p. 303).

A palavra subordinação deriva da conjugação dos termos latinos *sub* (baixo) e *ordinare* (ordenar), no sentido de estado de dependência ou obediência em relação a uma hierarquia de posição ou valores; submissão (HOLANDA, 1986, p. 1621). No contexto empregatício, a subordinação desponta como uma circunstância jurídica pela qual o empregado, no exercício de sua liberdade, compromete-se a acolher o poder de direção empresarial para a realização da prestação de serviços. É uma limitação à autonomia de sua vontade (DELGADO, 2004, p. 302).

A subordinação do empregado ao empregador é a característica marcante do contrato de trabalho. Para Prunes, o empregado se subordina, preponderantemente, às ordens, às diretrizes mais ou menos amplas, ditadas pelo “dador de trabalho”. Refere que a subordinação do empregado ao patrão, decorrente do contrato e da lei, seria a evidência do poder de comando do empresário<sup>31</sup>. Refere o autor:

A subordinação do empregado ao patrão, decorrente do contrato e da lei, seria a evidência do poder de comando do empresário. Nem sempre o empregador é que dita as normas técnicas a serem seguidas, mas pode subordinar o empregado ao querer – e determinar – que este siga, como meio de atingir os fins da empresa, a melhor técnica. Diz, neste caso, o fim a ser atingido, mas deixa aos cuidados do empregado a forma e sistemas a serem adotados. A ordem empresarial versa sobre o fim e, não, sobre os meios praticados. Esta situação é notável no exercício dos elevados cargos de confiança, onde o empregado substitui em parte ou no todo o empregador. A subordinação ou dependência social não pode ser considerada como um elemento decisivo para o completo entendimento do conceito de subordinação dentro do pacto laboral. Modernamente há o registro de interdependência

---

<sup>31</sup> Prunes ao comentar o artigo 3º da CLT, analisa a subordinação do empregado ao empregador a partir do conceito de *Moraes Filho*: “Embora seja excessivamente fácil e cômodo dizer-se que a subordinação é a nota característica do contrato de trabalho, já o mesmo não acontece ao ter de conceituá-la com exatidão e analisar com cuidado o seu conteúdo”. Segundo *Prunes*, o conceito de ‘subordinado’ deriva de *sub* + *ordinare*, que significa manter sob ordem, estar em condição de obediência. Afirma que [...] Muitos têm sido os escritos sobre a natureza dessa subordinação, mas pensamos que seja certa a afirmativa de ser ela de índole hierárquica. A subordinação, “[...] pode se manifestar como: a) dependência técnica; b) dependência econômica; c) subordinação jurídica; d) subordinação ou dependência social [...] A subordinação pode se apresentar através de uma ou mais de uma destas formas, mas sempre com um nítido traço de ordem hierárquica. O empregado se subordina, preponderantemente, às ordens, às diretrizes mais ou menos amplas, ditadas pelo dador de trabalho [...]” Para *Paulo Colin*, subordinação jurídica entende-se um estado de dependência real criado por um direito, o direito do empregador de comandar, dar ordens, donde nasce a obrigação correspondente para o empregado de se submeter a essas ordens. Eis a razão pela qual chamou-se a esta subordinação de jurídica, para opô-la principalmente à subordinação econômica e à subordinação técnica que comporta também uma direção a dar aos trabalhos do empregado, mas direção que emanaria apenas de um especialista. Trata-se aqui, ao contrário, do direito completamente geral de superintender a atividade de outrem, de interrompê-la ou de suscitá-la à vontade, de lhe fixar limites, sem que para isto seja necessário controlar continuamente o valor técnico dos trabalhos efetuados. Direção e fiscalização, tais são então os dois pólos da subordinação jurídica [...].

social, complementando-se as partes para a boa sorte do empreendimento empresarial, distribuindo-se direitos e obrigações de forma equilibrada<sup>32</sup>.

A subordinação laborativa não é exercida diretamente sobre o empregado, mas sobre a forma como ele desenvolve sua atividade, objeto do contrato. A não sujeição não acarreta incidência subjetiva de poder, mas objetiva. Isso se evidencia quando a subordinação se estabelece em relação a altos funcionários e trabalhadores intelectuais, cujos conhecimentos técnicos superam a dos subordinantes (*ibid.*, p. 303).

É justamente na dinâmica do exercício da subordinação jurídica, decorrente do direito de propriedade em que se encontra o empregado, que o empregador guarda a prerrogativa de estabelecer a forma como se dará a prestação laborativa. A doutrina também se refere a essa prerrogativa como poder empregatício (*ibid.*, p. 628).

O fenômeno do poder, em verdade, não só no que tange ao poder empregatício, mas nas diversas áreas de sua atuação, é um dos mais importantes e recorrentes na experiência histórico social do homem. Em qualquer relação em que se verifique um grau mínimo de constância e, até mesmo, em episódicos contatos intersubjetivos entre duas pessoas ou no âmbito de grupos sociais mais amplos, ele emerge como elemento crucial. Seja na dimensão interindividual, seja na dimensão que se estende, cada vez mais, ao universo societário. O poder surge como fator decisivo da experiência humana (*ibid.*, p. 628).

No contexto da relação empregatícia se manifesta uma das dimensões mais relevantes do fenômeno do poder no mundo contemporâneo, é a espécie de relação que engloba o maior número de pessoas relacionadas ao sistema econômico ocidental, iniciado há mais de duzentos anos.

Essa dimensão específica da dinâmica do poder na sociedade espelha os efeitos da feição global do fenômeno no conjunto social, ou seja, no âmbito interno das empresas, sofre a evidente influência do contexto externo, caracterizando-se como menos ou mais autoritário, refletindo destarte uma espécie de projeção natural.

De modo inverso, a configuração do poder empregatício cumpre importante papel no avanço e solidificação do processo democrático ou autoritário em âmbito mais amplo da sociedade. Devido às razões de afetação decorrentes é que se torna relevante observar o grau de projeções e reflexos sociais que uma gera na outra e vice-versa, tendo em vista a compreensão da estrutura e dinâmica jurídicas (*ibid.*, p. 629).

---

<sup>32</sup> PRUNES, José Luiz Ferreira. *CLT Comentada*. 2. ed. Caxias do Sul: Plenum, 2006. 1 CD-Rom.

### 2.2.2 Poder organizacional

A natureza jurídica do poder de comando não é pacífica na doutrina. Consoante a observação da doutrina majoritária, este se divide em duas correntes:

- uma, o considera como direito potestativo, de forma que nada pode impedir seu exercício, pois, uma vez a ele acometido deverá o sujeito, necessariamente, se submeter aos comandos estabelecidos;
- a outra, o considera como direito-função que, de sua sorte, constitui um poder conferido ao titular para tutela de interesses alheios e não interesses próprios, implicando obrigações para o próprio titular. Exemplos de direito-função se encontram na relação pai e filho, sindicato e categoria (SIMÓN, 2000, p. 105-6).

O poder organizacional, como significação de um direito potestativo, foi o que prevaleceu durante o século XIX até meados do século XX. Hodiernamente, não se compatibiliza com a realidade social, pois as limitações impostas ao poder empregatício pelo contrato de trabalho e pelas leis de tutela da relação de emprego, cujo sentido teleológico visa à proteção da parte contratante mais fraca da relação, terminaram por descaracterizar a feição de potestatividade preteritamente impingida à relação. Nesse sentido, a própria participação dos empregados em comissões de fábricas ou em Comissão Interna de Prevenção de Acidentes, CIPA's, atestam contra a natureza do pensamento superado.

Os fundamentos consolidados da dinâmica da espécie de relação social contribuiu para que, na atualidade, prevaleça a teoria que considera o poder de comando verdadeiro direito-função, pois o exercício da prerrogativa não pode se basear somente no interesse do empresário, mas há também de considerar o interesse dos empregados e suas prerrogativas relativas à condição de pessoa humana, como interesses públicos (SIMÓN, 2000, p. 106), em flagrante manifestação da função social da propriedade e da vigência dos direitos humanos e sociais no âmbito da relação de emprego.

Três são as teorias que explicam o poder de direção:

- teoria do contrato – considera que o poder diretivo está baseado na relação de emprego, ou seja, no contrato de trabalho, de maneira que o trabalhador concorde em se submeter às ordens, a partir da aprovação para prestar serviços ao empregador;

- teoria da instituição – considera que o empregador/empresa, enquanto instituição tem uma estrutura rigorosamente hierarquizada, de maneira que o poder de comando surgirá, naturalmente, dos órgãos que a administram;
- teoria da propriedade privada – segundo a qual o poder diretivo pertencerá a quem tiver a propriedade da empresa.

As três teorias são passíveis de críticas. A teoria contratualista reconhece o poder diretivo apenas pelo seu aspecto formal, o que não é suficiente para justificar o fenômeno. O próprio sentido teleológico do direito laboral revela sua insuficiência ao intento, pois, na dinâmica contratual laboralista interferem diversas cláusulas inarredáveis pelas vontades das partes; é o conteúdo imperativo que equilibra as forças dos sujeitos da relação. Diante disso, resta uma margem negocial pequena na constituição das cláusulas do contrato. Apesar de ser esta a forma, costumeiramente, utilizada no mundo ocidental para o exercício do trabalho, não é suficiente para fundamentar o poder diretivo.

A teoria da instituição justifica apenas determinada situação de autoridade decorrente do poder, mas ao contrário da contratualista, não o justifica no âmbito da relação que afeta a liberdade das partes que, como acima se disse, é uma das características fundamentais da relação de emprego.

A teoria da propriedade privada também é incompleta. Em regra é realmente o detentor da propriedade quem dirige o empreendimento, assalaria os empregados; entretanto, deve-se observar que existem diversas empresas em que a propriedade está dissociada do controle. Em muitas não é nem mesmo possível identificar a figura do proprietário, nesse caso é evidente que o poder de mando não será exercido por ele (SIMÓN, 2000, p. 109-10).

Seja qual for a fonte de onde emerge sua legitimidade, a verdade é que, atualmente, o poder de mando não deve e não pode, legitimamente, prestar-se apenas a atender aos interesses do patrão, mas, sim, de todos os que compõem a empresa e, também, pela própria natureza do estado social, em benefício da sociedade.

A empresa, ente de natureza coletiva, integrante de uma sociedade capitalista de massa, é imprescindível para o funcionamento do sistema socioeconômico e, conseqüentemente, para que os trabalhadores possam exercer a liberdade inerente à relação de emprego (*ibid.*, p. 106). Por conseguinte, esta deve proporcionar que se desfrute de uma ordem social plasmada no primado do trabalho, mas que vise à consecução dos objetivos do bem-estar e da justiça social em todos os aspectos em que deve influir.

A terminologia com que se procura definir o poder empregatício varia na doutrina brasileira, não há unanimidade de denominações quanto aos poderes empresariais da direção.

O autor *Delgado* (2004, p. 628-9) o chama de poder empregatício, esclarecendo que consiste no conjunto de prerrogativas asseguradas pela ordem jurídica e tendencialmente concentradas na figura do empregador para exercício, no contexto da relação de emprego e pertinente à direção, regulamentação, fiscalização e disciplinamento da economia interna à empresa e correspondente prestação de serviços.

Quase sempre se identificam na doutrina três espécies desse gênero que são: poder organizacional, poder de controle e poder disciplinar (SIMÓN, 2000, p, 106-7).

Há, entretanto, um poder geral que a doutrina, tradicionalmente (NASCIMENTO, 2004, p. 621), denomina de poder organizacional ou ainda de poder diretivo propriamente dito: é o poder mais amplo do empregador e se compõe da faculdade de ordenar, tanto o capital quanto o trabalho, objetivando a direção e administração do empreendimento.

Este poder compreende (NASCIMENTO, 2004, p. 621):

- a definição dos fins econômicos;
- a determinação da estrutura jurídica do negócio;
- a implementação de cargos e funções, bem como das suas respectivas atribuições;
- a ordenação e estruturação do processo de trabalho, dentre outras atividades, incluindo o poder regulamentar e, por sua vez, inserida no contexto deste último;
- a possibilidade de elaboração do chamado regulamento de empresa, que, juntamente com a lei e outros instrumentos normativos (tais como convenções e acordos coletivos de trabalho), servirão para estabelecimento das cláusulas do contrato de trabalho.

Poder de controle, que é um componente do poder organizacional, é a faculdade que tem o empregador de fiscalizar o desenvolvimento das tarefas profissionais realizadas pelos seus empregados com a finalidade de aferir se estão sendo cumpridas as metas estabelecidas que possibilitarão alcançar os objetivos perseguidos.

Poder disciplinar, que também é uma vertente do poder organizacional ou diretivo ou ainda empregatício, revela-se na prerrogativa do empregador de aplicar sanções aos seus

empregados quando eles, injustificadamente, não cumprirem as ordens que lhes forem dadas, não desempenhando as suas atribuições de forma adequada (DELGADO, 2004, p. 636).

Em síntese, o poder diretivo é o poder por excelência, já que os demais, na verdade, servem para lhe dar efetividade e, por isso, podem ser vistos como seus desdobramentos. O poder de controle possibilita ao patrão verificar se a estratégia, previamente traçada para a administração/produção, está sendo cumprida de forma satisfatória. O poder disciplinar permite que sejam punidos os trabalhadores que não se tenham adequado à estratégia em questão, por meio do respeito às determinações impostas (SIMÓN, 2000, p. 108).

Esse poder diretivo tem limites: externos (a lei, a moral, as normas coletivas, o laudo arbitral e a sentença judicial e as decisões administrativas) e internos (o contrato de trabalho, o regulamento de empresa e as deliberações dos órgãos de co-gestão) (BELMONTE, 2004, p. 56).

Contra os abusos do poder diretivo (utilização anti-social do direito patronal), cabem, conforme o caso (*ibid.*, p. 56):

- o direito de resistência (como por exemplo, art. 483, *a e b*, CLT);
- o recurso à via judicial (a exemplo do art. 659, IX, CLT);
- indenização por danos materiais e/ou morais;
- a denúncia do contrato, com fundamento em culpa (*ex vi* do art. 483, *d*, CLT).

Alguns autores, por exemplo, têm se utilizado de expressões específicas relativas a cada faceta do gênero, tais como, poder diretivo, poder regulamentar, poder fiscalizatório, poder disciplinar, como poderes autônomos, mas que se moldam bem ao conceito de espécies do gênero poder empregatício (DELGADO, 2004, p. 629).

Contraposta ao intento de sujeição, apesar da superação da fase da potestatividade, que caracterizou a relação de labor e, na prática, ainda se manifesta, conforme acima explicado, no poder empregatício se encontra uma das circunstâncias jurídicas que dão a tônica de relação empregatícia – a subordinação. A condição de subordinado impõe consideração ao poder empregatício daquele que dirige a atividade econômica, pois foi pelo exercício de sua liberdade que assumiu a condição de sujeito da relação de emprego (*ibid.*, p. 303-4).

A pacificação acerca do entendimento do que significa o estado de subordinação, característico da relação de labor, deu-se em um ponto de convergência de entendimentos

sobre a natureza desse instituto, cuja essência não se confunde com a subordinação de natureza técnica ou econômica, que não são características próprias da relação de emprego, conforme já se mencionou. Apesar de, muitas vezes, poderem estar contidas naquela e o empregado depender, exclusivamente, de seu empregador para sobreviver, não é exatamente este tipo de subordinação que caracteriza a relação de trabalho como empregatícia.

Não é também a subordinação técnica essencial para a relação de trabalho de caráter empregatício. Acontece, muitas vezes, casos de o empregado possuir qualificação técnica superior a do próprio empregador, restando a este apenas a configuração de ordenador dos insumos qualificados. Assim, tanto a subordinação técnica quanto a econômica podem refletir sinais de uma relação empregatícia, mas não são essenciais seus elementos (SIMÓN, 2000, p. 108-9).

A característica que define a subordinação jurídica se identifica na atividade do empregado. No desenvolvimento da relação laboral há certa indeterminabilidade do conteúdo específico de cada serviço e, como consequência disto, emerge o direito do empregador de definir no curso da relação contratual e nos limites do contrato, a modalidade de atuação concreta do trabalho (NASCIMENTO, 2004, p. 407).

### **2.2.3 Parâmetros de dimensionamentos do poder empregatício. A função social da propriedade**

O sistema capitalista tem como pedra angular de sua órbita o instituto da propriedade que, tradicionalmente, significava algo exclusivo.

O fundamento do poder diretivo do empregador reside no direito de propriedade e, sua presença é vital para o zelo e eficácia na consecução das metas empresariais. Conste ou não do pacto, o exercício do poder diretivo, por ordem pública e lógica sistêmica jurídica, potencializar-se-á nas mãos daquele que é o proprietário real.

O direito de propriedade nasceu como típico direito individual, enquadrado nos direitos humanos de primeira geração. Na época, sua concepção de direito fundamental se justificava diante da natureza imperativa ilimitada, pela qual o poder dispunha de todos os bens sob seu império.

Era considerado como uma relação entre uma pessoa e uma coisa, de caráter absoluto, natural e imprescritível. Posteriormente, passou-se a vê-lo como uma relação entre um sujeito ativo e um passivo, universal e indeterminado, integrado por todas as pessoas que

haveriam de respeitá-lo. Ainda nessa fase delineava-se uma concepção incompleta que desconsiderava a parte pública de sua natureza jurídica. (SILVA, 2005, p. 270-1).

