

UNIVERSIDADE PRESBITERIANA MACKENZIE

MARINA DOMINGUES DE CASTRO CAMARGO ARANHA

**O CONFLITO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES DE TRABALHO
E O DIREITO À INTIMIDADE DO EMPREGADO**

São Paulo

2014

MARINA DOMINGUES DE CASTRO CAMARGO ARANHA

**O CONFLITO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES DE TRABALHO
E O DIREITO À INTIMIDADE DO EMPREGADO**

Dissertação apresentada ao Programa do curso de pós graduação *stricto sensu* da Universidade Presbiteriana Mackenzie, como parte das exigências para a obtenção do título de Mestre em Direito Político e Econômico.
Linha de Pesquisa: A Cidadania Modelando o Estado.

Orientador: Professor Doutor Felipe Chiarello de Souza
Pinto

São Paulo

2014

A662c

Aranha, Marina Domingues de Castro Camargo

O conflito de direitos fundamentais nas relações de trabalho e o direito à intimidade do empregado. / Marina Domingues de Castro Camargo Aranha – São Paulo, 2014.

136 f.; 30 cm

Dissertação (Mestrado em Direito Político e Econômico) -
Universidade Presbiteriana Mackenzie - São Paulo, 2014.

Orientador: Felipe Chiarello de Souza Pinto

Bibliografia: f. 127-134

1. Eficácia horizontal. 2. Direitos fundamentais. 3. Direito à
intimidade. 4. Poderes do empregador. I.Título.

CDDir 342.6

MARINA DOMINGUES DE CASTRO CAMARGO ARANHA

**O CONFLITO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES DE TRABALHO
E O DIREITO À INTIMIDADE DO EMPREGADO**

Dissertação apresentada ao Programa do curso de pós graduação *stricto sensu* da Universidade Presbiteriana Mackenzie, como parte das exigências para a obtenção do título de Mestre em Direito Político e Econômico.
Linha de Pesquisa: A Cidadania Modelando o Estado.

Aprovada em 10 de fevereiro de 2015.

Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto
Universidade Presbiteriana Mackenzie

Fabiano Dolenc Del Masso
Universidade Presbiteriana Mackenzie

Carlos Frederico Zimmermann Neto

DEDICATÓRIA

Aos meus pais, Adalberto e Estela, fonte inesgotável de admiração, cuja dedicação e amor foram imprescindíveis para que pudesse alcançar todas as minhas conquistas.

Ao meu irmão Rodrigo, exemplo de justiça e equilíbrio, que jamais me deixou esmorecer, tendo amparado a minha jornada mostrando que todo o esforço valeria à pena.

Ao Matheus, companheiro de todas as horas, pelo apoio incondicional e força nos momentos mais difíceis.

AGRADECIMENTOS

Ao Professor Doutor Felipe Chiarello de Souza Pinto, pela colaboração, apoio e confiança determinantes ao êxito deste trabalho. À Universidade Presbiteriana Mackenzie por todos os ensinamentos e, principalmente, complementar minha formação jurídica proporcionando ambiente sadio e democrático. Por fim, a todos que, direta ou indiretamente, possibilitaram esta conquista.

“Primeiro, eles vieram buscar os comunistas, não falei nada porque não era comunista; depois, eles vieram buscar os judeus, não falei nada porque não era judeu; depois, vieram buscar os operários e os membros do sindicato, não falei pois não era operário sindicalizado; depois, eles vieram buscar os católicos, nada disse porque era protestante. Finalmente eles vieram me buscar e, quando isso aconteceu, não restou ninguém para falar.”

MARTIM NIEMÖLER

RESUMO

À vista da assimetria existente nas relações de trabalho, bem como pelos poderes conferidos ao empregador, observamos em diversas oportunidades decisões e manifestações tão imperativas quanto aquelas provindas do Estado, o que torna o estudo da eficácia horizontal dos direitos fundamentais especialmente relevante nesta seara. Outro ponto importante a se atentar é que a legislação trabalhista não contempla preceitos específicos referentes à proteção do direito à intimidade dos trabalhadores, aplicando-se nesta esfera as regras constitucionais gerais sobre o tema, sendo certo que, como um direito fundamental, é irrenunciável e de fruição geral. Verificamos, ainda, que o direito à propriedade também é constitucionalmente assegurado como direito fundamental e, conseqüentemente, deve ser tutelado pelo Estado, inclusive na seara trabalhista, como um direito do empregador. Diante deste conflito, no presente trabalho vamos refletir sobre as variáveis envolvidas no conceito de eficácia dos direitos fundamentais e teorias existentes acerca de sua aplicabilidade, notadamente nas relações interparticulares. Buscaremos, além disso, o conceito de direito à intimidade do empregado em contraponto com o direito à propriedade do empregador. Em seguida, traçaremos um panorama sobre os poderes do empregador, esmiuçando suas facetas e limites, para estabelecer a extensão e fruição do direito à intimidade no ambiente de trabalho, pormenorizando, ainda, entendimentos jurisprudenciais emblemáticos sobre o tema posteriores à Constituição de 1988.

Palavras-chave: EFICÁCIA HORIZONTAL, DIREITOS FUNDAMENTAIS, DIREITO À INTIMIDADE, PODERES DO EMPREGADOR.

ABSTRACT

In view of the asymmetry of the labor relationships, as well as the powers granted to the employer, we notice that in several occasions the employer's decisions are as imperative as those emanated from the State, what makes the study of horizontal effectiveness of fundamental rights especially relevant in this area. Another important point to be aware is that the labor legislation does not provide specific provisions regarding the employee's right to privacy protection, reason why the general constitutional provisions are applicable to the labor relationships, given that, as a fundamental right, the right to privacy is inalienable and held by all the members of the society. Moreover, we find that the right to property is also constitutionally granted as a fundamental right and must be protected by the State as an employer right, even in the labor jurisdiction. Given to this conflict, we will reflect about the variables involving this concept and theories involving the effectiveness of fundamental rights and about its applicability, mostly in the relations between individuals. In addition, we will seek to the concept of the right of privacy opposed to the employer's right to property. Then, we will draw an overview of the employer's powers, scrutinizing its facets and boundaries to establish its extent considering the right to privacy in the workplace. Also, we will analyze the labor court's understandings subsequent to the publication of the 1988 Federal Constitution.

Keywords: HORIZONTAL EFFECTIVENESS, FUNDAMENTAL RIGHTS, RIGHT TO PRIVACY, EMPLOYER'S POWERS.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	11
CAPÍTULO 1 – EFICÁCIA HORIZONTAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS	15
1.1 DIREITOS FUNDAMENTAIS COMO VETORES DA ATUAÇÃO ESTATAL	15
1.2 APLICABILIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES INTERPARTICULARES	16
CAPÍTULO 2 – DIREITO À INTIMIDADE COMO FATOR LIMITADOR AO DIREITO À PROPRIEDADE	31
2.1 DIREITO À INTIMIDADE DO TRABALHADOR	31
2.2 O DIREITO À PROPRIEDADE E O RISCO DO EMPREENDIMENTO DO EMPREGADOR	48
CAPÍTULO 3 - PODERES DO EMPREGADOR NO ORDENAMENTO JURÍDICO 0BRASILEIRO	53
3.1 PODERES DO EMPREGADOR E A SUBORDINAÇÃO.....	53
3.2 LIMITES AOS PODERES DO EMPREGADOR.....	63
CAPÍTULO 4 - A COEXISTÊNCIA ENTRE O DIREITO À INTIMIDADE DO EMPREGADO E OS PODERES DO EMPREGADOR	67
4.1 O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE E A COLISÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS	67
4.2 O DIREITO À INTIMIDADE NO AMBIENTE DE TRABALHO	77
CONCLUSÃO	118
BIBLIOGRAFIA	126

LISTA DE ABREVIATURAS

CC – Código Civil

CF – Constituição Federal

CLT – Consolidação das Leis do Trabalho

CPC – Código de Processo Civil

STF – Supremo Tribunal Federal

TRT – Tribunal Regional do Trabalho

UTI – Unidade de Terapia Intensiva

INTRODUÇÃO

Na transição do Estado Absoluto para o Estado Liberal, surge o conceito de eficácia vertical dos direitos fundamentais de primeira dimensão¹, que tem por efeito impedir interferência estatal na vida privada dos cidadãos, na medida em que se reconhece que entre eles há uma relação vertical de poder.

Havia, então, uma separação clara entre o Direito Constitucional, que regia as relações entre o Estado e os particulares, e o Direito Civil, que regia as relações entre particulares.

Com o fim da segunda guerra mundial e o advento do Estado Social, restou superada a ideia de que os direitos fundamentais eram apenas faculdades ou poderes singulares, consagrando a visão objetiva destes como valores e fins da atuação dos poderes públicos, irradiando seu conteúdo por todo o ordenamento jurídico.

Surge neste contexto a chamada teoria do status positivo, segundo a qual o Estado, além de proteger os direitos e liberdades individuais, deveria atuar positivamente para a realização dos direitos sociais, como saúde, educação, trabalho, assistência social, lazer e cultura.

Com o desenvolvimento das relações econômicas, políticas e sociais, no entanto, verificou-se que não apenas o Estado tem o dever de proteger e promover

¹Em que pese o dissídio terminológico, utilizaremos a denominação “dimensão” de direitos fundamentais, corroborando com o entendimento de Ingo Wolfgang Sarlet (SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 55), segundo o qual esta denominação “não aponta, tão-somente, para o caráter cumulativo do processo evolutivo e para a natureza complementar de todos os direitos fundamentais, mas afirma, para além disso, sua unidade e indivisibilidade no contexto do direito constitucional interno e, de modo especial, na esfera do moderno ‘Direito Internacional dos Direitos Humanos’, e Antonio Cançado Trindade (TRINDADE, Antonio Augusto Cançado. *Tratado de direito internacional dos direitos humanos*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1997. v. 1. p. 390), que afirma que a denominação “gerações de direitos” é “histórica e juridicamente infundada, na medida em que alimentou uma visão fragmentada ou atomizada dos direitos humanos, já se encontra devidamente desmistificada.”

a efetivação dos direitos fundamentais, mas também os próprios particulares, pois as violações aos direitos fundamentais podem partir tanto do Estado como por parte dos agentes privados.

Na década de 1950, surgiu a chamada teoria da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, reconhecendo haver também entre os particulares um dever de respeito aos direitos fundamentais. Esta teoria é amplamente dominante no cenário jurídico pátrio, padecendo, no entanto, de consagração pelo constituinte brasileiro, o que suscita dúvidas quanto a sua aplicabilidade.

No âmbito das relações de trabalho, tanto no plano individual quanto no metaindividual, o estudo da eficácia horizontal dos direitos fundamentais ganha especial relevância, não só pela assimetria da relação, mas notadamente pelos poderes conferidos ao empregador, de modo que, por vezes, as decisões e manifestações dos empregadores são tão imperativas que se aproximam àquelas provindas do Estado.

É certo que as diversas modificações nos sistemas de produção e a constitucionalização do Direito do Trabalho passaram a exigir uma alteração na postura dos empregadores na administração das empresas, visando evitar que o trabalhador seja tratado como objeto e atribuir maior efetividade aos seus direitos fundamentais, o que vai gerar, de forma quase inevitável, a colisão de direitos individuais dos trabalhadores com outros direitos, também assegurados pelo texto constitucional aos empregados.

Nenhum direito é absoluto, suportando algumas limitações ou restrições em benefício de outro bem ou valor de mesma hierarquia, relevância e valor. Nestes

casos, caberá ao intérprete ou ao aplicador do direito ponderar os interesses em conflito, zelando pela mínima restrição de sua eficácia, como veremos neste estudo.

A discussão se acirra em diversos casos, como o direito à igualdade do empregado discriminado por motivo de raça, sexo, idade, religião ou nacionalidade, hipótese em que o STF² já reconheceu a aplicação da teoria da eficácia horizontal dos direitos fundamentais nas relações de trabalho; nestes casos extremos, contudo, conclui-se facilmente pela aplicação desta teoria para responsabilizar diretamente a parte que detém poder na relação empregatícia. Há, porém, situações que se situam em uma linha muito tênue entre o poder legítimo do empregador e os direitos fundamentais dos empregados.

É o que ocorre, por exemplo, na proteção ao direito de propriedade do empregador em confronto com o direito à intimidade dos trabalhadores, no caso da revista pessoal, no acesso do empregador aos e-mails do empregado e na instalação de câmeras de segurança no local de trabalho, dentre outros casos.

A legislação trabalhista não contempla preceitos específicos referentes à proteção à intimidade dos trabalhadores no âmbito do contrato de trabalho, de modo que as regras constitucionais gerais sobre o tema serão as aplicáveis ao pacto empregatício.

A norma básica neste contexto é aquela trazida pelo artigo 5º, inciso X, da CF, segundo a qual “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 de sua violação”. Este dispositivo deverá nortear a conduta do empregador quando criar suas regras internas, fiscalizar seu cumprimento, proteger

²STF-RE 161243/DF, rel. Min. CARLOS VELLOSO, j. 29/10/1996, 2ª T., DJ 19-12-1997, p. 57

seu patrimônio e pretender punir empregados em função de ilícitos trabalhistas, por outro lado, como é cediço, o direito de propriedade também é constitucionalmente assegurado como direito fundamental e, conseqüentemente, deve também ser tutelado pelo Estado, devendo o empregador possuir meios para defendê-lo. Neste contexto, alguns questionamentos, embora pontuais, se mostram atuais e pertinentes: qual o limite do poder diretivo do empregador? Neste caso é aplicável a teoria horizontal dos direitos fundamentais quanto ao direito à intimidade? O que deve prevalecer? Quais os limites aos poderes do empregador? No caso concreto, como fazer para dirimir conflitos?

Para a solução destas questões, no presente trabalho vamos refletir sobre as variáveis envolvidas no conceito de eficácia dos direitos fundamentais e teorias existentes acerca de sua aplicabilidade, notadamente nas relações interparticulares. Além disso, buscaremos o conceito de direito à intimidade, detalhando sua abrangência nas relações de trabalho, estabelecendo-o como contraponto ao direito à propriedade do empregador.

Traçaremos, em seguida, um panorama sobre os poderes do empregador, esmiuçando suas facetas e limites, para estabelecer a extensão e fruição do direito à intimidade no ambiente de trabalho, pormenorizando ainda entendimentos jurisprudenciais emblemáticos posteriores à Constituição de 1988 sobre o tema.

CAPÍTULO 1 – EFICÁCIA HORIZONTAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

1.1 DIREITOS FUNDAMENTAIS COMO VETORES DA ATUAÇÃO ESTATAL

A doutrina liberal clássica limitava o alcance dos direitos fundamentais à regência das relações públicas, que tinham o Estado em um dos seus polos. Tais direitos eram vistos como limites ao exercício do poder estatal, que, portanto, não se projetavam no cenário das relações jurídico-privadas³.

Com o desenvolvimento das relações econômicas, políticas e sociais, verificou-se que não apenas o Estado tem o dever de proteger e promover a efetivação dos direitos fundamentais, mas também os próprios particulares, pois as desigualdades estruturantes não se situam apenas na relação entre o Estado e os particulares⁴. Vale dizer, as violações aos direitos fundamentais podem partir tanto do Estado como dos agentes privados.

Na década de 1950, neste mesmo contexto, surgiu na Alemanha a *Drittwirkung*, por nós chamada de teoria da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, criada por Hans Carl Nipperdey.

Tendo por percussor o Tribunal Constitucional Alemão, verificamos na década de 50 do século XX as primeiras decisões demonstrando a aplicação dos direitos fundamentais nas relações interpessoais. Em seguida, a jurisprudência do Tribunal Federal do Trabalho seguiu o mesmo caminho.

³ SARMENTO, Daniel. A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais no direito comparado e no Brasil. Disponível em: http://www.iad-df.com.br/artigos/especificacao-do-artigo.php?acao=leia-mais&publicacao_artigo=4. Acesso em: 22 maio 2014.

⁴LEITE, Carlos Henrique Bezerra. Eficácia horizontal dos direitos fundamentais na relação de emprego. *Revista Brasileira de Direito Constitucional – RBDC*, n. 17, jan./jun. 2011. p. 33.

Com relação ao conceito de eficácia horizontal dos direitos fundamentais, assevera Ingo Wolfgang Sarlet⁵:

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

Concluindo-se que o Estado e o Direito assumem novas funções promocionais, consolida-se o entendimento de que os direitos fundamentais não devem limitar o seu raio de ação às relações políticas, entre governantes e governados, incidindo também em outros campos, como o mercado, as relações de trabalho e a família⁶.

1.2 APLICABILIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES INTERPARTICULARES

Há diversas teorias idealizadas para determinar a vinculação dos direitos fundamentais nas relações particulares, das quais quatro merecem especial destaque: teoria da *state action*, teoria da imputação ao Estado, teoria da eficácia indireta ou mediata e teoria da eficácia direta ou imediata dos direitos fundamentais.

⁵SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais sociais, mínimo existencial e direito privado: breves notas sobre alguns aspectos da possível eficácia dos direitos sociais nas relações entre particulares. In: _____. *Direitos Fundamentais: estudos em Homenagem ao Professor Ricardo Lobo Torres*. São Paulo: Renovar, 2006. p. 551-602.

⁶SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 323.

Proveniente do direito norteamericano, a Teoria da *State Action* sustenta que, em regra, os direitos positivados pela Constituição não se estendem às relações privadas, aplicando-se apenas aos Poderes Públicos. Vale dizer, para esta teoria, os direitos e garantias constitucionais não são aplicáveis às relações privadas, com exceção à 13ª emenda, que veda a escravidão⁷. Neste caso, discute-se em que hipóteses a conduta de um particular pode ser de alguma forma imputada ao Estado, pois só através desta imputação seria possível obrigar o particular a respeitar os direitos fundamentais consagrados pela Constituição⁸.

O fundamento teórico desta corrente repousa sobre interpretação literal do texto constitucional norteamericano, que originalmente se referia somente aos “poderes públicos” nas disposições referentes aos direitos fundamentais.

Ante o federalismo adotado pelo Estado norteamericano, referida doutrina entende que, como compete privativamente aos Estados legislarem sobre matérias de direito privado, a autonomia dos Estados deve ser preservada, a fim de evitar-se a intervenção das cortes federais nos Estados sob o pretexto de aplicação do texto constitucional.⁹ Sustenta também que a eficácia horizontal dos direitos fundamentais fulminaria a autonomia individual, destruindo a identidade do Direito Privado, que ficaria absorvido pelo Direito Constitucional, e conferiria um poder exagerado aos juízes, em detrimento do legislador democrático¹⁰.

Até a década de 40 do século XX esta era a teoria aplicada pela Suprema Corte Americana, passando a sofrer mitigações a partir da década de 80 por meio

⁷ SARMENTO, Daniel. A vinculação dos particulares aos direitos e garantias fundamentais: o debate teórico e a jurisprudência do STF. In: LEITE, George Salomão ; SARLET, Ingo Wolfgang; CARBONELL, Miguel (Coord.). *Direitos, deveres e garantias fundamentais*. Salvador: Juspodivm, 2011. p. 288.

⁸SARMENTO, op. cit., acesso em: 22 maio 2014.

⁹ SARMENTO, op. cit., 2011. p. 289.

¹⁰ SARMENTO, op. cit., acesso em: 22 maio 2014.

da *Public Function Theory*. Segundo esta teoria, quando do exercício de atividades tipicamente estatais, os particulares também deverão observar direitos e garantias fundamentais, impedindo-se, assim, que o Estado se desvincule destas limitações por meio de privatizações, permissões ou concessões públicas. Sob esta premissa, a Suprema Corte passou a entender que as atividades de natureza estatal, ainda que exercidas por particulares, também ensejam a observância dos direitos fundamentais.

A despeito das mitigações destacadas acima, a teoria da *Public Function* não é capaz de conferir aos direitos e garantias fundamentais a proteção adequada, deixando-os à míngua sob diversas violações perpetradas em relações privadas.

Ressalta-se, contudo, que no Direito Constitucional suíço, também moldado pelo sistema romano-germânico, ainda prevalece na doutrina e na jurisprudência a visão clássica de que os direitos fundamentais limitam apenas o Estado, não vinculando direta ou indiretamente os particulares¹¹.

Mais moderna, a Teoria da Imputação ao Estado, despontou no direito alemão sob autoria de Joseph Isensee, Klaus Stern, Stefan Oeter e Claus-Wilhelm Canaris¹².

Segundo Claus-Wilhelm Canaris, a aplicação dos direitos fundamentais nas relações privadas se subsume à Teoria dos Deveres, em que há maior intervenção do Poder Legislativo na esfera de autonomia privada¹³. Em suas palavras:

“O legislador privado, como órgão do Estado, encontra-se plenamente vinculado aos direitos fundamentais. Não pode atentar contra eles, sob

¹¹SARMENTO, op. cit., acesso em: 22 maio 2014.

¹² *Ibidem*

¹³ SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004. p. 259.

pena de inconstitucionalidade das suas normas, e, mais do que isso, tem a obrigação de defendê-los. Mas os particulares, no exercício de sua autonomia privada, não se sujeitariam a esta mesma vinculação, pois, no seu entendimento, o comportamento dos indivíduos e entidades privadas na suas relações recíprocas não estaria submetido a direitos fundamentais. No entanto, caberia ao legislador disciplinar tais comportamentos, de modo a evitar lesões a direitos fundamentais decorrentes de pessoas não estatais. Sob este prisma, os atos privados não teriam que se conformar aos direitos fundamentais, tal como plasmados na Constituição, mas sim aos parâmetros ditados pelo legislador, no exercício de sua função de proteção daqueles direitos.”

O particular, em contrapartida, não estava submetido diretamente aos direitos fundamentais, mas sim ao regramento que, disciplinando os direitos fundamentais, especifica as condições em que tal vinculação ocorre¹⁴. Ao Estado, como destinatário final dos direitos fundamentais, compete editar as normas necessárias, organizar e realizar todas as atuações, seja no âmbito legislativo ou judicial, a fim de assegurar o respeito às ordens fundamentais¹⁵.

Sob esta ótica, o jurista português Carlos Vieira de Andrade idealizou o “princípio de proibição de *défi*ce”, segundo o qual o Estado está obrigado a assegurar um “nível mínimo adequado de proteção dos direitos fundamentais, sendo responsável pelas omissões legislativas que não assegurem o cumprimento desta imposição genérica”.¹⁶

¹⁴ NEUNER, Jörg. O Código Civil da Alemanha e a Lei Fundamental. Tradução de Peter Naumann. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 261.

¹⁵ ANDRADE, José Carlos Vieira de. Os direitos, liberdades e garantias no âmbito das relações entre particulares. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 147.

¹⁶ ANDRADE, op. cit., p. 148.

Em posição mais radical, Schwabe¹⁷ defende a “Teoria da Convergência Estatista”, segundo a qual se o Estado tem responsabilidade pela proteção dos direitos fundamentais, também o tem em caso de violação. Sendo assim, atribui-se ao poder estatal a proibição de comportamentos ou atos que, de qualquer modo, violem os direitos fundamentais. Segundo o autor, como cabe ao Estado disciplinar e tutelar as relações privadas, ele se torna responsável pelos atos atentatórios aos direitos fundamentais cometidos contra particulares sempre que não os impedir.

Com efeito, qualquer dos entendimentos subjacentes à teoria da imputação ao Estado que se adote, ao Estado é imputada a responsabilidade pela violação aos direitos fundamentais diante de sua obrigação de protegê-los, independentemente de quem os tenha infringido.

Opondo-se a Schwabe, Canaris¹⁸ defende que o efeito produzido pelos direitos fundamentais no âmbito privado decorre de imperativos de tutela e proibições de intervenção, pois a despeito de ser o Estado o único destinatário dos direitos fundamentais, cabendo-lhe tutelá-los, deverá fazê-lo sem transgredir os limites especificados pela proibição de intervenção. Sendo assim, os direitos fundamentais também serão experimentados na esfera privada.

A terceira teoria é a da eficácia mediata ou indireta dos direitos fundamentais (*Mittelbare Drittwirkung*). Desenvolvida por Günter Dürig, defende que os direitos fundamentais aplicam-se nas relações jurídicas entre os particulares, mas apenas de forma indireta (mediata), por meio das chamadas cláusulas gerais do Direito Privado.

¹⁷ SCHWABE, Jurgén. Die sorgennante Drittwirkung der Grundrechte. Munich, Beck, 1971, apud SARMENTO, 2004, p. 262.

¹⁸ CANARIS, Claus Wilhelm. A influência dos direitos fundamentais sobre o direito privado na Alemanha. Tradução de Peter Naumann. In: SARLET, Ingo Wolganf (Org.). *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 53-4.

Segundo Dürig¹⁹, a proteção constitucional da autonomia privada pressupõe a possibilidade dos indivíduos renunciarem aos direitos fundamentais no âmbito das relações privadas; sendo assim, a vinculação deve ocorrer em virtude do acolhimento pelo legislador dos direitos fundamentais na ordem privada, através de cláusulas gerais. Nesse sentido, Ubillos²⁰ afirma que a teoria tem como pressuposto condicionar a operatividade dos direitos fundamentais no campo das relações privadas à mediação de um órgão do Estado.

De acordo com o Tribunal Constitucional Alemão, os direitos fundamentais teriam uma “eficácia irradiante” sobre a interpretação do Direito Privado, mas não incidiriam diretamente nas relações entre particulares. Assim, a regra geral no Direito Privado seria a autonomia privada e os direitos fundamentais incidiriam apenas por meio de cláusulas gerais existentes no próprio Direito Privado, como ordem pública, liberdade contratual, boa-fé, etc.

Segundo adeptos desta teoria²¹, como Günter Dürig²², a grande ameaça da aplicação direta dos direitos fundamentais seria a descaracterização do direito privado pelo abandono à autonomia privada e uma hipertrofia normativa constitucional, o que daria um poder indesejável aos magistrados tendo em vista do grau de indeterminação das normas definidoras dos direitos constitucionais.

¹⁹ DÜRIG, Günter. Grundrechte und Zivilrechtsprechung. In: MAUZ, Theodor (Hrsg.) *Von, en Festschrift für Hans Nawiaski. München*: Beck, 1956. p. 157-90, apud SARMENTO, 2004. p. 238.

²⁰ UBILLOS, Juan Maria Bilbao. Em qué medida vinculan a los particulares los derechos fundamentales. In: SARLET, Ivo Wolfgang (Org.). *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 309.