O caráter absoluto do direito de propriedade, conforme concebido na Declaração Universal dos Direitos do Homem, foi evoluindo até alcançar uma concepção atrelada à sua função social.

Não se justifica mais a teoria da propriedade como direito natural, pois não implica uma manifestação da natureza humana. Apenas sob um prisma de garantia da propriedade, abstratamente falando, é que se poderia entendê-lo como tal, mesmo assim, por sua correlação com outros atributos pessoais como, por exemplo, o direito de igualdade, liberdade e até mesmo de intimidade (*ibid.*, p. 272).

Já no final do século XIX, quando o problema social era foco de atenção mundial pela situação degradante em que se encontravam os trabalhadores, a Igreja pugnava pelo uso social da propriedade. A Encíclica *Rerum Novarum*, de autoria do Papa Leão XIII, arcebispo de Perusa, apontou, em várias pastorais, a necessidade de que houvesse mais humanidade em relação aos trabalhadores, então a luta pela solução da questão social ganhou mais força. Por seus termos havia o sentido de se considerar o trabalho não como uma mercadoria, mas como um modo de expressão direta da pessoa humana. Argumentava que, para a maioria dos homens, o trabalho era a principal fonte de sobrevivência. Portanto, o valor de sua remuneração não poderia ficar ao alvedrio das leis de mercado, e, sim, conforme a justiça e equidade. Pregava que a propriedade privada, mesmo a dos bens de produção, é um direito natural que o Estado não pode suprimir, pois carrega uma função social. É um direito que se exerce em proveito próprio e para o bem dos outros. O Estado deveria fazer com que, nas relações de trabalho, fossem observadas a justiça e a equidade para que nos ambientes de trabalho ficasse garantida a dignidade humana. (SÜSSEKIND, 1999, p. 98-9).

Costumeiramente, no Brasil, a propriedade somente se concebe sob aspecto social, é garantido o direito desde que seu uso se converta em bem da sociedade, não se está a se referir, exclusivamente, ao direito à propriedade imóvel, mas ao exercício de um direito que detém os atributos e potestades respectivas de poder sobre um bem qualquer.

Não se trata de um sistema de limitação da propriedade, mas concerne à nova feição própria da estrutura do direito. Sua concepção vai além dos fundamentos ensinados pela Igreja, segundo a qual sobre toda a propriedade particular pesa uma hipoteca social, pensamento este atrelado a uma vinculação de natureza obrigacional.

Em verdade, o princípio da função social da propriedade introduziu na própria conceituação do direito de propriedade um interesse que pode não coincidir com o do

proprietário e que, em todo caso, é-lhe estranho, o que o obriga a fazer utilização do bem, não apenas obedecendo a sua vontade, mas sim como lhe é imposto em prol de sua posição na sociedade e da parcela de contribuição a que está obrigado a repassar (SILVA, 2005, p. 283).

O grau de importância prática da observação desse princípio no contexto do sistema jurídico brasileiro pode ser inferido a partir da observação dos termos estabelecidos no art. 185 da Constituição Federal. Seus ditames estabelecem os requisitos necessários ao cumprimento da função social da propriedade rural. Dentre eles, que devem ser preenchidos simultaneamente, está a obrigatoriedade de observação das disposições que regulam as relações de trabalho. Portanto, se uma propriedade de natureza rural não cumprir as normas trabalhistas, estará passível de desapropriação.

Pode-se argumentar que o preceptivo legal não se aplica à função social da propriedade empresarial, não no que seja pertinente a possibilidade de sua desapropriação, mas certamente o dispositivo informa, sob aspecto interpretativo sistemático, a preocupação da utilização da propriedade de modo geral, em prol da sociedade e dos empregados.

Ao menos no que se refere à propriedade rural, a desobediência de sua utilização social, sem o cumprimento das obrigações empresariais trabalhistas, acarreta a substituição forçada pelo valor correspondente ao da expropriação. E quanto às demais espécies de propriedade, se verificada uma utilização inadequada, estará por certo, passível de represálias públicas.

Antigamente, a propriedade poderia ser usada como bem entendesse o proprietário. Era o tempo do individualismo, época em que a maioria dos homens acreditava que o mais importante era ter, era a posse e não o ser. Hoje, percebe-se que é mais coerente a linha de doutrina que ensina a importância do ser e não o de ter. Hoje, usar legitimamente a propriedade significa usá-la em proveito de todos e é justamente isso que retrata a função social da propriedade.

Quando, por exemplo, a empresa respeita as normas trabalhistas, manifesta-se a utilização social do bem. A propriedade moderna não pode estar destinada à satisfação da lucratividade do proprietário exclusivamente, mas também a formar circunstâncias que conduzem ao proveito de diversos âmbitos sociais. Somente assim, realizará o objetivo primordial da sociedade juridicamente organizada que consiste na consecução da dignidade humana.

O proprietário dos bens de produção, portanto, deve reverter à atividade dos diversos feixes de direitos que compõem a propriedade o atendimento de sua função social. É assim que se entende a extensão da expressão função social da propriedade (SILVA, 2005, p. 283).

Nesse contexto, verifica-se como lógico que o empregador que não respeita a intimidade do empregado não está de acordo com a função social da propriedade, pois estará desrespeitando a sua dignidade e, assim, desencadeando uma rede de mal-estar social.

Positivamente, a qualificação precisa da função social decorre da aferição das necessidades sociais reclamadas em lugar e época específicos. No entanto, a violação dos direitos de trabalhadores, genericamente, será sempre um modo de desatendimento da função social da propriedade, em qualquer tempo e lugar.

No âmbito da propriedade empresarial será sempre ilegítima a atitude do empregador que, sob fundamento do gozo de seu direito de propriedade e, portanto, no manejo da prerrogativa do instrumento do poder empregatício, relegue direitos substanciais de seus subordinados e, com isso, gere conseqüências sociais negativas. A satisfação econômico-financeira de seu empreendimento deverá ser condizente com a obrigação de produzir o bem-estar e a justiça social, como quer a Constituição Federal.

É justamente na observância dos direitos de seus empregados e no respeito aos limites do poder de comando empresarial que está a efetivação da utilização social do direito de propriedade empresarial. Ademais, se observado com acuidade o escopo da função social da propriedade, vai-se alcançar em sua essência o intento de prestigiar os direitos humanos e fundamentais.

A ordem pública impõe obrigações inalienáveis pela vontade das partes que travam relações jurídicas, isso porque se deve garantir um mínimo de cidadania como valor fundamental da existência antes de qualquer valor econômico, sob a ativação do princípio da função social da propriedade.

Há um natural desequilíbrio entre os atores de algumas relações jurídicas, tais como, consumerinha e laboral, no âmbito das quais se faz necessária uma atuação jurídica que minimize o desequilíbrio entre a qualidade dos atores (DELGADO, 2004, p. 58-9), sendo essa uma das funções das modernas ordens normativas, assim como foi imposta a emergência dos direitos sociais humanos de segunda geração. É necessário fazer com que o direito recobre sua função de valorizar o homem acima de tudo.

Portanto, constando como princípio da Constituição de 1988 e consubstanciada em inúmeros dispositivos do Estatuto da Cidade e do novo Código Civil, a utilização social da propriedade, diante do crescimento populacional e do empobrecimento das nações, é o grande desafio do século XXI. Será preciso encontrar uma fórmula que concilie a proteção à propriedade privada, que continua a ser o elemento essencial da estrutura econômica e social do Estado, com a função que esse bem desempenha na sociedade (BELMONTE, 2004, p. 58).

Assim, a título exemplificativo, o fato de o empregador deter a propriedade do equipamento utilizado pelo empregado para a prestação dos serviços, por si só não autoriza o exercício de poder diretivo absoluto: o direito de propriedade há de ser exercido nos limites de sua função social, assim como o contrato de emprego deve cumprir a sua função social (*ibid.*, p. 58).

Os limites do exercício desse direito de propriedade constituem exatamente os limites do exercício do poder diretivo em relação, por exemplo, ao monitoramento do uso do correio eletrônico e da internet pelo empregado na prestação dos serviços (*ibid.*, p. 58).

### 3 COLISÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS E O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE NA ESFERA DO TRABALHO

#### 3.1 COLISÃO ENTRE OS DIREITOS FUNDAMENTAIS DO TRABALHADOR E O PODER DE DIREÇÃO DO EMPREGADOR

Começaremos, inicialmente, definindo quando ocorre a colisão de direitos fundamentais, para um melhor entendimento do assunto. Segundo Steinmetz (2001, p. 139):

Há colisão de direitos fundamentais quando, *in concreto*, o exercício de um direito fundamental por um titular obstaculiza, afeta ou restringe o exercício de um direito fundamental de um outro titular, podendo tratar-se de direitos idênticos ou de direitos diferentes; podendo, ainda, ser direito fundamental individual *versus* direito coletivo fundamental [bem constitucionalmente protegido]. Em outras palavras, o conflito poderá se manifestar como colisão horizontal [indivíduo *versus* indivíduo; exemplo: liberdade de comunicação *versus* direitos gerais de personalidade] ou como colisão vertical [indivíduo/particular *versus* Estado/comunidade; por exemplo: liberdade de comunicação *versus* segurança pública].

Analisando o tema em questão, percebemos que a problemática da colisão entre o exercício dos direitos fundamentais do trabalhador e o exercício do poder de direção do empregador não é tratada em nenhuma legislação, nacional ou estrangeira, restando sempre a última palavra, para os casos práticos que desembocam no Judiciário, à mercê da palavra final dos Tribunais Superiores ou Constitucionais de cada país.

Conforme vimos antes, o principal poder atribuído ao empreendedor pela maioria do ordenamento jurídico é o relativo ao poder diretivo e hierárquico. É que sem esses poderes o empregador não poderia exercer as suas prerrogativas e autoridades em frente à sua atividade empresarial. Todavia, é preciso haver a necessária intervenção estatal nas relações entre particulares, a fim de compensar a desigualdade econômica entre os contratantes. O Estado, mediante diversos mecanismos institucionais, dota de eficácia horizontal os direitos fundamentais, estabelecendo o justo equilíbrio na relação jurídica laboral. É o que se chama eficácia horizontal dos direitos fundamentais e os torna oponíveis nas relações privadas, entre as quais a de emprego, cujo âmbito tem-se mostrado fértil ao desenvolvimento pluridimensional desses direitos, segundo a Teoria da *Drittwirkung*.

O núcleo dessa teoria alemã compreende duas dimensões: a da “eficácia mediata” e a da “eficácia imediata” dos direitos fundamentais.

Com exceção dos direitos fundamentais que têm como sujeito passivo o Estado, os demais aplicam-se aos particulares. Haveria, nas palavras de Steinmetz (2004, p. 272), uma discussão entre a aplicação mediata ou imediata dos direitos fundamentais na doutrina:

No plano da dogmática constitucional, em favor da eficácia imediata, há argumentos deduzíveis ou reconduzíveis a específicas disposições da CF. Em primeiro lugar, a eficácia imediata de direitos fundamentais é uma exigência do princípio da dignidade da pessoa humana (CF, art. 1º, III).<sup>33</sup> E isso por duas razões: a especial posição do princípio da dignidade da pessoa humana na CF e a profunda relação material entre princípio e os direitos fundamentais [...]. Condicionar a eficácia do princípio da dignidade da pessoa e de específicos direitos fundamentais, de forma exclusiva ou quase-exclusiva à mediação legislativa ou a parâmetros dogmáticos, interpretativos e aplicativos próprios do direito privado não é consistente nem consequente com o conteúdo, as funções e a força constitucionais desse princípio e desses direitos. Em segundo lugar, aceita, como definição preliminar, a tese de que direitos fundamentais vinculam os particulares [...], então, passa a jogar, de forma definitiva, em favor da eficácia imediata, como definição posterior (o 'como' da vinculação), o denominado princípio da aplicabilidade imediata das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais.

Conclui o supracitado autor que isso decorre do fato de que os particulares também são destinatários de normas de direitos fundamentais que os vinculam, considerando que há determinação de aplicabilidade das normas de direito fundamental de forma imediata, logo, normas desta natureza têm aplicabilidade imediata nas relações entre particulares. O reconhecimento dos direitos fundamentais nas relações entre empregado e empregador tem alcançado êxito perante os tribunais brasileiros, que asseguram a igualdade, o segredo da vida privada e o respeito à honra e à liberdade dos empregados na execução de sua atividade profissional, com amparo em preceito constitucional (art. 5º, incisos I, VIII, IX, X, XII, XIII, XIV, XV e XVII, art. 7º, incisos XXX e XXXI, da Constituição vigente). Outra via de penetração desses direitos é o ordenamento internacional sobre direitos humanos. Situam-se nesse contexto a proibição de discriminar e o respeito à dignidade humana.

A intervenção conjunta da legislação e da jurisprudência vem abrindo espaço para uma tutela eficaz das liberdades individuais no âmbito das relações trabalhistas brasileiras. Nota-se a tendência do Direito do Trabalho brasileiro a proteger os direitos da personalidade do trabalhador, que corresponde, sem dúvida, à eficácia horizontal dos direitos fundamentais.

---

<sup>33</sup> Essa é também a posição de Ingo Wolfgang Sarlet ("Direitos fundamentais e direito privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais", p. 147 e ss. e, expressamente, p. 150) e, referindo-se aos direitos da personalidade (CF, art. 5º, X) nas relações de trabalho, de Sandra Lia Simón (*A proteção constitucional da intimidade e da vida privada do empregado*, p. 128). Ingo Wolfgang Sarlet invoca, ainda, como fundamento da eficácia imediata o dever geral de respeito (p. 151).

Não se pode olvidar que esse poder de direção atribuído ao empregador, hoje, vem sofrendo certas limitações, tanto de ordem interna (contrato, regulamento de empresa, convenções coletivas etc.), quanto de ordem externa (Constituições, Leis, Portarias etc.).

O poder de controle constitui uma das manifestações do Poder de Direção do Empregador, na medida em que o próprio ordenamento jurídico lhe reconhece o poder fiscalizador sobre a organização produtiva, como um dos meios de comprovar o efetivo cumprimento e rendimento da obrigação devida pelo empregado, quanto à mesma.

Não se pode perder de vista, que com as novas invenções tecnológicas o poder que o empregador tem de controle sobre suas atividades laborais vem sofrendo muitas limitações, em face aos direitos fundamentais, os quais assumem um particular significado nas relações trabalhistas, como limites específicos ao exercício do poder de controle do empresário.

Nesse contexto, os sujeitos, empregados e empregadores que manifestam a vontade de se unirem para criar vínculo jurídico-trabalhista, dão surgimento ao contrato de emprego em que uma das partes aceita, logicamente o empregado que é a parte débil, despir-se de sua liberdade para sujeitar-se à direção e fiscalização do outro.

Daí o poder diretivo consistir essencialmente em um poder que tem o empregador de dirigir, comandar e fiscalizar a atividade econômico-produtiva da empresa, segundo suas próprias exigências e necessidades.

Tal poder não deve ser exercido de forma abusiva, absoluta e ilimitada, sob pena de colidir com os direitos fundamentais, nomeadamente na esfera de liberdade dos trabalhadores. Nunca é demais lembrar que, dado o fato de existir uma implícita autorização voluntária pelo empregado, durante o curso da relação empregatícia, com relação a algumas restrições a seus direitos fundamentais, entendemos que essa pseudo limitação deve resultar insubsistente para o ordenamento jurídico, mormente se dela resultar a intrusão ou malversação dos direitos e dignidade da pessoa do trabalhador.

Por isso mesmo, havendo colisão de direitos fundamentais, deve o julgador, em regra, atentar para o princípio da unidade do ordenamento jurídico, o que o obriga a uma tarefa de otimização para com os bens periódicos em conflito, sugerindo, sempre que, por meio de um critério de proporcionalidade, seja dado e reconhecido como prevalente o bem de

maior envergadura jurídica e que não fira a dignidade da pessoa do trabalhador.<sup>34</sup>

Segundo Steinmetz (2001, p. 216), “a colisão de direitos fundamentais, *in concreto*, tem de ser solucionada com interpretação constitucional, princípio da proporcionalidade e fundamentação mediante argumentação jusfundamental”.

Daí veremos a importância do estudo da proporcionalidade, como critério balizador para fornecer meios ao julgador, para que em cada caso concreto, sim, porque não é em abstrato que se encontra a solução das colisões dos direitos fundamentais, seja dada a melhor solução que o caso mereça.

## 3.2 O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

### 3.2.1 Conceito e origem

O princípio da proporcionalidade (*Verhältnismässigkeit*) ou da proibição do excesso (*Übermassverbot*)<sup>35</sup> teve como origem o princípio da razoabilidade (*Reasonableness*) nos Estados Unidos, e sua sede, em tese, no Direito Administrativo, por meio do controle do poder de polícia, de onde chegou à esfera constitucional; de aplicação hoje inquestionável em muitos países, como bússola norteadora em muitos julgados, pois tem a finalidade de estabelecer o equilíbrio entre conflitos de interesses, determinando qual deverá prevalecer, ao caso concreto (RIBEIRO, 2008, p. 109).