²¹ CAPITANT, David. Les effets juridiques des droits fondamentaux em Allemagne. Paris: L.G.D.J., 2000. p. 249-50.

²² MÜNCH, Ingo von. Drittwirkung de derechos fundamentales em Alemania. In: SALVADOR CODERCH ASOCIACIONES. *Derechos fundamentales y autonomiaprivada*. Madrid: Editorial Civitas, 1997. p. 50.

Hesse²³, um dos principais defensores desta teoria, neste sentido, sustenta que a incidência direta das regras protetivas de direitos fundamentais nas relações privadas pode significar um prejuízo à liberdade de um particular em face da proteção concedida a outro particular.

Por esta razão, a teoria da eficácia mediata sustenta que tais direitos devem ser, a princípio, protegidos pelos meios típicos à disposição do direito privado, e não pelo Direito Constitucional, de modo que, em caso de conflito entre as direitos fundamentais e a autonomia privada, a lei deverá estabelecer o preponderante objetivamente.

Segundo Daniel Sarmento, o legislador deve “proceder uma ponderação de interesses constitucionais em conflito, na qual lhe é concedida certa liberdade para acomodar os valores contrastantes em consonância com a consciência social de cada época”²⁴.

Sobre o assunto, o Ministro Gilmar Mendes²⁵ afirma que os direitos fundamentais “não se destinam a solver diretamente conflitos de direito privado, devendo a sua aplicação realizar-se mediante os meios colocados à disposição pelo próprio sistema jurídico”, o que condiciona a aplicação das regras de direitos fundamentais a uma atividade legislativa.

A competência do Judiciário, sob esta ótica, limitar-se-ia a conferir interpretação e sentido às leis de acordo com os direitos fundamentais esculpidos no texto constitucional, de modo que a sua aplicação nas relações privadas dar-se-ia de

²³ HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1998. p. 285.

²⁴ SARMENTO, op. cit., 2004. p. 241.

²⁵ MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 125.

maneira indireta, uma vez que não vinculam, por si sós, os particulares, ante a impossibilidade de sua aplicação direta ao caso concreto.

Em outras palavras, para aplicar os direitos fundamentais às relações entre particulares pressupõe-se uma atividade legislativa inicial e uma jurisdicional em segundo plano, a qual, em qualquer caso, deverá observar os parâmetros traçados pelo direito privado, notadamente nas cláusulas gerais, como a boa-fé e os bons costumes.

O que se pretende, segundo adeptos desta teoria, é a proteção da estrutura estatal esculpida no texto constitucional, privilegiando-se a competência originária do legislador de proteger e garantir os direitos fundamentais, mediante edição de normas que impeçam eventuais abusos nas relações interpessoais.

Ante a evidente impossibilidade de se exaurir todas as situações de violação possíveis nesta esfera, admite-se, subsidiariamente, a atuação do Poder Judiciário para preencher as lacunas legais e afastar a aplicabilidade, mediante declaração de inconstitucionalidade, das normas incompatíveis com os direitos fundamentais.

De todo modo, com isso, não se está admitindo a eficácia direta ou imediata das normas de direitos fundamentais nas relações privadas. Pelo contrário. Como ensina Sarlet²⁶, para a teoria da eficácia mediata os direitos fundamentais somente poderiam ser aplicados no âmbito das relações entre particulares “após um processo de transmutação, caracterizado pela aplicação, interpretação e integração das cláusulas gerais e dos conceitos indeterminados do direito privado, à luz dos direitos fundamentais”. Esta teoria, no entanto, não se sustenta. A influência das

²⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 266.

normas de direito privado sobre os valores constitucionais levaria a uma expansão indesejável do princípio da legalidade, ante a evidente assimetria existente nas relações interparticulares, a exemplo do que ocorre nas esferas trabalhista e consumeirista.

Sua aplicação deixaria os direitos e garantias fundamentais à míngua, em flagrante inobservância ao texto constitucional, que é contundente quanto à tutela integral da proteção e defesa destes direitos como objetivo da República Federativa do Brasil. Contrapondo-se a esta teoria, a teoria da eficácia direta dos direitos fundamentais, também de origem germânica, foi inicialmente idealizada por Hans Carl Nipperdey²⁷, em obra publicada em 1958.

Segundo ele, os direitos fundamentais não são somente aplicáveis diretamente às relações privadas, como têm o efeito de modificar as normas de direito privado existentes²⁸, independentemente de serem elas cláusulas gerais ou determinadas.

Sob esta diretriz, sustentava que embora alguns direitos previstos pela Constituição Alemã vinculassem apenas o Estado, outros, por sua natureza, poderiam ser invocados diretamente nas relações privadas, independentemente da atuação do legislador, dada sua inerente oponibilidade *erga omnes*²⁹.

Defendida por autores como Ingo Wolfgang Sarlet³⁰, Daniel Sarmento³¹, Luís Roberto Barroso³², Gustavo Tepedino³³ e Jane Reis Gonçalves Pereira³⁴, esta

²⁷SOMBRA, Thiago Luís Santos. *A eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2011. p. 87.

²⁸STEINMETZ, Wilson Antônio. *Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 163.

²⁹SARMENTO, op. cit., 2011. p. 298.

³⁰SARLET, op. cit., 2007.

³¹SARMENTO, Daniel. GOMES, Fábio Rodrigues. A eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares: o caso das relações de trabalho. *Revista TST*, Brasília, v. 77, n. 4, out./dez. p. 72, 2011.

³²BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 370-71

teoria tem por objetivo a aplicação direta e imediata dos direitos fundamentais nas relações privadas, ressaltando os métodos de incidência aplicáveis.

O legislador infraconstitucional, em primeiro plano, deve não apenas respeitar os direitos fundamentais, mas também desenvolver proteção adequada destes na esfera privada, pois a atuação legislativa ordinária é fundamental para determinar os métodos e a eficácia das normas constitucionais nestas relações. Entretanto, a ausência legislativa não deve ser obstáculo para o exercício desses direitos, devendo haver a ponderação entre os interesses em conflito.

Sobre esta ponderação, reflete Canotilho³⁵:

“A ordem jurídica privada não está, é certo, divorciada da Constituição. Não é um espaço livre de direitos fundamentais. Todavia, o direito privado perderá a sua irredutível autonomia quando as regulações civilísticas – legais ou contratuais – vêm o seu conteúdo substancialmente alterado pela eficácia direta dos direitos fundamentais na ordem jurídica privada. A Constituição, por sua vez, é convocada para as salas diárias dos tribunais com a conseqüência da inevitável banalização constitucional. Se o direito privado deve recolher os princípios básicos dos direitos e garantias fundamentais, também os direitos fundamentais devem reconhecer um espaço de auto-regulação civil, evitando transformar-se em ‘direito de não liberdade’ do direito privado”.

Sob esta ótica, a Teoria da Eficácia Imediata dos direitos fundamentais se fundamenta em dois pilares principais: a existência de assimetrias nas relações interparticulares e o fato de a constituição, como fonte normativa de todo

³³TEPEDINO, Gustavo. Direitos humanos e relações jurídicas privadas. In: _____. *Temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 55-71.

³⁴PEREIRA, Jane Gonçalves Reis. Apontamentos sobre a aplicação de normas de direito fundamental nas relações jurídicas entre particulares. In: BARROSO, Luís Roberto (Org.). *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 119-92.

³⁵CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Civilização do direito constitucional ou constitucionalização do direito civil? A eficácia dos direitos fundamentais na ordem jurídico-civil no contexto do direito pós-moderno. In: GRAUS, Eros; GUERRA FILHO, Willis Santiago (Org.). *Direito constitucional: estudos em homenagem a Paulo Bonavides*. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 113.

ordenamento jurídico segundo o princípio da unicidade jurídica, não poder ser violada por norma de direito privado, ensejando, se o caso, a declaração de inconstitucionalidade das leis que contrariem ou mitiguem os direitos fundamentais.

Steinmetz³⁶ afirma, neste sentido, que as premissas básicas desta teoria referem-se ao fato de as normas de direitos fundamentais serem oponíveis ao Estado e aos particulares, independentemente de serem de direito público ou privado. Além disso, por terem natureza de direitos subjetivos constitucionais, têm eficácia imediata, independentemente de regulação legislativa, salvo se o legislador constituinte estabelecer de maneira diversa.

Com efeito, a aplicação direta dos direitos fundamentais nas relações particulares leva-nos a um conflito constante, já que a relação ocorre entre dois titulares de direitos fundamentais e, em regra, a prevalência de um se dá em detrimento do outro. Por esta razão, parte da doutrina sustenta que esta aplicação deve restringir-se a relações com evidente disparidade entre as partes. Nesse sentido, pondera o doutrinador português José Carlos Vieira de Andrade³⁷:

“Quanto a nós, para além dos casos já referenciados em que a Constituição expressamente concebe os direitos perante privados, só deverá acertar-se esta transposição direta dos direitos fundamentais, enquanto direitos subjetivos, para as relações entre particulares quando se trate de situações em que pessoas coletivas (ou excepcionalmente, indivíduos) disponham de poder especial de caráter privado sobre (outros) indivíduos”

Importa ressaltar algumas considerações a respeito da aplicação da teoria da eficácia dos direitos fundamentais às relações privadas trazidas por Ingo

³⁶ STEINMETZ, Wilson Antônio. *Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 200. p. 168-9.

³⁷ ANDRADE, op. cit. p. 263.

Wolfgang Sarlet³⁸ que auxiliam na melhor compreensão da problemática. Quando há relativa igualdade das partes figurantes da relação jurídica, caso em que deve prevalecer o princípio da liberdade para ambas, somente se admite a eficácia direta dos direitos fundamentais na hipótese de lesão ou ameaça ao princípio da dignidade da pessoa humana ou aos direitos da personalidade; no entanto, quando a relação privada ocorre entre um indivíduo ou grupo de indivíduos e os detentores de poder econômico ou social, há um certo consenso para se admitir a aplicação da eficácia horizontal, pois tal relação privada assemelha-se àquela que se estabelece entre os particulares e o poder público.

De todo modo, como dito, a teoria da eficácia horizontal direta (ou imediata) dos direitos fundamentais é amplamente dominante no cenário brasileiro. Contudo, o constituinte brasileiro foi omissivo quanto à vinculação dos particulares por estes direitos, o que deflagra, segundo alguns, dúvidas quanto à aplicabilidade dos direitos fundamentais nas relações privadas.

Sobre o assunto, pondera Daniel Sarmento³⁹:

“O ponto nodal da questão consiste na busca de uma fórmula de compatibilização entre, de um lado, uma tutela efetiva dos direitos fundamentais, neste cenário em que as agressões e ameaças a eles vêm de todos os lados, e, do outro, a salvaguarda da autonomia privada da pessoa humana. As posições que priorizam o primeiro aspecto tenderão a defender uma eficácia mais ampla dos direitos fundamentais entre os particulares, enquanto as que conferem um peso maior ao segundo aspecto acabarão se alinhando às teses que mitigam de forma mais marcante esta incidência.”

³⁸ SARLET, op. cit., 2006. p. 392-400.

³⁹ SARMENTO, op. cit., acesso em: 22 maio 2014.

A CF, em seu artigo 5º, §1º determina que “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”⁴⁰. Segundo a teoria da eficácia imediata dos direitos fundamentais, este dispositivo estabelece que o constituinte, abarcando todos os direitos, decidiu dar eficácia plena e aplicação imediata ao exercício dos direitos fundamentais, de modo que eventual omissão legislativa não obsta seu exercício, atribuindo, inclusive, garantias constitucionais (Ação Direita de Inconstitucionalidade por omissão e Mandado de Injunção) para supri-la. Nesse sentido, Ingo Wolfgang Sarlet⁴¹ explica:

“Se, portanto, todas as normas constitucionais sempre são dotadas de um mínimo de eficácia, no caso dos direitos fundamentais, à luz do significado outorgado ao art.5º, §1º, de nossa Lei Fundamental, pode afirmar-se que aos poderes públicos incumbem a tarefa e o dever de extrair das normas que os consagram (os direitos fundamentais) a maior eficácia possível, outorgando-lhes, neste sentido, efeitos reforçados relativamente às demais normas constitucionais, já que não há como desconsiderar a circunstância de que a presunção da aplicabilidade imediata e plena eficácia que milita em favor dos direitos fundamentais constitui, em verdade, um dos esteios de sua fundamentalidade formal no âmbito da Constituição”.

No âmbito das relações de trabalho, tanto no plano individual quanto no metaindividual, o estudo da eficácia horizontal dos direitos fundamentais ganha especial relevância, não só pela assimetria das relações, mas notadamente pelos poderes conferidos ao empregador.

As diversas modificações nos sistemas de produção, que passaram a exigir uma alteração na postura dos empregadores na administração das empresas, e a constitucionalização do Direito do Trabalho, que visa evitar que o trabalhador seja

⁴⁰ CONSTITUIÇÃO da República Federativa do Brasil de 1988. Artigo 5º, §1º. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 30 abr. 2013.

⁴¹SARLET, op. cit., 2007. p. 285.

tratado como objeto e atribuir maior efetividade aos direitos fundamentais dos trabalhadores, vão gerar, de forma quase inevitável, a colisão de direitos individuais dos trabalhadores com outros direitos, também constitucionalmente protegidos, mas em benefício de outros trabalhadores, dos empregadores, da coletividade ou do Estado.

Entende João José Abrantes⁴², por esta razão, que “a intangibilidade do conteúdo essencial dos direitos fundamentais dos trabalhadores, bem como a flagrante desigualdade existente entre os sujeitos envolvidos nas relações de trabalho em face da grande concentração de poder nas mãos do empresário nestas relações, podem ser considerados como motivos justificadores para a aplicação da eficácia direta ou imediata dos direitos fundamentais no âmbito do contrato de trabalho”.

Por vezes, as decisões e manifestações dos empregadores são tão imperativas e executórias quanto às de um órgão administrativo estatal, gerando uma aproximação substancial das formas de dominação⁴³.

Pondere-se, contudo, que ao afirmar a necessidade de proteção dos direitos dos trabalhadores, não se pretende negar vigência à autonomia privada nas relações particulares, pois esta é indispensável para a manifestação da liberdade. No entanto, há situações em que, para a consagração da dignidade do indivíduo, se faz necessária sua proteção também na esfera particular, o que justifica a aplicação

⁴²ABRANTES, João José. *Contrato de trabalho e direitos fundamentais*. Coimbra: Almedina, 2005. p. 131.

⁴³SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006. p.185.

da teoria da eficácia horizontal dos direitos fundamentais nas relações interparticulares⁴⁴.

⁴⁴ COMPARATO, Fábio Konder. O papel do juiz na efetivação dos direitos humanos. In: _____. *Direitos humanos: visões contemporâneas*. Publicação especial em comemoração aos 10 anos de fundação da Associação Juizes para a Democracia. São Paulo: Método, 2001. p. 15.

CAPÍTULO 2 – DIREITO À INTIMIDADE COMO FATOR LIMITADOR AO DIREITO À PROPRIEDADE

2.1 DIREITO À INTIMIDADE DO TRABALHADOR

Inicialmente, esclareça-se que não é possível falar em direito à intimidade do trabalhador sem um prelúdio acerca do princípio da dignidade da pessoa humana.

Considerado um superprincípio contemplado pelo constituinte de 1988, a dignidade da pessoa humana irradia-se por todo ordenamento jurídico para impor a prioridade axiológica aos direitos fundamentais, inclusive sobre as estruturas estatais.

Com o experimento da ampla constitucionalização dos direitos fundamentais, o Estado passou a ser considerado um meio para o atendimento do principal objetivo da nova ordem constitucional: a proteção da pessoa humana. Neste novo panorama, deixa-se de exigir a mera abstenção estatal para se buscar também uma atuação positiva do ente público voltada à promoção do bem estar social e à valorização do ser humano.

Notadamente após a Segunda Guerra Mundial e com o advento do Estado Social, restou superada a ideia de que os direitos fundamentais eram apenas faculdades ou poderes singulares, consagrando-os como valores e fins da atuação dos poderes públicos.

Positivou-se um feixe de direitos que, em sua unidade, revelam a dignidade da pessoa humana, de modo que, caso qualquer deles seja violado, a própria dignidade também o será.

O conceito de dignidade humana, entretanto, é incerto e varia de acordo com o contexto histórico e social experimentado, correndo o risco, atualmente, de banalizar-se por superabrangente.

A ideia de um valor inerente à natureza humana se remonta ao pensamento clássico e ideal cristão, estando presente também nas obras de Tomás de Aquino, Kant, Hegel, passando pela Renascença e Idade Moderna, mas com concepção diferente em cada momento⁴⁵.

Para a filosofia, o sentido de dignidade aponta para o princípio moral, segundo o qual o ser humano deve ser tratado como um fim em si mesmo, nunca como meio⁴⁶.

De fato, pelo pensamento filosófico e político da antiguidade clássica, a dignidade da pessoa humana dizia respeito, em regra, à posição social ocupada pelo indivíduo e ao grau de reconhecimento pelos demais, o que resultava em uma quantificação e modulação da dignidade, ao ponto de se admitir pessoas mais ou menos dignas⁴⁷.

Na Grécia Antiga, apesar de não haver a clara dimensão da dignidade humana, admitia-se a aceção de homem com validade universal e normativa. Com

⁴⁵ SARLET, op. cit., 2004. p. 29-39.

⁴⁶ DINIZ, Maria Helena. *Dicionário jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 133.

⁴⁷ RETAMOZO B. A., Gláucia Correa. Sobre a dignidade da pessoa. In: MARTINS-COSTA, Judith (Org). *A reconstrução do direito privado: reflexos dos princípios, diretrizes e direitos fundamentais constitucionais no direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 216.

esta concepção racional de que a ação humana depende do exercício da vontade livre, restou superado o pensamento mítico para dar lugar à razão⁴⁸.

No império romano, a escravidão perdurou por muitos anos, representando verdadeira privação à liberdade do indivíduo. Este cenário passou a mudar com base nos ideais de fraternidade e igualdade perante a Deus encabeçados pelo cristianismo. No entanto, apenas com o triunfo dos movimentos abolicionistas do Século XIX, houve o fim da escravidão para igualar o homem negro aos animais irracionais⁴⁹.

Foi com o cristianismo que o mundo conheceu a ideia de que a pessoa humana tem um valor absoluto e inerente, tornando possível o surgimento dos direitos humanos fundamentais⁵⁰. Neste contexto, o conceito de pessoa que possui valor em si mesma, como ser de fins absolutos e possuidor de direitos fundamentais, sobretudo a dignidade, surge com a filosofia cristã patrística, posteriormente desenvolvida pelos escolásticos.

Segundo estes estudos, pelo fato de os homens terem sido concebidos à imagem e semelhança de Deus, são todos iguais. Isto é, se Deus não fez distinção entre os seres humanos, todos merecem o mesmo respeito e consideração.

Posteriormente, em 1891, a Encíclica *Rerum Novarum*, de Leão XIII, foi um dos primeiros documentos papais a revelar preocupação com a dignidade humana, dando início ao que se convencionou chamar de doutrina social da igreja⁵¹.

⁴⁸ MARTINS, Flademir Jerônimo Belinati. Dignidade da pessoa humana: princípio constitucional fundamental. In: TEPEDINO, Gustavo (Org.). *Diálogos sobre direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 21.

⁴⁹ PAREDES, Marcus Dias. *Operatividade do princípio da dignidade humana nos contratos pós-modernos*. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, PUC-SP, 2006.

⁵⁰ LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. São Paulo: Companhia das Letras, 1998. p. 119.

⁵¹ ALVES, Cleber Francisco. *O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana: o enfoque da doutrina social da igreja*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 21.

Importa elucidar o pensamento de Santo Agostinho, que entendia que o homem encontra sua razão de ser na fé em Deus e, vencida a luta contra o pecado, atinge o *status dignitatis*, momento em que deixa a vida terrena para habitar a cidade de Deus, onde vivem os que encontraram sua real dignidade. Assim seria o caminho de Deus que levaria o homem à vida digna⁵².

São Tomás de Aquino, por seu turno, baseava-se em Aristóteles para concluir que o homem é um animal político, sendo o Estado resultado da necessidade da natureza humana, mas desejado por Deus, erigindo o dever de submissão a sua autoridade. Assim, o Estado é concebido como entidade que visa garantir condições dignas de vida, preparando o homem para sua união a Deus e a Igreja, que tutela o espírito, apresentava-se superior ao Estado⁵³.

Foi ele foi o primeiro a usar a expressão “dignidade humana”⁵⁴, assim entendida como a qualidade inerente a todo ser humano, criatura dotada de racionalidade. Segundo ele, é esta racionalidade que torna o homem um ser livre e responsável por seu destino, sendo o ser mais perfeito do universo e possuidor de um valor absoluto, um fim em si mesmo⁵⁵.

Segundo a concepção Kantiana, a dignidade corresponde a um valor absoluto que se posiciona acima de outros componentes axiológicos. Assim, considera proibida, por constituir violação à dignidade da pessoa humana, qualquer ação que implique na “coisificação” do ser humano. Nesse sentido, o filósofo⁵⁶ afirma:

⁵² PAREDES, op. cit., p. 31.

⁵³ *Ibidem*

⁵⁴ COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 19.

⁵⁵ MARTINS, op. cit.

⁵⁶ KANT, Immanuel. *Fundamentos da metafísica dos costumes*. São Paulo: Ediouro, 1997. p. 68.

“O homem e todo ser racional existe como um fim em si mesmo, não só 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 serem racionais, ele tem de ser considerado simultaneamente como um fim”

Em vista deste pensamento, José Afonso da Silva afirma que os seres racionais, como o homem, possuem valor intrínseco, independentemente de qualquer idéia possível de utilidade, de modo que a pessoa tem uma finalidade que corresponde a um valor absoluto e imensurável. Este valor é o reconhecimento de que o ser humano existe como um fim em si mesmo, compreendendo-se, com isso, sua dignidade intrínseca. Assim, a dignidade é atributo intrínseco, inerente e imensurável do humano, que não admite substituição ou equivalência⁵⁷.

Com efeito, foi a partir da segunda metade do século XX, com as atrocidades nazistas perpetradas durante a Segunda Guerra Mundial, que a humanidade passou a conceber o ser humano como um valor em si mesmo.

A verdade é que o homem nunca esteve desprovido de sua dignidade, ainda que esta não fosse reconhecida por certas circunstâncias históricas tenha sido suprimida.

Nesta esteira, surgiu um novo modelo ético-jurídico, coroado pela promulgação da Declaração Universal dos Direitos do Homem e Cidadão, como bem esclarece Rizzatto Nunes⁵⁸:

“A partir da segunda metade do século XX, a razão jurídica é uma razão ética, fundada na garantia da intangibilidade da dignidade e da pessoa

⁵⁷ SILVA, José Afonso. A dignidade da pessoa humana como valor supremo da democracia. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 212, abr./jun., p. 91, 1998.

⁵⁸ NUNES, Luiz Antonio Rizzatto. *O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana: doutrina e jurisprudência*. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 26.

humana, na aquisição da igualdade entre as pessoas, na busca da efetiva liberdade, na realização da justiça e na construção de uma consciência que preserve integralmente esses princípios. Aliás, a própria tomada de consciência desses princípios é por si só, também, um princípio.”

Com estes precedentes, a comunidade internacional dotou a proteção dos direitos humanos como questão de legítimo interesse internacional, de modo que os direitos humanos passaram a transcender o domínio reservado ao Estado, sendo protegidos por meio de um código comum de ação que deveria ser seguido pelos Estados⁵⁹.

Proveniente do latim *dignitate*, a dignidade pode ser compreendida como honradez, honra, nobreza, decência, respeito a si próprio e está ligada ao ser humano por uma abstração intelectual representativa de um estado de espírito⁶⁰.

De acordo com Alexandre de Moraes⁶¹, dignidade pode ser conceituada como:

“Um valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, de modo que, somente excepcionalmente, possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais, mas sempre sem menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos.

De acordo com Ingo Wolfgang Sarlet⁶², a dignidade refere-se à condição humana sendo entendida como uma qualidade intrínseca e indissociável de todo e

⁵⁹ PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 7. ed. rev., amp. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 5.

⁶⁰ Dicionário Aurélio, verbete “dignidade”.

⁶¹ MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. São Paulo: Atlas, 2005.

⁶² SARLET, op. cit., 2004. p. 30.

qualquer ser humano, de modo que a destruição de um implicaria na destruição do outro. Além disso, o respeito e a proteção da dignidade da pessoa constituem-se, ou ao menos deveriam ser, uma meta da humanidade, do Estado e do Direito.

Como se vê, a dignidade representa um valor moral à pessoa inerente à sua existência enquanto ser humano, de maneira que não concebe a existência de uma pessoa sem dignidade, ainda que as circunstâncias possam gerar limitações a este atributo.

Segundo Giselda Hironaka⁶³, a definição de dignidade enfatiza o centro da exigência trazida pela essência humana: o respeito à vida. Isto porque, a vida serve de índice das exigências da pessoa diante das demais e do Estado, que deve conter, em nome da vida da pessoa, seu agir coercitivo e limitador das liberdades. Para ela, o poder do Estado é legítimo na medida em que protege a vida de seus cidadãos. O respeito à vida representa a própria realização da dignidade, além de ser elemento fundamental às relações interpessoais e para parametrizar os deveres de conduta do Estado contra o indivíduo.

Rosa Nery⁶⁴ afirma que a dignidade humana deve ser o norte, o paradigma orientador do anseio científico que justifica a tomada de decisão anterior à elaboração da norma. Segundo ela, a vida humana e a liberdade do homem representam as expressões mais importantes da dignidade humana, ao ponto de serem consideradas imprescindíveis à análise científica do direito. Nesse sentido, afirma:

⁶³ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Responsabilidade pressuposta*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. p. 167-8.

⁶⁴ NERY, Rosa Maria de Andrade. *Noções preliminares de direito civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 114.

“[o princípio da dignidade humana] é a razão de ser do direito. Ele se bastaria sozinho para estruturar o sistema jurídico. Uma ciência que não se presta para promover a sociedade de tudo quanto é necessário para permitir o desenvolvimento integral do homem, que não se presta para colocar o sistema a favor da dignidade humana, que não se presta para servir ao homem, permitindo-lhe atingir seus anseios mais secretos, não pode se dizer ciência do direito.”

Em seguida, conclui no sentido de que a premissa fundamental do sistema jurídico é considerar o homem sempre como sujeito de direito, nunca como objeto do direito.

No mesmo sentido, afirma-se a concepção de homem como valor-fonte de todos os valores, por ser da essência humana valorar, criticar, julgar tudo aquilo que é apresentado, seja no plano da ação ou do conhecimento.

Concebido, assim, como atributo fundamental da dignidade da pessoa humana, o direito à intimidade deve ser entendido e respeitado por todos e em toda sua extensão. Para tanto, contudo, é necessário identificar seu conceito e abrangência, missão espinhosa por haverem diversos entendimentos sobre o tema.

A começar pela terminologia, verifica-se uma pluralidade peculiar. Nos Estados Unidos diz-se *right to privacy* ou *right to be alone*. Na França, utiliza-se *droit a la vie privée* ou *droit a l'intimité*. Já na Itália, *diritto allá riservatezza*, *diritto allá segretezza* ou *rispetto della vita privata*. Na Espanha, fala-se em *derecho a la intimidad* e em *derecho a la vida privada*. Na Alemanha, são usadas as expressões *privatsphäre*, *intimsphäre*, *geheimsphäre* e *individuellsphäre*⁶⁵.

Em todo caso, além de constituir um direito fundamental, faceta da dignidade da pessoa humana, o direito à intimidade se revela como um direito da

⁶⁵ SILVA, Edson Ferreira da. *Direito à intimidade*. São Paulo: Oliveira Mendes, 1998. p. 32-3.

personalidade, sendo inerente à toda e qualquer pessoa o direito de velar por sua intimidade, reservar-se e não permitir que sua vida seja desvelada a outrem, mantendo-a protegida da curiosidade pública⁶⁶. São manifestações do direito à intimidade, por exemplo, o direito à imagem, à defesa do nome e ao segredo, seja doméstico, epistolar, documental ou profissional.⁶⁷

Historicamente, a proteção à vida privada e intimidade foi tutelada pela primeira vez em junho de 1858 pelo Tribunal Francês. À época, pintores retrataram uma artista em seu leito de morte e a imagem foi exaustivamente exibida e colocada à venda, expondo-a em demasia. A irmã dela, inconformada com a situação, recorreu à Corte Francesa, que determinou a apreensão do desenho e suas reproduções entendendo que, por melhor que fosse a pintura e maior que fosse a artista, sua vida privada era distinta da vida pública, merecendo privacidade⁶⁸.

Ao final do século XIX, nos Estados Unidos, concebeu-se o direito de estar só (*right to be let alone*) para assegurar a paz da mente (*peace of mind*). O precedente ocorreu em Boston, no contexto de uma imprensa voltada a divulgação dos rumores e intrigas ocorridos no salão da Sra. Warren, dama da alta sociedade, filha de um Senador da República e esposa de um respeitado advogado. Ela tinha costume de dar grandes festas e a imprensa local, em especial a revista *Saturday Evening Gazette*, acompanhava os eventos para esmiuçar detalhes pessoais e

⁶⁶ PONTES DE MIRANDA, Claudio Cavalcanti. *Os fundamentos actuaes do direito constitucional*. Rio de Janeiro: Empr. De Public. Technicas, 1932.

⁶⁷ COSTA JÚNIOR, Paulo Jose da. *O direito de estar só: tutela penal da intimidade*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 52.

⁶⁸ JURISPRUDENCE française em matière de droit civil. Ver. Trimestrielle de Droit Civi., jan./mars., p. 111, 1971. Apud. COSTA JÚNIOR, Paulo José da. *O direito de estar só*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 13.

desagradáveis dos anfitriões e convidados, em flagrante atentado à intimidade destas pessoas⁶⁹.

Outro caso emblemático ocorreu na Califórnia, na década de 1970. No caso, os vizinhos de um sujeito reviraram seu lixo e, desconfiados da existência de vestígios tóxicos, acionaram a polícia. Após o exame toxicológico, constatou-se tratar de substâncias entorpecentes ilícitas. Com base nesta prova, o juiz de primeira instância condenou o acusado. Em sede de apelação, no entanto, a Suprema Corte entendeu que o lixo de uma pessoa constitui apêndice da de sua vida doméstica e, portanto, está protegido pelo direito à intimidade, tendo reformado a sentença para absolver o réu⁷⁰.

Tratando-se de pessoas de vida pública, por outro lado, a jurisprudência norteamericana privilegia o direito à informação em detrimento do direito à intimidade e vida privada. Exemplo disso, o presidenciável pelo Partido Democrata em eleições da década de 1990, candidato Gary Hardt, foi fotografado em encontro romântico com uma amante enquanto sua esposa viajava. As fotos foram amplamente divulgadas pela imprensa e geraram grande repercussão, causando grande desconforto no Partido Republicano a ponto de fazê-lo renunciar à candidatura. Em tentativa frustrada de obter provimento judicial para apreensão das fotos, a Corte Americana não considerou a divulgação das imagens como ato atentatório à vida privada do candidato por se tratar de pessoa pública⁷¹.

No continente europeu, o direito à intimidade foi concebido e tutelado apenas a partir da década de 1960, na Alemanha. No caso, após intensos debates

⁶⁹ WARREN, Samuel D.; BRANDEIS, Louis D. *Harvard Law Review*, Boston, v. 4, n. 5, p. 193-220. dec. 1890.

⁷⁰ FOLLETTTO, Mara Isabel Guimarães. *O direito à Intimidade do empregado frente ao poder de comando do empregador*. 2005. Dissertação (Mestrado em Direito do Estado e Teoria do Direito) - Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre: 2005. p. 28.

⁷¹ SZANIAWSKI, Elimar. *Direitos da personalidade e sua tutela*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993. p. 154.

doutrinários, o Projeto de 1962 dedicou todo título sétimo às agressões provocadas à vida privada. O texto adotou a teoria do direito geral de personalidade, a qual protege a privacidade das pessoas de fotos, imagens, escutas e gravações clandestinas, sem a devida autorização, ou qualquer outro ato que de qualquer modo viole a esfera íntima da pessoa⁷².

Os alemães foram agraciados com a possibilidade de, diante de qualquer atentado à sua intimidade, pedir a correspondente proteção do Tribunal Constitucional por meio uma reclamação constitucional.

Ao que se refere à vida privada, a jurisprudência alemã se apóia na Teoria das Esferas de Hubmann, que estabelece três círculos concêntricos dentro dos quais se desdobraria a personalidade⁷³. De acordo com esta teoria, a esfera íntima (*Intimsphäre*), representada pelo círculo-núcleo, é absoluta, eis que consiste na proteção do próprio indivíduo, isto é, abrange apenas o titular da privacidade, que poderá mantê-la em sigilo de toda e qualquer pessoa. Esta esfera abarca também as pessoas de vida pública, protegendo-as da coletividade.

Em caso de conflito do direito à intimidade da pessoa pública com o direito à liberdade da imprensa e direito à informação da população, a jurisprudência alemã tem aplicado o princípio da adequação social, permitindo a divulgação de fatos úteis à coletividade, ainda que concernentes à esfera privada do homem público. Nestes casos, analisa-se também a proporcionalidade entre a lesão gerada pela revelação à pessoa pública e o benefício à população ou à finalidade desta em função da norma de civilidade⁷⁴.

⁷²SZANIAWSKI, op. cit., p. 174.

⁷³ SZANIAWSKI, op. cit., p. 175-81.

⁷⁴Ibidem

O segundo círculo, mais amplo que a esfera íntima, é a chamada esfera secreta (*Geheimsphäre*), abrangendo não apenas o titular da privacidade, mas também as pessoas que conhecem seus segredos.

Por último, o terceiro círculo representa a esfera privada (*Privatsphäre*), que é mais ampla que as anteriores e abrange fatos conhecidos por uma determinada coletividade de pessoas, proibindo-se sua divulgação aos demais.

Modernamente, fora acrescentada uma quarta esfera a esta teoria, referente à vida profissional da pessoa (*Beruflichsphäre*), que visa proteger a exposição do profissional no desempenho de suas atividades.

À vista desta classificação, o Tribunal Constitucional Alemão tem diferenciado as esferas íntima e privada de acordo com sua intensidade, notadamente ao que se refere ao caráter absoluto da primeira. Na prática, no entanto, já se admitiu o sacrifício da esfera íntima em razão da relevância da informação à coletividade⁷⁵. Ainda segundo a doutrina alemã, a divulgação de segredo de terceiro contra sua vontade é ato de indiscrição, que constitui abuso de confiança e gera lesão à vida privada do indivíduo prejudicado.

Na Itália, por seu turno, a ilicitude da divulgação de fatos e informações referentes à vida privada de terceiros remonta-se às tentativas de publicação das cartas de amor de Benito Mussolini e Claretta Petacci, consubstanciado na obra *Il grande amore*, e dos filmes *Caruso, leggenda di una você* e *Il grande Caruso*.

No caso, os produtores dos filmes sustentaram que os fatos que permeiam a vida de pessoas célebres, ainda que particulares, são de interesse público. O Tribunal de Roma acatou o argumento, mas a decisão foi reformada pelo Tribunal de

⁷⁵ SZANIAWSKI, op. cit., p. 182.

Apelação romano que entendeu que a reprodução da imagem de pessoa célebre sem o seu consentimento é ilícita não somente quando ofende a honra, reputação ou decoro da pessoa, mas também quando se destina unicamente a satisfazer a curiosidade alheia⁷⁶.

Em caso análogo, o mesmo entendimento foi adotado pelo Tribunal de Apelação de Milão⁷⁷, afirmando que:

A pessoa dispõe de um direito à intimidade, não sendo lícita, portanto, a publicação desprovida do consentimento da pessoa e, após a morte, de seus parentes próximos. Isto porque, a tutela de tal direito será limitada pelo interesse público somente quando subsistir um liame incindível entre as aventuras da pessoa e os acontecimentos públicos, ou então, por necessidade de justiça e de ordem pública.

Atentemo-nos neste momento à Grã-Bretanha, que não possui normas que tutelem expressamente o direito à intimidade, mas garante a proteção contra atos atentatórios a ele por meio do *Justices os Peace Act*, de 1361. Trata-se de medida preventiva, sem caráter reparador. Esta escassa proteção deve-se à imensa importância atribuída pelo governo ao direito à liberdade de imprensa.

Em todo caso, nos últimos anos é crescente a atenção destinada à tutela da intimidade, sendo implementadas diversas alterações legislativas com essa finalidade, como se fez na Itália, em 1974, e na Alemanha, em 1967.

No ordenamento jurídico brasileiro, bem como outros direitos fundamentais, o direito à intimidade foi positivado como um direito aplicável às relações privadas para, posteriormente, alcançar status constitucional, exigível também dos poderes públicos.

⁷⁶ COSTA JÚNIOR, op. cit., p. 16.

⁷⁷Ibidem, p. 16-17.

A primeira referência explícita ao direito à intimidade é o art. 49 da Lei de Imprensa (Lei nº 5.250/1967). A lei nº 7.232/1984, que trata da Política Nacional de Informática, também protege a intimidade ao estabelecer, entre seus princípios, a proteção ao sigilo de dados armazenados, processados e vinculados que sejam do interesse da privacidade das pessoas.

Caminhando no mesmo sentido, em janeiro de 1992 o Brasil aderiu ao Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e, em setembro do mesmo ano, à Convenção Americana de Direitos Humanos, ratificada com restrições.

Posteriormente, coroando este espírito do legislador, o CC também passou a contemplar o direito à intimidade expressamente, estabelecendo que vida privada é inviolável, podendo o interessado valer-se do Poder Judiciário para obter as providências necessárias para impedir ou fazer cessar ato contrário a ele. Neste sentido, o artigo 20 do mesmo diploma preceitua que, à exceção dos casos em que autorizada pelo titular ou necessárias à administração da justiça ou à manutenção da ordem pública, a divulgação de escritos ou a utilização da imagem de uma pessoa poderá ser proibidas a requerimento dela, e sem prejuízo da indenização que couber, se lhe atingirem a honra, a boa fama, a respeitabilidade ou se destinarem-se a fins comerciais.

O CPC segue a mesma toada. O artigo 363, por exemplo, exime a pessoa de exhibir em juízo coisa ou documento concernente a negócios da própria vida da família; se a sua apresentação puder violar dever de honra ou gerar desonra à parte ou a terceiro; ou se a exibição acarretar a divulgação de fatos, a cujo respeito, por estado ou profissão, deva o profissional guardar segredo.

A despeito da força coercitiva que se revestem estes documentos, sem dúvidas o passo mais importante em direção à tutela da intimidade e privacidade foi dado com a promulgação da Constituição de 1988, que estabeleceu em seu art. 5º, inciso X, que são invioláveis a intimidade e a vida privada, possibilitando, ainda, a reparação por danos morais e materiais em caso de eventual violação. Com isso, o direito à intimidade alçou status de direito fundamental. Sendo assim, a tutela conferida pelo ordenamento jurídico pátrio, possui duas facetas: é considerado um direito fundamental, ao qual é dispensada especial proteção, bem como um direito da personalidade, sendo, por isso, inato, imprescritível, irrenunciável e indissociável de seu titular, devendo ser preservado em todas as circunstâncias, inclusive nas relações de trabalho.

Edson Ferreira da Silva⁷⁸ afirma que se pode dizer que a maioria dos direitos da personalidade é inata, não por serem anteriores ou pela sua existência independente de reconhecimento jurídico, mas porque basta o nascimento da pessoa com vida para que ela tenha tuteladas pela ordem jurídica todas as faculdades de que a natureza o dotou, como a vida, a integridade física e psíquica, o direito de ter um nome, à liberdade, à honra e à intimidade.

Amauri Mascaro Nascimento⁷⁹ conceitua os direitos da personalidade como sendo as prerrogativas de toda pessoa humana pela sua própria condição, referentes aos seus atributos essenciais. São direitos absolutos, que implicam num dever geral de abstenção para a sua defesa e salvaguarda, são indisponíveis, intransmissíveis, irrenunciáveis e de difícil estimação pecuniária.

⁷⁸ SILVA, op. cit., 1998. p. 19.

⁷⁹ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Iniciação ao direito do trabalho*. 33. ed. São Paulo: LTr, 2007. p. 112-13.

Segundo Paulo José da Costa Júnior⁸⁰, o direito à intimidade provém da liberdade, sendo esta inata enquanto direito da personalidade. O direito de alguém poder recolher-se à solidão, nada mais é que um efeito do exercício da liberdade. Consiste em fazer ou deixar de fazer.

O direito à intimidade assegura com isto o direito de ficar só e a faculdade de privar do conhecimento de terceiros aquilo que o indivíduo entender dizer respeito somente a si e à sua vida privada. Neste sentido, Alice Monteiro de Barros⁸¹ entende que embora o direito à intimidade, quando violado, possa implicar no pagamento de indenização, não está relacionado com a condição social ou com o patrimônio do titular, pois se fundamenta na liberdade individual.

Diversamente da doutrina alemã, prevalece no Brasil não haver escalonamentos ou esferas da intimidade nem distinção entre o íntimo e o privado, de modo que eventuais conflitos são dirimidos à vista das peculiaridades do caso concreto, podendo variar eis que deveras subjetivo.

A despeito, para Costa Junior⁸² o íntimo e o privado são conceitos distintos, sustentando que a vida privada é dividida em três partes: a esfera privada, que se refere aos acontecimentos que a pessoa não deseja que se tornem públicas, a confidencial, da qual participam os indivíduos que a pessoa confia e mantém familiaridade, e a esfera do segredo, ainda mais restrita.

Em todo caso, a importância atualmente atribuída ao direito à intimidade é fruto da crescente inclusão digital e adesão às redes sociais, que têm gerado

⁸⁰ PONTES DE MIRANDA. *Os fundamentos actuaes do Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Empr. De Public. Technicas, 1932, p. 126.

⁸¹ BARROS, Alice Monteiro de. *Proteção à intimidade do empregado*. São Paulo: LTr, 1997. p. 21.

⁸² COSTA JUNIOR, op. cit., p. 31-3.

intensos debates quanto aos limites e disponibilidade do direito à intimidade, inclusive no âmbito das relações de trabalho.

O contrato de trabalho foge à regra geral do direito privado por reger relações marcadamente desiguais, tendo como elemento constitutivo a subordinação do empregado ao empregador, sendo este o detentor do poder econômico.

Em regra, com medo do desemprego e do conseqüente fracasso em prover o sustento próprio e de seus familiares, os empregados, por instinto de autoproteção e sobrevivência, sujeitam-se às ordens de seus empregadores, ainda que descabidas ou desmedidas, sem ter força de resistência.

É certo que com a celebração do contrato de trabalho, inevitavelmente o empregado abre mão de parte destes direitos. No entanto, o elemento limitador da subordinação, manifestação inequívoca do poder diretivo do empregador, não pode aniquilar a liberdade, intimidade e autonomia do empregado.

Com isso, a fragilidade evidente de um dos lados desta espinhosa relação inspira a proteção de um feixe de direitos fundamentais aos trabalhadores, notadamente relativos à intimidade e à privacidade, para que a limitação de alguns direitos não anule a existência digna destas pessoas.

Na prática, a problemática situa-se na linha tênue entre o poder diretivo do empregador legitimamente exercido e a violação de direitos fundamentais do empregado, notadamente considerando-se as inúmeras formas modernas de vigilância e fiscalização no ambiente de trabalho. Por outro lado, como nenhum direito é absoluto ou ilimitado, é certo que o empregador detém o direito a proteger

seu empreendimento por assumir o risco da atividade, sendo o direito à propriedade também um direito fundamental.

2.2 O DIREITO À PROPRIEDADE E O RISCO DO EMPREENDIMENTO DO EMPREGADOR

Historicamente, o direito à propriedade se revela como um fenômeno espontâneo, decorrente da necessidade de subsistência do ser humano, sendo posteriormente regulado a fim de possibilitar a convivência social pacífica⁸³.

A princípio, como os homens viviam em comunidades, era considerado um direito coletivo, tendo adquirido nova concepção com a valorização da individualidade, que permitiu inicialmente a apropriação de bens imóveis, depois móveis e alcançou seu ápice com a invenção e uso das moedas.

A propriedade era concebida de forma absoluta, consistindo no direito de usar, gozar, abusar e dispor da coisa, com caráter personalíssimo e dotado de oponibilidade *erga omnes*, assegurada a reivindicação por ação própria.

No direito romano, sob a influência do direito canônico, foi relativizada, sendo concebida como um direito que acarreta obrigações e deveres morais, não podendo seu titular abusar ou destruir a coisa. Tal realidade, no entanto, foi modificada pelo liberalismo, quando a propriedade foi desvinculada da religião, passando a ser reconhecida pelo Estado por meio de lei e levada à condição de direito fundamental, se consolidando como direito subjetivo e instituto jurídico⁸⁴.

⁸³ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. Rio de Janeiro: Forense. 2003. v. 3.

⁸⁴ Ver COMPARATO, Fábio Konder. Direitos e deveres fundamentais em matéria de propriedade. *Revista do Conselho de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal*, Brasília, ano 1, p. 92-7, dez. 1997.

Conveniente, neste sentido, destacar a lição de Sérgio Said Staut Jr⁸⁵, segundo o qual a concepção individualista e potestativa de propriedade é absolutizada e imunizada de qualquer reflexão crítica. A forte propaganda revolucionária burguesa conseguiu naturalizar o que em realidade é histórico. Diz-se isso porque com a Revolução Burguesa todos os encargos sobre a terra foram abolidos, entendendo-se que o prestígio da propriedade individual e sua inserção numa sociedade mercantilista não se coadunavam com o fracionamento excessivo nem com privilégios seculares de determinadas classes sociais⁸⁶.

Na sociedade pós moderna, esta concepção individualista foi mitigada, sofrendo restrições ante a função social da propriedade, mas cada sistema jurídico assegura, em suas próprias medidas, a possibilidade de que alguém se aproprie de bens e os utilize em proveito próprio, excluindo a utilização por terceiros; regula os conflitos decorrentes da apropriação de bens, definindo a forma de aquisição de propriedade; estabelece a categoria de bens públicos e põe limites à propriedade, estabelecendo obrigações ao proprietário⁸⁷.

No cenário jurídico brasileiro, sob a égide da CF de 1988, o art. 5º, ao elencar os direitos fundamentais, garante o direito à propriedade em seu inciso XXII, condicionando-o ao atendimento de sua função social⁸⁸.

No mesmo sentido, o art. 170 da CF⁸⁹ estabelece que a ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por finalidade

⁸⁵STAUT JÚNIOR, Sérgio Said. Cuidados metodológicos no estudo da história do direito de propriedade. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná*, n. 42, p. 155-70, 2005.

⁸⁶ LOUREIRO, Francisco Eduardo. *A propriedade como relação jurídica complexa*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

⁸⁷GALGANO, Francesco. *Diritto privato*. 6. ed. Padova: CEDAM. 1990. P. 100.

⁸⁸Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] XXII - é garantido o direito de propriedade; XXIII - a propriedade atenderá a sua função social;

assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados, dentre outros princípios, a função social da propriedade.

Note-se que por um lado o constituinte assegurou o direito à propriedade, por outro, limitou-o a sua função social. Isto demonstra que as estruturas político-jurídicas existentes à época utilizaram-se do trabalho como elemento propulsor do ordenamento jurídico, transformando o direito à propriedade, antes instrumento do patrimônio individual, em meio de tutela do trabalho. Com isso, se desconstituiu a concepção individualista entre o homem e seus bens, relativizando a amplitude do direito à propriedade ora visto como absoluto.

No mesmo sentido, o art. 1.228 do CC⁹⁰ de 2002, estabelece que o proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, bem como o direito de reavê-la de quem quer que a possua ou detenha. No entanto, pondera que o direito de propriedade deve ser exercido em consonância com as suas finalidades econômicas e sociais, preservando-se a flora, a fauna, as belezas naturais, equilíbrio ecológico, o patrimônio histórico e artístico e evitando-se a poluição do ar e das águas.

⁸⁹Art. 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, observados os seguintes princípios: [...] III - função social da propriedade;

⁹⁰Art. 1.228. O proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha.

§ 1º O direito de propriedade deve ser exercido em consonância com as suas finalidades econômicas e sociais e de modo que sejam preservados, de conformidade com o estabelecido em lei especial, a flora, a fauna, as belezas naturais, o equilíbrio ecológico e o patrimônio histórico e artístico, bem como evitada a poluição do ar e das águas.

§ 2º São defesos os atos que não trazem ao proprietário qualquer comodidade, ou utilidade, e sejam animados pela intenção de prejudicar outrem.

§ 3º O proprietário pode ser privado da coisa, nos casos de desapropriação, por necessidade ou utilidade pública ou interesse social, bem como no de requisição, em caso de perigo público iminente.

§ 4º O proprietário também pode ser privado da coisa se o imóvel reivindicado consistir em extensa área, na posse ininterrupta e de boa-fé, por mais de cinco anos, de considerável número de pessoas, e estas nela houverem realizado, em conjunto ou separadamente, obras e serviços considerados pelo juiz de interesse social e econômico relevante.

§ 5º No caso do parágrafo antecedente, o juiz fixará a justa indenização devida ao proprietário; pago o preço, valerá a sentença como título para o registro do imóvel em nome dos possuidores.

Veda-se, assim, a prática de atos que não trazem ao proprietário qualquer tipo comodidade ou utilidade e sejam animados pela intenção de prejudicar outrem. Além disso, admite que o proprietário seja privado da coisa em caso de desapropriação, necessidade ou utilidade pública, interesse social ou requisição em caso de perigo público iminente.

Por fim e maior prova da relevância da função social, possibilita a aquisição da propriedade de imóvel extenso que estiver na posse ininterrupta e de boa-fé, por mais de cinco anos, de considerável número de pessoas que nele houverem realizado obras e serviços havidos como de interesse social e econômico relevante.

Disso verificamos que mesmo sendo um direito fundamental, o direito à propriedade sofre diversas restrições pelo ordenamento jurídico, devendo atender à função social e estando vedadas as ações que prejudiquem terceiros.

O mesmo se aplica à seara trabalhista, a despeito da omissão legislativa. Em decorrência do direito de propriedade, o empregador suporta o risco da atividade econômica e, para garantir o lucro e longevidade de seu empreendimento, possui certas prerrogativas, como, por exemplo, a seleção e coordenação da mão de obra.

Nesta função, é evidente que o empregador poderá contratar o candidato a que tiver maior apreço ou sintonia. No entanto, em um processo seletivo, é importante que o empregador limite-se a verificar a qualidade técnica do trabalhador, devendo ater-se às qualidades necessárias às atribuições do cargo pretendido e demais aspectos objetivos na fase de contratação.

No desenvolvimento da atividade econômica, o empresário poderá, pessoalmente ou por prepostos, fiscalizar o trabalho de seus empregados, verificando se as ferramentas de trabalho estão sendo utilizadas adequadamente,

bem como se os empregados estão agindo com probidade no ambiente de trabalho, por exemplo, não estão subtraindo mercadorias.

Nesta última função, no entanto, deverá preservar a intimidade de seus empregados e é neste ponto que reside o limiar controvertido para se perquirir o limite e alcance do poder diretivo do empregador, baseado em seu direito de propriedade, diante do direito à intimidade dos trabalhadores.

Necessariamente, para dirimir a questão, é necessário traçar breve esboço histórico acerca dos poderes do empregador e à subordinação nas relações de trabalho, como faremos a seguir.

CAPÍTULO 3 - PODERES DO EMPREGADOR NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

3.1 PODERES DO EMPREGADOR E A SUBORDINAÇÃO

Na Antiguidade, os trabalhadores eram considerados coisas, não pessoas, integrando a propriedade de seus senhores e podendo ser vendidos, comprados, doados ou transmitidos por sucessão. Já na Idade Média, embora ainda existisse a escravidão, surgiu a figura dos servos, que apesar de se assemelharem aos escravos, possuíam o status de pessoa. Neste contexto, enraizados com a concepção da civilização greco-romana, a escravidão era aceita pela sociedade, constituindo verdadeira relação de domínio com seus senhores.

Posteriormente, apesar das diversas mudanças trazidas pela mecanização do trabalho, que antes era integralmente manufaturado, os trabalhadores ainda eram extremamente subordinados aos seus patrões, suportando jornadas de trabalho exaustivas, sem direito a descanso, alimentação, higiene e segurança no trabalho.

Na Revolução Francesa, fartos de ordens desmedidas e despropositadas, os trabalhadores se revoltaram em massa para obter o devido respeito, dignidade e conquistar melhores condições de trabalho.