Para Szaniawski (1993, p. 113):

O princípio da proporcionalidade é criação do direito alemão, denominado *Verhältnismässigkeitprinzip*, e consiste na verificação pelo Juiz, diante de dois interesses legitimamente tuteláveis e em conflito, se são, com efeito, juridicamente protegidos. Em caso afirmativo, deverão os interesses ser ponderados

<sup>34</sup> A propósito da colisão de princípios ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002. p. 89, aduz que “devem ser solucionados de maneira totalmente distinta. Quando dois princípios entram em colisão – tal como é o caso quando segundo um princípio algo está proibido e, segundo outro princípio, está permitido, um dos dois princípios têm que *ceder* ante o outro. Mas, isto não significa declarar inválido o princípio desprezado, nem que neste princípio tenha que se introduzir uma cláusula de exceção. Mas na verdade o que acontece é que, submetida a certas circunstâncias a questão da precedência pode ser um dos princípios que precede ao outro, submetida a outras circunstâncias, a questão da procedência pode ser solucionada de maneira inversa. Isto é o que se quer dizer quando se afirma que nos casos concretos os princípios têm diferente peso e que prima o princípio com maior peso. Os conflitos de regras se levam a cabo na dimensão da validade; a colisão de princípios – como somente podem entrar em colisão princípios válidos – tem lugar mais além da dimensão da validade, na dimensão do peso”.

<sup>35</sup> Em uma primeira acepção, proporcionalidade significa adequação entre a medida adotada e o escopo ao qual ela é dirigida; a jurisprudência parece expressar tal conceito quando invoca a boa-fé como critério de “coerência entre as escolhas empresariais e as finalidades específicas, às quais as mesmas são pré-ordenadas”.

e pesados dentro do critério da proporcionalidade, que estabelecerá os limites e a atuação das normas na verificação do interesse predominante. Os interesses postos em conflito são balanceados, não devendo sempre prevalecer a predominância da busca da verdade no processo, sobre o direito ao resguardo, e vice-versa. Cumpre ao Juiz através de minuciosa valoração de interesses, decidir em que medida deve-se fazer prevalecer, a despeito de eventuais inconvenientes, um ou outro interesse legitimamente tutelável pelo Direito, impondo restrições necessárias ao resguardo de outros bens jurídicos [...].

Segundo Steinmetz (2001, p. 159) “o princípio da proporcionalidade desenvolveu-se vigorosamente no segundo pós-guerra, quando a doutrina e a jurisprudência constitucionais, principalmente da Alemanha, conferiram-lhe hierarquia constitucional”.

Contudo, constata-se que a maioria das constituições de Estados democráticos de Direito não contêm referência expressa ao princípio.<sup>36</sup> A ausência de enunciado normativo explícito pôs em evidência o problema da fundamentação normativo-constitucional.<sup>37</sup> Identificar os referenciais constitucionais tem sido uma tarefa inevitável para todos aqueles que conferem ao princípio força normativa e especial relevância em matéria de direitos fundamentais. A fundamentação constitucional do princípio é *conditio sine qua non* para a justificação de sua aplicação e resultados (*ibid.*, p. 159).

### 3.2.2 O princípio da proporcionalidade no direito comparado

*Barros* (2003, p. 44-55), ao tratar do princípio da proporcionalidade no direito comparado, informa que em França, ele tem sede no campo do Direito Administrativo, decorrendo da evolução da Teoria do *detournement du pouvoir*, corolário do princípio da legalidade.

Sua aplicação na Constituição é feita de forma implícita, já que sua designação à lei maior é omissa, mas a jurisprudência e a doutrina adotam-no nos casos de colisão de direitos.

<sup>36</sup> A exceção fica por conta da Constituição da República Portuguesa de 1976. Nela, encontram-se referências expressas ora ao princípio da proporcionalidade (em sentido amplo), ora aos princípios parciais da adequação e da necessidade. Art. 18.2: “A lei só pode restringir os direitos, liberdades e garantias nos casos expressamente previstos na Constituição, devendo as restrições limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos”. Art. 19.4: “A opção pelo estado de sítio ou pelo estado de emergência, bem como as respectivas declaração e execução, devem respeitar o princípio da proporcionalidade e limitar-se, nomeadamente quanto às suas extensão e duração e aos meios utilizados, ao estritamente necessário ao pronto restabelecimento da normalidade constitucional”. Art. 19.8: “A declaração do estado de sítio ou do estado de emergência confere às autoridades competência para tomarem as providências necessárias e adequadas ao pronto restabelecimento da normalidade constitucional”. Art. 272.2: “As medidas de polícia são as previstas na lei, não devendo ser utilizadas para além do estritamente necessário”. Há outras indicações na CRP/76, mas as recém citadas já provam a formalização e a hierarquia constitucionais do princípio da proporcionalidade.

<sup>37</sup> O fato de não haver expressa referência na Constituição não implica a impossibilidade de fundamentação. Apenas há a necessidade de um esforço dogmático maior para demonstrar que o princípio é um postulado constitucional implícito, um princípio constitucional não-escrito, mas tão válido quanto se escrito fosse.

Na Alemanha, ele foi inicialmente desenvolvido no âmbito do Direito Administrativo Prussiano, antes da Unificação alemã, também na esfera do Poder de polícia, tendo alçado vôo para o Direito Constitucional depois da 2ª Guerra Mundial por meio do Tribunal Constitucional Alemão com o fim de limitar os poderes do Estado, nos abusos e excessos cometidos contra os cidadãos. Hoje sua aplicação está inteiramente voltada para proteger os direitos fundamentais, notadamente quando ocorrer colisão de direitos.

O ordenamento jurídico espanhol o adota explicitamente, e tanto a doutrina quanto a jurisprudência são acordes em aceitá-lo, tanto que os julgados, ao tratar dos direitos fundamentais, motivam suas decisões com respaldo no princípio da proporcionalidade (*ibid.*, p. 44-55).

Na Itália, o ordenamento jurídico não tem um dispositivo específico na doutrina, e a jurisprudência o vem acolhendo timidamente, pela influência da doutrina alemã.

No Brasil, a despeito de inexistir também dispositivo tratando de matéria, implicitamente a Constituição Federal brasileira o incorporou, notadamente no que tange à proteção dos direitos e garantias dos cidadãos e, a jurisprudência, na maioria das vezes, acode-se ao art. 5º, LIV, da CFB, ao princípio do devido processo legal, a fim de suprir a lacuna da norma.

Portugal, inspirado no ordenamento jurídico alemão, não só o absorveu como o guindou a preceito constitucional. É assim que o encontramos de forma explícita entre os princípios fundamentais da Administração Pública, no art. 266, n.2, *verbis*: “Os órgãos e agentes administrativos estão subordinados à Constituição e à lei e devem actuar, no exercício das funções, com respeito pelos princípios da igualdade, da proporcionalidade [...]”.

Também os arts. 18, n. 2, 19, n. 4 e 265 tratam dele, sendo que o primeiro dos dispositivos, de forma explícita dispõe: “A lei só pode restringir os direitos, liberdades e garantias nos casos expressamente previstos na Constituição, devendo as restrições limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos”.

### **3.2.3 Aplicação**

A aplicação do princípio da proporcionalidade se traduz na avaliação pelo aplicador do direito do justo e do razoável. A discricionariedade do juiz quando usa o princípio da proporcionalidade para justificar a sua decisão não configura decisão arbitrária, pois o processo busca a verdade e esta é meio de realizar a justiça.

Em que pese sua origem no Direito Administrativo, hoje o princípio da proporcionalidade é utilizado em todos os demais ramos do direito, notadamente o Direito do Trabalho (por exemplo, em decisões do TST ou de TRT's), cuja singularidade transcende os demais, por força da própria essência de sujeição do empregado ao empregador, e a susceptibilidade à violação de seus direitos fundamentais.

Para *Steinmetz* (2001, p. 153) “trata-se da forma de operacionalização do princípio em caso de colisão de direitos fundamentais”.

Primeiramente, verifica-se se efetivamente há uma colisão de direitos fundamentais. Isso implica averiguar, interpretativamente, se os direitos em tensão são estatuídos, de forma direta ou indireta (não-escrita), por normas-princípios constitucionais. Em outros termos, descobrir se a finalidade ou objetivo que se pretende alcançar com a decisão normativa está justificado constitucionalmente ou se a Constituição ele (fim) não viola, ou seja, se a finalidade é a realização, preservação ou otimização de direito fundamental ou bem protegido constitucionalmente que, *in concreto*, opõe-se a um outro direito fundamental ou bem protegido constitucionalmente que se afetou ou quer afetar com a decisão normativa, legislativa ou judicial (*ibid.*, p. 153).

### **3.2.4 Elementos constitutivos**

Como vemos, o princípio da proporcionalidade é composto de três elementos constitutivos ou subprincípios de construção jurisprudencial alemã, recepcionados por inúmeros países a exemplo de Portugal e Brasil. São eles: adequação (*Geeignetheit*), a necessidade (*Erforderlichkeit*) e a proporcionalidade em sentido estrito (*Verhältnismässigkeit*). É importante fixar uma ideia sobre cada um desses elementos para uma exata compreensão do princípio como um todo.

#### **3.2.4.1 Princípio da adequação**

O primeiro elemento, Princípio da Adequação, também conhecido como da Pertinência ou da Adequação dos Meios, foi inspirado nos mesmos pressupostos da legítima defesa em matéria penal, pois diz respeito à utilização dos meios moderados para se conseguir um fim; vale dizer, há de se perquirir se os meios foram utilizados apropriadamente para se chegar ao resultado útil que se busca. Nisso reside o nó górdio da *quaestio*; a busca da justa

medida entre o meio e o fim. Nem de mais, nem de menos, para não sacrificar um direito por outro.<sup>38</sup>

Para Steinmetz (2001, p. 149),

por vezes, o princípio da adequação também é denominado de princípio da idoneidade ou princípio da conformidade. O princípio ordena que se verifique, no caso concreto, se a decisão normativa restritiva [o meio] do direito fundamental oportuniza o alcance da finalidade perseguida. Trata-se de investigar se a medida é apta, útil, idônea, apropriada para atingir o fim perseguido.

O juízo de adequação pressupõe que, conceitualmente, saiba-se o que significam meio e fim e que, empiricamente, identifique-se claramente o meio e o fim que estruturam a restrição de direito fundamental.

#### 3.2.4.2 Princípio da necessidade

O segundo elemento, ou Subprincípio da Necessidade ou da Exigibilidade (*Erforderlichkeit*), significa que a medida restritiva deve ser indispensável à conservação do fim legítimo que deseja alcançar.

Como destaca *Canotilho* (2003, p. 383), “[...] em geral não se discute a adoção da medida (necessidade absoluta), mas sim a necessidade relativa, ou seja, como é que o legislador poderia ter adotado outro meio igualmente eficaz e menos desvantajoso para os cidadãos”.<sup>39</sup>

Segundo *Steinmetz* (2001, p. 150)

na literatura constitucional especializada, este princípio é também conhecido como princípio da exigibilidade, da indispensabilidade, da menor ingerência possível, da intervenção mínima. Pergunta-se pela necessidade da decisão normativa restritiva de direito fundamental para atingir o fim constitucionalmente justificado.

Em caso de haver apenas uma medida idônea, trata-se de verificar se não há uma outra medida estatal de restrição, diferente da utilizada ou que se pretende utilizar, mas igualmente adequada e eficaz, menos prejudicial ao direito fundamental em questão. Na

<sup>38</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 382-3, neste sentido destaca que “trata-se pois de controlar a relação de adequação medida-fim [...]”.

<sup>39</sup> E sobre esta questão BARROS, Suzana de Toledo. *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*. 3. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2003. p. 83; observa que “o processo de avaliação da necessidade de uma medida legal restritiva de direito é controlável e pode ser, em inúmeras situações, respaldada por provas, já que, assim como em relação ao subprincípio da adequação, está ligada à otimização de possibilidades fáticas [...]”.

hipótese da existência de vários meios idôneos, ordena-se a escolha daquele que é menos gravoso ao exercício do direito fundamental.<sup>40</sup>

### 3.2.4.3 Princípio da proporcionalidade em sentido estrito

O terceiro elemento, Princípio da Proporcionalidade, *stricto sensu* (*Verhältnismässigkeit*), também conhecido como Princípio da Justa Medida ou da Racionalidade, vem complementar os subprincípios da necessidade e da adequação, traduzindo-se na indicação de que o meio utilizado na escolha de um bem da vida em conflito foi proporcional e razoavelmente adequado ao fim perseguido.<sup>41</sup>

Barros (2003, p. 87) destaca que: “A proporcionalidade em sentido estrito é um princípio que pauta a atividade do legislador segundo a exigência de equânime distribuição de ônus”.

Este terceiro princípio parcial concretizador implica que “los medios elegidos deban mantenerse en una relación razonable con el resultado perseguido”.<sup>42</sup>

Para *Steinmetz* (2001, p. 152),

examina-se a relação de proporcionalidade, de racionalidade, entre a decisão normativa – observando-se os efeitos que ela produz sobre o direito fundamental que restringe ou afeta – e a finalidade perseguida. O princípio exige que na relação meio-fim haja uma reciprocidade razoável, racional.

Segundo *Canotilho*, “meios e fim são colocados em equação mediante um juízo de ponderação, com o objectivo de se avaliar se o meio utilizado é ou não desproporcionado em

<sup>40</sup> GAVARA DE CARA, Juan Carlos. *Derechos fundamentales y desarrollo legislativo: la garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la Ley Fundamental de Bonn*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1994. p. 304.

<sup>41</sup> ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos ...*, op. cit., p. 112, esclarece que “a máxima da proporcionalidade, em sentido estrito, quer dizer, o mandato de ponderação segue-se à relativização quanto às possibilidades jurídicas. Se uma norma de direito fundamental com carácter de princípio entra em colisão com um princípio oposto, então a possibilidade jurídica da realização da norma de direito fundamental depende do princípio oposto. Para chegar a uma decisão, é necessária uma ponderação no sentido da lei de colisão”. Como a aplicação de princípios válidos, quando são aplicáveis, está ordenada e como para a aplicação no caso de colisão se requer uma ponderação, o carácter de princípio das normas dos direitos fundamentais implica que, quando entram em colisão com princípios opostos, está ordenada uma ponderação. Mas, isto significa que a máxima da proporcionalidade em sentido estrito é deduzível do carácter de princípio das normas de direito fundamental”.

<sup>42</sup> BVerfGE 35, 382 (401) apud MEDINA GUERRERO, Manuel. *La vinculación negativa del legislador a los derechos fundamentales*. Madrid: McGraw-Hill, 1996. p. 121.

relação ao fim”. É o princípio da justa medida.<sup>43</sup>

### 3.2.5 O papel e a importância da aplicação do princípio da proporcionalidade

Seguramente, o papel do princípio da proporcionalidade na hipótese de conflitos ou restrições de normas é o de buscar o ponto de equilíbrio entre os interesses que estão em jogo e que aparentemente se encontram em situação de conflito.

Analisando o tema, *Steinmetz* (2001, p. 155) aponta no sentido de que

a finalidade do princípio da proporcionalidade é a proteção dos direitos fundamentais, garantindo a otimização desses direitos segundo as possibilidades fáticas e jurídicas. O princípio autoriza somente restrições ou limitações que sejam adequadas, necessárias, racionais ou razoáveis. Operacionaliza-se mediante um procedimento metódico racional, o qual pressupõe [a] a existência de uma estrutura meio-fim, [b] que o fim seja constitucional, [c] que se identifiquem as circunstâncias relevantes do caso [na hipótese de colisão de direitos fundamentais] e, [d] que, por fim, apliquem-se, sucessivamente, os três princípios parciais constitutivos.

Por aí verificamos qual a importância para a nossa investigação do princípio da proporcionalidade, ou como preferem alguns autores, do princípio da proibição do excesso.

A função do princípio da proporcionalidade *latu sensu* é garantir a incolumidade dos direitos fundamentais do cidadão, de modo que, se houver intervenção pelo Estado ou por particular, ela seja razoável, sem excessos ou em harmonia com os elementos caracterizadores do princípio da proporcionalidade em sentido amplo.

O princípio da proporcionalidade, como adverte *Barros* (2003, p. 95), é “uma garantia especial, traduzida na exigência de que toda intervenção estatal na esfera se dê por necessidade, de forma adequada e em justa medida, objetivando a máxima eficácia e otimização dos vários direitos fundamentais concorrentes”.<sup>44</sup>

Daí ser o principal papel do princípio da proporcionalidade proteger o núcleo essencial dos direitos fundamentais.

<sup>43</sup> *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, p. 263. Nesse sentido, Gavara de Cara informa que o TCF alemão formula o princípio tanto positiva como negativamente. Tratando-se de decisão legislativa – o mesmo vale para uma decisão judicial –, a decisão “[...] no puede situarse fuera de relación con el objeto perseguido (en su formulación negativa) como que la decisión legislativa debe mantener una relación razonable con la finalidad perseguida (en su formulación positiva)” (*op. cit.*, p. 309).