Com esta análise é possível verificar que os poderes do empregador surgiram junto com a própria relação de subordinação existente nas relações trabalho, ainda que não houvesse essa percepção delineada em tempos remotos.

A real evolução está no fato de que, com o passar do tempo e a evolução destas relações, se por um lado e o empregador possui certos poderes, por meio

dos quais pode determinar a forma pela qual ocorrerá a prestação de serviços por seus empregados, por outro impõe-se que os exerça observando sempre a dignidade humana. Isto porque, na verdade, os legítimos poderes do empregador são aqueles justos e necessários para gerir, coordenar, fiscalizar e administrar o negócio, uma vez que, ao optar por possuir um estabelecimento comercial que poderá lhe trazer grandes lucros, o empresário também assume os riscos do empreendimento, suportando eventuais prejuízos a si e a terceiros.

Com efeito, a doutrina discute os fundamentos do poder diretivo do empregador, dividindo-se principalmente nas teorias contratualista e institucionalista.

Segundo Octavio Bueno Magano⁹¹, a corrente contratualista se baseia no pressuposto as relações entre empregado e empregador se desenvolvem mediante acordo de vontade entre as partes, o qual gera a subordinação e o poder diretivo. Neste caso, o empregado teria espontaneamente aceitado o poder de direção do empregador, sujeitando-se a ele ao assinar o contrato de trabalho.

Esta corrente se divide ainda entre os unitários e os dualistas. Os primeiros sustentam que o contrato de trabalho constitui fonte das obrigações nele contidas e das que surgem durante sua vigência, em razão do poder diretivo do empregador. Os segundos entendem que o contrato de trabalho obriga apenas às obrigações nele contidas, de modo que aquelas que surgirem durante a sua vigência provêm do poder diretivo do empregador, não do contrato de trabalho em si.

Já a corrente institucionalista, oposta à contratualista, defende que a organização do trabalho não deriva das obrigações pactuadas no contrato de trabalho, mas da própria instituição de normas internas próprias da empresa. Isto é,

⁹¹ MAGANO, Octavio Bueno. *Do poder diretivo na empresa*. São Paulo: Saraiva, 1982. p. 50-54.

a empresa, concebida como instituição, poderia proceder como se estivesse governando, pressupondo-se a colaboração entre empregados e empregadores para a realização de um fim comum.

Leda Maria Messias da Silva⁹² acrescenta duas teorias: a teoria privada e a do interesse. A teoria privada prega que o empregador possui ingerência sobre o empregado porque é dono do empreendimento. Já a teoria do interesse, sustenta que o poder de direção resulta do interesse do empregador em organizar, controlar e disciplinar o trabalho que remunera, objetivando os fins propostos para o seu empreendimento. Para ela, prevalece a teoria contratualista.

Divergências à parte, do exposto verifica-se que os poderes do empregador são prerrogativas jurídicas concedidas no bojo de relações de emprego. Segundo Maurício Godinho Delgado⁹³, dizem respeito à direção, regulamentação, fiscalização e disciplina da economia interna da empresa e correspondente à prestação de serviços.

A doutrina também diverge quanto aos aspectos dos poderes do empregador. Para Ludovico Barassi, que adota a corrente bipartida, estes se revelam nos poderes diretivo e disciplinar. Já Sergio Pinto Martins sustenta o critério tripartido em poderes de organização, que decorre do direito à propriedade, diretivo (de controle), do qual se origina o fiscalizatório e o disciplinar. Cassi, por seu turno, defende o critério quadripartido de poderes diretivo (organizacional), hierárquico, fiscalizatório e disciplinar. Por fim, há quem sustente, como Paulo Emílio Ribeiro de

⁹² SILVA, Leda Maria Messias da. Poder diretivo do empregador, emprego decente e direitos da personalidade. *Revista Jurídica Cesumar – Mestrado*, Maringá, v. 6, n. 1, p. 266-81, 2006.

⁹³ DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 3. ed. São Paulo: LTr, 2004. p. 629.

Vilhena⁹⁴, que os poderes do empregador se revelam em cinco poderes, quais sejam: previsão, organização, comando, coordenação e controle.

A despeito da divergência doutrinária, adotaremos neste trabalho o critério quadripartido.

O poder disciplinar, do qual decorrem os outros três, surge com a celebração do contrato de trabalho eis que, onde há trabalho subordinado, há deveres e obrigações recíprocas, erigindo para o empregador o poder de determinar as condições da prestação de serviços. Além disso, por este poder, é facultado ao empregador ajustar as alterações estruturais e conjunturais da empresa, observados os parâmetros do contrato.

O poder hierárquico, manifestação do poder diretivo, refere-se à possibilidade de o empregador alinhar a organização do empreendimento sob estrutura hierárquica, estabelecendo o que, quando e como se produz, à vista da atividade econômica e do direito à propriedade⁹⁵.

Desta organização surgem os superiores hierárquicos e os subalternos, que interagem no bojo de uma relação de comando e obediência, ainda que colaborativa.

Da análise deste contexto, Ramón Juan Cappela⁹⁶ afirma que apesar da consagração dos princípios da liberdade e igualdade, o trabalhador de hoje, de certa maneira, também é um servo de seu empregador, ainda que em termos distintos daqueles do feudalismo. Isto porque, são sujeitos de direito sem poder, o que chama

⁹⁴ VILHENA, Paulo Emílio Ribeiro de. *Relação de emprego – estrutura legal e supostos*. 2. ed. rev e atual. São Paulo: LTr, 1999. p. 466-7.

⁹⁵ COUTINHO, Aldacyr Rachid. *Poder punitivo trabalhista*. São Paulo: LTr, 1999. p. 52.

⁹⁶ CAPELLA, Ramón Juan. *Los ciudadanos siervos*. Madrid: Editorial Trotta, 1993. p. 135-52.

de “cidadãos-servos”, pois têm nos direitos da cidadania uma fonte de legitimidade, mas não de poder.

Ao que se refere ao poder fiscalizatório (ou de controle), este é concebido como o direito do empregador de verificar a adequada prestação de serviços do empregado, podendo ser exercido pessoalmente ou por prepostos. Nesta esfera se insere, por exemplo, a revista de empregados, espreita de seu comportamento e questionamentos acerca de procedimentos⁹⁷.

O poder disciplinar, por seu turno, é a faculdade do empregador aplicar sanções disciplinares aos empregados que cometerem alguma infração em relação à execução do contrato de trabalho. Também chamado de punitivo, este poder diz respeito à exigibilidade pelo titular do cumprimento de um dever jurídico, independentemente de intervenção estatal⁹⁸.

O empregador pode emanar ordens verbais ou formais, por meio de regulamentos, instruções, ordens de serviço e circulares, sejam elas genéricas ou individuais, desde que não visem à discriminação de nenhum empregado. Em qualquer caso, no exercício do poder fiscalizatório, pode o empregador valer-se de mecanismos aptos a coibir a inobservância destas ordens⁹⁹.

O ordenamento jurídico brasileiro, especialmente na esfera trabalhista, elenca diversas hipóteses em que pode o empregador penalizar o empregado, tais como advertências, suspensões e até demissão por justa causa, devendo ser observado, em qualquer caso, a imediatividade e proporcionalidade da medida, eis que uma sanção excessiva pode gerar abuso de direito.

⁹⁷ MAGANO, op. cit., p. 118.

⁹⁸ COUTINHO, op. cit., p. 86.

⁹⁹ Ibidem, p. 87.

Por outro lado, a despeito da subordinação esperada, na vigência do contrato de trabalho o empregado possui o *jus resistentiae*, podendo recusar-se legitimamente a cumprir uma ordem se forem exigidos serviços superiores às suas forças, defesos por lei, contrários aos bons costumes ou alheios ao contrato; bem como se for tratado pelo empregador ou por seus superiores hierárquicos com rigor excessivo¹⁰⁰, nos termos do que preceitua o art. 483, “a” e “b” da CLT.

Contra eventuais abusos no exercício do poder disciplinar, poderá o empregado valer-se da via judicial, ante a inafastabilidade do Poder Judiciário prevista no art. 5º, XXXV da CF¹⁰¹, para pleitear, dentre outros pedidos, o pagamento de indenização por danos morais e materiais e/ou a rescisão indireta do contrato de trabalho, com o pagamento das verbas rescisórias decorrentes¹⁰².

Com relação à possibilidade de aplicação de sanção aos empregados, há duas correntes doutrinárias opostas sobre o tema. Uma primeira nega o poder disciplinar do empregador e outra, predominante, afirma-o. Os defensores desta segunda fundamentam-se em basicamente três doutrinas: a contratualista, a da propriedade privada e a do institucionalismo.

Os juristas que se baseiam na doutrina contratualista, como Vasco de Andrade, Riva Sanseverino e Paul Bureau¹⁰³, sustentam que o fundamento do poder punitivo do empregador é o próprio contrato de trabalho, como expressão da autonomia da vontade das partes, tendo em vista a subordinação que dele decorre.

¹⁰⁰ MARANHÃO, Délio. Contrato de trabalho. In: SUSSEKIND, Arnaldo; TEIXEIRA FILHO, João de Lima (Atual.). *Instituições de direito do trabalho*. 16. ed. São Paulo: LTr, 1996. v. 1. p. 245.

¹⁰¹ Art. 5º, XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.

¹⁰² Art. 483 - O empregado poderá considerar rescindido o contrato e pleitear a devida indenização quando: d) não cumprir o empregador as obrigações do contrato.

¹⁰³ BUREAU, Paul. *Le contrat de travail*, Paris: [s.n.], 1902. p. 105.

A segunda corrente, fundamentada na propriedade privada, entende que o poder disciplinar do empregador advém do direito à propriedade, tendo o empregador o direito de defendê-la, inclusive mediante atitudes punitivas aos empregados. Segundo Evaristo de Moraes¹⁰⁴, que defende a posição, é no direito à propriedade que reside todo o poder hierárquico e disciplinar, como postulado lógico decorrente do capitalista:

“Não há dúvida que dentro de seu estabelecimento é o empregador soberano em suas ordens de serviço. E isso por uma razão muito simples: no regime capitalista, sobre o qual nós vivemos, é o patrão o proprietário no seu negócio, julgando-se por isso o senhor do céu e da terra. Tudo mais que se quiser escrever é simples balela: é no direito de propriedade que reside todo o poder hierárquico e disciplinar”

Por fim, para a doutrina do institucionalismo, o poder do empregador deve-se ao fato de o empreendimento, em essência, corresponder a uma instituição e em toda e qualquer instituição existe a presença de uma autoridade ou poder. Neste caso, trata-se de um poder social, não individual, exercido em prol da coletividade. Sendo assim, as penalidades e sanções aplicadas pela autoridade, em verdade, são a forma de expressão desse poder, voltada ao atendimento das finalidades da instituição.

Em todo caso, o poder disciplinar é pressuposto básico para a existência plena do poder diretivo do empregador, que restaria seriamente prejudicado caso a autoridade responsável, seja ela o empregador ou seu preposto, não pudesse aplicar sanções aos empregados em caso de descumprimento das ordens voltadas ao bom funcionamento do estabelecimento.

¹⁰⁴DELGADO, Maurício Godinho. *O poder empregatício*. São Paulo: Ltr, 1996.

Percebe-se, por esta síntese dos poderes do empregador, que o ponto fulcral de seu exercício, e até a justificativa de sua existência, é a subordinação do empregado, devendo ser exercidos sobre o modo da execução de serviços, e não sobre a pessoa do empregado.

Corroborando com esta afirmação, vislumbramos no texto celetista que o ordenamento jurídico pátrio considera empregado a pessoa física que presta serviços de forma habitual, mediante remuneração, estando subordinado ao empregador.

Trata-se, segundo doutrina majoritária, de uma subordinação jurídica, admitindo-se, então, que quando da celebração do contrato de trabalho o empregado renuncie, em parte, de sua liberdade, para subordinar-se ao controle do empregador¹⁰⁵. Evidentemente, esta subordinação não deve ser confundida com desigualdade jurídica, em respeito ao princípio da igualdade, esculpido no caput do artigo 5º da CF.

A palavra “subordinação” deriva da conjugação de “*sub*”, que quer dizer “baixo” em latim, e “*ordinare*”, que significa ordenar neste dialeto. Assim, subordinação intrinsecamente está ligada à ideia de dependência ou obediência em uma relação de hierarquia¹⁰⁶.

No âmbito de um contrato de trabalho, a subordinação é tida como uma circunstância jurídica em razão da qual o empregado, no gozo de sua liberdade, abre mão de parte de sua autonomia de vontade para atender o poder diretivo do empregador na realização de suas atividades

¹⁰⁵ BARROS, Alice Monteiro de. *Proteção à intimidade do empregado*. São Paulo: LTr, 1997. p. 72.

¹⁰⁶ HOLANDA, Aurélio Buarque de. *Novo dicionário Aurélio*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1986. p. 1621

Esta é a característica mais marcante nas relações de trabalho e a evidência do poder de comando do empregador. Para ilustrar, é possível que o empregador não especifique a técnica a ser seguida, mas determine que o empregado aplique a melhor técnica de acordo com os objetivos perseguidos pelo empreendimento. Isto é, estabelece a meta e deixa a cargo do trabalhador a escolha da técnica e dos meios mais adequados para atingi-la.

Ressalta-se, nesse diapasão, que a subordinação não é técnica, eis que, por diversas vezes, o empregado possui qualificação técnica superior a do empregador, mas a ele estará subordinado, devendo seguir as diretrizes por estabelecidas.

Há discussão, também, quanto à natureza jurídica da subordinação, dividindo os juristas entre subjetiva e objetiva.

Para os adeptos da primeira posição, como Pontes de Miranda, subordinado é aquele que fica sob as ordens e a disciplina do empregador, havendo dependência pessoal na subordinação. Esta corrente se consagrou sob a égide do sistema germânico do nacional-socialismo da década de 1930, reduzindo o trabalhador a uma peça da engrenagem do empreendimento. Este pensamento inspira os autores alemães atuais que não separam o conceito de subordinação do elemento pessoal¹⁰⁷.

Outros doutrinadores adotam a teoria objetiva da subordinação, negando a subordinação pessoal e estabelecendo critérios objetivos. Para esta corrente, embora a relação de emprego seja fundada na subordinação, seu conceito deve ser estabelecido objetivamente.

¹⁰⁷ VILHENA, op. cit., p. 466-7.

Para Paulo Ribeiro de Vilhena, subordinação é um detalhe da conduta das partes de um contrato que, pelas peculiaridades fáticas da relação, se caracteriza como um contrato de trabalho. Isto porque, segundo o autor, quando da celebração do contrato de trabalho, o empregador não contrata a subordinação especificamente, mas a prestação de serviços, ainda que dela possa decorrer a subordinação¹⁰⁸.

Assim, a direção patronal se expressa sobre a atividade do empregado, e não sobre a sua pessoa, sendo a prestação de serviços o elo fundamental entre empregado e empregador e o elemento definidor do contrato de trabalho.

A teoria objetiva da subordinação do empregado visa preservar a dignidade do trabalhador, estabelecendo tratar-se de poder jurídico objetivo sobre a atividade do trabalhador, e não sobre o empregado em si. Assim, fora do horário de trabalho, inexistente subordinação.

A despeito da divergência, entendemos ser a teoria objetiva a mais acertada tendo em vista os fundamentos da República Federativa do Brasil¹⁰⁹, notadamente ao que se refere à dignidade da pessoa humana e aos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, bem como aos objetivos traçados no texto constitucional¹¹⁰, em especial a construção de uma sociedade livre, justa e solidária e a redução das desigualdades sociais e regionais.

¹⁰⁸ VILHENA, op. cit., p. 471-7.

¹⁰⁹ Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

I - a soberania;

II - a cidadania;

III - a dignidade da pessoa humana;

IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;

V - o pluralismo político.

¹¹⁰ Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;

II - garantir o desenvolvimento nacional;

3.2 LIMITES AOS PODERES DO EMPREGADOR

Reconhecida a eficácia horizontal dos direitos fundamentais nas relações de trabalho, vislumbramos, de um lado, os direitos fundamentais do empregado, especialmente para este trabalho o direito à intimidade, e de outro, os direitos igualmente fundamentais do empregador, notadamente o direito à propriedade, esculpido no art. 5º, XXII, do qual entendemos decorrer seu poder diretivo.

O Estado, se por um lado, tutela os direitos do empregado, também o faz em relação ao empregador. No entanto, ainda que exista a subordinação jurídica do empregado e os poderes do empregador sejam amplos e garantidos pelo ordenamento jurídico pátrio, é certo que não reinam absolutos.

A princípio, sendo o empregado ser humano e, por isso, detentor de direitos fundamentais, estes são reconhecidamente os primeiros limites aos poderes do empregador, sendo garantida a todos os empregados uma existência digna e a proteção contra tratamentos degradantes.

Partindo desta premissa, Magano¹¹¹ afirma que o exercício do poder diretivo não pode interferir em certos direitos do trabalhador, tais como a liberdade de locomoção e pensamento e os derivados do *status civitatis* e do *status familiae*.

Verificamos assim que o texto constitucional repele condutas fiscalizatórias e sancionadoras que violam a liberdade e a dignidade do empregado, devendo ater-se exclusivamente à prestação de serviços e não se estende à pessoa do empregado singularmente considerado. Neste diapasão, importa ressaltar a previsão

III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;
IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

¹¹¹ MAGANO, op. cit., p. 236.

inserida no artigo 5º, III da CF, que veda a tortura e tratamentos desumanos ou degradantes.

Com efeito, este limite é bastante genérico, havendo na legislação uma rede normativa específica trazendo outros limites.

Conforme previsão inserida no art. 468 da CLT¹¹², o legislador só permitiu a alteração do contrato individual de trabalho mediante o mútuo consentimento das partes, vedando aquelas que prejudiquem direta ou indiretamente o empregado, sob pena de nulidade da cláusula. Assim, o próprio contrato de trabalho pode representar uma limitação ao poder diretivo do empregador.

O art. 483 da CLT¹¹³, no mesmo sentido, faculta ao empregado rescindir unilateralmente o contrato de trabalho, garantindo-lhe a indenização correspondente à rescisão do contrato de trabalho sem justa causa nas hipóteses que o empregador exceder-se no exercício de seus poderes.

A primeira hipótese é a exigência de serviços superiores às forças do empregado, defesos por lei, contrários aos bons costumes ou alheios ao contrato. Também enseja esta possibilidade ser o empregado tratado pelo empregador ou por seus superiores hierárquicos com rigor excessivo

¹¹² Art. 468. Nos contratos individuais de trabalho só é lícita a alteração das respectivas condições por mútuo consentimento, e ainda assim desde que não resultem, direta ou indiretamente, prejuízos ao empregado, sob pena de nulidade da cláusula infringente desta garantia.

¹¹³ Art. 483. O empregado poderá considerar rescindido o contrato e pleitear a devida indenização quando:a) forem exigidos serviços superiores às suas forças, defesos por lei, contrários aos bons costumes, ou alheios ao contrato;b) for tratado pelo empregador ou por seus superiores hierárquicos com rigor excessivo;c) correr perigo manifesto de mal considerável;d) não cumprir o empregador as obrigações do contrato;e) praticar o empregador ou seus prepostos, contra ele ou pessoas de sua família, ato lesivo da honra e boa fama;f) o empregador ou seus prepostos ofenderem-no fisicamente, salvo em caso de legítima defesa, própria ou de outrem; g) o empregador reduzir o seu trabalho, sendo este por peça ou tarefa, de forma a afetar sensivelmente a importância dos salários.

Outros casos referem-se à hipótese de o empregador ou seus prepostos ofenderem o empregado fisicamente, salvo em caso de legítima defesa, ou praticarem atos lesivos a sua honra e boa fama ou de seus familiares.

O fato de o empregado correr perigo manifesto de mal considerável ou de o empregador não cumprir as obrigações do contrato ou reduzir o seu trabalho de forma a afetar sensivelmente a importância dos salários, também possibilita a rescisão unilateral do contrato pelo empregado.

Em outras palavras, os limites do poder diretivo do empregador, segundo o diploma celetista, são estabelecidos de acordo com a licitude da ordem emanada pelo empregador, os termos do contrato e à vista do princípio da razoabilidade.

Ao que se refere ao direito à intimidade inexistente proteção expressa e específica na norma celetista. Contudo, considerando-se a aplicação da teoria da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, bem como a indisponibilidade destes direitos, a proteção genérica estatuída pelo artigo 5º, X da Constituição Federal, segundo o qual são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, é suficiente para demonstrar a obrigatoriedade de sua observância também nas relações de trabalho.

Com efeito, observamos algumas disposições em que o legislador certamente levou em consideração a intimidade do empregador. Exemplo disso, os artigos 389, § 1º e 396 estabelecem o dever da empresa empregadora de manter locais reservados para as empregadas amamentarem seus filhos.

Soma-se a este dispositivo, ainda que extrínseca à CLT, a lei 9.029/95, que veda a adoção de qualquer prática discriminatória e limitativa para o acesso ou

manutenção do vínculo empregatício, tipificando como crime a exigência de teste ou atestado, dentre outros, referentes à esterilização ou estado gravídico.

Verifica-se, ademais, que os poderes do empregador encontram limites externos, além da lei, como a moral, os bons costumes e as normas coletivas, que devem ser observados em qualquer hipótese.

Estes poderes também são restringidos por decisões arbitrais, judiciais e administrativas havidas no caso concreto. Para ilustrar, se uma empresa é condenada judicialmente a reintegrar um grupo de empregados, tendo entendido o juízo existir dispensa discriminatória de trabalhadores acometidos por doença ocupacional, o empregador, pelo período que durar a estabilidade destes, não poderá exercer seu poder potestativo e demiti-los em razão da decisão judicial.

Podemos verificar também a existência de limites internos aos poderes do empregador, além do próprio contrato de trabalho, como regulamentos e normas internas da empresa.

Verifica-se, assim, que a ordem jurídica brasileira não possui parâmetros específicos acerca dos limites aos poderes do empregador frente ao direito à intimidade do empregado, mas estabelece, em uma hermenêutica sistemática da CF, alguns critérios de balizamento para orientar o intérprete a solucionar conflitos concretos, em especial o princípio da proporcionalidade.

CAPÍTULO 4 - A COEXISTÊNCIA ENTRE O DIREITO À INTIMIDADE DO EMPREGADO E OS PODERES DO EMPREGADOR

4.1 O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE E A COLISÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

Segundo Lélia Guimarães Ribeiro, o princípio da proporcionalidade originou-se do princípio da razoabilidade, no âmbito do direito administrativo, tendo chegado à Suprema Corte dos Estados Unidos no período pré-revolucionário¹¹⁴. No caso, os colonos tiveram inúmeros direitos negados pelo Parlamento, formado por governadores nomeados pela Coroa, alçando a questão à Suprema Corte.

Já Szaniawski afirma tratar de criação do direito alemão, consistente na verificação, pelo juiz, se dois direitos legitimamente tuteláveis e em conflito são juridicamente protegidos. Em caso afirmativo, os interesses deverão ser ponderados e pesados de acordo com o critério da proporcionalidade, que estabelecerá o interesse preponderante no caso concreto¹¹⁵.

Para Suzana Toledo de Barros¹¹⁶, o princípio se remonta à transição do Estado de Polícia ao Estado de Direito, sendo formulado com a finalidade de controlar o poder de coação do rei, até então ilimitado. Surge em vista da garantia à liberdade individual e em decorrência dos status positivo e negativo dos direitos fundamentais.

Em análise do direito comparado, verifica-se que na França o princípio da proporcionalidade origina-se da Teoria do *Detournement Du Pouvoir*, corolário do

¹¹⁴ RIBEIRO, Lélia Guimarães Carvalho. A monitoração audiovisual e eletrônica no ambiente de trabalho e seu valor probante. São Paulo: LTr, 2008. p. 109.

¹¹⁵ SZANIAWSKI, op. cit., p. 113.

¹¹⁶ BARROS, Suzana Toledo de. O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais. 2. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2000. p. 35.

princípio da legalidade, na seara do direito administrativo. Isto porque, com a inclusão do princípio da legalidade no texto constitucional francês, em 1971, o legislador passou a criar instrumentos para o controle dos atos administrativos, o que culminou, dentre outras medidas, no surgimento do princípio da proporcionalidade.

Na Alemanha, este princípio também se desenvolveu no direito administrativo, com base na teoria francesa do controle dos atos administrativos, tendo ganhado notoriedade com o Direito Constitucional, por meio do Tribunal Constitucional, que o utilizou para limitar os abusos do Estado contra os civis e as restrições aos direitos fundamentais após a 2ª Guerra Mundial.

Nesse sentido, afirma Suzana Toledo de Barros¹¹⁷:

“No firme propósito de tutela os direitos fundamentais, pondo-os a salvo do arbítrio legalizado, a Constituição alemã de 1949 deixou assente, já em seu art. 1º, o caráter vinculante desses direitos para os poderes do Estado, e, em seu art. 19, consagrou o princípio da proteção integral do núcleo essencial aos direitos fundamentais (*Wesensgehalts garantie*), ao estatuir que qualquer restrição a eles há de se dar por lei necessária, geral e que não afete seu conteúdo essencial, garantindo ampla possibilidade de tutela jurisdicional em caso de virem a sofrer violações.”

Na Espanha e em Portugal, ganhou respaldo legal, sendo que neste último mereceu inclusive guarida expressa no texto constitucional como um dos princípios fundamentais da Administração Pública. Na Itália, o princípio da proporcionalidade não possui dispositivo específico na legislação, mas vem sendo aplicado por influência da doutrina alemã.

¹¹⁷ BARROS, op. cit., p. 46.

Quanto à conceituação da matéria, entendemos haver colisão de direitos fundamentais quando, no caso concreto, o exercício de um direito fundamental por seu titular obstar, afetar ou restringir o exercício de outro por outrem, podendo tratar de direitos idênticos ou diferentes, individuais ou coletivos¹¹⁸.

O conflito poderá ser uma colisão horizontal, isto é, entre particulares, ou vertical, no caso de conflito entre direitos do Estado ou da comunidade com o indivíduo. No caso de colisão horizontal, o Estado deverá intervir em razão do dever de proteção em relação ao particular frente à ameaça de terceiro¹¹⁹.

Partindo-se do princípio da unidade, pelo qual o sistema jurídico é um todo harmônico, inexistindo hierarquia entre as normas, tecnicamente não haveria conflito entre o direito à intimidade e o direito à propriedade. No entanto, no caso concreto, quando verificamos a incidência de ambos sob uma mesma situação, é necessária a ponderação destes para verificar qual prevalecerá sobre o outro.