<sup>44</sup> Para ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos ...*, *op. cit.*, p. 112, “os princípios são mandatos de otimização com respeito a possibilidades jurídicas e fáticas. A máxima da proporcionalidade em sentido estrito, vale dizer, o mandato de ponderação, se baseia na relativização com respeito às possibilidades *jurídicas*. Se uma norma de direito fundamental com caráter de princípio entra em colisão com o princípio oposto, então a possibilidade jurídica da realização da norma de direito fundamental depende do princípio oposto. Para chegar a uma decisão, é necessário uma ponderação no sentido da lei de colisão”.

Demonstrado o exato papel e a importância do princípio da proporcionalidade, é curial definir que direitos são protegidos e resguardados por meio dele, pelo ordenamento jurídico.

Canotilho (2003, p. 618) adverte que existe um núcleo essencial dos direitos, liberdades e garantias que não pode, em caso algum, ser violado e que mesmo nos casos em que o legislador está autorizado constitucionalmente a restringir esses direitos há um núcleo essencial intocável.<sup>45</sup> Mas qual o critério e como se identificam tais valores, já que o legislador constituinte não os especificou, deixando a tarefa a um criterioso juízo de valor do aplicador do direito.

O referido autor (*ibid.*, p. 618-9) aponta dois critérios a serem observados: o primeiro, pelo objeto de proteção, o segundo, pelo valor da proteção.

Falando do objeto de proteção, o autor traz a lume a Teoria Objetiva, pela qual o núcleo essencial de um direito é protegido tendo em conta a existência de uma norma objetiva, ou, por suas palavras: “O objeto de proteção do preceito é a garantia geral e abstrata prevista na norma e não a posição jurídica concreta do particular”.<sup>46</sup> Já pela Teoria Subjetiva, o núcleo de proteção essencial aos direitos fundamentais seria formado pela própria condição da pessoa, do cidadão, e não pelo aspecto objetivo da norma em si.<sup>47</sup>

O critério de proteção e, segundo a ideia do autor citado, as orientações para definir o núcleo dos direitos essenciais a que se dirige, seriam vistos sob duas perspectivas: pela teoria absoluta, haveria direitos que não admitem renúncia nem relativização, logo resultam num núcleo intangível; pela teoria relativa haveria direitos passíveis de alguma flexibilização, que podem, portanto, admitir a renúncia, sofrer limitações e restrições, dentro de previsão e limites ditados pelo princípio da proporcionalidade.

Exemplo de limite que o direito suporta e a norma autoriza é o das escutas telefônicas autorizadas judicialmente, e outros casos de intrusão na vida privada do cidadão. A restrição só será definida por caso concreto, daí não ser possível estabelecer para ela um

---

<sup>45</sup> Em sentido idêntico CASTRO, Mônica Neves Aguiar da Silva. *Honra, imagem, vida privada e intimidade, em colisão com outros direitos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 116-117, esclarece que “havendo colisão de direitos, há que ser defendida a flexibilização da atuação do Magistrado, no sentido de examinar, concretamente, em que consiste essa colisão e decidir, no caso posto, qual direito deve prevalecer, ou, ao revés, sustentar a existência de um conteúdo mínimo de cada um dos direitos, também chamado de núcleo duro, e que não pode ser afastado, ainda que para privilegiar o outro bem, titulado por pessoa diversa ou manifestado perante o Estado”.

<sup>46</sup> NOVAIS, Jorge Reis. *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela constituição*. Coimbra: Coimbra, 2003.

<sup>47</sup> Id. *Ibid.*, p. 619-20.

parâmetro genérico, e deve ser a última *ratio* sob pena de comprometer o Estado de Direito Democrático e banalizar o uso do princípio da proporcionalidade.

Uma vez posta a questão da delimitação do núcleo essencial dos direitos fundamentais, temos que orientar a investigação frontalmente para o campo de atuação do princípio da proporcionalidade sobre os direitos fundamentais em colisão, em especial a relação travada pelo empregado e pelo empregador.

Daí vem a importância da aplicação do princípio da proporcionalidade, que deverá ponderar os valores dos bens da vida em conflito.<sup>48</sup>

Qual o critério a ser escolhido para a ponderação dos bens<sup>49</sup> em conflito no caso concreto? Esse questionamento é respondido com a existência dos princípios e notadamente do princípio da proporcionalidade.

Figuremos a hipótese de um empregado ter sido surpreendido várias vezes na posse de objetos e revistas obscenos em horário de serviço, fazendo, inclusive, gracejos com os colegas de sexo oposto, com total quebra da fidedignidade pelo mau comportamento no trabalho. Fatos comprovados seguidamente pelos colegas que, incomodados, solicitam providências aos superiores hierárquicos, sem que haja meios ordinários de surpreendê-lo nessas práticas faltosas. Ante a total ausência de condições para flagrá-lo, o empregador resolve instalar câmera de vigilância no local onde isso costuma ocorrer e, com esse recurso, comprova denúncias feitas contra o empregado.

Indaga-se: houve colisão de direitos? O empregador excedeu-se, ao invadir a vida privada do trabalhador com a filmagem sub-reptícia? O empregado abusou do seu direito de

<sup>48</sup> Realmente o tema é bastante tormentoso, não só na doutrina como também na jurisprudência, e os cultores do direito muitas vezes deparam-se com situações em que, na prática, não sabem como proceder, porquanto, os bens da vida que estão em conflito naquele caso concreto, têm, muitas vezes, o mesmo valor intrínseco para cada titular ou até para o próprio ordenamento jurídico. Nesse passo SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 5. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 379, esclarece que “no âmbito da problemática da vinculação dos particulares, as hipóteses de um conflito entre os direitos fundamentais e o princípio da autonomia privada pressupõem sempre uma análise tópico-sistemática, *calcada nas circunstâncias específicas do caso concreto*, devendo ser tratada de forma similar às hipóteses de colisão entre direitos fundamentais de diversos titulares, isto é, buscando-se uma solução norteadora pela ponderação dos valores em pauta, almejando *obter um equilíbrio* e concordância prática, caracterizada, em última análise, pelo *não-sacrifício completo de um dos direitos fundamentais*, bem como *pela preservação na medida do possível, da essência de cada um*”.

<sup>49</sup> Adverte ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos ...*, *op. cit.*, p. 157, que “muitas vezes se tem objetado contra o conceito de ponderação que não constitui um método que permita um controle racional. Os valores e princípios não regulam por si mesmos sua aplicação, vale dizer, a ponderação tombaria sujeita ao arbítrio de quem a realiza. Ali onde começa a ponderação, cessaria o controle por meio das normas e dos métodos. Assim se abriria o campo para o subjetivismo e ditadura judicial. Estas objeções valem na medida em que se infere que a ponderação não é um procedimento que, em cada caso, conduza exatamente a um resultado. Mas, não valem na medida em que delas se infira que a ponderação não é um procedimento racional ou é irracional”.

liberdade de expressão? As situações deverão ser equacionadas sob a ótica do princípio da proporcionalidade.

Antes de tudo, não devemos olvidar que nenhum direito é absoluto nem ilimitado, e como o ordenamento jurídico abomina os comportamentos ilegítimos, temos que admitir que a situação descrita é tipificada pela colisão de direitos, e sua solução tem que ser harmonizada com as circunstâncias que o caso oferece.

Primeiro, o empregado, no exercício de suas funções, excedeu o seu legítimo direito de ir e vir e de ter preservado seu direito à imagem. Em comportamentos inadequados perante seus colegas e a empresa praticou atos contrários à moral e aos bons costumes. Isso é um fato *inconteste*.

Segundo, o empregador, por legítima defesa ou em estado de necessidade jurídica, só dispunha do meio utilizado, a videovigilância, para registrar os atos de mau comportamento do empregado.

No caso em foco, há de se fazer uma aferição axiológica, levando em consideração os sujeitos envolvidos, a condição de cada um e os bens da vida em jogo, a fim de que o aplicador do direito adote a solução que seja mais adequada ao caso.

Por fim, temos que aceitar como correto o argumento de que toda celeuma em torno das restrições dos direitos repousa na justa medida da relação meio-fim para se chegar a solução. O único caminho, salvo melhor juízo, é dosá-la com o princípio da proporcionalidade.

Interessante se faz observar, ainda, segundo *Steinmetz* (2001, p. 215-6) que

o princípio da proporcionalidade, de modo especial a ponderação de bens, como afirmou Alexy<sup>50</sup>, não conduz a um único resultado possível correto, a uma resposta correta, porque é um procedimento aberto. Contudo, seu resultado pode ser racionalmente fundamentado. Uma racionalidade possível, é bem verdade; mas uma racionalidade. A ponderação de bens, ao contrário do que pensa Otto y Pardo, não permite ou autoriza qualquer coisa, tomar qualquer decisão. Que isso é correto evidenciam a lei de colisão, a lei da ponderação e o modelo jusfundamental de fundamentação de Alexy.

Já, em que pesem opiniões contrárias ao uso do princípio da proporcionalidade, por entenderem que o ordenamento jurídico corre o risco de ver o direito à mercê do casuísmo e na aplicação do justo de acordo com o caso particular, ousamos discordar desse entendimento e aceitar como imprescindível que certos direitos devem se impor a outro pelo próprio estado de necessidade que os fatos por si só justificam; e para achar este critério outro meio não há senão com o socorro ao princípio da proporcionalidade.

<sup>50</sup> *Teoría de los derechos fundamentales*, p. 525.

Daí o esclarecimento de *Bonavides* (2004, p. 426) sobre

o princípio da proporcionalidade ter muito a ver com a tópica,<sup>51</sup> embora os juristas alemães não hajam ainda atentado para este aspecto, pois, o juiz ao fazer a justiça do caso concreto, ou particular se aparenta consideravelmente com a equidade e é um eficaz instrumento de apoio às decisões judiciais que, após submeterem o caso a reflexões prós e contras [*Abwägung*], a fim de averiguar se na relação entre meios e fins não houve excesso [*Übermassverbot*] concretizam assim a necessidade do ato decisório de correção.

Como podemos observar, a aplicação do princípio da proporcionalidade torna-se de extrema importância nos dias de hoje para a solução das colisões dos direitos fundamentais, pois serve como critério balizador para fornecer meios ao julgador, para que em cada caso concreto, seja dada a melhor solução que o caso mereça.

---

<sup>51</sup> A respeito do método tópico, Silva Neto, Manoel Jorge. *Curso básico de direito constitucional*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, v. I, 2004. p. 136, observa que “o método tópico constitui a técnica de pensamento que se orienta para o problema, entendendo-se como tal toda questão que aparentemente admite mais de uma resposta e requer compreensão prévia”.

## 4 MECANISMOS DE MONITORAÇÃO NO BRASIL E EM OUTROS PAÍSES

### 4.1 A MONITORAÇÃO DO TRABALHADOR NO ÂMBITO DO TRABALHO

O empregador tem a autoridade indispensável de dirigente da empresa, que propicia o trabalho ao empregado. Natural, portanto, dispor de prerrogativas necessárias a atingir esse fim.

Segue-se que o próprio ordenamento jurídico lhe dá poderes de legislar (no sentido de estabelecer norma *interna corporis* na empresa), dirigir, organizar, fiscalizar, disciplinar a atividade empresarial, com vistas ao bem comum almejado pela parceria capital/trabalho.

Logo, o que caracteriza a relação de empresa é a conjugação da atividade humana do empregado com a direção do empregador. Nisso, a atividade humana tem que ser condicionada por um vínculo de subordinação jurídica (decorrente do contrato) em grau absoluto.

Sua face hierárquica autoriza o empregador a exercer poder diretivo fiscalizador e sancionador sobre a prestação do empregado. Esse poder é de essência contida pela reserva de jamais contrariar as prescrições dos direitos fundamentais, e da moral, de ordem pública porque garantem o respeito ao trabalhador.<sup>52</sup>

Ao poder hierárquico corresponde o dever de obediência do empregado.

A introdução de certos meios tecnológicos no âmbito laboral, *v. g. internet*, correio eletrônico, videocâmeras, telefonia fixa e móvel, *webcams*, fax, dentre outros, fez crescer a potestade fiscalizadora e controladora do empregador, repercutindo na vida privada do trabalhador, a ponto de causar-lhe sérios danos psicológicos, bem como alguns transtornos fisiológicos, por sentir-se continuamente monitorado durante a prestação laboral.

Para *Pinto* (2003, p. 266), o poder é elemento inerente à organização, daí afirmar que “não há poder sem hierarquia e não há hierarquia sem disciplina e, sendo a empresa, por definição, uma organização, o poder do dirigente emerge de sua origem, com o sentido absoluto que caracteriza o poder da criação”.

---

<sup>52</sup> Silva Neto, Manoel Jorge e. *Direitos fundamentais e o contrato de trabalho*. São Paulo: LTr, fev. 2005. p. 87, observa que “ninguém duvida que o poder diretivo do empregador é o apanágio mais genuíno do exercício do direito de propriedade da empresa, cumprindo-lhe tudo fazer para viabilizar a sobrevivência da unidade e a concretização dos seus objetivos, propósitos que, de mais a mais, se encontram constitucionalmente positivados como princípios gerais da atividade econômica (art. 170, II e IV); agora, o que nem mesmo o mais extremado defensor do poder diretivo empresarial poderá sustentar é a impossibilidade de adscrição de limites a tal poder, designadamente quando conspurcada garantia individual, como é o caso do direito à intimidade.”

Registramos por oportuno, que esta subordinação é absoluta, em relação ao direito, mas relativa, diante das forças morais que preservam a atividade humana do trabalhador, daí concluímos que o poder hierárquico termina dobrado a limites de ordem legal e contratual.<sup>53</sup>

Por outro lado, é a Constituição o primeiro instrumento a impedir que os direitos fundamentais do trabalhador sejam absolutos, pois reconhece ao empregador, também, outros direitos fundamentais.

Aliás, a subordinação jurídica e o poder de controle do empregador são modelados por circunstâncias, tipo de serviço, funções exercidas e nível de instrução do empregado, modulações destinadas a avaliar, em cada caso, excessos cometidos pelo empregador em confronto com direitos fundamentais do empregado.

O poder de vigilância deriva não só do poder diretivo, como também do poder hierárquico do empregador, que consiste em verificar e vigiar a exata e correta execução da atividade laborativa, imposta pelo empregador, pelos prepostos ou por pessoas delegadas para tal *desideratum*.

Daí ser admissível, dentro dos limites legais, a utilização de aparelhos audiovisuais, não só quando autorizados por lei, mas também quando a própria atividade organizadora e produtiva empresarial o exigir, por segurança do trabalho além de proteger a própria segurança dos trabalhadores.

Na prática, essa monitoração vem ocorrendo de forma incondicionada e clandestina, muitas vezes resultando em comportamentos vexatórios, lesivos à honra e à dignidade dos trabalhadores, bem assim, os controles e vigilâncias não justificados por exigência organizativa da empresa.<sup>54</sup>

No Brasil, em que pese inexistir uma legislação específica sobre o poder de controle do empregador, em casos de instalações de aparelhos de vigilância à distância, essa atividade deve ser previamente comunicada e autorizada pelo órgão competente, a exemplo do Ministério de Trabalho e de seus inspetores.

Um exemplo bastante elucidativo do controle a distância é o do teletrabalho, em que se vê a justa necessidade de fazê-lo.

O teletrabalho é um dos mais vivos efeitos da tecnologia informática e telemática no âmbito do trabalho. É uma das prerrogativas do empresário e, em particular, do seu poder

---

<sup>53</sup> O art. 29 da Diretiva n. 95/46/CE, criado com o intuito de examinar as questões relacionadas com a proteção de Dados e Privacidade, organizou um Grupo de Trabalho, como órgão consultivo independente da EU em matéria de proteção de Dados e Privacidade ao amparo do art. 29 da referida Diretiva.

<sup>54</sup> Resulta de maior interesse lembrar que a colocação desses aparelhos, na maioria dos casos é efetuada por motivos técnicos ou objetivos, mas não se pode olvidar que freqüentemente servem para exercer um *controle clandestino* sobre os trabalhadores, o que resulta na lesão ao direito à intimidade e dignidade destes.

diretivo, constituindo um dos novos modelos de contrato de trabalho, com a peculiaridade de que não é executado de forma direta e sucessiva, como os demais contratos.<sup>55</sup>

Esse tipo de trabalho traz a vantagem de estabelecer relação não só em âmbito nacional, como internacional, porquanto o cumprimento da prestação laboral pode ser efetuado *on line* e controlado a distância, sem que com isso configure invasão de privacidade do trabalhador (RIBEIRO, 2008, p. 52).

Como já vimos, o desenvolvimento das novas tecnologias na empresa tem gerado uma série de conflitos, porquanto o ordenamento jurídico não tem uma normatização adequada, justa e sistemática para apreciar as questões que surgem em face da utilização inadequada desses instrumentos modernos e indispensáveis ao desenvolvimento de qualquer empreendimento.

O teletrabalho é um desses exemplos que o nosso ordenamento jurídico vem enfrentando timidamente, visto que inexistente na legislação trabalhista uma regulamentação específica tratando da matéria, muito embora haja um projeto de Lei que tramita no Congresso Nacional normatizando o assunto. Diferentemente acontece nos demais países europeus – sobretudo os da Comunidade Européia, - que vêm dando relevo e importância a esse tipo de trabalho, ante as vantagens que apresenta para estabelecer relações no cenário nacional e internacional.

Já o controle de revista pessoal sobre a pessoa do trabalhador é vedado, salvo quando previamente acordado pelo Sindicato ou Comissão Interna da Empresa e, ainda assim, preservando a dignidade do trabalhador.

O fato é que em todos os países – a exemplo de Brasil, Portugal, Espanha, Itália, dentre outros – é a própria Constituição que garante a liberdade de iniciativa econômica e privada dos empresários, que não deve ser desenvolvida em desrespeito à liberdade e à dignidade do trabalhador.

Logo, no círculo do trabalho quem traça as regras é o empregador, cabendo ao empregado cumpri-las com lealdade e boa-fé, mesmo que esteja alienando sua energia física e

---

<sup>55</sup> Este modo de trabalho prospecta problemas complexos e delicados por isso que segue o controle com respeito às normas de segurança e assim por diante; mas disso projeta algumas questões particularmente relevantes no que diz respeito aos direitos, tradicionais e novos. O trabalhador que desenvolve a sua atividade em uma empresa ou em um escritório faz parte de um conjunto, porque outros trabalham a seu lado e com ele trocam informações, participa da assembleia e assim por diante. O teletrabalho apresenta aspectos de grande comodidade, porque suprime o percurso do e em direção ao trabalho, porque consente de escolher modalidade de desenvolvimento da prestação menos rígida, e porque, enfim, libera das fadigas da presença contínua e da necessidade de relações intersubjetivas. Mas existe o reverso da medalha, porque quem trabalha sozinho é cortado e de alguma forma segregado e isolado, enfim não participa mais. A solidão é indicada em 'outros Países' como possível fonte de stress e de inaptidão.

mental. Isso, porém, não deve significar que tenha também que alienar sua qualidade de ser humano, fonte de direitos personalíssimos inalienáveis e irrenunciáveis, porquanto, não é o fato de ser uma relação jurídica privada que vai inibir a aplicação dos direitos fundamentais do trabalhador na relação jurídica laboral.<sup>56</sup>

O avanço da tecnologia, notadamente nos meios de comunicação e de monitoração visual eletrônica, ameaça crescentemente a privacidade do trabalhador, na medida em que esses meios não só se integram à própria estrutura organizacional da atividade econômica como, na maioria das vezes, têm o fito, ainda que escamoteado, de controlar a produtividade, qualidade, disciplina e o desempenho dos trabalhadores no cumprimento da prestação laboral. Daí vem a utilização de câmeras de vídeo, *e-mails*, *internet*, e controle de ligações telefônicas.

A lei reconhece a liberdade do empregador em organizar seus meios de produção de acordo com as mudanças tecnológicas ocorridas no dia-a-dia, mesmo porque essa liberdade defluiu do próprio direito de propriedade reconhecido ao empreendedor pela Constituição da República.

Em que pese a possível vulnerabilidade de alguns direitos de matiz constitucional pelo uso dos instrumentos eletrônicos e dos demais meios de controle de fiscalização laboral, não são todas as situações que desembocam na redução dos direitos fundamentais do trabalhador. Porque a relação de emprego deva pautar-se na boa-fé, na lealdade e na transparência, estabelece-se a necessidade de o empregador informar ao trabalhador a existência e emprego desses controles, evitando, com isso, surpresas desagradáveis tais como a intromissão na sua esfera pessoal, por mais que a existência de atividades com monitoração eletrônica seja, por vezes, fundamental e quase indispensável à proteção da propriedade e até à do empregador e segurança dos trabalhadores.

Os mecanismos de monitoração no âmbito do trabalho constituem uma realidade irreversível, seu uso indiscriminado e arbitrário pelo empregador é que pode arranhar direitos fundamentais do empregado, notadamente o decantado direito à privacidade.

O uso de aparelhos audiovisuais e eletrônicos com a finalidade de controle a distância da atividade do trabalhador é proibido em quase todos os ordenamentos jurídicos preocupados com o recato dos direitos fundamentais, emanado da consciência da dignidade da pessoa.

---

<sup>56</sup> Na sociedade tecnológica de nosso tempo, os cidadãos mais sensíveis à defesa dos direitos fundamentais se sentem abalados ou aterrorizados porque advertem que as conquistas do progresso vêm comprometidas por graves ameaças para sua liberdade, sua identidade ou inclusive sua própria sobrevivência.

Na Itália o Estatuto dos Trabalhadores – ET (*Statuto dei Lavoratori*), no seu art. 4º, proíbe o uso de aparelhos audiovisuais e outros, direcionados ao controle de trabalhadores a distância. A Lei n. 300/70 contém numerosas disposições em seu título I (v. arts. 2, 3, 4, 5, 6, 7 e 8), tutelando e limitando o exercício dos poderes diretivos conferidos ao empregador, a fim de salvaguardar os direitos fundamentais dos trabalhadores.

Na França a legislação trabalhista não admite a monitoração visual, salvo nos casos extremos de necessidade da empresa.

Na Alemanha a proibição só é excepcionada quando o empresário comprovar a necessidade permanente da empresa.

Na Espanha as leis de proteção de dados pessoais são das mais duras no mundo, ante a posição prevalecente dos direitos fundamentais, embora não exista uma proibição geral quanto à utilização dos meios de controle a distância no âmbito laboral.

O art. 20, 3 do Estatuto dos Trabalhadores – ET (Espanha) reconhece legalmente o poder diretivo do empresário, com uma oportuna referência às medidas de vigilância e controle para verificar que o trabalhador cumpra suas obrigações e deveres laborais. Mas, é no seio do próprio artigo que se restringe essa ampla liberdade e faculdade do empregador ao exigir respeito à dignidade pessoal do trabalhador.

Em Portugal o CT admite em seu art. 20 a monitoração em casos especiais, cabendo ao órgão competente Comissão Nacional de Proteção de Dados (CNPD)<sup>57</sup> regulamentar o processamento de dados.

No âmbito da União Européia há proibição decorrente da Diretiva n. 95/46, de 24 de outubro de 1995, concernente à proteção das pessoas físicas no que diz respeito ao tratamento de dados individuais e à livre circulação desses dados.

Infelizmente o sistema jurídico brasileiro não possui norma legal expressa, ordinária ou constitucional, que trate sobre o poder de vigilância do empregador e os limites em face aos direitos fundamentais do trabalhador.

Em que pese inexistir uma lei específica, tem-se tolerado a câmera de vídeo, desde que os trabalhadores ou suas representações sindicais tenham sido previamente informados, ou tenham conhecimento da existência desses mecanismos de monitoração.

Qual a razão do risco? Sabidamente a tendência para o uso abusivo, indiscriminado e arbitrário pelo empregador em transformar os aparatos em meios de bisbilhotar e controlar a vida dos empregados.

---

<sup>57</sup> A CNPD é uma Entidade Pública independente que funciona junto à Assembléia da República.

Há que verificar-se, de qualquer forma, que a monitoração é absolutamente necessária para um determinado fim. Por exemplo, a monitoração do correio eletrônico de um trabalhador poderá ser o meio apropriado e necessário para obter-se uma confirmação ou provas de comportamento e ações caracterizadoras de indisciplina e insubordinação no curso do Contrato de Trabalho, a fim de que o empregador possa defender os seus interesses e responsabilizar o infrator pelos seus atos criminosos.<sup>58</sup>

Daí ser admissível, em situações extremas, a monitoração dissimulada com o único intuito de se preservarem interesses e liberdades de outrem, da segurança nacional pelos seus atos criminosos, de investigações e de repressão de infração penais.

Quanto ao controle de meios e do acesso à *internet* no local de trabalho, a CNPD adotou vários princípios, entre eles o de considerar legítimo que a empresa proceda e leve a cabo um controle de tráfego nos seus sistemas informáticos, tendo em vista assegurar a sua operacionalidade e segurança.

Diante dessa realidade, discorreremos sobre os tipos de monitoração possíveis no âmbito laboral e a indispensável salvaguarda dos direitos e interesses constitucionalmente protegidos dos trabalhadores.

## 4.2 TIPOS DE MONITORAÇÃO NO ÂMBITO LABORAL

### 4.2.1 Monitoração audiovisual

Fruto do avanço tecnológico constitui-se em uma das ferramentas de adjutório positivo aos empreendedores, não só para a utilização em benefício da própria empresa, mas como um instrumento probatório de grande valia para monitorar o comportamento e desempenho do empregado, durante a execução dos serviços.<sup>59</sup>

---

<sup>58</sup> Importante salientar a respeito do uso irregular das novas tecnologias no âmbito laboral, alguns convênios coletivos já estão incorporando nas suas cláusulas contratuais como ato faltoso do empregado, a utilização das ferramentas tecnológicas para assuntos privados.

<sup>59</sup> A propósito da vigilância, Foucault, Michel. *Vigiar e punir*. 18. ed. Petrópolis: Vozes, 1998. p. 148, admite que “foi, sem dúvida, uma das grandes ‘invenções’ técnicas do século XIV e que sua insidiosa extensão deve sua importância às novas mecânicas de poder, que traz consigo. O poder disciplinar, graças a ela, torna-se um sistema ‘integrado’, ligado do interior à economia e aos fins do dispositivo onde é exercido. Organiza-se assim como um poder múltiplo, automático e anônimo; pois, se é verdade que a vigilância repousa sobre indivíduos, seu fundamento é de uma rede de relações de alto a baixo, mas também até um certo ponto de baixo para cima e lateralmente; essa rede ‘sustenta’ o conjunto, e o perpassa de efeitos de poder que se apóiam uns sobre os outros; fiscais perpetuamente fiscalizados. O poder de vigilância hierarquizada das disciplinas não se detém como uma coisa, não se transfere como uma propriedade; funciona como uma

A vigilância é um dos aspectos do poder de direção do empresário que o exerce sobre o cumprimento da prestação laboral.

Uma dessas faculdades controladoras é a videovigilância, que se traduz essencialmente no uso de câmeras com a finalidade de reter e captar imagens de uma ou diversas pessoas, ou de determinados fatos, situações e ocorrências que poderão ou não vir a ser meio de prova.

Os aparelhos de controle mais utilizados nas empresas são os meios audiovisuais, que normalmente servem para captar e gravar as imagens e os sons. Entre eles destacam-se as filmadoras em câmeras de televisão e os circuitos internos, que permitem exercer o controle sem ser vistos pelos trabalhadores.

Estas são algumas das muitas e variadas técnicas sofisticadas de controle a que o trabalhador é submetido, não se esquecendo que, com o avanço da tecnologia, outros tantos procedimentos de controle poderão ser utilizados de forma clandestina na vigilância laboral.

Anteriormente a essas técnicas audiovisuais, já se instalava o tacógrafo no motor dos veículos, como meio de controle em relação ao transporte, a fim de registrar velocidade, tempo gasto, paradas feitas pelo motorista durante o percurso nas viagens de ida e retorno, ao realizar a carga de mercadorias e pessoas, dentre outras coisas.

Essa vigilância constante retrata para Michel Foucault (*O Panoptismo*) o ponto de partida de uma “anatomia política”, cujo objeto e fim não é a relação de soberania, mas as relações de disciplina. A figura arquitetural dessa composição é o Panóptico de *Bentham* no anel periférico, se é totalmente visto, sem nunca ver; na torre central, vê-se tudo, sem nunca ser visto. O dispositivo panóptico, ao induzir um estado consciente e permanente de visibilidade, automatiza e desindividualiza o poder.

Daí Foucault (1998, p. 148) considerar o Panóptico como uma máquina maravilhosa que, a partir dos desejos mais diversos, produz efeitos homogêneos de poder, assim, uma sujeição real nasce mecanicamente de uma relação fictícia. O esquema panóptico é um intensificador para qualquer aparelho de poder: assegura sua economia (em material, pessoal e tempo); assegura sua eficácia por seu caráter preventivo, funcionamento contínuo e mecanismos automáticos: sendo uma maneira de criar relações de poder numa função e uma função para as relações de poder.

Também conhecida como vigilância ou câmeras de filmagens, este tipo de monitoração aparece no cenário jurídico como uma das formas de intromissão nos direitos

---

máquina. E se é verdade que sua organização piramidal lhe dá um ‘chefe’, é o aparelho inteiro que produz ‘poder’ e distribui aos indivíduos, pois funciona permanentemente e em grande parte em silêncio [...]”.

fundamentais e na liberdade dos trabalhadores. Nos dias de hoje a videovigilância é uma realidade incontestável. Sua utilização fundamentalmente é voltada para a segurança de pessoas e coisas, daí seu interesse público e privado no controle de infração, prevenção, como meio de provas, e detecção dentre outros interesses legítimos.

No CT, o art. 20 traça algumas condições em que devem ser utilizados “meios de vigilância no local de trabalho”.<sup>60</sup>

O ordenamento jurídico português atrelou o tratamento de imagem, notadamente a videovigilância, às normas traçadas pela CNPD.

A proibição não é a de uso dos aparelhos audiovisuais, mas da distorção dos resultados visados, que resulta à dos direitos fundamentais do trabalhador.

A utilização dos aparelhos audiovisuais na esfera do trabalho para monitorar a atividade laboral sofre proibições em quase todo ordenamento jurídico, em especial nos países que prezam a dignidade do trabalhador, ainda que permitam seu uso com objetivo de proteção de pessoas e bens, a exemplo de cassinos e estabelecimentos bancários.

A Diretiva n. 95/46/CE se aplica ao tratamento de dados pessoais,<sup>61</sup> inclusive aos dados de som e imagem, por meio de círculos fechados de televisão e outros sistemas de videovigilância.

Na Espanha, por exemplo, a utilização de câmeras, em lugares abertos ao público, decorre em sua maioria da luta policial contra as desordens públicas e da preocupação anti-terrorista, mas no ambiente de trabalho a lei admite-a, desde que a dignidade do trabalhador seja respeitada (art. 20 do ET).

O trabalhador que se sentir lesado em seus direitos fundamentais pode fazer valer seus direitos através da via judicial, na qual serão avaliados os requisitos de idoneidade, necessidade, proporcionalidade na atividade fiscalizadora do empregador.<sup>62</sup>

Na Alemanha, país precursor dos direitos fundamentais do cidadão, notadamente dos trabalhadores, não se admite o uso de câmeras de vídeo para fins de monitoração no âmbito do trabalho, por configurar uma violação aos direitos de personalidade. Excepcionalmente, ele

---

<sup>60</sup> Estabelece o art. 20.1 do CT português, “o empregador não pode utilizar meios de vigilância à distância no local de trabalho, mediante o emprego de equipamento tecnológico, com a finalidade de controlar o desempenho profissional do trabalhador. O inciso 2 prevê que “a utilização do equipamento identificado no número anterior é lícita sempre que tenha por finalidade a proteção e segurança de pessoas e bens, ou quando particulares exigências inerentes à natureza da atividade o justifique. Inciso 3 “nos casos previstos no número anterior o empregador deve informar o trabalhador sobre a existência e finalidade dos meios de vigilância utilizados.”

<sup>61</sup> A *Diretiva n. 95/46/CE* – define os “dados pessoais” como “qualquer informação relativa a uma pessoa singular identificada ou identificável [...]”.

<sup>62</sup> Em Espanha o empregador pode controlar e fiscalizar o empregado.

é aceito quando houver uma razão objetiva ou uma necessidade premente da empresa, desde que previamente autorizada pelos trabalhadores.

Na França, a utilização dos aparelhos audiovisuais via de regra se destina a evitar crimes comuns, preservando-se o patrimônio do empregador, não sendo admitido para fins de controle do trabalhador.

Na Itália, o *Statuto dei Lavoratori* (Estatuto dos Trabalhadores), conforme já vimos, em seu art. 4º, (Lei n. 300/70) proíbe expressamente a utilização de aparelhos eletrônicos e audiovisuais com a finalidade de controlar a atividade dos trabalhadores, salvo se destinados à segurança, com autorização prévia das comissões de fábrica, dos sindicatos ou trabalhadores diretamente.

Em Portugal, a utilização das câmeras de vigilância tem como escopo a proteção de pessoas e bens, traçando limites, que já vimos quanto ao uso no local de trabalho.

No Brasil, a CLT omite a monitoração audiovisual e eletrônica no âmbito do trabalho e, caso exista, por força da atividade empresarial, os trabalhadores ou seus representantes legais devem ser comunicados previamente.<sup>63</sup>

*Barros* (2006, p. 569) afirma que o legislador brasileiro não proibiu em nenhum momento a fiscalização e controle por meio de aparelhos audiovisuais, visto ser uma “decorrência lógica do avanço da tecnologia e poderá consistir em um instrumento probatório valioso na avaliação da conduta do empregado”.

O que se deve levar em conta ao instalar câmeras no ambiente de trabalho é o respeito para com o empregado, de forma que não venha a causar-lhe constrangimento. Por isso mesmo, seu uso deve ser adequado e não abusivo.

Daí a indagação sobre a *vexata quaestio*: a utilização da monitoração é transparente e sua utilização se justifica?