Como vimos, o empregador é dotado de faculdades e prerrogativas para, no gozo de seu poder diretivo, gerir a vida empresarial. No entanto, pressupondo-se a assimetria entre os contratantes da relação de emprego, prevalece a eficácia horizontal dos direitos fundamentais, sendo oponíveis também ao empregador, notadamente para proteger os direitos de personalidade do empregado.

O direito à propriedade, contudo, é um direito fundamental, sendo o empregador dotado de certos poderes para, dentre outras finalidades, garanti-lo. Assim, quando as partes assinam o contrato de trabalho, formam um vínculo jurídico comutativo, pelo qual, em última análise, o empregado aceita tacitamente sujeitar-se

¹¹⁸ STEINMETZ, Wilson Antônio. *Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 139.

¹¹⁹ *Ibidem*

à direção e fiscalização do empregado, sem renunciar, por óbvio, aos seus direitos fundamentais.

Assim, a tendência é limitar os poderes do empregador internamente, mediante contratos, regulamentos internos, acordos e convenções coletivas, por exemplo, bem como externamente, à vista do ordenamento jurídico pátrio.

Com as inovações tecnológicas, os poderes de fiscalização do empregador são constantemente questionados em razão dos direitos fundamentais do empregado. A solução destes conflitos, no entanto, deve ser sempre deflagrada pela análise concreta do caso concreto, devendo o jurista sempre buscar a máxima aplicação dos direitos envolvidos e preservar a dignidade do trabalhador, qualquer que seja o direito prevalente.

Esta análise é realizada por meio da ponderação de bens, técnica de imprescindível para a aplicação do princípio da proporcionalidade, que servirá como parâmetro para o julgador encontrar a solução mais justa e adequada ao caso concreto.

O mesmo se aplica aos países estrangeiros, inexistindo ordem jurídica que estabeleça critérios objetivos em caso de colisão de direitos fundamentais, restando ao Poder Judiciário de cada nação dar a última palavra em vista das peculiaridades fáticas do caso concreto.

O método foi empregado pela primeira vez pelo Tribunal Constitucional Federal alemão, em 15 de janeiro de 1958, quando do exame da constitucionalidade da restrição de um direito fundamental. No caso, Erich Luth, produtor de filmes e ativista da aproximação entre judeus e cristãos, pregou, em encontro entre atuantes na indústria cinematográfica, o boicote ao novo filme de Veit Harlan, produtor de

filmes anti-semitas. Após provocação de Harlan, o Tribunal Constitucional de Hamburgo expediu mandado para cessar o boicote iniciado por Luth, restringindo sua liberdade de expressão.

Em reação à queixa constitucional proposta por Luth, no entanto, a Corte decidiu que o direito fundamental à liberdade de expressão deveria prevalecer porque não afetava interesses dignos de proteção, no caso, a liberdade religiosa. A partir deste julgado, a ponderação de bens foi se expandindo, sendo pacífica sua aceitação pelo direito constitucional atual¹²⁰.

Segundo Daniel Sarmento¹²¹, o método da ponderação de bens está intimamente ligado aos princípios da hermenêutica constitucional da concordância prática, que determina que os bens em conflitos sejam coordenados a fim de evitar sacrifício de uns em relação aos outros.

Steinmetz¹²² complementa afirmando que o princípio da proporcionalidade, e em especial a ponderação de bens, não conduz a um único resultado possível correto, porque é um procedimento aberto. Contudo, seu resultado pode ser racionalmente fundamentado. Assim, a ponderação de bens não permite ou autoriza toda e qualquer decisão.

A aplicação deste método requer basicamente dois requisitos: o primeiro é a existência de colisão de direitos fundamentais ou bens constitucionalmente protegidos que implique na restrição ou não aplicação de um deles¹²³.

¹²⁰ STEINMETZ, op. cit., p. 140-41.

¹²¹ SARMENTO, Daniel. Os princípios constitucionais e a ponderação de bens. In: MELLO, Celso de Albuquerque (Org.). *Teoria dos direitos fundamentais*. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 55.

¹²² STEINMETZ, op. cit., p. 215-16.

¹²³ STEINMETZ, op. cit., p. 142-3.

Primeiramente, é necessário averiguar se efetivamente há uma colisão de direitos fundamentais, isto é, se os bens em conflitos estão previstos ou protegidos por normas constitucionais. Ressalva-se, aqui, que não há necessidade de menção expressa no texto, devendo o jurista, por interpretação teleológica, identificar se o constituinte teve a intenção de conceder esta proteção.

O segundo é a inexistência de uma hierarquia abstrata, *a priori*, entre os direitos em colisão, inexistindo regra de prevalência abstrata entre eles. Com isso, verifica-se se, de acordo com a CF, a realização ou proteção de um direito fundamental é oponível a outro que também goza de status constitucional. Desta forma, a ponderação de bens dá a tônica necessária para a aplicação do princípio da proporcionalidade, revelando-se na avaliação do julgador da solução justa e adequada ao caso concreto. No entanto, para o emprego adequado deste princípio, é necessário identificar seus três elementos constitutivos ou subprincípios, quais sejam: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

A adequação, também chamada de pertinência, idoneidade ou princípio da conformidade¹²⁴, diz respeito ao uso dos meios moderados (não excessivos) para se conseguir um fim, isto é, verifica-se se os meios utilizados foram apropriados a sua finalidade.

Neste ponto reside a busca do equilíbrio, da adequação da relação medida-fim¹²⁵, ou seja, a análise se os meios justificaram o fim almejado.

Segundo Steinmetz¹²⁶, este subprincípio ordena que se verifique, no caso concreto, se a decisão normativa restritiva do direito fundamental (o meio) possibilita

¹²⁴STEINMETZ, op. cit., p. 149.

¹²⁵CANOTILHO, José Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 382-3.

o alcance da finalidade perseguida. Trata-se de averiguar se a medida é apta, útil, idônea e apropriada para atingir o fim desejado.

É preciso, portanto, identificar inequivocamente o meio e o fim que embasam eventual restrição de um direito fundamental.

Por seu turno, o subprincípio da necessidade ou exigibilidade, também chamado de indispensabilidade, menor ingerência possível ou intervenção mínima¹²⁷, estabelece que a medida restritiva de direito fundamental seja indispensável ao fim legítima que se pretende alcançar.

Canotilho¹²⁸ pondera que não se discute a necessidade absoluta da medida, mas a existência de outro meio igualmente eficaz e menos nocivo aos cidadãos. Isto é, se a decisão restritiva de um direito fundamental é necessária e indispensável, para a obtenção do fim constitucionalmente preservado.

Verificando-se tratar de medida idônea e necessária, eis que inexistente outra igualmente adequada e eficiente, mas menos prejudicial ao bem em questão, constata-se a devida observância do subprincípio da necessidade. Por outro lado, em havendo outros meios identicamente adequados e eficientes, mas menos prejudiciais ao direito fundamental em sacrifício, de rigor a escolha do meio menos gravoso.

Vislumbramos o subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito (*stricto sensu*), também chamado de justa medida ou racionalidade. Por ele, é necessário perquirir se o meio eleito, além de adequado e necessário, foi proporcional e razoavelmente ao fim buscado.

¹²⁶ STEINMETZ, op. cit., p. 149.

¹²⁷ Ibidem, p. 150.

¹²⁸ CANOTILHO, op. cit., 2003, p. 382-3.

Assim, trata-se de um mecanismo para se verificar se os meios eleitos foram razoáveis diante do resultado pretendido, considerando-se, para tanto, se há proporcionalidade entre os efeitos produzidos pela decisão restritiva sobre o direito fundamental e a finalidade almejada.

Como pondera Canotilho, na aplicação deste subprincípio os meios e os fins são colocados em um juízo de ponderação com o objetivo de avaliar se o meio utilizado é ou não proporcional ao fim, por isso chama de princípio da justa medida¹²⁹.

Em síntese, acertadamente afirma Steinmetz¹³⁰:

O princípio da proporcionalidade autoriza somente restrições ou limitações que sejam adequadas, necessárias, racionais ou razoáveis. Operacionaliza-se mediante 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.

É seguro afirmar, portanto, tratar-se do meio utilizado pelo julgador para identificar a solução adequada, necessária e equilibrada no caso concreto, a fim de proporcionar a proteção e otimização dos direitos fundamentais em conflito, segundo as possibilidades fáticas e jurídicas disponíveis. Outrossim, serve para evitar excessos e garantir a adequada fruição de direitos fundamentais que, se sofrerem restrição, deverá ser proporcional ao fim almejado.

É certo que no caso de conflito entre bens ou direitos constitucionais um triunfará em detrimento da plenitude de outro, importa esclarecer que

¹²⁹ CANOTILHO, op. cit., p. 309.

¹³⁰ STEINMETZ, op. cit., p. 155.

majoritariamente¹³¹ entende-se haver um núcleo essencial de cada direito fundamental que, em hipótese alguma, poderá ser suprimido. No entanto, o conteúdo, alcance e extensão deste núcleo são indefinidos, também cabendo ao aplicador do direito fazer sua valoração.

Sugere-se¹³² a observância de basicamente dois critérios: o objeto e o valor da proteção.

Com relação ao objeto, há duas teorias aplicáveis, a objetiva¹³³, segundo a qual deve-se verificar a existência de norma geral e abstrata que preveja a proteção, e a subjetiva¹³⁴, que sustenta que o núcleo de proteção essencial aos direitos fundamentais seria formado pela própria condição do titular do direito, não pelo aspecto objetivo da norma em si.

Já ao que se refere ao valor, vislumbramos a teoria absoluta, pela qual há direitos que não admitem nenhuma relativização, resultando num núcleo intangível, e a teoria relativa, que sustenta que os direitos fundamentais são passíveis de alguma restrição, dentro dos limites legais e mediante a adequada aplicação do princípio da proporcionalidade. Neste caso, a aferição do núcleo essencial depende do caso concreto.

Em que pese a origem administrativa, hoje o princípio da proporcionalidade é mecanismo fundamental para a solução de conflitos em todos os ramos do direito, notadamente na seara trabalhista, cuja singularidade e desequilíbrio da relação está especialmente sujeita à violação de direitos fundamentais.

¹³¹ Ver: CANOTILHO, op. cit., 2003.

¹³² *Ibidem*, p. 619.

¹³³ NOVAIS, Jorge Reis. As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizados pela Constituição. Coimbra: Coimbra, 2003.

¹³⁴ CANOTILHO, op. cit., 2003, p. 619-20.

Como vimos, o principal poder atribuído ao empregador é o poder diretivo, que se fundamenta no direito fundamental à propriedade, para que possa direcionar e organizar a atividade empresarial da forma que entender mais conveniente aos seus interesses, já que assume o risco do empreendimento. Neste contexto, temos a formação de um vínculo em que o empregador é dotado de poderes para dirigir, comandar e fiscalizar a atividade econômico-produtiva da empresa, enquanto o empregado aceita abrir mão de parte de sua liberdade e autonomia para sujeitar-se aos poderes do contratante.

Pela inequívoca constatação da existência de relações particulares claramente desequilibradas, como é a de trabalho, prevalece na doutrina e jurisprudência a eficácia horizontal dos direitos fundamentais, a fim de proporcionar um justo equilíbrio entre os atores da relação.

Os poderes do empregador não podem ser exercidos de forma ilimitada, sob pena de colisão com os direitos fundamentais do empregado, que são, por essência, indisponíveis.

A despeito deste ideal de respeito aos direitos do outro, sabemos que, na prática, os conflitos ocorrem diariamente. Nestes casos, deve o julgador, em regra, observar o princípio da unidade do ordenamento jurídico¹³⁵ e, por um critério de proporcionalidade, dar prevalência o bem jurídico de maior relevância, desde que preservada a dignidade da pessoa humana.

Em outras palavras, é o princípio da proporcionalidade que, nos casos concretos, dará ao intérprete a solução mais adequada ao caso concreto.

¹³⁵ Segundo Norberto Bobbio, as normas jurídicas nunca existem isoladamente, mas sempre em um contexto de normas com relações particulares entre si e a este contexto de normas é o que costumamos chamar de ordenamento. Para mais informações, ver: BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. Tradução de Maria Celeste C. J. Santos. 10. ed. . Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1997.

4.2 O DIREITO À INTIMIDADE NO AMBIENTE DE TRABALHO

Historicamente, considera-se que o controle do empregador desenvolveu-se junto à democracia, associado à demanda de igualdade política da parte da população a que se negava o exercício pleno dos direitos políticos. O controle sistemático, em escala ampla, como se concebe atualmente, surgiu no contexto de expansão do capitalismo, em meio ao desenvolvimento das organizações militares, das cidades industriais, da administração governamental e da empresa econômica capitalista. Em outras palavras, o controle e a supervisão dos trabalhadores pelas organizações empresariais têm ocorrido desde os primeiros dias da modernidade, com o fito de aumentar sua eficácia¹³⁶.

O empregado possui, por um lado, o direito à intimidade e, de outro, o empregador possui o direito à propriedade, ambos fundamentais, verificamos no ambiente de trabalho o maior foco de colisão destes direitos, notadamente considerando-se os poderes de direção e fiscalização outorgados legitimamente ao empregador para bem gerir e administrar seu empreendimento. Prevalece que estes poderes são conferidos ao empregador quando da celebração do contrato de trabalho, pelo qual o empregado aceita sujeitar-se a ao empregador no exercício dos serviços prestados, recebendo certa remuneração em contraprestação.

Essa sujeição, contudo, deve sempre ser vista como um meio de melhor gerir a ordem produtiva a fim de propiciar a coexistência pacífica entre os contratantes, mas diversas vezes é exercido de forma abusiva, quando surge o dano e, conseqüentemente o dever de indenizar o empregado.

¹³⁶ LYON, David. *El ojo electrónico, el auge de lasociedad de la vigilância*. Trad, do original: The eletronic eye. The rise of Surveillance Society. Versão espanhola de Jesús Alborés. Madrid: Aliança Editorial, 1995. p. 44-5.

Podemos verificar exemplo disso ainda na fase pré-contratual, quando o empregado, necessitado do emprego, aceita revelar aspectos íntimos de sua intimidade com o intuito de convencer o empregador ser a melhor opção para contratação, submetendo-se, por exemplo, à realização de exames de HIV, informando sua religião ou opção sexual. Em verdade, tais informações em nada influenciam a aptidão do candidato nem avaliam sua capacidade profissional, sendo abusivas e injustificadas, devendo prevalecer, neste caso, o direito à intimidade do trabalhador.

Ocorre que não há regra que obrigue o empregador a justificar sua opção pela contratação de certo candidato em detrimento de outro, pois, pela assunção dos riscos do empreendimento, poderá escolher livremente os profissionais que entende mais capacitados e alinhados com a política e objetivos da empresa.

Em todo caso, o método de contratação deve servir única e exclusivamente para avaliar a aptidão profissional do empregado ou manter relação com as funções exercidas, dentro da razoabilidade e ética, afastando-se, com isso, questionamentos que violem a intimidade do candidato.

É na fase contratual, contudo, que se concentram os maiores conflitos entre direitos fundamentais, notadamente com o avanço da tecnologia. Diante deste cenário, passaremos a analisar em especial três situações que bem ilustram esta afirmação, quais sejam: instalação de câmeras de vigilância, revista pessoal e monitoramento de correio eletrônico (*e-mail*).

Ao empregador são conferidos poderes para dirigir seu empreendimento da maneira que melhor lhe aprouver, podendo organizar, fiscalizar e disciplinar sua atividade com vistas à longevidade do negócio, já que suporta a instabilidade do

mercado. Assim, com a celebração do contrato de trabalho, o empregado abre mão de parte de sua liberdade e autonomia para subordinar-se ao empregador, estabelecendo-se uma relação de hierarquia.

É certo que o empregador, no gozo destes poderes, poderá valer-se dos meios necessários e razoáveis para fiscalizar a prestação de serviços, o que ficou mais fácil com o passar do tempo e a introdução de diversos meios tecnológicos no âmbito laboral, tais como internet, *e-mail*, videocâmeras, telefonia móvel, *webcams*, dentre outros.

Este poder de vigilância decorre não apenas do poder diretivos, mas também do poder hierárquico do empregador de verificar a adequada execução das atividades laborais, o que justifica, dentro da proporcionalidade e dos limites legais, o uso de aparelhos audiovisuais.

O uso de câmeras e demais instrumentos de fiscalização do ambiente de trabalho também serve para garantir a incolumidade da propriedade e meio produtivos do empregador, mas também a segurança dos próprios empregados.

Ocorre que, o excesso desta atividade controladora ameaça o equilíbrio do ambiente de trabalho, visto que o empregado sente-se constantemente vigiado, podendo violar gravemente sua intimidade.

Com relação aos meios de vigilância à distância no local de trabalho, estes são proibidos na Itália pelo Estatuto dos Trabalhadores e a lei 300/70 possui diversas disposições tutelando e limitando os poderes do empregador para resguardar os empregados.

Na França a legislação também não admite o monitoramento audiovisual, salvo em caso de extrema necessidade da empresa. No mesmo sentido, na Alemanha permite-se apenas se o empregador comprovar inequivocamente a necessidade permanente do uso deste meio.

Na Espanha não existe proibição expressa aos meios de vigilância à distância, mas a lei de proteção de dados pessoais é uma das mais restritivas do mundo. O Estatuto dos Trabalhadores faz expressa menção a medidas de vigilância, admitindo-as para a verificação da execução das atividades laborais e restringindo-as, por outro lado, ante a dignidade do trabalhador.

A legislação portuguesa admite o monitoramento por câmeras de vigilância em casos específicos, incumbindo à Comissão Nacional de Proteção de Dados a regulamentar a matéria.

Sob esta influência, no Brasil, de acordo com a Lei de Proteção de Dados Pessoais (Lei n.º 67/98), estes estão sujeitos a autorização da Comissão Nacional de Proteção de Dados (CNPD) e os dados obtidos devem processar-se de forma transparente, respeitando a vida privada e demais direitos, liberdades e garantias fundamentais. Além disso, a fim de preservar os direitos, liberdades e garantias constitucionalmente protegidos no âmbito laboral, a lei expressamente proíbe a instalação de câmeras de vigilância direcionadas a registros pontométricos ou a postos de trabalho específicos; bem como daquelas com a finalidade de controlar o desempenho profissional dos trabalhadores.

A lei também estabelece que os meios utilizados devem ser os necessários e proporcionais à finalidade estabelecida, coadunando com o método de aplicação

do princípio da proporcionalidade eleito neste trabalho como o mais adequado para solução de conflitos entre direitos fundamentais.

Somando-se às exigências acima, o diploma determina que a instalação de sistemas de vigilância à distância seja precedida de parecer das organizações sindicais e/ou pela comissão de trabalhadores.

Antes da análise de eventual violação à intimidade do empregado, importa verificar se os meios eleitos pelo empregador são lícitos, isto é, observam as determinações legais sobre o assunto, conforme descrito acima.

Sendo o empregado a parte mais frágil da relação, verifica-se que suas imagens colhidas sem a devida ciência e, menos ainda autorização, poderá alegar em juízo a violação de sua intimidade e pleitear a rescisão indireta do contrato de trabalho, bem como indenização por danos morais. Se restar demonstrado que o empregador valeu-se de meios excessivos, existindo outros igualmente eficazes e menos invasivos, ou que a intimidade do empregado restou deveras violada, comprometendo a lealdade e boa fé da relação, a conduta do empregador poderá ensejar a total procedência do pleito. No entanto, se comprovado o uso proporcional e a finalidade legítima da prática, as imagens poderão ser utilizadas pelo empregador, inclusive contra o empregado, culminando na improcedência da ação

Segundo Alice Monteiro de Barros, não há óbice na legislação infraconstitucional para a instalação de equipamentos audiovisuais ou a contratação de pessoal especializado para a realização das tarefas de vigilância, mas a prática deve destinar-se a proteger o patrimônio do empregador, e não vigiar os empregados. Para ela o que ocorre na prática é o desvio do objetivo inicialmente buscado pelo empregador, pois se a intenção é controlar a atividade laboral, os

equipamentos audiovisuais deveriam ser colocados apenas nos locais de desenvolvimento do trabalho, excluindo-se locais para descanso e de uso exclusivo dos trabalhadores, tais como banheiros, refeitórios, cantinas, salas de café, vestiários, etc¹³⁷. No mesmo sentido, mas sustentando posição um pouco mais restritiva, Sandra Lia Simón entende que em qualquer caso a instalação de equipamentos audiovisuais viola a intimidade do empregado que é constantemente filmado ou ouvido¹³⁸.

Entendemos que a melhor solução é aferida pela análise individualizada do caso concreto. A fim de melhor entendimento da questão, ilustramos a análise com um caso hipotético: um empregado de uma fabricante de produtos de telefonia móvel é acusado pelos demais de furtar objetos do local de trabalho, tais como chips, placas e até celulares finalizados, escondendo-os em seus pertences quando troca o uniforme no vestiário. Ante a ausência de condições de surpreendê-lo, eis que quando está presente o empregado não se descuida, o empregador decide instalar câmera de vigilância onde isto costuma ocorrer e, assim, comprovar as denúncias. Neste caso, questiona-se haver colisão de direitos fundamentais e se houve abuso de direito por parte do empregador ao instalar câmeras no vestiário, questões que deverão ser solucionadas tendo em vista o princípio da proporcionalidade.

O empregado, no caso, agiu com mau procedimento, subtraindo bens de produção da empresa, mas teve momentos de intimidade (troca de uniforme e higiene pessoal), monitorados pelo empregador. O empregador, por seu turno, se valeu do meio disponível (câmeras de vigilância), para registrar e comprovar o

¹³⁷ BARROS, op. cit., 1997, p. 83, 152-4.

¹³⁸ SIMÓN, Sandra Lia. A proteção constitucional da intimidade e da vida privada do empregado. São Paulo: LTr, 2000. p. 151.

comportamento do trabalhador. Para se aferir a legalidade da medida, utilizaremos o princípio da proporcionalidade.

Primeiramente, cumpre repisar que nenhum direito é absoluto ou ilimitado, havendo neste caso a colisão de direitos fundamentais, uma vez que o empregador tem o direito fundamental de propriedade, podendo defendê-lo por meios lícitos, e o empregado tem o direito fundamental à intimidade, que deverá ser resguardada também no ambiente de trabalho.

Verificamos, em seguida, a inexistência de uma hierarquia abstrata entre os direitos em colisão, inexistindo regra de prevalência abstrata entre eles.

Passemos, assim, à análise dos três elementos constitutivos do princípio da proporcionalidade, quais sejam, adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

A adequação, como mencionamos anteriormente, se refere ao uso dos meios moderados para conseguir um fim, isto é, se os meios utilizados foram apropriados a sua finalidade. No caso, os registros armazenados na câmera de vigilância constituem meio hábil e eficaz para verificar a veracidade das alegações de furto do empregado. Não estão voltadas especificamente para ele, constituindo meio de fiscalização do vestiário como um todo considerado.

Inexistindo a exposição do empregado, eis que as imagens são sigilosas e de acesso restrito aos superiores hierárquicos, e estando as câmeras instaladas dentro dos chuveiros ou cabines sanitárias, constituem meio legítimo para justificar o fim colimado, qual seja, apurar denúncias de furto no ambiente de trabalho.

Com isso, passemos à análise da necessidade. Neste ponto, devemos verificar se a medida restritiva de direito fundamental, caracterizada pela instalação de câmeras de vigilância no ambiente de trabalho, é indispensável ao fim legítimo que se pretende alcançar.

É certo que a denúncia dos colegas e seus depoimentos são bons indícios da prática do delito, mas não suficientes para embasar a culpa do trabalhador. Isto porque, no ambiente de trabalho, apesar de indesejável, existe competição e grupos formados para desqualificar alguns empregados, seja para obter promoções ou demissões.

Como agente imparcial e interessado em resguardar seu patrimônio, o empregador deve utilizar meio inequívoco de prova da conduta desvirtuada de seus colaboradores. Gravações de áudio, no caso, também são ineficientes, considerando que, pelos fatos por ora apurados, o empregado atua sozinho.

Entendemos, com isto, que a instalação de câmeras de vigilância é o meio útil e necessário para que se obtenham imagens da prática delituosa, eis que não identificamos outro meio igualmente eficaz e menos nocivo à intimidade do empregado para tanto.

Passamos a verificar a observância do subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito (*stricto sensu*), quando analisaremos se o meio eleito pelo empregador, que optou por instalar câmeras nos vestiários, além de adequado e necessário, foi proporcional e razoável ao fim buscado (apuração de furtos de insumos e produtos da empresa). Neste momento, importa aferir se há proporcionalidade entre os efeitos produzidos pela decisão restritiva sobre o direito

fundamental e a finalidade almejada, dada violação à intimidade do empregado quando da troca de uniforme e higiene pessoal.

Entendemos que, a despeito desta restrição, o meio utilizado foi proporcional ao objetivo colimado, desde que as câmeras estejam instaladas apenas nas áreas comuns dos vestiários, e não nos chuveiros e cabines sanitárias, que resguardam momentos demasiadamente íntimos, que devem ser protegidos mesmo diante do direito à propriedade do empregador. Nestes momentos, a pessoa está totalmente vulnerável e exposta, e esta exposição, em última análise, viola a dignidade humana.

Ressaltamos, no entanto, que o entendimento jurisprudencial dominante é que não se admite a instalação de câmeras em banheiros ou refeitórios, por se tratar de locais em que deve prevalecer a intimidade do empregado. Nesse sentido, a 9ª Câmara do TRT da 15ª Região, no julgamento da reclamação trabalhista nº 0001150-81.2012.5.15.0089, deu parcial provimento ao recurso de um trabalhador, rearbitrando para R\$ 10 mil o valor da indenização por danos morais, a ser pago pela empresa reclamada, em virtude de instalação de microcâmera acoplada à luminária do banheiro masculino.

No caso, o juízo da 2ª Vara do Trabalho de Bauru havia arbitrado a indenização em R\$ 6.700,00, porém referido Tribunal majorou o *quantum* indenizatório em vista da gravidade da existência do equipamento instalado e sua repercussão no ambiente de trabalho, inclusive gerando comentários pejorativos de outros colaboradores.

Na instrução processual, a empresa se defendeu afirmando não ter autorizado a instalação de qualquer tipo de câmera dentro dos banheiros, tendo

negado também a existência de qualquer abalo moral apto a ensejar os danos morais. Por outro lado, uma das testemunhas arroladas pelo trabalhador afirmou estar presente quando a câmera foi encontrada no banheiro masculino e que o fato fora registrado em boletim de ocorrência. Em seu depoimento, afirmou ainda que os empregados estavam desconfiados, pois há algum tempo ouviam comentários pejorativos, inclusive de líderes da empresa.

Os desembargadores, no mesmo sentido da decisão de primeira instância, entenderam que o conjunto probatório carreado nos autos indicou que a empresa reclamada tinha interesse numa maior fiscalização visual do setor e que, sendo incontroverso que a microcâmera estava acoplada à luminária do banheiro, não seria razoável que tal instalação ocorresse sem a sua ciência.

O acórdão concluiu que a existência de microcâmeras instaladas em banheiro da empresa afronta a dignidade da pessoa do trabalhador, posto que invade a sua privacidade e, portanto, deve o empregador arcar com os ônus do assédio moral, mediante o pagamento de indenização, majorada para R\$ 10 mil. Por outro lado, a câmera instalada em locais que não ensejem a violação da intimidade dos empregados, tais como banheiros e refeitórios, é perfeitamente admitida pela jurisprudência, como exercício do poder diretivo do empregador. Nesse sentido, verifica-se o entendimento consubstanciado na jurisprudência a seguir transcrita:

RECURSO DE REVISTA. DANO MORAL - AUSÊNCIA. CÂMERAS DE VIGILÂNCIA NO AMBIENTE DE TRABALHO. A utilização de câmeras de filmagem no ambiente de trabalho, desde que não foquem locais onde haja risco de violação de privacidade dos empregados (refeitórios ou banheiros) ou um ou outro empregado em especial, não viola a intimidade, não constitui ilícito e, em consequência, não induz dano moral. Recurso de revista não conhecido.(TST - RR: 9768220105110015976-

82.2010.5.11.0015, Relator: Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira Data de Julgamento: 31/08/2011, 3ª Turma, Data de Publicação: DEJT 09/09/2011).

Destaque-se, neste ponto, ser imprescindível que os empregados tenham ciência do monitoramento e que as câmeras estejam em locais visíveis, em atenção ao princípio da transparência, boa fé e lealdade contratual. Demonstrando este entendimento, transcrevemos a ementa abaixo para elucidar a questão:

CÂMERAS DE VÍDEO INSTALADAS EM VESTIÁRIO VOLTADAS PARA OS ARMÁRIOS. DANO MORAL. A vigilância eletrônica é admissível no ambiente de trabalho, desde que não extrapole os limites do poder diretivo do empregador. Todavia, cabe a este deixar claro para os empregados os ambientes que estão sendo monitorados, em respeito ao princípio da transparência. Não pode simplesmente alegar que as câmeras ficam voltadas para determinado lugar, como armários, por exemplo. Em se considerando que esse tipo de aparelho permite visão de 180º a 360º, se a parte alegar como fato impeditivo que a área de visão não alcança todo o vestiário, é ônus desta comprovar as especificidades do produto, inclusive no que se refere ao ângulo e abrangência, porquanto é a única que possui condições de produzir tal prova.(TRT-1 - RO: 8745420115010225 RJ, Relator: Cláudia de Souza Gomes Freire, Data de Julgamento: 15/01/2013, Nona Turma, Data de Publicação: 2013-01-24)

Os Tribunais trabalhistas, nestes casos, têm deferido indenizações aos empregados que tiveram sua intimidade violada pela instalação de câmeras nestes locais, principalmente vestiários, como se verifica da ementa abaixo:

INSTALAÇÃO DE CÂMERA DE VIGILÂNCIA EM VESTIÁRIO. ABUSO DO PODER DIRETIVO. OFENSA À INTIMIDADE E PRIVACIDADE DO TRABALHADOR. INDENIZAÇÃO DEVIDA. A instalação de câmeras de vigilância pelo empregador em locais reservados do ambiente de trabalho, como vestiários, constitui abuso de direito do poder diretivo, pois atenta contra a intimidade e a privacidade do trabalhador, valores consagrados no ordenamento constitucional, cuja violação resulta na reparação devida, a

teor do art. 5º, inciso X, da Constituição Federal e art. 12 do Código Civil, tratando-se de conduta ofensiva aos direitos da personalidade.(TRT-2 - RO: 1101720125020 SP 00001101720125020254 A28, Relator: ÁLVARO ALVES NÔGA, Data de Julgamento: 07/11/2013, 17ª TURMA, Data de Publicação: 18/11/2013)

Entendemos, contudo, que não se pode tarifar este tipo de entendimento, traçando soluções objetivas, eis que a correta aplicação do princípio da proporcionalidade, meio mais adequado para a solução de colisão de direitos fundamentais, depende da casuística. Também há julgados que discutem a eficiência dos dispositivos utilizados pelo empregador, que, segundo entendem, não devem ser precisos a ponto de aproximar imagens íntimas dos empregados, como se confere na ementa a seguir¹³⁹:

RECURSO ORDINÁRIO - DIREITO À INTIMIDADE - CÂMERAS DE VIGILÂNCIA NO AMBIENTE DE TRABALHO - RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE PRESENTES. Não resta a menor dúvida de que o direito do empregado à intimidade no ambiente de trabalho deve ser protegido contra violações graves e diretas, como, por exemplo, quando do uso de câmeras móveis e dissimuladas, dotadas de dispositivos que aproximam a imagem, revelando o comportamento mais singular e particular do ser humano, que, por óbvio, não pode ser exposto. (TRT-15 - RO: 51581 SP 051581/2008, Relator: JOSÉ PEDRO DE CAMARGO RODRIGUES DE SOUZA, Data de Publicação: 22/08/2008)

No que se refere às câmeras de monitoramento, a discussão se estende à possibilidade ou não de instalação nos locais de descanso. A despeito da inexistência de legislação específica sobre o tema, a jurisprudência inclina-se à impossibilidade, eis que não seria um local de trabalho, mas de descanso. Neste caso o empregador não visa à fiscalização da execução de serviços, a fim de

¹³⁹ No mesmo sentido: TRT-15 - RO: 51581 SP 051581/2008, Relator: JOSÉ PEDRO DE CAMARGO RODRIGUES DE SOUZA, Data de Publicação: 22/08/2008.

justificar o meio eleito, isto é, não observa o subprincípio da necessidade. Nesse sentido, confira-se:

AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA. DANO MORAL. INDENIZAÇÃO. USO DE CÂMERAS DE VIGILÂNCIA E ESCUTAS NO LOCAL DE DESCANSO. A instalação de câmeras e escutas na área destinada ao descanso dos empregados não se justifica, pois não se trata de local de trabalho, mas sim de ambiente em que os funcionários descansam, de modo que o monitoramento invade a privacidade e intimidade, constringendo os trabalhadores, os quais ficam constantemente sobre o manto da desconfiança, o que, por certo, fere a dignidade da pessoa. Logo, não há falar em violação dos arts. 186, 187 e 927 do Código Civil. Agravo de instrumento conhecido e não provido. (TST - AIRR: 9521620125110005 952-16.2012.5.11.0005, Relator: Dora Maria da Costa, Data de Julgamento: 23/10/2013, 8ª Turma, Data de Publicação: DEJT 25/10/2013)

A despeito do entendimento acima, entendemos pela possibilidade de instalação das câmeras nas áreas comuns, eis que podem servir para verificar eventuais conflitos entre os empregados, bem como desrespeito às políticas internas, como a proibição de fumar, por exemplo, ou à legislação pátria.

A responsabilidade do empregador não se restringe ao local de efetiva execução das atividades laborais, nem, por conseguinte, seu poder diretivo, cabendo-lhe zelar pela integridade de seu empreendimento em todos os aspectos, observando sempre a proporcionalidade das medidas adotadas.

É certo que o empregador não deve monitorar conversas entre colaboradores ou puni-los se optarem por dormir durante o descanso, por exemplo; mas deverá empenhar seus melhores esforços para manter a ordem e a observância à lei e a regulamentações internas, principalmente porque poderá ser

responsabilizado por qualquer ato ilícito perpetrado dentro de seu estabelecimento, bem como suportará prejuízos por eventuais atos de vandalismo no local.

Com relação ao controle de revista pessoal dos empregados, trata-se de prática vedada, salvo quando autorizada por instrumento coletivo de trabalho firmado com o sindicato representativo da categoria profissional respectiva, devendo preservar, em qualquer hipótese, a dignidade do empregado.

A jurisprudência é cautelosa nos casos envolvendo esta forma de fiscalização, eis que muito tênue é a linha entre sua legitimidade e a violação da intimidade do empregado, conforme veremos na jurisprudência a seguir analisada.

Em um processo julgado pelo Tribunal Regional do Rio Grande do Sul¹⁴⁰, foi considerado legítimo o procedimento adotado pela empresa de efetuar revista em seus empregados como forma de garantir a segurança e a preservação de seu patrimônio.

Verificou-se que a causa da solicitação do pleito indenizatório consistia na revista procedida diariamente nos pertences do autor, bem como a existência de câmeras de vídeo no setor de trabalho e a ocorrência de constante e exagerada pressão para o atingimento de metas, que geraria a situação de constrangimento.

Após a improcedência em primeira instância, o empregado inconformado recorreu ao TRT buscando a reforma da decisão. Na análise do apelo, entendeu o Regional que não prosperava o inconformismo do autor quanto à existência de revistas no ambiente de trabalho ou à manutenção de câmeras de segurança. Isto porque, em depoimento pessoal, afirmou o recorrente que na empresa todos os

¹⁴⁰Ver: TRT-4 - 0001629-08.2012.5.04.0016, Relator: LAÍS HELENA JAEGER NICOTTI, Data de Julgamento: 19/03/2014, 16ª Vara do Trabalho de Porto Alegre.

empregados passavam pelo portão eletrônico, abrindo a bolsa ou mochila para mostrar ao segurança. Além disso, afirmou que na entrada do trabalho a revista não era diária, mas apenas na saída e nestas oportunidades se o dispositivo do portão eletrônico apitasse, o empregado teria que tirar o que tivesse portando até parar o apito. Por fim, esclareceu que na revista não havia toque no funcionário. Deste depoimento, o Relator ressaltou que a revista procedida no ambiente de trabalho não implicava em apalpação do funcionário, negando provimento ao recurso neste tocante.

Quanto à revista nos pertences pessoais dos empregados, assim como em relação à alegada manutenção de câmeras de segurança no ambiente de trabalho, concluiu o magistrado que a conduta do empregador não configura ato ilícito. Segundo ele, a inspeção de bolsas, sacolas ou mochilas, assim como a manutenção de câmeras de vigilância no ambiente de trabalho não tem o condão de expor os empregados a situações vexatórias ou humilhantes, muito menos a situações capazes de causar abalo à moral, mas tão somente a assegurar a integridade do patrimônio da empregadora, rede de supermercados de grande porte que conta com a circulação de expressivo número de pessoas diariamente. Com isso, o acórdão entendeu que o método utilizado pela empresa era proporcional, notadamente pelo fato de não ser dirigido a um empregado em particular, bem como por inexistir relação tátil quando da revista aos trabalhadores.

Em situação similar, a Terceira Turma do TST proveu o recurso da OVD Importadora e Distribuidora Ltda., absolvendo-a da condenação ao pagamento de R\$ 3 mil a um auxiliar submetido a revista pessoal mediante detector de metais.

Na ação, o trabalhador, entre outras verbas, pediu indenização pelas revistas pessoais periódicas a que fora submetido ao longo do contrato de trabalho. Segundo ele, o procedimento era realizado na frente de outros empregados e os sujeitava a vexames e humilhações, violando sua intimidade como cidadão. Como forma de compensar o alegado dano, requereu indenização de 30 vezes seu último salário.

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

O Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região (PR) reformou a sentença e fixou em R\$ 3 mil a indenização. Para o Regional, a revista realizada pela empresa não poderia ser comparada com aquelas que ocorrem em aeroportos, banco e fóruns judiciais, pois estas não visam inibir o furto de mercadorias, mas sim garantir a segurança pública.

Descontente, a empresa levou a discussão para o TST. Alegou que as revistas não ofendiam a intimidade ou a honra do empregado a ponto de causar dano moral, nos termos do artigo 5º, inciso X, da Constituição Federal, pois não houve revista pessoal ou íntima.

Em seu voto, o relator do recurso, ministro Alexandre Agra Belmonte, entendeu que se tratava não apenas de procedimento impessoal, destinado a preservar "a incolumidade do patrimônio do empregador e do meio ambiente do trabalho", mas de um procedimento socialmente tolerado, "se não desejado nos

mais variados ambientes, desde bancos, aeroportos e repartições públicas até grandes eventos musicais e partidas de futebol".

A decisão foi unânime, ementada nos seguintes termos:

[...] INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. REVISTA PESSOAL. DETECTOR DE METAIS. Não há como acolher-se a pretensão de indenização por danos morais. Com efeito, o uso do detector de metal é não apenas um procedimento impessoal destinado a preservar, de forma válida, a incolumidade do patrimônio do empregador e do meio ambiente do trabalho, na forma do artigo 932, III, do Código Civil de 2002, como também, em razão do ocaso da segurança pública no Brasil, uma prática socialmente tolerada, se não desejada, nos mais variados ambientes, desde bancos, aeroportos e repartições públicas até grandes eventos musicais e partidas de futebol. Recurso de revista conhecido por divergência jurisprudencial e provido. INDENIZAÇÃO. DANO MORAL. QUANTUM INDENIZATÓRIO. Prejudicada a análise da matéria em razão do provimento do apelo da empresa no que se refere à exclusão do pagamento da indenização por danos morais decorrente de revista pessoal. [...] (TST - RR: 3471200-20.2007.5.09.0651, Relator: Alexandre Agra Belmonte, Data de Julgamento: 12/03/2014, 3ª Turma, Data de Publicação: DEJT 14/03/2014).

Verificamos, assim, que de acordo com a jurisprudência dominante da Justiça do Trabalho, a revista pessoal com uso de detector de metais e de forma generalizada não gera direito à indenização por dano moral. Na mesma direção, são os julgados transcritos a seguir:

DA INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL. Não cabe o deferimento de indenização quando a revista de bolsa e pertences pessoais, na entrada e saída do estabelecimento é discreta, sem contato físico e através de aparelho detector de metais. Exercício do poder diretivo do empregador que não serve, por si só, a ensejar dano moral passível de indenização. Nega-se provimento ao recurso. (TRT da 4ª Região, 1ª Turma, 0113700-67.2009.5.04.0303 RO, em 13/04/2011, Desembargadora Ana Luiza

Heineck Kruse - Relatora. Participaram do julgamento: Desembargadores José Felipe Ledur e André Reverbel Fernandes)

DANO MORAL. REVISTA DE EMPREGADOS. A revista dos pertences dos empregados, desde que realizada dentro da razoabilidade e proporcionalidade, não gera direito à reparação por dano moral, pois não há afronta do direito à privacidade e à intimidade assegurados no artigo 5º, inciso X, da CF/88. Tal prerrogativa, a possibilidade de revista dos funcionários, encontra-se inserida no poder de direção da empresa, decorrendo da situação de insegurança patrimonial existente. Nega-se provimento. (TRT da 4ª Região, 6ª Turma, 0000703-25.2010.5.04.0104 RO, em 30/03/2011, Juiz Convocado José Cesário Figueiredo Teixeira - Relator. Participaram do julgamento: Desembargadoras Maria Inês Cunha Dornelles e Beatriz Renck)

Ressaltamos, no entanto, não constituir entendimento pacífico da jurisprudência. Para elucidar esta afirmação, analisemos a decisão da 13ª turma do TRT da 2ª Região, que condenou uma empresa ao pagamento de indenização por dano moral a uma ex-empregada submetida à revista íntima em seus pertences pessoais.

Em sentença, a 2ª Vara do Trabalho de Mogi das Cruzes negou o direito de indenização à trabalhadora, que alegou a existência de dano moral praticado pela empresa que frequentemente vistoriava sua bolsa, mochila e pertences sob o argumento de proteção patrimonial.

O relator, desembargador Roberto Barros da Silva, analisando o recurso da reclamante, reconheceu o direito à proteção patrimonial do empregador e de terceiros. Por outro lado, o magistrado destacou em seu voto que o direito à propriedade não pode sobressair à honra e à intimidade, como se verifica do trecho bastante elucidativo a seguir transcrito:

"A proteção da propriedade individual não pode se materializar às custas do vilipêndio a outros valores consagrados no texto constitucional, em especial o da dignidade da pessoa humana. Se é certo que a ordem jurídica constitucional protege o patrimônio privado contra investidas injustas de terceiros, também é certo que consagra, em dispositivos muito mais abundantes, e com ênfase muito maior, a proteção à intimidade e à honra do cidadão. Desta forma, é de se reconhecer que o empregador, ao fixar regras corporativas a serem observadas por seus funcionários, bem como ao conduzir sua prestação laborativa, deve sempre ter o cuidado de não desprezar os bens imateriais daqueles que se colocam como seus subordinados, sob pena de responder, pecuniariamente, pela reparação da ofensa."

O voto conclui, então, pela impossibilidade de revista de pertences dos trabalhadores, afirmando que esse procedimento "ultrapassa os limites do poder diretivo, uma vez que o método de controle de furtos da empresa reclamada é abusivo, sem respeito à dignidade do trabalhador."

Com base nesses fundamentos, os magistrados da 12ª turma condenaram a empresa ao pagamento de indenização no valor de R\$ 5.000,00 e também das despesas do processo. Confira-se:

DIREITO DO TRABALHO. INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL. PROTEÇÃO DO PATRIMÔNIO DO EMPREGADOR. LIMITES DO PODER DIRETIVO E EXERCÍCIO DO PODER DE POLÍCIA POR ENTE PRIVADO. REVISTA ÍNTIMA. Apesar da possibilidade do empregador ter o direito de preservar seu patrimônio, a revista íntima com visualização de bolsas e mochilas é meio abusivo do exercício do poder diretivo e caracteriza poder de polícia por um ente privado. É nas bolsas e mochilas que se guardam remédios de doenças que ensejam preconceito, bilhetes particulares, cartas, fotos familiares, tudo que traduz a escolha de manter uma vida reservada do conhecimento de terceiros, preservar a vida íntima e a honra do cidadão. Diante do caso, a reclamante merece indenização. DADO PROVIMENTO PARCIAL AO RECURSO.(TRT-2 - RO: 00014538220125020372 SP 00014538220125020372 A28, Relator:

ROBERTO BARROS, Data de Julgamento: 11/03/2014, 13ª TURMA, Data de Publicação: 19/03/2014)

Entendemos equivocado o entendimento do Regional, baseando-nos no princípio da proporcionalidade para tanto.

Com relação à adequação, analisamos se o meio utilizado foi apropriado a sua finalidade. No caso, o empregador verificava os pertences dos empregados, para evitar furtos em seu estabelecimento. Entendemos ser meio hábil e eficaz para proteger o patrimônio do empregador, desde que realizadas em sua presença apenas nos pertences de um certo empregado.

Inexistindo discriminação de empregado específico e estando o mesmo presente para verificar a regularidade da revista, juntamente com outras testemunhas, se o caso, constitui meio legítimo e adequado a justificar o fim colimado.

Com isso, passemos à análise da necessidade, quando verificaremos se o meio utilizado é indispensável ao fim legítimo que se pretende alcançar.

Entendemos que a revista nos pertences, nos moldes acima detalhados, é o meio útil e necessário para se preservar o patrimônio do empregador, eis que não identificamos outro meio igualmente eficaz e menos nocivo à intimidade do empregado para tanto, tendo em vista que a maioria dos produtos eventualmente subtraídos, como roupas ou alimentos, não apita quando submetida ao detector de metal. Além disso, ainda que haja câmeras de segurança na empresa, há locais em que não se admite a instalação e ângulos que não permitem a verdadeira visualização, sendo necessária revista posterior para proteger bens e insumos do empregador, que arca com o risco do negócio.

Passamos a verificar a observância ao subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito, quando analisaremos se o meio eleito pelo empregador, foi proporcional e razoável ao fim proposto.

Neste momento, importa aferir se há proporcionalidade entre os efeitos produzidos pela decisão restritiva sobre o direito fundamental e a finalidade almejada, eis que violada a intimidade do empregado quando verificados seus pertences.

Entendemos que, a despeito desta restrição, o meio utilizado foi proporcional ao objetivo colimado, desde que, como dito, seja realizado em todos os empregados, sem qualquer distinção, em sua presença e de testemunhas, pelo que discordamos da decisão em análise.

Outro caso que merece análise é um julgado do TST¹⁴¹ que aumentou a indenização deferida a uma auxiliar de produção que fora constrangida pela empresa na qual trabalhava.

A empregada foi admitida pela empresa em maio de 1998 e, neste mesmo ano, a gerente, ao fazer uma inspeção nos banheiros, encontrou um absorvente feminino exposto e convocou as funcionárias para investigar quem o havia deixado.

Para tanto, a gerente determinou que as funcionárias formassem uma fila, baixassem as calças e exibissem a roupa íntima para que verificasse e pudesse saber qual delas estava usando absorvente higiênico.

A situação, segundo a trabalhadora, gerou angústia e grave constrangimento a ela e às colegas por terem sido alvo de chacota e de humilhação

¹⁴¹ Ver: TST, RR-0235500-08.2004.5.02.0040, Relatora Ministra Delaíde Miranda Arantes, Data do julgamento: 05/02/2014, 7ª Turma, Publicação: DEJT 07/03/2014.

no trabalho, situação que se tornou mais grave porque o fato foi amplamente divulgado. Ao deixar a empresa, ela requereu em juízo o pagamento de indenização pelos danos morais sofridos, além de outras verbas trabalhistas. A empresa contestou as alegações afirmando que jamais agiu de forma desrespeitosa com a auxiliar de produção e que não houve dano capaz de justificar a pretensão de indenização.

Ao examinar o caso, a 40ª Vara do Trabalho de São Paulo não acolheu o pedido com relação aos danos morais por entender que o fato não estava demonstrado. A empregada recorreu da decisão para o Tribunal Regional do Trabalho de São Paulo, que julgou procedente o pleito e apontou depoimento de testemunha que confirmou o constrangimento decorrente da revista íntima. A indenização foi fixada no valor de R\$ 5 mil.

A auxiliar novamente recorreu da decisão, desta vez ao TST, por considerar que a indenização foi excessivamente módica se comparada com a extensão do dano. Ao julgar o caso, a Sétima Turma entendeu que o caso chamava atenção não só em razão da indenização desproporcional, mas porque a atitude da empresa foi extremamente agressiva à intimidade das empregadas, ficando evidente que a trabalhadora sofreu revista vexatória e dano a sua honra.

Na sessão em que o caso foi julgado, a relatora, Ministra Delaíde Miranda Arantes, afirmou que a extensão do dano ultrapassou a questão do constrangimento e envolveu, sobretudo, a questão de gênero. Destacou que não é possível avaliar o que significa, na vida de uma mulher, essa forma de exposição tão constrangedora, sendo o caso um dos mais graves atos de constrangimento a que pode ser submetida uma mulher no ambiente de trabalho.

O Ministro Vieira de Mello Filho considerou a atitude patronal agressiva à intimidade da empregada e afirmou que o dano era absurdo, não existindo caso maior de violação à intimidade no ambiente de trabalho. Por essas razões e com base no artigo 5º, inciso V, da Constituição Federal, a Sétima Turma, em decisão unânime, deu provimento ao recurso para elevar a indenização para R\$ 20 mil.

Nesse sentido, confira-se o julgado:

I - AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA. DANO MORAL. MAJORAÇÃO DO QUANTUM INDENIZATÓRIO. Demonstrada possível violação do art. 5.º, V, da Constituição Federal, impõe-se o provimento do agravo de instrumento para determinar o processamento do recurso de revista. Agravo de instrumento provido. II - RECURSO DE REVISTA. 1 - DANO MORAL. MAJORAÇÃO DO QUANTUM INDENIZATÓRIO. O Tribunal Regional consignou que a reclamante sofreu ofensa à sua honra e imagem, haja vista a comprovação dos fatos alegados na inicial, quais sejam, de que pelo fato de ter sido encontrado um absorvente sujo no banheiro feminino, a reclamante juntamente com outras funcionárias foi obrigada a entrar no banheiro e abaixar a calça e a calcinha para a Sra. Vera verificar qual funcionária estava menstruada. E mais, segundo o acórdão recorrido restou comprovado que houve publicidade desse fato, o que gerou “comentários jocosos que atingiram a honra e intimidade da autora”. O quantum indenizatório fixado a título de danos morais pelo Tribunal Regional em R\$ 5.000,00 (cinco mil reais) escapa à razoabilidade, distanciando-se dos critérios recomendados pela jurisprudência desta Corte para hipóteses similares. Assim, mister a majoração do valor fixado a título de dano moral para R\$ 20.000,00 (vinte mil reais), em atenção às peculiaridades da espécie e aos parâmetros jurisprudenciais. Recurso de revista conhecido e provido. (TST, RR-0235500-08.2004.5.02.0040, Relatora Ministra Delaíde Miranda Arantes, Data do julgamento: 05/02/2014, 7ª Turma, Publicação: DEJT 07/03/2014)

É evidente que neste caso a atitude da empresa foi desproporcional, pelo que concordamos com o entendimento do TST.

Para melhor explicar, analisaremos a aplicação do princípio da proporcionalidade à hipótese, passando à análise dos três elementos constitutivos do princípio da proporcionalidade, quais sejam, adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

A adequação se refere ao uso dos meios moderados para conseguir um fim, isto é, se os meios utilizados foram apropriados a sua finalidade. No caso, a preposta do empregador mandou que as empregadas baixassem as calças para verificar quem estava usando absorvente higiênico. Este é um dos meios mais agressivos e invasivos de se verificar qual colaboradora estava menstruada e não é eficaz, eis que a responsável pelo absorvente deixado exposto no sanitário poderia tê-lo trocado por outro interno, por exemplo, que não seria visível durante a inspeção realizada. Assim, entendemos que o meio eleito não foi hábil e eficaz para verificar o ocorrido.

Passemos, assim, à análise da necessidade. Neste ponto, devemos verificar se medida restritiva de direito fundamental, caracterizada pela ordem de enfileirar as empregadas e mandar que baixassem as calças para verificar quem estava usando absorvente externo, era indispensável ao fim legítimo que se pretendia alcançar.