É necessária ou o empregador pode valer-se de outros meios menos invasivos como métodos de fiscalização, a exemplo da supervisão tradicional?

É justa para os trabalhadores a atividade de monitoração?

Essas são algumas indagações que são respondidas, levando-se em conta vários princípios, em especial o da proporcionalidade, da conveniência para os interesses do

---

<sup>63</sup> Curiosamente e de forma pioneira o Código Penal Brasileiro inseriu recentemente e por meio da Lei n. 10.803, de 11 de dezembro de 2003 em seu art. 149 o § 1º, que regulamenta os crimes contra a liberdade individual, dispondo *verbis*: Reduzir alguém à condição análoga à de escravo, quer submetendo-o a trabalhos forçados ou a jornada exaustiva, quer sujeitando-o a condições degradantes de trabalho, quer restringindo, por qualquer meio, sua locomoção em razão de dívida contraída com o empregador ou preposto: [...]; [...]; I [...]; II – “*mantém vigilância ostensiva no local de trabalho* ou se apodera de documentos ou objetos pessoais do trabalhador, com o fim de retê-lo no local de trabalho”.

empregador e da proteção contra a intrusão nos direitos fundamentais e liberdade dos trabalhadores.

O controle fora do permissivo legal configura intrusão, para utilizar a expressão adotada pela Organização Internacional do Trabalho (OIT), arbitrária e excessiva na esfera da vida privada do trabalhador.

O direito à propriedade, de cariz constitucional, conflita com os direitos fundamentais do trabalhador, que não devem obstar o desenvolvimento da empresa. O empregador e o empregado por força do vínculo laboral e no cumprimento dos seus direitos e obrigações devem exercê-los com lealdade e boa-fé, evitando-se, de lado a lado, o exercício abusivo.

Os meios de controle devem obedecer aos princípios da necessidade, razoabilidade, proporcionalidade, lealdade e boa-fé, devendo o empregador justificar que a escolha se deu com a falta de alternativa menos impactuante na esfera da vida privada do trabalhador. Sua utilização como meio de prova vai depender da finalidade perseguida.

Na prática, os empregadores costumam utilizar imagens recolhidas para fins de proteção de pessoas e de propriedade, e para detecção, prevenção e controle de infrações, servindo-se deles para punir o empregado por prática de infrações disciplinares durante a execução das atividades laborais. O ordenamento jurídico não recepciona tais posturas por considerar abusivas e fora dos permissivos legais salvo, inexistindo outros meios para apuração dos fatos, que justifiquem essa intromissão.

O que não se deve perder de vista é que a monitoração alia dois interesses opostos: de um lado, o ordenamento jurídico reconhecendo o direito à propriedade privada e a liberdade do empregador de promover os meios para administrar o seu patrimônio privado; de outro, a preservação do respeito pelos direitos fundamentais do trabalhador, não convertido em robô na relação, mas investido na condição de ser humano que deve ter preservada sua vida privada.

Portanto, o controle por videovigilância e outros meios eletrônicos é uma realidade dos tempos modernos e o poder diretivo do empregador guarda estreita conexão com o direito à intimidade do trabalhador. No ambiente do trabalho, este poder sofre limitações para não ferir a essência dos direitos fundamentais do cidadão.

Não seria banal indagarmos por que a lei resguarda o trabalhador de possíveis abusos e excessos pelo empregador na hipótese da monitoração visual no ambiente de trabalho. A resposta decerto seria fácil, pois em sendo ele a parte débil economicamente, expõe-se a sofrer coações por parte do parceiro economicamente forte posto que este, de posse de

algumas imagens colhidas subrepticiamente, estaria não só em situação de comprometer a relação de fidúcia e lealdade, como também de se valer abusivamente desses mecanismos para justificar o seu poder disciplinar.

Neste caso, o empregado poderá alegar que a sua privacidade foi violada, e as imagens colhidas pelo empregador, a depender da finalidade perseguida, conforme tenha sido ou não para preservar um bem maior, poderão ou não ser admitidas pelo ordenamento jurídico. Se, ao contrário, as imagens foram obtidas regularmente e dentro do balizamento legal, poderão ser utilizadas pelo empregador, inclusive como prova.

Em face do tema abordado, apresentaremos a jurisprudência selecionada.

O Tribunal Superior do Trabalho, em decisão de agosto de 2006, considerou que a monitoração com a instalação de câmeras para fins de segurança não ofende a intimidade e privacidade dos trabalhadores, estudantes e público em geral, pois visa evitar furtos e roubos. Em outras palavras, está dentro do uso razoável do poder diretivo.

Constata-se que as câmeras de vídeo que instalou em suas dependências [fotografias de fls. 65/70] não estão posicionadas em locais efetivamente reservados à intimidade dos empregados como banheiros, cantinas, refeitórios ou salas de café, nos quais, aí sim, seria inadmissível a prática de fiscalização eletrônica por parte do empregador, sob pena de violação aos referidos direitos fundamentais de seus empregados. Pelo contrário, foram postas em locais onde notoriamente é mais provável a ação de criminosos, como a portaria, a tesouraria ou o estacionamento da instituição de ensino. Além do mais, os documentos de fls. 60/64 comprovam que os obreiros têm ciência da instalação do equipamento audiovisual, de modo que as filmagens não são feitas de modo sorrateiro, evitando, assim, que haja gravação de eventual situação inocente, porém constrangedora aos empregados. [fls. 119] (BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. AIRR nº 1830/2003-011-05-40. Relatora: Ministra Maria Cristina Irigoyen Peduzzi).

Vale ressaltar, ainda com base nesse entendimento do referido Tribunal, que não poderá haver monitoração em refeitórios, cantinas, salas de café e banheiros por violarem dispositivos constitucionais fundamentais como a intimidade, vida privada, honra e imagem (art. 5º, inc. X, CF). Deve-se, ainda, estender por analogia tal posicionamento aos ambientes de repouso e aos destinados aos serviços médicos ou de medicina do trabalho.

Corroborando esse entendimento, o seguinte acórdão do TST, com relação à utilização de câmeras nos banheiros:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA. DANO MORAL RECONHECIDO. RATIFICAÇÃO. Nos termos do eg. Regional, revelando-se incontroversa a instalação de equipamentos câmeras de filmagem nas dependências dos banheiros de utilização dos empregados, mais especificamente na porta de entrada dos vasos sanitários e mictórios, tal situação, por si só, gera constrangimento moral e social, caracterizando o dano moral. [...] Diante desta constatação, não se tem dúvida de que a instalação das aludidas câmaras [sic] configura prática [sic] de ato lesivo desrespeito à dignidade e intimidade do

trabalhador que gerou constrangimento moral e social, caracterizando o dano. Basta imaginar que, ao ir ao banheiro, a fim de satisfazer suas necessidades fisiológicas, esteja sendo filmado, para conhecimento do patrão e demais interessados. Ainda que seja admitida a culpa da empresa contratada, não há como afastar a responsabilidade patronal, cuja culpa decorre da negligência de não ter monitorado a prestação de serviço contratado. O ato negligente permitiu a instalação de câmaras [sic] [verdadeiras ou falsas, não importa, porque a consequência é a mesma] no ambiente de trabalho do reclamante, provocando, repita-se, constrangimento moral e social, além de ser vexatório. [...] (BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. AIRR nº 1926/2003-044-03-40.6. 3ª T. Relator: Juiz convocado Ricardo Machado. 22 Abr. 2005).

Quanto às chamadas “câmeras psicológicas”, isto é, aquelas desligadas ou falsas, utilizadas apenas para provocar os efeitos que uma normal (ligada) causaria nos empregados, tais devem ser repudiadas em qualquer circunstância. Constituem, na verdade, um artifício ardiloso e covarde que deve agravar o *quantum* indenizatório. Em consonância, o entendimento da 4ª Turma do TST:

Se eventualmente eram ‘falsas’ tais câmeras [o que não foi provado], o caso se agravaria, a meu ver, porque constituiria um procedimento ardiloso e covarde [veja o depoimento do preposto da reclamada, no processo 01262/2003, fl. 334: ‘as câmeras nos banheiros não eram acionadas, sendo apenas câmeras ‘psicológicas’; que câmeras psicológicas representam apenas o efeito de que as pessoas estariam sendo observadas’ fl. 334]. Não se pode ignorar que a empresa visava a intimidação ilegal de seus empregados, quando seu preposto declarou, textualmente, à f. 342 [depoimento colhido no processo 01727-2003]: ‘que houve contratação para instalação de câmeras reais e psicológicas [...] (BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. AIRR nº 78/2004-103-03-40.1. 4ª T. Relator: Juiz convocado Ricardo Machado).

Outro requisito de suma importância atinente à monitoração é a transparência, ou seja, o trabalhador deve ter ciência da monitoração, antes de sua instalação, e para qual fim é utilizado. Aliás, inclusive a localização das mesmas, conforme o preconizado nos seguintes acórdãos dos Tribunais Regionais do Trabalho da 3ª Região - MG e da 12ª Região – SC, respectivamente:

EMENTA: DANO MORAL - VIOLAÇÃO DA INTIMIDADE DO FUNCIONÁRIO. A instalação de câmera no local de trabalho, com prévia ciência dos empregados, cientes inclusive onde estão, por medida de segurança patrimonial de todos, não ofende o direito à inviolabilidade da intimidade assegurado no inciso X do art. 5º, da Constituição da República (MINAS GERAIS. Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região. RO nº 01288-2002-106-03-00. 2ª T. Relator: Juiz José Maria Caldeira. Pub. 07 maio 2003).

DANO MORAL. VIOLAÇÃO DA INTIMIDADE. A instalação de câmera filmadora no local de trabalho, sem comunicação prévia aos empregados, ainda que se trate de medida de segurança, ofende o direito à inviolabilidade da intimidade assegurado no inciso X do art. 5º, da Constituição da República, fazendo incidir a norma inculpada no inciso V do aludido dispositivo constitucional (<sup>[1]</sup> SANTA CATARINA. Tribunal Regional do Trabalho da 12ª Região. RO nº 00825-2001-008-12-00-9. 3ª T. Relatora: Juíza Maria de Lourdes Leiria. 26 nov. 2002).

Na hipótese de ocorrer o aparente conflito de direito, deve prevalecer o que mais prestigie a dignidade jurídica.

A superioridade dos direitos fundamentais em face ao princípio da autonomia privada é fato incontestado.<sup>64</sup> Todavia, não significa que sua eficácia seja absoluta e inflexível, pois deve ser conjugada com outros direitos relevantes de igual calibre jurídico, a exemplo dos direitos à propriedade privada, à livre iniciativa, à prova. A restrição, portanto, deve guardar a devida proporcionalidade entre o meio obtido e o fim justificado.

Tal realidade força perquirir qual o meio de equilibrar esses direitos de ordem constitucional e como contê-los quando houver colisão entre eles. No balanceamento entre o direito de propriedade de um lado e o direito à intimidade do outro, deve prevalecer, portanto, o que tiver interesse e finalidade legítimos.

Por outro lado, na hipótese de eventual colisão de direitos, entre a necessidade do empregador em instalar câmeras de vigilância no seu empreendimento e a lesão ao direito à privacidade do trabalhador, será necessário o exame de cada caso concreto, donde se fará um balizamento dos direitos em conflito, procurando o justo equilíbrio entre os interesses em questão, de forma que o próprio ordenamento jurídico não venha a sofrer com a preponderância injusta de um direito sobre o outro.

Afinal, sob o invólucro de uma garantia de direitos impostergáveis podem atropelar-se direitos “menores aparentemente”, porém materialmente mais apropriados e adequados para fazer-se justiça ao caso concreto. Neste caso, são os bens da vida que devem ser valorados juridicamente, a fim de se sopesá-los de acordo com circunstâncias factuais juridicamente relevantes.

#### **4.2.2 Monitoração telefônica**

A interceptação e gravação por meio de monitoração telefônica, vulgarmente denominada “escuta telefônica”, tem matriz no direito penal e é o modo mais comum de intrusão na esfera íntima da vida privada do cidadão, ante a facilidade de interceptação das conversas nos mais diversos ambientes. Não haveria de ser diferente no ambiente de trabalho, em face dos melindres que permeiam a relação laboral.

---

<sup>64</sup> Os direitos fundamentais devem ser encarados como componentes estruturais básicos do contrato de trabalho, tendo em conta as especiais características de uma relação em que a pessoa do trabalhador está intrinsecamente envolvida na troca contratual e que, por isso, é, provavelmente como nenhuma outra, constitucionalmente condicionada, por valores assentes na ideia de dignidade humana.

O direito à inviolabilidade das telecomunicações é uma garantia constitucional do cidadão de não ter sua intimidade violada nem se sentir constrangido pela invasão de sua vida privada e familiar.

A Declaração Universal dos Direitos do Homem prevê liberdade e igualdade, como corolário. No seu art. 12, consagra o direito à vida privada e familiar, à inviolabilidade de correspondência, aqui em sentido amplo, com previsão de que ninguém sofrerá intromissão arbitrária.

O art. 5º da Diretiva n. 97/66 especifica a proteção da intimidade no setor de telecomunicações ao declarar ilegais os dispositivos de escutas, gravações ou qualquer outro sistema de interceptação ou vigilância das telecomunicações. A referida diretiva, portanto, assim como a Lei Fundamental portuguesa, reconhecem que, por motivos de segurança pública, a interceptação das comunicações é admitida também nos casos em que exista autorização legal.

A Constituição Federal (CF) brasileira, em seu art. 5º, XII, estabelece: “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”. Admite a interceptação telefônica, quando necessária para fazer prova em investigação policial ou instrução no direito processual penal.

Frise-se, por oportuno, que tal liberdade se exerce sempre por qualquer sujeito público e privado, sem qualquer tipo de exceção, salvo, como vimos, nos casos em que a própria Constituição autoriza.

A seu turno, as escutas telefônicas, conquanto repelidas pelo ordenamento jurídico (*ex vi* art. 5º, inciso XII da CF), poderão, no campo do Direito do Trabalho, receber uma específica proteção. Consoante o posicionamento de *José Manuel Del Valle Vilar*, lembrado por *Simón* (2000, p. 153), “se o telefone e sua utilização formam parte dos meios através dos quais se desenvolve a prestação de serviços, o empregador não é, em relação à conversação que possa manter o empregado ‘um terceiro alheio’, mas precisamente contrário”.

Já a Lei n. 9.296/96 regulamentou o inciso XII, parte final, do art. 5º, da Constituição Federal do Brasil (CFB) e trouxe uma inovação radical ao direito brasileiro, ao admitir a escuta telefônica, possibilitando a aplicação do art. 57, do Código Brasileiro de Telecomunicações, o qual já preconizava a interceptação de escutas telefônicas.

A Constituição espanhola de 1978, em seu art. 18.3, trata do direito ao segredo das comunicações, no mesmo artigo em que se enquadra o direito à intimidade, e esses limites de

ordem legal são presentes em quase todas as legislações dos países democráticos que autorizam interceptações telefônicas.

No ordenamento jurídico italiano, o trabalhador é protegido na esfera de sua vida privada em matéria de comunicação no local de trabalho, e a distância, no que tange ao uso do telefone.

A legislação portuguesa não contém dispositivo trabalhista específico sobre escuta telefônica, mas o art. 16, do CT trata da reserva da intimidade da vida privada e garante este direito, (art. 16, n. 2), abrangendo o acesso e a divulgação de fatos atinentes à esfera íntima e pessoal das partes. Já o art. 21 tem sua disposição normativa voltada para o problema da confiabilidade das mensagens emitidas pelo trabalhador, podendo ser perfeitamente aplicável à monitoração telefônica, uma vez que o legislador não definiu o que vem a ser “mensagens”.

A CLT brasileira também não trata da matéria, ficando a problemática circunscrita à CF e a normas ordinárias esparsas.

A Constituição brasileira, assim como a portuguesa, admite em casos excepcionais a quebra do sigilo nas comunicações; por conseguinte, a intromissão na vida privada, quando prevista em lei, resvala para o terreno criminal.

A interceptação e gravação de conversa dos trabalhadores durante a execução da prestação laboral é violação de direitos fundamentais e, em especial, do direito à reserva da intimidade da vida privada e familiar.

A CNPD, conforme tivemos oportunidade de referir, órgão competente do ordenamento jurídico português, para regulamentar a proteção de dados no âmbito do trabalho, aprovou em 29.10.2002, documento relativo à privacidade no local do trabalho, na esfera de tratamento de dados em centrais telefônicas, sua utilização e controle de *e-mail e internet*.

Esse documento, na verdade, contém normas vinculantes com a finalidade de orientar e advertir as empresas, quanto aos meios de controle dos trabalhadores. Seu manejo deve obedecer aos princípios da necessidade, suficiência, razoabilidade, proporcionalidade e boa-fé, devendo o empregador provar que escolheu a forma de controle de menor impacto sobre os direitos fundamentais dos trabalhadores.<sup>65</sup>

---

<sup>65</sup> Documento CNPD – Comissão Nacional de Processamento de Dados no local de trabalho – DP – *privacidade no local de trabalho: o tratamento de dados em centrais telefônicas, o controle do e-mail e do acesso à internet*.