É certo que é importante ao empregador manter um ambiente de trabalho limpo, o que depende da colaboração de todos os envolvidos. Não vislumbramos outro meio igualmente eficaz e menos nocivo à intimidade da empregada para tanto, ainda que discordemos da prática, pois apesar de não ter outro meio melhor, é certo que este não dará certeza absoluta ao empregador.

Por fim e mais importante, superados estes primeiros, passamos a verificar a observância do subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito, quando analisaremos se o meio eleito pelo empregador foi proporcional e razoável ao fim buscado, que é a apuração de quem deixou absorvente externo exposto no sanitário da empresa. Neste momento, importa aferir se há proporcionalidade entre os efeitos produzidos pela decisão restritiva sobre o direito fundamental e a finalidade almejada, eis que violada a intimidade do empregador.

Entendemos que houve a colisão de direitos fundamentais, bem como abuso de direito por parte do empregador, de modo que o meio utilizado não foi proporcional.

A despeito de a empregada não ter sido higiênica, tendo deixado um absorvente exposto no sanitário, a preposta do empregador se valeu de meio absolutamente invasivo para justificar um fim de ínfima importância comparado à intimidade das empregadas, sendo desproporcional e ensejando a indenização acertadamente deferida e majorada pelo TST.

Outra forma de vigilância se revela através da informática, vez que os dados acumulados no computador do empregado podem ser verificados pelo empregador, bem como os sites acessados na internet e os e-mails por ele enviados.

Diante do desenvolvimento de novas tecnologias, da expansão do conhecimento e do agigantamento de informações, que a cada segundo são transmitidas à humanidade via *web*, as relações sociais vêm passando por intensas modificações, criando novas necessidades e direitos.

Na seara trabalhista, esta realidade é cada vez mais comum. A exemplo, diversas empresas utilizam *softwares* de espionagem instalados nos computadores para monitorar mínimos movimentos do usuário, inclusive do *mouse*, e capazes de identificar e registrar senhas e endereços de correios eletrônicos.

Na defesa desta prática, empresários alegam que a falta de segurança dos sistemas de e-mail e da própria internet expõe o sistema interno da empresa a risco de invasões por *hackers* e vírus, sendo que, em regra, é neste sistema que estão armazenadas informações confidenciais da empresa que podem acabar sendo divulgadas a concorrentes, sem contar as despesas havidas com técnicos em tecnologia para reparar o sistema invadido.

Afirmam que a internet oferece diversas distrações ao empregado, o que normalmente acarreta brusca queda de sua produtividade, e acrescentam que os *downloads* de arquivos pesados, como músicas, vídeos e jogos, sobrecarregam o servidor, prejudicando a velocidade da internet e o funcionamento do sistema interno da empresa que depende desta para atingir o desempenho esperado.

Aduzem, ainda, que por meio do e-mail corporativo o trabalhador pode divulgar imagens ou mensagens difamatórias, de cunho sexual ou até discriminatório, o que poderia prejudicar seriamente a imagem da empresa, além de acarretar-lhe a responsabilidade civil por danos causados a terceiros, eis que o e-mail fora enviado em nome da empresa.

De fato, tudo o que foi dito é verdade, de modo que se por um lado o empregado deve ter sua intimidade preservada, também é direito da empresa valer-se dos meios lícitos e adequados para proteger seus dados sigilosos, a qualidade de

sua rede e, principalmente, a honra e imagem da empresa, elementos que, em última análise, compõem o patrimônio da empresa.

Partindo destas premissas, na esfera trabalhista a discussão ganhou corpo para definir os limites da monitoração eletrônica e, principalmente, a possibilidade de o empregador ter acesso ao e-mail do empregado.

Ao que se refere à monitoração eletrônica, a jurisprudência se consolidou no sentido de considerar válida a demissão por justa causa levada a efeito pelo empregador que verificar a violação de políticas internas ou a má conduta do trabalhador no uso da internet, conforme se verifica das ementas abaixo transcritas:

EMENTA. FORNECIMENTO DE DADOS CADASTRAIS DE CLIENTE À EMPRESA CONCORRENTE. ATO DE CONCORRÊNCIA DESLEAL E VIOLAÇÃO DE DADOS SIGILOSOS DO EMPREGADOR. JUSTA CAUSA. É cabível a rescisão do contrato de emprego por justa causa (alíneas “c” e “g” do art. 482 da CLT), quando o empregado pratica ato de concorrência desleal e de violação de dados sigilosos da empresa, fornecendo ficha cadastral de cliente do empregador para concorrente. Encerrada a fidúcia necessária para a continuidade da relação de emprego, nega-se, neste particular, provimento ao recurso obreiro. (TRT - RO 0000980-68.2012.5.18.0011, Relatora Juíza SILENE APARECIDA COELHO, Data do julgamento: 30/04/2013, 3ª Turma, Publicação: DEJT 03/05/2013)

ACÓRDÃO. DA JUSTA CAUSA. CONFIGURAÇÃO. A falta grave cometida pelo autor, em razão de má conduta, porquanto agiu de forma contrária às regras estabelecidas na recorrida (envio de e-mail corporativo de conteúdo pornográfico), ficou evidenciado nos autos, como se infere do conteúdo do envelope em anexo, tal como bem traduziu o Juiz originário, aliás, fatos negativos dos quais já tinha sido o autor alertado anteriormente, como ele mesmo confessou em seu depoimento às fls. 141. A imediatidade da dispensa também se revelou indubitosa, porquanto o empregador, tão logo tomou conhecimento dos fatos narrados pelo tomador de serviços - o qual fornecia os recursos de informática como ferramenta de trabalho do autor - em 17/08/2005 (doc. 190 envelopesem apartado) providenciou a sua

dispensa sumária, em 19 de agosto seguinte. Não bastasse, o alegado período de 20 dias entre a constatação dos fatos e o ato de dispensa se mostrou por demais razoável, considerando as tramitações burocráticas no procedimento administrativo para a correta apuração dos fatos, circunstância que, por si só, não configura perdão tácito. Correto o pronunciamento do Juiz originário, que reconheceu a justa causa para a ruptura do pacto laboral. (TRT - AIRR-4269-57.2010.5.02.0000, Relator Ministro ALBERTO LUIZ BRESCIANI DE FONTAN PEREIRA. Data do julgamento: 16/03/2011, 3ª Turma, Publicação: DEJT 24/03/2011)

Em relação à intimidade do empregado e o uso de e-mail, é no sigilo de correspondência que repousa sua maior proteção, eis que, conforme preceitua o art. 5º, XII da CF, considera-se inviolável o sigilo da correspondência, salvo por ordem judicial. Este dispositivo representa guarida muito mais abrangente que se pode presumir de uma primeira interpretação literal, tutelando também a liberdade de expressão e o direito à intimidade. Além disso, o art. 151 do CP tipifica a conduta de devassar indevidamente o conteúdo de correspondência fechada, dirigida a outrem, cominando pena de detenção de um a seis meses ou multa.

Com o avanço da tecnologia, a comunidade jurídica passou a debater a incidência destes dispositivos sobre a correspondência eletrônica (e-mail), concluindo-se por sua aplicabilidade, eis que esta seria a intenção do constituinte se pudesse prever o desenvolvimento da tecnologia, mas quando da promulgação do texto constitucional este meio de correspondência não era tão disseminado.

Partindo desta premissa, a jurisprudência majoritária entende que o empregador não pode fiscalizar o e-mail pessoal do empregado nem, tampouco, valer-se do conteúdo acessado para eventualmente puni-lo, ainda que este o acesse por meio de computadores da empresa.

Esclareça-se, neste diapasão, que por e-mail pessoal entende-se o endereço eletrônico de titularidade exclusiva do empregado, não fornecido pelo empregador e utilizado para tratar de assuntos estritamente pessoais e particulares, não relativos ao trabalho. Nestes casos, por se tratar de propriedade exclusiva do empregado, não se admite a fiscalização do conteúdo contido nas mensagens enviadas e recebidas por meio do e-mail pessoal do empregado, ainda que durante seu horário de trabalho. Caso o empregador ultrapasse este limite, entende-se violados os direitos fundamentais à privacidade e à intimidade do empregado, possibilitando o ajuizamento de ação trabalhista para obter a declaração da rescisão indireta do contrato de trabalho, com o pagamento de todas as verbas rescisórias daí advindas, bem como indenização por dano moral e/ou material.

Com efeito, no gozo de seu poder diretivo o empregador poderá estabelecer regras e parâmetros para o uso do computador da empresa, admitindo-se restrição o uso da *internet* e até proibição à utilização do e-mail pessoal durante o expediente. Neste caso, se o empregado utilizar o computador de maneira errônea, desrespeitando o regulamento interno da empresa, estará sujeito à aplicação de sanções pelo empregador, que compreendem desde a advertência, passando pela suspensão contratual não superior a 30 dias, conforme o art. 474, CLT, até a dispensa por justa causa. Em qualquer caso, é certo que a medida aplicada deverá guardar proporcionalidade com a conduta e o dano causado pelo empregado.

Existem mensagens eletrônicas enviadas pelos empregados que não chegam ao destinatário final, por transitarem antes pelo servidor interno da empresa, que os memoriza e conserva. Esse sistema também é entendido como uma violação à privacidade do empregado, pois o conteúdo do e-mail passa a ser de

conhecimento da empresa através de programas e de outros meios instalados no processador da mesma¹⁴².

Em termos processuais, a aptidão probatória do conteúdo obtido em mensagens enviadas através do e-mail pessoal do empregador é inócua, seja na seara criminal, cível ou trabalhista, eis que o mesmo só poderia ser interceptado mediante prévia autorização do empregado ou do poder Judiciário¹⁴³.

Como dito, a CF garante a inviolabilidade do sigilo de correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, como forma de preservar a intimidade e a privacidade, salvo, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma em que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal. Neste sentido, Belmonte¹⁴⁴ sustenta a admissibilidade de autorização judicial para a quebra do sigilo de correspondência eletrônica se, por exemplo, restar comprovado o recebimento e/ou o envio de grande quantidade de mensagens, capturadas pelo *software* da empresa, para endereço postal eletrônico de um concorrente do empregador ou pessoa sabidamente não ligada ao serviço prestado pelo empregador.

Corroborando o entendimento, Simón afirma que os e-mails particulares dos empregados poderão ser fiscalizados pelo empregador se houver fundado receio da prática de atividades irregulares ou ilícitas, já que as liberdades públicas não se prestam ao acobertamento destas¹⁴⁵.

A despeito, entendemos que nestas duas hipóteses os indícios acerca da irregularidade da conduta do empregado surgiram de fiscalização realizada em seu

¹⁴²RIBEIRO, op. cit., 2008. p. 80.

¹⁴³BELMONTE, Alexandre Agra. O monitoramento da correspondência eletrônica nas relações de trabalho. São Paulo: LTr, 2004. p. 79.

¹⁴⁴Ibidem, p. 79.

¹⁴⁵SIMÓN, op. cit., p. 158.

e-mail pessoal sem haver ordem judicial que justificasse sua legalidade, representando verdadeira violação à intimidade do empregado.

No mesmo sentido, destacamos o julgamento do Agravo de Instrumento em Recurso de Revista 3058/2005. No caso, o empregado fora demitido por justa causa por ter ofendido seu superior hierárquico em mensagens eletrônicas enviadas a colegas de trabalho. Após a instrução processual, o juízo de primeira instância reverteu a justa causa aplicada ao empregado, condenado a empresa a pagar-lhe as verbas rescisórias devidas, o que foi mantido pelo TRT.

Em sede de agravo de instrumento, a Ministra relatora Maria Cristina Irigoyen Peduzzi destacou que no âmbito das relações empregatícias deve haver uma ponderação de interesses entre o sigilo das comunicações e dados do empregado com o direito de propriedade e livre iniciativa da empresa. Segundo ela, os direitos do empregado à privacidade e ao sigilo de correspondência concernem à comunicação estritamente pessoal, ainda que virtual, ressaltando que apenas o e-mail pessoal ou particular do empregado desfruta da proteção constitucional, o que não ocorre com o e-mail corporativo, por se tratar de endereço eletrônico disponibilizado pela empresa, visando à transmissão de mensagens de cunho estritamente profissional, ostentando natureza jurídica equivalente a uma ferramenta de trabalho proporcionada pelo empregador ao empregado para a consecução do serviço. Neste caso, no exercício de seu direito de propriedade, o empregador poderá fiscalizá-lo, sobretudo levando-se em conta sua responsabilidade perante terceiros pelos atos de seus empregados em serviço, nos termos do art. 932, III, CC, bem como que está em xeque o direito à imagem da empresa.

No caso, ponderou a magistrada que as mensagens desabonadoras à honra do superior hierárquico foram enviadas do e-mail pessoal do empregado, salvaguardado em um espaço íntimo não passível de intromissões ilícitas externas, em atenção ao art. 5, X da CF, pelo que acordaram os desembargadores manter a decisão recorrida. Confira-se:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. JUSTA CAUSA. [...] Sustenta a Recorrente que todo empregado contratado é orientado a não utilizar sites de entretenimento na internet ou enviar mensagens eletrônicas (e-mails) particulares, afirmando que o próprio Recorrido reconheceu em seu depoimento que foi dispensado por justa causa porque ofendeu o supervisor através de e-mail que passou para seus amigos, devendo ser validade a dispensa por justa causa, julgando-se improcedente o pedido de diferenças de verbas rescisórias e indenização relativa ao suposto período de estabilidade. Não lhe assiste razão. [...] Em importante julgamento proferido recentemente pelo C. Tribunal Superior do Trabalho (RR n. 613/00.7), o ilustre Ministro João Oreste Dalazen esclareceu brilhantemente em seu voto que os direitos do empregado à privacidade e ao sigilo de correspondência concernem à comunicação estritamente pessoal, ainda que virtual, ressaltando que apenas o e-mail pessoal ou particular do empregado desfruta da proteção constitucional, o que não ocorre com o e-mail corporativo, por se tratar de endereço eletrônico que lhe é disponibilizado pela empresa, visando a transmissão de mensagens de cunho estritamente profissional, ostentando natureza jurídica equivalente à de uma ferramenta de trabalho proporcionada pelo empregador ao empregado para a consecução do serviço. A disparidade de tratamento jurídico, conforme as lições do próprio Ministro João Oreste Dalazen, decorrem do fato de ser o e-mail corporativo destinado somente para assuntos e matérias afetas ao serviço, envolvendo o exercício do direito de propriedade do empregador sobre o computador capaz de acessar a rede mundial de computadores (internet) e sobre o próprio provedor, levando-se em conta também a responsabilidade do empregador, perante terceiros, pelos atos de seus empregados em serviço (art. 932, III, CC), bem como que está em xeque o direito à imagem do empregador, igualmente merecedor de tutela constitucional. Evidente que o empregado, ao receber uma caixa de e-mail de seu empregador para uso corporativo, mediante ciência prévia de que nele somente podem transitar mensagens profissionais, não tem razoável

expectativa de privacidade quanto a esta, podendo o empregador monitorar e rastrear a atividade do empregado no ambiente de trabalho, o que não se justifica em se tratando de e-mail particular, pois nesta hipótese o direito à intimidade protege a vida privada do empregado, salvaguardando um espaço íntimo não passível de intromissões ilícitas externas (art. 5, X, CF), inclusive por parte de seu empregador. Compulsando o caderno processual, verifica-se que a dispensa por justa causa aplicada ao Reclamante, de acordo com a informação trazida com a 1 Reclamada (CBCC – Participações S/A), decorreu do envio de mensagens eletrônicas não relacionadas ao seu trabalho para pessoas da sua relação de emprego, restando esclarecido em audiência de instrução que em uma ocasião houve ofensa a honra e boa fama de superior hierárquico, enquadrando-se na hipótese prevista no art. 482, K, da CLT. Entretanto, ainda que o empregador possa tipificar a justa causa para fins de resolução do contrato de trabalho, não se afasta a posterior averiguação pelo Poder Judiciário (art. 5, XXXV, CF), levando-se em conta o princípio da razoabilidade e a gravidade do ato praticado pelo empregado, o que não restou comprovado no caso subjudice, uma vez que a suposta ofensa perpetrada pelo empregado teria ocorrido através de e-mail particular (conta no Yahoo, fls. 723/724), não passível de acesso por parte do empregador (art. 5, LVI, CF), inexistindo qualquer elemento nos autos que demonstre a prévia ciência do Reclamante quanto à suposta proibição de utilização de correio eletrônico para tratar de assuntos pessoais. (Processo: AIRR – 3058/2005 – 013-09-40.0. Data de Julgamento: 06/05/2009, Relatora Ministra: Maria Cristina Irigoyen Peduzzi, 8ª Turma, Data de Divulgação: DEJT 22/05/2009)

Como se vê, o e-mail pessoal do empregado encontra guarida pela proteção constitucional à privacidade e à intimidade, diversamente do e-mail corporativo, que poderá ser fiscalizado a qualquer tempo pelo empregador por se tratar de verdadeira ferramenta de trabalho.

No Recurso de Revista nº 09961-2004-015-09-00-1, a Sétima Turma do TST firmou entendimento de que o acesso da empresa ao correio eletrônico institucional do empregado não caracteriza violação de privacidade e que se o trabalhador quiser sigilo de correspondência garantido deve criar o próprio e-mail,

pelo que o Tribunal negou o pedido de indenização por dano moral feito por ex-empregado de uma empresa que teve o e-mail investigado pela chefia.

No caso, o ex-analista de suporte ao cliente prestara serviços por quase 16 anos à empresa quando foi demitido. Em seguida, ajuizou ação trabalhista alegando que a empresa só poderia verificar o conteúdo dos seus e-mails se tivesse uma autorização judicial para tanto. Em sede defensiva, a empresa afirmou que investigou o e-mail do empregado porque suspeitava que ele enviava mensagens pornográficas e piadas por meio do e-mail corporativo.

A 15ª Vara do Trabalho de Curitiba julgou a ação improcedente, a qual foi mantida pelo TRT da 9ª Região. De acordo com entendimento do Tribunal, apenas o e-mail pessoal do empregado tem a proteção constitucional da inviolabilidade da correspondência, de modo que a empresa pode ter acesso ao correio eletrônico corporativo.

Inconformado, no recurso de revista ao TST, o empregado insistiu que teve seu sigilo de correspondência violado, pleiteando a indenização por danos morais. No acórdão, o relator do processo, ministro Ives Gandra Martins Filho, afirmou que se o meio de comunicação é institucional, não existe violação de sigilo de correspondência pela empresa e que se o trabalhador quiser sigilo garantido deve criar o próprio e-mail em sistemas universais, como Gmail do Google ou Hotmail do Windows, negando provimento ao recurso. Este é o entendimento dominante da jurisprudência trabalhista, conforme verificamos nas ementas abaixo, que bem esclarecem o tema:

CONSTITUIÇÃO FEDERAL SIGILO - INVIOLABILIDADE - CONTROLE POR PARTE DO EMPREGADOR - UTILIZAÇÃO COMO PROVA JUDICIAL -POSSIBILIDADE - Diversamente do que ocorre com as mensagens eletrônicas provenientes ou endereçadas a e-mail (endereço eletrônico) pessoal ou particular do empregado, as quais gozam da proteção constitucional e legal de inviolabilidade (art. 5º, inc. LVI, da CF/88), o correio eletrônico corporativo e programas de envio de mensagens instantâneas (MSN, Yahoo Messenger, Exodus e similares) afiguram-se como meras ferramentas de trabalho para fins de facilitar a comunicação virtual entre empregados e clientes. Não se encontram protegidos, portanto, pela garantia de sigilo, nem de inviolabilidade, até mesmo porque, não raras vezes, sofrem acentuado desvio de finalidade, mediante a utilização abusiva ou ilegal, de que é exemplo o envio de fotos pornográficas, constituindo-se, pois, em instrumento pelo qual o trabalhador pode, potencialmente, provocar expressivo prejuízo ao empregador. Lícita, portanto, sua monitoração pelo empregador, bem como sua eventual utilização como prova referente a atos ilícitos praticados pelo empregado.(TRT-9 296320052904 PR 2963-2005-2-9-0-4, Relator: SUELI GIL EL-RAFIHI, 4A. TURMA, Data de Publicação: 19/01/2007)

PRELIMINAR DE NULIDADE DO JULGADO POR CERCEAMENTO DE DEFESA - PROVA ILÍCITA -ACESSO PELO EMPREGADOR À CAIXA DE - E-MAIL- CORPORATIVO FORNECIDA AO EMPREGADO - ÓBICE DA SÚMULA 126 DO TST. [...] In casu, pretende o Reclamante modificar a decisão vergastada, ao argumento de que a prova acostada aos autos é ilícita, porquanto consubstanciada no acesso à sua conta de e-mail-pessoal, quando o Regional, ao enfrentar a questão, entendeu que a prova era lícita, porque se tratava de acesso, pela Reclamada, ao conteúdo do e-mail- corporativo fornecido ao Reclamante para o exercício de suas atividades funcionais, do qual se utilizava de forma imprópria, recebendo fotos com conteúdo que estimulava e reforçava comportamentos preconceituosos. Além disso, os e-mails continham conversas fúteis que se traduziam em desperdício de tempo. 3. Com efeito, as alegações obreiras esbarram no óbice do referido verbete sumulado, porquanto pretendem o revolvimento do conjunto fático-probatório dos autos. 4. Por outro lado, ainda que o presente recurso não ultrapasse a barreira do conhecimento, a controvérsia em torno da licitude ou não da prova acostada pela Reclamada, consubstanciada no acesso à caixa de e-mail- corporativo utilizado pelo Reclamante é matéria que merece algumas considerações. 5. O art. 5º, X e XII, da CF garante ao cidadão a inviolabilidade da intimidade,

da vida privada, da honra, da imagem das pessoas, bem como o sigilo de suas correspondências, dados e comunicações telegráficas e telefônicas. 6. A concessão, por parte do empregador, de caixa de e-mail- a seus empregados em suas dependências tem por finalidade potencializar a agilização e eficiência de suas funções para o alcance do objeto social da empresa, o qual justifica a sua própria existência e deve estar no centro do interesse de todos aqueles que dela fazem parte, inclusive por meio do contrato de trabalho. 7. Dessa forma, como instrumento de alcance desses objetivos, a caixa do e-mail- corporativo não se equipara às hipóteses previstas nos incisos X e XII do art. 5º da CF, tratando-se, pois, de ferramenta de trabalho que deve ser utilizada com a mesma diligência emprestada a qualquer outra de natureza diversa. Deve o empregado zelar pela sua manutenção, utilizando-a de forma segura e adequada e respeitando os fins para que se destinam. Mesmo porque, como assinante do provedor de acesso à -Internet-, a empresa é responsável pela sua utilização com observância da lei. 8. Assim, se o empregado eventualmente se utiliza da caixa de e-mail- corporativo para assuntos particulares, deve fazê-lo consciente de que o seu acesso pelo empregador não representa violação de suas correspondências pessoais, tampouco violação de sua privacidade ou intimidade, porque se trata de equipamento e tecnologia fornecidos pelo empregador para utilização no trabalho e para alcance das finalidades da empresa. 9. Nessa esteira, entendo que não se configura o cerceamento de defesa a utilização de prova consubstanciada no acesso à caixa de e-mail- fornecido pelo empregador aos seus empregados. Agravo de instrumento desprovido. (TST TST-AIRR-1.542/2005-055-02-40.4, Relator: Ives Gandra Martins Filho, Data de Julgamento: 04/06/2008, 7ª Turma,)

RECURSO DE REVISTA OBREIRO: 1) DANO MORAL – NÃO CARACTERIZAÇÃO – ACESSO DO EMPREGADOR A CORREIO ELETRÔNICO CORPORATIVO – LIMITE DA GARANTIA DO ART. 5º, XII, DA CF. 1. O art. 5º, XII, da CF garante, entre outras, a inviolabilidade do sigilo da correspondência e da comunicação de dados. 2. A natureza da correspondência e da comunicação de dados é elemento que matiza e limita a garantia constitucional, em face da finalidade da norma: preservar o sigilo da correspondência – manuscrita, impressa ou eletrônica – da pessoa – física ou jurídica – diante de terceiros. 3. Ora, se o meio de comunicação é o institucional – da pessoa jurídica -, não há de se falar em violação do sigilo de correspondência, seja impressa ou eletrônica, pela própria empresa, uma vez que, em princípio, o conteúdo deve ou pode ser

conhecido por ela. (...). 5. Portanto, não há dano moral a ser indenizado, em se tratando de verificação, por parte da empresa, do conteúdo do correio eletrônico do empregado, quando corporativo, havendo suspeita de divulgação de material pornográfico, como no caso dos autos. (TST, ED-RR – 996100-34.2004.5.09.0015 Data de Julgamento: 18/02/2009, Relator Ministro: Ives Gandra Martins Filho, 7ª Turma, Data de Publicação: DEJT 20/02/2009).

Entendemos que o monitoramento das correspondências eletrônicas corporativas do empregado se revela como verdadeira faceta do exercício do direito de propriedade do empregador sobre o computador, o provedor e o próprio conteúdo do e-mail, eis que todas essas ferramentas tecnológicas são de propriedade da empresa. No caso, com a celebração do contrato de trabalho, apenas seu uso é disponibilizado ao empregado com a única finalidade de atender suas necessidades profissionais e otimizar o trabalho.

É importante repisar que este controle também protege a propriedade da empresa em termos financeiros, uma vez que o empregador responde solidariamente por prejuízos causados a terceiros por qualquer de seus empregados.

Oportuno ressaltar que parte da jurisprudência trabalhista entende que os computadores e e-mails corporativos de empregados só podem ser fiscalizados desde que haja proibição expressa da utilização para uso pessoal, eis que o poder diretivo do empregador, decorrente do direito de propriedade, não é absoluto, havendo limitações quando a fiscalização colidir com o direito à intimidade do empregado e outros direitos fundamentais como o da inviolabilidade do sigilo de correspondência, comunicações telegráficas, de dados e telefonemas.

É o que se verifica da decisão proferida no Recurso de Revista nº RR-183240-61.2003.5.05.0021. No julgado, a Corte entendeu, com base no art. 5º, XII da CF, que a fiscalização sobre equipamentos de computador, de propriedade do empregador, incluindo o e-mail corporativo, podem ser fiscalizados desde que haja vedação expressa de utilização para uso pessoal.

O trabalhador, neste caso, usava um notebook emprestado pela empresa para uso pessoal e, durante uma viagem, teve o armário aberto sem sua autorização. Na oportunidade, a empresa contratou um chaveiro para realizar a ação, retirou o computador e se apropriou de informações de correio eletrônico e dados pessoais guardadas no equipamento.

O empregado, ao constatar a violação, alegou ter sofrido abalos em sua honra e imagem, pelo que ajuizou reclamação trabalhista pleiteando o pagamento de danos morais. Em primeira instância foi deferida a indenização pleiteada e, inconformada, a empresa recorreu ordinariamente.

O TRT da 5ª Região entendeu que, apesar de o computador pertencer à empresa, houve excesso e abuso de direito do empregador, repisando a importância do uso do princípio da proporcionalidade nas relações de trabalho. Na decisão, afirmou o Ministro Relator Renato de Lacerda Paiva que as provas testemunhais confirmaram a tese de que o armário era de uso privativo do empregado, tendo em vista que a empresa não tinha cópia da chave para abri-lo, tanto que precisou contratar um chaveiro para realizar a abertura, condenado a empresa a pagar ao empregado indenização no montante de R\$ R\$ 1,2 milhão.

A empresa interpôs recurso de revista ao TST, alegando que o ato praticado não poderia ser considerado arrombamento, uma vez que a abertura do

armário foi feita por um chaveiro profissional, e pediu a redução do valor da indenização.

O recurso interposto pela empresa não foi conhecido pela 2ª turma do TST por unanimidade com o entendimento de que o recurso de revista é incabível para o reexame de fatos ou provas, com base na súmula 126 do TST ao que tange ao dano moral. Entretanto, a desproporcionalidade do valor da indenização arbitrada foi acolhida e reduzida para R\$ 60 mil.

Nesse sentido, confira-se a ementa da decisão:

INDENIZAÇÃO - DANO MORAL - CARACTERIZAÇÃO - VIOLAÇÃO À INTIMIDADE - ARROMBAMENTO DE ARMÁRIO PRIVATIVO E VIOLAÇÃO DE CORRESPONDÊNCIA PESSOAL (CORREIO ELETRÔNICO E DADOS PESSOAIS) (por violação ao artigo 5º, V e X, da Constituição Federal). O Tribunal Regional, embasado nas provas dos autos, na forma preconizada pela Súmula nº 126 desta Corte, constatou presentes os elementos caracterizados da responsabilidade civil, quais sejam, o dano, o nexo de causalidade e a conduta ilícita do agente ofensor. Observe-se que o Colegiado constatou que, in casu, a prova testemunhal produzida confirma o fato alegado na inicial como ensejador da reparação pretendida, no sentido de que houve arrombamento do armário privativo do reclamante bem como violação de sua correspondência pessoal, inclusive correio eletrônico e dados pessoais. Dessa forma, houve, de fato, efetivo prejuízo de ordem moral ao reclamante. Recurso de revista não conhecido. (TST, RR – 183240-61.2003.5.05.0021. Data de Julgamento: 05/09/2012, Relator Ministro: Renato de Lacerda Paiva, 2ª Turma).

Por fim, um último ponto sobre o monitoramento eletrônico que julgamos conveniente destacar refere-se ao impacto das mídias sociais nas relações de trabalho.

Com o crescimento de sites de relacionamento, como Orkut e Facebook, as empresas vêm regulando seu uso, inclusive instalando softwares que impedem o acesso nos computadores empresariais como forma de evitar a queda da produtividade. Neste cenário, merece cautela o uso de fotos e imagens de empregados para fins comerciais, sem a devida autorização dos mesmos, no material institucional ou mesmo no site da empresa, por possível afronta aos arts. 5º, X da CF e 20 do CC, em atenção a direitos fundamentais do trabalhador como imagem, privacidade e intimidade.

Sobre o assunto, discutiu-se se haveria violação à privacidade do empregado se o empregador ou seus prepostos utilizassem imagens e informações extraídas da página do empregado ou, se por se tratar de uma rede pública, de acesso franqueado a qualquer pessoa, inexistiria violação. A jurisprudência nacional já apreciou alguns casos e recentemente o TST¹⁴⁶ concluiu que inexistente violação à intimidade, mantendo a justa causa aplicada à enfermeira que, em sua página do Orkut, postou fotos dentro da UTI, expondo os pacientes, bem como com poses inadequadas ao ambiente de trabalho.

No mesmo sentido, o TRT do Rio Grande do Sul¹⁴⁷ considerou válida a prova obtida em página de Orkut para fins de punição de empregado por violação ao dever de boa-fé. No caso, o bibliotecário de uma escola elaborava as “colas” e plastificava os papéis para ajudar os alunos a fraudarem os exames. Nos comentários do Orkut, diversos alunos agradeciam por este serviço irregular, o que serviu como prova para a manutenção da justa causa aplicada pelo empregador.

¹⁴⁶Ver TST, 2ª Turma - AIRR n. 5078-36-2010.5.06.0000

¹⁴⁷ Ver TRT 4ª Região – 1ª Turma- Processo 00080-2005-013-04-00-00

Em outro caso, o TRT do Paraná¹⁴⁸ afastou alegações de suposto assédio moral pelo fato de o gerente visitar a página do Orkut de um de seus subordinados, eis que constitui rede pública e o perfil do empregado era de acesso irrestrito.

Doutrinariamente se discute o fato de empregados que em seu perfil de rede social tecerem comentários desabonadores ao nome da empresa, divulgam assuntos estratégicos e internos do negócio, ou mesmo ofendem a honra de prepostos, gerentes e chefes. Não vislumbramos pronunciamentos judiciais neste sentido, mas algumas empresas optam por criar uma política interna estabelecendo limites para tanto.

Novamente temos, em tais situações, como melhor solução a aplicação do princípio da proporcionalidade para se buscar no caso concreto uma solução harmônica entre o direito de o trabalhador expressar a sua opinião e o dever de colaboração com a empresa e a preservação da honra objetiva desta, que integra o patrimônio da empresa poderá sofrer abalo moral.

¹⁴⁸ Ver TRT 9ª R. - RO 1902900-22.2009.5.09.0001, 4ª Turma, Relatora Sueli Gil El Rafihi, Julgamento 13/04/2011

CONCLUSÃO

No curso deste estudo verificamos a existência de diversas teorias idealizadas para determinar a vinculação dos direitos fundamentais nas relações particulares, das quais analisamos detalhadamente as quatro que entendemos merecer especial destaque, quais sejam: teoria da *state action*, teoria da imputação ao Estado, teoria da eficácia indireta ou mediata e teoria da eficácia direta ou imediata dos direitos fundamentais.

Desta análise, constatamos que a despeito da omissão legislativa a teoria da eficácia horizontal direta dos direitos fundamentais é amplamente dominante no cenário brasileiro, ainda que, na prática, gere conflitos constantes, já que a prevalência de um direito fundamental se dá em detrimento do outro.

Com relação ao direito à intimidade, entendemos imprescindível traçar um esboço preliminar acerca do princípio da dignidade da pessoa humana. Assim, a despeito da pluralidade de significados, consideramos adequado compreendê-lo como um valor intrínseco a todos os seres humanos, independentemente de qualquer idéia possível de utilidade, de modo que o homem existe como um fim em si mesmo. Nesta esteira, temos que o direito à intimidade é concebido como atributo fundamental da dignidade da pessoa humana, devendo ser respeitado por todos e em toda sua extensão.

Após análise da divergência doutrinária acerca de seu conceito e abrangência, constatamos ser um direito da personalidade que confere a toda e qualquer pessoa a faculdade de velar por sua intimidade, reservar-se e não permitir que sua vida seja revelada a terceiros.

No ordenamento jurídico brasileiro, identificamos ter ocorrido primeiramente sua positivação como um direito aplicável, previsto pelo CC, CPC e leis 5.250/1967 e 7.232/1984, para posteriormente alcançar status constitucional, exigível também dos poderes públicos.

Constatamos, ainda, que a despeito da força coercitiva destes documentos, o passo mais importante para sua integral proteção foi a previsão inserta no art. 5º, inciso X da CF.

Outro ponto importante analisado foi que prevalece no Brasil não haver escalonamentos ou esferas da intimidade nem distinção entre o íntimo e o privado, de modo que eventuais conflitos são dirimidos à vista das peculiaridades do caso concreto.

Com relação ao direito à propriedade, constatamos que a concepção individualista havida até a Revolução Burguesa restou superada ante a função social da propriedade, de modo que atualmente, mesmo sendo um direito fundamental, sofre diversas restrições pelo ordenamento jurídico, devendo atender à função social e estando vedadas as ações que prejudiquem terceiros.

Na seara trabalhista, verificamos que em decorrência do direito de propriedade o empregador suporta o risco da atividade econômica e, para garantir o lucro e longevidade de seu empreendimento, possui certos poderes, que correspondem às prerrogativas jurídicas lhes concedida no bojo de relações de emprego para regulamentação, fiscalização e disciplina da economia interna da empresa. Estes poderes surgiram junto com a própria relação de subordinação existente nas relações trabalho, mas com o passar do tempo e a evolução destas

relações, a ordem jurídica passou a impor que o empregador os exercesse observando sempre a dignidade humana.

Analisamos, ainda, a discussão doutrinária acerca dos fundamentos do poder diretivo do empregador, concluindo que a corrente contratualista unitária parece-nos mais adequada, bem como quanto aos aspectos dos poderes do empregador, sendo o critério quadripartido o mais acertado a nosso ver.

Do nosso estudo, também percebemos que a legitimidade dos poderes do empregador depende que sejam exercidos sobre o modo da execução de serviços, e não sobre a pessoa do empregado, eis que, conforme a doutrina majoritária, a subordinação do empregado é jurídica. Nesse sentido, ainda analisamos a discussão quanto à natureza jurídica da subordinação, concluindo que a teoria objetiva é a mais acertada tendo em vista os fundamentos e objetivos da República Federativa do Brasil.

Quanto aos limites aos poderes do empregador, identificamos limites externos, como a lei, a moral, os bons costumes, as normas coletivas e as decisões arbitrais, judiciais e administrativas, bem como de limites internos, como o próprio contrato de trabalho, regulamentos e normas internas da empresa.

Não vislumbramos parâmetros específicos acerca dos limites aos poderes do empregador frente ao direito à intimidade do empregado, mas detectamos uma hermenêutica sistemática da CF que confere critérios de balizamento para orientar o intérprete a solucionar conflitos concretos, notadamente o princípio da proporcionalidade.

Superada a fase de conceituação destes pontos imprescindíveis à real compreensão da matéria, vislumbramos de um lado os direitos fundamentais do

empregado, com foco no direito à intimidade, e de outro os direitos igualmente fundamentais do empregador, notadamente o direito à propriedade, do qual entendemos decorrer seu poder diretivo.

Diante das inovações tecnológicas, os poderes de fiscalização do empregador são constantemente questionados em razão dos direitos fundamentais do empregado. Para a solução destes conflitos, entendemos que deve ser utilizado o princípio da proporcionalidade, com o fim de buscar a solução mais justa e adequada ao caso concreto.

A aplicação deste método exige basicamente dois requisitos: a colisão de direitos ou interesses que implique na restrição ou não aplicação de um deles e a inexistência de hierarquia expressa entre eles. Preenchidos estes requisitos o intérprete deverá identificar seus três elementos subprincípios, quais sejam: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

Da análise, importante notar o conceito destes subprincípios, sendo que adequação diz respeito ao uso dos meios moderados para se conseguir um fim, necessidade estabelece que a medida restritiva de direito fundamental deve ser indispensável ao fim que se pretende alcançar, e a proporcionalidade em sentido estrito (*stricto sensu*) refere-se à proporcionalidade e razoabilidade do meio eleito ao fim buscado.

Concluimos que é o princípio da proporcionalidade o mecanismo mais apropriado para dirimir conflitos, notadamente na seara trabalhista, cuja singularidade e desequilíbrio da relação está especialmente sujeita à violação de direitos fundamentais.

Diante disso, passamos a analisar três situações para verificar a solução mais adequada no caso concreto: instalação de câmeras de vigilância, revista pessoal e monitoramento de correio eletrônico (*e-mail*).

Com relação à instalação de câmeras de vigilância, se atendidos os requisitos legais, entendemos ser possível a instalação de câmeras de vigilância em vestiários, desde que restritas às áreas comuns, e não nos chuveiros e cabines sanitárias, que resguardam momentos demasiadamente íntimos que devem ser protegidos mesmo diante do direito à propriedade do empregador.

Verificamos, no entanto, que o entendimento jurisprudencial dominante sobre o tema é que não se admite a instalação de câmeras em banheiros ou refeitórios, por se tratar de locais em que deve prevalecer a intimidade do empregado. Por outro lado, a câmera instalada em locais que não ensejam a violação da intimidade dos trabalhadores é perfeitamente admitida, desde que os empregados tenham ciência do monitoramento e que as câmeras estejam em locais visíveis.

No que se refere às câmeras de monitoramento, passamos pela discussão quanto à possibilidade ou não de instalação nos locais de descanso e a despeito da inexistência de legislação específica sobre o tema, a jurisprudência inclina-se à impossibilidade, eis que não seria um local de trabalho, mas de descanso.

Com todo respeito, a nosso ver é possível a instalação das câmeras nas áreas de descanso, eis que podem servir para verificar eventuais conflitos entre os empregados, desrespeito às políticas internas e à legislação. Além disso, ressaltamos que a responsabilidade do empregador não se restringe ao local de efetiva execução das atividades laborais, cabendo-lhe zelar pela integridade de seus

empregados e do empreendimento em todos os aspectos, observando sempre a proporcionalidade das medidas adotadas, principalmente porque será responsabilizado por qualquer ato ilícito perpetrado dentro de seu estabelecimento e suportará os prejuízos advindos de eventuais atos de vandalismo no local.

Com relação ao controle de revista pessoal dos empregados, verificamos tratar de prática vedada, salvo quando autorizada por instrumento coletivo de trabalho firmado com o sindicato representativo da categoria profissional respectiva.

Quanto à revista nos pertences pessoais dos empregados, constatamos o acerto da jurisprudência em considerar que a inspeção de bolsas, sacolas ou mochilas, assim como a manutenção de câmeras de vigilância no ambiente de trabalho, não têm o condão de expor os empregados a situações vexatórias ou humilhantes, desde que a revista não seja dirigida a um empregado específico, inexistindo relação tática com o trabalhador e este esteja presente, junto a outras testemunhas, para verificar a regularidade na revista. Neste sentido, também concordamos com a jurisprudência dominante no sentido de que a revista pessoal com uso de detector de metais e de forma generalizada não gera direito à indenização por dano moral. Ressaltamos, no entanto, não constituir entendimento pacífico, havendo julgados afirmando a impossibilidade de revista nos pertences dos trabalhadores, pois ultrapassaria os limites do poder diretivo, violando a dignidade do trabalhador.

Com relação à monitoração eletrônica, verificamos que a jurisprudência corretamente se consolidou no sentido de considerar válida a demissão por justa causa quando comprovada a violação de políticas internas ou a má conduta do trabalhador no uso da internet.

Constatamos, ainda, que a jurisprudência majoritária entende que o empregador não pode fiscalizar o e-mail pessoal do empregado nem, tampouco, valer-se do conteúdo acessado para eventualmente puni-lo, ainda que este o acesse por meio de computadores da empresa, com o que concordamos.

Ponderamos que no gozo de seu poder diretivo o empregador poderá estabelecer regras e parâmetros para o uso do computador da empresa, admitindo-se restrição o uso da *internet* e até proibição à utilização do e-mail pessoal durante o expediente. Neste caso, se o empregado utilizar o computador de maneira errônea, desrespeitando o regulamento interno da empresa, estará sujeito à aplicação de sanções pelo empregador.

Verificamos, por outro lado, que o e-mail pessoal do empregado encontra guarida na proteção constitucional à privacidade e à intimidade, diversamente do e-mail corporativo, que poderá ser fiscalizado a qualquer tempo pelo empregador por se tratar de verdadeira ferramenta de trabalho.

Convém ressaltar que parte da jurisprudência trabalhista entende que os computadores e e-mails corporativos de empregados só podem ser fiscalizados desde que haja proibição expressa da utilização para uso pessoal. Discordamos do entendimento, uma vez que, a nosso ver, o monitoramento das correspondências eletrônicas corporativas do empregado se revela como verdadeira facetado exercício do direito de propriedade do empregador sobre o computador, o provedor e o próprio conteúdo do e-mail, eis que todas essas ferramentas tecnológicas são de propriedade da empresa. No caso, com a celebração do contrato de trabalho, apenas seu uso é disponibilizado ao empregado com a única finalidade de atender suas necessidades profissionais e otimizar o trabalho.

Sobre a discussão quando ao uso pelo empregador de imagens e informações extraídas da página do empregado, verificamos que não existe número julgados suficientes para se constatar o entendimento consolidado da jurisprudência, mas sentimos que há tendência para considerar que inexistente violação à intimidade nestes casos. Concordamos com o entendimento, principalmente por se tratar de páginas de acesso público, que podem causar danos à honra e imagem da empresa diante de condutas desabonadoras de seus profissionais.

Temos, em todo caso, que a aplicação do princípio da proporcionalidade é o melhor meio para se buscar no caso concreto a solução mais justa e harmônica entre o direito à intimidade do trabalhador e o poder diretivo do empregador.

BIBLIOGRAFIA

ABRANTES, João José. *Contrato de trabalho e direitos fundamentais*. Coimbra: Almedina, 2005.

ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.

ALVES, Cleber Francisco. *O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana: o enfoque da doutrina social da igreja*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. Os direitos, liberdades e garantias no âmbito das relações entre particulares. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

BARROS, Alice Monteiro de. *Proteção à intimidade do empregado*. São Paulo: LTr, 1997.

BARROS, Suzana Toledo de. *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*. 2. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo*. São Paulo: Saraiva, 2009.

BELMONTE, Alexandre Agra. *O monitoramento da correspondência eletrônica nas relações de trabalho*. São Paulo: LTr, 2004.

BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. Tradução de Maria Celeste C. J. Santos. 10. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1997.

BUREAL, Paul. *Le contrat de travail*. Paris: [s.n.], 1902.

CANARIS, Claus Wilhelm. A influência dos direitos fundamentais sobre o direito privado na Alemanha. Tradução de Peter Naumann. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Civilização do direito constitucional ou constitucionalização do direito civil? A eficácia dos direitos fundamentais na ordem jurídico-civil no contexto do direito pós-moderno. In: GRAUS, Eros; GUERRA FILHO, Willis Santiago (Org.). *Direito constitucional: estudos em homenagem a Paulo Bonavides*. São Paulo: Malheiros, 2001.

_____. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CAPELLA, Ramón Juan. *Los ciudadanos siervos*. Madrid: Editorial Trotta, 1993.

CAPITANT, David. *Les effets juridiques des droits fondamentaux en Allemagne*, Paris: L.G.D.J., 2000.

CHAUÍ, Marilena. *Convite à filosofia*. São Paulo: Ática, 1999.

COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. São Paulo: Saraiva, 2001.

_____. *Direitos e deveres fundamentais em matéria de propriedade*. Revista do Conselho de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal, Brasília, ano 1, dez. 1997

_____. O papel do juiz na efetivação dos direitos humanos. In: _____. *Direitos humanos: visões contemporâneas*. Publicação especial em comemoração aos 10 anos de fundação da Associação Juizes para a Democracia. São Paulo: Método, 2001.

CONSTITUIÇÃO da República Federativa do Brasil de 1988. *Artigo 5º, §1º*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 30 abr. 2013.

COSTA JUNIOR, Paulo Jose da. *O direito de estar só: tutela penal da intimidade*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

COUTINHO, Aldacyr Rachid. *Poder punitivo trabalhista*. São Paulo: LTr, 1999.

DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 3. ed. São Paulo: LTr, 2004.

_____. *O poder empregatício*. São Paulo: Ltr, 1996.

DINIZ, Maria Helena. *Dicionário jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2002.

DÜRIG, Günter. Grundrechte und Zivilrechtsprechung. In: MAUZ, Theodor (Hrsg.) *Von, en Festschrift für Hans Nawiaski*. München: Beck, 1956. p. 157-90, apud SARMENTO, 2004.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Dicionário Aurélio básico da língua portuguesa*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2014.

FOLLETTTO, Mara Isabel Guimarães. *O direito à Intimidade do empregado frente ao poder de comando do empregador*. 2005. Dissertação (Mestrado em Direito do

Estado e Teoria do Direito) - Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre: 2005.

GALGANO, Francesco. *Diritto privato*. 6. ed. Padova: CEDAM. 1990.

HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1998.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Responsabilidade pressuposta*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

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

JURISPRUDENCE française en matière de droit civil. Ver. Trimestrielle de DroitCivi., jan./mars., p. 111, 1971. Apud. COSTA JÚNIOR, Paulo José da. *O direito de estar só*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

KANT, Immanuel. *Fundamentos da metafísica dos costumes*. São Paulo: Ediouro, 1997.

KLINGEN, Germán Doig. Direitos e ensinamento social da igreja. In; ALVES, Cleber Francisco. *O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana: o enfoque da doutrina social da igreja*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. São Paulo: Companhia das Letras, 1998.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. *Eficácia horizontal dos direitos fundamentais na relação de emprego*. Revista Brasileira de Direito Constitucional – RBDC, n. 17, jan./jun. 2011.

LOUREIRO, Francisco Eduardo. *A propriedade como relação jurídica complexa*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

LYON, David. *El ojo electrónico, el auge de la sociedad de la vigilancia*. Trad, do original: The electronic eye. The rise of Surveillance Society. Versão espanhola de Jesús Alborés. Madrid: Aliança Editorial, 1995.

MAGANO, Octavio Bueno. *Do poder diretivo na empresa*. São Paulo: Saraiva, 1982.

MARANHÃO, Délio. Contrato de trabalho. In: SUSSEKIND, Arnaldo; TEIXEIRA FILHO, João de Lima (Atual.). *Instituições de direito do trabalho*. 16. ed. São Paulo: LTr, 1996. v. 1.

MARTINS, Flademir Jerônimo Belinati. Dignidade da pessoa humana: princípio constitucional fundamental. In: TEPEDINO, Gustavo (Org). *Diálogos sobre direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. São Paulo: Atlas, 2005.

MÜNCH, Ingo von. Drittwirkung de derechos fundamentales em Alemanha. In: SALVADOR CODERCH ASOCIACIONES. *Derechos fundamentales y autonomía privada*. Madrid: Editorial Civitas, 1997.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Iniciação ao direito do trabalho*. 33. ed. São Paulo: LTr, 2007.

NERY, Rosa Maria de Andrade. *Noções preliminares de direito civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

NEUNER, Jörg. O Código Civil da Alemanha e a Lei Fundamental. Tradução de Peter Naumann. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

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

NUNES, Luiz Antonio Rizzatto. *O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana: doutrina e jurisprudência*. São Paulo: Saraiva, 2002.

PAREDES, Marcus Dias. *Operatividade do princípio da dignidade humana nos contratos pós-modernos*. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, PUC-SP, 2006.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. Rio de Janeiro: Forense. 2003. v. 3.

PEREIRA, Jane Gonçalves Reis. Apontamentos sobre a aplicação de normas de direito fundamental nas relações jurídicas entre particulares. In: BARROSO, Luís Roberto (Org.). *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 7. ed. ver., amp. E atual. São Paulo: Saraiva, 2006.

PONTES DE MIRANDA, Claudio Cavalcanti. *Os fundamentos actuaes do direito constitucional*. Rio de Janeiro: Empr. De Public. Technicas, 1932.

RETAMOZO B. A., Gláucia Correa. Sobre a dignidade da pessoa. In: MARTINS-COSTA, Judith (org). *A reconstrução do direito privado: reflexos dos princípios, diretrizes e direitos fundamentais constitucionais no direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

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

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

_____. _____. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

_____. Direitos fundamentais sociais, mínimo existencial e direito privado: breves notas sobre alguns aspectos da possível eficácia dos direitos sociais nas relações entre particulares. In: _____. *Direitos Fundamentais: estudos em Homenagem ao Professor Ricardo Lobo Torres*. São Paulo: Renovar, 2006.

SARMENTO, Daniel. *A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais no direito comparado e no Brasil*. Disponível em: <http://www.iad-df.com.br/artigos/especificacao-do-artigo.php?acao=leia-ais&publicacao_artigo=4>. Acesso em: 22 maio 2014.

_____. A vinculação dos particulares aos direitos e garantias fundamentais: o debate teórico e a jurisprudência do STF. In: LEITE, George Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang; CARBONELL, Miguel (Coord). *Direitos, deveres e garantias fundamentais*. Salvador: Juspodivm, 2011.

_____. *Direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004.

_____. _____. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

_____. Os princípios constitucionais e a ponderação de bens. In: MELLO, Celso de Albuquerque (Org.). *Teoria dos direitos fundamentais*. 2. ed. Renovar: Rio de Janeiro, 2001.

_____; GOMES, Fábio Rodrigues. A eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares: o caso das relações de trabalho. *Revista TST*, Brasília,

v. 77, n. 4, out./dez. 2011.

SCHWABE, Jurgen. *Die sorgennante Drittwirkung der Grundrechte*. Munich, Beck, 1971, apud SARMENTO, 2004.

SILVA, Edson Ferreira da. *Direito à intimidade*. São Paulo: Oliveira Mendes, 1998.

SILVA, José Afonso. A dignidade da pessoa humana como valor supremo da democracia. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 212, abr./jun. 1998.

SILVA, Leda Maria Messias da. Poder diretivo do empregador, emprego decente e direitos da personalidade. *Revista Jurídica Cesumar – Mestrado*, Maringá, v. 6, n. 1, 2006.

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

SOMBRA, Thiago Luís Santos. *A eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

STAUT JÚNIOR, Sérgio Said. Cuidados metodológicos no estudo da história do direito de propriedade. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná*, n. 42, 2005.

STEINMETZ, Wilson Antônio. *Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

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

TEPEDINO, Gustavo. Direitos humanos e relações jurídicas privadas. In: _____. *Temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

TRINDADE, Antonio Augusto Cançado. *Tratado de direito internacional dos direitos humanos*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1997. v. 1.

UBILLOS, Juan Maria Bilbao. Em qué medida vinculan a los particulares los derechos fundamentales. In: SARLET, Ivo Wolfgang (Org.). *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

VILHENA, Paulo Emílio Ribeiro de. *Relação de emprego – estrutura legal e supostos*. 2. ed. rev e atual. São Paulo: LTr, 1999.

WARREN, Samuel D.; BRANDEIS, Louis D. *Harvard Law Review*, Boston, v. 4, n. 5, dec. 1890.