Também a CNPD recomenda que, antes de iniciar qualquer meio de controle, o empregador deve informar e definir, com rigor, o grau de tolerância quanto à utilização dos telefones e outras formas de controle utilizadas.

Essas regras devem ser bem delineadas para evitar o abuso de direito,<sup>66</sup> tanto do empregado quanto do empregador. Este, inclusive, pode, a pretexto do direito de propriedade e de estar respaldado legalmente pelo poder diretivo, cometer arbitrariedades no controle das chamadas telefônicas, bem como proceder a escutas e gravações dessas chamadas, com fim de monitorar e fiscalizar o comportamento e a vida pessoal privada dos seus empregados dentro e fora dos serviços.

Quando existe controle de chamadas telefônicas por meio de programa de computador, a interceptação pode ser legítima. Mas, se não houver este programa, torna-se clandestina, configurando excesso no exercício de direito.

Frise-se que não é razoável que o trabalhador, durante o seu labor de muitas horas no local da prestação de serviço, fique impedido de receber e fazer chamadas telefônicas de caráter privado, pelo que mais sensato será o controle por limitação de número de chamadas recebidas e dadas, com ressarcimento do custo da comunicação, cujo faturamento, discriminando as chamadas feitas, o trabalhador tem o direito de exigir.

Não podemos esconder que a escuta telefônica é um instrumento de investigação legal e legítimo, seu abuso é que se reprime.

Não se pode perder de vista que a utilização de equipamento tecnológico para avaliar o desempenho profissional do trabalhador redundará num fator de tensão emocional no seu dia-a-dia de cumprimento das tarefas, por causar o constrangimento de estar sendo vigiado constantemente. Daí, a gravação ser vexatória quando utilizada indiscriminadamente pelo empregador.

Para arrematar, convém lembrar que o empregador, graças ao poder organizativo, tem condição de monitorar as chamadas efetuadas de cunho particular, dos seus empregados, desde que estes previamente tenham sido informados do controle do modo de exercê-lo, por meio de circular ou de regras internas, com respeito aos direitos, liberdades e garantias fundamentais dos trabalhadores. Tudo isso, também, será de acordo com as regras ditadas pela CNPD.

---

<sup>66</sup> O abuso de direito deve ser configurado como todo comportamento que de tal ponto de vista tem permanecido contrário à boa-fé ou à lealdade, daí porque a lei não só exige de um só dos contratantes, mas de ambos.

Em decorrência do assunto tratado, apresentaremos jurisprudência selecionada pertinente ao tema.

**PROVA ILÍCITA. CERCEAMENTO DE DEFESA NÃO CARACTERIZADA. GRAVAÇÃO DE CONVERSA TELEFÔNICA CLANDESTINA.** A interceptação de conversa telefônica de empregado, sob a supervisão de ‘autoridade policial civil’, justificada como medida de prevenção de possíveis desvios de comportamentos e estribada na equivocada premissa de seu uso como instrumento de controle e gestão das atividades empresariais, constitui grave violação aos direitos inerentes ao sigilo das comunicações, à liberdade de manifestação do pensamento, à privacidade e intimidade, que a Constituição Federal cuidou de resguardar, no âmbito dos Direitos e Garantias Fundamentais [art. 5o., incisos IV, X e XII]. A escuta telefônica clandestina, realizada sem o consentimento do trabalhador e autorização judicial, não tem amparo legal e o seu indeferimento não caracteriza cerceamento ao direito de defesa (CF/88, art. 5o., inciso LVI e CPC, art. 332).

(Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região. RO nº 00739-2005-091-03-00-0. 2ª T. Relator: Juiz Antonio Gomes de Vasconcelos. DJMG 03/05/2006. p. 16).

**INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA NO AMBIENTE DE TRABALHO. ILICITUDE DA PROVA. DESCONSIDERAÇÃO.** 1. A interceptação de comunicações telefônicas somente pode ser autorizada por juiz competente, para fins de investigação criminal ou instrução processual penal. 2. Apesar dos poderes subordinante, disciplinar e fiscalizatório, ao empregador não é dado o direito de violar garantia constitucional de seus empregados e nem mesmo no ambiente de trabalho o empregado fica sujeito à interceptação de suas conversações telefônicas. 3. A gravação em fita magnética de conversa telefônica, obtida clandestinamente, sem o conhecimento e consentimento dos interlocutores, não serve como prova em razão de sua flagrante ilicitude [ofensa aos arts. 332 e 383 do CPC, bem como ao art. 5o, X, XII e LVI da Constituição Federal]. 4. Precedentes jurisprudenciais. 5. Decisão unânime.

Para encerrar esta parte da nossa pesquisa, é mister fixar que, muito embora a Constituição reconheça os direitos da empresa, eles devem acomodar-se à exigência de não contrariar os princípios fundamentais do trabalhador. Em caso de inconciliabilidade entre esses direitos de cariz constitucional e inexistindo hierarquia, deve a controvérsia na medida do possível ser solucionada com base nos princípios gerais de direito, notadamente, pelo princípio da proporcionalidade que, admite a restrição para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos.

#### **4.2.3 Monitoração telemática**

A telemática é estrela de primeira grandeza da revolução tecnológica entre os demais meios de monitoração eletrônica. Por isso mesmo, provoca celeuma no mundo jurídico capaz de trazer riscos de violação à vida privada, notadamente no âmbito das relações trabalhistas.

É importante estabelecermos a diferença das comunicações em sistemas de informática e de telemática, a fim de que possamos compreender o alcance de cada um dos institutos, no cenário jurídico, notadamente na esfera trabalhista.

Para Silva (2004, p. 60) a informática

tem como objeto o processamento de dados com o emprego de computadores, enquanto a telemática é o conjunto das técnicas e dos serviços de comunicação a distância que associam meios informáticos aos sistemas de telecomunicações, como a comunicação via *modem* ou *fac-símile*. Assim, a rigor, para que haja comunicação a distância o que se emprega é a telemática e não a informática isoladamente.

Por meio do sistema informático, pode o empregador rastrear, a qualquer momento, onde, em que setor se encontra o trabalhador, quanto tempo ele ali permanece, etc. Esses controles são efetuados por meio de cartão magnético por meio do qual se controla a entrada e saída dos empregados, bem como o começo e fim da jornada de trabalho. Esses controles por meio de portas giratórias e de cartões magnéticos, em sua maioria, visam a uma total vigilância do trabalhador, e resulta muitas vezes exagerada e abusiva, mormente quando fixa quantas vezes ele pode entrar e sair do recinto de trabalho, sendo inclusive bloqueadas as entradas quando as saídas desse ultrapassa o número previamente fixado pela empresa.

Decerto que o empregado não pode ficar saindo e entrando a qualquer hora no estabelecimento empresarial, mas esse tipo de controle, além de ser intolerante, é abusivo, pois resta configurado o cerceio de ir e vir do trabalhador, porquanto, este, como todo ser humano, tem sua vida própria, seus hábitos etc., não sendo crível que durante uma jornada e outra seja-lhe proibido transitar livremente pela empresa, seja para tomar um ar, fumar um cigarro, beber um café, guaraná entre outros, e não só ficar limitado ao seu setor de trabalho, cumprindo as normas empresariais.

Claro que não estamos focalizando os comportamentos abusivos dos empregados, mas dentro da normalidade de uma relação laboral não se pode imaginar que o trabalhador seja cerceado no seu direito e sua liberdade de ir e vir.

A *internet*, como é do conhecimento de todos, é uma realidade de utilização ascendente em quase toda atividade humana.

Não vamos aprofundar as questões técnicas despertadas pela telemática, mas sim fixar posição diante da problemática do correio eletrônico<sup>67</sup> e da *internet*, notadamente quanto

---

<sup>67</sup> É pertinente esclarecer que, o direito fundamental que protege o correio eletrônico não é o da intimidade, mas sim, o direito ao segredo das comunicações. É o direito de não ter suas comunicações violadas. O direito de comunicação é um direito de todos, seja no âmbito do trabalho ou não. É o direito que a pessoa tem de não ter suas correspondências violadas. São os papéis, cartas, correio eletrônico ou qualquer outro meio de comunicação.

à questão do controle e da operacionalização desses meios técnicos de monitoração pelo empregador.

Como vemos, a comunicação através de correio eletrônico não oferece muita privacidade.

O trânsito das mensagens eletrônicas tem uma circulação aleatória pela rede internet, sendo a pouca confidencialidade do sistema um dado estrutural. Não há, ainda, apesar de todo o investimento que é feito quanto a essa tecnologia, a noção de quando poderemos ter certeza de que as mensagens enviadas serão lidas somente pelo destinatário (VARGAS, 2002, p. 119).

Para Vargas (2002, p. 119), tecnicamente, a mensagem eletrônica tem as características de um cartão-postal e não a de uma carta convencional. Isso porque, até chegar a seu destinatário final, transita por um sem-número de computadores. Sendo possível, durante esse percurso, sua monitoração e, virtualmente, impossível será descobrir por quem.

Via de regra as mensagens eletrônicas dos trabalhadores não chegam diretamente ao destinatário, mas transitam pelo servidor do correio empresarial, o qual os memoriza e os conserva. Este sistema de comunicação oferece ao empregador a oportunidade de invadir a privacidade do empregado e conhecer o conteúdo do *e-mail* por meio de programas efetuados ou por outros meios instalados no processador.

Conforme o princípio da pertinência, o empregador deve efetuar o controle de maneira objetiva e direta, alcançando o alvo e evitando ao máximo a intromissão na vida privada do trabalhador.

Sendo uma realidade impostergável ante a massificação da utilização da *internet* também para fins particulares, o seu uso no ambiente do trabalho requer análise cuidadosa. Em razão disso, o CT português em seu art. 21 ns. 1 e 2, trata da reserva da confidencialidade do trabalhador por meio do correio eletrônico, e o CNPD aprovou um documento, tratando da privacidade no local de trabalho e a utilização e controle do *e-mail* e da *internet*.<sup>68</sup>

A Constituição Federal brasileira em seu art. 5º, XII, aborda a inviolabilidade do sigilo de correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e comunicações telefônicas.

---

<sup>68</sup> Reza o art. 21 n. 1 do CT português que “o trabalhador goza do direito de reserva e confidencialidade relativamente ao conteúdo das mensagens de natureza pessoal e acesso à informação de caráter não profissional que envie, receba ou consulte, nomeadamente através do correio eletrônico”. Já o n. 2 dispõe que “o disposto no número anterior não prejudica o poder de um empregador estabelecer regras de utilização dos meios de comunicação na empresa, nomeadamente do correio eletrônico”. Sobre o documento expedido pela CNPD, relativo à privacidade no local de trabalho no âmbito do tratamento de dados nas centrais telefônicas, e à utilização e controle do *e-mail*, *vd. site* [www.cnpd.pt](http://www.cnpd.pt).

Já a legislação trabalhista brasileira não se preocupou com a normatização da matéria, deixando um vazio a respeito do tema, o que dificulta sobremaneira os intérpretes e aplicadores do direito nesse tema de grandes questionamentos atuais. Interessa às empresas nessa disciplina de uso da *internet* e do correio eletrônico no âmbito das relações de trabalho, que deixem claro o que é permitido, tolerado e proibido, bem como a possibilidade de controle e monitoração dos *e-mails* expedidos e recebidos.

Como vemos, o próprio ordenamento jurídico protege o indivíduo contra as investidas excessivas do poder econômico, que sob o invólucro de ser o detentor do direito de propriedade, seus bens e patrimônio, entende poder usá-los e controlá-los como bem lhe aprouver.

Sendo certo que a relação laboral é pautada pelo princípio da boa-fé contratual, que mantém incólume o princípio articulador dos direitos e liberdades fundamentais da dignidade da pessoa pelo direito fundamental, certo deve ser também o reconhecimento do direito de fiscalização, vigilância e controle, legalmente atribuído ao empregador para verificação do cumprimento das prestações a que o trabalhador está vinculado.

Na prática, um número excessivo de abusos no uso da *internet* e do correio eletrônico vem ocorrendo no ambiente de trabalho, pelos empregados, sobretudo durante o horário de serviço. Conhecem-se inúmeros casos de utilização desses aparelhos de comunicação eletrônica tanto para entrar em *chats* obscenos como para enviar mensagens de variado conteúdo de interesse particular, sem nenhuma conexão, portanto, com o fim da atividade laboral.

No Brasil, por não existir regulamentação sobre o uso da *internet* e do *e-mail*, o empregador vem encontrando dificuldades para controlar e limitar o uso dos aparelhos eletrônicos por trabalhadores compulsivos e insubordinados.

O Código de Trabalho português, em seu art. 21 n. 2, confere à entidade empregadora a faculdade de “estabelecer regras de utilização dos meios de comunicação na empresa, nomeadamente do correio eletrônico”.

As regras de utilização de *e-mails* em Portugal são feitas pela empresa sob controle do órgão fiscalizador CNPD, cuja regulamentação integrará as normas contratuais a serem obedecidas pelos trabalhadores.

Na legislação brasileira, a contrário senso, por não existir norma específica sobre a matéria, a disciplina fica entregue a circulares ou ao regulamento das empresas, por força do próprio poder organizativo legalmente conferido aos empregadores.<sup>69</sup>

Este controle, portanto, não deve ser feito de forma abusiva, excessiva, nem arbitrária, tendo como pano de fundo os parâmetros legais permeados pelos princípios da razoabilidade, necessidade e proporcionalidade.

Em situações excepcionais é razoável um controle sistemático do conteúdo das mensagens. A gravação e a devassa no correio eletrônico do trabalhador só deve ser tolerada como reação extrema. Nessas hipóteses, assim mesmo, deve ser indagado se não havia outro meio para se chegar àquele resultado que o empregador obteve pela monitoração no correio eletrônico do trabalhador sem o seu consentimento.

Para a empresa não ser omissa e conivente, em face de denúncias de mau comportamento do empregado, ela pode, em casos extremos, adotar medidas de rastreamento invasivo da esfera privada do trabalhador. Mas isso desata com uma aparente colisão de direitos, cuja solução caberá ao ordenamento jurídico por meio do princípio da ponderação, pela qual o bem de maior dignidade jurídica deverá preponderar.

É de suma importância estabelecer se o serviço de comunicação telemática no ambiente do trabalho pode ser utilizado para fins particulares ou pessoais do empregado, ou se é privativo dos fins da empresa ou fins corporativos, como alguns preferem. Esta regulamentação pode ser proveniente de decisão unilateral do empregador ou por meio de disposições convencionadas.

No caso de o correio eletrônico e a *internet* terem admitido o uso para fins estritamente pessoais do empregado, o seu conteúdo não pode ser controlado nem violado pela empresa, salvo em situação excepcional que o justifique.<sup>70</sup>

No caso de o correio ser de uso corporativo restrito, a correspondência eletrônica recebida e expedida pode ser controlada livremente pelo empregador, sem configurar violação

---

<sup>69</sup> Numerosas empresas estão preparando regulamentos empresariais com o fim de limitar o uso impróprio dos instrumentos empresariais informáticos por parte do pessoal dependente, na perspectiva de atuar uma *policy* empresarial transparente e de escolher métodos e meios de controle mais aptos ao fim, reduzindo ao mínimo a intromissão na *privacy* dos trabalhadores.

<sup>70</sup> SIMÓN, Sandra Lia. *A proteção constitucional da intimidade e da vida privada do empregado*. São Paulo: LTr, 2000. p. 161, afirma que: “[...] De qualquer maneira, mesmo os *e-mail's* particulares dos trabalhadores poderão ser checados, se houver fundado receio da prática de atividades irregulares ou ilícitas, já que as liberdades públicas não se prestam ao acobertamento destas. Não para interceptar a comunicação de dados, (como equivocadamente permitiria o inconstitucional parágrafo único, do art. 1º, da Lei n. 9.296/96), mas sim para ‘vasculhar’, nos arquivos do computador a existência das mensagens ilícitas ou irregulares [...]”.

de direitos fundamentais do empregado. Este será, portanto, o correio de e para utilização em serviço, cujo acesso é franqueado ao empregador, por se conectar ao seu próprio interesse.

A utilização e controle do *e-mail* corporativo ou profissional, insistimos, é livre para o empregador, que tem a liberdade, inclusive, de limitar ao conhecimento de quem lhe convier a senha de acesso quanto à *internet* para expedição de *e-mails*.

Logicamente, se o correio eletrônico é de uso exclusivo da empresa, o empregado não pode utilizá-lo para nenhum fim pessoal, tanto menos para fins distorcidos, tipo divulgação de fotos discriminatórias atentatórias à moral e aos bons costumes, que até colocam em risco os aparelhos da empresa pela possibilidade de invasão por vírus, causando prejuízo econômico à entidade patronal.

Como se vê, a privacidade do empregado em suas correspondências eletrônicas não é absoluta e, não poderia ser diferente, pois a realidade é completamente condicionada aos inconvenientes da prática, principalmente quando se sabe que os trabalhadores vêm abusando e excedendo-se com a má utilização desses mecanismos de comunicação.

É irrecusável, então, reconhecer ao empregador a prerrogativa de proceder à investigação direcionada a conter esses abusos e excessos no uso de *e-mail* e *internet*, que pode chegar, inclusive, à devassa da correspondência pessoal dos suspeitos de cometê-los.

Com relação ao assunto tratado, destacaremos a jurisprudência pertinente ao mesmo.

#### Posicionamento Jurisprudencial

##### Pró-empregado

E-MAIL – INVASÃO DE PRIVACIDADE – Justa causa – Envio por computador de empresa – Natureza de correspondência pessoal – Poder diretivo do empregador – Violação à intimidade. Exegese – Ementa: (...) Correspondência pessoal. O fato de ter sido enviada por computador da empresa não lhe tira essa qualidade. Mesmo que o objetivo da empresa seja a fiscalização dos serviços, o poder diretivo cede a direito do obreiro à intimidade (CF, 5º, VIII). Um único e-mail, enviado para fins particulares, em horário de café, não tipifica justa causa. Recurso provido”. (TRT 2ª Região).

##### Pró-empregador

EMENTA: JUSTA CAUSA. E-MAIL. PROVA PRODUZIDA POR MEIO ILÍCITO. NÃO-OCORRÊNCIA. Quando o empregado comete um ato de improbidade ou mesmo um delito utilizando-se do e-mail da empresa, esta em regra, responde solidariamente pelo ato praticado por aquele. Sob este prisma, podemos então constatar o quão grave e delicada é esta questão, que demanda a apreciação jurídica dos profissionais do Direito. Enquadrando tal situação à Consolidação das Leis do Trabalho, verifica-se que tal conduta é absolutamente imprópria, podendo configurar justa causa para a rescisão contratual, dependendo do caso e da gravidade do ato praticado. Considerando que os equipamentos de informática são disponibilizados pelas empresas aos seus funcionários com a finalidade única de atender às suas

atividades laborativas, o controle do e-mail apresenta-se como a forma mais eficaz, não somente de proteção ao sigilo profissional, como de evitar o mau uso do sistema internet que atenta contra a moral e os bons costumes, podendo causar à empresa prejuízos de larga monta. (RO 0504/2002, Relatora: Juíza Márcia Mazoni Cúrcio Ribeiro. Origem: 13ª Vara do Trabalho de Brasília – DF – Juiz José Leone Cordeiro Leite).

Ocorrendo a já referida colisão de direitos, o intérprete-aplicador do direito deverá apreciá-la, caso a caso, a fim de que outros direitos de igual ou superior dignidade jurídica não venham a ser tragados pela falácia de que os direitos fundamentais do trabalhador devem ser priorizados acima de tudo.

A solução deverá também ser pautada no justo equilíbrio entre os interesses em jogo.

## CONCLUSÃO

Conforme visto, o desenvolvimento das novas tecnologias na empresa tem gerado uma série de conflitos.

O avanço da tecnologia, notadamente nos meios de comunicação e de monitoração visual eletrônica, ameaça crescentemente a privacidade do trabalhador, na medida em que esses meios não só se integram à própria estrutura organizacional da atividade econômica como, na maioria das vezes, têm o fito, ainda que escamoteado, de controlar a produtividade, qualidade, disciplina e o desempenho dos trabalhadores no cumprimento da prestação laboral.

O conflito gerado entre o direito à intimidade e à vida privada do empregado e o direito à propriedade e o poder diretivo do empregador torna-se cada vez mais constante no ambiente de trabalho. De um lado, o empregado com seu direito garantido legalmente, de outro, o empregador.

Verifica-se, por sua vez, que o empregador, em face do seu poder diretivo, está utilizando-se de métodos abusivos no controle da atividade laboral do empregado. Em muitos casos esse limite de controle não é respeitado, tampouco regulamentado, gerando controvérsia sobre sua aplicação.

No Brasil, por exemplo, a CLT omite a monitoração audiovisual e eletrônica no âmbito do trabalho e, caso exista, por força da atividade empresarial, há entendimento de que os trabalhadores ou seus representantes legais devam ser comunicados previamente. O que se deve levar em conta ao instalar câmeras no ambiente de trabalho é o respeito para com o empregado, de forma que não venha a causar-lhe constrangimento. Por isso mesmo, seu uso deve ser adequado e não abusivo.

Quanto à monitoração telefônica, a CLT brasileira também não trata da matéria, ficando a problemática circunscrita à CF e a normas ordinárias esparsas. A seu turno, as escutas telefônicas, conquanto repelidas pelo ordenamento jurídico (*ex vi* art. 5º, inciso XII da CF), poderão, no campo do Direito do Trabalho, receber uma específica proteção. Consoante o posicionamento de *José Manuel Del Valle Vilar*, lembrado por *Simón* (2000, p. 153), “se o telefone e sua utilização formam parte dos meios com os quais se desenvolve a prestação de serviços, o empregador não é, em relação à conversação que possa manter o empregado ‘um terceiro alheio’, mas precisamente contrário”. Há entendimento de que o empregador, graças ao poder organizativo, tem condição de monitorar as chamadas efetuadas de cunho particular, dos seus empregados, desde que estes previamente tenham sido informados do controle do

modo de exercê-lo, por meio de circular ou de regras internas, com respeito aos direitos, liberdades e garantias fundamentais dos trabalhadores. Tudo isso, também, será de acordo com as regras ditadas pela CNPD.

No que se refere à monitoração telemática, a legislação trabalhista brasileira também não se preocupou com a normatização da matéria, deixando um vazio a respeito do tema, o que dificulta sobremaneira os intérpretes e aplicadores do direito nesse tema de grandes questionamentos atuais. Interessa às empresas nessa disciplina de uso da *internet* e do correio eletrônico no âmbito das relações de trabalho, que deixem claro o que é permitido, tolerado e proibido, bem como a possibilidade de controle e monitoração dos *e-mails* expedidos e recebidos. Na legislação brasileira, por não existir norma específica sobre a matéria, a disciplina fica entregue a circulares ou ao regulamento das empresas, por força do próprio poder organizativo legalmente conferido aos empregadores. O referido controle, portanto, não deve ser feito de forma abusiva, excessiva, nem arbitrária, tendo como pano de fundo os parâmetros legais permeados pelos princípios da razoabilidade, necessidade e proporcionalidade. Aqui há dois entendimentos em relação à matéria. O primeiro é de que, no caso de o correio eletrônico e a *internet* terem admitido o uso para fins estritamente pessoais do empregado, o seu conteúdo não pode ser controlado nem violado pela empresa, salvo em situação excepcional que o justifique. O segundo, de que no caso de o correio ser de uso corporativo restrito, a correspondência eletrônica recebida e expedida pode ser controlada livremente pelo empregador, sem configurar violação de direitos fundamentais do empregado. Este será, portanto, o correio para utilização em serviço, cujo acesso é franqueado ao empregador, por se conectar ao seu próprio interesse.

Com relação aos problemas enfrentados nas situações acima mencionadas, existe, ainda, entendimento de que a solução se daria mediante ponderação no caso concreto.

Outro tema, de igual importância, questionado no presente trabalho diz respeito ao teletrabalho. Há entendimento de que esse tipo de trabalho traz a vantagem de estabelecer relação não só em âmbito nacional, como internacional, porquanto o cumprimento da prestação laboral pode ser efetuado *on line* e controlado à distância, sem que com isso configure invasão de privacidade do trabalhador.

Acreditamos, pois, pela relevância do tema, que não há como vulnerar os direitos constitucionalmente protegidos, devendo, no entanto, o empregador, optar, sensata e ponderadamente, por políticas adequadas de controle da atividade que favoreçam um ambiente de trabalho relaxado e confiável, que proporcione autonomia e intimidade, evitando

o receio, a pressão e o mal-estar dos trabalhadores por meio de condutas excessivas derivadas do poder empresarial.

Entendemos, também, que o empregador poderá exercer o controle sobre seus trabalhadores, desde que atenda a estritos critérios de idoneidade, necessidade e proporcionalidade, na utilização de medidas de vigilância e controle que sirvam aos fins a que se pretendam causando o menor impacto possível sobre a idoneidade e a dignidade do trabalhador.

Percebemos, por fim, que devemos nos voltar para a adoção de uma política clara por parte do empregador, estabelecendo e publicizando normas que indiquem cristalinamente as regras na atividade laboral. Será necessário, também, que o trabalhador seja informado acerca dos meios que serão utilizados para verificar o cumprimento do pactuado.

## REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.
- BARBOSA JUNIOR, Floriano. **Direito à intimidade como direito fundamental e humano na relação de emprego**. São Paulo: LTr, 2008.
- BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de direito do trabalho**. 2. ed. São Paulo: LTr, 2006.
- \_\_\_\_\_. **Proteção à intimidade do empregado**. São Paulo: LTr, 1997.
- BARROS, Suzana de Toledo. **O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais**. 3. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2003.
- BELMONTE, Alexandre Agra. **O monitoramento da correspondência eletrônica nas relações de trabalho**. São Paulo: LTr, 2004.
- BELTRÃO, Silvio Romero. **Direitos da Personalidade**: de acordo com o novo Código Civil. São Paulo: Atlas, 2005.
- BITTAR, Carlos Alberto. **Curso de Direito Civil**. v. I. Rio de Janeiro: Forense, 1994.
- BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Campos, 1992.
- BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 14. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2004-2006.
- BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **AIRR nº 1830/2003-011-05-40**. Relatora: Ministra Maria Cristina Irigoyen Peduzzi. Disponível em: <[www.tst.gov.br](http://www.tst.gov.br)>. Acesso em: 05 mar. 2009.
- \_\_\_\_\_. Tribunal Superior do Trabalho. **AIRR nº 1926/2003-044-03-40.6**. 3ª T. Relator: Juiz convocado Ricardo Machado. 22 Abr. 2005. Disponível em: <[www.tst.gov.br](http://www.tst.gov.br)>. Acesso em: 05 mar. 2009.
- \_\_\_\_\_. Tribunal Superior do Trabalho. **AIRR nº 78/2004-103-03-40.1**. 4ª T. Relator: Juiz convocado Luiz Antonio Lazarim. 11 nov. 2005. Disponível em: <[www.tst.gov.br](http://www.tst.gov.br)>. Acesso em: 05 mar. 2009.
- BRITO FILHO, José Cláudio Monteiro. **Direitos humanos, cidadania, trabalho**. Belém: edições do autor, 2004.
- BVerfGE 35, 382 (401) apud MEDINA GUERRERO, Manuel. **La vinculación negativa del legislador a los derechos fundamentales**. Madrid: McGraw-Hill, 1996.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CASTRO, Mônica Neves Aguiar da Silva. **Honra, imagem, vida privada e intimidade, em colisão com outros direitos**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

CERQUEIRA, João da Gama. **Sistema de Direito do Trabalho**. vol. I. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1961.

CHIARELLI, Carlos Alberto. **O trabalho e o sindicato: evolução e desafios**. São Paulo: LTr, 2005.

CHIARELLI, Carlos; CHIARELLI, Matteo. O trabalho e a empresa na constituição: considerações à luz do modelo italiano. In: ROMITA, Arion Sayão (Coord.). **Curso de direito constitucional do trabalho**. São Paulo: LTr, 1991.

COSTA, Orlando Teixeira da. A tutela do trabalho na atualidade. In: **O Direito do Trabalho na sociedade moderna**. São Paulo: LTr, 1999.

CUPIS, Adriano de. **Os Direitos da Personalidade**. Lisboa: Morais, [s. d.].

DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho**. São Paulo: LTr, 2004.

\_\_\_\_\_. **Princípios de Direito Individual do Trabalho**. São Paulo: LTr, 2001.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. v. 1. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**. 18. ed. Petrópolis: Vozes, 1998.

FRANÇA, Rubens Limongi. **Instituições de Direito Civil**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

\_\_\_\_\_. **Manual de Direito Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1971.

GAVARA DE CARA, Juan Carlos. **Derechos fundamentales y desarrollo legislativo: la garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la Ley Fundamental de Bonn**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1994.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na constituição de 1988**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

HESSE, Konrad. **Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha**. Trad. De Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998.

HOLANDA, Aurélio Buarque de. **Novo dicionário Aurélio**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1986.

KANT, Immanuel. Fundamentos da Metafísica dos Costumes. In: **Os Pensadores – Kant (II)**, Traduzido por: Paulo Quintela. São Paulo: Abril Cultural, 1980. p. 103-62.

LACERDA, Dorval. **Direito Individual do Trabalho**. Rio de Janeiro: A Noite, [1949].

\_\_\_\_\_. **A renúncia no Direito do Trabalho**. Rio de Janeiro: Max Limonad, [S. d.].

LEDUR, José Felipe. **A realização do direito do trabalho**. Porto Alegre: Fabris, 1998.

MEDINA GUERRERO, Manuel. **La vinculación negativa del legislador a los derechos fundamentales**. Madrid: McGraw-Hill, 1996.

MINAS GERAIS. Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região. **RO nº 01288-2002-106-03-00**. 2ª T. Relator: Juiz José Maria Caldeira. Pub. 07 maio 2003. Disponível em: <www.mg.trt.gov.br>. Acesso em: 05 mar. 2009.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de direito do trabalho**. São Paulo: Saraiva, 2004.

NOVAIS, Jorge Reis. **As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela constituição**. Coimbra: Coimbra, 2003.

NUNES, Rizzatto. **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana**. São Paulo: Saraiva, 2002.

OJEDA AVILLÉS, Antonio. **La renuncia de derechos del trabajador**. Madri: Instituto de Estudios Políticos, 1971.

PEREZ LUÑO, Antonio Enrique. **Derechos humanos, estado de derecho y constitución**. 9. ed. Madrid: Tecnos, 2005.

PINTO, José Augusto Rodrigues. **Curso de direito individual do trabalho**. 5. ed. São Paulo: LTr, 2003.

PLÁ RODRIGUEZ, Américo. **Los principios del Derecho del Trabajo**. Montevideu: [S. ed.], 1973.

PRUNES, José Luiz Ferreira. **CLT Comentada**. 2. ed. Caxias do Sul: Plenum, 2006. 1 CD-Rom.

RIBEIRO, Lélia Guimarães Carvalho. **A monitoração audiovisual e eletrônica no ambiente de trabalho e seu valor probante**. São Paulo: LTr, 2008.

ROMITA, Arion Sayão. **Direitos fundamentais nas relações de trabalho**. São Paulo: LTr, 2005-2007.

\_\_\_\_\_. **O princípio da proteção em xeque e outros ensaios**. São Paulo: LTr, 2003.

RUIZ MIGUEL, Carlos. **La configuración constitucional del derecho a la intimidad**. Madrid: Tecnos, 1995.

RUPRECHT, Alfredo J. **Os princípios do direito do trabalho**. São Paulo: LTr, 1995.

SANTA CATARINA. Tribunal Regional do Trabalho da 12ª Região. **RO nº 00825-2001-008-12-00-9**. 3ª T. Relatora: Juíza Maria de Lourdes Leiria. 26 nov. 2002. Disponível em: <www.trt12.gov.br>. Acesso em: 05 mar. 2009.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 5. ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

\_\_\_\_\_. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 2. ed. rev. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

SCHMITT, Carl. **Teoría de la Constitución**. Madrid: Alianza, 1982.

SILVA, Afonso José. **Direito constitucional positivo**. 24. ed. São Paulo: Melhoramentos, 1995-2005.

SILVA, César Dario Mariano. **Provas ilícitas**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

SILVA, Luiz de Pinho Pedreira da. **Principiologia do Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr, 1997.

SILVA NETO, Manoel Jorge e. **Curso básico de direito constitucional**. v. I. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004.

\_\_\_\_\_. **Direitos fundamentais e o contrato de trabalho**. São Paulo: LTr, fev. 2005.

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

STEINMETZ, Wilson Antônio. **A vinculação dos particulares a direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2004.

STEINMETZ, Wilson Antônio. **Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SÜSSEKIND, Arnaldo Lopes. **Direitos humanos do trabalhador**. In: Encontro Luso-Brasileiro de Juristas do Trabalho. Promovido pela JUTRA – Associação Luso-Brasileira de Juristas do Trabalho, 2, Coimbra: 2-3 jun. 2006.

SÜSSEKIND, Arnaldo; LACERDA, Dorval de; VIANNA, J. de Segadas. **Direito Brasileiro do Trabalho**. v. 2. Rio de Janeiro: Livraria Jacinto, 1943.

SÜSSEKIND, Arnaldo; MARANHÃO, Délio; VIANNA, Segadas. **Instituições de direito do trabalho**. v. 1. São Paulo: LTr, 1999.

SZANIAWSKI, Elimar. **Direitos de personalidade e sua tutela**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

VARGAS, Luiz Alberto. Direito de privacidade do correio eletrônico no local de trabalho: o debate nos Estados Unidos. In: TELESCA, Maria Madalena (Coord.). **Direito do Trabalho necessário**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

VELÁZQUEZ BAUTISTA, Rafael. **Protección Jurídica de Datos Personales Automatizados**. Madrid: Colex, 1993.

WOLKMER, Antonio Carlos. Novos pressupostos para a temática dos direitos humanos. In: SÁNCHEZ RÚBIO, David; HERRERA FLORES, Joaquin; CARVALHO, Salo de. **Direitos humanos e globalização: fundamentos e possibilidades desde a teoria crítica**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 3-20.